

قضاء



دستري محكمي سراتي ارگان

د امتياز خاوند: ستره محكمه خپرونكي: دخپرونو رياست

د ليكنی هیئت

پوهنوال عبدالقادر عدالتخواه	دوكتور عبدالملك "كاموي"
دوكتور عبدالله عطائي	قضاوتپوه برات علي متين
قضاوت پوه حضرت گل حسامي	قضاوتپال مولوي محمد صديق "مسلم"
قضاوتمل عنايت الله حافظ	قضاوتپوه غوث الدين مستمند غوري

مسئول مدير: محمد صديق ژوبل



فهرست مطالب:

از متحدالمال های ستره محکمه.....	2
مصادر قانون..... دوکتور عبدالله عطائی.....	5
احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی..... قضاوتپوه	
مستمند غوری.....	12
سیر تاریخی محاکم جزایی بین المللی..... قضاوتپال قویم.....	18
داسلامی فقهی بنسټونه..... قضاوتپوه حسامی.....	37
بررسی ابراء و نحوه ترتیب ابراء خط..... قضاوتیار بختیاری	
.....	49
د اسلامی شریعت موخي (مقاصد)..... قضاوتمند حافظ.....	59
بررسی فقهی و حقوقی نیابت در عقد..... قضاوتمل واثق ..	69
د کفالت تړون د فقهی او حقوقو له نظره..... قضاوتمل تراهی ..	80
تدابیر امنیتی اقتصادی واجتماعی جرم..... پاکنهاد غیاثی.....	91
معیارهای تعیین مجازات قتل عمد..... طیبه محمدی پارسا ..	98
تجدید نظر بر فیصله های قطعی ونهایی محاکم..... قضاوتمل اوریاخیل	
.....	111
نقد ادعای تاثیر بند محکومیت اسلامی از حق تعالی..... قضاوتمل عظیم ..	

از متحدالمال های ستره محکمه

متحدالمال شماره (3239) مورخ 9/10/1398 مقام ستره محکمه :

طوریکه ارزیابی ها نشان میدهد در این اواخر سوء استفاده کننده گان، احکام مقامات قوه قضائیه را جعل و تزویر نموده، تلاش می نمایند تا با ارائه آن اهداف مورد نظر خویش را حاصل و سیررسیده گی قضایا را از مسیر قانونی و اصولی آن منحرف سازند.

بناءً بدینوسیله هدایت داده می شود تا منبعت مسئولینی که چنین احکام مغایر قانون و پالیسی قوه قضائیه به دسترس شان قرار می گیرد، در خصوص آن دقت و تفحص جدی نمایند و در صورت نیاز می توانند با مقامی که حکم را صادر نموده در تماس شده و اطمینان حاصل نمایند؛ در غیر آن مسئولیت بعدی ناشی از تطبیق احکام جعل و یا تزویر شده بدوش مرجع تطبیق کننده خواهد بود. ریاست دفتر، موضوع را به عموم ریاست های مرکزی و محاکم قوه قضائیه اخبار نماید.

متحدالمال شماره مورخ (2466-2540)

1398/10/ 21 دارالانشاء شورای عالی

ریاست محترم محکمه استیناف ولایت بدخشان با در نظر داشت استقلالیت قضاء بالاثر مطالبه مقام ولایت آنولا مبنی بر ترتیب لست حضور و غیاب قضات و کارمندان اداری محکمه استیناف بدخشان مراتبی را طالب هدایت شده اند که خلاصه موارد استهداء قرار ذیل میباشد:

((مکتوب شماره (458 / 682) مورخ 1398/7/30 آمریت حمایت از امور ولسوالی ها ریاست انسجام و ارتباط ولایات مقام محترم اداره مستقل ارگانهای محل در پیوند به تطبیق هدایت مقام عالی ریاست جمهوری به این شرح مواصلت نموده است:

(اداره مستقل ارگانهای محلی به منظور تطبیق روند حکومت داری خوب در سطح محلی متعهد است تا مشکلات و چالشهای فرا راه ادارات محلی را از طریق همکاری هماهنگی و تشریک مساعی با نهاد های ذیربط در مرکز حل نماید بناءً به عموم ولایات هدایت داده میشود تا لیست آنعده ولسوالی هارا که در آن خارنوالان و قاضیان حضور فزیکتی ندارند ترتیب نموده هرچه عاجل غرض اجراءت بعدی به این اداره ارسال نمایند.

بناءً به عمومی ولایات محترم هدایت داده میشود هرچه عاجل در زمینه اقدام نموده اطمینان دهند.))

محکمه استیناف بدخشان با در نظر داشت استقلالیت قضاء و هدايات واضح قانون اساسی، قوانین نافذه، مصوبات و متحدالمالهای مقام شورایعالی ستره محکمه در رابطه با ارائه معلومات و گزارش حضور و عدم حضور قضات در سطح ولسوالی های ولایت بدخشان به مقام ولایت بطور حکیمانه امتناع ورزیده و در رابطه به مطالبات مقام ولایت بدخشان طالب هدایت شده است و همچنان

بعضی از محاکم محترم ولایات و ولسوالی ها نیز مبنی بر مطالبه گزارش اجراءات شان از جانب والیان و ولسوالان مواردی را بیان داشته و در زمینه طالب هدایت شده اند.

چونکه موضوع در جلسه مورخ 1398/9/19 مقام محترم شورایعالی مطرح گردید تصویب شماره (729) حسب ذیل صدور یافت:

((به تاسی از احکام قانون اساسی افغانستان و سایر قوانین نافذه و مصوبات شورایعالی ستره محکمه، مبنی بر تضمین اصول استقلالیت قوه قضائیه و تفکیک قواء حسب هدایت (AOP-GRL -1533) مورخ 1397/12/29 جلالتمآب رئیس جمهور جمهوری اسلامی افغانستان در صورت بروز شکایت از غیابت قضات، والیان محترم ولایات میتوانند مستقیماً موضوع را از طریق اداره محترم ارگانهای محل با محترم رئیس ستره محکمه شریک سازند و همچنان طبق حکم (2716) مورخ 1397/11/30 جلالتمآب رئیس جمهور کشور محاکم از ارائه گزارش اجراءات به ولسوالان محترم از سایر واحد های ادارات دولتی مستقر در ولسوالی ها مستثنی قرار داده شده است. بناءً بمنظور تحقق هدایات فوق بار دیگر به تمام والیان و ولسوالان محترم ارقام میگردد تا از مطالبه گزارش اجراءات محاکم و راپور حضور و غیاب پرسونل قضائی و اداری محاکم اجتناب نمایند. موضوع به جمیع محاکم و ادارات ذیربط متحدالمال گردد.))

هدایت فوق مقام محترم شورایعالی ستره محکمه بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط طور متحدالمال اخبار گردید، البته آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نموده با د ر نظر داشت آن طبق قانون، استقلالیت قضاء را حفظ نمایند.

تألیف دوکتور عبدالرزاق السنهوری
حشمت ابوستیت
ترجمه: دکتور عبدالله "عطائی"

مصادر قانون

فهرست:

- 5..... فرق میان وقایع و قانون :
- 6..... فقه :
- 6..... همکاری فقه و قضاء :
- 8..... نقش فقه و قضاء در تکوین قانون مصر
- 8..... مصادر تاریخی قانون در مصر :
- 8..... نقش فقه و قضاء در تکوین قانون مصر:
- 8..... فقه و قضاء به عنوان دو مصدر تفسیری قانون :
- 8..... نقش فقه و قضاء در غیر از قوانین احوال شخصی :
- 10..... فقه و قضاء در قانون احوال شخصی :

فرق میان وقایع و قانون :

به منظور اینکه گفته های گذشته واضح باشد باید فرق میان وقایع و قانون را توضیح داد.

منازعاتی که به پیشگاه محاکم می رسد به دو نوع است، زیرا این منازعات یا متعلق به وقایع دعوی بوده و یا متعلق به قانون و بیان حکم آن است. " و گاهی هم نزاع به شان وقایع و قانون است ". به گونه ای مثال :- ایا تدلیسی که از

سوی غیر اطرافیان تعاهد انجام می شود تعاهد را باطل میکند یا خیر؟ این اختلاف در شأن قانون است. اما اگر اختلاف بر آن باشد که آیا تدریسی رخ داده یا خیر؟ این اختلاف در شأن وقایع است.

و در مثال دیگری که آیا قانون؛ اثبات به شهادت شهود را جائز دانسته یا خیر؟ این اختلاف در شأن قانون است. اما اینکه شهادت شهود مطابق به حقیقت واقع بوده یا خیر این اختلاف در شأن وقایع است.

و در مثال سومی گفته می شود: آیا عرف رکن مادی خود را تکمیل کرده است یا خیر؟ این اختلاف در شأن وقایع است اما اگر اختلاف در مورد رکن معنوی - الزام - باشد این گونه اختلاف در شأن قانون است. و موضوع فرق گذاشتن میان وقایع و قانون در مورد انعقاد صلاحیت و رقابت محکمه تمیز دارای اهمیت بزرگی است، زیرا هرگاه ثابت شود که نزاع پیرامون وقایع دعوی - یا موضوع دعوی - است حکم محکمه موضوع - حاکمه - نهائی بوده و از حدود نظارت و رقابت محکمه تمیز بدور است، و برعکس هرگاه ثابت شود که اختلاف پیرامون صحت تطبیق قانون بر آن وقایع است، در این حالت حکم قاضی زیر تیغ رقابت محکمه تمیز وارد می شود.

به هر رو باید گفته شود که تعیین حد فاصل میان آنچه که در چهارچوب وقایع وارد گردیده، و آنچه که در چهارچوب قانون قرار میگیرد خیلی دقیق بوده و در بسیاری از حالات خود مورد اختلاف قرار میگیرد.

فقه :

فقه در فرانسه حق قانونگذاری را ندارد، و در قانون جدید این کشور نیز نصی وجود ندارد. " آنچنانکه در قانون رومان قدیم بود " که فتاوی فقهاء را الزام آور دانسته باشد. و نه هم در فرانسه فقهای مجتهدی وجود دارد. " همانند شریعت اسلامی " که اقوال آنان مصدر رسمی قانون باشد.

پس فقهای فرانسه هر اندازه که به عظمت و منزلت برسند، رأی آنان بر قاضی الزام آور نمی باشد. لهذا فقه مصدری از مصادر قانون نبوده، بلکه قاضی از آرای فقه به عنوان مرجع استثناسی بهره گرفته میتواند به آن اعتبار قایل شده و هم میتواند آن را نا دیده بگیرد. پس فقیه در فرانسه قانون را تفسیر کرده اما وضع نمیکند.

همکاری فقه و قضاء :

فقه و قضاء در فرانسه همکار یکدیگر بوده، و در جهت تفسیر و تطبیق درست قانون وفق مبادی علمی و نیازهای عملی در تعاون اند. زیرا آرای فقه بر قضاء الزام آور نبوده، و احکام قضاء بر فقه الزام آور نمیشد. بلکه نوعیت رابطه میان آنها همکاری و رقابت است. قاضی در فرانسه با فقیه همکار بوده و از وی نظارت میکند و برعکس فقیه نیز با ابراز رأی و نظر و توضیح پوشیده گیها و ملتنبسات قانون، قاضی را همکاری کرده و اعمال وی را نظارت

میکند. و با آنکه آرای هریک از فقهاء و قضات در قانونگذاری حایز اهمیت فراوان و عظیمی بوده، اما هیچ کدام آنها به عنوان قانون مدار اعتبار نمی باشد. و در بسیاری از حالات رأی اجماعی فقه و قضاء به عنوان مصدر تاریخی – نه رسمی – قانون تلقی می شود، و این همکاری و تعاون میان فقه و قضاء سبب ترقی و تعالی قانون فرانسه می باشد، زیرا آنچنانکه قبلاً یادآور شدیم، همکاری فرصت استفاده از مزایای هریک از فقه و قضاء را فراهم کرده، و اجتناب از عیوب آنها را نیز میسر می کند، و بدین سان فقه و قضاء میتوانند یکدیگر را تکمیل کنند.

گذشته از آنکه این همکاری میان فقه و قضاء از قدیم وجود نداشته و حتی نیمه های اخیر قرن نوزدهم هریک از فقه و قضاء کاملاً جدا بوده و فقه به تنهایی میان چهار دیواریهای تالارهای پوهنتونها زیسته و به دور از احکام – تطبیقی محاکم بوده است که در نتیجه این عزلت و تنهایی فقه تخیلی و دور از زندگی عملی بوجود آمده و مدرسه فقهی – شرح بر متن " رشد کرده است که جز " نص قانون وضعی " مصدري برای قانون نمی شناسد.

بدین لحاظ، فقط " نص " میتواند متضمن قانون باشد. همچنانکه این نصوص باید وفق نیت حقیقی قانونگذار هنگام وضع قانون تفسیر گردد، که البته با این نگاه به اضافه آنکه فقهاء به دیگر مصادر قانون اهمیت چندانی قایل نبوده، تحولات نظامهای اجتماعی و اثر آن بر نصوص قانون را نادیده می گرفتند. زیرا همه اعتبار و اهمیت به نیت حقیقی قانونگذار هنگام وضع قانون بوده، و نیت احتمالی آن هنگام تطبیق قانون مدار اعتباری نمی باشد.

شایان ذکر است که این مدرسه فقهی در طول سالهای قرن نوزدهم بر فکر قانونی فرانسه حاکم بوده، تا آنکه فقه به عنوان تعبیر تخیلی و توهمی از قانون گردیده و تدریس آن در پوهنتونها به عنوان درسهای نظری گردیده بود که هیچ ارتباطی به زندگی عملی نداشته است. در حالیکه تعبیر زنده ای قانون در نزد قضات باقی مانده بود. و هرگاه که فقهای نوین فرانسه به این حقیقت پی بردند مدرسه کلاسیک – شرح بر متن – را گذاشته و با نزدیکی با قضاء که قانون را بر رویدادهای زندگی عملی تطبیق میکرد دانستند که قانون چیزی دیگری غیر از آن است که در کتابها شرح میکنند، همچنانکه دانستند که قانون منحصر به نصوص وضع شده نبوده، بلکه قانون دارای مصادر دیگری است که باید فقه و قضاء با همکاری یکدیگر آن را استنباط کرده و قواعد قانونی را بوجود آورند که نصوص وضعی از تولید آن به عنوان قاعده قانونی عاجز شده است.

با در نظر داشت آنکه قضاء این حقیقت را درک کرده و به مقتضای آن عمل میکند، با نزدیک شدن فقه به قضاء تعاون و همکاری بوجود آمد که نتیجه آن تفسیر و تطبیق درست قانون وفق مقتضای مبادی علمی و نیازهای عملی می باشد.

نقش فقه و قضاء در تکوین قانون مصر

مصادر تاریخی قانون در مصر :

قانون مصر از مصادر مختلف گرفته شده، اما مهم ترین آن قانون فرانسه و شریعت اسلامی است. قوانین معاملات مدنی، تجارتی، دریایی، جنایی، و قوانین اجراءات مدنی و تجارتی از - قانون فرانسه - گرفته شده است، و قانون احوال شخصیه مصر از مصدر دوم یعنی - شریعت اسلامی - مأخوذ است. قابل ملاحظه است که قانون فرانسه نسبت به قانون مصر مصدر تاریخی بوده، و شریعت اسلامی مصدر رسمی و تاریخی این قانون است.

نقش فقه و قضاء در تکوین قانون مصر:

نقش فقه و قضاء در تکوین قانون احوال شخصیه در مصر آنچنانکه گذشت همان نقشی است که فقه و قضاء در شریعت اسلامی دارد. اما در تکوین قانون معاملات مدنی و تجارتی، و قوانین شکلی همان نقشی است که فقه و قضاء در تکوین قانون فرانسه داشته اند. گفتنی است که قانون گذار مصر هنگام وضع - قانون مدنی جدید - مجموعه مبادی و قواعد مقرر از سوی قضای مصر را به حال آن باقی گذاشته و به جهود و تلاشهای قضاء که توانسته است عیوب و خلاهای - قانون مدنی قدیم - را بر کند. ترتیب اثر داده است.

فقه و قضاء به عنوان دو مصدر تفسیری قانون :

نقش فقه و قضاء در تکوین قانون مصر - آنچنانکه گفته آمد - به عنوان دو مصدر تفسیری - و غیر رسمی - ثابت گردیده، و بنابراین فقه و قضاء در قانون مصر الزام آور نمی باشند. و از این جهت قانون مصر بیشتر از کششهای رومانی لاتینی متأثر بوده، و کششهای انجلوسکسونی در این قانون کمتر است.

نقش فقه و قضاء در غیر از قوانین احوال شخصی :

فقه و قضاء - به عنوان - دو مصدر تفسیری قانون همانند قانون فرانسه است، لهذا قضات مصر بگونه ی فرانسه میتوانند در تفسیر نصی از نصوص قانون به فقه و قضاء مراجعه کرده، اما در استناد به تفسیر فقهی و قضائی و یا عدم استناد به آن مخیر می باشند و ملزم نیستند که به احکام قضاء پابند باشند، مگر در حالتی که حکم با ایراد طعن منقوض گردیده و قضیه بار دیگر به محکمه حاکم احاله گردیده، تا دائره دیگری از دوائر محکمه " که هیچ قاضی در اصدار حکم منقوض در آن شرکت نداشته باشد " در این حالت محکمه ملزم است که از حکم - رهنمود - محکمه نقض در مسأله قانونی که به آن احاله شده است پیروی کند، البته حکم محکمه نقض - آنچنانکه در قضای فرانسه نیز می باشد - فقط در همین حالت و همین قضیه الزام آور است.

گذشته از آنکه محاکم مصر همچنانکه از فقه و قضای مصر استفاده میکنند در بسیاری از موارد از فقه و قضای فرانسه نیز استئناس میکنند زیرا آنچنانکه یادآور شدیم قوانین مصر از قوانین فرانسه مأخوذ بوده و آن تفسیری را که فقهاء و قضات فرانسه از قوانین آن کشور به دست میدهند، خود میتواند تفسیر قوانین مصر نیز باشد، به اضافه آنکه فقه و قضاء در مصر در مراحل ابتدایی و اولی پیشرفت قرار داشته و محاکم مصر با تأثیری که از قانون فرانسه دارند ترجیح میدهند در عوض مراجعه و استئناس از فقه و قضای نوپای مصر به اصل فرانسوی آن برگردند، با درنظرداشت آنکه به منظور استقلال و استغناء از مصادر فرانسه، فقهاء و قضات مصر باید سعی کنند که این دو مصدر تفسیری مهم - فقه و قضاء - در مصر به کمال پختگی آن برسد، زیرا فقه در مصر با وفرت مراجع علمی و تألیفات فقهی و مجلات متخصص در این فن، و وجود علمای مصری و بیگانه باز هم تا کنون به هویت و ذاتیت خود دست رسی پیدا نکرده و تا هنوز مقلد محض فقههای فرانسه میباشد.¹

شایان ذکر است که قضای مصر قوت و توان خود را تا کنون از قضای فرانسه گرفته و هرگز نمیتواند از آن مستغنی باشد اما در راه استقلال یافتن از فقه مصری و تأثرات آن از فقه فرانسه یک گام پیشتر است به خصوص پس از تأسیس محکمه تمیز و جمع آوری و تهذیب احکامی که از آن صادر گردیده و منتشر می شود.

¹ - اگرچه از نقش بزرگ اساتید قانون و تلاشهای بی شائبه آنان در راستای روشنگری برای نسل های آینده قدردانی میکنیم، که به لطف خداوند بزرگ اینک میتوانیم راه کمال را تشخیص داده و به آن نزدیک شویم، و با درنظرداشت آنکه جزئی از راه را طی کرده ایم، اما آنچه باقی مانده است بیشتر از مرحلی است که ما تاکنون به آن رسیده ایم، و اگر ما تاکنون توانسته ایم فقه نوین را به زبان عربی درست درآوریم، باید به یاد داشته باشیم که دو گام مهم تر و با ارزش تر در جلو داریم، اول آنکه باید فقه را " مصری " خالص بسازیم، که رنگ قومیت و هویت ما در آن نمودار بوده و اثرات عقل خود را در آن ببینیم، زیرا فقه ما تا کنون زیر اشغال بیگانه - یعنی اشغال فرانسه - است، اشغالی که در واقع هرگز از هیچ اشغال دیگری کمتر نیست، زیرا فقه مصری تا امروز فقه فرانسه را هادی و رهبر خود میداند، و هرگز از افق آن دور نشده و به حکم سایه آن است و در صورتیکه بتوانیم استقلال فقهی خود را بدست آورده، و آن را در فضای مصر به دنیا آورده تا مصریانه قدم بیاموزد در آن صورت است که میتوانیم گام نهایی و اخیر را برداشته، از دائره قومیت فقه مصری به دائره ای جهانی شدن وارد گردیده و میتوانیم جزئی از وجائب انسانی خود را در راه تقدم و پیشرفت فقه جهانی که فقهاء آن را " قانون مقایسه ای " مینامند اداء کنیم ... و از مهم ترین وسائلی که ما را به هدف می رساند، اهتمام و ارج گذاری به شریعت اسلامی است، شریعت شرق و الهام آن، شریعتی که عصاره اذهان متفکر و زاده صحرای آن است که در همه سهل و صحراء و دره های آن رشد کرده، و قیضه ای از نور شرق و مشکاتی از نور اسلام است، شریعتی که شرق و اسلام در حدود آن ملاقی گردیده و هریک در آمیزش نورانی در یکدیگر بگونه ای ممزوج شده اند که دوگانه دیده نمی شوند، این شریعت اسلامی که اگر اکتاف آن گسترانیده شده و راه آن هموار شود، درسهایی عظیم آن روح استقلال فقهی قضائی، و قانونی را در امت ما زنده میکند، به نحوی که پس از زنده شدن میتوان جهان را در نور آن دیده و بخشهایی از فرهنگ جهانی قانون را به انسانیت هدیه نماید.

از افتتاحیه کتاب استاد سنهوری : النظرية العامة للالتزامات، جزء اول " فی نظریه العقد " .

باز هم گفتنی است که فقه و قضاء در مصر تا کنون از یکدیگر جدا بوده و جز مصدری که هر دو از آن الهام میگیرند، که همانا - فقه و قضای فرانسه است - خود ذاتاً ارتباط مستحکمی ندارند.

در حالیکه راه برای انجام مساعی مشترک میان آنها فراهم بوده، و میتوانند که با هم آهنگی میان خود این تلاشها را تنظیم کنند، زیرا در صورتیکه قضات احکام خود را بر اساس های فقهی درست و متین نوشته و آن را به نشر برسانند، و فقهاء با ابراز اهتمام به این احکام آن را شرح و تعلیق نموده و مبادئ فقهی را از آن استنباط کنند، با این عمل کرد، فقهاء وارد محیط قضاء گردیده، و در مقابل قضات میتوانند در محیط فقهی زندگی کنند که با این امتزاج هر یک از فقه و قضاء تهذیب گردیده و قابلیت وجودی خاص خود را می یابد.

فقه و قضاء در قانون احوال شخصی:

علی رغم آنکه فقه و قضاء در تکوین شریعت اسلامی اثر مهمی داشته به خصوص در شریعت احوال شخصی مصر، اما در حال حاضر این دو مصدر جز مصادر تفسیری نبوده، و حتی به همین اعتبار نیز اثر کلی و اساسی ندارند. و در مورد قضای محاکم شرعی - در صورت وجود - میتوان گفت که این گونه محاکم جز شریعت اسلامی را بر قضایای وارده بر آن تطبیق نمیکند، و قضات شرعی مقید اند - جز در مسائلی که در نص قانون تصریح شده باشد - که قول راجح از مذهب فقهی ابو حنیفه را تطبیق کنند، بدین اساس قضات - شرع - مقلد اند مجتهد، و حتی مقلد یک مذهب معین، لهذا جای تعجب باقی نمی ماند که اگر قضای شرعی در نهضت شریعت اسلامی و گسترش آن، و همگام کردن آن با خواسته ها و ضرورت های تمدن جدید اثری نداشته باشد.

همچنانکه فقه شرعی همانند قضای شرعی از تأثیر گذاری بر شریعت اسلامی به دور است، زیرا فقهای شریعت اسلامی در مصر در عصر حاضر - سالهای 1950 - به استثنای عده محدودی از آنان همه مقلد اند، که البته امام فقهای مجتهد مرحوم استاد شیخ امام محمد عبده است، که تألیفات و نظریات و فتاوی آزاد اندیشانه ایشان که متوافق با روح عصر و زمان است دارای اثر بسیار مهمی در بیداری فقهاء و وجوب باز کردن دروازه اجتهاد فقهی داشته است. گذشته از آنکه هیچ یک از فقهای معاصر هر اندازه ای که کشش اجتهادی داشته باشد جرئت آن را ندارد که خود را مجتهد بگوید، زیرا در اندیشه ای فقهاء چنین رشد و نمو کرده است که دروازه اجتهاد تا ابد بسته می باشد، که بدون تردید این گونه انجماد فکری منهی عنه خداوند بوده و با سنت پیشرفت در همه زمینه ها از جمله قانون در مخالفت واضح و آشکار است.

شایان ذکر است که شماری از فقهای شریعت اسلامی بعضی از ابواب فقه را به روش عصری خلاصه کرده، و فهم آن را برای مردم و دانش جویان فقه شرعی آسان کرده اند، و این گونه کتابها و رسائل علمی و مقاله های فقهی که

در الازهر تدریس میشود، قضات محاکم نیز از آن در اصدار احکام شرعی اسلامی در مسائل احوال شخصی، معاملات، و ابواب وقف استفاده میکنند، و مرحوم " قدری پاشا " این احکام را جمع آوری نموده و با کمک عده ای از فقهاء، تقنین معروف خود را وضع کرده.¹ و سبب شده است که بسیاری از فقهاء مؤلفات خود را به جای نصوص قانون وضعی قرار دهند، امری که با واقع عملی و تطبیقی متوافق نمی باشد. البته در توضیح جهود فقهای شریعت اسلامی تلاشهای فقهای سرزمین هندوستان، و خاور شناسان وارد نیست، زیرا ما در اینجا فقط نهضت فقه در مصر را بررسی میکنیم.

یادآوری میشود که تلاشهای فقهی مورد بحث همه و همه از سوی متخصصین فقه اسلامی انجام نگردیده، بلکه بخشی از این تلاشها توسط فقهای غیر متخصص همانند قدری پاشا، انجام گرفته و عده دیگری هم که متخصص فقه اسلامی بوده اند از مؤسسات علمی غیر از هری فارغ شده اند. اما مؤسسه الازهر شریف میتواند که با داشتن فارغانی همانند امام محمد عبده و شاگردان بزرگ وی افتخار داشته و امانتدار شریعت محمدی ﷺ بوده و این مسئولیت خطرناک و عظیم را آنچنانکه در گذر تاریخ به عهده داشته این رسالت و امانت را به نسل حاضر نیز توضیح دهد.

¹ - اگرچه وصف مؤلف قدری پاشا به " تقنین " دقیق نمی باشد، زیرا " تقنین " مستلزم صدور مجموعه های قانونی متوافق است، که در واقع چنین قوانینی در مصر صادر نشده است.

تألیف: دکتر عبدالکریم زیدان¹
ترجمه: قضاوتپوه غوث الدین مستمند غوری

پیوست به گذشته

احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی

مطلب اول

مذهب حنفی در مورد قصاص

فهرست:

- 300- حکم سرایت جنایت به عضو دیگر مجنی علیه: 12
- 301- در قطع اطراف (اعضای بدن) بطور معین قصاص است: 13
- 302- قصاص در اطراف (اعضای بدن) چه وقت واجب می شود؟ 13
- 303- قصاص دو مورد اعضای بدن مثل گوش و مانند آن: 13
- 304- قصاص در شجاج (جراحات ناحیه سر و صورت): 15
- 305- قصاص در مجروحیت ها: 15
- 306- از شرط های دیگر قصاص در مادن نفس: 16
- 307- دلیل حنفیان در مورد اشتراط مساوات در میان جانی و مجنی علیه از حیث مرد بودن، زن بودن، آزاد بودن و غلام بودن: 16
- 308- آنچه که در قصاص در مادن نفس شرط نیست: 17
- 309- وقت حکم به قصاص: 17

300- حکم سرایت جنایت به عضو دیگر مجنی علیه:

هرگاه جانی جنایتی را بر مادن نفس مرتکب شد و این جنایت بر نفس سرایت کرد پس قصاص در نفس بروی لازم میگردد، و اگر به عضو دیگری که در آن قصاصی نیست سرایت کرد، پس در عضو اولی که جنایت بر آن واقع شده است، قصاصی لازم نیست. مانند اینکه شخصی انگشت دست شخص دیگری را قطع نماید و به اثر آن کف دست وی شل گردد، قصاصی در مورد آنها نیست و بر جانی دیت دست لازم می آید، زیرا فعل جانی قطعی است که منجر به شل شدن کف دست مجنی علیه گردیده و مجنی علیه قادر نیست تا فعلی را انجام دهد که هم مانند فعل جانی باشد، پس مماثلت در استیفای قصاص ناممکن است و به همین سبب قصاص واجب نمی گردد.

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 کارآزموده پوهنتون بغداد.

گذشته از این، جنایت یکی است، پس در برابر یک جنایت دو تاوان مختلف که عبارت است از قصاص و دیات، به خصوص جای که محل نیز واحد باشد، واجب نمی شود، زیرا کف دست با انگشت بمنزله یک عضو است. هرگاه یک انگشت را قطع کرد و در پهلوی آن انگشت دیگری شل شد، به قول امام ابوحنیفه (رح) در هیچ یکی قصاص واجب نمی شود و بر جانی دیات دو انگشت لازم می گردد، زیرا استحقاق قصاص در دادن نفس عبارت از مماثلت است، و مثل عبارت است از قطع انگشتی که باعث شل شدن انگشت دیگر شده است. و این امر غیر ممکن الاستیفاء است، پس استحقاق ثابت نمی گردد و قصاص نیز واجب نمی آید و تنها دیات دو انگشت واجب می شود، و در نزد ابویوسف و محمد رحمهما الله، در انگشت اولی بر جانی قصاص و در انگشت دومی دیات لازم می گردد.

301- در قطع اطراف (اعضای بدن) بطور معین قصاص است:

هرگاه عضوی از بدن مجنی علیه را عمداً و عدواناً قطع کرد، پس موجب آن به طور معین قطع عضو بدن جانی است، همان گونه که در موجب قتل عمد و عدوان همین حکم است که در آنجا به طور معین قصاص در نفس واجب است، لذا اگر آن عضو بدن جانی که قصاص بر آن واجب شده است به سبب آفت آسمانی از بین برود یا ظلماً قطع گردد، بر جانی هیچ چیزی لازم نمی آید، و اگر آن عضو به حقی قطع گردیده باشد مانند قصاص یا سرقت، بر جانی ارش (دیات) دست قطع شده لازم می گردد زیرا او به دست قطع شده خویش حق مستحق را ادا کرده است، که بر ذمه وی ثابت بوده پس چنان است که به جای خود باشد در حالیکه استیفاء قصاص متعذر شده لذا مجنی علیه مستحق اخذ ارش (دیات) دست مقطوعه می باشد.¹

302- قصاص در اطراف (اعضای بدن) چه وقت واجب می شود؟

قصاص نیست مگر در جای که اعضای بدن از مفاصل قطع شده باشند: مفصل مُج و بند دست یا مفصل آرنج است، یا مفصل کف دست، یا مفصل کعب (بجولک پا)، یا مفصل ران پا. در آن قطعی که در غیر از مفاصل باشد، قصاصی لازم نیست مانند آنکه دست مجنی علیه را از ساعد آن یا از کتف آن قطع کرده باشد، یا پای او را از قسمت ساق یا از حصه ران وی بریده باشد، زیرا استیفاء مثل یعنی گرفتن قصاص بطور مماثلت از جانی در مفاصل امکان پذیر بوده و در غیر آن ممکن نیست.

303- قصاص دو مورد اعضای بدن مثل گوش و مانند آن:

هرگاه جانی گوش مجنی علیه را به طور کامل بریده باشد، در آن قصاص واجب است بنا به فرموده حق تعالی: «وَالْأَذُنُّ بِالْأَذُنِّ» و گوش در برابر گوش قصاص می شود. از طرف دیگر در گوش استیفاء مثل امکان پذیر است، و اگر قسمتی از آن را

¹ - بدانکه به نفس این استدلال می توان گفت: اگر عضو جانی به سبب آفت آسمانی و یا بطور ظلم از بین رفت، حق مجنی علیه از آن ساقط نمی گردد، زیرا در صورتیکه استیفاء قصاص به علت فوات محل آن عیناً متعذر گردد، استیفاء بدیل آن که عبارت است از دیات، متعذر نمی گردد. (مؤلف).

بریده بود در صورتیکه حد و اندازه آن معلوم باشد، در آن قصاص لازم میگردد، و اگر حد و اندازه آن معلوم نباشد، قصاص لازم نیست.
هرگاه جانی چشم مجنی علیه را زد و آن را نابینا کرد با وجود آنکه حدقه چشم باقی بوده و فرو نرفته و متلاشی نشده بود، قصاص واجب می آید بدلیل فرموده خداوند متعال: «وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ» و چشم در برابر چشم قصاص می شود. و بدلیل اینکه قصاص بر سیل ممانعت در چشم امکان دارد، به این صورت که چشم جانی را طوری معالجه کنند که بینایی آن از بین برود.

اما بینی، اگر قسمت مارن (نرمه بینی) را بریده بود، در آن قصاص است به استناد این فرموده خداوند: «وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ» و بینی در برابر بینی قصاص میشود، و دیگر اینکه در قطع نرمه بینی امکان ممانعت موجود است، چون دارای حد و اندازه معلومی است که عبارت از آن مقداری است که نرم باشد. اگر قسمتی از نرمه بینی را بریده بود در آن قصاص نیست، چونکه استیفای مثل در آن امکان ندارد و متعذر است.

هرگاه نایچه بینی را قطع کرده باشد، در آن قصاصی نیست، زیرا نایچه عبارت از استخوان بینی است و در استخوان به استثنای دندان قصاص واجب نمی گردد.
اما در لب اگر جانی همه لب را قطع کرده بود، در آن قصاص لازم است، به جهت آنکه استیفای مثل آن امکان پذیر است. اگر جانی قسمتی از لب را بریده بود، قصاصی در آن نیست، زیرا استیفای مثل در آن متعذر است.

در جنایت بر هیچ استخوانی قصاص نیست مگر در دندان ها، و در حدیث شریف نبوی (ص) آمده است، «لا قصاص فی عظم، و فی السن القصاص» ترجمه: در هیچ استخوانی قصاص لازم نیست، و در دندان قصاص است.

و در مورد دندان خواه جانی آن را شکستاده باشد یا کنده باشد، قصاص به مورد اجراء در می آید، بدلیل فرموده حق تعالی: «وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ» یعنی دندان در برابر دندان قصاص می شود.

علاوه بر این قصاص در دندان طوری است که استیفای مثل در آن امکان دارد به اینکه در صورت کسر دندان مجنی علیه، به همان مقدار از دندان جانی را به وسیله سوهان بگیرند، و در صورت کندن نیز بوسیله سوهان دندان جانی را تا جای رسیدن به بیرة آن بگیرند، و موارای آن ساقط است.

اما زبان، اگر جانی قسمتی از آن را بریده بود، قصاص در آن لازم نیست، زیرا استیفای مثل در آن امکان ندارد، و اگر همه آن را قطع کرده بود امام ابویوسف گفته است که قصاص در آن واجب است.

در قطع حشفه (قسمت سر ذکر) و قطع ذکر (آلت مردانگی) هرگاه جانی همه حشفه یا همه ذکر را قطع کند، قصاص به مورد اجراء در می آید به دلیل امکان استیفای مثل در آن ها. اگر قسمتی از حشفه یا قسمتی از ذکر را قطع نماید، قصاص در آن نیست، چون که استیفای مثل متعذر است.

اما نوک پستان زن، پس سزاوار است که در آن قصاص واجب آید زیرا نوک پستان دارای حد و اندازه معلومی است و استیفای مثل در آن امکان پذیر میباشد.

304- قصاص در شجاج (جراحات ناحیه سر و صورت):

در جاری شدن قصاص در جراحات موضعه (جراحی که پوست سر را قطع کرده و استخوان را نمایان می سازد) اختلافی نیست، بدلیل عمومیت فرموده الهی: «وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ» و زخم ها را قصاص است، مگر آنکه به سبب دلیلی خاص شده باشد، از طرف دیگر در زخم موضعه، استیفای قصاص بر سبیل مماثلت ممکن است، زیرا موضعه حد و اندازه معلومی دارد که چاقو به نهایت آن میرسد که عبارت است از استخوان سر.

در این امر که در جرح ما بعد موضعه قصاصی نیست، در بین علماء اختلافی وجود ندارد به جهت اینکه استیفای قصاص در آن بر وجه مماثلت متعذر است، زیرا جرح هاشمه آن است که استخوان را می شکند، و منقله عبارت از جرحی است که بعد از شکستن آن را از جایش بی جا می کند، و در شکستن استخوان قصاصی نیست.

در زخم آئه، (جراحی که تا به مغز سر میرسد و عبارت است از پرده که در زیر استخوان و بالای مغز سر قرار دارد) نیز استیفای قصاص بر وجه مماثلت امکان ندارد چون اطمینانی نیست که در وقت استیفای قصاص کارد به مغز سر نرسد، پس به استثنای زخم موضعه در دیگر انواع جروح شجاج قصاص واجب نمی گردد.

اما در جروحات پائین تر از موضعه، از امام ابوحنیفه روایت کرده اند که گفته است: بجز موضعه و سمحاق (جراحی پوست سر) آن هم اگر قصاص در سمحاق ممکن باشد، در سایر جروحات شجاج قصاصی نیست.

از نخعی روایت کرده اند که گفته است: زخم های مادون موضعه خراشیدگی های اند و در مورد آنان حکومت عدل است¹ (یعنی جبران خساره آنها به داورى اشخاص عادل و اهل خبره تعیین میگردد.) به همین گونه از عمر بن عبدالعزیز (رض) روایت کرده اند، و هم چنان از شعبی نقل قول کرده اند که گفته است: (در جراحی که پایین تر از موضعه باشد، اجوره طیب لازم است).

305- قصاص در مجروحیت ها:

این جروحات عبارت اند از زخم های که در غیر از سر و صورت در سایر قسمت های استخوان دار بدن واقع شده باشد، هرگاه مجروح از اثر یکی از آن جروحات وفات کند، قصاص واجب میگردد، زیرا جراحی به سبب سرایت خود، حکم قتل را به خود گرفته است، و در صورتیکه مجروح از اثر جراحی وارده بر او وفات ننماید،

¹ - حکومت عدل: فرمان روایی کردن. عدل: انصاف. اصطلاحاً: رد نمودن ظالم از ظلم. این اصطلاح غالباً در زخم های که در شریعت مقدار دیت آن معین و معلوم نیست، به حکم عادل سپرده می شود تا فیصله نماید و مقداری از مال را بالای جانی تعیین نماید، مقدار واجبی را که شخص عادل در جنایت غیر معلوم المقدار از مال تعیین می کند و چونکه در حکومت به حکم حاکم موقوف است، بنام حکومت عدل مسمی شد. (الموسوعة الفقهية 68/18) (قاموس اصطلاحات فقهی، کابل 1390 ص 69) (مترجم)

قصاصی در هیچ یک از آن ها نیست، فرق نمی کند که آن زخم جایفه باشد یا زخم دیگری، به علت اینکه استیفای قصاص در آنها بر وجه مماثلت امکان پذیر نیست.

306- از شرط های دیگر قصاص در مادن نفس:

پیشتر یاد کردیم که از جمله شرط های قصاص در مادن نفس مماثلت در میان هردو محل است: محل معتدی علیه (جای که تجاوز بر آن واقع شده است) در بدن مجنی علیه و محل مقابل و مماثل آن در بدن جانی که مراد گرفتن قصاص در آن از بدن جانی میباشد.

به همین گونه است شرط ممکن بودن استیفای قصاص، یعنی استیفای قصاص متعذر نباشد، هم چنان بیان کردیم که چه چیزهای بر این دو شرط از حیث وجود و عدم مرتب میگردد. از زمره این شرط ها که حنفیان نیز آن را شرط کرده اند آن است که: جانی و مجنی علیه هردو باید آزاد باشند، در صورتیکه هردو غلام باشند، یا یکی از آنان آزاد و دیگری غلام باشد، در این مساله قصاصی نیست.

علاوه بر این شرط است که جانی و مجنی علیه هردو مرد باشند، یا هردوی شان باید زن باشند، هرگاه یکی مرد و دیگری زن باشد، در این صورت قصاص لازم نمی گردد.

307- دلیل حنفیان در مورد اشتراط مساوات در میان جانی و مجنی علیه از حیث مرد بودن، زن بودن، آزاد بودن و غلام بودن:

دلیل ایشان این است که مماثلت در ارش ها - دیت اعضای بدن - برای وجوب قصاص در مادن نفس شرط است بدلیل اینکه عضو صحیح در برابر عضو شل و معیوب و عضوی که انگشتان آن کامل است در برابر عضوی که انگشتان آن ناقص است قطع نمی گردد، از طرف دیگر در قصاص مادن نفس از مسلک و روشی که در اموال است پیروی می شود، در حالیکه در باب تاوان های مالی مماثلت اعتبار دارد و مماثلت در میان افراد آزاد و افراد غلام در ارش ها و تاوان های مالی وجود ندارد زیرا ارش عضو بدن غلام اندازه معینی ندارد بلکه به اعتبار قیمت آن سنجش میشود اما در افراد آزاد ارش (دیت) اعضای بدن شان مقدر و معین است، پس در بین ارش اعضای بدن فرد آزاد و غلام مساواتی لازم نمی آید، اگر بالفرض تاوان اعضای بدن فرد آزاد و غلام بر سبیل اتفاق به یک اندازه هم باشد، اعتبار ندارد، چونکه قیمت عضو بدن غلام توسط قیمت گذاری قیمت گذاران به صورت ظن و تخمین تعیین میگردد، لذا مساوات در آن شناخته نمی شود و از همین رو قصاص هم واجب نمی آید. هم چنان در میان دو نفر غلام نیز مساواتی نیست، زیرا اگر دو غلام قیمت های شان متفاوت باشد، تساوی در ارش وجود ندارد، اگر قیمت های شان مساوی باشد، این تساوی بجز از راه ظن و تخمین دانسته نمی شود، زیرا این معرفت توسط قیمت گذاری قیمت گذاران حاصل می شود و این قیمت گذاری به عدم توافق قیمت گذاران فرق می کند، پس تساوی در ارش های شان شناخته نمی شود لذا قصاص واجب نمی گردد، یا اینکه شبهه عدم تساوی به میان می آید و شبهه در باب قصاص حکم حقیقت را به خود

میگیرد، به همین گونه مماثلت در بین مردها و زن ها در قصاص فیما دون نفس وجود ندارد، زیرا دیت عضو بدن زن بمقدار نصف دیت عضو بدن مرد است.

308- آنچه که در قصاص در مادون نفس شرط نیست:

استعمال سلاح در جرایم تجاوز بر مادون نفس برای وجوب قصاص بر جانی شرط نیست، پس فرق نمی کند که ارتکاب جرم در مادون نفس به وسیله سلاح باشد، یا غیر سلاح، قصاص در آن واجب میگردد و در وجوب قصاص وقتی که شرایط قصاص فراهم باشد، تاثیری ندارد، زیرا در جنایت مادون نفس شبه عمد نیست و آن جنایتی که در قتل نفس شبه عمد است در مادون نفس عمد پنداشته می شود، به جهت اینکه اتلاف مادون نفس عادتاً به آله مخصوصی اراده نمی شود، پس تمام آلات در دلالت آنها بر قصد جانی حالت مساوی دارند، و فعل جانی قصد محض شمرده می شود، هرگاه شرایط قصاص فراهم و قصاص امکان پذیر بود قصاص واجب میگردد، و اگر قصاص به علت عدم توافر شرایط آن متعذر گردید، ارش (دیت) لازم می آید.

309- وقت حکم به قصاص:

اما وقت حکم به قصاص در مادون نفس بعد از بهبودی است، پس تا زمانی که مجنی علیه بهبود نیابد به قصاص حکم نمی شود و دلیل در این باره حدیث رسول خداست که فرموده اند: «لَا يُسْتَقَادُ مِنَ الْجِرَاحَةِ حَتَّى يَبْرَأَ» ترجمه: از جراحت تا زمانی که بهبود یابد قصاص گرفته نمی شود.

هم چنین روایت کرده اند که شخصی حسان بن ثابت (رض) را از قسمت استخوان ران وی مجروح کرد و انصاریان نزد رسول خدا (ص) آمدند و مطالبه قصاص کردند پیامبر (ص) فرمود: «انْتَظِرُوا مَا بِصَاحِبِكُمْ» یعنی انتظار بکشید که به رفیق و یار شما چه پیش می آید. علاوه بر این در این جا احتمال سرایت قطع یا جرح به سوی نفس وجود دارد، لذا در صورتیکه قطع و یا جرح به نفس مجنی علیه سرایت کند، و او را به قتل برساند، پس به سبب این سرایت، جرم مذکو به قتل بدل می گردد، اگر مجنی علیه قبل از بهبودی خویش قصاص خود را بگیرد و انگهی به سبب سرایت جراحت وارده فوت نماید، چنان است که چیز دیگری غیر از حق خود را استیفاء کرده است، یعنی حق وی قصاص نفس است و او به قصاص در مادون نفس پرداخته است.

تتبع و نگارش: قضاوتیال احمد فهیم «قویم»

سیر تاریخی محاکم جزایی بین المللی «دلایل ایجاد، تشکیل و صلاحیت محاکم مذکور»

(۳)

فصل سوم

تشکیل و صلاحیت محاکم جزایی بین المللی
از محکمة توکیو تا محکمة فعلی (ICC)

فهرست:

مبحث چهارم : محکمة بین المللی یوگسلاوی سابق

20	 جزء اول: صلاحیت
20	 الف- صلاحیت ذاتی محکمة
20	 ب- حقوق قابل اجرا در محکمة
20	 ج- ماهیت مخاصمات مسلحانه

- د- حقوق پیوند دهنده دولتهای ذی نفع 22
 جزء دوم: تشکیلات 24
 جزء سوم : اساسنامهٔ محکمهٔ یوگسلاوی سابق 24
 مبحث ششم : محکمهٔ جزایی بین المللی فعلی (ICC) 25
 جزء اول: صلاحیتها 25
 جزء دوم : تشکیلات 26
 جزء سوم: امضاء 26
 جزء چهارم : قضات محکمهٔ جزایی بین المللی (ICC) 27
 جزء پنجم : خائنوالی محکمهٔ جزایی بین المللی 28
 جزء ششم : دارالانشأ محکمهٔ جزایی بین المللی 29
 جزء هفتم : تعهدات اخلاقی در محکمهٔ جزایی بین المللی 30
 جزء هشتم : زبان های محکمهٔ جزایی بین المللی (ICC) 30
 جزء نهم : مجمع عضو دول 31
 نتیجه گیری : 34

مبحث چهارم : محکمهٔ بین المللی یوگسلاوی سابق

محکمهٔ بین المللی تعقیب مسئولان نقض فاحش حقوق بین المللی بشردوستانه در خاک یوگسلاوی سابق، از ابتدای سال 1991 میلادی یا محکمهٔ بین المللی جزایی یوگسلاوی سابق¹ (TCTY) از ارکان فرعی شورای امنیت سازمان ملل متحد است که برای تعقیب و مجازات عاملانی که در جریان جنگ های صورت گرفته در خاک یوگسلاوی سابق، شدیداً و در ابعاد وسیع، ابتدایی ترین حقوق بشری افراد را نقض کردند، ایجاد گردید. اساسنامهٔ این محکمه، پس از تصویب قطعنامهٔ شماره 827 شورای امنیت ملل متحد، در 25 می 1993 میلادی مورد تصویب قرار گرفت.

محکمهٔ بین المللی جزایی یوگسلاوی سابق یک محکمهٔ موقتی و منطقه وی است و مقر آن در شهر لاهه هالند قرار دارد. این محکمه بر اساس صلاحیت خود می تواند این 4 دسته از جرایم، نقض شدید کنوانسیون های ژنو، نقض قوانین یا رسوم جنگ، کشتار دسته جمعی و جنایات علیه بشریت را تحت تعقیب قرار دهد. بیش ترین شدت مجازات افراد محکوم شده در این محکمه حبس ابد است. (۶: ۱۷۲)

¹ International Criminal Tribunal for former Yugoslavia

جزء اول: صلاحیت **الف- صلاحیت ذاتی محکمه**

همچنانکه گذشت، محکمه بین المللی یوگسلاوی سابق، بدین منظور تاسیس شده است تا به اتهام کسانی که از ابتدای سال 1991 میلادی در خاک یوگسلاوی سابق، مسئول نقض عمده حقوق بین الملل بشردوستانه قلمداد میشوند، رسیدگی کند. ماده اول اساسنامه محکمه یوگسلاوی سابق چنین صراحت دارد: ((نقض عمده حقوق بین الملل بشردوستانه که در این ماده مورد نظر قرار گرفته و موضوع صلاحیت ذاتی محکمه است، شامل جرایمی است که رویهمرفته جزء جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت هستند.))
بالبین همه، آنجا که سخن از جرایم به میان می آید، این فرض در آن مستتر است که حقوقی وجود دارد که نقض بعضی از قواعد و مقررات آن جرم تلقی شده است. بنابر این جا دارد پیش از بررسی محتوای جرایم، حقوقی که محکمه یوگسلاوی باید مورد اجراء قرار دهد را مشخص کنیم.

ب- حقوق قابل اجرا در محکمه

وظیفه محکمه یوگسلاوی سابق، رسیده گی به جرایمی است که در چارچوب مخاصمات مسلحانه ارتکاب یافته است. بنابر این، باید قواعدی که مخصوصاً برای چنین موقعیت هایی پیش بینی شده است، یعنی حقوق مخاصمات مسلحانه را اجرا کند. در این حقوق، محکمه باید قواعدی را اجرا کند که طرفین ذی نفع را در بر می گیرد.

این حقوق فقط در حالتی کاملاً به اجرا در می آید که جنگ مسلحانه بین المللی در گرفته باشد و فقط هنگامی بخشی از آن اجرا میشود که جنگ جنبه داخلی داشته باشد. در نتیجه، باید ابتدا این مسأله روشن شود که ماهیت مناقشاتی که در خاک یوگسلاوی سابق در گرفته است و همچنان ادامه دارد، چیست، تا بعد از آن بدانیم که آیا محکمه باید کلیه حقوق مخاصمات مسلحانه را اجرا کند یا فقط بخشی از آن را.

همین که این مسأله حل شد، وبا توجه به تابعان جدید حقوق بین المللی که بر روی خرابه های یوگسلاوی سابق بوجود آمده اند، باید ببینیم حقوقی که محکمه باید آنها را اجرا کند تا چه میزان این تابعان جدید حقوق را به هم پیوند می دهد. (۶: ۱۷۳)

ج- ماهیت مخاصمات مسلحانه

مناقشاتی که از سال 1991 میلادی به بعد، یوگسلاوی را متلاشی کرده است، گاه داخلی بوده و گاه بین المللی. داخلی از آن جهت که نیروهای اسلونی و کروات

رادر مقابل ارتش ملی یوگسلاوی قرار می داده است. پیش از اینکه حکومت بلغراد این تجزیه ها و آثار آن را هر چند بطور ضمنی، به رسمیت بشناسد، مناقشات باز هم داخلی بوده از آن جهت که حکومت سارایوو را فقط در مقابل چریکهای صرب و کروات بوسنی - هرزه گوین قرار می داده است. با وجود این، مناقشات مذکور هنگامی جنبه بین المللی یافت که نیروهای یک دولت تجزیه شده در مقابل دولت اصلی یا در مقابل دولت تجزیه شده دیگری قرار گرفتند، یا اینکه مناقشات داخلی موضوع دخالتهای خارجی واقع شد.

بی آنکه وارد جزئیات این مسأله بشویم که ممکن است کار راه بررسیهای طولانی هم در رویدادها هم در مسائل حقوقی بکشد، به ذکر همین نکته اکتفا می کنیم که حتی مناقشه واحد ممکن است در آغاز داخلی باشد و بعداً بین المللی گردد. چنین است که در مورد تجزیه یک کشور، مناقشه که دولت رادر مقابل بخش تجزیه شده قرار می دهد، تاهنگامی که یکی از شرایط زیر حاصل نشده است، مسلماً مناقشه داخلی است :

- دولت، تجزیه را به رسمیت بشناسد
 - دولت، نیروی متخاصم را به رسمیت بشناسد.
 - مناقشه، موضوع دخالتهای اساسی و جدی خارجی قرار گیرد.
 - شورای امنیت، خصیصه بین المللی مناقشه را به رسمیت بشناسد.
- در مورد مناقشات یوگسلاوی میتوان مثلاً عناصر واقعی زیر را ذکر کرد :
- مجلس فدرال یوگسلاوی با تصویب قانون اساسی جدید خود در 27 اپریل سال 1992 میلادی، جمهوری فدرال یوگسلاوی را که منحصرأ از جمهوریهای صرب و مونته نگرو، تشکیل شده است، بوجود آورد و بطور ضمنی تجزیه اسلوونی و کرواسی و بوسنی - هرزه گوین و مقدنیه را به رسمیت شناخت، هر چند که دولت جدید به رسمیت شناختن جمهوری های جدید را موکول به حل چند مسأله باقیمانده کرد.

شورای امنیت سازمان ملل، در 13 جولای سال 1992 میلادی، با تأیید اینکه کلیه طرفها در بوسنی - هرزه گوین " موظفند، خود را با تعهدات ناشی از حقوق بین الملل بشر دوستانه به ویژه با کنوانسیونهای 12 اگست سال 1949 میلادی ژنو تطبیق دهند، بطور ضمنی این موضوع را به رسمیت شناخت که مناقشه که در این سرزمین در جریان است جنبه بین المللی دارد، زیرا کنوانسیون های ژنو فقط هنگامی اجرا می گردد که " مخاصمه مسلحانه میان دویا چند عضو مستقل و آزاد متعاهد واقع شود". (۳: ۲۵۹)

د- حقوق پیوند دهنده دولتهای ذی نفع

اعمالی که محکمه بین المللی یوگسلاوی، باید مورد رسیده گی قرار دهد، گاه در یوگسلاوی وقوع یافته است و گاه در قلمرو یک یا چند دولتی که از تجزیه جمهوری فدرال یوگسلاوی بوجود آمده اند.

این دولتها عبارتند از: جمهوری فدرال یوگسلاوی (صربستان و مونته نگرو)، اسلوونی، کرواسی، بوسنی- هرزه گوین و مقدنیه (فرض ارتکاب جرم درسرزمین اخیر فعلاً منتفی است، زیرا تاکنون مقدونیه موفق نشده است از مناقشه برکنار بماند).

هنگامی که جرم درسرزمین یوگسلاوی به وقوع پیوسته باشد، مسلماً تابع مجموعه قواعدی است که یوگسلاوی رابه هم پیوند می دهد. درمورد حاضر، این کشور با چندین ابزار وسند حقوقی بشردوستانه مرتبط می گردد: کنوانسیون راجع به پیشگیری ومجازات جنایت" کشتار دسته جمعی " مصوب 9 دسامبر 1948 میلادی (که در اینجا از آن به نام " کنوانسیون ژنوسید" یاد می کنیم). کنوانسیون لاهه 14 مه 1954 میلادی راجع به حمایت ازاموال فرهنگی (که در اینجا از آن به نام (کنوانسیون 1954 میلادی) یاد می کنیم. چهارکنوانسیون 12 اگست 1949 ژنو راجع به حمایت از قربانیان جنگ(که از این پس آنها را " کنوانسیون های 1949 جینوا" می نامیم). دو پروتکل مصوب 8 جون 1977 میلادی ملحق به کنوانسیون های 1949 ژنو(که از این پس آنها را " پروتکل های الحاقی " می نامیم.) و کنوانسیون 10 اپریل 1981 میلادی سازمان ملل درباره تحریم یا تحدید کاربرد برخی ازسلاحهای کلاسیک دارای آثارجراحت آور شدید یا آثاری که متوجه اشخاص غیرنظامی نیز می گردد. (که از این پس آن را " کنوانسیون 1981 میلادی سازمان ملل" می نامیم).

هنگامی که جرم درسرزمین جمهوری فدرال یوگسلاوی ارتکاب می یابد نیز همین مستندات به اجرا گزارده میشود، زیرا این دولت جدید در تاریخ 27 اپریل 1992 میلادی تاکید کرده است که " استمرار" دولت سابق یوگسلاوی راتضمین می کند و " کلیه تعهداتی را که آن دولت در قلمرو بین المللی به عهده گرفته است دقیقاً رعایت خواهد کرد" (دربیانیه مذکور فعل جمله به صیغه مستقبل قطعی است، ولی آن راباید شرطی تلقی کرد). (۳: ۲۵۱)

هنگامی که این اعمال وجرایم در خاک یکی دیگر ازجمهوریهای جدید به وقوع می پیوندد، میتوان گفت همواره همان قاعده راباید اجرا کرد، زیرا در اینجا قواعد مقرر درکنوانسیون 23 اگست 1978 وین، راجع به جانشینی دولتها درخصوص معاهدات حاکم است که بند الف ماده 34 آن، اصل استمرار را در صورت تجزیه دولتها مقرر می دارد.

با این همه، باید در نظر داشت که این کنوانسیون در تاریخ 28 اپریل 1980 میلادی مورد تصویب یوگسلاوی قرار گرفته، هنوز قدرت اجرایی نیافته و این ادعا که بند الف ماده 34 آن، قاعده مرسوم و معمول است، چندان مسلم نیست. مخصوصاً وقتی که امور مقدماتی تصویب کنوانسیون و بحثهای فوق العاده شدیدی را که هنگام تصویب آن روی داد، در نظر آوریم. (3: 251)

در عمل، اسلونی و کرواسی و بوسنی - هرزه گوین با "اعلامیه جانشینی" طرفهای متعاهد کنوانسیون های 1949 جینوا پروتکل های الحاقی آن قرار گرفتند (به ترتیب در تاریخهای 26 مارچ، 11 می و 31 دسامبر 1992 میلادی) و همچنین در مجله بین المللی صلیب سرخ، که این اعلامیه ها در آن درج گردیده است اعلامیه های مزبور بر طبق رویه بین المللی "تا روز استقلال این جمهوریه" (به ترتیب 25 جون و 8 اکتبر 1991 میلادی و 6 مارچ 1992 میلادی) شامل قاعده عدم رجعت قانون به ماقبل می گردد. این "رویه" دقیقاً همان است که در ماده 23 کنوانسیون 1978 ویانا، در مورد دولتهای که از اصل "لوح نانوشته" استفاده می کنند مقرر شده است. این معنی به خوبی نشان می دهد که برخلاف بند 1 ماده 34، اساسنامه محکمه یوگسلاوی در مورد جمهوری های جدید مسأله استمرار و جانشینی خود بخودی مطرح نیست. اینان فقط در مواردی از نظر حقوقی به یوگسلاوی پیوند می یابند که خود الحاق به آن را اعلام کنند (نتیجه حاصل از زمان قبول) یا خود راجانشین آن بدانند (نتیجه حاصل از زمان ایجاب یعنی از بدو استقلال دولت جانشین شونده).

بنابراین، وقتی محکمه در مقام آن است که این یا آن قاعده بین المللی را در مورد متهمی اعمال کند، باید در هر مورد تحقیق نماید که آیا در لحظه ارتکاب جرم، قاعده مذکور در سرزمینی که این جرم در آن ارتکاب یافته است، با توجه به مسائل جانشینی دولتها اعمال می گردد یا خیر. (3: 253)

باید یاد آوری کنیم که در بسیاری از موارد، مسلماً این امر بیشتر مسأله نظری است تا عملی. زیرا قواعدی که محکمه باید اعمال کند، غالباً قواعدی کاملاً ابتدایی در خصوص اعمال آدمی است، قواعدی که نقض آنها در حقوق جزایی تمام دولتها، و از جمله سرزمین مورد نظر، جرم شناخته شده است. بنابراین، احتمالاً کمتر موردی است که محکمه با فقدان قاعده مواجه گردد. این امر از آن نظر حتمی تر، می نماید که دولتهای جدید بانسان دادن تمایل خود بر اینکه به منزله دولت شناخته شوند و جزء جامعه بین المللی باشند، بطور ضمنی اساس قواعد مرسوم را که جرایم پیش بینی شده در اساسنامه محکمه بر آن پایه بنا شده است، پذیرفته اند و چنین است به طریق اولی از همان زمانی که این دولتها وارد

سازمان ملل شده و بنابراین نه فقط حقوق مندرج در منشور ملل متحد، بلکه قواعد گسترده یی را که از آن ناشی می گردد، نیز قبول کرده اند. (3: 253)

جزء دوم: تشکیلات

پس از تأسیس محکمه نظامی بین المللی نورنبرگ و محکمه توکیو، این نخستین بار است که جامعه بین المللی (سازمان ملل) اقدام به تشکیل یک محکمه بین المللی جزایی برای تعقیب، محاکمه و مجازات افراد متهم به نقض حقوق بشردوستانه بین المللی می کند. این محکمه (یوگسلاوی سابق) برپایه تصمیم شورای امنیت و برطبق فصل 7 منشور ملل متحد ایجاد گردید.

هدف اصلی از تأسیس این محکمه، رسیده گی به جرایم ارتكابی اشخاص متهم به جرایم عمده یی نظیر قتل، شکنجه، تجاوز، انتقال اجباری، تخریب گسترده اموال و دیگر جرایم ذکر شده در اساسنامه محکمه، در خاک یوگسلاوی سابق است. هم چنین در توجیه تأسیس این محکمه، جامعه بین المللی معتقد است که از طریق محاکمه مرتکبان این جرایم، میتوان از بروز این جنایات در آینده جلوگیری کرد و هم چنین به تسریع پایداری و ادامه روند صلح و برگرداندن عدالت به هزاران قربانی این جرایم امید وار بود.

محکمه بین المللی جزایی یوگسلاوی سابق، تاکنون بالغ بر 160 نفر را به دلیل نقض شدید حقوق بشردوستانه در کرواسی، بوسنی و هرزگوین، صربستان، کوزوو، و جمهوری مقدونیه طی سال های 1991 تا 2001، میلادی تحت پیگرد قانونی قرار داده است. در اساسنامه محکمه آمده است که عناوین رسمی متهمان نظیر رئیس دولت یا مقام حکومت، نخست وزیر، رؤسای ستاد ارتش، وزرای داخلی، کارمند عالی رتبه و رهبران ارتش و اداره پلیس و بسیاری از عناوین سیاسی دیگر، مانع از تعقیب جزایی افراد نمی گردد.

محکمه از شعبه ها (3 شعبه برای محاکمه ابتدایی و یک شعبه استیناف). خارنوالی و آرشیف، تشکیل شده است. هزینه محکمه از محل بودجه عادی سازمان ملل تأمین میشود. (3: 267)

جزء سوم: اساسنامه محکمه یوگسلاوی سابق

برای تهیه اساسنامه محکمه یوگسلاوی سابق، پیشنهادات و طرح هایی از جانب گروهی از حقوق دانان فرانسوی، کشورهای ایتالیا، برزیل، کانادا، مکزیک، هالند، روسیه، اسلوانی، آمریکا و سازمان کنفرانس اسلامی ارائه شد. سازمان عفو بین الملل، کمیته حقوق دانان برای حقوق بشرو سویدن به عنوان ریاست وقت کنفرانس امنیت و همکاری اروپا در این رابطه فعالیت کردند و پیشنهادات در دبیرخانه سازمان ملل مورد بررسی قرار گرفت.

در نهایت، شورای امنیت سازمان ملل متحد، در قطعنامه 827 مورخ 25 می 1993 میلادی، گزارش دبیرکل و پیشنهادات او برای اساسنامه را پذیرفت. اساسنامه محکمه یوگسلاوی سابق یا ICTY در تدوین نهایی شورای امنیت در سال 1993، میلادی تاکنون در چند مرحله طبق قطعنامه های این شورا اصلاح شده است (3: 87).

مبحث ششم: محکمه جزایی بین المللی فعلی (ICC)

محکمه جزایی بین المللی (به انگلیسی: International Criminal Court) به اختصار ICC) نخستین محکمه دائمی بین المللی برای رسیدگی به جرائم نسل کشی، جنایات علیه بشریت، جنایت جنگی و جنایت تجاوز (به انگلیسی: Aggression Crime of است که مقرر در شهر لاهه کشور هلند قرار دارد. اساسنامه این محکمه در (15) جون 1998 میلادی در روم به تأیید نماینده گان 120 دولت رسید و در 1 جولای 2002 میلادی، با تصویب آن توسط 60 کشور، اعلان موجودیت کرد.

این محکمه به جرایمی رسیده گی میکند که پس از این تاریخ توسط اتباع یا در قلمرو یکی از کشورهای عضو انجام شده باشد یا اینکه با تصویب شورای امنیت سازمان ملل متحد به این محکمه احاله شده باشد.

این محکمه تاکنون به 5 موضوع نسل کشی او گاندا، نسل کشی کنگو، نسل کشی افریقای مرکزی، جنگ دارفور در سودان و نسل کشی کنیا رسیده گی و علیه 14 نفر اعلام جرم کرده که از بین آنها 7 نفر فراری، 2 نفر مرده (یا تصور میشود که مرده باشند) 4 نفر در بازداشت و یک نفر به طور داوطلبانه در محکمه حاضر شده اند. (1: 184)

جزء اول: صلاحیتها

1- صلاحیت تکمیلی

بر خلاف محاکم ویژه رسیده گی به جنایات جنگ بوسنی شامل نسل کشی بوسنی و کشتار سر برنیتسا و نسل کشی روندا که از صلاحیت همزمان با محاکم ملی برخوردار بودند، در مورد محکمه بین المللی جزایی، اصل صلاحیت تکمیلی مورد پذیرش قرار گرفته است. به این معنی که مسئولیت اصلی در تعقیب و رسیده گی به جنایات موضوع از صلاحیت محکمه با محاکم ملی است و در صورت عدم تمایل یا عدم توانایی محاکم ملی یا نبود دستگاه قضایی مستقل و کارآمد، محکمه بین المللی جزایی اعمال صلاحیت خواهد کرد. به این ترتیب این محکمه مکمل محاکم ملی است اما جایگزین یا جانشین آنان نیست. (1: 184)

2- صلاحیت شخصی

محکمه بین المللی جزایی (ICC)، تنها برای رسیده گی به جرایم اشخاص حقیقی بالای 18 سال صلاحیت دارد و سمت رسمی افراد متهم تأثیری در صلاحیت آن ندارد.

در واقع هیچ مصونیتی، چه در قوانین داخلی و چه در قوانین بین المللی به افراد داده شده باشد، مانع از رسیده گی محکمه نیست. دولت فرانسه هم به همین علت، پیش از پیوستن به محکمه، مقررات قانون اساسی خود در مورد مصونیت رئیس جمهور فرانسه را اصلاح کرد. (1: 185)

3- جرایم زیست محیطی

در سپتامبر 2016 میلادی، در گزارش دادستان محکمه جزایی بین المللی از اولویت ها و انتخاب قضایا برای رسیده گی به جرائم، رسماً اعلام شد که از این پس محکمه (ICC) به جرائم زیست محیطی تحت عنوان " جنایات علیه بشریت " رسیده گی خواهد کرد. این قضایا شامل تخریب محیط زیست، بهره کشی ناعادلانه از منابع طبیعی و تصرف غیرقانونی زمین در کنار موارد دیگر هستند. (1: 185)

جزء دوم: تشکیلات

محکمه بین المللی جزایی (ICC)، از 4 رکن ذیل تشکیل یافته است:

- 1- دفتر رئیس: مسئول اداری محکمه
- 2- شعبات رسیده گی: محکمه دارای سه شعبه ذیل است:
 - الف- تحقیقات مقدماتی
 - ب- محکمه ابتدایی
 - ج- تجدید نظر
- 3- دفتر خارنوالی: این دفتر مسئول انجام تحقیقات در مورد جرایمی است که رسیده گی به آنها در صلاحیت محکمه است.
- 4- دفتر ثبت: مسئول جنبه های غیر قضائی اداره و خدمات محکمه است. (5: 276)

جزء سوم: امضاء

اساسنامه روم در یک کنفرانس بین المللی از نماینده گان تام الاختیار کشورها، در 15 جون 1998 میلادی که به موجب تصمیم مجمع عمومی سازمان ملل متحد در روم برگزار شده بود، با 120 رأی موافق، 7 رأی مخالف (چین، عراق، اسرائیل، لیبی، قطر، امریکا و یمن) و 21 رأی ممتنع به تصویب رسید و در 1 جولای 2002 میلادی با تصویب آن توسط 60 کشور موجودیت پیدا کرد. تا فبروری 2013 میلادی تعداد کشورهای عضو این نهاد به 122 کشور رسیده است. تقریباً تمام کشورهای اروپایی و امریکای جنوبی، حدود نیمی

از کشورهای آفریقایی به همراه استرالیا، نیوزیلند و کانادا عضو محکمه هستند. اما از کشورهای آسیایی تنها ژاپن، مغولستان، افغانستان، تاجیکستان، اردن، کامبوج و تیمور شرقی به این محکمه پیوسته اند. 40 کشور هم اساسنامه روم را امضا کرده اند، اما هنوز به تصویب مجالس قانون گذاری خود نرسانده اند. اسرائیل، سودان و آمریکا از امضای پیمان محکمه بین المللی خود داری کرده اند.

تامارچ 2016 میلادی تعداد کشورهای عضو این نهاد به 124 کشور رسیده است. 31 کشور دیگر هم اساسنامه روم را امضا کرده اند اما هنوز به تصویب مجالس قانون گذاری خود نرسانده اند. کشورهای مهمی چون آمریکا، روسیه و چین (3 عضو دائم شورای امنیت سازمان ملل متحد) و هند (دومین کشور پرجمعیت جهان) از منتقدان این محکمه بوده و به آن نپیوسته اند. (1: 189) تبصره:

چگونه گی پیوستن افغانستان به محکمه بین المللی جزایی (ICC)، همراه با دلایل و عوامل پیوستن افغانستان به آن، ایجاب یک تحقیق جداگانه را می نماید. همچنان بحث عدالت انتقالی یا عدالت ترمیمی در افغانستان، از موارد مربوط به محکمه بین المللی جزایی (ICC) و در بعضی از موارد مربوط به دیوان عدالت بین المللی (لا هه) میشود که نویسنده این سطور نظر به دلایلی از بحث در آن خصوص در این تحقیق، صرف نظر کردم.

جزء چهارم : قضات محکمه جزایی بین المللی (ICC)

در محکمه جزایی بین المللی باید 18 قاضی توسط دولت های عضو انتخاب شوند که از این جمله سه نفر آنها هیئت رئیسه را تشکیل میدهد و هر کشور عضو، فقط یک نفر را برای محکمه میتواند نامزد نماید و این قاضی حتمی نیست که از اتباع دولت معرفی کننده باشد ولی باید تبعه یکی از دول عضو باشد.

کسانیکه بحیث قاضی در محکمه جزائی بین المللی انتخاب میگردند، باید از سجایای عالی اخلاقی برخوردار باشند و باید حایز شرایط لازم برای تصدی عالی ترین مقامات قضایی در کشور خود باشند و همچنان باید دانش عالی و تسلط عملی به یکی از لسان های محکمه داشته باشند.

اساسنامه محکمه مذکور، برای داوطلبان، میزانی از تخصص را لازمی شمرده است و داوطلبان براین اساس به دوگروپ ذیل تقسیم میگردند :

- 1- آنها که متخصص حقوق جزایی هستند
- 2- آنها که متخصص حقوق بین المللی هستند که البته متخصصین حقوق بین المللی نیز در دو رشته میباشد که عبارتند از :
 - 1- حقوق بشردوستانه بین المللی

2- حقوق بشر

برای انجام هر انتخابات دوفهرست تهیه می‌گردد. یکی فهرست شامل متخصصین حقوق جزائی و دیگری فهرست متخصصین حقوق بین الملل.

در اولین انتخابات حداقل (9) قاضی از میان فهرست متخصصین حقوق جزا و حداقل (5) قاضی از میان فهرست حقوق بین الملل انتخاب می‌گردد.

قضات در محکمه جزایی بین المللی، برای یک دوره (9) ساله انتخاب می‌گردد و به جز موارد استثنایی در اساسنامه، قابل انتخاب مجدد نیستند.

لسان های کاری محکمه عبارت اند از: 1- انگلیسی 2- فرانسوی، میباشد.

هزینه قضاوت بین المللی بالا است و قضات، حقوق زیاد دریافت می نمایند و با توجه به ظرفیت کاری محکمه استخدام تمام وقت (فول تایم) هر هجده قاضی، غیر ضروری به نظر میرسد که در نتیجه، تنها سه قاضی عضو هیئت رئیسه، تمام وقت کار میکنند (دوامدار) و قضات که تمام وقت در محکمه کار میکند به فعالیت های حرفه ای دیگر پرداخته نمی تواند. (4: 15)

هیئت رئیسه مسئول اداره محکمه بوده و همچنان هیئت رئیسه، بعضی وظایف مشخص و تعیین شده دارد که توسط قضات تنظیم می‌گردد.

بخش استیناف مرکب از رئیس و چهار قاضی دیگر است که باید برای یک دوره (9) ساله وظیفه اجرا نماید. بخش مقدماتی و ابتدائی، اضافه تر از (6) قاضی دارد که در هر یکی از بخش ها باید برای یک دوره سه ساله انتخاب شوند و بخش ابتدائی باید با حضور سه قاضی بخش خود، تشکیل جلسه دهد بخش مقدماتی میتواند به سه قاضی یا بایک قاضی منفرد متعلق به بخش مقدماتی تشکیل جلسه دهد و قضات این دو بخش (ابتدائی و مقدماتی، میتوانند بطور موقت در بخش یکدیگر، اجرای وظیفه نمایند.

هیئت رئیسه میتواند قضات را از انجام وظایف شان معاف نماید و همچنان وظیفه دیگر هیئت رئیسه امور مربوط به دفاع است که در ماده (8) طرز العمل تحقیق و دلایل محکمه، مشخص شده است.

هیئت رئیسه محکمه جزایی بین المللی (ICC) عبارت اند از:

1- رئیس محکمه

2- معاون اول محکمه

3- معاون دوم محکمه (19: 4)

جزء پنجم: خارنوالی محکمه جزایی بین المللی

خارنوال به عنوان بازوی تحقیق و تعقیب در محکمه بوده و یک نهاد مستقل جداگانه است. ریاست و اداره خارنوالی محکمه بین المللی جزایی، بر عهده

خارنوال است که خارنوال محکمه جزایی بین المللی میتواند بایک یا چند معاون همراهی شود و معاونین خارنوالی باید از ملیت های متفاوت باشد. خارنوال و معاونین وی باید واجد سجایای عالی و اخلاقی باشند و صلاحیت کافی و تجربه عملی قابل توجه در تعقیب امور جزایی و یا محاکمات جزایی داشته باشند. همچنان خارنوال و معاونین وی باید شناخت عالی و تسلط عملی بر حداقل یکی از لسان های کاری محکمه، یعنی (انگلیسی و یا فرانسوی) داشته باشند. خارنوال با رأی مخفی اکثریت مطلق مجمع دول عضو، انتخاب میگردد و همچنان معاونین خارنوالی از سوی خود خارنوال پیشنهاد و از طرف دول عضو انتخاب میگرددند و خارنوال باید برای هر پست خالی معاونیت خارنوالی، سه نفر کاندید را معرفی نماید. خارنوال و معاونین خارنوالی وظایف شان را برای (9) سال اجرا مینمایند و همچنان خارنوال باید مشاوران را که دارای تخصص حقوقی مربوط به مسایل، خصوصاً مسایل مربوط به تجاوز جنسی، تجاوزها به انگیزه جنسی و تجاوز به اطفال باشد، انتخاب نماید و خارنوال همچنان باید افراد تحقیق و سایر کارمندان و مامورین را باید استخدام نماید. بر اساس اساسنامه محکمه جزایی بین المللی (ICC)، جزای اعدام وجود ندارد ولی حبس های موقتی و دایمی تطبیق شده میتواند. همانطوریکه در مورد قضات محکمه جزایی بین المللی گفته شد در ترکیب خارنوالی نیز باید نماینده گی نظام های اصلی حقوقی در جهان، وضع جغرافیایی عادلانه و همچنان نسبت عادلانه بین زن و مرد رعایت گردد. اساسنامه محکمه جزایی بین المللی (ICC) به افراد که مورد تحقیق یا تعقیب خارنوالی قرار میگردد اجازه میدهد تا سلب صلاحیت و یا رد خارنوال و یا معاونین وی را تقاضا نماید. (10: 89)

جزء ششم : دارالانشأ محکمه جزایی بین المللی

این اداره در محکمه جزایی بین المللی، مسئولیت امور اداری یا غیر قضایی را دارد. مانند: خدمات محکمه و اداره محکمه. رئیس دارالانشأ عهده دار ریاست اداری محکمه میباشد رئیس دارالانشأ توسط قضات محکمه برای مدت پنج سال انتخاب می گردد و در صورت لزوم، قضات می توانند برای رئیس دارالانشأ، معاون برای مدت (5) سال انتخاب نمایند. در استخدام کارکنان دارالانشأ، محکمه نیز باید موارد ذیل رعایت گردد :

- 1- نماینده گی از نظام های اصلی حقوقی در جهان
- 2- توزیع عادلانه جغرافیایی
- 3- موجودیت نسبت عادلانه بین زن و مرد

اساسنامه محکمه جزایی بین المللی موادی را در رابطه به قبول خدمات مجانی به پیشنهادی که از طرف دول عضو محکمه، سازمان های بین المللی، سازمان های بین الدول و سازمان های غیردولتی برای اینکه کمک به ارکان محکمه باشد، پیشبینی نموده است. البته باید تذکر داد که استفاده از خدمات مجانی، تحت شرایط خاص و استثنایی به محکمه اجازه داده شده است. (8: 66)

جزء هفتم : تعهدات اخلاقی در محکمه جزایی بین المللی

خارنوال، قضات، معاونین خارنوالی، رئیس دارالانشأ و معاون دارالانشأ، قبل از به عهده دار شدن یا گرفتن وظایفی که به موجب اساسنامه محکمه جزایی بین المللی به عهده آنان گذاشته میشود، رسماً تعهد خواهند نمود که وظایف خود را درکمال بی طرفی و شناخت کامل انجام خواهد داد. هریک از آنها ممکن است به دلیل سوء رفتار جدی، نقض فاحش یکی از وظایف شان و یا ناتوانی در اعمال وظایفی که به موجب اساسنامه بر عهده آنان قرار گرفته عزل شوند.

در صورتیکه آنان مرتکب خطایی کم اهمیت تراز موارد فوق شوند، متحمل اقدامات انضباطی خواهند شد. عزل نمودن اقدامی ناشی از تصمیم اتخاذ شده توسط مجمع دولت های عضو است. عزل یک قاضی به موجب رأی اکثریت دو سوم آراء دولت های عضو و نیز توصیه اکثریت دو سوم قضات دیگر انجام میگردد. عزل خارنوال راحت تر است و با اکثریت آراء دول عضو صورت می گیرد. عزل معاون خارنوال به توصیه خارنوال و بعداً صلاح دید اکثریت دول عضو، امکان پذیر است.

حقوق قضات، خارنوال و معاونین خارنوالی، رئیس دارالانشأ و معاون دارالانشأ، مطابق تصمیم مجمع دول عضو تعیین میشود و در مدت ماموریت یا وظیفه آنها کاهش نخواهد یافت. (2: 278)

جزء هشتم : زبان های محکمه جزایی بین المللی (ICC)

محکمه جزایی بین المللی دارای دو زبان کاری است که عبارت اند از:

1- زبان انگلیسی

2- زبان فرانسوی

و در موارد نیز میتوان از زبان کاری دیگری استفاده نمود که البته این زبان باید جزء زبان های رسمی محکمه باشد. قضات، خارنوال، رئیس دارالانشأ و معاونین آنها و همچنان وکیل مدافع باید حداقل به یکی از این زبان ها تسلط کامل داشته باشند.

محکمه جزایی بین المللی دارای شش (6) زبان رسمی است که عبارت اند از:

1- عربی 2- چینی 3- انگلیسی 4- فرانسوی 5- روسی 6- اسپانیوی

آراء محکمه همانند سایر تصمیم هایش که منجر به حل اساسی موضوع نزد محکمه می شود، باید به تمام زبان های رسمی محکمه منتشر شوند. این ضرورت با رویه سازمان ملل هماهنگ است اما در مورد احکامی که ممکن است به صدها صفحه بالغ شوند، همانطوریکه در خصوص محاکم خاص بین المللی نیز سابقه دارد امری است مشکل و طاقت فرسا. (1: 109)

جزء نهم : مجمع عضو دول

مجمع دول در محکمه جزایی بین المللی عهده دار مسایل زیر است:

- 1- مسایل اداری مانند نظارت اداری کلی بر ماموران.
- 2- پذیرش بودجه
- 3- افزایش شمار قضات
- 4- وامور مشابه به آن

مجمع دول عضو همچنان تشکلی برای پذیرش اصلاحات در اساسنامه محکمه بوده و علاوه به آن مسئول تکمیل نمودن کار ناتمام کنفرانس دیپلماتیک (روم) است که در آن باید سند عناصر جرایم، اساسات تحقیق و دلایل کشف و سایر اسناد ضروری برای انجام وظایف محکمه پذیرفته شود.

هریک از دولت های عضو، دارای یک نماینده در مجمع دول عضو میباشد. امضا کننده گان سند نهایی میتوانند در مجمع به عنوان ناظر حضور یابند. این دیدگاه سخاوتمندانه بردیدگاه کسانی که می خواستند حضور در مجمع را محدود به امضا کننده گان خود اساسنامه نمایند، غالب شد.

مجمع دول عضو یک دفتر و بر حسب ضروریات و نیاز تشکیلات فرعی دیگری را ایجاد مینمایند و این مجمع سال یک بار جلسه خواهد داشت و در صورت ضرورت می تواند جلسات بیشتری را دایر نماید. (13: 276)

محکمه جزایی بین المللی، نهاد مستقل و جداگانه است و یک رکن سازمان ملل نیست، فلذا خود محکمه مسئول تهیه مخارج و بودجه اش میباشد. سهم هر یک از کشور های عضوبه اساس جدولی که اعضا آن بروی آن به توافق رسیده است، تعیین خواهد شد. این جدول بر اساس اصولی است که سازمان ملل متحد برای بودجه عادی خود تصویب کرده و بر طبق اصول و مبنای جدول سازمان ملل تنظیم می گردد. بر علاوه محکمه میتواند هر بودجه که توسط سازمان ملل مقرری گردد دریافت نمایند که این مورد به خصوص هزینه های ناشی از ارجاع موضوعی از سوی شورای امنیت به محکمه است.

سازمان ملل را بعضی کشورها به عنوان مسئول بودجه محکمه پیشنهاد نموده بود که توسط سه کشور بزرگ تأمین کننده منابع مالی سازمان، یعنی ایالات متحده امریکا آلمان و جاپان رد گردید.

علاوئاً محکمه می تواند هر کمک دواطلبانه حکومت ها، سازمان های بین المللی، افراد، بانک ها وسایر منابع را دریافت ویمصرف برساند که این کار در بسیاری از سازمان های بین المللی ومحاکمه خاص و.... تحقق یافته است. (11):
(67)
ضمایم

ضمیمه شماره (1):

فهرست کشور های شرکت کننده در کنفرانس دیپلماتیک نماینده گان تام الاختیار ملل متحد، در مورد تأسیس دیوان بین المللی جزایی (ICC)

ارژانتین	امارات متحده عربی	ترکیه	سوئد
اذربایجان	اندونزی	ترینیداد و توباگو	سوئیس
افریقای جنوبی	اوروگوئه	توگو تونس	سیرالئون
افریقای مرکزی (جمهوری)	اوکراین	جامائیکا	چلی
البانیا	اوگاندا	جزایر سلیمان	عراق
آلمان	ایالات متحده آمریکا	جیبوتی	عربستان سعودی
اندورا	ایتالیا	چاد	عمان
انگولا	ایران (جمهوری اسلامی)	چک (جمهوری)	گاتا
اتیوپی	ایرلند	چین	فرانسه
اتریش	ایسلند	دانمارک	فنلاند
ارمنستان	باربادوس	دماغه سبز	فیلیپین
اریتره	بحرین	دومینیکا	فیرس
اردن	برازیل	دومینیک (جمهوری)	فرقیزستان
ازبکستان	برونای- دارالسلام	رواندا	قزاقستان
استرالیا	بریتانیا کبیر و ایرلند شمالی	ماداگاسکار	کلمبیا
استونی	بلاروس	مالت	کنگو
اسرائیل	بلجیم	مالزی	کنگو (جمهوری دمکراتیک)
اسلواکی	بلغارستان	مالی	کنیا
اسلوانی	بنگلادش	کامبوجا	ناروی
اسپانیا	بنین	کامور	نیجر
افغانستان	بوتانا	کویت	نیجریه
اکوادور	بورکینافاسو	کابن	نیکاراگوئه هائیتی
الجزایر	بوروندی	گرجستان	هلند
السالوادور	بوسنی و هرزگوین	گوآتمالا	هند
روسیه (فدراسیون)	قطر	گینه بی سائو	هندوراس
رومانیا	کاستاریکا	گینه	واتیکان
زامبیا	کامرون	لائوس (جمهوری دمکراتیک خلق)	ونزوئلا
زلاندنو	کانادا	لاتویا	ویتنام
زیمبابوه	جایان امارات متحده عربی	لبنان	یمن
کره (جمهوری)	مجارستان	لتوانی	یوگسلاوی و مقدونیه
کرواسی	مراکش	لسوتو	یونان
بولیوی	ساحل عاج	لهستان	موریتانی
پاراگوئه	سامدا	لوکزامبورگ	موریسس

پاکستان	سان مارینو	لیبریا	موزامبیک
پاناما	سانتو ترمه و پرنسپ	لیبیا (جماہیری عربی)	مولدوا (جمہوری)
پرتگال	سرلانکا	لیٹوانی	موناکو
پرو	سنکاپور	لیختنشتاین	نامیبیا
تاجیکستان	سوازیلند	مصر	نیپال
تانزانیا (جمہوری متحد)	سودان	مکسیکو	ملاوی
تایلند	سوریه (جمہوری عربی)		

ضمیمہ شماره (2)

فہرست سازمان های {دولتی} و سایر نهادهایی که بوسیله یک ناظر در کنفرانس {روم} شرکت کردند.

کشور ها

فلسطین

سازمانهای بین دولتی و سایر نهادها

(ACCT) آژانس همکاری های فرهنگی و تکنیکی

(AALCC) کمیته حقوقی مشورتی آفریقایی آسیایی

شورای اروپا

جامعه اروپایی

دادگاه اروپایی حقوق بشر

کمیسیون انسانی حقیقت یاب

انستیتوت آمریکایی حقوق بشر

(ICRC) کمیته بین المللی صلیب سرخ

(INTERPOL) سازمان بین المللی پولیس کیفری

فدراسیون بین المللی جوامع صلیب سرخ و هلال احمر

اتحادیه بین المجالس

اتحادیه دولتهای عرب

سازمان اتحاد افریقا

سازمان دولتهای آمریکایی

(OIC) سازمان کنفرانس اسلامی

فرماندهی نظامی مستقل مالت

نهاد های تخصصی و سازمان های مربوطه

(ILO) سازمان بین المللی کار

(FAD) سازمان مواد غذایی و زراعت سازمان ملل متحد

(unesco) سازمان آموزش، علم و فرهنگ سازمان ملل متحد

(IFAD) صندوق بین المللی توسعه زراعت

(IAEA) آژانس بین المللی انرژی اتمی

برنامه ها و دستگاههای سازمان ملل
(UNICEF) صندوق ملل متحد برای کودکان
(UNHCR) کمیساری های عالی ملل متحد برای پاهنده گان
کمیسیون سازمان ملل برای پیشگیری از جرم و عدالت کیفری
کمیساریای عالی ملل متحد برای حقوق بشر
دفتر سازمان ملل در وین، دفتر مبارزه علیه مواد مخدر و پیشگیری از جرم
دادگاه کیفری بین المللی برای رواندا
دادگاه بین المللی برای یوگسلاوی سابق
(ILC) کمیسیون حقوق بین الملل
برنامه غذایی جهانی

نتیجه گیری :

بدون شک زمانی که جامعه یی با چالش هایی روبرو شود، گفته میشود که آن جامعه در نقطه عطف خود قرار دارد. بروز اینگونه چالش های باعث بوجود آمدن نسل هایی از محاکم جزایی شد، تا آلامی برای زخم قربانیانی باشد که در تحول آشفتهی نظم بین الملل عصر کنونی تاثیر پذیر بوده اند. این نقاط عطف، نسل هایی را بوجود آورد که در سیر تکاملی خویش به انقلابی در شیوه عملکرد نظام بین الملل در قرن اخیر انجامیده است. موفقیت هر نظریه، به نحوه ارتباط آن با زمینه تاریخی دارد که باید در آن نیز به اجرا درآید. نسل های محاکم جزایی دیدگاه بی سابقه یی را پدید آورده تا سیاست بین الملل را تابع تصمیم های قضایی خویش کند. بطور قطع ؛ نقض حقوق بشر، جنایت جنگی، نسل کشی، شکنجه و تجاوز، عسرنوین را چنان بی آبرو کرده که هرتلاشی برای اعمال هنجارهای حقوقی جهت جلوگیری از وقوع آن یا مجازات عاملان آن باعث اعتبار این نظریه ها گردیده است. مهمترین موضوع این تحولات، مصالحه میان صلاحیت قضایی جهانی با فرآیند های ملی میباشد که بابر خورد با گذشته های مشکوک و سوال برانگیز بتواند به بلوغ اندیشه و دغدغه های جامعه بین المللی بیانجامد و همچنان بتواند بدین شیوه تغییری در انسانی تر نمودن روابط بین الملل رونما گردد. دیگر اینکه تأسیس یک محکمه بین المللی جزایی در راستای همکاری مشترک بین المللی بوده و برای حفظ صلح و امنیت بشری ضروری است. بنظرمی رسد که با تأسیس محکمه بین المللی جزایی به پایان راه تأسیس محاکم بین المللی دائمی رسیده باشیم و محکمه دائمی دیگری تأسیس نشود. اما نباید نگران عواقب تأسیس محاکم بین المللی بیشتر باشیم، بلکه به نوبه خود هر محکمه بین المللی به تقویت اصول حقوق بین المللی و رفع نکات ابهام هر نسل

خواهد انجامید. همچنان، نباید از آثار و مشکل زائی آن غافل بود که جامعه بین الملل می بایست چاره یی برای نهادینه کردن این محاکم بیاندیشد و این میتواند به غنای هرچه بیشتر حقوق بین الملل منجر شود، بطوریکه هم اکنون نسل های محاکم جزایی در بسیاری از آراء خویش به آراء نسل قبل خود استناد نمودند باز هم به تأکید بر غنا و افزایش این محاکم در سطح داخلی، منطقه یی و بین المللی، اصحاب دعوی میتوانند در جستجوی محکمه مناسب باشند. آنچه بنظر می آید که در این نسل ها گم شده است. مرجع حل اختلافات که در این مورد می تواند (نهادی مانند محکمه بین المللی عدالت) نقش اساسی داشته باشد، است.

باید اذعان کرد که حمایت اعضای دایم شورای امنیت ملل متحد و کشورهای بزرگ، میتواند باعث تکامل این آغاز شود. بدین ترتیب یکی از مهمترین چالش های آینده از یک محکمه کارآمد، تصویب گسترده اساسنامه از سوی دولت هاست و عضویت دولتهای بیشتر می تواند باعث تکامل این نسل و بوجود آمدن نسل دیگر از محاکم مانند حقوق بشر، محیط زیست و... گردد.

در پایان باید به این نکته هم توجه داشت که گرچه برای برخی از کشورها (به شمول جمهوری اسلامی افغانستان)، الحاق به محکمه جزایی بین المللی و اساسنامه آن، مشکلاتی را به همراه داشته است. اما نباید این کشورها به شمول افغانستان منتظر بمانند که روزی فرارسد تا تمامی مشکلات که فرا راه محکمه جزایی بین المللی قرار دارد حل شده جلوه کند، بلکه این کشورها باید حضور فعال خویش را در صحنه بین الملل به نمایش گذاشته و آن را حفظ نمایند.

مآخذ و منابع:

- 1- اردبیلی، محمد علی. (1387) خورشیدی، حقوق بین الملل کیفری. تهران: نشر میزان، چاپ چهارم، جلد اول.
- 2- باقری، علی. (1376) خورشیدی، مبانی عدالت اقتصادی در اسلام و سایر مکاتب. قم: نشر دانشگاه مفید، چاپ اول.
- 3- بلیس، جان. راه چمنی، ابوالقاسم. (1383) خورشیدی. جهانی شدن سیاست و روابط بین الملل در عصر نوین. تهران: مؤسسه فرهنگی مطالعات و تحقیقات بین المللی ابرار معاصر، چاپ اول.
- 4- بیک زاده، ابراهیم. (1375) خورشیدی، سازمان ملل متحد محاکم جزایی بین المللی، تئوری و عمل. تهران: مجله تحقیقات حقوقی، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی وزارت امور خارجه، مرکز چاپ و انتشارات، شماره 18 دوره اول.
- 5- پوربافرانی، حسن. (1388) خورشیدی، حقوق جزای بین الملل. تهران: نشر جنگل، چاپ دوم.

- 6- جنت مکان، حسین آقائی (1389) خورشیدی، حقوق جزایی بین المللی. تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول.
- 7- دهخدا، علی اکبر (1377) خورشیدی، فرهنگ دهخدا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- 8- ذاکریان، مهدی. (1383) خورشیدی، مفاهیم کلیدی حقوق بشر بین المللی. تهران: نشر میزان.
- 9- ذاکریان، مهدی و آقا علیخانی. (1391) خورشیدی، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیست و ششم، شماره 1، تهران: مرکز مطالعات ستراتیژیک دبیرخانه شورای امنیت ملی ایران.
- 10- رسولی، محمد اشرف (1393) خورشیدی محاکمه عادلانه. کابل: انتشارات سعید، چاپ اول.
- 11- فیوضی، رضا. (1367) محکمه نظامی نورنبرگ پس از چهل سال. مجله حقوقی، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره 9.
- 12- قاموس اصطلاحات حقوقی. (1387) خورشیدی، پوهنخی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل. نشر پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان (USAID)، چاپ اول.
- 13- ظریف، محمد جواد. (1384) خورشیدی، روند های جدید بین الملل. دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، تهران: وزارت امور خارجه، مرکز چاپ و انتشارات.
- 14- کسینجر، هنری. (1381) خورشیدی، دیپلماسی آمریکا در قرن 21. مترجم ابوالقاسم راه چمنی، نظارت و اجرا، ابرار معاصر. تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم.
- 15- کریانک ساک کیتی شیایزری. (1383) خورشیدی، حقوق بین المللی جزایی. ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول.
- 16- میر محمد صادقی، حسین. (1377) خورشیدی، حقوق جزای بین الملل. تهران: نشر میزان مجموعه مقالات چاپ اول.
- 17- معین، محمد. (1362) خورشیدی. فرهنگ فارسی معین. تهران: نشر موسسه امیرکبیر.
- 18- همشهری آنلاین. آشنایی با روندا. سایت انترنتی، کدمطلب: 50422، زمان انتشار: 1397/01/14

ليکونکی : دوکتور عبدالکریم زیدان
ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامي

داسلامي فقهي بنسټونه

پنځم فصل
اهليت او عوارض يې
(11)
دوه يم مطلب
مکتسبه عوارض
شپږم - اکراه

فهرست:

- 132- لومړۍ خبرې 37
133- داکراه تعريف 37
135- داکراه ډولونه (انواع) : 39
136- آیا اکراه داهليت منافي (مخالفه) ده ؟ 40
137- دمکره په تصرفاتو کې د اکراه اغيز (اثر) : 40
139- غوره (راجح) قول 44
140- په عراقي قانون کې اکراه 46

132- لومړۍ خبرې

اکراه له مکتسبه (کسب شويو) عوارضو څخه ده ، خو پرانسان دخپل فعل حاصل ندی ، بلکې داسې يوکاردی چې بل يې ورسره کوي .
په ادامه کې به د اکراه د تعريف ، دهغه دتحقق دشرایطو ، داکراه د انواعو ، له اهليت سره دهغې دمنافاتو يا نه منافاتو ، دمکره شخص پرتصرفاتو د اکراه اثريا دمکره د تصرفاتو دحکم په تراوبحث وشي او بيا به دعراق په قانون کې له يو څو لنډو څرگندونو وروسته خبرو ته خاتمه ورکړو .

133- داکراه تعريف

اصوليونو اکراه يوبل ته سره له نږدې تعريفونو څخه تعريف کړيده ، له هغې جملې د التلويع ليکوال وايي : اکراه دبل اړايستل دي دهغه څيز ترسره کولو ته چې سرته رسولو ته يې رضابيت نه لري او که چيرې هغه په خپل حال پريږدي ، دهغه ترسره کول نه غوره کوي .¹ بل تعريف دا دی چې : په هغه څه تهديد

¹ - التلويع ج 2 ص 196

چې اړايستونکی دهغه په ترسره کولو قادر دی او اړکيدونکی ترې ویريرې (داريرې)، شخص دهغه څيز سرته رسولو ته اړايستل شي چې دهغه له ترسره کولو څخه ډډه (امتناع) کوي.¹ دا تعريف دهغه چارو متضمن دی چې دهغو شتون د اکراه د تحقق لپاره واجب دی او په همدې دليل، له لومړي تعريف څخه خوراواضح دی.

134- داکراه د تحقق شرايط²

1- مُکره (اړايستونکی) دخپل تهديد په عملي کولو قادروي اوکه چيرې دخپل تهديد په عملي کولو قادر نه وي او مُکره (اړکيدونکی - مجبور) پوه شي چې اکراه کوونکی دخپل تهديد په عملي کولو قادر ندی، دا تهديد لغوه او هيڅ د اعتبار وړندی.

2- اکراه کيدونکی له دې تهديد ځينې وپارشي دارنگه چې له خپل ځان سره داسې فکروکړي چې اړايستونکی په يقين سره اویا په غالب گمان ډير ژر خپل تهديد اجرا کوي او ددې ډار تر اغيز لاندې مکره عليه ترسره کړي.

3- هغه څيز چې اکراه کوونکي، اکراه کيدونکی پرې تهديد کړی دی داسې ضرر وي چې دنفس د تلفيدو يا دغري دتلف کيدو سبب شي اویا له دې څخه لږ شيان، لکه بندي کول، تړل کيدل او وهل ډبول وي.

شافعيه، حنابله او جعفريه اوځينې داحنافو فقها، معتقد دي چې: د مال په اتلاف تهديد په هغه صورت کې چې ناڅيزه نه وي، يومعتبر تهديد دی او په هغه سره اکراه تحقق مومي اوجعفريه معتقد دي چې تهديد: هغه چاته په ضرر رسولو سره چې اکراه کيدونکي لپاره د اهميت درلودونکی دی، اکراه ده او احناف هم معتقد دي چې که چيرې تهديد زوج (ميره) يا يونږدې خپلوان ته دضرر رسولو په تړاو وي، اکراه ده او حنابله معتقد دي چې: که چيرې تهديد فرزند ته متوجه وي، اکراه ده.³

¹- كشف الاسرار ج 4 ص 1503

²- كشف الاسرار ج 4 ص 1502، المغنی ج 7 ص 120، المذهب ج 2 ص 83

³- البحر الرائق ج 2 ص 2، حاشیه ابن عابدين ج 5 ص 110، الاقناع په حنبلي فقه کې ج 2 ص 4، منهاج الصالحين، په جعفريه فقه کې، حکيم ج 2 ص 14، المغنی ج 7 ص 120، المذهب ج 2 ص 83. بايد زياته کړو چې ځينو حنبلي مذهبه فقها وو داکراه د تحقق لپاره شرط کړيده چې خورونه او اذيت عملاً په اړکيدونکی وارد شي او دهغه په ترسره کولو تهديد کفايت نه کوي، ليکن په حنبلي مذهب کې غوره (راجح) دا ده چې يوازي تهديد کفايت کوي المغنی ج 7 ص 11.

135- ډاکړه ډولونه (انواع):

احناف اکراه په ملجي يا بشپړه او کمله اکراه او غير ملجي يا نيمگري اکراه وېشي.¹

الف - ملجي اکراه

هغه اکراه ده چې د نفس د اتلاف (وژلو) په تهديد او يا د بدن ديو غړي د اتلاف په تهديد سره صورت مومي ، ځکه د بدن د غړيو حرمت هم د انسان د نفس او ځان په پيروي سره ، لکه دانسان د نفس دحرمت په څيردي او همدارنگه ، ديو فرد دټولو اموالو په تلف کولو تهديد او ديوچاپه قتل تهديد چې دفردي لپاره داهميت درلودونکی دی - دهغه چا د رأي پر بنسټ چې دا ډول تهديدونه يې اکراه بللي دي - له دې ډول اکراه څخه گڼل کيږي . په ملجي د دې ډول اکراه دنومولو دليل دا دی چې فرد د نفس يا غړي د اتلاف له ويري د فعل ترسره کولو ته اړباسي (مجبوري) او دا ډول اکراه اختيار تس نس کوي ، رضائيت له مينځه وړي ، ليکن اختيار نه معدوموي (له مينځه نه وړي) . د دي مطلب توضيح دا ده چې اختيار دهغه مقدور په لوري له قصد څخه عبارت دی چې د وجود او عدم ترمينځ يو پر بل په ترجيح ورکولو کې متردد وي يا په بل عبارت د يو څيز د ترسره کولو يا ترک کولو قصد دی ، په دې ډول چې دهغه دسرته رسولو يا پرېښوولو (ترک) ترجيح پخپله دفاعل له لوري وي . دا مفهوم په اکراه سره نه زایل کيږي ، ځکه مگره (اړايستل کيدونکی) فعل په خپل قصد او غوښتنې سره ترسره کوي ، ځکه نوموړی هغه څه چې پخپله ده ته خورا آسانه دي غوره کوي اوکه چيري کوم کار چې هغه ته اړايستل شوی (مگره عليه) ترسره کړي ، د ده فعل به پخپله د ده له خوا بوه ترجيح وي دهغه څه له پيښيدوڅخه د مخنيوي لپاره چې په هغه تهديد شوی دی (يعنی د مکره عليه ترسره کولو ته يې ترجيح ورکړيده ترڅو د تهديد له پيښيدو ځيني مخنيوی وکړي) ، خو څرنگه چې فاعل (مکره) په خپل قصد کې خپلواک نه دی او د ده له خوا ترسره شوی اختيار او غوراوی دارايستونکي په اختيار او اکراه بنادي ، اختياري فاسد دی .

¹ - غيرحنفي علما داسي شيان لکه قتل او شديد وهل ډ بول او بندي کول او داسي نورچې اړکيدونکي ته ضرر رسوي ذکر کوي ، پرته له دې چې اکراه په ملجي او غيرملجي وويشي او خفيف وهل او دلري مودي لپاره بندي کول هم اکراه بولي که چيري اکراه کيدونکی له مروت لرونکو - د شخصيت او شهرت درلودونکو افرادو - څخه وي ، خو که چيري له دي افرادو پرته په ترا ووي ، هغه اکراه نه بولي او بايد ووايو چې دا يو غوره تفصيل دی ، و . گ : المغنی ج7 ص120 ، المهذب شيرازی ج2 ص83

په اکراه سره د رضایت له مینځه تلل هم ، په دې خاطر دې چې رضایت ، یو څیز ته د رغبت او اشتیاق (لیوالتیا) په معنا دی او داکراه په شتون سره ، دا حالت صورت نه مومي.

ب - غیر ملجی اکراه :

هغه اکراه ده چې دیو څیز په ترسره کولو سره صورت مومي چې دنفس او یا د بدن دیو غړي د اتلاف موجب کیږي نه ، لکه وهل ، ډبول او بندي کول. دا ډول اکراه ، اختیار نه فاسد وي ، بلکې رضایت له مینځه وړي اودا چې اختیار نه فاسد وي په دې خاطر ده چې فرد دمکره علیه په سرته رسولو مجبور نه دی ، ځکه په دې ځای کې ، نوموړی د لومړۍ نوعې پر خلاف ، کولای شي دهغه څه پروراندې چې په هغه سره تهدید شوی دی ، صبر وکړي .

136- آیا اکراه د اهلیت منافی (مخالفه) ده ؟

اکراه که ملجی وي یا غیر ملجی ، له دواړو د اداء اهلیت او وجوب اهلیت سره منافات (مخالفت) نه لري اوله مکره څخه دخطاب د سقوط موجب هم نه کیږي د اهلیت له ډولونو سره یې د نه مخالفت دلیل دا دی چې اهلیت په ذمې او عقل او بلوغ سره ثابت او موجود دی او اکراه په دې تړاو کوم اخلاص نه رامینځته کوي او په اکراه سره هم له مکره څخه دخطاب د نه سقوط دلیل ، دا دی چې کله کله ، د هغه څیز ترسره کول چې فرد پرې مجبور یږي ، د ده لپاره حرام دي او که چیرې هغه ترسره کړي ، گنہکار به وي ، لکه قتل او زنا ، اوکله کله هم ، ترسره کول یې پرې واجب دي او که هغه ترسره نه کړي ، گنہکار دی لکه د شرابو څښل او د مرداري (میته) خوړل ، او نور کله ، دهغه ترسره کول رخصت دی . که چیرې هغه سرته ورسوي ، کومه گناه نه لري او که چیرې ترسره یې نه کړي مآجور (اجر ورکړل شوی) دی ، لکه کفر څخه د ډکو خبرو بیانول اود نورو دمال اتلاف . دا ټول کارونه ، یعنی وجوب او حرمت او رخصت ، دمکره په حق کې دخطاب د ثبوت او د ده د مخاطب والي نښانه ده ځکه د اشیان د تکلیفي خطاب له شتون پرته رامینځته کېدای او ثابتېدای نه شي .¹

137- دمکره په تصرفاتو کې د اکراه اغیز (اثر) :

د مکره په تصرفاتو کې داکراه د اثر له بیان دمخه ، یعنی د ده د تصرفاتو د حکم بیان ، لازمه ده چې داسې یوه قاعده ذکر شي چې دمکره دقولي یا فعلي تصرفاتو احکام پرې بناسويدي.

¹ - فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج1 ص1666 ، کشف الاسرار فی شرح اصول البزودی ج4 ص 1503-1504

داحنافو په نزد نوموړي قاعده دا ده چې ، د مكلف دقولي يافعلي تصرفاتو په ابطال اوهدروركولو كې اكراه هيڅ اغيزنه لري ، بلكې تاثيري يوازي د دې ترسره شويو تصرفاتو دنسبت په تغييرولو كې دى ، دارنگه كه چيري شوني وي ، دا تصرفات ارايستونكي ته منسوب شي ، په دې حالت كې دهغه حكم د ده لپاره ثابتيري ، خو كه چيري شوني نه وي ، تصرف هماغسې مكره ته منسوبيري ، حكم د ده لپاره ثابتيري ، ارايستونكي ته د دې تصرفاتو انتساب (منسوبول) يوازي هغه مهال شوني دي چې وكولاى شو فاعل (ارايستل شوى - مگره) دارايستونكي (مگره) آله اوابزاروبولو.

د دې قاعدې پربنسټ ، دفاعل تصرفات په دوه ډلو ويشل كيږي : لومړى هغه څه چې دهغه د انتساب (منسوبولو) امكان ارايستونكي ته د آلي اوابزارپه عنوان دفاعل په قراروركولو شتون لري ، دوهم ، هغه څه چې ارايستونكي ته يې دهغه دانتساب امكان شتون نه لري او همدارنگه فاعل ته منسوب باقي پاتى شوى ، حكم يې يوازي دفاعل پرخلاف دى .

دا قاعده دغيراحنافو لكه شافعيه په نزد ، دارنگه ده : كه چيري اكراه دحق له مخې وى لكه دمدنيون (پوروري) ارايستل پلورلو ته دخپل پور دوركړي په موخه ، اكراه به په دې ځاى كې كوم اغيزونلري او تصرف صحيح اوناقد دى ، خوكه چيري اكراه په ناحقه وي ، په دې صورت كې خوالته مخې ته راځي : كه چيري اكراه دمكره عليه عمل ترسره كول مباح نه كړي لكه په قتل اكراه ، په دې صورت كې ، حكم دفاعل پر خلاف ثابتيري ، كه چيري اكراه دمكره عليه ترسره كول مباح كړي او ارايستونكي ته دفعل انتساب شونى وي ،لكه د بل دمال تلفول ، حكم له فاعل څخه ساقطيري اودارايستونكي پرخلاف نافذيري ، كه چيري د اقوالو په څير ارايستونكي ته د هغه د انتساب امكان شتون ونلري ، ساقط دى او هيڅ كوم حكم نه دارايستونكي په حق كې اونه دفاعل لپاره په هغه نه مترتب كيږي .¹

138- داحنافواونورو په نزد ددې قاعدې له بيانولو وروسته ، بايد

ووايوچي : اكراه يا قول دى او يافعل او د دوى هريوهم ، دمخكيني قاعدې په رڼا كې ، خپل خاص حكم لري ، په لانديني تفصيل سره :

لومړى : اقوال

اقوال، كه چيري اقراروي ،حكم ، دهغوى نه اعتبار دى ، ځكه د اقراراعتبار يوازي په هغه كې د صدق (رښتيا) دارخ درججان په خاطر دى په داسي حال كې چې په اكراه سره دكذب (درواغو) اړخ رجحان مومي ، نومعتبرنه دى .

¹ - فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج1 ص167-168 ، التلويح ج2 ص ص 196-197

اوکه چیري له هغه ډلې قولې تصرفاتو څخه وي چې دفسخي احتمال لري او په شوخی (توکو) سره نه باطلیږي لکه نکاح اوطلاق اورجعت ، احناف معتقد دي چې : حکم يې ثابتیږي ، یعنی په صحیح اوناقد صورت واقع کیږي او اکراه په کي کوم اغیزنه لري ، د احنافو استدلال دا دی چې د دې تصرفاتو آثار ،یوازې دا چې د اختیار له مخې ترسره شي ، پرهغوی مترتب کیږي ، ځکه شارع په هغوی تلفظ دهغوی دمعنا دارادي اوحکم خای ناستی کړی دی ، په دې دلیل که چیري یوڅوک په توکو(شوخی) سره هم هغه په ژبه راوړي ، واقع کیږي په داسي حال کي چې نه يې دهغوی دحکم قصد درلود اونه دهغه دمعنایي هم اراده کړي ده نو په دې کي ، مکره ترلومړي او ټولو وړتیا لري ، ځکه چې نوموړی دهغه د ایقاع (وقوع) قصد هم کړی دی اوهم يې دهغه دحکم اختیار کړی دی ، که څه هم داکراه د ملجي والي په صورت کي ، د ده اختیار فاسد دی .

که چیري قولې تصرفات له هغه انشا اتوځیني وي چې د فسخي وړدي او ایقاع (وقوع) يې په شوخی اوتوکو سره صحیح نده لکه بیع (پلورل) احناف معتقد دي چې په دې صورت کي داکراه اثر پرهغوی (له مینځه تلل – تباہ کیدل) دی او هغه فاسدیږي نه باطل. د احنافو استدلال دا دی چې اکراه رضایت له مینځه وړی نه اختیار ، او رضایت دصحت (سموالي) شرط دی نه د انعقاد شرط ، نو دا تصرفات منعقد کیږي ، خودومره ده چې فاسد دي ، سربیره پردې چې د دې قولې تصرفاتو احکام په هغه بڼه چې یادونه یې وشوه ، دفاعل په حق کي ثابتیږي نه دارایستونکي په حق کي ، ځکه چې دهغوی انتساب ارایستونکي ته شونی نه دی ، ځکه دانسان لپاره ممکنه نده چې دبل چا په ژبه خبرې وکړي ، نو نه شوکولای فاعل د ارایستونکي آله اوابزاروبولو اوله دې کبله ، قول ورته نه منسوبیږي اوپه پایله کي ، حکم د ده په حق کي نه ثابتیږي .

خوشافعیه ، جعفریه اوحنابله اونورمعتقد دي چې : د مکره پرقول کوم حکم نه مترتب کیږي ، بلکي اقوال يې هدراوله مینځه ځي او د ده طلاق اوبیع او نورقولې تصرفات نه واقع کیږي دا ډله دخپلي لید توکي لپاره خود لیله لري .¹

1- ستر څښتن تعالی (ج) له هغه چا څخه چې د اجبار اواکراه په حال کي په له کفر څخه ډکو خبرو تکلم کوي ، دکفر حکم ساقط کړی دی اوفرمایي : (الامن اکره وقلبه مطمئن بالايمان) (دالنحل سورت -106- آیت).

¹ - الام، شافعی ج3 ص20، اعلام الموقعین ج3 ص108 اوج4 ص ص43-44، کاسانی ج7 ص ص182-184، زادالمعاد ج2 ص200، المغنی ج7 ص118، شیرازی ج2 ص83 ، طوسی ج2 ص453 ، منهاج الصالحین ، محسن حکیم ج2 ص ص122-182

ژباړه : مگر هغه کسانو چې په جبر او اکراه سره کفر غوره کړی وي او په زړه کې پوخ مؤمن وي .

(په هغو کومه گناه نه شته)

اوجوته ده چې دکفرا حکام دپېرودلو او خرڅولو او داسې نوروشیانو ځینې خو راستراو خوراشدید دي ، ځکه په کفر له میرمنې څخه جلاوالی او وژل کیدل او دمال اخیستل مترتب کیږي ، له دې کبله که چیرې خورا سترساقط شي ، خورا کوچنی هم ساقطیږي .

2- په حدیث کې راغلي دي چې حکم له مکره څخه پورته شوي (لیری شوی) اونوموړی مؤاخذه نه لري ، ځکه پیغمبر صلی الله علیه و اله وسلم فرمایي : (ان الله وضع عن امتی الخطا والنسیان وما استکرها علیه) .

ژباړه : سترڅښتن تعالی (ج) زماله امت څخه دخطا اونسیان او داکراه (له مخې ترسره کړل شویوکارونو گناه) پورته کړیده . اوهم له انحضرت (ص) څخه روایت شويدي چې فرمایي : (لاطلاق فی اغلاق) ژباړه : د اغلاق په حالت کې طلاق نه واقع کیږي او اغلاق په اکراه سره تفسیر شویدی اوهم له حضرت علی (ک) ځینې روایت شويدي :

(لاطلاق لمکره) ژباړه : دمکره طلاق نه واقع کیږي . د دې خبرې بیلگه له دپروصحابه ووڅخه هم روایت شویده .

3- قصد دهغه څیز په خاطر چې وضعه کړل شوی دی ، تصرف دهغه دجواز شرط دی ، اوپه همدې دلیل هم ، دماشوم اومجنون (لیونی) تصرف صحیح نه دی . دا شرط په اکراه سره له مینځه ځي ځکه دمکره موخه دهغه څیز تصرف نه دی چې (اکراه) دهغه په خاطر وضعه شویده ، بلکې دده قصد یوازې له خپل ځان څخه دتورې (شمشیر- چارې) او داسې نورو دضرردفع کول دي .

4- مکره له خپل ځان ځینې دځوروني او اذیت د دفع کولو لپاره لفظ په ژبه راوړي او دهغه دمعناقص نلري ، دهغه دحکم اراده نه کوي ، نو باید چې دهغه پر قول کوم اغیزمترتب نه شي بلکې خبره یې لغوه خبره ده اولیونی او ویده شخص او د هغه کسانو دخبرې په حکم کې ده چې دخپل لفظ په اداء کې کوم قصد نلري .

احناف ددې دلایلو په ځواب کې وایي چې : اکراه په اعتقاداتو کې عمل نه کوي اوپه همدې دلیل دی که چیرې مکره له کفره څخه ډک لفظ پر ژبه راوړي ، عفوہ کیږي (د عفی عن امتی الخطا والنسیان وما استکرها علیه) ژباړه : زما له امت څخه خطا اونسیان (هیرتیا) او هغه څه چې په هغه مجبوریري ، معاف شوي دي ، د حدیث په تراو هم باید ووايو چې له هغه ځینې موخه او مراد

پرکفر اکراه ده ، ځکه خلک هغه مهال نوي داسلام دين ته اووښتي ؤ او په هغه وخت کې پرکفر اکراه معموله او مروج وه اوحتی که چیرې په دې ځای کې له اکراه څخه موخه له کفر پرته اکراه هم وي ، مونږه یې نه منوچې قولې تصرف په اکراه کې شامل وي ، ځکه اکراه په اقوالو کې هیڅ اغیزناکه نده ، لکه څرنګه چې په اعتقاداتو کې اغیزناکه نده ، څرنګه چې هیڅوک نه شي کولای دېل چا له ژبې څخه دتکلم لپاره استفاده وکړي ، نومتکلم په هغه څه کې چې پرژبه یې راوړي مختار دی اوله دې کبله نوموړی حقیقی مکره علیه ندی اوپه پایله کې ، حدیث دی نه رانغاړي. که څه هم داچې وایي قصد په هغه څه کې چې تصرف په کې دجواز شرط دی ، دمنلو ورڅخه نده ، مګر داسې نده چې دشوخي کوونکي (توکه کوونکي) طلاق واقع کیږي حال داچې نوموړی دخپل تصرف د موضوع له - طلاق - قصد هم نه لري ، همدارنګه ، حتی که چیرې دا چاره دتصرف دجواز شرط هم وي ، دا شرط داکراه په حالت کې شتون لري ، ځکه مکره دخپل نفس څخه دهلاکت د دفع کولو قصد لري او هلاکت هم یوازې د تصرف د موضوع له په قصد سره دفع کیږي ، نومکره دارتیاله مخې دهغه قصد لري . دمکره دطلاق دنه واقع کیدو په تړاو وارد شوي روایتونه هم ، له نورو نصوصو سره چې دمکره د طلاق په واقع کیدو دلالت لري په تعارض کې دي . نو دهغوی د روایتونو منل زمونږ د روایتونو له منلو څخه کومه وړتیا نه لري .

139- غوره (راجح) قول

زمونږ له نظره ، د جمهور قول غوره (راجح) دی چې وایي : د مکره قولې تصرف نه واقع کیږي که دنکاح او طلاق په څیرد فسخي ورنه وي اوکه دبیع او اجارې په څیرد فسخي وړوي او له دې امله ، د مکره (قولې) تصرفات باطل دي .

هغه څه چې احنافو ذکر کړي ، دهغوی دقول لپاره کوم دلیل کیدای نه شي او ټول هغه څه چې ذکر کړي یې دي د رد او مناقشې وړ دي ، له هغې جملې کافي ده چې ووايو : داحنافو استدلال دهغه فرد چې شوخي (توکی) کوي د طلاق او نکاح د واقع کیدو افاده کوونکی نه دی ، ځکه دشوخي کوونکی اومکره ترمینځ توپیر شتون لري ، ځکه شوخی کوونکی سبب داختیار له مخې اودهغه په معنا په علم او په هغه دمترتیبو آثارو سره ترسره کوي ، خومکره په اکراه سره اوله خپل ځان ځینې دځورونې او اذیت د دفع کولو په قصد هغه ترسره کوي اودهغه چا په حکم کې دې چې دېل فرد قول نقل کوي ، نوباید ووايو : دا چیرې او هغه چیرې ؟ او دا چې : څرنګه د دې دواړو حکم یوله بله مساوي دی ؟ په داسې حال کې چې په نص کې راغلي دي چې طلاق په شوخی (توکې) سره واقع کیږي ، خو

کوم نص چي احناف يي وايي دمکره د طلاق د واقع کيدو په تراوشتون لري ، چيري دی ؟ همدارنگه په بيع کي د دواړو خوا وو د رضایت اعتبار ، په غوره طريقه په نکاح کي هم د اعتبار موجب دی ، ځکه د فروجو شأن (مقام) د مال له شأن څخه ستر دی او له دې امله څرنگه چي سترڅښتن تعالی (ج) اعلام کړيده چي د نورو د مال اخیستل يوازي د رضایت له لاری حلال دی او په بله طريقه حرام دی ، له دې کبله فروج د لومړيتوب حق لری چي يوازي په شرعي رضایت سره حلال شي او په همدې دليل هم ، ولي له دې ځيني منع شوی دی چي ترخپل ولايت لاندې بنځه د دې د رضایت له ترلاسه کولو پرته ميره ته ورکړي.¹ همدارنگه دا چي احناف وايي : اکراه په اقوالو کي عمل نه کوي ، مردود دی ، ځکه د قرآن نص پر هغه کفري کلمې چي فرد يي له اکراه پسې په ژبه راوړي کوم اغيزندی مترتب کړی او دا په اقوالو کي داکراه د اعتبار دليل دی .

دوهم : افعال:

دمکره عليه له دوهم ډول څخه ، افعال دی ، دمخه دهغه دلومړي ډول يعني اقوالو ځيني خبره مينځته راغله . په لنډه توگه ويلی شوچي : که چيري اکراه غيرملجي وی او مکره فعل ترسره کړي ، نوموړی په يوازي توب سره دخپل فعل د بشپړ مسئوليت متحمل کيږي او اثري پري په بشپړه توگه مترتب کيږي ، خو که چيري اکراه ملجي وي ، دمکره پوري اړوند افعال په درې ډلوویشل کيږي .

لومړی (هغه افعال چي شارع د اړتيا (ضرورت) پرمهال دهغو ترسره کول مباح بللي دي، لکه شراب څښل او دمررداری (ميته) غوښي او دخنزيردغوښي خوړل . دمکره لپاره د دې کارونو ترسره کول مباح اوبلکې پري واجب دي او که چيري يي له ترسره کولو څخه ډډه (امتناع) وکړي ، گنهکاردی، ځکه سترڅښتن تعالی (ج) دهغو ترسره کول مباح کړي دي اوله نفس څخه دهلاکت د دفع کولو لپاره له مباح څيزځيني استفاده هم واجب ده ، نو ترک (پريښوول) يي جايزندي .

دوهم (هغه افعال چي دارتيا پرمهال ، دهغوی ترسره کولو ته رخصت ورکول کيږي او که چيري فرديي ترسره کړي کومه گناه پري نه شته اوکه چيري له ترسره کولوڅخه يي امتناع وکړي اوپه پايله کي اړايستونکي دی ترڅوړوني او اذيت لاندې ونيسي ، مأجور به وي ، لکه له کفرڅخه د ډکو افعالو ترسره کول په ايمان د زړه (قلب) له ډاډ منتوب باوجود د بل دمال تلفول هم له دې ډول

¹ - نظرية العقد ، امام ابن تيميه ، ص 155

(نوعي) ځيني دي، ليکن ضمانت پر اړايستونکي دي نه پرفاعل (مکره) ځکه د اتلاف دفعل انتساب اړايستونکي ته شونی دی، په دې توګه چې فاعل دارايستونکي آله اوبزار ونيول شي او په دې توګه حکم دهغه په حق کې ثابت شي. دا داحنافو، شافعيه وو اونورو عقیده ده.

درېيم (هغه افعال چې هغو ته اقدام په هېڅ شان سره د مکره لپاره حلال نه دی، لکه دنفس قتل، ځکه د نورو نفس هم د ده د نفس په څيرمعصوم او مصون دی او د انسان لپاره جايژنده چې نورو ته په ضرررسولو سره له خپل ځان څخه ضرر دفع کړي او که چيرې دا کار ترسره کړي، گنهکار دی، د اکراه په باب دخپل اصل پربنسټ، معتقد دي چې: په دې حالت کې، اړايستونکي قصاص کيږي، ځکه اړايستونکي ته دقتل د انتساب امکان د ده د آلي اوبزار په عنوان دمکره په فرض کولو سره شتون لري اوقصاص هم يوازې پرقاتل جاري کيږي نه د قتل په اېزار، خو شافعيه اونورمعتقد دي چې فاعل قصاص کيږي، ځکه ده داسي کارترسره کړي چې دهغه ترسره کول داکراه په حالت کې هم د ده لپاره جايژندی، نوحکم د ده په اړوند ثابتيږي او اړايستونکي هم په دې دليل چې دسببیت په طريقه دقتل موجب شويدي، وژل کيږي.

زنا هم دقتل په څير ده او دټولو علماوو په قول، دهغي حکم دفاعل په حق کې ثابتيږي، ځکه اړايستونکي ته د زنا دفعل دانتساب امکان شتون نه لري، ځکه انسان نه شي کولای د بل فرد په آلت سره زنا وکړي. احناف معتقد دي چې: په دې حالت کې د شهبې د شتون په خاطر، د زنا حد له زاني څخه ساقطیږي او شافعيه، د خپل اصل پربنسټ – يعنی دا چې مکره يو داسي کارترسره کړي چې د هغه ترسره کول د اکراه په حالت کې هم د ده لپاره جايژندی – معتقد دي چې: د زناحد پرې جاري کيږي اوحکم د ده په حق کې ثابتيږي او په دې ځای کې، دارايستونکي په حق کې دهغه د اثبات امکان شتون نلري.

140- په عراقي قانون کې اکراه

الف- په مدني قانون کې

دعراق مدني قانون اکراه دارنگه تعريف کړې ده: دشخص مجبورول دي په غيرحق سره دهغه عمل ترسره کولو ته چې پرې راضي نه وي.¹ اکراه يې په دوه برخوويشلې ده: الف: ملجي. ب: غير ملجي لومړی: يې دسترخطراو محيط سره د واقع کيدو له تهديد سره، لکه د نفس تلفول يامال ته دزياتو تلفاتو رسول.

¹ - د112 مي مادي لومړی فقره.

دوهم : هغه څه چې له لومړي ځينې لږ وي لکه حبس او دخلکو د حالاتو له مخې وهل ، ډېول ، اوميره اوهرنږدی اومحرم خپلوان ته دضرر رسولو تهديد، آيا اکرهه ملجي ده يا غيرملجي ، هغه دخلکو د احوالو له مخې ده ¹ په وهلو سره دميرمني لپاره د ميرته تهديد ، اویا له کورنۍ څخه يې منع کول له هغې ځينې چې په خپل تصرف او مصلحت قايم وي ، اکرهه معتبره گڼل شويده ² او په دې توگه په مجموع کې د اخيږد ځينو فقهاوو په رأی متفق دی چې ويلې يې دي : د ميرمني لپاره دميره امرکول ترهغې چې د اکرهه له مخې قايم شي ، دسلطان دامر په ځير دی ، هغه مهال چې ميرمن پوهه شي چې مخالفت يې دشدید او سخت آزار(ځوروني) مستوجب کيږي ، نوپه هغه ځای کې دی چې اکرهه تحقق مومي .³ اوپه پای کې دا هغه څه چې قانون د اکرهه د تحقق لپاره شرط ايښی دي فقها ووهم شرط ايښی دی ⁴

هغه څه چې قانون په دې باره کې د اکرهه داثرو په هکله نص کړي دي دا دي چې د مکرهه (فاعل) عقود موقوف دی که اکرهه ملجي وی ياغيرملجي ⁵ هر هغه افعال چې له هغو څخه مدني مسووليت راولاړشوی وي لکه د مال يا نفس تلفيدل ، قانون په دې تراونص بيان کړی دی چې فعل په فاعل پورې منسوب دی او اثري په دې په حق کې ثابتيږي او هغه په حامل پورې منسوب کيدای نه شي مگر دا چې فاعل په ملجی اکرهه مکرهه وي .⁶ لنډه دا چې : د عراق مدني قانون د اکرهه په باب کې دفقهاوو له اقوالو کوم ټاکلي مذهب ته له مفيد کيدو پرته احکام چې يې په دې تړاو تصويب کړي دي پښه نه ده اړولی .
ب : د شخصيه احوالو په قانون کې :

د عراق د 1959 کال د 118- مې گڼې د شخصيه احوالو قانون نص کړی دی ، پردي چې د مکرهه طلاق نه واقع کيږي .⁷ دا هغه مسئله ده چې د جمهور و فقهاوو له رأی سره متفق کيږي لکه څرنگه چې مود مخه يادونه وکړه .

¹ - دمصر د مدني قانون د 112- مې مادې لومړی او دوهمې فقرې ، هغه تهديد چې نفس او مال او شرف ته سترخطر ولري اکرهه گڼلی ده . د 127 مې مادې دوهمه فقره .

² - شپاړسمه ماده .

³ - حاشيه ابن عابدين ج 5 ص 120

⁴ - 113- مه ماده .

⁵ - 115 - مې مادې دهغه عقد دتصرف دنه نفاذ ترمينځ چې د فسخي وړوي او بيا هغه عقد چې د فسخي وړنه وي هيڅ توپير نه دی کړی . دمصر مدني قانون داجازې په صورت کې د عقد دابطال اجازه ورکړې ده . 127- مه ماده

⁶ - د عراق د مدني قانون 215- مه ماده

⁷ - 35- مې مادې لومړی فقره او په مصر کې د 1929 کال د 25- مې گڼې قانون د مکرهه د طلاق په نه واقع کيدو نص کړی دی .

ج : د عراق دعقوباتو په قانون کې :
 دې قانون په خپله 63- مه ماده کې نص کړی دی پردې بنسټ چې د جزا پوښتنه له هغه چا څخه نه کيږي چې د داسې جرم مرتکب شى چې نفس ته وفايوي ضرورت هغه اړايستی وي (مجبورکړى وي) يا له دې پرته خپل مال اويا دنورو مال له سترخطرڅخه چې دى يې را چاپيرکړى دى او نو موړى په قصدي توگه د هغه سبب شوى نه وي اوپه بله وسيله يې مخنيوى او منع کيدل ترې د ده په توان کې نه وي .¹
 دې مادې دارتيا په حالت نص کړى دى ، مجازات د هغه د مطلوبه شرايطو په سبب کوم مهال چې بشپړشى، مرفوع کوى ، ترهغه ځايه چې ضرورت د اکراه شامل دى ، اکراه په هيڅ صورت کې د اړتيا له بنوڅخه بهر نده دا ماده د اکراه په حالت کې په هغه سره منطبق کيږي چې اکراه له ستر تهديد سره وي چې د پيښيدو خطري د مکره پر جسم وي يا له دې پرته ، ياد ده په مال کې اوياهم دبل په مال کې .

نوربيا

¹ - او ددې په څير دمصر دعقوباتو قانون په 91- يمه ماده کې (هم) راغلى دى .

نگارش : قضاوتیار محمد الیاس بختیاری

بررسی ابراء و نحوه ترتیب ابراء خط (قسمت اول)

فهرست:

49	چکیده
50	مقدمه
50	1- مفهوم و ماهیت ابراء
50	1-1 مفهوم ابراء
51	2-1 ماهیت ابراء
52	2- انواع ابراء
52	1-2 انواع ابراء به اعتبار شمول و عدم شمول
54	2-2 انواع ابراء به اعتبار صیغه
54	3-2 انواع ابراء به اعتبار زمان
55	3- شرایط صحت ابراء
57	4- ابراء به عوض

چکیده

ابراء مستقیماً یک هبه نیست، یعنی موجب تملیک نمی باشد بلکه در آغاز، هدف ابراء کننده اسقاط تعهد است. پس ابراء مشمول مقررات هبه نمی باشد. ابراء تابع قواعد عمومی مدنی است می تواند با ترتیب وثیقه، سند عرفی یا شفاهاً تحقق پیدا کند. ابراء به اعتبار شمول و عدم شمول به ابراء عام و خاص، به اعتبار زمان به ابراء گذشته و آینده و به اعتبار صیغه به ابراء اسقاط و استیفاء تقسیم بندی شده است.

کلید واژه ها: ابراء، ابراء خط، تعهد، حق، دعوی، اسقاط، استیفاء.

مقدمه

موضوع ابراء یکی از موضوعات مهم حقوق مدنی محسوب می گردد. قانون مدنی افغانستان در باب چهارم تحت عنوان انقضای عقد، ابراء را در فصل اول از ماده 949 تا 959 مورد بحث قرار داده است. و ماده 1234 قانون مدنی فرانسه، ابراء را یکی از وسایل سقوط تعهدات دانسته است. ماده 1282 تا 1288 قانون مدنی فرانسه از ابراء در فصل سوم - سقوط تعهدات بحث کرده است. از مقایسه دو قانون مدنی افغانستان و فرانسه به خوبی معلوم می شود قانونگذار ما همانند حقوق فرانسه ابراء را یکی از وسایل سقوط عقد دانسته است. مؤلفان فرانسوی در تعریف ابراء می گویند: ابراء عقدی است که بدون اینکه مدیون، خود ایفاء تعهد کند داین طلب خود را رها و ساقط نماید آنان صریحاً در مورد ماهیت حقوقی ابراء می نویسند که ابراء عقد است.

حقوقدانان مذکور می پرسند: با وجود اینکه ابراء به سود متعهد است چرا رضای وی را ضروری بدانیم؟ آنگاه می گویند: به دلایل ذیل او باید رضایت دهد. 1- تعهدی که متعهد داشته است رابطه دو سویه در زمان حدوث بوده است پس بالملازمه باید در زمان سقوط تعهد، هر دو رضا وجود داشته باشد. 2- شاید متعهد بخواهد تعهدش را شخصاً اجرا کند و چون تعهد از معاوضه برخاسته است بالملازمه زوال تعهد هم باید از تراضی و معاوضه برخیزد نه از عمل یکجانبه مجانی. به هر حال شاید متعهد ترجیح دهد که این رایگان را نپذیرد.¹

1- مفهوم و ماهیت ابراء

1-1 مفهوم ابراء

ابراء مصدر باب افعال از ریشه «بری» به معنای تبرئه، تخلص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، درست کردن، رهایی از دین و اسقاط حق ثابت در ذمه است.² ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرف نظر کند.³ به اسقاط حق که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند. همچون آنکه شخص دینی را که بر عهده دیگری دارد ساقط کند. همچنین در تعریف ابراء گفته اند که تملیک حق بر عهده دیگری ابراء است. احکام و آثار مترتب بر دو تعریف فوق متفاوت است. چراکه میان اسقاط و تملیک تفاوت وجود دارد و قایلان به اسقاط مالکیت ابراء کننده را همواره برجای می دانند تا آنجا که برخی از این امر عدم

¹ جعفر جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ص 13.

² مسعود انصاری، محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، چ 3، 1388، ج 1، ص 30.

³ ماده 289 قانون مدنی ایران به نقل از: ترجمه محمدعلی نوری، قانون مدنی مصر، تهران، انتشارات گنج دانش، چ 2 سال 1392، ص 117.

صحت ابراء دین را نتیجه گرفته اند.¹ به طور مشخص فقهای حنفی معنای اسقاط با بقای معنای تملیک را ترجیح داده اند و از این روی ابراء اعیان را درست نمی دانند، چرا که معتقدند آن اسقاط است و ملکیت اعیان اسقاط را نمی پذیرد و اگر کسی مالکیت خود را از مملوک خویش ساقط کند، مالکیتش ساقط نمی شود و چنین اسقاطی درست نیست.² بنابراین از نگاه آنان ابراء میبایست درست نیست و می گویند که آن اسقاط است و اسقاط عین درست نیست. اما قایلان به این دیدگاه نیز ابراء دین ثابت در ذمه مانند ضمان قیمت شی غصب شده تلف گشته و دعوی مربوط به اعیان را درست می دانند، اما اقاله ابراء از دین و اقاله سلم را درست نمی دانند، زیرا می گویند که ابراء دین را از ذمه ساقط می کند و چیزی هم که ساقط شد، دیگر باز بر نمی گردد و در واقع از میان رفته و معدوم شده است. فقهای امامیه ابراء را تملیک نمی دانند و فقهای مالکیه معتقدند که ابراء، نقل ملک از قبیل هبه است.³

1-2 ماهیت ابراء

در مورد ماهیت ابراء به بررسی دیدگاه های فقهای اسلامی و دیدگاه قانون مدنی افغانستان می پردازیم. فقهای مذاهب اسلامی در مورد ماهیت ابراء اختلاف نظر دارند. جمهور فقهای اهل سنت معتقدند که ابراء، ایقاع است و نیازی به قبول مدیون ندارد و با مجرد ایجاب منعقد می شود، چرا که از نگاه فقهای حنفی و حنبلی اسقاط است و اسقاطات مانند طلاق نیازمند قبول نیستند. و معتقدند که هیچ تفاوتی نمی کند که تعبیر ایجاب به لفظ ابراء یا به لفظ هبه دین به مدیون باشد.⁴ همچنین فقهای شافعی معتقدند که ابراء تملیک دین به مدیون است. دینی که در ذمه مدیون است. بنابراین نیاز به قبول ندارد، زیرا مقصود از آن اسقاط است.⁵

¹. مسعود انصاری، همان، ص 30.

². همان.

³. همان، ص 30 - 31.

⁴. یکی از نهادهای نزدیک به ابراء، هبه دین به مدیون است که به توافق واقع می شود. اثر این دو اقدام یکسان است، زیرا هم در ابراء و هم در بخشش دین، وجبیه ساقط می شود به همین جهت نیز گروهی از نویسندگان آن دو را، یک نهاد در صورت گوناگون دانسته اند ولی باید توجه داشت که نه تنها ابراء ایقاع است و بخشش دین عقد، در ابراء اسقاط حق موضوع مستقیم انشاء داین است لیکن در بخشش دین آنچه موضوع انشاء قرار می گیرد تملیک حق است و اسقاط دین نتیجه ادغام دو عنوان جمع ناشدنی داین و مدیون در یک شخص است، به بیان دیگر چون در رابطه دینی (وجبیه) وجود دو شخص به عنوان داین و مدیون از ارکان بقای آنست ادغام این دو عنوان در یک شخص باعث زوال یکی از ارکان وجبیه است و به همین دلیل نیز از بین می رود (ر.ک، دوره حقوق وجایب، ص 397).

⁵. ماری نونل، بشله و همکاران، دوره حقوق وجایب، کابل، انتشارات سعید، ج 3، 1392، ص 395 -

396؛ مسعود انصاری، محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 1، ص 30

اما فقهای مالکیه معتقدند که ابراء نیازمند قبول است و دلیل آنان اینست که می گویند نقل ملک است و در واقع به هبه می ماند، حال آنکه هبه دین نیازمند قبول است و ابراء نیز از سوی مدیون پذیرفته شود.¹ فقهای امامیه در این باره دو نظر دارند، قول مشهور فقهای امامیه آن است که ابراء، ایقاع است و نیازی به قبول ندارد، برخی دیگر نیز از جمله شیخ طوسی در المبسوط و ابن زهره در الغنیه معتقدند که ابراء عقد است و نیاز به قبول مدیون دارد.²

از ماده 953 قانون مدنی چنین بر می آید که به پیروی از قول جمهور فقهای اهل سنت، ابراء را ایقاع می داند، چنانچه ماده مذکور تصریح نموده که ابراء موقوف به قبول مدیون نمی باشد، اما به رد مدیون رد می شود. همچنین در ماده 1568 مجله الاحکام طبق همین نظر، تذکر یافته است: «ابراء به قبول مبری موقوف نمی باشد، لیکن اگر مبری له آنرا رد نماید، مردود می گردد. یعنی اگر کسی به دیگری ابراء میکند، شرط نیست که این ابراء را مبری له قبول نماید مگر در صورتی که مبری له ابراء را فی المجلس رد نمود به این لفظ که ابراء شما را قبول ندارم. ابراء مبری مردود می گردد».

در جمله دوم ماده 953 قانون مدنی چنین تصریح شده که «اگر مدیون قبل از قبول ابراء وفات نماید، دین از ترکه گرفته نمی شود». عبارت «قبل از قبول ابراء» در این ماده بحث برانگیز است به این ترتیب که در جمله اول، قانونگذار ابراء را موقوف به قبول مدیون (مبری له) ندانسته اما چرا در جمله دوم، قبول ابراء را مورد توجه قرار داده و مدیونی که قبل از قبول ابراء وفات نموده، را مستحق اخذ دین از ترکه ندانسته است. به نظر می رسد که به عوض «رد»، «قبول» تحریر شده باشد و اصل ماده مذکور چنین باشد: «ابراء موقوف به قبول مدیون نمی باشد، اما به رد مدیون رد می شود. اگر مدیون قبل از رد ابراء وفات نماید، دین از ترکه گرفته نمی شود».

2- انواع ابراء

ابراء به چندین اعتبار تقسیم بندی شده است که در این مبحث مطرح می گردد.

1-2 انواع ابراء به اعتبار شمول و عدم شمول

ابراء از لحاظ شمول و عدم شمول به دو دسته ذیل تقسیم شده است. الف) ابراء خاص: ابرایی است که حق معینی را شامل می شود. چنانکه مبری بگوید: دینی را که در ذمه تو برای من ثابت است، اسقاط می کنم. آنگاه طبیعی

¹ مسعود انصاری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 1، ص 31؛ مغنی المحتاج، ج 2، ص 202، سیوطی، الاشیاء و النظائر، ج 3، ص 379.

² همان، ص 379.

است که تنها آن دین ساقط خواهد شد.¹ ماده 1537 مجله الاحکام، ابراء خاص را چنین تعریف نموده است: «ابراء خاص عبارت از ابراء شخص به شخص دیگر است از یک دعوی خاص مانند دعوی مطالبه حویلی یا رخت یا از جهت دیگر». اگر کسی به دیگری از یک موضوع خاص ابراء می کند چنین ابراء را ابراء خاص می گویند و بعد از این دعوی او متعلق به همان موضوع شنیده نمی شود مگر در مورد دیگر که متعلق به این موضوع نباشد می تواند دعوی نماید (ماده 1564 مجله الاحکام).

مطابق عبارت اول ماده 951 قانونی مدنی، ابراء به صورت خاص از یک حق یا دعوی صورت گرفته می تواند. پس ابراء خاص، یک حق یا یک دعوی را شامل می شود.

ب) ابراء عام: عبارت از ابرای هر حقی است که ابراء کننده در ذمه دیگری دارد.² ماده 1538 مجله الاحکام در تعریف ابراء عام چنین تصریح نموده است: «ابراء عام عبارت از ابراء شخص به شخص دیگر در مورد سایر دعاوی است. اگر کسی گفته بود که به فلان شخصی از همه دعاوی ابراء نموده ام یا مرا نزد او برای ابد حقی وجود ندارد ابراء مذکور ابراء عام می باشد. و او حق ندارد در حق متعلق به زمان قبل از ابراء با وی دعوی کند. حتی اگر حقی را به موجب کفالت دعوی نماید که من پیش از ابراء به فلان شخص کفیل بودم یا بالای شخص به این قول دعوی نماید که شما برای کسی کفیل بودید که من به او ابراء داده بودم (ماده 1565 مجله الاحکام).

در جمله دوم ماده 951 قانون مدنی تصریح شده است که «ابراء بصورت عام از جمیع حقوق و دعاوی بعمل می آید». مثلاً شخص (الف) بالای شخص (ب) دعوی حقوق دارد و همچنان شخص (ب) از شخص (الف) نیز قرضدار می باشد. پس در صورتی که شخص (الف) هم از دعوی حقوقی خود و هم از دین خود که حق محسوب می گردد ابراء دهد، ابراء عام شمرده می شود. ابراء عام همان ابراء در مقام دعوی است و آن چنین است که پس از طرح دعوی، مدعی ذمه خوانده را به کلی ابراء کند و بگوید: حقوق خود را از وی ساقط گردانیده ام. این گفتار شامل دعاوی عینی و دینی بر آن خوانده می شود.

¹. مسعود انصاری، همان، ص 33.

². همان، ص 33.

پس از این ابراء عام، هیچگونه حق بر خواننده نخواهد داشت و دعوی وی بر او مسموع نیست.¹

2-2 انواع ابراء به اعتبار صیغه

از این لحاظ نیز ابراء بر دو نوع است:

الف) ابراء اسقاط: ابرایی است که به موجب آن دین از عهده مدیون ساقط می شود. چنانکه چنین ابرایی با یکی از الفاظ صریح یا کنایی منعقد می شود.² ماده 950 قانون مدنی در تعریف ابراء اسقاط چنین مقرر نموده است: «ابراء اسقاط آن است که داین مدیون خود را از تمام یا از قسمتی حق خود بری الذمه گرداند». مطابق ماده 1537 مجله الاحکام، ابراء اسقاط آنرا می گویند که کسی به شخص دیگر به اسقاط جمله حقوقی که به ذمه وی دارد یا به تقلیل یک اندازه معین از ذمه اش ابراء دهد.

به عنوان مثال، اصغر بالای اکبر مبلغ یک میلیون افغانی دین دارد، در صورتی که اصغر تمام این حق خود را و یا اینکه مبلغ پنجصد هزار افغانی را ساقط نماید، این نوع ابراء حق، ابراء اسقاط نامیده می شود.

ب) ابراء استیفاء: ابراء استیفاء که به صیغه استیفاء ادا می شود، چنانکه کسی بگوید به حق خویش رسیدم و یا حق خود را اخذ کردم. ماده 950 قانون مدنی، ابراء استیفاء را چنین تعریف نموده است: «ابراء استیفاء آن است که داین به قبض حق خود اقرار اقرار نماید». مطابق ماده 1536 مجله الاحکام، ابراء استیفاء عبارت از اقرار شخص به قبض و تسلیمی حق می باشد که ذمه شخصی دیگر است که این نوع ابراء قسمی از اقسام اقرار می باشد.

2-3 انواع ابراء به اعتبار زمان

از این حیث نیز ابراء به دو نوع است:

الف) ابراء ماضی (گذشته)

ب) ابراء آینده (مستقبل)

فقها معتقدند که به دلیل موجود نبودن محل آینده ابرای آن نیز درست نیست. اما درباره ابراء گذشته باید گفت که فقها معتقدند ابراء تنها شامل مواردی می شود که تاریخ آن گذشته باشد. مبنای این نظر آن قاعده است که میگوید: سبب سابق شرط صحت ابراء است. مطابق ماده 958 قانون مدنی ابراء از حقوق ثابت را

¹ ابن نجیم، الاشیا و النظائر، ص 223، ابن عابدین، رسائل، ج 2، ص 86-107 به نقل از: محمد جعفر جعفری لنکرودی، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت: حقوق تعهدات عقود و ایقاعات، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج 1، 1388، ص 21.

² مسعود انصاری، همان، ص 33.

بیان داشته و مثال آن ابراء زن مطلقه از نفقه ایام عدت بعد از تعیین می باشد و موافق ماده 1536 مجله الاحکام است.¹

بر اساس ماده 958 قانون مدنی، ابراء از حقوقی صورت می گیرد که قبل از ابراء ثابت باشد و شامل دینی که لزوم آن بعد از ابراء تحقق می پذیرد نمی گردد. گرچه سبب دین قبل از ابراء موجود شده باشد. همچنان ماده 1563 مجله الاحکام در مورد چنین صراحت دارد: «در ابراء حالتی موجود است که در مابعد خودش تأثیر ندارد؛ یعنی اگر کسی به شخص دیگری از حق خود ابراء میدهد همان حقوقی را که قبل از ابراء داشت ساقط می گرداند و صرف در حقوقی که بعد از ابراء حادث می گردد حق دعوی را دارد».

ابراء از دین آینده را در دو فرض می توان مطرح کرد: الف) ابراء از دین که سبب آن ایجاد شده ولی هنوز بر ذمه مدیون نیامده است. ب) دینی که سبب آن نیز هنگام ابراء وجود ندارد. 1- در مورد دینی که تنها سبب آن در زمان ابراء ایجاد شده است (مانند تعهد عاجل پیش از بجا آوردن کار مطلوب او به وسیله عامل و تعهد شوهر به انفاق در آینده). برخی از نویسندگان به بطلان ابراء نظر داده اند بر این مبنا که تنها متقاضی ایجاد وجبیه فراهم آمده هنوز به دین منتهی نشده است ولی همانگونه که دین در این مرحله قابل انتقال به ذمه ضامن است، قابل اسقاط هم به نظر می رسد. در واقع دین معلق هم وجودی معتبر و دارای آثار حقوقی است. پس ابراء ذمه عاجل به معنای انحلال وجبیه، خنثی کردن سبب و قطع رابطه التزام با انجام دادن کار است. 2- در فرضی که هنوز سبب ایجاد وجبیه (مقتضی) نیز تحقق نیافته است، موضوعی برای اسقاط وجود ندارد. بطلان ابراء دین (مالم یجب) را همه نویسندگان از امور بدیهی شمرده و پذیرفته اند.² به عنوان مثال، اگر وارثی قبل از مرگ مورث مدیون او را ابراء کند، این اقدام اثر ندارد، زیرا قبل از مرگ هنوز رابطه حقوقی میان وارث و مدیون ایجاد نشده است. همچنین است موردی که کارمندی قبل از استخدام از حقوق خود بگذرد.

3- شرایط صحت ابراء

فقها معتقدند که موجودیت شرایط ذیل در ابراء لازم است:

1- ابراء کننده برای تیرع اهلیت داشته باشد.

¹. سمینار عالی ستره محکمه 9- 19 حوت 1361، توضیح به استهدات قانون مدنی، توضیح پرسش شماه 80، ص 45. و اسناد و مصوبات سمینار عالی قضایی ستره محکمه 22- 25 حوت 1395، کابل، انتشارات سعید، چ 1 عقر 1396، ص 532.

². ماری نوئل بشله و همکاران، همان، ص 398.

به عبارت دیگر از اهلیت تبرع برخوردار باشد. یعنی بالغ، عاقل و رشید غیرمحجور به سفه و یا دین باشد. زیرا ابراء تبرع محض بوده و بدون موجودیت شرایط پیش گفته درست نخواهد بود. بنابراین ابراء دیوانه و یا صغیر غیر ممیز به دلیل نبود قصد و ابرای سفیه و صغیر ممیز به دلیل محجوریت درست نخواهد بود.¹ چنانچه ماده 952 قانون مدنی تصریح نموده که «برای صحت ابراء داشتن اهلیت تبرع ابراء دهنده شرط است. و همچنان حسب ماده 1541 مجله الاحکام، ابراء صبی، مجنون و معتوه بطور مطلق صحت ندارد.

2- برحق که آن را اسقاط می کند، ولایت داشته باشد.

یعنی یا مالک آن باشد و یا نمایندگی داشته باشد.²

3- رضا، فقها به اتفاق قایلند که ابرای شخص مکره درست نیست.³

4- معلوم و معین بودن مبری لهم

مطابق ماده 957 قانون مدنی، هرگاه مدیونین متعدد باشند، تعیین کامل هریک از آنها در ابراء ضروری می باشد. همچنان ماده 1567 مجله الاحکام، مقرر نموده است که: «لازم است کسانی که ابراء به ایشان صورت می گیرد و مبری لهم واقع می گردند معلوم و معین باشند. بنابراین اگر کسی گفت که به تمام مدیونین خود ابراء نمودم یا مرا نزد هیچ کسی حقی نیست این ابراء صحت ندارد. و اگر گفت که به اهالی محله ابراء نمودم اگر اهالی آن محله ذوات معین و معلوم بودند و اشخاص انگشت شمار را تشکیل می دادند این ابراء صحت دارد».

برای موضوع ابراء، وجود شرایط ذیل پیش بینی شده است:

1- موجود بودن. فقها معتقدند که ابرای دینی که موجود نیست و در واقع در آینده پدید می آید درست نیست و موجود بودن ابراء یعنی در ذمه مدیون بودن آن شرط است.

2- آزاد بودن (یعنی عدم ضبط یا مصادره آن از طریق مقامات ذیصلاح).

3- معلوم و معین بودن موضوع ابراء. فقها معتقدند که مبراً باید معلوم و معین باشد و مجهول و مبهم نباشد. بنابراین اگر کسی به دیگری بگوید که یکی از دو دینی را که از تو طلب دارم از ذمه تو ساقط می کنم و یا بگوید یکی از دیونی را که برعهده شما دو نفر دارم ساقط می کنم. چنین ابرایی درست نخواهد بود.⁴

4- حقی که در مورد آن ابراء صورت می گیرد، قابل اسقاط باشد.

¹ ماری نوئل بشله و همکاران، همان، ص 396.

² مسعود انصاری، همان، ص 32.

³ همان.

⁴ همان.

حسب ماده 956 قانون مدنی، حقی که اسقاط را نمی پذیرد، ابراء از آن جواز ندارد. اگر شخصی از خود به کسی ابراء نمود همان حق او ساقط می گردد و در آینده حق دعوی را در آن ندارد (ماده 1562 مجله الاحکام).

صیغه ابراء عبارت از الفاظی است که عمل حقوقی ابراء با آن ادا می شود. معمولاً در فقه برای صیغه ابراء موجودیت شرایط ذیل لازم است:

1- منجز باشد، یعنی معلق به شرط و مضاف به آینده نباشد. برخی از فقها منجز بودن را در صیغه ابراء شرط نمی دانند. ماده 954 قانون مدنی، ابراء را به معنای تملیک شمرده و معلق نمودن آن را به شرط، صحیح می داند.¹

2- آنکه با شریعت اسلامی در تعارض نباشد.

3- آنکه در صورت تحقق ملکیت سابق ابراء کننده جاری شود، در غیر این صورت اثری بر آن بار نخواهد بود. بنابراین در نگاه فقها صیغه ابراء می تواند قول یا فعل باشد، چنانکه کسی به دیگری بگوید دینی را که بر ذمه تو دارم ساقط می کنم و یا اینکه سند دال بر مدیون بودن طرف مدیون را پاره کند. اما هردو باید در ابراء صراحت داشته باشد.²

4- ابراء به عوض

ابراء همیشه به صورت ایقاع و رایگان نیست. ممکن است به صورت عقد معوض در آید. مثلاً در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین، ذمه متعهد از تعهد سابق بری می شود و لکن نه بطور رایگان، بلکه در برابر آن، تعهد جدید پدید می آید که اسقاط تعهد قدیم در عوض قبول تعهد تازه از طرف متعهد سابق است. پس تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین، نمونه ای از ابراء به عوض است.³

¹. آیا ابراء می تواند معلق باشد؟ از نظر دکتر جعفری لنگرودی، ابراء یکی از تعهدات است و تعلیق در خود تعهد، صحیح نیست. اما تعلیق در موضوع تعهد (یعنی اسقاط، فعل، ترک، انتقال) اشکال ندارد. پس اسقاط طلبی را معلق بر واقعه محتمل الحدوث می توان کرد. مثلاً بگوید: اگر من قبل از تو مردم تو بری الذمه باشی. یا اگر تو پیش از من مردی بری الذمه باشی! هردو درست است. برخی از فقها می گویند یکی از دو صورت مذکور (صورت اول) درست است. علت این نظر را چنین بیان کرده است که این وصیت است که معلق بر فوت موصی است و اشکال ندارد. فقهای امامیه نیز مانند حنفیه، ابراء معلق را درست نمی دانند. مؤلف کتاب جامع الشتات (ص 478) می گوید: ابراء قابل تعلیق نیست. دلیلی هم بر این نظر نیاورده است. فقه شافعی دو نظر دارد گاه ابراء معلق را درست می داند و گاه درست نمی داند دلیلی هم نیاورده است (نهایه المحتاج، ج 4، ص 428) فقه حنبلی ابراء معلق را صحیح می داند و لکن دلیلی نیاورده است (اعلام الموقعین، ابن قیم، ج 4، ص 10) به نقل از: جعفر جعفری لنگرودی، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ص 23.

². همان.

³. جعفر جعفری لنگرودی، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ص 18.

فقها در این باره که آیا ابرای به عوض درست است یا خیر اختلاف نظر دارند، گروهی معتقدند که پرداخت در عوض ابراء را از تبرع محض بیرون می آورد و به آن عنوان حقوقی دیگری مانند صلح به مال یا صلح به عوض می بخشد. در نتیجه دیگر چنین عملی ابراء نخواهد بود. اما گروهی دیگر معتقدند که بذل یا بخشش متقابل بر ماهیت ابراء تأثیری نمی گذارد و آن را از ابراء بودن بیرون نمی آورد، بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری ببخشد تا دینی را که بر ذمه خویش دارد، ابراء کند، بی اشکال است و ذمه مدیون با این کار بری می شود.¹

ابراء به عوض همیشه به صورت تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین، نیست ممکن است ابراء به عوض در خارج از عنوان تعهد هم دیده شود. مثلاً زوجه از زوج طلبی دارد، در برابر ابراء ذمه زوج، از شوهرش خلع می گیرد، طلاق موجب اسقاط رابطه زناشویی است پس دو اسقاط باهم مبادله شده اند: الف- اسقاط رابطه زناشویی از طرف زوج. ب- اسقاط طلبی که زوجه از زوج داشت و آن را «فدیة خلع» قرار داده است. ابراء ذمه زوج در این مثال، معوض است. خلع از معاوضات است اما به صورت عقد (بدون تبدیل تعهد) است. مثال دیگر، ممکن است مؤلفی حق تألیف خود را برای یک بار چاپ به ناشر بدهد و برای چاپهای بعد به او حق تقدم بدهد. در عین حال مؤلف بابت حق التألیف کتاب دیگر از آن ناشر، طلبی داشته باشد. طرفین توافق می کنند که مؤلف از طلب بگذرد و در عوض، آن ناشر هم حق تقدم مذکور را ابراء کند. این هم اسقاطی در برابر اسقاطی است. این ابراء معوض است بدون اینکه تبدیل تعهدی به کار باشد.

بین ابراء به عوض و تبدیل تعهد، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد به این شرح: الف - تبدیل تعهد بدون ابراء به عوض، مانند تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین یا مدیون. ب - ابراء به عوض بدون تبدیل تعهد، مانند مثال اسقاط زوجه در طلاق خلع به شرحی که گفته شد. ج - ابراء به عوض با تبدیل تعهد، مانند تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین که عنوان ابراء به عوض را هم دارد.²

¹ مسعود انصاری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 1، ص 33.
² همان.

ليکنه: قضاوت مل عنايت الله حافظ

د اسلامي شريعت موخي (مقاصد) (14)

فهرست:

- دويم: د نصوصو له ظاهر څخه په مستقيمه توگه د شارع موخي لاسته راوړل 59
- ۱- د موخو استنباط له نص او ظاهر څخه: 60
- ۲- د موخو استنباط د امر او نهی له دلالت څخه: 62
- ۳- د عام لفظ دلالت پر موخو: 63
- دريم: د کلام له سياق او مقام څخه د موخو لاسته راوړل 63
- دويم: د نصوصو له ظاهر څخه په مستقيمه توگه د شارع موخي لاسته**

راوړل

کله چې موږ ددې هوډ ولرو چې د خبرې کونکي په موخه ځان پوه کړو، نو اړینه ده چې د هغه د کلام ظاهر ته پاملرنه وکړو او هر هغه څه چې ترې ذهن ته راغلل هماغه يې موخه ده، مگر دا چې داسې دلايل شتون ولري چې هغوي پر دې دلالت وکړي چې دغه ظاهر ترې مراد نه دی، نو په دې حالت کې بيا تاویل ته مخه کوو.

امام غزالي رحمه الله په دې اړه وايي: د اسلامي شريعت موخي د کتاب الله او سنتو په وسيله پېژندل کېږي، داسې نه ده چې هر مصلحت به د هغو موخو ساتلو ته ورگرځي چې له کتاب الله سنتو او اجماع څخه پېژندل کېږي، پداسې حال کې چې هغه به د شارع له کړنو سره مناسب هم نه وي، ځکه چې داسې مصلحتونه باطل او پرېښودل شوي دي،¹ هغه وايي: څوک چې د قرآنکريم د اسرارو د پوهې دعوی کوي او د ظاهر په تفسير يې نه پوهېږي، هغه چا ته ورته دی چې د ترکانو پر موخو ځان پوه گڼي، پداسې حال کې چې په ترکي ژبه نه پوهېږي.²

¹ وگوره! المستصفی، ۱/۴۳۰.

² الاحياء، ۱/۳۸۱.

خو د نصوصو له ظاهر څخه په مستقیمه توګه د شارع د موخو لاسته راوړلو لارې چارې په لاندې توګه دي:

۱- د موخو استنباط له نص او ظاهر څخه:

له ظاهر او نص څخه د موخو راویستلو نموني ډېرې زیاتې دي، چې موږ یې ځینې په لاندې توګه ستاسې مخ ته ردو:

الف: عبادة بن صامت رضي الله عنه د نبي کریم ﷺ څخه روایت کوي او وایي: «قضى ألا ضرر ولا ضرار»^۱ ژباړه: نبي کریم ﷺ حکم کړی چې نه ابتداء چاته ضرر رسول جواز لري او نه انتقاماً، چې دا هغه ستره قاعده ده چې د ټولو ضررونو او فسادونو دروازه یې د مسلمانانو پر وړاندې تړلې ده، نو شریعت کې یوازې او یوازې هغه څه دي چې د بندگانو دنیاوي او اخروي مصلحتونه یې خوندي کړي.^۲

له بلې خوا په یاد حدیث شریف کې شارع خپل بندگان له دې څخه منع کړي چې خپل نفس او یا بل ته ضرر ورسوي او د متعارضو مصلحتونو ترمنځ یې داسې توازن رامنځته کړی چې د ستر ضرر لیرې کولو لپاره باید کوچنی ضرر وزغمل شي.^۳

ب: الله ﷻ فرمایي: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۚ﴾^۴ ژباړه: هر څوک چې څه لاسته راوړي د هغې مسؤل په خپله دی، هېڅ پېټې پورته کوونکی د بل پېټې نه پورته کوي.^۵

یاد آیت کریمه د فردي مسؤلیت په اړه په دنیاوي او اخروي ژوند کې صریح او څرګند دی، چې همدا د شارع موخه ده، ځکه هېڅوک د بل چا د ګناه بار پرته له دې چې په کړنه کې ورسره شریک وي نه اخلي او نه یې سزاء ورکول کېږي.^۶ ځینې نور تعبیرونه او عبارتونه هم شته چې په وسیله یې موخي پېژندل کېږي، چې په لاندې توګه ترې بحث کوو:^۷

^۱ سنن ابن ماجه، محمد بن یزید القزويني ابن ماجه، تحقيق ناصر الدين الألباني، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بحاره، مكتبة المعارف، الرياض، ط ۱، رقم الحديث: ۲۳۴۰. والموطأ، للإمام ابن مالك بن أنس، برواية يحيى بن يحيى الليثي، مؤسسة الكتب الثقافية، ط ۱، ۲۰۰۴م، ۴۰۰، رقم الحديث: ۱۴۶۱.

^۲ وګوره! ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د: محمد سعيد رمضان البوطي، أطروحة دكتوراه، دار الرسالة، ط ۷، ۲۰۰۰م، ۷۴.

^۳ وګوره! طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ۶۵-۶۶.

^۴ الانعام/۱۶۴.

^۵ د قرآن کریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباډ سرفراز.

^۶ وګوره! طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ۶۶.

^۷ وګوره! علم مقاصد الشارع، ربيعة، ۱۱۶.

الف: د شرعي ارادي (یرید الله) تعبیر، له کومو شیانو څخه چې الله ﷻ، خبر ورکړی چې هغې یې غواړي، هماغه یې قطعي موخه ده.

ب: د خیر، شر، نفعي او ضرر په الفاظو سره تعبیرونه چې د مصلحتونو او مفاسدو په اړه دي، غوره وسایل دي چې د شارع موخي پرې وپېژندل شي.

ج: هغه څرګند او ظاهر نص چې په قطعي توګه پر موخو دلالت کوي، لکه عربي الفاظو کې (کذا، لعله کذا، لسبب کذا، لأجل کذا، کي، لکیلا، یکون کذا او داسې نور...) عبارتونه، د نمونې په توګه الله ﷻ فرمایي: ﴿كَي لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ...﴾^۱ ژباړه: ترڅو چې هغه یوازې ستاسې د بډایانو ترمنځ لاس په لاس نشي...^۲

بل ځای کې فرمایي: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا...﴾^۳ ژباړه: موږ له همدې لامله پر بني اسرائيلو دا فرمان لیکلی و، چا چې یو انسان نا حقه وواژه، داسې وګڼه لکه هغه چې ټول انسانان یې ووژل.^۴

همدارنګه فرمایي: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ شَاقُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَمَنْ يُشَاقِقِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾^۵ ژباړه: دا هرڅه له دې لامله وشول چې هغوي د الله جل جلاله او د هغه له استازي سره دښمني وکړه او څوک چې د الله ﷻ او د هغه له استازي سره دښمني کوي، بېشکه الله ﷻ هغه ته په سزاء ورکولو کې سخت دی.^۶

همدارنګه نبي کریم ﷺ فرمایي: «انما جعل الاستئذان من أجل البصر»^۷ ژباړه: بېشکه د خلکو کورونو ته دننوتلو پرمهال اجازه اخستل د سترګو له کبله دي. همدا شان د قربانۍ د غوښتو د نه زیرمه کولو په اړه هغه مبارک فرمایي: «انما نهيتکم من أجل الدافعة»^۸ ژباړه: د بېوزلو د لوړې له کبله مې تاسې له دې څخه منع کړي یاست.

^۱ الحشر/۷.

^۲ د قرآنکریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

^۳ المائدة/۳۲.

^۴ د قرآنکریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

^۵ الحشر/۴.

^۶ د قرآنکریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

^۷ صحيح البخاري بشرح فتح الباري، کتاب الاستئذان، باب الاستئذان من أجل البصر، ۲۴/۱۱، رقم الحديث: ۶۲۴۱.

^۸ صحيح مسلم، کتاب الأضاحي، رقم الحديث: ۱۹۷۱.

همدا راز د پيشو څخه د پاتې شوو خوړو په اړه هغه مبارک فرمايي: «انها ليست بنجس، انها من الطوافين عليكم أو الطوافات»^۱ ژباړه: بېشکه پيشو ددې لامله نجسه نه ده چې هغه ستاسې گرد چاپېره گرځېدونکي ده. که پورته حديث شريف ته ژوره پاملرنه وکړو، د پيشو پاتې شوني خوراک ددې لامله نجس نه دی ګڼل شوی، چې پيشوګانو څخه د لوبنو ساتنه سخت کار دی ځکه چې هغوي شپه او ورځ انسانانو څخه گرد چاپېره ګرځي راګرځي او لوبنو کې خوله وهي.^۲

۲- د موخو استنباط د امر او نهې له دلالت څخه:

امام شاطبي رحمه الله د امر او نهې څخه د شرعي موخو په پېژندلو کې لاندې درې ګونو ټکو ته پاملرنه اړینه ګڼي:^۳

الف: د کتاب الله او سنتو د امر او نهې په نصوصو کې پداسې توګه پلټنه کول ترڅو ددې نصوصو ترمنځ ګډه مانا ترلاسه شي.

ب: د امر او نهې د ويلو پرمهال قرينو او موجوده قرينو ته ژوره پاملرنه کول.

ج: د امر او نهې د علت پېژندلو په اړه هڅه کول.

د پورته ګامونو په اخیستلو سره شونې ده چې له امر او نهې څخه شرعي موخو ته لاس رسې پېدا کړو، خو امام شاطبي رحمه الله ورته لاندې دوه بندونه ايښي دي:

- امر او نهې به لومړني حالت کې وي، په دې قيد سره له هغې تداخل څخه ځان ساتي چې ممکن اصلي او تبعي موخي دواړه دي ترې مراد شي.

- امر او نهې به څرګنده وي، په دې قيد سره له ضمني امر او نهې څخه ځان ساتي.

همدا شان کله امر او نهې له تعليل او موخي څخه خالي او کله پرې مشتمل وي، د هغه امر او نهې نموني چې څرګند او په لومړني حالت کې وي، په داسې توګه چې له تعليل او موخو څخه خالي وي په لاندې توګه دي:

الله ﷻ فرمايي: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾^۴ ژباړه: لمونځ وکړئ، زکات ورکړئ او رکوع وکړئ له رکوع کوونکو سره.^۵

بل ځای فرمايي: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^۱ ژباړه: او الله ﷻ بيع حلاله کړې او سود يې حرام کړی دی.^۲

^۱ جامع الترمذي، أبواب الطهارة، باب ماجاء في سور الهرة، رقم الحديث: ۹۲.

^۲ وګوره! أساس القياس، ۷۵.

^۳ وګوره! الموافقات، ۴۱۲/۳، وما بعدها. طرق الكشف، ۷۳.

^۴ البقرة/۴۳.

^۵ د قرآن کریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

ددغي أمرونو پلي کول د ځانگړو کړنو په وسیله شرعي غوښتنه ده، پرته له دې چې کومې موخي او علت ته په کې اشاره شوې وي، بلکې د شارع غوښتنه منل په خپل ذات کې ستره موخه ده.³

او د هغو أمرونو او نهې له پلې چې په موخو، حکمتونو او علت باندې مشتمل وي، دا قول د الله ﷻ دی چې فرمایي: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنٰى اِنَّهٗ كَانَ فَاحِشَةً وَّ سَاءَ سَبِيْلًا﴾⁴ ژباړه: او زنا ته مه نږدې کېږئ ځکه هغه ډېر ناوړه کار او خورا بده لار ده.⁵

نو د زنا څخه د منعي لامل څرگند دی چې هغه له فحشا او خرابو عواقبو څخه خلاصون دی.⁶

۳- د عام لفظ دلالت پر موخو:

د عام صیغه او کلمه د شارع د موخو په عاموالی ترهغې دلالت کوي چې کوم بل دلیل یې په تخصیص باندې نه وي راغلی.⁷

دریم: د کلام له سیاق او مقام څخه د موخو لاسته راوړل

د شرعي حکمونو د موخو پېژندلو لپاره ډېره اړینه ده چې د شارع په عادتونو او کړنو باندې علم ولرو، ځکه کله چې دوه مخاطبین یو له بله سره خبرې کوي پرته له پوهېدلو کومه بله موخه نه لري، نو د موخو او شرعي خطاب ترمنځ اړیکه په ژوره توګه داسې ثابته ده چې موږ اړ باسي ترڅو د خبرو سر، له لکۍ او لکۍ یې له سر سره وتړو، په سبب او غرض یې ځان پوه کړو ترڅو مراد ترې لاسته راوړو.⁸

امام غزالي رحمه الله په دې اړه وایي: که وغواړو چې د کلام په مراد پوه شو لومړی اړینه ده، هغه ژبه زده کړو چې کلام پرې روان دی، نو که کلام صریح او له احتمال څخه خالي وي یوازې په ژبه پوهېدل بسنه کوي چې په مراد یې پوه شو، خو که چېرته له احتمال څخه خالي نه وي او په حقیقي مراد یې پرته له دې چې یادې کلمې سره کومه بله قرینه یوځای نشي ناشوني وي نو دلته یوازې د قرینو په وسیله کولای شو د کلام په مراد ځان پوه کړو، چې په دې لړ کې بیا

¹ البقرة/۲۷۵.

² د قرآنکریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

³ الموافقات، ۳/۱۳۵.

⁴ الاسراء/۳۲.

⁵ د قرآنکریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

⁶ المقاصد الشرعية، للخادمي، ۱۲/۳-۱۳.

⁷ وګوره! طرق الكشف، ۷۷.

⁸ المقاصد عند ابن تيمية، ۲۱۹.

قريني عامي دي هغه که ښکاره لفظ، عقلي دليل... حالي قريني، اشاري، رمزونه، حرکات، مختاري، وروستاري او داسې نور... چې محصور او د اټکل وړ نه دي، بلکې ټول يې درک کولای شي چې همدغه لړۍ له صحابه کرامو څخه تابعينو ته په څرگندو کلمو او قرينو سره نقل شوې ترڅو پرې اړين علم ترلاسه او له کلام څخه مراد واخيستل شي.¹

امام غزالي رحمه الله وايي: د مخاطب په موخه د هغې له ژبې او ظاهري بڼې څخه پوهېدلای شو.

امام غزالي د خپلې پورته وينا د بشپړ روڼوالي لپاره يوه نمونه وړاندې کوي او هغه دا چې که چېرته يو شخص خپل غلام ته ووايي: چې هغه فلاڼی ووهه! ځکه هغه زما مال غلا کړی، نو له کلام څخه يې د وهلو لامل روښانه دی چې غلا ده او که چېرته ورته ووايي: چې هغه فلاڼی ووهه! او لامل بيان نه کړي، خو حاضر خلک په غالب گمان پوه شي چې ښکځلي يې ورته کړي، نو دا به دوي د هغې له رويي او عاداتو څخه په داسې چارو کې مالوموي، خو هغه څوک چې ددې شخص له عاداتو او رويي څخه نه دی خبر بلکې هغه په دې فکر دی چې دا شخص د بدۍ په بدل کې نيکي کوي هغه څنگه بيا داسې فکر کولای شي، نو څرگنده ده چې لاملونه او پايلې د خلکو له عاداتو او چلند سره توپير مومي.

امام غزالي رحمه الله وايي: د شرعي حکمونو ماناگانې او موخي معقولې دي، ځکه چې ټولې شرعي ماناگانې او چارې د مصلحتونو سره برابرې دي، لکه څرنگه چې شريعت مصلحتونو ته پاملرنه کړې ځېنې وخت يې د او چته مصلحتونو تحقق لپاره د کوچنيوو څخه مخ هم اړولی دی.²

تبر بهير ته پر کتنه ويلای شو چې د مخاطب د کلام په موخه پوهېدلو لپاره لاندې توکو ته اړتيا ده:

الف: د مخاطب په ژبه پوهېدل،

ب: د عربو په معهوده ژبه پوهېدل،

ج: د مخاطب د کلام په سياق پوهېدل، چې دلته ترې موخه يا:

- لغوي سياق: چې مراد ترې په جملو او د جملې په وروستۍ او مخکې کلمو پوهېدل دي.

¹ المستصفی، ۲۲/۲-۲۳.

² شفاء الغلیل، ۱۹۱-۱۹۲.

- اجتماعي سياق: چې مراد تري د هغي ځای پېژندل دي چې کلام په کې ويل شوی دی، چې په دې کې د نزول سببونه، ځایونه، ټولنيز حالات او نفسي حالات شامل دي، کوم چې شرعي نص يې په اړه راغلی دی. د: د کلام څخه د چاپېرو قرینو پېژندل، هغه که لفظي قرینه وي او که حالی قرینه.

تر ټولو اړینه داده، که چېرته موږ غواړو د نبوي اقوالو او افعالو په موخه پوه شو، اړینه ده هغه ځایونه و پېژنو چې اقوال او افعال په کې ترسره شوي دي، همدارنګه که غواړو چې د شرعي موخو په اړه مو هڅې ګټورې وي، نو اړینه ده چې د ځایونو ډولونه او ترمنځ يې توپیر وکړو ځکه چې دا چاره د شارع د موخو پېژندلو لپاره د یوې ضابطې رول لوبوي. د نبی کریم ﷺ څخه چې کوم اقوال او کړنې صادري شوي، دلاندې چارو څخه خالي نه دي:

۱- تشریح: چې دا د نبی کریم ﷺ څرګنده چاره او دنده وه چې د همدې لامله رالیرل شوی و، ځکه خو يې ويل: «خذوا عني مناسککم»^۱ ژباړه: زما څخه مناسک د حج زده کړئ.

د لمانځه په اړه فرمایي: «صلوا کما رأيتُموني أصلي»^۲ ژباړه: داسې لمونځ وکړئ لکه څرنګه چې تاسې ما د لمونځ کولو پرمهال ګورئ.

۲- فتوی: ددې چارې نمونه داسې وه، چې نبی کریم ﷺ په حجة الوداع کې په خپله اوښه مبارکه ناست او خلکو ترې پوښتنې کولې، چې یو شخص راغی او وې ويل: زما پام نه و مخکې له قربانۍ مې خړپیل وکړل، هغه مبارک ورته ځواب کې وويل: قرباني وکړه کوم حرج در باندې نشته.

بيا بل شخص راغی هغه وويل: ما قرباني مخکې له رمي څخه وکړه، هغه مبارک ورته وويل: رمي وکړه څه حرج نشته در باندې، نو هرڅه چې د هېرې او نا پوهۍ له کبله مخکې او وروسته شوي و، هغه مبارک ټولو ته ځواب ورکړ چې آدا يې کړئ کومه ستونزه نشته.^۳

۳- قضاء: ددې کړنې نمونه داسې ده، چې حبيبة بنت سهل الأنصارية، نبی کریم ﷺ ته راغله او له خپل خاوند څخه يې شکايت وکړ چې مينه ورسره نه لري، نبی کریم ﷺ وويل آيا باغچه بيرته ورکوي! هغي وويل هرڅه يې چې راکړي

^۱ صحيح مسلم، کتاب الحج، باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكباً، رقم الحديث: ۱۲۹۷.

^۲ صحيح البخاري، کتاب الأذان، باب الأذان للمسافر اذا كانوا جماعة، رقم الحديث: ۶۳۱.

^۳ صحيح البخاري، کتاب الحج، باب الفتيا على الدابة عند الصخرة، رقم الحديث: ۱۷۳۶.

راسره دي، نو نبي کریم ﷺ ثابت ته وویل: باغچه ترې واخله! هغه ترې هغه واخېستله او طلاق يې ورکړ.¹

۴- امارت: ددې نمونه داسې ده چې نبي کریم ﷺ فرمايي: «من قتل قتيلاً فله سلبه»² ژباړه: چا چې څوک غزا کې وواژه وسله، جامه او سورلۍ يې د هغه ده.

امام أبو حنيفة او امام مالک رحمهم الله وايي: د سلب اخېستل د امام له اذن پرته جواز نه لري، ځکه چې نبي کریم ﷺ منحیث امام دا حکم کړی، اما امام شافعي، أبو ثور او داود ظاهري وايي: دا حکم عام دی، نوي اذن د امام ته اړتیا نشته بلکې نبي کریم ﷺ دا حکم تبلیغاً کړی.

۵- لارښوونه: ځينې وخت نبي کریم ﷺ نیکو لارو ته لارښوونه کړې، لکه مستحبات، د خبرو آداب او غوره اخلاق.

۶- د خلکو ترمنځ سوله: ددې نمونه داسې ده چې د کعب بن مالک رضي الله عنه څخه عبدالله بن أبي حذر، پوروری و، چې د پور اخېستلو په اړه يې جومات کې سره غږونه پورته شول، دې وخت کې نبي کریم صلی الله عليه وسلم را بهر شو، غږ يې وکړ ای کعبه! له څه دين څخه تېر شه! او اشاره يې نيمايي ته وکړه، هماغه و چې نيمايي پور يې ترې واخېست او له نورو څخه ورته تېر شو.³

۷- مشوره غوښتونکي ته اشاره: ددې نمونه داسې ده چې عمر رضي الله عنه ترې يوه مسأله کې مشوره و غوښته، هغه مبارک ورته وویل: «لانتشره ولو اعطاكه بدرهم فان الراجع في صدقته كالکلب يعود في فيئه»⁴، ژباړه: که په يو درهم يې هم در کوي مه يې اخله، ځکه هغه څوک چې خپله صدقه بيرته اخلي داسې دی، لکه سپی چې خپلې کانگې بيرته خوري.

۸- نصیحت: ددې نمونه داسې ده چې فاطمة بنت قيس نبي کریم ﷺ ته وویل: معاوية بن أبو سفيان او أبو جهم را باندې مرکه کړې، هغه مبارک ورته وویل: «أما أبو جهم لا يضع عصاه عن عاتقه، و أما معاوية فصعلوك»⁵ ژباړه: أبو جهم خپله امساء له اوږې نه ښکته کوي او معاوية بېوزله او ناتوانه دی.

¹ صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع، رقم الحديث: ۵۲۷۳.

² صحيح البخاري، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، رقم الحديث: ۳۱۴۱.

³ صحيح البخاري، كتاب الصلاة، أبواب استقبال القبلة، باب التقاضي والملازمة في المسجد، رقم الحديث: ۴۵۷.

⁴ صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته و صدقته، رقم الحديث: ۲۶۲۳.

⁵ صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم الحديث: ۱۴۸۰.

۹- د نفوسونه بشپړول په غوره حالت: د نبي کریم ﷺ په ډېرو امرونو او نهی کې د خپلو ملګرو لپاره د هغوي له حالت سره سمه لارښوونه ددې لپاره شوې چې هغوي په غوره شیانو بشپړ شي، پدې مانا که چېرته ټول امت پرې مکلف کړي، شونې ده چې امت په حرج کې پرېوځي، د نمونې په توګه نبي کریم ﷺ څخه روایت دی چې: «أمرنا رسول الله ﷺ بسبع، ونهانا عن سبع: أمرنا بعبادة المريض، وإتيان الجنازة، وتسميت العاطس، وإبرار المُقسِم، ونَصْرَ المَظْلُوم، وإِجَابَةَ الدَّاعِي، وإِفْشاء السَّلام. ونَهَانَا عَنْ خَوَاتِيمٍ -أَوْ: تَخْتُمُ بِالذَّهَبِ- وَعَنْ شُرْبِ بِالْفَضَّةِ، وَعَنْ الْمَيَّائِرِ الحُمْرِ، وَعَنْ الْقَسِيِّ، وَعَنْ لُبْسِ الحَرِيرِ وَالِإِسْتَبْرَقِ وَالذِّبَاجِ" مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.¹ ژباړه: رسول الله ﷺ موږ ته پر اوو شیانو امر کړی او له اوو یې منع کړي یو، امر یې موږ ته د ناروغ پر پوښتنه، د جنازې پسی د تګ، پرنجي کوونکي ته الحمدلله ویل، د عادلانه ویش، د مظلوم په مرسته، د بلنې منلو او د سلام اچولو کړی او موږ یې د سرو زرو له ګوتې کارولو، په سپینو زرو کې له ځکلو، له ورینمو څخه د اس زین لپاره بالبت جوړولو، د قسې ورینمو جامو اغوستلو، مطلق ورینمو جامو اغوستلو، سختو ورینمو او نرمو ورینمو له کارونې څخه منع کړي یو.

پورته حدیث شریف د امر او نهی په مختلفو کټګوریو باندې مشتمل دی، د امر برخه کې په واجبو، مستحباتو او د نهی برخه کې په حرامو او مکروهو باندې، اما موخه ترې دا ده چې خلک په ناسمو او نا مناسبو شیانو له تظاهر څخه وساتل شي.

۱۰- د اوچته حقایقو زده کړه: ددې نمونه داسې ده چې أبو ذر رضي الله عنه له نبي کریم ﷺ څخه روایت کوي چې هغه مبارک وویل: «ما أحب أن لي مثل أحد ذهباً أنفقه كله الا ثلاثة دنائير»² ژباړه: زه دا خوښه نه ګنم چې د احد غر په اندازه سره زر دې ولرم، مګر دا چې له درې دینارونو پرته ټول صدقه کړم. أبو ذر رضي الله عنه فکر وکړ چې دا حکم عام دی، نو خلک به یې د مالونو له ساتلو څخه منع کول، تردې چې سترو صحابه کرامو ترې انکار او دا چاره یې روا وبلله.

۱۱- تأديب: په دې اړه ابن عاشور رحمه الله وايي: مناسبه ده چې په دې ډګر کې لږ د رایې برخه پراخه وساتل شي، ځکه شونې ده چې دغه برید د مبالغې لامله د تهدید تر کچې لوړ شي، نو فقیه باید دا سره جلا کړي، چې کله ترې موخه

¹ صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب تسميت العاطس اذا حمدالله، رقم الحديث: ۶۲۲۲.

² صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب ما أدي زكاته فليس بكنز، رقم الحديث: ۱۴۰۸.

بالذات تشریع او کله ترې موخه توبیخ او یا هغه تهدید دی چې په اصل کې د تأدیب په بڼه کې تشریع ده.

ددې نمونه دا حدیث شریف دی چې نبی کریم ﷺ فرمایي: «والذي نفسي بيده لقد هممت أن أمر بحطب فيحطب، ثم أمر بالصلاة فيؤذن لها ثم أمر رجلاً فيؤم الناس، ثم أخالف إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم، والذي نفسي بيده لو يعلم أحدكم أنه يجد عظماً ثميناً أو مرماتين حسنتين لشهد العشاء»¹ ژباړه: زما دې پر هغه ذات قسم وي چې زما نفس يې په لاس کې دی، په باوري توګه ما هوډ وکړ چې د لرګيو د را ټولولو امر وکړم، بيا د لمونځ کولو امر وکړم او اذان ورته وشي، بيا يو شخص ته امر وکړم چې خلکو ته امامت وکړي، بيا زه لارم شم د هغو سړيوو پسې چې د جمعي (جماعت) لمونځ ته نه دي راغلي او کورونه يې وسوزوم، زما دې پر هغه ذات قسم وي چې زما نفس يې په لاس کې دی، که چيرته دا خلک پوهېدل چې يو چاغ هډوکي او يا د پسه بڼايسته بڼنګري په لاس ورتلل، نو هرومرو به د ماسختن لمونځ ته حاضر شوي وو. دلته د نبی کریم ﷺ شان دا نه و، چې د هغوي کورونه به يې سوزول، بلکې موخه ترې توبیخ او تأدیب د هغوي و.

۱۲- له لارښوونو پرته حالت: دا لکه د نبی کریم ﷺ ذاتي صفتونه، کورنۍ حالت، ژوند، د هغه خوراک، څښاک، تګ، سورلۍ، ډډه وهل او داسې نور...

¹ صحيح البخاري، أبواب صلاة الجماعة والامامة، باب وجوب صلاة الجماعة، رقم الحديث: ۶۱۸.

تتبع ونگارش : قضاوتمل نجم الدین «واثق»

بررسی فقهی و حقوقی نیابت در عقد

قسمت دوم فصل دوم – ولایت

فهرست:

- 69.....مبحث اول: مفهوم ولایت، رابطه ولایت با عقد و تفاوت آن با اهلیت
69.....مطلب اول: مفهوم ولایت
71.....مطلب دوم: رابطه ولایت با عقد و تفاوت آن با اهلیت
72.....مبحث دوم: انواع، ترتیب و شرایط ولایت
72.....مطلب اول: انواع ولایت
75.....مطلب دوم: اشخاصی که حق ولایت بر اموال را دارند
77.....مطلب سوم: ترتیب ولایت

مبحث اول: مفهوم ولایت، رابطه ولایت با عقد و تفاوت آن با اهلیت

مطلب اول: مفهوم ولایت

ولایت و سرپرستی کودکان دارای ترتیب و ضوابط و شرایطی می باشد که در راستای حفظ مصالح شخصی و مادی کودکان و به خاطر تربیت صحیح و بارآمدن فرزندان خوب و شایسته و همچنین استفاده بجا و مناسب از دارایی ایشان است که اسلام، ولایت و سرپرستی کودکان را ضرورتی اجتناب ناپذیر گردانیده است.

از طرف دیگر شریعت اسلام وضع و حال کودکان را مورد ملاحظه قرار داده و آنان را به ادای فرایض دینی مانند: نماز، روزه و سایر عبادات مکلف نه نموده و اداره امور مالی آنها را به اولیاء و سرپرستان آنان مانند: پدر، پدرکلان، وصی

و قاضی محول کرده و پرورش و نگهداری کودکان خرد سال را به خاطر رعایت حال شان به مادران آنها سپرده است.¹
اول: معنای لغوی

ولایت از ریشه «ولی» گرفته شده است² که در لغت به معنی محبت و کمک است، چنانچه خداوند (ج) می فرماید:

ترجمه: چه هرکس که خداوند، پیامبر او و مؤمنان را به دوستی و یاری بپذیرد، (از زمره حزب خداوند (ج) است) و بدانید که حزب خداوند (ج) پیروز است.³

ومی فرماید: ترجمه: «برخی از مردان و زنان مؤمن، یار و پشتیبان برخی دیگرند».⁴

همچنان ولایت در لغت به معنی سلطه، فرمان روائی، حکومت کردن، دوستی، قرابت و خویشاوندی نیز آمده است.⁵
دوم: معنای اصطلاحی

در اصطلاح فقهی ولایت متضمن معانی ذیل⁶ می باشد:
الف - عبارت از سلطه شرعی است که به اقوال و تصرفات نافذ انسان تعلق می گیرد و صبی و مجنون دارای ولایت نمی باشند؛ زیرا، اقوال و تصرفات شان غیر نافذ است.

ب - شغل و منصب مهم، مانند: عمل قضاء.

ج - حوزه صلاحیت محلی عامل، مانند: صلاحیت والی در یک ولایت.
اساس و منبع ولایت را این آیه مبارکه تشکیل می دهد که خداوند (ج) می فرماید: ترجمه: «مردان و زنان باایمان، ولی (و یار و یاور) یکدیگرند؛ امر به معروف، و نهی از منکر می کنند؛ نماز را برپا می دارند؛ و زکاة را می پردازند؛ و خدا و رسولش را اطاعت می کنند؛ بزودی خدا آنان را مورد رحمت خویش قرار می دهد؛ خداوند (ج) توانا و حکیم است».⁷

¹. الدكتور وهبة الزحيلي، فقه خانواده در جهان معاصر ترجمه، عبدالعزيز سليمي، تهران، نشر احسان، 1385 هـ ش، ص 213.

². فيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مؤسسة الرسالة، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م، حرف (و)، ج 4، ص 620.

³. المائدة: 56.

⁴. التوبة: 71.

⁵. مسعود انصاري و داکتر محمد علی طاهري، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2248.

⁶. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 42، ص 37 و دورة حقوق وجايب، ص 92.

⁷. توبه: 71.

به تعبیر دیگر ولایت عبارت از: «قدرت و تصرف در مورد امور غیر به صورت مباشر بدون این که متوقف به اجازه غیر باشد».¹ در امور فامیل، «ولایت عبارت از اقتداری است که قانون گذار به منظور نگهداری، مواظبت، تربیت و اداره امور مالی و غیر مالی کودک، یا سفیه و مجنونی که حجر شان متصل به زمان صغر است به پدر و جد پدری اعطاء کرده است».²

چون بامراجعه به قانون مدنی دیده شده که، آن مرجع ولایت را از نظر قانونی تعریف نکرده، بناءً به قوانین دیگر در این بخش مراجعه صورت گرفت، که قانون احول شخصیه اهل تشیع در بند 1 ماده 4 خویش، ولایت را چنین تعریف نموده است: «ولایت سلطه و اقتداری است که مطابق احکام این قانون جهت انجام امور مربوط به غیر در حدود معین به شخص داده می شود و به شخص دارنده ولایت، ولی و به شخص موضوع ولایت، مولی علیه اطلاق می گردد».³ در اصطلاح حقوقی، ولایت عبارت از «سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد و کسی که این سمت را دار است (ولی) نامیده می شود».⁴

بناءً ولی کسی است که به حکم شریعت و قانون اختیار دیگری را در قسمتی از امور دارا می باشد. مانند ولی صغیر، مجنون، معنوه و امثال آن.⁵ علت مشروعیت ولایت بر کودکان و دیوانه گان، «حفاظت از مصالح و حفظ حقوق شخصی و مالی آنها به خاطر عجز و ناتوانی شان است، تا بدین وسیله حقوق و مصالح آنها تباه نشود».⁶

مطلب دوم: رابطه ولایت با عقد و تفاوت آن با اهلیت

عقد برای آنکه موجود و نافذ گردد و آثار شرعی بر آن مرتب شود ایجاب آن را می نماید که عاقد باید هم دارای اهلیت اداء و هم دارای ولایت بر عقد باشد، بدین معنی که عاقد باید اصیل از جانب خود یا ولی و یا وصی بر دیگران باشد. اهلیت اداء شرط انعقاد و وجود عقد و ولایت شرط نافذ بودن عقد و مرتب شدن آثار

¹ فقه خانواده در جهان معاصر، ص 220.

² نظام الدین عبدالله، قواعد عمومی عقود، ص (228) به حواله: مجید وزیری. حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، (تهران: شرکت چاپ و نشر بین الملل، 1384)، ص (22).

³ وزارت عدلیه. قانون احول شخصیه اهل تشیع، جریده رسمی شماره مسلسل نبر (988/5/5/1388) ماده 41.

⁴ عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق و جابیب (2) عقود معین، چاپ سوم، انتشارات سعید، بهار 1395 ه. ش، ص (228).

⁵ ترمینولوژی حقوق، ص 758.

⁶ فقه خانواده در جهان معاصر، تألیف دوکتور وهبه الزحیلی، مترجم عبدالعزیز سلیمی، ص 220.

شرعی بر آن می باشد پس اگر عاقد دارای اهلیت اداء نباشد عقد باطل خواهد بود و در صورتی که عاقد دارای ولایت اعم از ولایت بر نفس و مال نباشد عقد نافذ نخواهد بود. ولایت برای کسی ثابت می شود که دارای اهلیت کامل باشد پس شخصی که دارای اهلیت ناقص باشد ولایت برای وی ثابت نمی گردد.¹

از آنچه که گفته شد واضح می شود که اهلیت اداء عبارت از صلاحیت انسان برای ایجاد عقد و ولایت عبارت از صلاحیت انسان برای تنفیذ عقد است. بنا بر این عقد در مقایسه با اهلیت اداء و ولایت دارای حالات سه گانه ذیل می باشد:

1. هرگاه عاقد دارای اهلیت و ولایت باشد، عقد وی، هم صحیح و هم نافذ خواهد بود مگر در صورتی که ضرر دیگران در آن متصور باشد، پس در این حالت عقد چنین انسانی بر اجازه متضررین بالقوه متوقف خواهد بود. مانند: تصرف در مال اجاره داده شده و یا مال مرهونه قبل از ختم مدت اجاره و یا ادای قرض و تصرف مریض در اثنای مرض موت.²
2. هرگاه عاقد فاقد اهلیت و ولایت باشد، مانند شخص دیوانه و طفل غیر ممیز عقد وی باطل خواهد بود. اگر عاقد دارای اهلیت ناقص باشد مانند طفل ممیز و عقد وی هم احتمال ضرر و نفع را داشته باشد مانند: عقد بیع، در این صورت عقد عاقد متوقف بر اجازه ولی و یا وصی او خواهد بود.³
3. هرگاه عاقد دارای اهلیت کامل بوده، ولی فاقد ولایت باشد، در این حالت عاقد انسان فضولی بوده و عقد وی بر اجازه معقود له (کسی که به نیابت از او عقد صورت گرفته است) متوقف می باشد.⁴

مبحث دوم: انواع، ترتیب و شرایط ولایت

مطلب اول: انواع ولایت

ولایت از نظر کاربرد آن نسبت به صلاحیت های ولی به سه نوع تقسیم گردیده است: (1) ولایت بر شخص، (2) ولایت بر مال و (3) ولایت بر شخص و مال. اول: ولایت بر شخص یا نفس

ولایت بر شخص عبارت است از سر پرستی و اداره امور شخص کسانی که، از اداره و تصمیم گیری در باره امور مربوط به خود عاجز می باشند؛ مانند: تعلیم و

¹. نذیر، پوهاند داد محمد. اساسات حقوق اسلام، چاپ چهاردهم، کابل، انتشارات حامد رسالت، 1396 هـ ش، صص 145 و 146.

². الدكتور وهبة الزحيلي. الفقه الاسلامي وادلته، ج 4 ص 2984.

³. همان، ج 4، ص 2985.

⁴. همان، ج 4، ص 2985.

⁵. الدكتور وهبة الزحيلي. الفقه الاسلامي وادلته، ج 7، ص 186.

تربیت، تدای و آشنا نمودن با کار و حرفه، که این نوع از ولایت و سر پرستی قبل از هر کسی متوجه پدر، جد و سایر اولیاء می شود.¹ ولایت بر شخص یا نفس به دو بخش تقسیم می شود: یکی ولایت اجباری و دیگری ولایت اختیاری.

• ولایت اجباری در امر ازدواج: عبارت است از این که ولی بدون رضایت مولی علیه خود ازدواج وی را با شخص دیگری منعقد می سازد. ولایت اجباری زمانی به وجود می آید که مولی علیه به علت خورد سالی، دیوانگی، معتوه بودن، سفاهت و غفلت فاقد یا ناقص اهلیت باشد و ولی بدون رضایت مولی علیه عقد ازدواج را منعقد نماید و بدین ترتیب ازدواج بر مولی علیه تحمیل گردد. برای صاحب این گونه ولایت ولی مجبر گفته می شود. که آن با یکی از اسباب چهارگانه ذیل ثابت می شود:

ولایت قرابت: این گونه ولایت به سبب قرابت ولی با مولی علیه برایش ثابت می شود. یابه سبب قرابت قریبه مانند: ولایت پدر، جد و پسر یا به سبب قرابت بعیده مانند: پسر کاکا پسر ماما.

ولایت ملک: این همان ولایتی است که برای بادر بر برده اش ثابت می شود. بنابر این، وی می تواند غلام یا کنیز خود را اجباراً به نکاح بدهد و ازدواج غلام یا کنیز بدون اذن مولا موقوف بر اجازه وی می باشد. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل و بالغ باشد.

ولایت ولاء: این گونه ولایت به دو قسم است: یکی ولاء عتاقه و دیگری ولاء موالات.

ولاء عتاقه: عبارت از حق شرعی است که برای (مُعْتَق) بر (مُعْتَق) خود ثابت می شود. یعنی هر گاه مُعْتَق صغیر یا کبیر مجنون یا معتوه باشد مُعْتَق می تواند وی را به نکاح بدهد و هرگاه مُعْتَق وفات نماید و وارثی نداشته باشد مُعْتَق مال وی را بر میراث می برد. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل و بالغ باشد.²

ولاء موالات: عبارت از صلاحیتی است که برای دو نفر بر اساس پیمانی که میان شان مبنی بر این که از یک دیگر در زندگی دفاع نمایند و از جانب یک دیگر خساره بپردازند ثابت می شود. و بر اساس همین پیمان بر یک دیگر ولایت تزویج پیدا می کنند. شرط ثبوت این گونه ولایت این است که ولی باید عاقل بالغ باشد و مولی علیه وارث نسبی و سببی نداشته باشد.

¹ همان، ج 7، ص 186.

² الدكتور وهبة الزحيلي. الفقه الاسلامي وادلته، ج 7، ص 187.

ولایت امامت: ولایت امامت همان ولایت امام عادل مانند: رئیس دولت و نایب وی مثل قاضی می باشد. بنا بر این، هر یکی از آنها ولایت تزویج فاقد یا ناقص اهلیت را دارند، مشروط بر این که فاقد یا ناقص اهلیت ولی قریب نداشته باشند¹.

● ولایت اختیاری: ولایت اختیاری در امر ازدواج عبارت است از این که ازدواج با رضایت مولی علیه توسط ولی منعقد می شود. ولایت اختیاری وقتی به وجود می آید که ولی عقد ازدواج اشخاص رشید و دارای اهلیت را به دوش بگیرد. و برای صاحب این نوع ولایت ولی مُخیر گفته می شود. ولایت اختیاری در تزویج زن آزاد بالغ و عاقله، خواه باکره باشد یا تَبَّه با توجه به مراعات خوبی های عادات و آدابی که اسلام آنها را مد نظر گرفته و آنها نزد امام ابوحنیفه (رح)² و امام زفر (رح)³ مستحب است. به نزد آنها زن می تواند به اختیار و اراده خود متولی تزویج خودش باشد ولی، برایش طریقه مستحب این است که امر ازدواجش را به ولی اش تفویض نماید. ولایت اختیاری در واقع همان وکالت است که راجع به آن در فصل پنجم بحث خواهیم نمود.⁴

دوم: ولایت بر مال

ولایت بر مال: عبارت است از تدبیر و اداره امور مالی و به کار گیری و دخل و تصرف مطلوب و حفظ ثروت و اموال کسانی که خود آنها توانایی علمی، فکری و جسمی لازم برای قیام به آن را ندارند و این مسئولیت قبل از هر کسی متوجه پدر، پدر و پدر کلان، وصی آنها و نماینده قاضی می شود.⁵

¹ همان، ج 7، ص 187.

² ابوحنیفه، نعمان بن ثابت الکوفی متولد سال 80 هـ ق در کوفه و متوفی سال 150 هـ ق، و از فقهای مشهور اهل عراق می باشد، فقه، مجتهد، محقق، یکی از ائمه اهل سنت، امام و صاحب مذهب احناف می باشد، اصلاً از فارس بوده تولد و نشأتش در کوفه شده است. در اول تاجر تکه بود و درس هم فرامی گرفت بعداً بخاطر تدریس و افتاء کار را رها کرد. منصور خلیفه عباسی از وی تقاضای اجرای وظیفه قضاء را در بغداد نمود و امام ابوحنیفه آنرا قبول نکرد بناءً منصور وی را محبوس ساخت. امام شافعی در مناقب امام ابوحنیفه گفته است که «الناس عیال فی الفقه علی ابی حنیفه». (الزرکلی، الأعلام/ ج 8، ص 36).

³ «امام زفر بن هنرئیل متوفای سال 158 عمری، از یاران امام ابوحنیفه (رح) و از فقهای بزرگ به شمار می رود. اصلش از اصفهان بوده ولی در بصره اقامت داشت و در آنجا به امر قضایی پرداخت و در همان شهر نیز از دنیا در گذشت. او در آغاز از اصحاب حدیث بود و بعدها در اثر مصاحبت با امام ابوحنیفه (رح) قیاسات وی بر او غلبه کرد و خود چنین می گفت: من مادامی که حدیثی در دسترس باشد به رأی عمل نمی کنم و هرگاه خبری را در یابم رأی را ترک می گویم». قرشی، الجواهر المضیئة فی طبقات الحنیفیه (207-209).

⁴ الفقه الاسلامی وادلته، ج 7، ص 188.

⁵ عبدالله، نظام الدین. شرح قانون افغانستان: حقوق فامیل (2) اطفال، چاپ چهارم، انتشارات سعید، بهار 1394 هـ ش، ص 123.

سوم: ولایت بر شخص و مال

بعضی اوقات ممکن است شخصی هم بر مال و هم بر نفس شخص عديم و یا ناقص الأهلیت ولایت داشته باشد. چنین ولایتی در واقع اخلاطی از ولایت بر نفس و مال است. بنابراین، ولی ولایت بمال و نفس از یک طرف باید شرایط، صلاحیت و مکلفیت های ولی بر مال و از طرف دیگر شرایط، صلاحیت و مکلفیت های ولی بر نفس را دارا باشد.

ولایت بر شخص و مال، شامل امور شخصی و امور مالی می شود، و تنها پدر و پدر کلان هستند که از این حق برخوردار می باشند.¹

مطلب دوم: اشخاصی که حق ولایت بر اموال را دارند

هرگاه طفل دارای مال باشد به اتفاق مذاهب اهل سنت والجماعة، ولی در اداره امور مالی وی پدرش می باشد.²

اما، راجع به اینکه بعد از وفات پدر ولایت طفل برای کی ثابت می شود اختلاف کرده اند. از نظر فقهای حنفی (رح) ولایت طفل بعد از وفات پدر، برای وصی پدر (وصی اختیاری)، سپس برای جد صحیح یعنی پدر پدر طفل مشروط بر اینکه از طرف پدر وصی تعیین نشده باشد و سپس برای نماینده قاضی ثابت می شود.³

قانون مدنی افغانستان به تأسی از نظریه فقهای احناف (رح) چنین مُشعر است: (1) ولایت اموال اولاد ناقص اهلیت، به درجه اول به پدر ثانیاً به جد صحیح تعلق می گیرد. مشروط بر این که از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد.⁴

همچنان قانون مدنی تصریح می دارد: (1) پدر می تواند برای اولاد ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن وصی تعیین نماید.⁵

و به همین منوال بیان می دارد: «هرگاه برای شخص ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن وصی اختیاری موجود نباشد، محکمه وصی تعیین می نماید. وصایت برای حمل ثابت در بطن بعد از وضع حمل برای مَوْلود نیز نافذ است مگر این که محکمه وصی جدیدی را عوض وی تعیین کرده باشد.»⁶ مواد فوق فقط از اولاد ناقص اهلیت نام می برند؛ اما باید این قاعده بر اولاد فاقد اهلیت نیز قابل تطبیق باشد. این مطلب از ماده 42 قانون مدنی مُستفاد می شود. زیرا؛ قانون مدنی در ماده مذکور تصریح می دارد: «شخص ناقص اهلیت و فاقد آن تابع احکام

¹ همان، صص 123 و 124.

² بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، فصل فی ترتیب الولایه، ج 5، ص 155.

³ همان، ج 5، ص 156.

⁴ وزارت عدلیه، قانون مدنی، فقره (1) ماده 268.

⁵ همان، فقره (1) ماده 291.

⁶ همان، ماده 297.

وصایت، ولایت و قوامت مطابق به شرایط و قواعد پیش بینی شده این قانون می باشد.¹

بنابراین، پدر و جد صحیح به عنوان اولیای فرزندان صغیر ناقص اهلیت و فاقد اهلیت می باشند. البته جد صحیح زمانی ولی شرعی محسوب می شود که پدر شخص دیگری را به حیث وصی تعیین نکرده باشد. طبق حکم فقره 2 ماده 268 قانون مدنی که چنین مشعر است: «ولی و وصی نمی توانند بدون اجازه محکمه با صلاحیت از سرپرستی اموال وی (قاصر) کناره گیری نمایند.»²

ولایت بر مال طفل برای غیر از اشخاص مذکور از قبیل: برادر، کاکا و مادر ثابت نمی شود. مگر، اینکه پدر یا محکمه آنها را به حیث وصی تعیین نموده باشند. این ولایت تا آن که طفل به سن رشد می رسد ادامه می یابد.

قانون مدنی نیز می گوید: «هرگاه سن شخص تحت ولایت به هجده سال تمام برسد، ولایت ولی به انجام می رسد. مگر این که به سببی از اسباب حجر محکمه با صلاحیت به دوام آن حکم نموده باشد.»³

اما هرگاه طفل به سن رشد برسد و عوارضی از قبیل: جنون یا غته برایش عارض گردد آیا ولایت بروی دوباره باز می گردد یا خیر؟ به نزد فقهای حنفی⁴ و شافعی (رح)⁵ ولایت دو باره بر اموال طفل برای اشخاصی باز می گردد که قبل از سن رشد ولایت وی را به عهده داشتند؛ زیرا مدار حکم علت آن است پس هرگاه علت ولایت موجود باشد ولایت نیز موجود خواهد بود. اما اگر بعد از سن رشد عارضه سفاهت بر طفل عارض گردد به نزد جمهور ولایت برای قاضی یا نماینده قاضی عودت می کند؛ زیرا مقصود حفاظت مال طفل است و ارائه رای در مصالح مردم از صلاحیت های قاضی می باشد.⁶

¹ همان، ماده 42.

² همان، فقره (2) ماده 268.

³ وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 283.

⁴ أبو المعالی، برهان الدین محمود بن أحمد بن عبد العزیز بن عمر بن مازة البخاری الحنفی. المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی فقه الإمام أبی حنیفة، ت: عبد الکریم سامی الجندی، دار الکتب العلمیة، بیروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، ج 5، ص 390.

⁵ العمرانی، أبو الحسین یحیی بن أبی الخیر بن سالم، البیان فی مذهب الإمام الشافعی (المتوفی:

558 هـ) ت: قاسم محمد النوری، نشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2000 م، ج 8، ص 19.

⁶ أبو المعالی، برهان الدین محمود بن أحمد بن عبد العزیز بن عمر بن مازة البخاری الحنفی. المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی فقه الإمام أبی حنیفة، ت: عبد الکریم سامی الجندی، ج 5، ص 391.

از نظر علمای حنفی (رح) ولایت بر اداره امور مالی کودکان و افرادی که به سرپرستی نیاز دارند، به ترتیب: حق پدر، وصی پدر، پدر پدر و وصی او و پس از آن‌ها قاضی است.¹

اما، مالکیه² و حنابل³ (رح) بر این باورند که این ولایت حق پدر، پدر پدر و وصی آنان و سپس قاضی یا نماینده قاضی و پس از آن‌ها - اگر قاضی موجود نباشد - ولایت به جماعتی مسلمان محول می‌شود.

علمای مذهب امام شافعی⁴ هم معتقدند که: ولایت بر کودکان و امثال آنها قبل از همه حق پدر و پس از او جد و پس از آنها وصی و وکیل آنان و پس از آنها قاضی یا نماینده اوست. در این‌جا معلوم می‌شود که نظر شافعیه (رح) در رابطه با جلو انداختن جد بر وصی پدر مخالف مذاهب دیگر است؛ زیرا به نظر آنها اگر پدر وجود نداشته باشد، جد جای خالی او را برای فرزندان پر می‌کند. بر همین اساس است که ولایت برای عقد و ازدواج دختر پسرش، به او محول می‌گردد و ولایت و سرپرستی اموال برای غیر آنان مانند: برادر، عمو و مادر جز از طریق وصیت پدر یا قاضی ثابت نمی‌شود.⁵

مطلب سوم: ترتیب ولایت

از نظر فقها هر یک از دو ولایت: (ولایت بر شخص و ولایت بر اموال) دارای ترتیب معینی می‌باشند.

از نظر علمای حنفیه (رح) آن‌هایی که حق ولایت امور شخصی را دارند به ترتیب عبارت انداز: پسر، پدر، جد پدری، برادر و عمو. یعنی مسئولیت یا حق ولایت بر کودکان و افراد دیوانه بر روال وارث بودن فرزندی، پدری، برادری و عمو بودن قرار گرفته است.⁶

¹ همان، ج 5، ص 392.

² بدایة المجتهدونهایة المقتصد، باب اصناف الاولیاء و ترتیبهم، ج 2، ص 40.

³ السیوطی، مصطفی بن سعد بن عیده شهرة. مطالب اولی النهی فی شرح غایة المنتهی، المتوفی: 1243 هـ)، نشر المکتب الإسلامی، الطبعة: الثانية، 1415 هـ - 1994 م، ج 5، ص 61.

⁴ اسم آن امام ابو عبدالله بن ادریس بن العباس بن عثمان بن شافع بن اسائب بن عبیدین نذیر بن هشام بن المطلب بن عیدمناف المطلبی القریشی که نسب آن به عیدمناف جد رسول > و شافع بن السائب می‌رسد بسوی الشافع، وی در منطقه غزه در عسقلان یمن در سال 150 هـ تولد و در سال 204 هـ وفات نموده است، که از جمله مشهورترین تألیفات وی: المبسوط، کتاب السنن و غیره بوده، اصول مذهبش کتاب الله، سنت رسول الله >، اجماع، اقوال صحابه و قیاس بوده. (المذاهب الفقهیة الاربعه، ص 121).

⁵ فقه خانواده در جهان معاصر، ص 223.

⁶ أبو المعالی، برهان الدین محمود بن أحمد بن عبد العزیز بن عمر بن مازة البخاری الحنفی. المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی فقه الإمام أبي حنيفة، ت: عبد الکریم سامی الجندی، ج 5، ص 391.

لازم به یاد آوری است که برادر پدري و مادري بر برادر پدري مقدم است و چنانچه هيچ يك از خويشاوندان پدري وجود نداشت، ولايت شخصي، به مادر و بقيه خويشاوندان مادري منتقل مي‌گردد.

اما مالکيه (رح) به گونه‌اي ديگر ترتيب اين ولايت را بيان نموده اند و مي‌گويند: که ترتيب آن عبارت است از: فرزندی، پدري، وصايت، برادري، پدريزگي و پس از آن به عموها منتقل مي‌گردد.¹

يعني از نظر آنان ولايت بر شخص به ترتيب: پسر و پسر پسر، و پدر و وصي که او تعيين نموده، برادر پدر و مادري و پسر او، برادر پدري و پسر او، جد پدري و بعد از او عمو و پسر عمو هستند. و در مورد همه آنها نسبت پدر و مادري بر نسبت پدري تنها مقدم است و پس از آنها ولايت به قاضي محول مي‌شود. اما در ولايت اجباري در مورد ازدواج، پدر بر پسر مقدم است اما در ولايت اختياري پسر بر پدر اولويت دارد.

پس از پايان مدت «حضانت» و نگهداري کودک بايد در اختيار ولي قرار گيرد؛ زيرا ولايت و سرپرستي شخصي، حقي از حقوق مولي عليه است. اما، هرگاه کوديکي داراي دو ولي و سرپرست باشد که يکي از آنها نزديک‌تر و ديگري دورتر باشد، و آن يکي که دورتر است او را شوهر بدهد و اولي هم از حق ولايت برخوردار بوده، عملي شدن و اجراي عقد نکاح مشروط به رضايت ولي اقرب است.

از نظر علمای حنفيه (رح) حق ولايت و سرپرستي پس از رسيدن کودک به سن پانزده سالگي يا يکي از علايم بلوغ - به شرطي که اهل عقد و رشد باشد - پايان مي‌يابد. اما اگر از عقل، تجربه و رشد کافي برخوردار نباشد، ولايت بر او همچنان باقي مي‌ماند.

اما در ارتباط با دختران پس از ازدواج، ولايت و سرپرستي آنها پايان مي‌يابد. هرگاه ازدواج نمود، مسئوليت او متوجه شوهرش مي‌شود، اما اگر ازدواج ننمايد، ولايت بر او تا زماني که سن او بالا برود و تصميم‌گيري‌هاي او سنجيده و درست باشد، ادامه مي‌يابد. در اين صورت مي‌تواند خود به تنهائي يا همراه با مادرش زندگي کند. اما حنفيه (رح) حدود آن را معين نکرده‌اند و ظاهراً مقصودشان اين است که زن به صورت پير و سالمند گردد که به هيچ وجه امکان طمع‌ورزي ديگران در مورد او وجود نداشته باشد.

¹ بدایة المجتهد ونهاية المقتصد، باب اصناف الاولياء وترتيبهم، ج 2، ص 41.

اما از نظر علمای مالکیه (رح) «ولایت» پس از برطرف شدن اسباب آن که خردسالی و امثال آن مانند: دیوانگی، ناپختگی و بیماری است، پایان می‌یابد. اما ولایت بر دختران تنها پس از ازدواج آنها پایان می‌پذیرد.¹

بقیه در شماره بعدی

¹ بدایة المجتهد ونهاية المقتصد، باب اصناف الاولياء وترتيبهم، ج 2، ص 41.

د کفالت تړون د فقهي او حقوقو له نظره

فهرست:

- ب: د ديني کفالت اړوند قانوني احکام 80
1- د ديني کفالت د تړون ساحه 80
2- په مالي کفالت کې د دين صحت او لزوم 81
3- د ناقص اهليت شخص څخه ديني کفالت 82
4- د شريک څخه د بل شريک کفالت 84
5- د دين د شروطو مطابق يا هم دهغي څخه آسانه، د ديني کفالت تړون شرط 84
6- د کفيل په ورکړه د اصيل ملزم والی 85
7- په ديني کفالت کې تشریفات 86

ب: د ديني کفالت اړوند قانوني احکام

د ديني کفالت اړوند د افغانستان مدني قانون، د مختلفو فقهاوو له نظرياتو څخه پيروي کړې چې په لنډ ډول بيانېږي.

1- د ديني کفالت د تړون ساحه

د افغانستان د مدني قانون د احکامو مطابق، د کفالت تړون په معجله او مؤجله توگه همدا رنگه په مطلق او مناسب شرط پورې معلق، د تړون وړ دی، چې په دې توگه په نوموړي قانون کې د جمهورو فقهاوو له رايې څخه پيروي شوې او په دې اړوند داسې حکم کوي:

« کفالت په مؤجل يا معجل صورت يا د مناسب شرط پورې معلق، جواز لري»¹
په پورتنۍ ماده کې د کفالت تړون په معجل، مؤجل، مطلق او په شرط سره معلق، سم گڼل شوی چې نوموړی حکم د جمهورو فقهاوو له نظر سره سمون

¹ د افغانستان مدني قانون، ۱۶۷۲ ماده.

لري او د فقهاوو نظريي وړاندې بيان شوې، دلته يې يادونې ته اړتيا نه ليدل کيږي.

د يادونې وړ ده چې د مدني قانون ياده شوې ماده د کفالت په تړون کې په مطلق ډول راغلې، ولي دا چې د تعجيل او تأجيل موضوع تر ډېره بريده په ديني کفالت پورې تړاو لري، له دې امله د ديني کفالت په بحث کې د يادونې وړ وگرځيده.

2- په مالي کفالت کې د دين صحت او لزوم

دا چې ديني کفالت په کوم ځای کې سم دی؟ په دې اړوند د افغانستان مدني قانون د جمهورو فقهاوو له نظر څخه پيروي کړې او ديني کفالت، په هغه ځای کې سم گڼي چې دين پر اصیل لازم وي، همدا رنگه د نوموړي قانون د احکامو مطابق د کفالت تړون په معلومو او مجهولو مالونو کې سم گڼل شوی په دې شرط چې مال د اصیل پر ذمه لازم وي او په دې اړوند داسې حکم کوي:

«په امانتونو کفالت لکه وديعت، د مضاربت مال، شرکت، عاريت او د اجارې اخيستونکي سره اجاره شوی مال صحت نه لري، مگر دا چې کفالت د مالونو د عين د ضمان د قصور په سبب شوی وي.»

«په مال کفالت عام له دې چې معلوم وي او که مجهول صحيح دی. همدا رنگه کفالت د صحيح او ثابت پور څخه چې د پوروري په ذمه وي، صحيح دی.»

«تر څو چې د اصیل التزام صحيح نه وي، کفالت صحيح نه دی.»

«د نا صحيح پور څخه کفالت صحيح نه دی، مگر دا چې پور د بشخي ټاکلي نفقه وي په رضابيت يا د محکمې په حکم ټاکل شوی وي.»¹

د قانون په پورتنیو مادو کې د کفالت تړون اړوند په دريو مهمو موضوع گانو چې تر ډېره په ديني کفالت پورې تړاو لري، بحث شوی دی، يو دا چې د مکفول له دين بايد صحيح او د اصیل پر ذمه لازم وي، که چيرته دين صحيح نه وي، لکه د فاسد تړون دين چې دفسخي وړ وي او يا هم د ښ د داسې تړون څخه منځ ته راغلی وي چې شرعي جواز ونه لري لکه د خوگ د غوښې خرڅول، او يا دين د داسې تړون څخه منځ ته راغلی وي چې قانوني ممانعت ولري، لکه د مخدره موادو خرڅول، د کفالت تړون په نوموړو مواردو کې سم نه گڼل کيږي سره له دې چې اصیل پر غاړه هم اخيستي وي.

¹ مخکينی قانون، ۱۶۷۳-۱۶۷۶ مادي.

دويمه موضوع چې په پورتنیو مادو کې ياده شوې، دا ده چې مالي کفالت په معلوم او مجهول مال کې سم گڼل شوی، خو د يادونې وړ ده چې نوموړی مال (دين) بايد د اصیل پر ذمه ثابت او لازم وي، که نه بيا په هغه کې د کفالت تړون سم نه گڼل کيږي.

درېمه موضوع چې په پورتنیو مادو کې بيان شوې، دا ده چې د کفالت تړون په هغو مالونو کې چې د شخص سره د امانت په ډول وي، لکه ودیعت، مضاربت، شرکت، عاریت او اجاره سم نه دی، مگر په پورتنیو مواردو کې کفالت په هغه صورت کې سم گڼل کيږي چې د کفالت تړون د مال د ضمان په سبب منځ ته راغلی وي. دا چې ولې په يادوشو مواردو کې د کفالت تړون سم نه دی گڼل شوی، علت يې دا دی چې په پورتنیو مواردو کې مال د امانت په ډول د شخص په تصرف کې وي او د امانت مال اړوند قاعده ده چې، که چیرته نوموړی مال د امین د قصور څخه پرته تلف شي، په هغه کې ضمان نه لازميږي، او د کفالت تړون په هغه مالونو کې سرته رسيږي چې ادا يې لازمه وي او په يادو شوو مواردو کې يواځې د قصور په حالت کې د مال ادا لازميږي، همدا لامل دی چې، که چیرته ياد شوي مالونه د امین د قصور له وجهې تلف شي، د قانون د حکم پر بنسټ په هغه کې د کفالت تړون جواز لري. د قانون په يادو شوو مادو کې د مختلفو فقهاوو له نظرونو څخه پيروي شوې چې مخکينيو بحثونو کې په تفصيل سره بيان شوي دي د اړتيا په صورت کې کيدای شي اړونده بحث ته مراجعه وشي.

3- د ناقص اهليت شخص څخه ديني کفالت

سره له دې چې اکثره فقهاوو په دې وجهه چې د کفالت تړون د ناقص اهليت شخص په ضرر گڼل کيږي، نوموړی تړون يې سم نه وو گڼلی، ولې د افغانستان مدني قانون په ضمني توگه د ناقص اهليت شخص څخه کفالت سم گڼلی، او په دې اړوند داسې حکم کوي:

«که چا د اهليت د نقصان لرونکي د تعهد کفالت کړی وي او کفالت د اهليت د نقص په سبب عقد شوی وي، که د اصلي پوروري د خوا تعهد تنفيذ نه شو نو کفيل د تعهد په تنفيذ مکلف دی.»¹

¹ مخکينی قانون، ۱۶۸۱ ماده.

د قانون په پورتنۍ ماده کې يادونه شوې چې که څوک د ناقص اهليت شخص څخه کفالت وکړي او نوموړی هغه ادا نکړي، کفيل د هغه په ادا ملزم گڼل کيږي.

په نوموړي ماده کې بڼايي د قانون روحیه په تجارتي تړونونو بڼا شوې وي، ځکه په تجارتي قوانينو کې د ناقص اهليت شخص، د ولي او قيم په اجازه کولای شي تړون وکړي او په نوموړي صورت کې کيدای شي د نوموړي د تعهد اړوند کفالت ته اړتيا پيدا شي او دا د ناقص اهليت د خاوند په گټه گڼل کيږي. خو نوموړي قانون د ناقص اهليت شخص څخه کفالت په مطلق ډول سم نه دی گڼلی، ځکه د نوموړي قانون د احکامو پر بنسټ، د ناقص اهليت اړوند د وکیل له خوا د مبيعي د پيسو لپاره کفيل کيدل، د هغو پيسو لپاره چې د صغير د مال له خرڅلاو څخه لاس ته راغلي وي د وصي کفيل ټاکل او همدا رنگه د وقفي مال اړوند د ناظر کفيل ټاکل سم نه دي گڼلي او داسې حکم کوي:

«د وکیل کفالت د هغه څه په ثمن چې په اخيستونکي يې خرڅ کړي، د وصي کفالت د هغه څه په ثمن چې صغير د مال څخه يې خرڅ کړي او د ناظر کفالت د هغه څه په ثمن چې د وقف د مال څخه يې خرڅ کړي، صحيح نه دی.»¹

د قانون په پورتنۍ ماده کې د هغه مال په هکله چې د صغير يا وقف اړوند وي، د وکیل، وصي او د وقف د متولي ټاکل د کفيل په توگه سم نه دي گڼل شوي، علت يې هم دا دی چې د وکالت په چارو کې وکیل د موکل ځای ناستی وي چې د کفالت په تړون کې پرې تصريح شوې ده او وکیل نشي کولای د ټاکل شوي اختيار څخه تجاوز وکړي، همدا رنگه د وصي اختيارات په وصايت خط کې ټاکل شوي وي او وصي نشي کولای د هغې څخه تجاوز وکړي، بل دا چې وصي يواځې د صغير د مال اداره په لاس کې لري، د هغه څخه سربيره د نورو تصرفاتو حق نه لري او د وقفي مال متولي هم يواځې د وقف شوي مال څخه نظارت کوي او په نوموړي مال کې بايد ډير احتياط وشي، په همدې لحاظ قانون گذار ورته داسې قيودات وضعه کړي چې نوموړی مال ضايع نشي.

¹ مخکينی قانون، ۱۶۷۸ ماده.

4- د شريک څخه د بل شريک کفالت

د افغانستان مدني قانون د احکامو پر بنسټ، په هغه صورت کې چې دوه شريکان په بل شخص باندې دين ولري، يو شريک نشي کولای د بل شريک څخه کفالت وکړي، نوموړی قانون په دې اړوند داسې حکم کوي:

« که چيرته دوه يا زيات شريکان پر چا پور ولري نو د شريک پور څخه د يوه شريک کفالت د بل شريک د حصې څخه جواز نه لري. »¹

د قانون په پورتنۍ ماده کې د دوو شريکانو د مشترک دين اړوند، د يوه شريک کفالت د بل شريک له حصې څخه منعه شوی دی، علت يې هم دا دی چې شريکان په دوامداره توگه يو ځای سره کار کوي، په گټه او تاوان کې سره شريک وي او تل د يوه اوبل په گټه کار کوي، نو که د شريک کفالت له بل شريک سره سم وگڼل شي، کفيل هرو مرو د اصيل په مقابل کې څرگنديږي، ځکه د کفالت ترون يو عهدي ترون دی چې په تبرعي اصل ولاړ دی او دا ترون په نوموړي حالت کې د شراکت له اصولو سره مناسب نه گڼل کېږي، له همدې امله قانون د يوه شريک کفالت له بل شريک څخه منعه کړی دی.

5- د دين د شروطو مطابق يا هم دهغې څخه آسانه، د ديني کفالت ترون شرط

د افغانستان مدني قانون د احکامو مطابق، ديني کفالت بايد مطابق د هغو شرطونو چې د دين يې مستحق وي او يا د نوموړو شرطونو څخه په آسانه شرطونو سره تر سره شي، او نوموړی ترون په داسې شرطونو سره چې د دين د استحقاق څخه سخت وي نه دی منل شوی او په دې هکله داسې حکم کوي:

« کفالت دهغې اندازې څخه چې د پور ورکونکي د استحقاق څخه پر پوروري زيات وي او په داسې شرط سره چې د پوروري د شرطونو څخه سخت وي، جواز نه لري، مگر په کمې اندازې او آسانه شرط جواز لري. »

« کفالت د پور ملحقاتو، د لومړنۍ غوښتنې مصرفونو، او هغې مصرفونو ته د کفيل د غوښتنې وروسته پيدا کېږي، شامل دي. مگر دا چې موافقه د هغې په خلاف شوې وي. »²

¹ مخکينی قانون، ۱۶۷۷ ماده.

² مخکينی قانون، ۱۶۸۲-۱۶۸۳ ماده.

د قانون په پورتنۍ ماده کې دوو مهمو موضوع گانو ته اشاره شوې، یو دا چې د کفالت په ترون کې باید د داسې شرطونو څخه استفاده وشي چې د دین د شرطو سره موافق او یا هم د هغې څخه آسانه وي، له همدې امله هغه شرطونه چې د دین له شرطو څخه شدید وي سم نه گڼل کیږي، علت یې هم دا دی چې کفیل د خپل تعهد په پوره کولو کې، د اصیل ځای ناستی گڼل کیږي او د دین په ورکړه کې باید د هغو شرطونو تابع وي چې اصیل یې په پوره کولو اړ وي او یا هم د نوموړو شرطونو څخه په آسانه توگه مطرح شوي وي، ځکه آسانه شرطونه د کفیل په گټه گڼل کیږي.

بله موضوع چې په نوموړو مادو کې ورته اشاره شوې دا ده چې د کفالت ترون د دین ملحقاتو او مصارفو ته هم شاملیږي، دا ځکه چې مصارف او ملحقات د عرف له مخې په دین کې شامل گڼل کیږي او داین چې کله خپل دین د مدیون څخه غواړي د دین څخه سربیره د دین ملحقات او مصارف هم ور څخه غواړي، دا چې کفیل د دین په ورکړه کې د مدیون ځای ناستی گڼل کیږي، د اصل مدیون په شان د هغه څخه هم د دین توابع او ملحقات غوښتل کیږي.

6- د کفیل په ورکړه د اصیل ملزم والی

د افغانستان د مدني قانون د احکامو مطابق په هغه صورت کې چې مدیون د کفیل په ورکړه مکلف وي، مدیون (اصیل) مکلف دی چې داسې شخص د کفیل په توگه وټاکي چې د دین په ورکړه قادر وي، ولې سربیره پر دې مدیون کولای شي د داین لپاره د کفیل پر ځای مالي تأمینات ورکړي چې په دې هکله نوموړی قانون داسې حکم کوي:

« که پوروړی د کفیل په ورکولو ملزم شي، مکلف دی چې د توان خاوند د کفیل په حیث ورکړي، پوروړی کولی شي چې د کفیل پر ځای کافي عیني تأمینونه د پور ورکونکي په اختیار کښي کښیږدي»¹

د قانون په پورتنۍ ماده کې د داین (مکفول له) پر وړاندې د مدیون (اصیل) مکلفیت بیان شوی، د نوموړي مادې د حکم پر بنسټ، که چیرته داین (مکفول له) وغواړي مدیون (اصیل) د کفیل په ورکړه مکلف کولای شي، په مقابل کې مدیون (اصیل) کولای شي داین ته یا داسې کفیل ورکړي چې د دین په ورکړه قادر وي او یا هم د کفیل پر ځای ورته کافي مالي تأمین ورکړي، ځکه کفالت د

¹ مخکینی قانون، ۱۶۸۰ ماده.

عهدي ترونونو له ډلې څخه دی چې په ترون سره یې د داین دین تضمینيږي او دا هدف نه یواځې د کفیل په ورکړه بلکه د مالي تأمین په ورکولو سره هم تضمین کیدای شي.

7- په دیني کفالت کې تشریفات

د افغانستان د مدني قانون د احکامو مطابق، د کفالت ترون یو عادي ترون نه دی گڼل شوی، بلکه نوموړی ترون د تشریفاتې ترونونو له ډلې څخه دی چې په دې هکله نوموړی قانون داسې حکم کوي:

« د کفالت د ثابتولو د پاره لیکلی شکل هر ورو دی که څه هم د اصلي التزام ثبوت په شهادت روا وي»¹

د قانون په پورتنۍ ماده کې، د کفالت ترون د ثبوت لپاره، د نوموړي ترون منځ ته راتلل په لیکلي ډول لازم گڼل شوی، دا په داسې حال کې ده چې په عامه توگه د هر ترون ثبوت کیدای شي په شهادت د شاهدانو هم ثابت شي، ولي د دې له پاره چې د کفالت ترون د قانون گذار په آند یو مهم ترون گڼل شوی، نوموړی ترون یې په لیکلي بڼه لازم گرځولی دی، خو یو څه چې په نوموړي قانون کې مبهم پاتې دي هغه دا دي چې په یاد شوي قانون کې دا نه ده څرگنده چې د کفالت ترون باید په رسمي توگه تر سره شي او که په عرفي ډول هم جواز لري؟ په دې اړوند د قانون د یادې شوي مادې د اطلاق څخه داسې پوهیدای شو چې په نوموړي ترون کې یواځې لیکلي بڼه تشریفات گڼل کېږي، اړینه نه ده چې نوموړی ترون دې هرو مرو رسمي بڼه ولري بلکه کیدای شي په عرفي ډول هم تر سره شي، یو بل څه چې د قانون د یادې شوي مادې څخه استنباط کولای شو دا دی چې، دکفالت ترون د ثبوت چارې د اصل دین تر ثبوت پورې تړاو نه لري، بلکه د کفالت ترون د یوه مستقل ترون په توگه د خاصو قاعدو لرونکی دی.

که چیرته د دیني کفالت اړوند د افغانستان مدني قانون احکامو ته ځیر شو، د کفالت ترون د ماهیت او د نوموړي ترون د موقعیت اړوند احکام بیان شوي چې په دې اړوند فقهاوو هم بحث کړی دی، دا چې په نوموړي ترون کې قانون د کومې ډلې فقهاو له نظر څخه پیروي کړي؟ باید وویل شي چې نوموړي قانون د کفالت اړوند د یوه مذهب څخه پیروي نه ده کړې بلکه د جامعي دشرایطو او

¹ مخکینی قانون، ۱۶۷۹ ماده.

اړتياوو سره سم يې د مختلفو فقهاوو له نظرياتو څخه پيروي کړې ده چې دفقهاوو نظريات په مخکينيو بحثونو کې بيان شول د اړتيا په وخت کې کيدای مربوطه بحث ته رجوع وشي.

د يادونې وړ ده چې نوموړي قانون، سره له دې چې د بې ځايه دعوا گانو د مخنيوي له پاره د کفالت ترون په ليکلي بڼه لازم گرځولی، د دين د تضمين له پاره يې د کفالت پر ځای د مالي تأميناتو وړاندوينه هم کړې او د مالي تأمين له پاره بڼه لاره په منقولو او غير منقولو مالونو باندې د رهن ترون دی، سره له دې چې د رهن ترون يو جلا بحث گڼل کيږي، ولي د دې لپاره چې د دين تر تضمين پورې تړاو لري دلته په لنډه توگه ورته اشاره کيږي او د رهن اړوند د افغانستان مدني قانون داسې حکم کوي:

« حيازي گروي داسې عقد دی چې د هغې په موجب گروي ورکونکي تعهد کوي چې خپل مال په د گروي اخيستونکي په تصرف کښي يا د يو بل امين شخص په تصرف کښي د داسې مال د حق په بدل کښي ورکوي چې د هغې ټول يا يوه برخه اداء کول د لمړۍ درجې پور ورکونکو يا د داسې پور ورکونکو حق ته چې نسبت ذکر شوو پور ورکونکو ته په ټيټې رتبې کښي واقع دي تر مخه وي.»

« په حيازي گروي کښي بايد چې د گروي مال موجود، قيمت لرونکی، تسليميدا يې ممکن او داسې ملکيت وي چې د نورو د حقوقو څخه خالي وي.»

« (۱) د گروي موضوع بايد چې د پوروري په ذمې باندې ثابت پور وي او يا داسې عين وي چې د تضمين وړ وي. په امانتونو گروي صحيح نه ده.»¹

د قانون په پورتنیو مادو کې حيازي رهن (گروي) معرفي او د نوموړي رهن د منځ ته راتلو شرطونه په کې بيان شوي دي، سره له دې چې د نوموړي رهن د منځ ته راتلو هدف د نورو دينو څخه د تقدم حق گڼل شوی ولي نوموړی ترون د دين د تأمين له پاره بڼه وسيله گڼل کيږي.

همدا رنگه په يادو شوو مادو کې يادونه شوې چې هغه مال چې په رهن کې اېښودل کيږي، بايد قيمت ولري او مقدور التسليم وي او رهن هم بايد د داسې عين په مقابل کې منځ ته راشي چې د تضمين وړ وي. همدا رنگه که د دين په مقابل کې مال په رهن کې اېښودل کيږي بايد دين د مديون پر ذمه ثابت وي او په

¹ مخکينی قانون، ۱۷۷۰-۱۷۷۲ مادي.

اماناتو کي لکه د کفالت تړون چي په کي سم نه دی، رهن هم په کي سم نه گڼل کيږي.

درهن اخیستني تگلاره د مدني تړونونو ترڅنګ، په تجارتي موضوعاتو کي ډیره معمول ده، بانکونه کله چي چاته قرضه ورکوي، د هغې په مقابل کي د قرض اخیستونکي څخه یا منقول او یا هم غیر منقول مال، د مالي تامين په ډول اخلي او دا تامينات د مالي ضمانت له لاري ترسره کوي، د هغو مواردو له ډلي څخه چي په تجارتي ساحه کي د دين د مالي تامين له پاره اجرا کيږي، رهنې توافق نامه ده چي په بانکي معاملو کي د منقولو مالونو د رهن په قانون کي ځای پر ځای شوې او هغه په نوموړي قانون کي داسې معرفي او مشخصات يې داسي بيان شوي دي:

» (۱) په رهنې توافقيک کي يو رهن یا زيات شامل وي او په يوه یا څو اثباتيه سندونو تر تيبيدي شي.

(۲) مرهونه په رهنې توافقيک کي په مشخصه توگه توضيح کيږي او کيدای شي هغه ډول ډول منقول مالونه چي په راتلونکي کي د رهن ورکونکي په واسطه تحصيليږي په کي شامل شي.

(۳) د دين اندازه او د ورکړي نيټه يې په رهنې توافقيک کي په څرگنده توگه مشخصيږي.¹

د قانون په پورتنۍ ماده کي رهنې توافق ليک معرفي او کوم څه چي بايد په هغه کي شامل وي لکه د توافق ليک واضح والی، په کومو مالونو کي ترسره کيدای شي، د چاسره منځ ته راتلی شي، د دين د اندازي تعين او د ورکړي نيټه په کي بيان شوي وي.

رهنې توافق ليک چي د دين د تامين له پاره منځ ته راځي، په بانکي معاملو کي د منقولو مالونو د رهن قانون د حکم مطابق، د يو لړ شرطونو د پوره کيدو څخه وروسته بشپړ کيږي، چي د هغې اړوند نوموړی قانون داسي حکم کوي:

¹ د عدلي وزارت، په بانکي معاملو کي د منقولو مالونو د رهن قانون، پر له پسي گڼه (۹۹۰) نيټه ۱۳۸۸/۵/۱۵ هـ.ش، کابل، دولتي مطبعه، ۸ ماده.

» (۱) رهن هغه وخت بشپړيږي چې د دې قانون په (۷) ماده کې د درج شوي حکم مطابق، پر مرهونه باندې د رهن حق انشاء او يو له لاندې مواردو څخه په هغې کې پلي شوی وي:

- 1- د دې قانون د حکمونو مطابق د رهن د حق ثبتدل.
 - 2- له توافق لیک سره سم د رهن اخیستونکي يا د هغه د استازي په واسطه (له رهن اخیستونکي پرته) د مرهوني حيازت.
 - 3- د دې قانون د حکمونو له صراحت سره سم د رهن د حق بشپړيدل.
- (۲) که چیرې د دغې مادې د (۱) فقرې د مندرجو مواردو سره سم ترتیب شوی وي او له منقضي کیدو پرته یې تکمیل د دغې مادې د (۱) فقرې د نورو لارو په واسطه مجدداً تکمیل شي، نوموړی رهن په دایمي توګه بشپړ ګڼل کیږي.
- (۳) که چیرې رهن د داسې مال په هکله انشاء شي چې د مستودع په واک کې وي، په دې صورت کې مستودع مکلف دی، د مالکیت سند د رهن اخیستونکي په نوم صادر یا له رهن اخیستونکي څخه په استازیتوب د مال په ساتلو موافقه وکړي.
- (۴) پر مرهونه مال باندې د حبس حق هغه وخت تکمیلېږي، چې په دغه قانون کې له درج شوو حکمونو سره سم ثبت شي.»
- او د ثبت اړوند نوموړی قانون داسې حکم کوي:
- » (۱) د ثبت دفتر د افغانستان بانک له خوا تاسیس کیږي.
- (۲) د ثبت دفتر د الکترونيکي ثبت د رهن حق د خبرتیاوو، د حبس حق او د خبرتیاوو د پلټنې امکان برابروي. الکترونيکي ثبتونې، چې د ثبت په دفتر کې شتون ولري معتبرې ګڼل کیږي.»¹
- د قانون په پورتنیو مادو کې، د منقولو مالونو د رهن موارد بیان شوي چې مهم ټکي په کې د رهن د حق پوره کیدل او د هغه دفتر د جوړیدو په هکله چې د افغانستان بانک له خوا تاسیسېږي او په نوموړي دفتر کې د کاغذي سیستم څخه پرته په الکترونيکي ډول هم رهنې توافق لیکونه ثبتېږي، بیان شوي دي.
- د یادونې وړ ده چې په تجارتي ساحه کې یواځې په منقولو مالونو کې رهن صورت نه مومي، بلکه بانکونه په غیر منقولو مالونو کې هم د رهن له لارې مالي تضمین اخلي او د نوموړی رهن اړوند په بانکي معاملو کې د غیر منقولو مالونو د رهن قانون، داسې حکم کوي:

¹ مخکینی قانون، ۱۲ او ۴۴ ماده.

- «... ۱۳ د رهن سند (تضمين خط) هغه ليکلی سند دی چې د مرهوني مشخصات، د رهن شرايط او د رهن د عقد د اړخونو و جايب توضيح کوي او د رهن ورکونکي او رهن اخيستونکي له خوا لاسليک کيږي.»
- او په غير منقولو مالونو کې د رهن حق اړوند نوموړی قانون داسې حکم کوي: «(۱) د رهن حق پر غير منقولو مالونو باندې د دين د ټول يا يوې برخې د تضمين له پاره انشاء او ورڅخه گټه اخستل کيدی شي...»
- اوپه نوموړي قانون کې د رهن سند د منځ ته راتلو له پاره يو څه شرطونه ايښودل شوي او په دې هکله داسې حکم کوي:
- «(۱) د رهن سند تر دغو شرايطو لاندې انشاء کيږي:
- 1- د اړخونو په واسطه د مرهوني په هکله د لازمو څرگندونو لرونکي، د رهن د حق د ليکلي سند لاسليک کول.
 - 2- رهن اخيستونکي ته د رهن ورکونکي په واسطه، د مرهوني د مالکيت د منلو وړ سندونو وړاندې کول.
 - 3- د دين په مقابله کې د درج شوو حکمونو د اجراء په اړه د اړخونو ژمنه.
 - 4- په اړونده اداره کې د رهن ثبتيدل.»¹
- د قانون په پورتنیو مادو کې، د غير منقولو مالونو اړوند د رهن تعريف او په نوموړو مالونو کې د رهن منځ ته راتلل بيان شوي دي، د نوموړي قانون د احکامو مطابق، د رهن د منځ ته راتلو له پاره د هغه رهن سند امضاءکول چې

¹ د عدلي وزارت، په بانکي معاملو کې د غير منقولو مالونو د رهن قانون، پر له پسې گڼه (۹۹۰) نيټه ۱۳۸۸/۵/۱۵ کابل، دولتي مطبعه، ۳-۴ او ۵ ماده.

امدادالله پاکنهاد غیائی

تدابیر امنیتی اقتصادی و اجتماعی جرم از منظر قوانین جزائی افغانستان (قسمت اخیر)

فهرست:

5.	عوامل اقتصادی جرایم در افغانستان.....	91
1-5	عوامل اقتصادی.....	91
5-1-1	بیکاری.....	93
5-1-2	نابرابری.....	94
95	پیشنهادهات:.....	95
95	نتیجه گیری.....	95

5. عوامل اقتصادی جرایم در افغانستان 1-5 عوامل اقتصادی

در حالی که روز اول ماه می یعنی روز جهانی کارگر در اکثر نقاط جهان کم و بیش تجلیل میگردد. ولی چالش عمده فراروی کارگر علاوه بر کاهش نیافتن ساعات کار، ناعادلانه بودن شرایط و مزد کارگر، بیکاری بعنوان یک چالش عمده است. بیکاری به عنوان یک بیماری ساری، دامنگیر تمامی اقتصادها با عوامل و میزان متفاوتی است. یعنی موجودیت بیکاری در جوامع انسانی علاوه بر یک مشکل اقتصادی که منجر به پیدایش مباحث جرم و جنایت بعنوان یکی از موضوعات میان رشته ای در علم اقتصاد شده است. میشود بعنوان یک معضل جدی اجتماعی در ابعاد گسترده اش تعریف شود. این نوشته میخواهد پس از بیان مفهومی مسئله به رابطه ی معنی داری بین بیکاری و جرایم تاکید ورزد؛ مشکلی که در شرایط کنونی با در نظر داشت فضای آلوده سیاسی کشور بعنوان یک مشکل بالقوه تبدیل به بحران دیگر خواهد شد. (فرملی 1393، 27)

در سال (۱۹۶۸) گری بکر (Gary becker) در مقاله‌ی معروفش تحت عنوان (اقتصاد جرم و مجازات یک رهیافت اقتصادی) به مقوله جرم پرداخت. افرادی چون استیگلر و ارلیک تلاش‌های مشابه به خرج دادند تا بالاخره در سال‌های (۱۹۷۰) مباحث اقتصاد جرم بطور جدی وارد علم اقتصاد شد، تا بتوان از جنبه‌ی اقتصادی، فعالیت‌های مجرمانه را تجزیه و تحلیل کرد. الگوی اقتصاد جرم (Economic of crime) بر این فرض استوار است که اگر مطلوبیت انتظاری (Expected Utility) یک فرد از مطلوبیتی که میتواند با استفاده از منابع‌اش در دیگر فعالیت‌ها به دست آورد بیشتر باشد، آنگاه با احتمال زیادی این فرد مرتکب جرم خواهد شد. بعنوان مثال: یک نمودار منحنی امکانات تولید یک فرد یا یک گروه را در مقابل مطلوبیت حاصل از مصرف‌شان تصور کنید، حالا بنابر دلایل متعددی مانند بیکاری، تورم، فقر درآمدی و مانند آنها دسترسی به منحنی‌های بی‌تفاوتی بالاتر برای فرد یا گروه به تدریج کاهش می‌یابد.

این فرد یا گروه با قرار گرفتن روی منحنی امکانات پایین‌تر قادر به تامین نیازهای خویش نمیشود، به این ترتیب فرد یا گروه برای دسترسی به منحنی امکانات بالاتر برای تامین نیازها، احتمال اینکه دست به فعالیت‌های مجرمانه بزند افزایش می‌یابد. به زبان ساده اگر معاش ماهوار یک مامور دولت افغانستان کفاف مصارف‌اش را نکند، احتمال اینکه دست به رشوه بزند خارج از تصور نیست یا هم فساد اداری در دوایر دولتی نمونه‌های بارز از جرم یا سیاه کردن اقتصاد است. یعنی نظریه‌ی اقتصاد جرم فرض میکند که افراد زمانی وارد فعالیت‌های مجرمانه میشوند که هزینه‌ای ورود نسبت به منافع به‌دست آمده کمتر باشد.

فقر از عوامل اقتصادی مهم در تعیین جرم و جنایت میباشد. بین فقر و جرم ارتباط مستقیم وجود دارد که با افزایش فقر جرایم افزایش می‌یابد. عامل دیگر بیکاری ناشی از شهرنشینی است. که ناشی میشود از تمرکز یا انکشاف نامتوازن، البته این بیماری در اکثر کشورهای در حال توسعه به میزان متفاوتی وجود دارد، چون مازاد نیروی کار در مناطق روستایی منجر به مهاجرت‌های شهری میشود که در اطراف شهرهای بزرگ باعث به وجود آمدن مناطق حاشیه نشین شده این امر سبب انواع بیکاری میگردد. اما در افغانستان این معضله علاوه بر مشکل مرکزگرایی یا انکشاف نامتوازن، بدلیل ناکارایی یا نبود طرح‌های اقتصادی دولت انبوهی از جمعیت به مرکز یا کابل متراکم شده، علت آنهم کاملاً روشن است. اندک سهولت‌های که در اثر کمک‌های جهانی فراهم شده تنها در کابل است مثلاً: دانشگاه‌ها، مراکز ایجاد فرصت‌های شغلی و از

این قبیل. البته دلایل معقول سیاسی برای آنانی که در پایتخت جمع شده‌اند وجود دارد که اینجا به آن پرداخته نخواهد شد. رویکرد اقتصاد دانان به جرم و جنایت از دریچه ی هزینه فایده است؛ به همین دلیل انسان هنگامی مرتکب جرم میشود که منافع آن از هزینه‌اش بیشتر باشد. (فرملی 1393، 27)

1-1-5 بیکاری

بیکاری مهمترین متغیر اقتصادی اثر گذار بر درآمد قانونی افراد جامعه است. از عوامل اصلی و تاثیر گذار بر جرایم است و در واقع بیکاری هزینه فرصت انجام اعمال خلاف قانون را کاهش میدهد و به همین جهت انتظار می‌رود که افزایش اشتغال (کاهش بیکاری) با کاهش شکاف بین درآمد قانونی قابل حصول و درآمد غیر قانونی در دسترس، منجر به کاهش میل ارتکاب به جرم در جامعه شود. علاوه بر این میتوان از اثر نبود یک سیاست کارای اشتغال‌زا بین امنیت و ثبات در افغانستان یک رابطه‌ی معنی دار خطی نیز ترسیم کرد؛ یعنی بسیاری از افراد وابسته به گروه‌های تروریستی و تبهکار بنا بر نبود درآمد مناسب معیشتی، به صفوف آنها پیوسته‌اند.

در جریان سیزده سالی که گذشت، بنا بر نبود یک زیر بنای اقتصادی، دولت نه تنها از کمک های جهانی به گونه ی موثر استفاده کرده نتوانست بل نابرابری در توزیع درآمد را به شکل بارز و بالفعل ایجاد کرد. نابرابری در توزیع درآمد از دید مطلوبیت، بر جرایم تاثیرگذار است.

بر اساس نظریه فشار رابرت مرتون، جامعه‌شناس، در صورتی که توزیع درآمد در جامعه نابرابر باشد، افرادی که از لحاظ اقتصادی در جایگاه پایینتری قرار دارند، نسبت به شرایط خود احساس نا رضایتی و ناتوانی دارند و از اینرو همواره تحت نوعی فشار روانی قرار داشته و بنابر این امکان بروز رفتارهای خشن توسط ایشان به عنوان نوعی تخلیه روانی وجود دارد. مورد دیگر، تورم است که نشان دهنده افزایش در شاخص قیم است. به بیان دیگر عامل کاهش درآمد افراد حقیقی جامعه نیز است، یعنی در صورت وجود تورم در ساختار اقتصادی، اگر درآمد رسمی افراد به همان میزان افزایش نیابد در واقع درآمد حقیقی افراد کاسته شده و از اینرو انتظار می‌رود که با میل ارتکاب به جرایم رابطه مثبتی داشته باشد در کشورهای مثل (افغانستان) علت عمده تورم عرضه اضافی یا چاپ بانکوت‌ها به میزان بیش از حجم تولید در کشور است. (فرملی 1393، 27)

یعنی نبود نهادهای قانونمند، آگاه و ناظر بر فعالیت‌های مالی حکومت و دولت و مستقل نبودن بانک مرکزی، یکی از راه‌های تامین منابع مالی مقامات

بالا، نشر پول است و این یعنی بهبود نیافتن روزگار افراد فقیر و متوسط جامعه.

2-1-5 نابرابری

همانطور که بیان شد در افغانستان عوامل که سبب بروز جرایم اقتصادی میشود علاوه بر بیکاری، نابرابری در توزیع درآمد و پدیده‌ای مهاجرت روز افزون، عدم پرداخت مزد کافی به مأمورین دولت است که باعث فساد اداری در ادارات دولتی میگردد. نبود امنیت، عدم ایجاد پروژه‌های اشتغال‌زا، عدم تطابق پروژه‌های انکشافی وزارت خانه‌ها، استفاده‌ی غیر موثر از کمک‌های جهانی و در کل نبود زیربنای دقیق و معیاری اقتصادی دولت از عوامل کلیدی در افزایش انواع بیکاری در افغانستان است. یعنی عدم پرداخت مزد کافی برای مأمورین دولت و ناعادلانه بودن رتب معاشات، سرقت منابع مالی در اثر موجودیت کتله‌ی عظیم بیکاری‌ها و مانند اینها از نشانه‌ای است که در سیاه کردن اقتصاد افغانستان نقش اساسی ایفا میکند.

با این حال از دولت جدید توقع میرود که با در نظر داشت تجربه‌ی شانزده ساله، با ایجاد موقعیت‌های شغلی بهتر، تاثیر منفی این متغیر بر جرایم و به خصوص جرایم علیه اموال را توقف دهد. با توجه به شرایط اقتصادی افغانستان و نوسانات زیاد متغیرهای اقتصادی به نظر میرسد که باید چگونگی ارتباط متغیرها با جرم و جنایت در کشور روشن شود.

سیاست گذار اقتصادی نیز باید به تبعات اجتماعی ناشی از یک هدف اقتصادی و تغییر میزان جرایم و تاثیر گذاری اقتصادی آن توجه داشته باشد. بنابراین توصیه میشود که نهادهای تصمیم گیرنده اقتصادی و حقوقی کشور با کار گروهی مشترک، به تبیین ارتباط متغیرهای کلان اقتصادی و جرایم بپردازند تا بتوان قبل از ارتکاب جرم، راه کاری پیدا کرد که جامعه هزینه کمتری را متحمل شود و همچنان اقتصاد جرم که باعث آسیب‌های اجتماعی میگردد و سرچشمه بسیاری از خطاکاری‌های اجتماعی را باید در اقتصاد جرم جستجو کرد. بعنوان مثال شبکه‌های قاچاق مواد مخدر که یکی از ارکان اصلی اقتصاد جرم محسوب میشود با راه‌اندازی باندهای توزیع مواد مخدر موجب اعتیاد بیشماری از آسیب پذیران اجتماعی شده و عناصر توزیع مواد مخدر علاوه بر مشتریان دایمی در تلاش برای جلب و ایجاد مصرف کنندگان تازه نیز است؛ علاوه از آسیب‌های اجتماعی، مالیاتی که از عناصر اصلی درآمد دولت است فربه شدن اقتصاد جرم در کشور میزان عواید دولت را به همان تناسب کاهش داده و در کل به منافع ملی ضرر وارد میکند و این چیزی است که دولت جدید باید به آن توجه کند. (فرملی 1393، 29).

پیشنهادهات:

- 1- برای اینکه در جامعه سطح جرمی تقلیل یابد باید جلوگیری را از طریق تدابیر امنیتی به گونه ای گرفت که قانون بدان پیش بینی کرده باشد و حقوق متهم در دفاع از خود نیز تامین گردد.
 - 2- مجرمین که به دفعات و کرات امنیت جامعه را مختل کرده اند باید تبعید شوند.
 - 3- والدین در قسمت تربیه سالم فرزندان شان وظیفه بگیرند تا حتی المقدور اطفال شان را شایسته و کار فهم بار آورند.
 - 4- توقع می رود که اجباراً تحصیل به صورت دقیق آن عملی گردد که این شیوه بهترین راه برای جلوگیری از ولگردی اطفال در کوچه و معابر بوده و از این طریق ممکن است آینده جامعه ما نسبت به سطح جرائم قناعت بخش باشد.
 - 5- در مورد اعلانات و تبلیغات تصاویر مستهجن در معابر که خلاف اخلاق و عفت است و مراعات حیا و ادب در آن وجود ندارد اقدام فوری لازم صورت گیرد.
 - 6- کوچه گردی و تگدی اطفال، نوجوانان، محاسن سفیدان جرم انگاری نشده و حتی تدابیری تأدیبی برای اینها در نظر گرفته نشده است تا اینها باعث اذیت عابرین، صاحبان منازل و مغازه ها نشوند و برای اینکه بتوان جلوگیری را و اعمال آنها را گرفت باید موارد پرورش تعلیم و تربیه سالم را برای شان به میان آورد.
- نتیجه گیری
- برای اینکه بتوان اهداف تامین جلوگیری از عوامل اقتصادی جرم را در جامعه مثل افغانستان پیاده کرد باید دانست که هدف جلوگیری از جرم در اجرای مجازات مطرح است به دلیل اینکه قاضی محکمه ذیصلاح با در نظر داشت عناصر متشکله جرمی که تحقیق نیافته، مجازاتی برای شخص مجرم تعیین میکند. تدابیر امنیتی مانند مجازات وقتی در مورد فردی مقرر میشود که جرمی را مرتکب شده باشد و یا اینکه تدابیر امنیتی در مورد شخص قابل اجرا نیست مگر اینکه با یک محاکمه قانونی، حقوق متهم در دفاع از خود تأمین شده باشد.
- اطفال مجرمی که کم و بیش قابل تربیت هستند باید اقدام تأمین در مورد ایشان به صورت تأدیب، تربیت و معاونت صورت گیرد. مرتکبین جرایم که در اثر زیاده روی در شرب الکل مرتکب جرم شده باشند، اجازه رفت و آمد در اماکن مخصوص، هتل و کافه ها داده نشود.

ضبط اشیای مضر و خطرناک از نگاه تدابیر امنیتی حقیقی یک امر ضروری تلقی شده و برای اینکه وسیله خطرناک جرم قرار نگیرد، باید از دسترس و استفاده اشخاص خارج ساخته شود. از آنجائیکه تدابیر اقتصادی و اجتماعی برای بهبود زندگی افراد و تأمین امنیت اجتماعی بهترین عامل مبارزه با جرم میباشد و این امر خالی از مفیدیت نخواهد بود تا یک سیاست اقتصادی خوب در جامعه اتخاذ شود. امید وارم در قوانین آینده کشور ما به این موضوع توجه جدی صورت بگیرد تا جلو جرایم و جنایات در کشور تا حدی گرفته شود. بناءً میتوان به این نتیجه رسید که:

- 1- دولت کوشش نماید نان ارزان برای همه فراهم شود.
 - 2- کوشش شود در حد توان قانونی تدریس گردد.
 - 3- سعی نماید تأمین مسکن با تمام لوازم آن برای کارگران فراهم شود تا افراد جامعه به درستی از مشکلات خانه رهایی یابند و از رفتن به میخانه‌ها و استقبال خطرات محافل در امن باشند.
- و همچنان تشکیل اتحادیه‌های حرفوی غرض نظارت و تعاون در امر تولید، وضع قانون بیمه اجتماعی کارگران جهت کمک و دستگیری کارگران از حوادث و ناخوشی‌های روزگار انجام شود.
- منابع و مأخذ
- 1- ابونوری، اسماعیل و دیگران. 1386. ارزیابی اثر ارزشی افزوده قرض-الحسنه بر توزیع درآمد، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال هفتم، شماره 28، ص 164-139.
 - 2- اقتداری، علی محمد. 1354. توسعه اقتصادی کشورهای در حال توسعه، تهران، اول.
 - 3- آگ برن، ونیم کف. 1354. زمینه جامعه شناسی، تهران، دوم.
 - 1- تولیائف، رس.ای. 1358. اقتصاد سیاسی کشور های رو به رشد، ترجمه سیروش ایزدی، نشر: شرکت سهامی کتابهای جیبی، تهران، سوم.
 - 2- تیموری، جواد. 1391. علل طلاق و راهکارهای پیشگیری از آن، تهران، نشر احسان، اول.
 - 3- جعفری، لنگرودی، محمدجعفر. 1377. ترمینولوژی حقوق، تهران، چاپ نهم.
 - 4- جلیل، امیدی. 1383. مقدمه بر تاریخ حقوق، تهران: نشر احسان.
 - 4- خراسانی، محمد مظلوم و دیگران. 1390. توسعه و نابرابری‌های اجتماعی، نشر: فصلنامه مطالعات جهان، شماره 2.

- 5- دانش، حفیظ الله. 1389. جزا شناسی، کابل - افغانستان، نشر مستقبل.
- 5- روسو، ژان ژاک. 1349. امیل یا آموزش و پرورش، ترجمه منوچهر کیا، تهران، نشر گنجینه، دوم.
- 6- رونالوس، المینگرت. 1368. کودک و مدرسه، ترجمه شکوه نوابی نژاد، تهران، اولو.
- 7- رهبر، فرهاد. 1386. بررسی آثار سیاست‌های مالی بر رشد اقتصادی و فقر طی دوره 1386-1363، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره 3.
- 8- سمیعی، جلیل. 1325. حقوق جزای عمومی، تهران، نشر مجلس تهران، ششم.
- 9- صانعی، پرویز. 1354. حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، نشر دانشگاه ملی ایران.
- 10- صانعی، پرویز. 1371. حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، نشر: گنج دانش، تهران، چاپ سوم.
- 11- علی آبادی، عبدالحسن. 1380. حقوق جنائی، ج 1، تهران.
- 12- فیروزی، عبدالودود. 1380. تدابیر جلوگیری از جرم و چگونگی بازتاب آن در قانون جزاء نافذه افغانستان، کابل، نشر، اکادمی علوم افغانستان، اول.
- 13- قاضی زاده، بریالی. 1394. مجله پولیس، سال دوم، شماره مسلسل 23، مزار شریف، نشر مطبعه دولتی.
- 14- الکسی، لفکفسکی. 1360. ساختار اجتماعی کشور های توسعه، ترجمه: بدیع تبریزی حیدر بابا، تهران، اول.
- 15- منیر، محمد اسد. 1345. در حقوق مقارن الممالک، نشر: دانش

تألیف: طیبه محمدی (پارسا)

معیارهای تعیین مجازات قتل عمد

فهرست:

98	مقدمه
98	رفتار تحریک آمیز مقتول
100	ابراء ورثه مقتول
103	جنسیت مقتول
106	شغل مقتول
107	منابع و مأخذ
	مقدمه

مجنی علیه رکن اصلی پروسه جزایی است. میزان صدمه ای که به مجنی علیه وارد می شود در تعیین نوع و میزان مجازات تأثیر اساسی دارد. نقش مجنی علیه هم در حقوق شکلی و هم در حقوق ماهوی مورد توجه است. در حقوق شکلی، این نقش در قالب لزوم شکایت وی برای به جریان افتادن دعوی عمومی و تأثیر گذشت وی در مقاطع مختلف پروسه مورد توجه قرار می گیرد. هر چند نقش گذشت وی در تخفیف میزان مجازات و تبدیل آن به نوعی دیگر از مباحث حقوق جزایی ماهوی است و حقوق جزایی شکلی فقط قالب اعمال آن را معین می کند ولی فرایند اعمال و بررسی میزان تأثیر آن معمولاً توسط قوانین شکلی بیان می شود. در حقوق جزایی ماهوی نیز می توان از نقش مجنی علیه در تعیین میزان مجازات توسط قانون گذار یاد کرد. این نقش در قالب سیاست جنایی تقنینی افتراقی و در قالب لزوم حمایت از افراد در معرض خطر، تجلی می یابد تشدید مجازات مرتکبان جرایم علیه اطفال و محجوران بر این مبناست. ذیلاً هر یک بررسی می گردد.¹

رفتار تحریک آمیز مقتول

در جرم شناسی به نقش مجنی علیه در پروسه تکوین جرم توجه می شود؛ زیرا ارتکاب جرم از عوامل متعددی تأثیر می پذیرد که موقعیت یا رفتار و گفتار تحریک آمیز مجنی علیه می تواند از جمله ی آن ها به شمار آید. توجه به سهم

¹. رحمدل، منصور، تناسب جرم و مجازات، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت) مرکز تحقیق و توسعه ی علوم انسانی، 1389، ص 25.

مجنی علیه در مرحله وقوع جرم در تحلیل های جرم شناسانه، برای نخستین بار از سوی هانس فون هنتیگر در دهه 1950 میلادی و با انتشار جانی و قربانی او صورت پذیرفت. از آن زمان به بعد در عرصه های علت شناسی جنایی، پیشگیری از ارتکاب جرم و تعیین پاسخ برای مجرمین، توجه به ویژگی های مجنی علیه، چگونگی تعامل وی با جانی و ... به رسمیت شناخته شد. به این ترتیب، مجنی علیه به عنوان عاملی که می تواند در وقوع جرم نقش آفرین باشد، محور مطالعات جرم شناسان قرار گرفت و در این راستا نظریه ی شتاب دهنده از سوی فون هنتیگر و بنیامین مندلسون مطرح شد. بدین سان، برای نخستین بار و به صورت انسجام یافته به شناسایی نقش مجنی علیه در پروسه شکل گیری و ارتکاب پدیده ی مجرمانه اشاره گردید تا به این واسطه، علت شناسی جنایی تکامل یافته تر گردد و در نتیجه، پروسه پاسخ دهی به مجرم با واقعیت های مربوط به ارتکاب جرم و کنشگران آن همراه شود.

بر پایه ی نظریه شتاب دهنده، موقعیت و ماهیت رفتار مجنی علیه، در پروسه ارتکاب جرم تأثیر گذارند؛ زیرا موقعیت، سبک و شیوه ی زندگی شهروندان می تواند در انگیزه مند شدن مجرمین احتمالی برای گرایش به ارتکاب جرم نقشی مؤثر ایفا کند. به هر رو، در این بستر فکری - جرم شناسی، مجرم در جریان محاسباتش، شرایط و وضعیت مجنی علیه را لحاظ کرده و در صورت مناسب بودن شرایط، کم هزینه و آسان بودن ارتکاب جرم، انجام این رفتار را بر می گزیند. به این ترتیب، این مؤلفه ها در شتاب دادن به جریان تکوین ارتکاب جرم سهیم بوده و مجنی علیه را به یک عامل سرعت دهنده در این پروسه تبدیل می کند.

با وجود این، به نوع رفتار مجنی علیه به عنوان یکی از شاخصه های این طبقه بندی توجه شد و « مجنی علیه ی تحریک کننده» در گونه شناسی مجنی علیه گنجانده شد. این مجنی علیه عمدتاً با رفتار و کردار خود، مجرمان احتمالی (بالقوه) را به ارتکاب جرمی ترغیب می نمایند. پیش بینی این مؤلفه گویای معیار ذهنی است که در پهنه جرم شناسی بالینی به عنوان یک ملاک برای ارزیابی حالت خطرناک مجرم به شمار می رود؛ زیرا بر اساس این ملاک، ارتکاب جرم از سوی آن دسته از شهروندان که به واسطه ی تحریک مجنی علیه به آن مبادرت ورزیده اند، نشان دهنده ی درجه ی خطرناک آن هاست.

به این ترتیب، در پهنه ی جرم شناسی نظری، رفتار مجنی علیه به عنوان یکی از واکنش های اجتماعی که بر جریان فعلیت یافتن اندیشه ی مجرمانه تأثیر می گذارد، مورد توجه سیاست گذاران جنایی قرار گرفته است، چنان که به اتخاذ

راهبرد افتراقی سازی تدابیر عدالت جزایی برای برخورد با مجنی علیهم مقصر، نسبت به مجنی علیهم بدون تقصیر منجر شده است. مطابق بند 2 فقره 2 ماده 213 کود جزای افغانستان ارتکاب آنی جرم از اثر هیجان قوی روحی که زاده عمل غیر قانونی و تحریک آمیز مجنی علیه یا شخص ثالث باشد در شمار جهات تخفیف دهنده ی جزاء قرار گرفته است. قانون گذار در چارچوب بند مذکور آموزه های مجنی علیه شناسی علت شناسانه را به رسمیت شناخت و به آن کارکرد ارفاقی - جزایی داد؛ زیرا به باور وی، رفتار و گفتار تحریک آمیز مجنی علیه در واقع، از مصادیق بارز موقعیت های پیش جنایی است و فرصت مساعدی را برای مرتکب مهیا می سازد. به این ترتیب، این دسته از مجنی علیهم با پیش بینی امکان تخفیف برای مرتکبان جرم، کمتر مورد حمایت قرار می گیرند؛ چون آنان به واسطه ی رفتار و گفتار تحریک آمیز خود اسباب برانگیختگی مجرمین و در واقع متضرر شدن خود را فراهم آورده اند.

به این ترتیب، قضات این اختیار را پیدا کرده اند که نسبت به مرتکبان جرایم که تحت تأثیر تحریک های مجنی علیه به انجام جرم مبادرت می ورزند، سازوکار تخفیف جزا را به کار گیرند؛ زیرا نقش شتاب دهنده ی مجنی علیه و اتخاذ رفتار ناشایست وی به سرزنش پذیری او و اینکه نیازی به حمایت همه جانبه ی عدالت جزایی از این دسته نیست، می انجامد.

در واقع، این شهروندان با انجام رفتارها و گفتارهای تحریک آمیز به استقبال خطر متضرر شدن رفته و در نتیجه، انصاف و اصل متناسب سازی پاسخ های عدالت جزایی با شخصیت مجرم و وضعیت مجنی علیه اقتضا می کند که مجرمین این نوع مجنی علیهم مشمول تدابیر ارفاق آمیز شوند.¹

ابراء ورثه مقتول

(توجه به نظرات و خواسته های مجنی علیه در تخفیف مجازات)
مجنی علیه تمایل دارد درباره هر گونه ارفاقی نسبت به جانی به نظرانش اهمیت داده شود. تحولات مهمی در این راستا در حقوق جزایی به عمل آمده است. در گذشته، تخفیف مجازات، بیشتر مجرم محور بود و صرفاً با توجه به شخصیت و موقعیت مرتکب اعمال می شد، ولی، با ارتقای جایگاه مجنی علیه در پروسه

¹. نیازپور، امیر حسن، بررسی جرم شناسانه ی ماده ی 38 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392، آموزه های حقوق کیفری، بهار و تابستان 1393، شماره 7، ص 13 الی 16.

عدالت جزایی، اکنون یکی از جهات تخفیف، توجه به نظرات مجنی علیه یا رفتار جانی نسبت به وی می باشد.¹ طبق فقره 5 و 6 بند دوم ماده ی 213 کود جزای افغانستان از جهات موثر در تخفیف مجازات، «کوشش مرتکب برای جلوگیری از عواقب جرم انجام یافته» و «جبران داوطلبانه خساره وارده یا رفع ضرر ناشی از جرم» می باشند. بند 2 ماده 213 کود جزای افغانستان ناظر به این مرحله است. طبق فقره 10 فقره مذکور: «ابرای مجنی علیه» از جهات موثر در تخفیف مجازات جرایم است.

ابراء یا گذشت، در اصطلاح به حالتی اطلاق می شود که شخص محق برای ادامه دعوی و رسیدگی جزایی از حق شخصی خود برای ادامه دعوی انصراف می کند، به عبارت دیگر گذشت، عمل حقوقی یک طرفه شخص شاکی است که از جانب خود و یا به نمایندگی، از دعوی خارج شود.² هرچند در ماده مذکور ابرای مجنی علیه از جهات تخفیف مجازات در نظر گرفته شده است، ولی میزان تخفیف یا تبدیل جزا طبق احکام قانون و نظر قاضی تعیین می گردد و در این خصوص هیچ مشورتی با مجنی علیه صورت نمی گیرد.³

برخی معتقدند درجه صمیمیت و پیوند میان مرتکبان و قربانیان آن ها، به طور سنتی، متغیری توصیفی در تعیین نتایج قضایی و تصمیم های عدالت جزایی در دعاوی مربوط به انواع جرائم خشونت بار تلقی و تصور شده است. یافته های مطالعاتی دانشمندان جرم شناسی نشان داده است نوعا پاسخ هیئت اجتماع، به طور کلی و مراجع عدالت کیفری و دادگاه ها، به طور خاص به ارتکاب جرائم خشونت آمیز میان اشخاصی که روابط نزدیک دارند، به ویژه در روابط زوجین خفیف تر از پاسخ به ارتکاب این جرائم بین اشخاصی است که روابط دورتری با هم دارند. محققان حوزه ی عدالت جزایی نیز بر این باورند که جرائم خشونت بار ارتكابی توسط بیگانه ها در مقایسه با جرائم نزدیکان بیشتر به عدم تسامح منجر می شوند. به تعبیر آن ها این دیدگاه چنان شایع است که به منطق عمومی در حقوق جزا تبدیل شده است.

¹. شیری، عباس، حق بزه دیده در تعیین کیفر و نحوه اجرای آن، دیدگاه های حقوق قضایی، بهار 1397، شماره 81، ص 81 الی 104.

². آشوری، محمد؛ فتحی، محمد جواد، ارزیابی قواعد ناظر به کیفیات مخففه در حقوق ایران، مطالعات حقوق خصوصی، تابستان 1388، سال سی و نهم، شماره 2، ص 6.

³. شیری، عباس، حق بزه دیده در تعیین کیفر و نحوه اجرای آن، دیدگاه های حقوق قضایی، بهار 1397، شماره 81، ص 92.

به نظر می رسد به علت ساختار روابط ساده و صمیمانه ، یا علایق موجود در این روابط ، جرائم خشونت آمیزی که در چارچوب این روابط واقع می شوند، نیز با اغماض ، یا برخورد ساده ی طرفین ، حتی دستگاه عدالت جزایی مواجه می شود.

به طور کلی ، می توان گفت ساختار روابط افراد و میزان صمیمیت میان آنان ، عاملی است که به حل و فصل غیر رسمی و مسالمت آمیز جرائم خشونت آمیز منجر می شود. در موارد اندکی که مجنی علیه به دستگاه عدالت جزایی مراجعه می کند، پاسخ های عدالت جزایی معمولاً ترمیمی، و در نهایت، تحمیل مجازات تخفیف یافته است.

نوع پیوند و رابطه ی میان مرتکب جرم و مجنی علیه تأثیری بر وقوع گذشت در مراحل ابتدایی دعوا نمی گذارد، اما آخرین مرحله میزان گذشت و سازش در برخی دسته ها بیشتر از درخواست مجازات می شود. مطالعه ی کیفی دلایل این امر را این طور می داند که پیوند های قوی میان طرفین و وساطت دوستان مشترک آنان ، باعث جلوگیری از تحمیل مجازات بر مرتکب می شود، در حالی که فقط رقابت ها و تلاش برای اخذ امتیازات و منافع مختلف زن و شوهر ها را وادار به گذشت و سازش می کند. پس از گروه دوستان و زوجین ، بیگانه ها در مقایسه با سایر گروه ها به میزان بیشتری از سازش دست می یابند که یافته های کیفی ، علت آن را نبود اختلاف های سابق منتهی به دعوا در این دسته می داند. در حالی که در سایر دسته ها علت اولیه ی وقوع ضرب و جرح اختلافات و دعاوی سابق بوده است که دعوا ضرب و جرح آن را شدیدتر نیز کرده است.

نکته ی در خور توجه این است که در مواردی که رابطه ی طرفین بتواند در اتخاذ تصمیم های متناسب برای ترمیم، پیشگیری و بازدارندگی تأثیر گذار باشد، نقش این عوامل مهم و مثبت است. بافت فرهنگی و اجتماعی خاص یک جامعه بر شدت و ضعف توجه به این عوامل و تأثیر مثبت و منفی آن نقش دارد و تصمیم های کنش گران جزایی را شدیداً کنترل می کند.¹

می توان گفت محاکم در مورد تخفیف مجازات قتل عمد به کمتر از حداقل ، چنانچه ماده 214 کود جزا صراحت دارد، گاه خود را ملزم ندانسته ؛ در موارد تخفیف مجازات نیز همچنان محاکم در مورد میزان تأثیر ابراء در تخفیف

¹ . فرجیها، محمد؛ امینی، محبوبه ؛ تأثیر رابطه ی مرتکب و بزه دیده بر گذشت و سازش در پرونده های ضرب و جرح ، حقوق، حقوق جزا و سیاست جنایی؛ بهار و تابستان 1395، شماره 3 ؛ ص 76 الی 79 و ص 94.

مجازات قتل عمد از رویه واحدی پیروی ننموده ، عدم وجود ضوابط در مورد میزان تأثیر ابراء در تخفیف مجازات و شرط بودن ابراء کل ورثه یا ورثه بالغ و رشید ، منجر به صدور آرای مختلف و تشتت آرا گردیده است. پیش بینی میزان تأثیر ابراء در میزان مجازات در رهنمودهای تعیین مجازات می تواند وحدت رویه قضایی در خصوص تأثیر ابراء در میزان مجازات را به ارمغان بیاورد.

جنسیت مقتول

استعداد یا پیش زمینه ی ضرر دیدگی زنان را می توان هم درون خانه و هم بیرون از آن بررسی کرد. در بیرون از خانه به دلیل خصوصیت های خاص زیست شناختی که آن ها را هدف های مناسبی برای مجرمین بالقوه قرار می دهد و ممکن است در معرض تعرضات جسمی و جنسی قرار بگیرند و درون خانه به دلیل بالا بودن « رقم سیاه مجرمیت» در خشونت های خانوادگی، آسیب پذیری زنان افزایش می یابد . منظور از رقم سیاه میزان واقعی جرایم علیه زنان در مقایسه با تخلفات قانونی و جرایم اعلام شده است.

در این میان زنان به دلیل وضعیت خاص زیست شناختی و اجتماعی پیش زمینه و استعداد قبلی برای ضرر دیدگی را دارند و بر اساس یافته های جرم شناختی، مجرمین بالقوه قربانیان خود را اغلب از میان افرادی انتخاب می کنند که ارتکاب جرم بر روی آن ها خطر و هزینه ی بالایی نداشته باشد؛ بنابراین زنان به منزله ی افراد بالقوه آسیب پذیرتر از مردان آماج مطلوبی برای آن ها به شمار می روند.

مجمع عمومی سازمان ملل در 17 دسامبر 1999 در هشتاد و سومین جلسه ی عمومی دوره ی پنجاه و چهارم و بر اساس گزارش کمیته ی سوم اجرایی و با توافق نمایندگان 79 کشور عضو، قطع نامه ی تعیین روز 25 نوامبر با عنوان « روز جهانی حذف خشونت علیه زنان » را تصویب کرد.

این قطع نامه بنابر پیش نویسی که دو ماه پیش از آن نماینده ی دومینیکن از سوی نمایندگان 74 کشور به کمیته ی سوم اجرایی مجمع عمومی پیشنهاد داده بود صادر شد. بر اساس مفاد پیش نویس مزبور ، که عنوان « روز جهانی حذف خشونت علیه زنان» را بر خود داشت، مجمع عمومی همه ی سازمان ها و نهاد های بین المللی ذی ربط را به سازمان دهی فعالیت هایی گسترده در طرح مسئله خشونت علیه زنان در آن روز دعوت می کند. پیش نویس خاطر نشان می کند که اعمال خشونت های مزمن علیه زنان فرصت هایی را که آنان برای به دست آوردن برابری های حقوقی، اجتماعی ، سیاسی و اقتصادی در

جامعه دارند نابود می کند. این پیش نویس هم چنین از مجمع می خواهد که بر مفهوم عبارت خشونت علیه زنان مجدداً تأکید کند.

خشونت علیه زنان به هر گونه خشونت بر اساس جنسیت اطلاق می شود که نتیجه یا پیامد احتمالی اش صدمه یا آزار فیزیکی، جنسی، یا روانی باشد، صرف نظر از این که در محیط های عمومی یا در زندگی خصوصی رخ دهد. چنین رفتاری ممکن است با تهدید یا اجبار یا سلب مطلق اختیار و آزادی انجام شود و در جمع یا خفا رخ دهد.¹

نظر به رویه قضایی محاکم افغانستان در صورتی که مقتول زن باشد دوسیه در محکمه اختصاصی منع خشونت علیه زنان رسیدگی گردیده، از این لحاظ که محکمه مذکور حکم خویش را مطابق کود جزای افغانستان صادر می نماید به نظر می رسد جنسیت مجنی علیه سبب تشدید مجازات نباشد. اما از اینکه طبق ماده 42 قانون منع خشونت علیه زنان مجازات محکومین جرایم خشونت تعلیق، عفو و یا تخفیف شده نمی تواند و بنابراین ابرای مجنی علیه قبل از فوت و یا ابرای ورثه تأثیری بر میزان مجازات نداشته می توان گفت زن بودن مجنی علیه سبب تشدید مجازات قتل عمد می گردد.

بنابراین می توان گفت در نقطه ی مقابل مجرمیت کاری، در آسیب دیدگی به جنسیت توجه ویژه ای شده است؛ به طوری که قانون گذار برای حمایت از آسیب دیدگان جنسیت را در نظر گرفته است. بنابراین به نظر می رسد زن بودن مجنی علیه از معیارهایی است که در افغانستان تأثیر افزایشی در تعیین مجازات متهم داشته است. جامعه ی افغانستان در قبال متهمانی که قربانیانشان را از میان زنان انتخاب می کنند احساس انزجار بیشتری کرده و خواستار اعمال شدت بیش تری در مجازات این افراد است. این احساس ناشی از دو عامل مهم است: 1. آسیب پذیری بیش تر زنان و 2. احساسات و تعصبات مذهبی خاص که در جامعه ی افغانستان وجود دارد و هم چنین لزوم رعایت حریمی خاص در روابط با زنان.

درباره ی عامل نخست می توان چنین اظهار نظر کرد که زنان عموماً به لحاظ جسمی از مردان ضعیف ترند و غلبه ی جسمی بر آنان ساده تر است و همین آسیب پذیری باعث شده است که جامعه خواستار حمایت بیش تر از آنان و

¹. کریمی، مهدی، پژوهش میدانی تأثیر جنسیت زن در تعیین مجازات کیفری؛ مطالعه ی موردی دادگاه های کیفری مشهد 1392؛ پژوهش نامه زنان، تابستان 1392، سال هفتم، شماره 2، ص 114 الی 115.

مجازات شدید تر مجرمانی باشد که با سوء استفاده از این ضعف جسمی قربانیانشان را از میان زنان بر می گزینند.

هم چنین احساسات و تعصبات مذهبی به زنان و لزوم رعایت حریمی خاص در روابط با آن ها ، که در جامعه وجود دارد، از دیگر عواملی است که وجدان جامعه را در برابر جرایمی که در آن مجنی علیه زن است بیش تر تحریک می کند. در واقع مفاهیمی مانند « محرم و نامحرم » و یا « ناموس » مطرح است که عمیقاً در لایه های فکری و اعتقادی افراد جامعه نفوذ کرده است و باعث می شود افراد جامعه به رعایت حریم خاص در روابط با زنان پای بند باشند. این حریم با تعصبات قومی نیز ارتباط تنگاتنگی دارد و گاه از حدود شرعی نیز فراتر می رود و مانع ارتباط زن و مرد حتی در چهارچوب مجاز شرعی می شود.

وجود چنین حریمی در روابط زن و مرد باعث می شود که جامعه صرف نظر از ضعف جسمانی زنان، عبور یک مرد از این حریم را نپذیرد و متهم را از این بابت نیز مستحق تشدید مجازات بدانند. به بیان دیگر، صرف زیر پا گذاشتن این حریم باعث تحریک احساسات عمومی علیه متهم در جامعه می شود. بنابراین انگیزه ی حمایت حمایت جدی تر قانون گذار از بانوان را باید در خصوصیات جسمی و روانی و آسیب پذیر بودن آنها در مقایسه با مردان جست و جو کرد.

آسیب پذیری زنان ، که بیش از هر چیز در زیان دیدگی آنان نقش دارد ، زنان را شایسته ی حمایت های ویژه ای قرار می دهد. پیش گیری از زیان دیدگی دوباره ی زنان، به ویژه زیان دیدگی قضایی در جریان دادرسی های جزایی ، ایجاب می کند که از زنان در مقام مجنی علیه حمایت های مناسب شود.¹ گرچه کیفیات مخففه اعم از قانونی و قضایی ، یکی از راه کارهای موثر در جهت استقرار اصل فردی کردن مجازات ها و تشویق مجرمین به انصراف از ادامه ارتکاب ، و تلاش برای جلوگیری از اشاعه آثار زیان بار جرم می باشد² ماده 42 قانون منع خشونت علیه زن که چنین صراحت دارد: « مجازات محکومین جرایم خشونت، تعلیق، عفو یا تخفیف شده نمی تواند» مانعی است در جهت فردی کردن مجازات که توصیه ای علمی است. و با توجه به اینکه تمام

¹ کریمی ، مهدی، پژوهش میدانی تأثیر جنسیت زن در تعیین مجازات کیفری؛ مطالعه ی موردی دادگاه های کیفری مشهد 1392؛ پژوهش نامه زنان، تابستان 1392، سال هفتم ، شماره 2، ص 115 الی 118.

² آشوری ، محمد؛ فتحی، محمد جواد، ارزیابی قواعد ناظر به کیفیات مخففه در حقوق ایران، مطالعات حقوق خصوصی، تابستان 1388، سال سی و نهم، شماره 2، ص 1.

قضایای قتلی که در آن مجنی علیه زن باشد در محکمه رسیدگی به جرایم خشونت علیه زن و طبق قانون منع خشونت علیه زن رسیدگی می گردد می توان گفت در صورتی که مقتول زن باشد، قضات از اعمال تخفیف در صورت احراز حالت مخففه (حتی ابراء) و یا جهت فردی ساختن جزاء منع گردیده اند. گرچه در پاسخ پرسش شماره 26 بخش جزایی سمینار رؤسای محاکم سال 1390 چنین تحریر گردیده که به اساس تصویب شورای عالی ستره محکمه ماده فوق الذکر در مخالفت با قانون اساسی قرار داشته و استفاده از رأفت قضایی مانعی ندارد. اما همین پرسش و استهداء نشان می دهد که استفاده از رأفت قضایی در قضایای خشونت با تردیدهایی مواجه می باشد.

شغل مقتول

طبق فقره 4 بنده 1 ماده 547 کود جزا: «در حالتی که مقتول موظف خدمات عامه بوده و قتل در اثنای اجرای خدمت یا در ارتباط به آن صورت گرفته باشد»، قتل عمد مشدده محسوب گردیده، مرتکب به اعدام یا حبس دوام درجه 1 محکوم می گردد.

اولین استدلال برای تشدید در چنین حالتی این است که چنین افرادی به خاطر شغل شان خود را در معرض آسیب بیشتری قرار می دهند و کسی که از این وضعیت بهره برداری می کند مرتکب جرم بدتری شده است اما استدلال دیگر آن است که این تشدید ناشی از نیاز جامعه به تعهد مردم نسبت به پولیس و سایر مقامات عمومی است. کسی که آگاهانه به یک مأمور حمله می کند به نماینده جامعه حمله کرده است پس مجرمیت بالاتری خواهد داشت.¹ فقره 4 ماده 547 کود جزای افغانستان حالتی که مقتول موظف خدمات عامه بوده قتل در اثنای اجرای خدمت یا در ارتباط به آن صورت گرفته باشد را جزء حالات مشدده خصوصی جرم قتل دانسته است.

مطابق فقره 4 بند 1 ماده 547: «در حالتی که مقتول موظف خدمات عامه بوده و قتل در اثنای اجرای خدمت یا در ارتباط به آن صورت گرفته باشد، مرتکب به اعدام یا حبس دوام درجه 1 محکوم می گردد.» علت این که قانون گذار در مورد چنین کسی مجازات شدید تر پیش بینی نموده، این است که مأمورین دولتی و کارمندان دولت در حین انجام وظایف رسمی مورد حمایت قانون قرار گرفته و با پیش بینی تدابیر بسیار سخت در حقیقت قانون گذار خواسته است تا

¹ یزدیان جعفری، جعفر، چرایی و چگونگی مجازات، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، 1391 ص 246

این حمایت را محقق و عملی بسازد. البته مشروط به این که سمت آن ها آشکار باشد یا قاتل از آن آگاه باشد.

مقصود از موظف خدمات عامه همه کسانی هستند که از کارکنان و کارمندان دولت شمرده شوند، به نحوی که از سوی دولت، به حساب و به نام دولت در اداره های دولتی مشغول به کار باشند و از سوی دولت، مزد و حقوق بگیرند. قانون جزای افغانستان افزون بر کارمندان دولتی به منظور حمایت از گروه های خاصی، آنان را جزء موظفان خدمات عامه به شمار آورده است تا آن ها بتوانند بدون کمترین ترس و هراس، مسئولیت های شغلی و حرفه ای خود را انجام دهند، مانند وکیل مدافع، اهل خبره، شاهد و دیگر اشخاصی که گواهی آن ها نزد دادگاه، معتبر شناخته می شوند.

قتل با داشتن انگیزه های شخصی با قتل که انگیزه آن مبارزه با دولت و تضعیف حاکمیت است، یا قتل که مأمور دولت در راستای ایفای وظیفه انجام می دهد متفاوت می باشد. و قتل با انگیزه شخصی، مشمول تشدید مجازات مصرح شده در این بند نمی شود. مبنای تشدید مجازات به علت این است که وجود خارجی دولت در کارکنان آن ها تحقق می یابد. بنابراین، تجاوز به مأموران دولتی، تجاوز به خود دولت و حاکمیت آن به شمار می رود. مأموران دولتی، نیازمندی هایی همگانی افراد جامعه را تأمین می کنند و کشتن یکی از آنان موجب می شود خدمت رسانی و تأمین نیازهای عمومی در آن بخش با دشواری جدی روبرو شود و در نهایت، ماهیت شغلی برخی مأموران دولتی به گونه ای است که آنان را همواره در معرض خطر قرار می دهد و قانون گذار برای صیانت بیشتر، قتل آنان را در خور مجازات شدیدتری دانسته است.¹

منابع و مأخذ کتابها

1. بروکس، تام، مجازات، ترجمه محمد علی کاظم نظری، تهران: نشر میزان، 1395.
2. پرادل، ژان، تاریخ اندیشه های کیفری، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه ی علوم انسانی، 1386.

1. غلامی، حمیدالله، مجازات قتل عمدی در حقوق جزای افغانستان، تهران: پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره هفتم، تابستان 1393، ص 23

3. رحمدل، منصور، تناسب جرم و مجازات، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) ، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، 1389.
4. صانعی ، پرویز، حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات طرح نو، 1382.
5. عمید، حسن، فرهنگ عمید، جلد دوم، تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر، 1364.
6. یزدیان جعفری، جعفر، چرایی و چگونگی مجازات، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، 1391.
- قوانین
7. کود جزای افغانستان ، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی شماره 1260 مورخ 1396/2/25.
8. قانون جزای افغانستان، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی شماره 347 مورخ 1355.
9. قانون اجراءات جزایی، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی،
10. قانون منع خشونت علیه زن، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی شماره 989، مورخ 1388/5/10.
11. قانون اساسی، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان ، جریده رسمی شماره 818، مورخ 1383.
- مقالات
12. آشوری، محمد؛ فتحی، محمد جواد؛ ارزیابی قواعد ناظر به کیفیات مخفیه در حقوق ایران، مطالعات حقوق خصوصی، تابستان 1388 ، سال سی و نهم ، شماره 2.
13. الهام غلامحسین، کریمی ، مهدی، تأثیر عوامل فراقانونی و قانونی خاص بر تفاوت آرا در تعیین مجازات قضایی در جرایم مشابه، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره 2 ، شماره 4 و 5 ، پاییز و زمستان 1394.
14. الهام، غلامحسین؛ محمدی مغانجویی، فاطمه؛ مجازات متناسب از دیدگاه نظریه های بازدارندگی با تأکید بر نظریه تعیین کیفر آلمان، مطالعات حقوق خصوصی، پاییز 1391، سال چهل و دوم، شماره 27 .

15. آماده ، غلامحسین، نجفی ابرند آبادی، علی حسین، واکاوی اختیار قاضی در تخفیف مجازات، تحقیقات حقوقی، تابستان 1390، ویژه نامه شماره 5.
16. توجهی، عبدالعلی؛ ابراهیم وند، حسام؛ کیفرگذاری و کیفر دهی در حوزه ی سلب آزادی در حقوق ایران و انگلستان، دیدگاه های حقوق قضایی، بهار و تابستان 1396، شماره 77 و 78،
17. جعفری جوان، عبدالرضا؛ ساداتی، سید محمد جواد؛ سزاگرایی در فلسفه کیفر، پژوهشنامه حقوق کیفری، بهار و تابستان 1391، شماره 5.
18. جوان جعفری، عبدالرضا؛ ساداتی، محمد جواد؛ از سزاگرایی کلاسیک تا سزاگرایی نوین – ارزیابی اندیشه سزاگرایی - ، آموزه های حقوق کیفری، پاییز و زمستان 1390 – شماره 2.
19. جعفری، مجتبی، تعدد جرم و آثار آن در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب 1392، پژوهش حقوق کیفری ، زمستان 1392، شماره 5.
20. رستمی ، هادی، تقابل وظیفه گرایی و غایت گرایی فایده محور در توجیه کیفر، پژوهشنامه حقوق کیفری، پاییز و زمستان 1395، شماره 14.
21. رحیمی نژاد، اسماعیل، مجازات های نامتناسب: مجازات های مغایر با کرامت انسانی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره 38، شماره 2، تابستان 1387.
22. ساداتی، سید محمد مهدی، تعدد جرم در حقوق ایران و آلمان، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، بهار و تابستان 1396، دوره هشتم، شماره 1.
23. سالارزایی، امیر حمزه؛ نقد مبنایی بر حکم کیفری مشارکت در قتل عمد قانون مجازات اسلامی، فقه و اصول ، تابستان 1394 ، شماره 101 .
24. سیزواری نژاد، حجت، جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان، فصلنامه ی دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ی 77 و 78 ، بهار و تابستان 1396.
25. شیرینی، عباس، حق بزه دیده در تعیین کیفر و نحوه ی اجرای آن، دیدگاه های حقوق قضایی، بهار 1397، شماره 81.
26. صبوری پور، مهدی، نظام مند سازی کیفر گزینی تعزیری در حقوق ایران، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی ، بهار و تابستان 1397 ، شماره 10.
27. غلامی ، حسین ، نجفی ابرندآبادی، علی حسین، نظریه مجازاتهای استحقاقی و تکرار جرم، مدرس علوم انسانی، زمستان 1378، شماره 13.

28. غلامی، حسین، سیاست کیفری سلب توان بزهکاری، تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان 1388، شماره 50.
29. فرحیها، محمد؛ امینی، محبوبه؛ تاثیر رابطه ی مرتکب و بزه دیده بر گذشت و سازش در پرونده های ضرب و جرح، حقوق، مجازات و سیاست جنایی؛ بهار و تابستان 1395، شماره 3؛
30. فرداد، علی، قتل عمد در حقوق کیفری ایران و مقایسه آن با حقوق کیفری فرانسه و ایتالیا، مجموعه حقوقی، 30 بهمن 1321، شماره 253.
31. کریمی، مهدی، تأثیر جنسیت زن در تعیین مجازات کیفری؛ مطالعه ی موردی دادگاه های کیفری مشهد 1392، پژوهش نامه زنان، تابستان 1395، سال هفتم شماره 2
32. کوشا، جعفر، غلامی، حمیدالله، مجازات قتل عمدی در حقوق جزای افغانستان، تهران: پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره هفتم، تابستان 1393.
33. کوشا، جعفر؛ غلامی، حمیدالله؛ تحولات تقنینی حقوق جزای افغانستان در قبال جرم قتل عمد، تحقیقات حقوقی، بهار 1393، ویژه نامه شماره 16.
34. کاتینگهام، جان؛ باطنی، ابراهیم؛ برهانی، محسن؛ فلسفه مجازات، حقوق اسلامی، بهار 1384، شماره 4.
35. محمودی جانکی، فیروز؛ آقایی، سارا، بررسی نظریه بازدارندگی مجازات، مطالعات حقوق خصوصی، تابستان 1387، سال سی و هشتم، شماره 2.
36. مهرا، نسرین، تحولات کیفر در پرتو مکاتب کیفری و جرم شناختی، تهران: مطالعات حقوقی، 1388، شماره 1.
37. مکارم شیرازی، ناصر، عوامل تخفیف جرم و مجازات، درسهایی از مکتب اسلام، آذر سال 1362، سال 23 شماره 9.
38. مهرا، نسرین؛ قورچی بیگی، مجید؛ مودن، عباس، تحلیل تطبیقی الگوهای کیفردهی در نظام کیفری ایران و انگلستان، پژوهش حقوق کیفری، پاییز 1396 شماره 20، ص 110 الی 118.
39. نیازپور، امیر حسن، بررسی جرم شناسانه ی ماده ی 38 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392، آموزه های حقوق کیفری، بهار و تابستان 1393، شماره 7.
40. یزدیان جعفری، جعفر، اصل فردی کردن مجازاتها؛ تبعیضی فاحش یا عدالتی عادلانه تر، حقوق اسلامی، زمستان 1385، شماره 11.

41. یزدیان جعفری، جعفر، توجیهات فلسفی مجازات؛ از وحدت گرایی تا تکثر گرایی، مطالعات حقوق خصوصی، زمستان 1386، سال سی و هفتم، شماره 4.
پایان نامه ها
42. حمیدی، ضیاءالدین، حمایت از حقوق بزه دیده ی قتل عمد در حقوق کیفری و فقه اسلامی، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی شعبه افغانستان، 1394
43. واعظ زاده، محمد، مطالعه تطبیقی قتل عمد در فقه و حقوق جزای افغانستان و ایران، پایان نامه دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزای عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد افغانستان، 1392.
44. کاظمی، دیبا، تأثیر حالات مخففه بر نوع و میزان مجازات در رویه قضایی محاکم افغانستان، پایان نامه دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق، محاکم افغانستان، 1392.

ترتیب کننده: قضاوت‌مل غلام دستگیر "اوریاخیل"

تجدید نظر بر فیصله های قطعی و نهائی محاکم

(3)

فصل دوم

مبحث سوم

قضایای قابل تجدید نظر و چگونگی رسیدگی به آن

فهرست:

- گفتار اول:- قضایای قابل تجدید نظر:.....112
- گفتار دوم:- چگونگی رسیدگی به قضایای تجدید نظر.....112
- ۱- در قضایای جزائی:.....112
- 2- حضور لوی خرنوال در مجالس شورای عالی.....114

- 3 - چگونگی رسیدگی تجدید نظر خواهی در قضایای مدنی و تجارتی :
 115
 چگونگی رسیدگی تجدید نظر خواهی در قضایای حقوق عامه : 117

گفتار اول:- قضایای قابل تجدید نظر:

معمولاً به منظور رسیدگی قضایای حقوقی و جزائی افراد و اشخاص ، محاکم ابتدائیه و استیناف در مرکز و ولایات ایجاد گردیده که در صورت بروز مشکل و اعتراض به فیصله های محاکم تحتانی دیوانهای ستره محکمه قضایای واصله را از لحاظ قانونیت بررسی نموده به نقض و یا تأیید آن تصمیم اتخاذ میدارند ولی در صورتیکه یک موضوع حقوقی و یا جزائی مراحل محاکماتی ثلاثه را بپیماید و یا در مرحله رسیدگی ابتدائی و یا استینافی قطعی و نهائی گردد غور بر اعتراض همچو قضایا طبق قانون مشمول صلاحیت های شورایعالی ستره محکمه میباشد.

قرار های نهائی و قطعی محاکم که ایجاب تجدید نظر را می نماید حسب ذیل میباشد .

1 - قرار های دیوانهای ستره محکمه که مبنی بر تأیید فیصله های محاکم تحتانی صادر گردیده باشد.

2 - فیصله های آنعده محاکم استیناف که بعد از نقض دوم من حیث محکمه مماثل به رسیدگی قضیه پرداخته باشند.

3 - حکم محکمه ابتدائیه که طبق ماده (۷۲) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه صادر گردیده باشد.

4 - فیصله ها و قرار های محکمه استیناف که طبق ماده (۵۵) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه صادر گردیده باشد.

5 - قرار های ترک خصومت که طبق ماده (35) قانون اصول محاکمات مدنی صادر گردیده باشد.

6- قرار های که به سقوط حق اعتراض صادر شده باشد.

7- قرار های عدم سمع به نسبت هر ملحوظ که باشد.

8 - سایر فیصله ها و قرار های که به حکم قانون و یا مصوبات شورای عالی قطعی و نهائی تلقی گردد.

گفتار دوم :- چگونگی رسیدگی به قضایای تجدید نظر

۱ - در قضایای جزائی:

با آنکه رسیدگی قضایای تجدید نظر مبنی به رد تجدید خواهی و یا لغو فیصله های نهائی محاکم مشمول صلاحیت های شورایعالی ستره محکمه میباشد ولی

در قضایای جزائی ریاست بورد مشاورین اداره لوی خارنوالی مبنی برد و یا تائید تجدید نظر خواهی طبق قانون^۱ به ابراز نظر میپردازند و این نظر با آنکه در حد یک ابراز رای است ولی در تصمیم گیری قضیه موثر میباشد. معمولاً در خواست تجدید نظر در قضایای جزائی از طریق لوی خارنوالی و محکوم علیه یا نماینده قانونی وی و در صورت نقض اهلیت یا وفات از طرف اقارب محکوم علیه صورت میگیرد. و در صورتیکه درخواست کننده تجدید نظر غیر از خارنوال باشد درخواست به اداره لوی خارنوالی تقدیم میشود که در این درخواست نمبر فیصله یا قرار که تجدید نظر بر آن مطالبه شده و دلایل تجدید نظر ذکر میگردد.

اداره لوی خارنوالی بالاتر درخواست تجدید نظر خواه و با در نظر داشت اعتراض موصوف بر فیصله های نهائی محاکم در روشنی قوانین نافذه کشور به ابراز نظر میپردازد و نظر ارایه شده بورد مشاورین لوی خارنوالی توأم با درخواست تجدید نظر اعم از اینکه از طرف خودش یا شخص دیگری باشد و نیز دلایل را که مطالبه تجدید نظر بر آن استناد گردیده در خلال مدت (30) روز به ستره محکمه تقدیم مینماید^۲ و در خواست تجدید نظر مانع تنفیذ فیصله مورد اعتراض نمیکردد. البته تنفیذ مجازات اعدام از این حکم مستثنی است.

درخواست تجدید نظر مطابق ماده (38) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه توأم با اوراق موضوع و نظر ریاست بورد مشاورین اداره لوی خارنوالی از طریق دارالانشاء شورایعالی ستره محکمه به کمیسیون مربوط تجدید نظر ارسال میگردد. کمیسیون تجدید نظر ستره محکمه که مربوط یکی از دیوانهای تمیز میباشد مبنی بر درخواست و یا لغو فیصله مورد نظر با در نظر داشت اعتراض و دلایل ارایه شده تجدید نظر خواه به ابراز نظر میپردازد و نظر شانرا به طور محفوظ و مهر شده غرض اتخاذ تصمیم شورایعالی ستره محکمه، بر ریاست دارالانشاء ارسال میدارند.

ریاست دارالانشاء با تشخیص اینکه هر گاه یکی از دو نظر ارایه شده کمیسیونهای فوق الذکر به نفع محکوم ابراز گردیده باشد و فیصله نهائی محاکم را قابل لغو دانسته باشد تاریخ رسیدگی قضیه را تعیین و حد اقل ده روز قبل از شروع جلسه آنرا به محکوم علیه یا نماینده قانونی وی و اداره خارنوالی ابلاغ مینماید.^۳

^۱ فقره ۳ ماده ۲۸۳ قانون اجراءات جزائی شماره مسلسل ۱۱۳۲ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۵ .

^۲ فقره ۴ ماده ۲۸۳ قانون اجراءات جزائی .

^۳ ماده ۲۸۴ قانون اصول محاکمات مدنی .

لوی څارنوال محکوم علیه یا نماینده قانونی وی حق دارند در جلسه رسیدگی تجدید نظر حضور یافته و نظر شانرا ابراز نمایند. در صورتیکه بورد مشاورین لوی څارنوالی و کمیسیون تجدید نظر ستره محکمه هر دو برد تجدید نظر خواهی تصمیم اتخاذ نموده باشند موضوع طبق تصویب ۴۳۸ سال ۱۳۸۸ شورایعالی ستره محکمه رد شده تلقی میگردد و ضمن یادداشت شورایعالی برد تجدید نظر خواهی تصمیم اتخاذ و به مرجع مربوط ابلاغ میگردد.

جلسات شورایعالی ستره محکمه معمولاً هفته یک بار دایر میگردد و بر موضوعات مشمول آجندا مداوله و بحث صورت میگیرد. در صورتیکه شورایعالی ستره محکمه اعتراض معترض را تائید و دلایل ارایه شده را در حکم موثر بداند به لغو فیصله های نهائی محاکم تصمیم اتخاذ و قرار صادر مینماید و اوراق موضوع را غرض رسیدگی به محکمه حاکمه و یا محکمه دیگر ارجاع مینماید.

2- حضور لوی څارنوال در مجالس شورای عالی

طبق ماده (۲۸۳) قانون اجرای جزائی، لوی څارنوال و محکوم علیه و در صورت نقض اهلیت یا وفات ، اقارب محکوم علیه یا نماینده قانونی او میتوانند بر فیصله های قطعی محاکم در قضایای جنحه و جنایت تجدید نظر را درخواست نمایند و ماده (۳۹) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه حضور شخص لوی څارنوال و یا نائب وی را در مجالس قضائی ستره محکمه در آنعده قضایای جزائی که تجدید نظرخواهی آن به در خواست لوی څارنوال صورت گرفته باشد پیشبینی نموده است و در آنعده قضایای جزائی که تقاضای تجدید نظر طبق ماده (283) از جانب محکوم علیه یا نماینده قانونی او صورت گیرد موضوع حضور لوی څارنوال اصلاً در قانون تبارز نیافته است . به منظور رفع این نقیصه تصویب (1478) مورخ 1393/9/25 شورای عالی ستره محکمه حسب ذیل صادر گردیده است:

{ به منظور ارزیابی همه جانبه تقاضای تجدید نظر بر قضایای جزائی که بنا بر خواست محکوم علیهم از جانب لوی څارنوال پیشنهاد میگردد لازم است با در نظر داشت حکم ماده (۳۹) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه بر علاوه

محکوم یا نماینده قانونی وی ، لوی خارنوال و یا نائب لوی خارنوال نیز حضور داشته باشند}

3 - چگونگی رسیدگی تجدید نظر خواهی در قضایای مدنی و تجارتی :

عرایض تجدید نظر خواهی در قضایای مدنی و تجارتی بمقام ستره محکمه تقدیم و بعد از یک سلسله اجراءات از طریق ریاست دارالانشاء به شورایعالی ستره محکمه تقدیم میگردد تا در زمینه اجراءات مقتضی اتخاذ گردد. متقاضی تجدید نظر موارد اعتراض خود را در عریضه درج و همچنان شماره فیصله و یا قرار را که بالای آن تجدید نظر خواهی نموده درج عریضه نموده بمقام ستره محکمه تقدیم میدارد.

عرایض مذکور از طریق کمیته بررسی عرایض تجدید نظر که طبق تصویب (۸۶۱) مورخ ۱۳۹۴/۶/۲۱ شورایعالی در چوکات ریاست دارالانشاء تشکیل گردیده مورد بررسی قرار میگیرد.

کمیته بررسی عرایض تجدید نظر بعد از استماع دلایل تجدید نظر خواه یک ورق استعلام غرض ارایه دلایل جدید تفصیلی با مهلت معین برای متقاضی تجدید نظر خواه تسلیم می نماید که محتوای آن حسب ذیل است:

جواب	استعلام
	عارض محترم () ولد () تجدید نظر خواه، شما که بر حکم نمبر () مورخ / / ۱۳۹۷ صادره دیوان () تقاضای تجدید نظر نموده اید . اعتبار از احکام تاریخی () رئیس صاحب ستره محکمه که در زمینه تصویب نمبر (۱۸۷) مورخ ۱۳۹۷/۲/۱۸ شورای عالی ستره محکمه نیز چنین صراحت دارد . ((بخاطر جلوگیری از التوای عرایض تجدید نظر خواهی و تطبیق ماده (۴۰) قانون اساسی بعد از اخذ احکام تجدید نظر خواهی از مقام ستره محکمه و ثبت آن بدون عذر موجه برای عارض به مدت یک ماه مهلت تعیین گردد تا عریضه خویش را طی مراحل نموده به کمیته تعیین شده بسپارند. در غیر آن تجدید نظر خواهی شان رد شده تلقی می گردد و کمیته ارزیابی موظف گردیده تا به مجرد مواصلت عریضه طی استعلام رسمی از عارض استحضاری اخذ و موضوع را به اسرع وقت ابراز نظر نمایند.)) به تاسی از مصوبه فوق بدین وسیله موضوع به شما ابلاغ گردید تا در حشو استعلام هذا استحضاری داده و در ميعاد متذکره فوق عریضه تجدید نظر خواهی تانرا طی مراحل نموده اعم از تطبیق حکم ، تحویل محصول فیصله ، معلومات رسمی آنرا تکمیل و اعتراض تفصیلی مبنی به دلایل جدید تجدید نظر تانرا حسب فقرات پنجگانه ماده (۳۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه که قرار ذیل است : ۱ - ثبوت کذب شهادت شهود . ۲ - ثبوت کذب استنتاج اهل خبره . ۳ - ثبوت جعل و تزویر اسناد و مدارک اثباتیه . ۴ - ثبوت ترجمه نادرست مترجم که در حکم موثر باشد.

۵ - ارایه سند مثبتیه از طرف محکوم علیه در هنگام اصدار حکم موجود نباشد. ترتیب و به این کمیته تسلیم نمائید. تا در زمینه اجراءات بعدی که در نظر است مرعی گردد. در صورتیکه در معیاد معینه مندرج تصویب دلایل جدید خود را حاضر نه نمودید طبق مصوبه فوق تقاضای تجدید نظر تان رد شده تلقی میگردد. آنگاه حق شکایت را ندارید.

حینیکه متقاضی تجدید نظر استعلام فوق الذکر را بعد از خانه پری توأم با دلایل و اسناد مربوط به موضوع به کمیته بررسی عرایض تجدید نظر تقدیم نمود موضوع بعد از ملاحظه اسناد و دلایل ارایه شده تجدید نظر خواه در آجندای کمیته مذکور گرفته میشود. و در جلسه نوبتی دارالانشاء که معمولاً روز های یکشنبه منعقد میگردد در حضور تجدید نظر خواه بریاست رئیس دارالانشاء و حضور معاون و اعضای مسلکی این ریاست مورد بحث قرار میگیرد. در صورتیکه دلایل تجدید نظر خواه مورد قناعت کمیته مذکور قرار گیرد موضوع تجدید نظر قابل بررسی دانسته میشود کمیته مذکور با ذکر دلایل ارایه شده تجدید نظر خواه مبنی بر رد و یا تأیید ابراز نظر مینماید. در صورتیکه نظر کمیته مبنی بر تأیید باشد مدیریت بخش تجدید نظر ریاست دارالانشاء با در نظر داشت نظر تأییدی کمیته بررسی عرایض اوراق موضوع را که قبلاً مورد تطبیق قرار گرفته و محصول فیصله به خزینه دولت تحویل شده از مرجعش مطالبه و طبق قانون^۱ به کمیسیون موظف تجدید نظر محول می نماید. و در صورتیکه تقاضای تجدید نظر نسبت عدم دلایل جدید از طرف کمیته تجدید نظر رد گردد موضوع طی یادداشت شورای عالی ستره محکمه به مرجع مربوط ابلاغ می گردد. در صورتیکه دلیل جدید تجدید نظر خواه مورد قناعت کمیته بررسی عرایض تجدید نظر قرار گیرد کمیته مذکور در زمینه نظرشانرا ابراز واوراق موضوع را بعد اطمینان از تطبیق و تحویلی محصول محاکم از مرجعش مطالبه و طبق هدایت ماده (38) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه به کمیسیون تجدید نظر از سال میدارد.

کمیسیون متذکره به ارتباط موضوع تحت ریاست یکی از اعضای شورایعالی مبنی برد تجدید نظر خواهی و یا لغو فیصله های نهائی محاکم به ابراز نظر میپردازد و نظر شانرا طور محفوظ و مهر شده بریاست دارالانشاء ارسال می نماید که قضیه بعد از حضور طرفین در آجندای شورایعالی ستره محکمه شامل میگردد و موضوع در حضور طرفین دعوی در جلسه شورایعالی مورد بحث قرار میگیرد.

شورایعالی ستره محکمه در صورتیکه اعتراض تجدید نظر خواه را مطابق احکام قانون وارد بدانند و دلایل جدید را مبنی بر لغو حکم موثر تشخیص دهند

^۱ ماده ۳۸ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم.

طبق ماده (34 و 35) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه به الغای فیصله تصمیم اتخاذ نموده و قضیه از طریق ریاست دارالانشاء طبق هدایت شورای عالی غرض رسیدگی مجدد به محکمه مربوط احاله می گردد.

چگونگی رسیدگی تجدید نظر خواهی در قضایای حقوق عامه :

در قضایای حقوق عامه در صورتیکه متقاضی تجدید نظر اشخاص و یا ادارات غیر دولتی باشند عرایض تجدید نظر خواهی مانند قضایای مدنی و تجارتی از جانب شخص اصیل و یا وکیل مستقیماً به مقام ستره محکمه تقدیم می گردد و با در نظر داشت تطبیق حکم و تحویل محصول فیصله ، متقاضی تجدید نظر دو نقل اعتراض تفصیلی خود را به ریاست دارالانشاء می سپارد که بعد از تأیید نظر کمیته بررسی عرایض تجدید نظر اوراق قضیه از مرجعش مطالبه و طبق ماده (38) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه به کمیسیون تجدید نظر تقدیم و بعد از ابراز نظر کمیسیون متذکره در یکی از جلسات شورایعالی مبنی بر رد تجدید نظر خواهی و یا لغو فیصله ها پیرامون موضوع تصمیم اتخاذ می گردد.

ولی در صورتیکه محاکم ثلاثه و یا حکم نهائی محاکم به نفع اشخاص صادر گردیده باشد و ریاست عمومی قضایای دولت منحیث نماینده املاک و اموال دولتی محکوم علیه قرار گیرد در این صورت اداره عمومی قضایای دولت اوراق قضیه را با معرفی عضو مسلکی آنریاست غرض پیشبرد پروسه تجدید نظر توأم با ترتیب اعتراض تفصیلی بر ریاست دارالانشاء ارسال میدارد و از اینکه اموال و املاک دولتی تحت مرور زمان نمی آید و نیز موضوع تطبیق در آنده قضایای که به ضرر دولت نهائی گردیده باشد مطرح نمیگردد ، اوراق موضوع بدون اینکه کمیته بررسی عرایض تجدید نظر در مورد آن ابراز رای نماید مستقیماً به کمیسیون مربوط تجدید نظر ستره محکمه طبق ماده (38) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه ارسال میگردد و بعد از ابراز نظر کمیسیون متذکره موضوع را در یکی از جلسات شورایعالی در حضور محکوم له و محکوم علیه و نیز نماینده اداره که ریاست قضایای دولت از آن وکالت مینماید طبق مصوبه (188) مورخ 1397/2/18 مبنی بر حضور وزیر عدلیه و یا نماینده با صلاحیت وی مطرح و با در نظر داشت نظر کمیسیون و استدلال طرفین قضیه برد تجدید نظر خواهی و یا هم به لغو فیصله های نهائی محاکم تصمیم اتخاذ میگردد.

قابل ذکر است اینکه نظر کمیسیون وقتی در تصامیم شورای عالی موثر است که قناعت شوری را فراهم نماید چون تصمیم شوری نتیجه بحث و مداوله بوده و ضروری نیست که با نظر کمیسیون موافق باشد.

تألیف : قضاوتمل عزیزالرحمن عظیمی

نقد ادعای تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم

فهرست:

تمهید:	118
نقد دیدگاه تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم:	119
ادله قائلین به تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم:	120
اول: بررسی دلیل اول و پاسخ به آن:	121
دوم: بررسی دلیل دوم و رد آن:	122
سوم: بررسی دلیل سوم و نقض آن:	123
چهارم: بررسی دلیل چهارم و ابطال آن:	125
پنجم: بررسی دلیل پنجم و ابطال آن:	126
مهمترین اختلاف شریعت اسلامی با حقوق روم:	129
اول: اختلاف در منابع:	129
دوم: اختلاف در تاثیر عمومی:	129
سوم: اختلاف در احکام:	131
منابع و مآخذ:	132

تمهید:

شریعت اسلامی از سوی خاورشناسان و کسانی که می خواهند این بنای عظیم را از طریق ایجاد شبهه در باره ای آن، ویران کنند مورد حمله شدیدی اعم از دسیسه و تشکیک قرار گرفته است، برخی از خاور شناسان که حسد و کینه

چشم بصیرتشان را کور ساخته است میگویند: شریعت اسلامی متأثر از تشریفات و قوانینی است که پیش از آن بوده اند مانند حقوق روم. علی رغم بی مایه بودن این شبهه از ناحیه تاریخی و موضوعی و علی رغم این که اکثر مستشرقان این شبهه را نپذیرفته اند و با ادله قاطع علمی بطلان آن را ثابت کرده اند اما تلاش میکنیم از دیدگاه علمی این شبهه را مورد بررسی قرار دهیم و در این کار بر روش علمی که شکی در باره نتایج آن نیست اعتماد میکنیم.

نقد دیدگاه تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم:

برخی از خاور شناسان برآنند که شریعت اسلامی تا حد زیادی از حقوق روم تاثیر پذیرفته است و این از طریق بنا نهادن بسیاری از قواعد حقوقی است که در حقوق روم وجود دارد. یکی از خاور شناسان به نام (الموس) گفته است: شریعت اسلامی، حقوق روم برای امپراطوری شرقی است. اگر ادله کسانی را که قایل به تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم هستند مورد بررسی قرار دهیم هیچ دلیل روشنی در ارتباط به رای آنان نمی یابیم که این تاثیر را با اعتماد بر دو مورد ذیل فرض کرده اند:

اول: پیشینه ای قوانین روم بیشتر از شریعت اسلامی است و قبل از انتشار اسلام در شام و مصر در آن سرزمین ها اجرا می شده است و این موجب شده تا عده ای گمان کنند که شریعت اسلامی متأثر از حقوق روم است.

دوم: وجود برخی از تشابهات در بعضی از احکام جزئی در بین شریعت اسلامی و حقوق روم موجب شده تا آنان معتقد به وجود این تاثیر باشند.

مشخص است که اسلام در شبه جزیره عربستان ظهور کرد و عرب ها پس از اسلام آوردن به مناطق هم جوار و دور دست رهسپار شدند و در مدت کوتاهی آن مناطق را فتح کردند،

برخی از این مناطق مفتوحه مناطقی بودند که تحت سیطره ای حکومت روم شرقی بودند مانند شام و مصر و پس از فتح، شریعت اسلام جایگزین حقوق روم شد و از این مساله رابطه ای شریعت اسلامی با حقوق روم مطرح شد و اکثر خارو شناسان، علی رغم اختلاف در میزان تاثیر پذیری قایل به آن بودند. برخی از آنان برآنند که شریعت اسلام از حقوق روم گرفته شده و منبع قوانین اسلامی است و فقها براساس قواعد روم کیان حقوق اسلامی را بنا کرده اند. از این گروه میتوان گلدزیهر (Goldziher) و فوم کریمر (Von keremer) و

¹ - جلالی زاده، دکتر جلال، تاریخ فقه و فقها، ص، 66-67-68.

چیلدون آموس (Scheldon Amos) را نام برد. آموس گفته است: قانون محمدی همان قانون گستنیان در پوشش عربی است. دسته دیگری گفته اند: شریعت اسلامی در برخی از احکام از حقوق روم تاثیر پذیرفته است ولی پس از ظهور نظریه تاثیر پذیری شریعت اسلام از حقوق روم به مدت کوتاهی رای دیگری بر عکس این نظریه ظهور کرد که تاثیر حقوق روم را بر شریعت اسلامی انکار میکند. صاحبان این دیدگاه از خاورشناسان مانند خاور شناس ایتالیایی نالینو (Nallino) و استاد فیتز جرال (Fitzgerald) می باشند.

ادله قائلین به تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم:

این گروه دلایلی را راجع به نظریه شان ذکر کرده اند که به آنها می پردازیم:
اول: پیامبر (ﷺ) آشنایی زیادی با حقوق بیزانس روم که در امپراطوری روم شرقی معمول بوده داشته است و از طریق این آشنائی قواعد این حقوق به شریعت اسلامی نفوذ کرده است.

دوم: مدارس حقوق روم در قیصریه، بیروت، قسطنطنیه، اسکندریه و همین طور در اقلیم های دولت روم وجود داشته اند که سازماندهی و تشکیلات آن ها بر مبنای حقوق روم و تطبیق احکام آن بوده است و پس از فتوحات اسلامی این مدارس باقی مانده اند و این موجب شده که فقهای مسلمان از احکام این مدارس مطلع و از آرای اساتید این مدارس آگاه شوند و این آرا و احکام را به فقه اسلامی منتقل نمایند و اکثر فقهای مسلمین به ویژه امام اوزاعی و شافعی از آنان متأثر شده اند.

سوم: فقهای مسلمان در شهر های امپراطوری روم پس از فتح آن ها پراکنده شده اند و این انتشار موجب شد تا آنان با عالمان حقوق روم و احکام آنان آشنا شوند و چون اهالی این شهر ها به این حقوق عادت کرده بودند، فقهای مسلمان قوانینی را که در شریعت اسلامی نبود از حقوق روم برگرفتند و بر روابط حقوقی که در این شهر ها حاکم بود به سبب عادت مردم تطبیق دادند.

چهارم: حقوق روم غیر مستقیم از راه حقوق جاهلی و کتاب تلمود یهودیان، کتاب فقه یهودیان بر شریعت اسلامی تاثیر گذاشته است، یعنی حقوق جاهلی از حقوق روم تاثیر پذیرفته و بعضی از قواعد آن در دین اسلام تاثیر گذاشته همان گونه که در تلمود تاثیر گذاشته است و از آن جایی که شریعت اسلامی برخی از قوانین اعراب جاهلی را تائید کرده، برخی از مواد حقوق روم از این طریق به داخل احکام شریعت اسلامی نفوذ کرده است و همین طور فقهای اسلامی به برخی از احکام تلمود عمل کرده اند که این کار موجب نفوذ بعضی از احکام حقوق روم از طریق تلمود به شریعت اسلامی شده است.

پنجم: از دلیل های آشکار تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم مشابهت در تشکیلات حقوقی، احکام و قواعد موجود در شریعت اسلامی و حقوق روم است، یعنی شریعت پسین (شریعت اسلامی) این تشکیلات و احکام را از شریعت پیشین یعنی حقوق روم گرفته است، چون لاحق از سابق اقتباس می کند. نقد ادله فوق الذکر و بررسی آنها:

اول: بررسی دلیل اول و پاسخ به آن:

این که گفته اند: پیامبر (ﷺ) با حقوق روم آشنائی داشته است پندار باطلی بیش نیست و هیچ مبنای علمی و پژوهشی ندارد، چون پیامبر (ﷺ) در یک خانواده عرب اصیل در شهر مکه، در یک شهر عربی خالص که هیچ اثری از آداب و رسوم و حقوق رومیان در میان آنها نبوده بدینا آمده است و پیامبر (ﷺ) قبل از بعثت جز دوبرار مکه را برای سفر به خارج از شبه جزیره عربستان ترک نکرده است، اولی سفرش این بود که در سن دوازده سالگی به همراه کاکایش ابوطالب برای تجارت به شهر بصرای شام رفته است. و دومین سفرش در سن بیست و پنج سالگی همراه با میسره غلام خدیجه برای تجارت به شام رفته است و در این دو سفر جز همراهان او که اعراب اصیل بوده اند و هیچ آشنائی با حقوق روم نداشته اند کسی دیگر همراه او نبوده است و کسی از علما علم حقوق هم با او مراوده نداشته است. و هیچ دلیلی هم نبوده که حکام روم حقوقدان هایشان را به آموزش قواعد حقوق روم به پیامبر (ﷺ) وادار نمایند. و چنین رسمی که حقوق روم به بازرگانانی که به شام می آمدند آموزش داده شود یا اینکه چنین تصویری که پیامبر (ﷺ) از حقوق روم اطلاع داشته، نبوده است، چون پیامبر (صلی الله علیه وسلم) خواندن و نوشتن را نمی دانسته است، پرودگار می فرماید: (و ما کننت تتلوا من قبله من کتاب و لا تخطه بيمينک اذا الارتاب المبطلون). سوره عنکوت، آیه 48.

ترجمه: تو هیچ کتابی را پیش از این نمی خواندی و با دست راست خود کتابی نمی نوشتی، و گر نه باطل اندیشان قطعاً به شک می افتادند. پس از ذکر این مطالب باید گفت که شریعت اسلامی وحی از جانب خداست و محال است که وحی با حقوق روم یا غیر آن به طور سهو یا عمدی از جانب پیامبر (ﷺ) آمیخته شود چون خداوند ضامن حفظ آن است. خداوند متعال می فرماید: (انا نحن نزلنا الذکر و انا له لحافظون). سوره حجره، آیه 9. ترجمه: بی تردید ما این قرآن را به تدریج نازل کرده ایم و قطعاً نگهبان آن خواهیم بود.

و خداوند متعال خطاب به پیامبرش می فرماید: (ولو تقول علينا بعض الاقاویل لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين). سوره حاقه آیه 44 و 46.

ترجمه: وگر او پاره ای گفته ها بر ما بسته بود، دست راستش را سخت می‌گرفتیم، سپس رگ قلبش را پاره می‌کردیم.¹

دوم: بررسی دلیل دوم و رد آن:

استدلال به وجود مدارس حقوق روم و محاکم آن استدلالی است بی پایه و نادرست و حوادث تاریخی آن را باطل می‌کند، در تاریخ ثابت شده است که در امپراطوری روم گستنیان به موجب فرمانی که در 16 دسامبر سال 533 میلادی صادر کرد همه ای مدارس حقوق در امپراطوری روم را جز در شهر های روم، قسطنطنیه و بیروت منحل کرد، و هیچ کدام از این مدارس تاثیری در فقه اسلامی و فقها نداشته است. و این که بعضی ادعا کرده اند که مسلمانان از مدرسه ای اسکندریه تاثیر پذیرفته اند ادعای باطلی است. چون به فرمان گستنیان این مدرسه قبل از فتح آن توسط مسلمین در سال 641 میلادی بسته شده بود، اما مدرسه ای روم و قسطنطنیه هیچ تاثیر در فقه اسلامی نداشته اند چون مسلمین آنها را فتح نکرده بودند و قسطنطنیه در سال 1493 میلادی فتح شد و قبل از فتح هم هیچ رابطه ای دوستان بین حکومت آن جا و دولت اسلامی نبود تا به فقهای مسلمان اجازه داده شود به آنجا مسافرت کنند و از وضع حقوق روم اطلاع پیدا کنند و تاثیر پذیرند. و نیز مدرسه بیروت نزدیک به یک قرن پیش از فتح مسلمانان تعطیل شده بود.²

و بر این اساس بطلان ادعای آنان در تاثیر گذاری مدرسه بیروت بر امام اوزاعی و امام شافعی ثابت می‌شود. آنان ادعا می‌کنند که امام اوزاعی در بعلبک چشم به جهان گشود، در منطقه بقا رشد و نمو نمود، در بیروت اقامت گزید و در سال 157 هـ ق در آنجا وفات یافته و از حقوق روم که نظریات و مبادیش تا زمان امام مانده بود استفاده کرده است، این خاورشناسان می‌پندارند ادعای شان معقول است و قابل انکار نیست، چون انسان از محیطی که در آن زندگی می‌کند تا حدودی متاثر می‌شود.

اما این ادعا مردود و نامعقول است، چون میراث حقوق روم در سرزمین شام دوصد سال قبل از عصر اوزاعی از بین رفته بود و بلاد شام در روزگار امام اوزاعی با حقوق روم هیچ آشنائی نداشته و تعالیم اسلامی از یک جامعه ای خام جامعه جدیدی ساخته بود که کاملاً با جامعه دوره بیزانسیس تفاوت داشت.

این از یک طرف و از طرف دیگر کسی فقه امام اوزاعی را مطالعه کند می‌داند که این فقه هیچ ارتباطی با قوانین و حقوق غیر اسلامی ندارد و آرای فقهی

¹ - همان اثر.

² - دکترزیدان، عبدالکریم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص75.

ای که امام شافعی^(رح) در کتاب (الأم) از او نقل کرده، گرایش او را به فقه اهل حدیث ثابت می کند و فقهای اهل حدیث به فرض آگاهی بر حقوق روم کمترین تاثیری را از حقوق روم داشته اند، هرچند ابن قتیبه در کتاب (المعارف) او را از اهل رای شمرده است.¹

برخی از خاورشناسان ادعا کرده اند که امام شافعی چند سال در بیروت ساکن بوده و با حقوق روم آشنائی داشته و از آن بویژه در علم اصول فقه متأثر شده است. این ادعا از ادعای تاثیر امام اوزاعی بی پایه تر و باطل است، چون امام شافعی هرگز به بیروت مسافرت و یا در آنجا اقامت نکرده است. او در غزه چشم به جهان گشود و یا خانواده اش به مکه رفت، در آنجا بزرگ شد، و در نزد علمای آنجا به آموختن پرداخت، سپس رهسپار مدینه شد و در نزد امام مالک به تفقه پرداخت و بعداً به یمن رفت و با فقه آن دیار آشنا و از آنجا عازم بغداد شد و با امام محمد بن حسن شیبائی ملاقات و فقه حنفیه را از او فرا گرفت و چهار یا پنج سال قبل از وفاتش در مصر مستقر باشد، از این جا دانسته می شود که فقه آموزی و فقاہتش در شهر هایی بوده که بسیار دور تر از شهر های است که با تمدن و حقوق روم آشنا بوده اند.

ادعای اینکه علم اصول فقه را تحت تاثیر رومیان نوشته، ادعای واهی و نادرست است چون امام شافعی مواد این علم را از کتاب، سنت، فقه صحابه و تابعین و آرای فقها و مجتهدین گرفته است و خداوند یک سرمایه عقلی و علمی و نیز قدرتی که بتواند در بین جزئیات ارتباط برقرار کند به او داده بود تا قواعد کلی را برای استنباط این جزئیات وضع و توانست اولین کتاب را در علم اصول فقه به نام الرسالة تالیف نماید.

دنیا قبل از اسلام یا اندیشه اصولی برای قوانین و تشریفات آشنا نبوده و مسلمانان در اندیشه اصولی سرد مدار و پیشتاز هستند، چون روشها را بنیاد نهادند و قواعد پژوهشی علمی را وضع کردند و اروپائیان این قواعد را از مسلمین فرا گرفتن و از آنها بهره بردند، در حالیکه خاور شناسان خود را به نادانی زده و علوم اسلامی را به علوم یونانی، ایرانی و هندی نسبت میدهند.²

سوم: بررسی دلیل سوم و نقض آن:

این دلیل همچنان که گفته شد شامل دو بخش است: اول این که فقهای اسلامی با پراکنده شدن در مناطقی که قبلاً زیر دست رومیان بوده اند از حقوق روم مطلع شده اند. روم آنان قواعد حقوق روم را که در شریعت اسلامی ناشناخته بوده

¹ - بین الشریعه الاسلامیه و القانون الرومانی، دکتر صوفی حسن ابوطالب، ص 52.

² - مقدمه فی دراسه الفقه الاسلامی، دکتر محمد دسوقی، دکتر آمینه الجابر، ص 40.

است به خاطر آشنائی و الفت مردمان آن دیار با آن قوانین در آنجا تطبیق داده اند.

این دلیل هیچ فایده بر آنان ندارد، چون انتشار فقها در آن مناطق نتوانسته آنان را با حقوق روم آشنا کند و اگر هم آشنا می شدند حتماً در کتابهایشان به عنوان رد یا تأیید به آنها اشاره می کردند همان گونه که در ارتباط با علوم فلسفه، ادبیات و پزشکی که از یونانی ها و ایرانی ها اخذ کرده اند چنین کاری را کرده اند و همین طور معقوله ای حقوق روم و تفسیر آن به زبان عربی از سوی فقها و دیگران ترجمه نشده است. و اگر چنین کاری می شد مشخص می شد و تاریخ هم برای ما کتاب یا رساله ای را که به زبان عربی ترجمه شده است حفظ می کردند همانگونه که بسیاری از آثاری که از یونانی و فارسی به عربی ترجمه شده هنوز هم موجودند. سبب این کار موضع گیری حنفی فقها نیست به حقوق روم و بی مبالائی نسبت بدان است چون فقها معتقد بودند که شریعت اسلامی همان شریعت کامل و قانون عادلانه ای است که خیر، مصلحت و عدالت را برا مردم محقق می سازد چون براساس وحی الهی است، بنابر این نیازی به مطالعه و آموختن حقوق روم و انگیزه ای برای مطلع بودن از آن نداشتند.

دلیل دوم نیز باطل است؛ چون فقهای مسلمین همچنان که گفتیم حقوق روم را نمی شناختند و اگر می شناختند به آن عمل نمی کردند، زیرا شریعت اسلامی تنها حقوقی است که در دارالاسلام اجرای آن بر همه شهروندان و ساکنان کشور اسلامی واجب است و قاضی مسلمان نمی تواند به غیر از شریعت اسلامی حکم نماید و فقیه و مجتهد نمی تواند به غیر احکام شریعت فتوا دهد و قرآن در آیات زیادی برین مطلب دلالت می کند.

از جمله: در این آیه شریف: (و من لم یحکم بما انزل الله فأو لئک هم الکافرون). سوره المائده آیه 44.

ترجمه: و هر کسی به آنچه که خداوند فرو فرستاده دآوری نکند پس آنان کافرانند. و نیز الله متعال فرموده: (و انزلنا الیک الکتاب بالحق مصداقالمابین بدیه من الکتاب و مهیمنا علیه فاحکم بینهم بما انزل الله). سوره المائده آیه 48.

ترجمه: و ما این کتاب (قرآن) را به حق به سوی تو فرو فرستادیم، در حالی که تصدیق کننده کتاب های پیشین و حاکم بر آن هاست، پس میان آنان بر وفق آنچه خدا نازل کرده حکم کن.

این آیه و دیگر آیه ها بروجوب دآوری کردن طبق آنچه که خداوند فرو فرستاده یعنی شریعت اسلامی دلالت میکند و مفسران و فقهای مذاهب مختلف اسلامی بر این نظر متفق اند، پس حکم کردن براساس حقوق روم در سر زمین اسلام از سوی فقها یا قضات مسلمان متصور نیست. و اگر فرض کنیم روابط حقوقی و

حوادث جدید که فقها در آن شهر ها با آنها مواجه شده اند و حکم صریحی در کتاب و سنت در باره ای آنها نیست، فقها احکام شرعی آنها را از منابع فقه مانند اجماع و قیاس که شریعت به آنها راهنمایی کرده جستجو میکنند، و در میان منابع فقهی منبعی به نام ارجاع به حقوق بیگانه مانند حقوق روم نیست.¹

چهارم: بررسی دلیل چهارم و ابطال آن:

گفته اند که برخی از حقوق روم از طریق اعراب جاهلی وارد شریعت اسلامی شده همانگونه که به تلمود کتاب فقه یهودیان نفوذ کرده است. و از آن جایی که اسلام برخی از مقررات جاهلی را تأیید کرده و فقهای مسلمین برخی از احکام تلمود را اقتباس کرده اند، نتیجه میگیریم که برخی از مسائل حقوق روم در شریعت اسلامی و فقه آن نفوذ کرده و بخشی از آن شده است. این نتیجه گیری و مقدماتی که بر آن بنا شده درست نیستند، همانگونه که خاور شناس ایتالیوی نالینو (Nallino) گفته است: هیچ دلیل برای ورود حقوق روم به شریعت اسلامی به واسطه اعراب جاهلی در دست نیست، در حقیقت اعراب جاهلی با همسایگان شان از اهالی دولت روم ارتباط داشتند ولی این ارتباط بسیار ضعیف و محدود بوده حکومت روم برای بازرگانان عرب که به شام می رفتند بازار های مانند عقبه، غزه و بصره تعیین کرده بود که از آنها بیشتر نمی توانستند تجاوز کنند، بنابراین آنها با ملت های تحت سلطه ای حکومت روم ضعیف بوده اضافه بر آن بی سواد و نا آگاهی از زبان ها بیگانه در میان عرب ها رایج بوده در نتیجه ارتباط عرب ها با مردمان امپراطوری روم هیچ تاثیری بر آنان از ناحیه حقوقی نداشت و تمسک به تلمود هم فایده ای بر آنان نداشت، پس از جهات متعدد نمی تواند دلیلی بر نفع آنان باشد، روی هم رفته در زمینه دو مورد ذیل را قابل تذکر میدانیم:

الف: برخلاف دیدگاه آنان، حقوق بیزانس روم پس از سده ای سیزدهم میلادی از حقوق یهودی تاثیر پذیرفت و شارحان حقوق روم یعنی از مواد آن را بر گرفته از حقوق یهودیان می دانستند و این بهترین دلیل است که مواد حقوق روم از طریق حقوق یهود به شریعت اسلامی منتقل نشده است.

ب: احکام موجود در شریعت های پیشین بخشی از شریعت اسلامی نیست، مگر این که دلیلی در شریعت اسلامی بر تأیید آن باشد.

ج: احکام بسیاری در تلمود یافته می شود که مخالف قوانین موجود در فقه اسلامی است، مانند ازدواج که در نزد یهودیان با الفاظ و عبارات خاصی مانند تلفظ به زبان عربی، نوشتن عقد و تقدیس آن از طریق برگزاری آئین و نماز

¹ - دکترزیدان، عبدالکریم، المدخل لدراسة الشریعة اسلامیه، ص75.

مخصوص با حضور تعدادی از مردان و جایز نبودن آن در ایام عیدهای یهودی و روز های شنبه، در حالیکه عقد ازدواج در فقه اسلام با رضائیت طرفین و حضور شاهدین منعقد می شود.

در حقوق یهود تعدد زوجات بدون محدودیت جایز است، اما در اسلام ازدواج با بیشتر از چهار زن جایز نیست، زن متاهل در حقوق یهود نمی تواند در اموالش تصرف کند چون اهلیت انعقاد عقد را ندارد و همه مایملک او مال شوهرش می باشد، در حالیکه در اسلام چنین نیست و زن مالک مطلق اموالش می باشد. طلاق در شریعت اسلامی بدون شرط گرفتن شکل خاص واقع می شود، در حالی که در شریعت یهودیان باید اشکال خاصی داشته باشد، مانند این که به زبان عربی نوشته شود و در ایام عید و شنبه نباشد.

وصیت در شریعت اسلامی با وجود وارث برای اجنبی تا حدود یک سوم جایز است، ولی در شریعت یهودی جایز نیست مگر این که فرزند مذکر نباشد، در شریعت یهود ترکه به ورثه هرگاه میراث را قبول نکند یا همه ای حقوقی که به سود و زیان او ست منتقل می شود. در حالیکه در شریعت اسلامی بپردازد بلکه از ترکه اش به وارث بدون سنگینی قرض ها منتقل می شود. یعنی وارث مجبور نیست که قرض های میت را بپردازد بلکه از ترکه اش می برد، یعنی اول بدهی های متوفی باز پرداخت می شود، بعد بقیه مال به ورثه داده می شود، و اگر ترکه ای میت دیون نبود چیزی بر وارث لازم نمی شود.

رضاع در شریعت اسلامی در موانع ازدواج است در حالیکه در شریعت یهود به عنوان مانع محسوب نمی شود. مجازات تعزیر در فقه اسلامی وجود دارد در حالیکه در شریعت یهودی نیست. این مثال ها مشخص می شود که شریعت یهود با شریعت اسلامی اختلاف ذاتی دارد و برخی شباهت ها که در بعضی از احکام جزئی وجود دارد هنگام مقایسه ای اختلافات کم اهمیت به نظر می رسد. پس بطلان ادعای آنان در تاثیر شریعت یهودی و با حقوق روم بر شریعت اسلامی آشکار می شود.¹

پنجم: بررسی دلیل پنجم و ابطال آن:

استدلال آنان به مشابهت بعضی از مواد حقوقی موجود در شریعت اسلامی با حقوق روم در تاثیر گذاری بر شریعت اسلامی از چند جهت استدلال ضعیفی است. بنابر این چند دلیل بی پایه و بی اساس است.

اول: وجود بعضی از اصول و قواعد مشابه مانند قاعده لزوم اثبات بر مدعی که مانند آن در شریعت اسلامی آمده است: البینه علی المدعی و الیمین علی من

¹ - محمسانی، دکتر صبیحی، فلسفه التشریع فی الاسلام، ص 196، 195.

انکر- و قاعده حرمت به ناحق گرفتن مال دیگری از قواعد رایج و عمومی در همه شریعت ها و قوانینی است که عقل سالم به آنها راهنمایی و عدالت به آنها حکم می کند و عقلت از آنها در هر قانونگذاری برقصور و بی عدالتی دلالت می کند، هر چند تشابه در این چارچوب دلالت ندارد که شریعت بعدی آن را از شریعت پیشین گرفته است.

دوم: تشابه موجود در بعضی از مواد حقوقی در بین دو شریعت به طور قطع دلیل بر آن نیست که یکی از آنها این موارد را از دیگری گرفته است، چون گاهی ناشی از مشابهت شرایط اجتماعی است که برای هر یک از دو شریعت پیش آمده است. همانگونه عقل های سالم در بسیاری از اقسام تفکر با هم مشابهت دارند. و این یک امر طبیعی در همه ملت هاست. پس به سبب مشابهت تنها درست نیست گفته شود: انی شریعت از دیگری گرفته شده است و بالعکس. و اگر چنین باشد باید گفت که حقوق روم از فقه اسلامی متأثر شده است چون بنابه اصل درست جامعه شناسی ملت مغلوب همیشه متأثر از قانون گذاری ها ملت غاصب است.¹

برای هر پژوهشگر ضعیفی که نظریه علمی را بنا می نماید استوار است از خلال ادله ای ظنی واهی که در مقابل ادله تاریخی قدرت ماندگاری ندارند به یک حقیقت علمی ثابت برسد و هر کس نشأت پیدایش قانونگذاری و تحول آن را پیگیری نماید، به وضوح و روشنی در می یابد که ادعای تاثیر حقوق روم بر شریعت اسلامی ادعای باطلی است، زیرا تشریح اسلامی به طور مستقل از منابع نص و اجتهاد نشأت یافته است و از طریق منابع اجتهادی و طبق قواعد اصولی دقیق، روش صحیح استنباط را بیان میکند.

اگر این خاورشناسان بر قواعد اصولی و ارتباط آنها با احکام اجتهادی اطلاع پیدا می کردند و به مقدار حرص فقهای مسلمان در تمسک به نصوص در اجتهاد هایشان پی می بردند، می دانستند که این روش به طور قطع هر ادعایی را که مقید تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم است نفی میکند، روش استدلالی حقوقدانان فرانسوی: لامپر از روش مشخص و دقیق که فقهای مسلمان در وضع برای استنباط احکام استفاده کرده اند تعجب می کند، به ویژه از روش ابوحنیفه که تا حد زیادی به روش حقوقدان فرانسوی جنی در عصر حاضر شبیه است.

تعدادی از خاورشناسان غربی بطلان این ادعا را تأیید نموده اند، چون چنین تاثیری در پرتو شرایطی که فقه اسلامی در آن نشأت و تحول یافته است محال

¹ - مقدمه ابن خلدون، ص 148.

است. و نیز تعدادی از متخصصان تاریخ حقوق و قوانین اسلامی به رد این شبهه پرداخته اند، که از آن جمله می توان به دکتر صوفی ابوطالب اشاره کرده که بحث های علمی مهمی را در باره شریعت اسلامی و حقوق روم مطرح کرده و بطلان این ادعا را ثابت کرده است.

مهمترین ادله ای که به آنها استدلال نموده عبارتند از:

1- تا کنون ثابت نشده در دوره نشو و نمای فقه اسلامی کتابی از حقوق روم به زبان عربی ترجمه شده باشد یکی از دانشمندان به نام کاروزی گفته است این تاثیر از طریق ترجمه ای کتاب حقوق رومی به زبان سریانی که حاوی قواعد حقوق روم بوده صورت گرفته است اما در مقابل، آنچه که مورد تأیید متخصصان به ویژه دانشمندان ایتالیائی نالینو می باشد آن است که این کتاب تا اواخر قرن هشتم میلادی به زبان سریانی ترجمه نشده بود و در این زمان مبنای فقه اسلامی تکمیل، مکاتب فقهی تشکیل و نشانه های آن معین شده بود با این وصف محال است که قوانین روم بر فقه اسلامی تاثیر گذاشته باشد، حتی نالینو تاکید می کند که ترجمه سریانی حقوق روم متاثر از احکام شریعت اسلامی است.

2- کتاب مشارالیه و کتابی که به زبان سریانی ترجمه شده شامل قواعد حقوقی است که حقوق روم شامل آن ها می شده است و این تنها تدوین قواعدی است که عرف در شام به آن ها عمل کرده است و آنچه که از این کتاب ترجمه شده بیشتر از دو یا سه فصل نبوده است.

3- در تاریخ ثابت نشده که عرب های مسلمان در صدر اسلام آگاهی و شناختی از زبان سریانی داشته باشند، هر چند فقهای مشهور در شام، عراق و مصر مشهور بوده اند ولی دورترین مردم در اهتمام به جنبش ترجمه و پیگیری قوانینی بوده اند که در دوره روم به آن ها عمل می شده است. این به خاطر یک سبب بسیط و بدیهی است و آن اعتقاد بر الهی بودن شریعت اسلامی است که آنان را مجاب می نموده به این منبع ملتزم و متعهد باشند و هرگاه اجتهاد از سوی آنان درست باشد حدود اجتهاد از تلاش برای فهم متن از خلال روح و مقاصد شرعی تجاوز نمی کند.

4- مسلمانان پس از سده ای سوم هجری به جنبش ترجمه توجه کردند، و این جنبش بیشتر در حول و حوش محور کتب فلسفه و ادبیات بود نه کتاب های حقوقی و قانونی، در زمینه فلسفه و ادب تاثیر را انکار نمی کنیم، اما این تاثیر در زمینه تشریع ثابت نشده است.¹

¹ - ابوطالب، دکتر صوفی حسن، بین الشریعه الاسلامیه، والقانون الرمانی، ص 53.

مهمترین اختلاف شریعت اسلامی با حقوق روم:

وقتی که بطلان دلیل تاریخی دیدگاه تاثیر پذیری شریعت اسلامی از حقوق روم ثابت شده که بطور قطع دلیل و الهی و ضعیف محسوب می شود، هرکس احکام شریعت اسلامی را با احکام حقوق روم مقایسه کند می داند که در بین آنها در منابع، در تاثیر عمومی، احکام جزئی و میزان ارتباط هریک با اخلاق تفاوت اساسی وجود دارد.

اول: اختلاف در منابع:

من بر آن نیستم که ما نیازمند ارائه دلیل بر استقلال و تمایز منابع شرعی از منابع حقوق هستیم. شریعت اسلامی یک منبع الهی است که با ویژگی های معین تمایز پیدا می کند و این منبع از قدسیتش در دل ها بهره می گیرد و ممکن نیست هیچ فقیهی نصی را نپذیرد یا با آن مخالفت کند.

اگر منابع اجتهادی باشد از راه قیاس، استحسان و عرف با نص شرعی ارتباط برقرار می کند و در همه حالات جایز نیست اجتهادی مخالف نص ثابت قرآن و حدیث باشد. بنابر این فقیه همیشه تلاش می کند تا حکم و دلیل را باهم ربط دهد تا درستی اجتهادش را تأیید نماید.¹ اما منابع حقوق روم منابع و صنعتی هستند و از ویژگی قداست و ثبات برخوردار نیستند و تغییر و تبدیل پذیر هستند، و شامل قوانین امپراطوری اعم از منشورات، احکام قضائی، فتاوی، عرف ها، قوانین مدون و بیانیه های صادره از محابیس عمومی می باشند.

حقوق دان فرانسوی زیس بر استقلال شریعت اسلامی از قوانین و صنعتی تأکید می کند و می گوید: هنگامی که کتاب های فقه اسلامی را می خوانم احساس میکنم هر آنچه را که از حقوق فرانسه یا از حقوق روم می دانم فراموش کرده ام و من معتقدم هیچ ارتباطی در بین شریعت اسلامی و این دو حقوق وجود ندارد، در حالیکه حقوق ما بر عقل بشری اعتماد می کند شریعت اسلامی بر وحی الهی بنا شده است.

دوم: اختلاف در تاثیر عمومی:

شریعت اسلامی از حقوق روم به سبب چند ویژگی تمایز پیدا میکند.

1- ویژگی دینی:

شریعت اسلامی به سبب ویژگی دینی یا قوانین وضعی اختلاف دارد، به دلیل اینکه شریعت در بین احکام دینی و یا اجتماعی تفاوت قائل نمی شود، چون دولت مکلف به اجرای احکام شرعی اعم از عبادات یا معاملات می باشد اما قوانین

¹ - البنان، دکتر محمد فاروق، نظام الحكم في الاسلام، ص 284.

وضعی در بین قواعد دینی و قواعد حقوقی تفاوت قائل است. علی رغم این که بسیاری از آنها حتی در زمینه قواعد حقوقی متأثر از تعالیم دینی هستند.

2- ویژگی عام بودن:

خطاب شرعی به طور یکسان متوجه همه ای مکلفان است و شریعت اسلامی در بین انسانها به سبب رنگ، نژاد یا ملت تفاوت قائل نیست، بلکه بر حسب طبیعت انسانی یا انسانها رفتار میکند، اسلام هر گونه نژاد پرستی یا ملی گرایی منفی را به رسمیت نمی شناسد و همه مردم را در حقوق انسانی یکسان می داند. چون یک دین آسمانی است که برای هدایت مردم آمده است و مردم را براساس باور هایشان تقسیم میکند، شرک و الحاد را با همه ای اشکال آنها نمی پذیرد و به ایمان به خداوند فرا می خواند و حکومت اسلامی را بر این اساس برپا می کند. و اگر در بین مسلمان و ذمی در بعضی از حقوق تفاوت قائل می شود. شامل حقوق انسانی مانند حق زندگی، آموزش، عدالت و کرامت نمی شود، این تفاوت به موضوعاتی که لازم است حکومت اسلامی و مسلمانان این حقوق را مراعات و حمایت کنند محدود می شود.

3- ویژگی استمراری:

شریعت اسلامی به سبب اعتماد بر دو منبع از قوانین وضعی تمایز پیدا می کند. اولی متون و این که منبع متصف به صفت استمرار و ثبات است و قابل تغییر و تبدیل نیست، جز این که این منبع اکثراً مبادی کلی و عام را بدون پرداختن به فروع بیان می کند، مگر در بعضی از مسائلی که نیاز به توضیح دقیق و قطعی دارند. اما منبع دوم که اجتهاد است همان منبع مجدد همیشگی است و نماینده ای دیدگاه متجدد نسبت به نص شرعی متناسب با مصالح جمعی و متغیرات زمانی و مکانی و به عنوان مکمل منبع اول و تابع آن است، بنابر این جائز نیست که اجتهاد با نص ثابت متناقض یا مخالف مضمون آن باشد، بلکه لازم است که مراد نص را بیان کند.

برخلاف حقوق روم که انسان آن را وضع کرده است و اگر واضعانش در بعضی از جوانب، متأثر از تعالیم دین مسیحی هستند، اما این تاثیر صفت قانونگذاری دینی را به آن نمی بخشد، به ویژه این که تعالیم دین مسیح مشتمل بر مسایل حقوقی که زندگی انسانی را تکمیل کند نمی باشد، بلکه تنها به راهنمایی اخلاقی و روحی اکتفا کرده است. و اگر کلیسا ملزم به بعضی از قواعد حقوقی شده، و این التزام ممکن است این قواعد را از طبیعت بشری منتقل نماید، اما همچنان در معرض تغییر و تبدیل است.

این اختلافات اساسی شریعت اسلامی با حقوق روم، تفاوت کامل در بین آنها و استقلال هر شریعتی را از دیگری علاوه بر اختلاف اساسی در فروع و جزئیات مورد تأیید قرار می دهد.

سوم: اختلاف در احکام:

اگر پیگره ای اصلی نظریات و قوانین در فقه اسلامی را نگاه کنیم می بینیم که آنها کاملاً متأثر از خصوصیتی هستند که بر فقه اسلامی از جهت ظهور نقش دین سیطره یافته است و تشریع اسلامی احکام جدیدی را آورده است که در قانونگذاری های قبلی نبوده است. علاوه بر آن اکثر این احکام از طریق ادله ای ثبوتی قرآن و سنت استنباط شده اند و این نظریه ای تأثیر و اقتباس را رد می کند که به عنوان مثالی چند قانون را ذکر میکنیم:

1- قانون مجازات:

به طور قطع نظام مجازات در فقه اسلامی با قانون مجازات در حقوق روم متفاوت است، ما به ویژه وقتی که می بینیم احکام قصاص، حدود و دیات در نصوص قرآنی بیان شده اند که این مسئله وجود اقتباس را نفی میکند.

2- نظام خانوادگی:

اکثر احکام خانواده و ادله ای آنها در قرآن بیان شده اند، مانند احکام ازدواج، طلاق، مهر، ارث، وصیت، نفقات و تعدد زوجات، سپس احکام جزئی و فرعی از طریق قیاس و ضوابط دقیقی که آنها را به نص شرعی ربط می دهد بیان شده اند.

3- نظام مالکیت:

شریعت اسلامی اصل رضائت را در عقد بیع لازم می دارند، به گونه ای که انتقال مالکیت از طریق توافقی که بیانگر عقد است صورت می گیرد، برخلاف حقوق روم که به عقد تنها اکتفا نمی کند بلکه شرط های صوری دیگری را در نظر می گیرد.

شریعت اسلامی اصل نیابت را در عقود به رسمیت شناخته است، چون به موضوع نگاه مادی دارد و رابطه بین متعاقدين را رابطه مالی می داند، در حالیکه حقوق روم به موضوع عقد نگاه شخصی دارد، بنابر این نظریه نیابت در عقود را نمی پذیرد.

چهارم: اختلاف در مقدار ارتباط قانون و اخلاق:

از مهم ترین اختلافی که در بین شریعت اسلامی و حقوق روم ملاحظه می شود آن است که شریعت اسلامی به اعتبار این که یک شریعت دینی است در بین قاعده اخلاقی و قاعده حقوقی ارتباط برقرار می نماید، و قواعد حقوقی را مقید به قواعد اخلاقی می کند، در نتیجه ضروری است که احکام تشریع در پرتو

مفاهیم اخلاقی که از آنها به مقاصد شریعت تعبیر می شود فهمیده شوند، بدین سبب ملاحظه می کنیم که جانب دینی جانب حقوقی و قضائی را حمایت می نماید.

از اینجا می فهمیم هرگونه تصرفی اعم از عقد و یا غیر عقد لازم است خالی از قصد و زیان آور باشد که از آن به نیت تعبیر می شود. و اگر قصد مضرر یا فعل مباح همراه شود به حرام و ممنوع تبدیل می شود. و این قاعده را در زمینه کسب می بینیم زیرا هر کسبی با مبادی اخلاقی منافات و با مصالح عمومی از مهم ترین مقاصد شرعی است چالش داشته باشد در نظر اسلام حرام است، مانند کسبی که از راه سواستفاده، ضرر زدن، احتکار و ربا حاصل شود که این همه حرام اند.

تصور نمی کنم حقوق روم یا هر قانون وضعی دیگری قواعد حقوقی را با مبادی اخلاقی ربط داده باشد، هر چند اکثر قوانین وضعی در امکان با مبادی اخلاقی را در قواعد حقوقی مراعات می کنند.¹

منابع و مآخذ

- 1- ابوطالب، دکتر صوفی حسن، بین الشریعه الاسلامیه و القانون الرومانی،.
- 2- الجابر، دکتر آمینه، دسوقی، دکتر محمد، مقدمه فی دراسه الفقه الاسلامی.
- 3- النبهانی، دکتر فاروق، المدخل للتشريع الاسلامی.
- 4- البنان، دکتر محمد فاروق، نظام الحكم فی الاسلام.

¹ - النبهانی، دکتر فاروق، المدخل للتشريع الاسلامی، ص 28.

اجمالی از فعالیتها

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 1398/10/1 الی 1398/10/30 تعداد (25) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (39) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی، اخذ رشوت، تزویر، اختلاس، اخاذی های غیر قانونی و اکتساب غیر قانونی سلاح گرفتار شده و از این تعداد (5) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (34) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال 11 نفر.
- حبس یک الی پنج سال 11 نفر.
- محکومین جرایم نقدی 12 نفر.
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (21154) دالر آمریکائی میشود.

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

ردیف	شرح جرم	تعداد محکومین	تصمیم قضائی				
			تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محکومین به حبس نقدی	تعداد محکومین به حبس جزائی	تعداد محکومین به حبس جزائی	تعداد محکومین به حبس جزائی
1	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	7	8	1	7	7	7792
2	اخذ رشوت	6	7		3		8311

4207			6	6	12	2	14	6	تزویر	3
			2	3	5	1	6	3	اختلاس	4
						1	1	1	اکتساب غیر قانونی سلاح	5
844	1			2	3		3	2	اخاذی غیر قانونی	6
\$21154	12		11	11	34	5	39	25	مجموعه	

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (10) دوسیه قرار قضائی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی 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 جدی سال 1398 است

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار		مرجع مربوط
				خلا و نواقص		
1	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	3	6	3		خارنوالی
2	غدر	1	1	1		خارنوالی
3	اختلاس	1	1	1		خارنوالی
4	مفقودی سلاح	3	3	3		خارنوالی
5	حیازت غیر قانونی سلاح	1	2	1		خارنوالی
	اخاذی ها غیر قانونی	1	1	1		خارنوالی
	مجموعه	10	14	10		

2. نمونه های از خلاصه احکام صادره محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل حکم مورخ 1398/10/17

محکومیت سر طبیب کلنیک صحیه مرکز تعلیمی نظامی کابل به جرم اختلاس موظفین مدیریت ضد استخبارات مرکز تعلیمی نظامی کابل در قراول قطعه متذکره یک عراده رینجر مربوط به سر طبیب کلنیک صحیه مرکز تعلیمی نظامی کابل را در حین خروج از قرارگاه متوقف نموده و مورد تلاشی قرار داده است که در جریان تلاشی به مقدار (6) قطعی واکسین های پولیو و زردی سیاه که مجموعا (1796) امپول میشود از داخل واسطه متذکره بدست می آید و سر طبیب کلینیک صحیه مرکز تعلیمی نظامی کابل و فارمسست کلنیک صحیه در پیوند به قضیه دستگیر و به ارگان های عدلی و قضایی معرفی می گردند که

قضیه محول محکمه ابتدائیه مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/10/17 در حضور داشت طرفین قضیه متهمین سر طیب و فارمسست کلنیک صحنه مرکز تعلیمی نظامی کابل را در قضیه اختلاس مقدار (1796) ویال واکسین پولیو و زردی سیاه به ارزش مبلغ (56,1045896) افغانی طبق هدایت فقره (4) ماده (391) و فقره (2) ماده (398) با رعایت ماده (58) کود جزا و با در نظر داشت مواد (213 و 214) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی شان هر واحد به مدت سه سال و شش ماه حبس تنفیذی و طرد از مسلک و انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است.

حکم مورخ 1398/10/17

محکومیت انجنیر کنترول ساختمانی ناحیه هشتم شهر کابل

عضو مدیریت کنترول ساختمانی ناحیه هشتم شهر کابل کار یک ساختمان را در منطقه غرب بلاک های هیواد وال که منزل رهائشی قبلی خویش را تخریب و مجدداً الی طبقه چهارم اعمار نموده و میخواست که بیشتر از این به اعمار ساختمان خویش پردازد موصوف مانع کار ان شده یکن که خود را مالک ساختمان طی تماس تلفونی به شخص مدیر کنترول ساختمان از وی تقاضا نموده تا در قسمت اعمار ساختمان ، موصوف را مزاحمت نه نماید که مدیر کنترول ساختمانی تقاضای مالک را نپذیرفته و مالک ساختمان به کارش ادامه میدهد تا اینکه مدیر کنترول همراه با چندین تن از کارمندان خویش به ساحه مورد نظر رفته و قسمتی از طبقه هفتم ساختمان را نیز تخریب می کند متعاقباً شخص دیگری که خود را برادر صاحب مالک معرفی داشته و بیان نموده که اصل ساختمان از وی بوده و کار ساختمانی را به برادرش به اجاره داده است، با عضو مدیریت انجینری در منطقه پل باغ عمومی قرار ملاقات میگزارد و در منطقه ذکر شده همدیگر را ملاقات می نماید و مالک در بدل پرداخت مبلغ (2000) دالر امریکایی تقاضای ادامه کار خویش را می نماید و انجنیر ناحیه تقاضای وی را پذیرفته و وعده نموده تا مبلغ متذکره را به وی پردازد بعداً مالک طی تماس تلفونی بیان داشته که پول ذکر شده را آورده نمی تواند و فردای ان روز پول را می آورد و فردا در منطقه پل باغ عمومی حینی که پول را به انجینیر تسلیم می نمود بالفعل توسط موظفین ریاست عمومی

امنیت ملی دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد محکمه در جلسه 1398/10/17 خویش در حضور داشت طرفین قضیه متفقا متهم عضو مدیریت کنترل ساختمان های ناحیه هشتم شاروالی کابل را در قضیه اخذ رشوت مبلغ (2000) دالر امریکایی طبق حکم بند 5 فقره 1 ماده (371) ، فقره (2) ماده (375) و فقره (1) ماده (385) کود جزا با رعایت احکام مواد (213 و 214) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت دوسال و شش ماه حبس تنفیذی ، جزای نقدی معادل و جه رشوت و انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است .

ج) گزارش و فعالیتهاي قضائي محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشي از فساد اداري ولايت کابل

1) گزارش

محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشي از فساد اداري ولايت کابل از تاريخ 1398/10/1 الي 1398/10/30 تعداد (3) دوسيه جرمي مربوط به جرایم ناشي از فساد اداري را مورد رسیدگي قضائي قرار داده که در ارتباط به این دوسيه ها تعداد (11) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی، اخذ رشوه و اختلاس گرفتار شده و از این تعداد (5) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برانست حاصل و (6) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات هاي مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک سال الی پنج سال 6 نفر.
- جدول شماره (3) بیانگر آماراجراآت محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه جدی سال 1398 است

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تصمیم قضائی				
			تعداد محکوم	تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
			تعداد محکوم	یک ماه الی یک سال حبس	1 - 5 سال حبس	5 - 15 سال حبس	جریمه نقدی
				محکومین جوانی	محکومین جوانی	محکومین جوانی	جریمه نقدی

1	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	1	4	4				
2	اختلاس	1	6		6		6	
3	اخذ رشوت	1	1	1				
مجموعه		3	11	5	6		6	

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (3) دوسیه قرار قضایی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی 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 جدی سال 1398 است

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار خلا و نواقص	
				مرجع مربوط	
1	اختلاس	2	6	2	خارنوالی
2	غدر	1	5	1	خارنوالی
مجموعه		3	11	3	

2. خلاصه نمونه های از احکام صادره محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل حکم مورخ 1398/10/12

محکومیت عضو مدیریت بررسی حادثات ترافیکی کابل به جرم اخذ رشوت
 بلاثر اطلاع واصله به ریاست مبارزه علیه جرایم سنگین فساد اداری ، مبنی بر اینکه یکتن از موظفین مدیریت ترافیک کابل ، یک قاب نمبر پلیت مربوط یک عراده واسطه نقلیه را قید نموده و در بدل تسلیم نمودن دوباره آن به مالک واسطه مبلغ (15000) افغانی پول مطالبه می نماید موضوع بعد از هدایت ریاست مبارزه علیه جرایم سنگین فساد اداری طی پلان منظم و منظور شده تحت کار اوپراتیفی مدیریت عمومی مبارزه علیه فساد اداری ان ریاست قرار میگیرد شخص همکار اعتمادی بعدا ابراز می نماید که با افسر ترافیک در بدل استرداد پلیت نمبر به مبلغ (8000) افغانی موافقه می نماید بالاخره لمری ساتمن عضو امریت بررسی حادثات ترافیکی کابل در شعبه امریت حادثات همراه با شخص اعتمادی ریاست مبارزه علیه جرایم سنگین فساد

اداری ملاقات می نماید از داخل قرار گاه مدیریت ترافیک خارج گردیده و میگوید دو باره می ایم بعد از چند دقیقه دوباره داخل قرارگاه مدیریت ترافیک شده در داخل دهلیز امریت بررسی حادثات مبلغ هفت هزار افغانی پول اوپراتیفی از قبل نشانی شده را از نزد همکار اعتمادی اخذ و پلیت نمبر را برایش تسلیم مینماید متعاقبا در حضور داشت خارنوال موظف ریاست عمومی خارنوالی اختصاصی علیه جرایم سنگین فساد اداری و نماینده پولیس قوماندانی امنیه ولایت کابل بازداشت و مبلغ (5000) افغانی پول اوپراتیفی از قبل نشانی شده از جیب دریشی مظنون دریافت و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/9/4 به اتفاق ارا متهم عضو مدیریت بررسی حادثات ترافیک کابل را در قضیه اخذ رشوت مبلغ (5000) افغانی طبق بند فقره 1 بند 1 ماده 385 کود جزا و ماده 14 کود مذکور به شمول ایام نظارت و توقیفی اش به مدت پنج ماه حبس تنفیذی؛ جزای نقدی معادل و جه رشوت و رد مبلغ یک هزار افغانی پول اوپراتیفی و متهم دیگر عضو امریت بررسی حادثات ترافیکی کابل را در قضیه اخذ رشوت مبلغ (2000) افغانی طبق بند 1 و فقره 1 ماده 371 فقره 1 ماده 385 کود جزا و ماده 14 کود مذکور به مدت سه ماه حبس تنفیذی جزا نقدی معادل وجه رشوت 5 ماه حبس بنا بر قناعت محکوم قطعی گردیده و رد مبلغ پول اوپراتیفی محکوم به مجازات نموده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم دومی قضیه وارد محکمه استیناف مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/10/12 خویش به اتفاق ارا متهم را در قضیه اخذ رشوت مبلغ (2000) افغانی نسبت عدم موجودیت دلایل الزام طبق ماده 5 کود جزا و ماده 235 قانون اجراءات جزایی بری الذمه شناخت.

حکم مورخ 1398/10/10

محکومیت معاون بلوک تولی سوم قرار گاه همراه با امرین به جرم اختلاس
خارنوالان ریاست خارنوالی عسکری ولایت کابل مواد اعاشوی و سطح اکمال مواد متذکره را در قوماندانی قطعه واکنش سریع زون ۱۰۱ اسمائی کابل مورد کنترول و بررسی قرار میدهند که در نتیجه معلوم میگردد که طبق فورم م 8 به مقدار بیست کیلو گرام گوشت کمبود وانمود گردیده و ثابت میشود که مقدار گوشت متذکره از جانب هیئت اکمال و معتمد با ظروف یکبار مصرف و شیر تازه تبادل میگردد این عملکرد غیر قانونی مسوولین لوژیستیک از بیست یوم ادامه داشت که خارنوالی عسکری ولایت کابل بعد از انجام یک سلسله تحقیقات اتهام اختلاس مقدار ۴۰۰ کیلوگرام گوشت را به هیئت اکمال و مسوولین

لوژیستیک قوماندانی قطعه واکنش سریع وارد نموده و قضیه را به محکمه ابتدائیه مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل ارسال نموده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/7/20 خویش به حضور داشت طرفین قضیه به اتفاق ارا متهمین رئیس ، اعضای هئیت اکمال ، امر لوژیستیک ، امر اعاشه و متعمد اعاشه قوماندانی قطعه واکنش سریع را در قضیه اختلاس (400) کیلو گرام گوشت گاو به قیمت مجموعی (79200) افغانی طبق حکم فقره 1 ماده (391،393) و فقره 1 ماده 398 کود جزا با رعایت مواد 211 و 215 کود مذکور هر واحد به مدت یکسال و یکماه حبس تنفیذی و رد مبلغ اختلاس شده محکوم نموده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت خارنوال و متهمین قضیه وارد محکمه استیناف مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/10/10 خویش به اتفاق ارا در حال حضور داشت طرفین قضیه طبق حکم ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فیصله محکمه ابتدائیه جرایم ناشی فساد اداری ولایت کابل را مورد تائید قرار داده است .

در راستای مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

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

1. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (1398/10/1) الی (1398/10/30) تعداد (72) 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 (92) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (1) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برانیت یافته و (91) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس 1 سال الی 5 سال 39 نفر .
- حبس 5 سال الی 15 سال 22 نفر.
- حبس 15 سال الی 20 سال 20 نفر.
- حبس 20 سال الی 30 سال 4 نفر .
- محکومین جرایم نقدی 4 نفر.
- در ارتباط به محاکمات فوق الذکر حکم به محو مقدار (2738,751) کیلوگرام کیلوگرام مواد مخدر و (560,75) لیتر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

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

ردیف	نوع قضیه	تعداد قضایا	مقدار مواد	تعداد متهمین	برانیت	تعداد محکوم	تصمیم قضائی				
							تعداد محبوس به حبس تنفیذی				
							1-5 سال حبس	5-15 سال حبس	15-20 سال حبس	20-30 سال حبس	جرایم نقدی
1	مت امفتمین	36	960,032	47	1	46	23	15	8		
2	تریاک	5	1114	9		9	1		8		
3	هیرونین	21	101,519	22		22	12	6	2	2	
4	چرس	3	504,5	3		3	2	1			

		2	2			4		4	58.7	4	مورفين	5
779	1				1	2		2	355.75 LT	1	مشروبات الكحولى	6
779	3					3		3		1	همكارى با قاجاقيران	7
				1		1		1	LT205	1	مواد كيميائى	8
155 8	4	4	20	22	39	90	1	91	2738.75 1	72	مجموعه	

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

حکم مورخ 1398/10/22

هجده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (25) كيلو گرام مورفين

به اساس اطلاع اداره اطلاعات و تحقیقات به مدیریت مبارزه با مواد مخدر ولایت کندز مبنی براینکه یکتن میخواهد مقداری ازمواد مخدر را که در یکعمراده موتر جاسازی گردیده است از ولایت کندز وارد به شهر کابل نماید بعدا موظفین بتاریخ 1398/8/16 چک پاینت در مسیر راه افراز و بعد از تثبیت و شناسایی واسطه متذکره را توقف و مورد تلاشی قرار میدهند که در نتیجه از عقب چوکی دریور مقدار (25) کیلو گرام مورفین که به طور ماهرانه جاسازی شده بود کشف و به ارتباط موضوع دریور واسطه گرفتار وبه ارگانهای عدلی وقضایی معرفی میگردد که قضیه محول محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/10/22 به اتفاق آراء بحضور داشت حقیقی طرفین قضیه متهم را در قضیه انتقال مقدار 25 کیلوگرام مورفین از ابتداء ایام نظارت و توقیفی اعتبار از تاریخ گرفتاری وفق هدایت بند (4) فقره (1) ماده (302) و مواد (213) و (214) کود جزا بمدت هجده سال حبس تنفیذی محکوم بجزا نموده و همچنان یکعمراده واسطه نوع پیکپ حامل مواد مخدر را طبق ماده (308) کود جزا و یک سبت مبائیل معه سیمکارت های آن را طبق ماده 32 قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر مصادره و طبق ماده 19 قانون مذکور به محو مقدار 25 کیلوگرام مورفین بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است .

حکم مورخ 1398/10/25

چرس نه سال حبس به اتهام حيازت مقدار (15،97) گرام مت افگتامين و (23) گرام

مدیریت مبارزه علیه مواد مخدر ولایت ننگرهار طبق پلان قبلی غرض کشف و گرفتاری پرچون فروشان مواد مخدر در نواحی شهر جلال آباد توظیف گردیده بودند که در جریان وظیفه به اساس معلومات تلیفونی شخص اعتمادی مبنی بر اینکه یک نفر مواد مخدر را به طور پرچون بالای جوانان، نوجوانان و معتادین در ساحه ثمر خیل مربوطات ناحیه نهم شهر جلال آباد بفروش میرساند که بعد از سعی و تلاش مسوولین متهم شناسایی و تثبیت گردید و در حین تلاشی بدنی و زمان گرفتاری به درگیری فیزیکی و مشاجره لفظی با پولیس پرداخته و در حین تلاشی بدنی یک مقدار مواد مخدر تحت نام چرس و یک مقدار مواد تحت نام مت افتمامین و به تعداد پنج قرص تابلت K از جیب پیراهن متهم کشف و ضبط میگردد که و بملاحظه محضر تشریح و وزن (2/97 گرام تابلت k، 13 گرام مت افتمامین) و (23) گرام چرس تثبیت گردیده و در نتیجه تست لابراتواری مت افتمامین، تابلت کی و مواد مخدر چرس مثبت ثابت گردیده متهم به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه به محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر راجع گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/10/25 خویش به اتفاق آراء و بحضور داشت طرفین حقیقی قضیه متهم را در قضیه حیزات مقدار (15/97) گرام مت افتمامین وفق صراحت بند (3) فقره (2) ماده (303 و 83) کود جزا به مدت (پنج سال) حبس، در قضیه (23) گرام چرس وفق هدایت بند (1) فقره (1) ماده (305) کود جزا و رعایت ماده (83) کود مذکور به مبلغ (پنج هزار) افغانی جزای نقدی که با در نظر داشت ماده (73 و 78 و 83) کود جزا مجازات شدید از بابت حیزات (15/97) گرام مت افتمامین که مدت پنج سال حبس می باشد و مجازات نقدی مبلغ پنج هزار افغانی جزای نقدی بالایش قابل تطبیق و درخصوص فروش مواد مخدر بالای معتادین و سایر افراد مطابق ماده (311) کود جزا و رعایت ماده (83) کود مذکور به مدت (سه سال) حبس تنفیذی و در قضیه تجاوز علیه موظفین گرفتاری طبق صراحت ماده (354) کود جزا و رعایت ماده (83) کود مذکور به مدت یکسال حبس که با در نظر داشت ماده (75) کود جزا با رعایت ماده (83) کود مذکور مجازات محکوم بها که جمعاً مدت (9) سال حبس تنفیذی می شود از ابتدائی ایام نظارت و توقیفی یکی پی دیگر بالایش قابل تطبیق و تنفیذ می باشد. هکذا مطابق ماده (19) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر مقادیر مختلف النوع مواد مخدر متذکره قابل محو پنداشته شده است.

ب: گزارش اجراءات قضائی محکمه استیناف اختصاصی

مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

1. گزارش

محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (1398/10/1) الی (1398/10/30) تعداد (55) 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 (81) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (2) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برآنت یافته و (79) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس 1 سال الی 5 سال 24 نفر.
- حبس 5-15 سال 27 نفر.
- حبس 15-20 سال 20 نفر.
- حبس 20 سال - 30 سال 8 نفر.
- همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر مقدار (65976,677) کیلوگرام مواد مخدر کشف و ضبط گردیده است.
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (11251) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (1) بیانگر اجراءات قضایی محکمه استیناف اختصاصی مبارزه با مسکرات و مواد مخدر طی ماه جدی سال 1398 می باشد

شماره	نوع قضیه	تعداد افراد متقاضی	مقدار مواد	تعداد متهمین	برآنت	جرای نقدی	تعداد محکوم	تصمیم قضائی			
								تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
								1- 5 سال حبس	5- 15 سال حبس	15- 20 سال حبس	20-30 سال حبس
1	مت امفتامین	30	60,677	42	2	1363	40	12	14	14	
2	تریاک	8	359,5	10		909	10	2	4	2	2
3	چرس	5	1539	6		324	6	2	4		
4	مورفین	1	18	1		259	1			1	
5	هیرونین	9	49,5	17		8137	17	3	5	3	6
6	بنگدانه	1	4550	2			2	2			

7	خشخاش	1	59400	3	259	3	3				
مجموعه	55	65976.677	81	2	1125 1	79	24	27	20	8	

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

حکم مورخ 1398/10/25

دوازده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (1,160) کیلو گرام مت افتماین
 به اساس اطلاع اوپراتیفی ریاست امنیت ملی ولایت کابل مبنی بر اینکه دو تن از جمله فروشندگان مواد مخدر بوده و مواد مخدر نوع شیشه را بالای افراد و اشخاص در بدل پول بفروش میرسانند به تاسی از اطلاعیه فوق موظفین مدیریت امنیت ملی بتاريخ 1398/7/22 متهمین را حین تبادلله مقدار (1.160) کیلو گرام موا دمخدر تحت نام شیشه در مربوطات حوزه هشتم شهر کابل در ساحه مسجد دو صد فامیلی بلاک های هیوادوال بحضور داشت نمایندگان ذیربط گرفتار مینمایند بملاحظه محضر تشریح، وزن خالص مواد بدست آمده مقدار (1.160) کیلو گرام و نتیجه تست لابراتواری آن مت افتماین مثبت تثبیت و متهمین به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد قضیه وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه بتاریخ 1398/9/11 به اتفاق آراء و به حضور داشت حقیقی طرفین قضیه متهمین را در قضیه فروش مقدار (1,160) کیلو گرام مت افتماین وفق هدایت بند (5) فقره (2) ماده (303) کود جزا هر واحد بمدت (12) سال و (11) ماه حبس تنفیذی محکوم به مجازات نموده و همچنان دو سیت مبابیل معه سیمکارت های آن را طبق ماده (32) قانون مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات مصادره و طبق ماده (19) قانون مذکور به محو مقدار (1.160) کیلو گرام مت افتماین بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت متهمین قضیه محول محکمه استیناف رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه بتاریخ 1398/10/25 به اتفاق آراء و بحضور داشت حقیقی طرفین متکی به ماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و ماده (267) قانون اجراء جزائی فیصله محکمه ابتدائیه را مورد تائید قرار داده است .

حکم مورخ 1398/10/25

پنج سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (172) کیلو گرام چرس

به اساس اطلاع قبلی مدیریت اطلاعات و تحقیقات به مدیریت مبارزه با مواد مخدر ولایت ننگرهار مبنی بر اینکه یکعراده موترنوع کرولا میخواهند یکمقدار مواد مخدر را از ولسوالی خوریانی به بازار مارکو ولسوالی غنی خیل انتقال دهند که به تاسی از اطلاع متذکره در جریان چک و تلاشی عراده جات در پوسته کنترولی ثمرخیل یکعراده موتر نوع کرولا به ساحه چک پاینت رسیده از طرف موظفین شناسائی و مورد تلاشی قرار میگیرد در نتیجه مقدار (172) کیلو گرام مواد مخدر نوع چرس از داله موتر کشف و بدست می آید ارتباط به قضیه دریور و راکب موتر گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/7/28 خویش بحضور داشت حقیقی طرفین به اتفاق آرا متهمین را در قضیه انتقال مقدار (172) کیلو گرام چرس مطابق بند (7) فقره (1) ماده (305) و رعایت مواد (213 و 214) کود جزا از ابتدای ایام گرفتاری شان بمدت (پنج - پنج) سال حبس تنفیذی محکوم بمجازات و در قضیه رانندگی عراده بدون جواز سیر طبق ماده (560) کود جزا به مبلغ (20000) افغانی جزای نقدی با در نظر داشت ماده (75) کود جزا محکوم بمجازات و هکذا طبق ماده (32) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات بمصادره دو سیت مبابیل معه سیمکارتهای آن طبق ماده (308) کود جزا بمصادره عراده نوع کرولا حامل مواد مخدر و مطابق ماده (19) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکر به محو مقدار (172) کیلو گرام چرس بدست آمده اصدار حکم گردیده . اما قضیه نسبت عدم قناعت طرفین قضیه محول محکمه استیناف رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات شده و در جلسه علنی قضائی مورخ 1398/10/25 به اتفاق آراء و بحضور داشت حقیقی طرفین متکی به ماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و ماده (267) قانون اجراءات جزائی فیصله محکمه ابتدائیه مورد تأیید قرار گرفته است .