

قضاء



دسترې محکمې نشراتي ارگان

د امتیاز خاوند: ستره محکمه دخپرونو ریاست

د لیکنی هیئت

پوهنوال عبدالقادر عدالتخواه	دوکتور عبدالملک "کاموي"
دوکتور عبدالله عطائي	قضاوتپوه برات علی متین
قضاوت پوه حضرت گل حسامی	قضاوتپال مولوي محمد صدیق "مسلم"
قضاوتمل عنایت الله حافظ	قضاوتپوه غوث الدین مستمند غوری

مسئول مدیر: محمد صدیق ژوبیل

پته: دافغانستان داسلامي جمهوري دولت ستره محکمه

تيلفون: ۰۳۶۱ ۰۳۳۰ ۲۲۶۳_۲۳۰

دیزاین او کمپوز: وحیدالله "اسدیار"

publication@supreme court.gov.af



فهرست مطالب:

از متحد المال های ستره محکمه	۳
مراجع تفسیر قوانین.....پوهنوال عبدالقادر عدالتخواه .	۵
د اسلامی شریعت موخې (مقاصد).....قضاوتمل عنایت الله حافظ ..	۱۹
احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی.....قضاوتپوه مستمند غوری	۲۷
داسلامی فقهی بنسټونه.....قضاوتپوه حسامی	۴۲
مصادر قانون.....دوکتور عبدالله عطائی	۶۰
وصیت واجبه.....قاضی فضل الرحمن فضلی ..	۶۹
بررسی فقهی و حقوقی نیابت در عقد.....قضاوتمل واثق.....	۷۴
د کفالت تړون د فقهې او حقوقو له نظره.....قضاوتمل تراهی	۸۵
مطالعه جبران خسارت متضرر«مجني عليه».....احمد شکیب ریاض	۹۱
تجدید نظر بر فیصله های قطعی و نهائی محاکم.....قضاوتمل اوریاخیل.....	۱۰۲
ضمان استحقاق در عقود معینه و فقه اسلامی.....قاضی غلام سعید سعید ...	۱۱۷
حق مالکیت از دیدگاه های مختلف.....سید شمس العارفین	۱۳۸
عناصر متشکله جرم تجاوز ارضی از منظر.....شفیق الله شهیر.....	۱۴۶
اجمالی از فعالیتها در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر	۱۵۹

از متحدالمال های ستره محکمه

پیشنهاد(۸/۱۶) مورخ ۱۳۹۹/۱/۱۰ اداره محترم لوی څارنوالی بالاثر فرمان اختصاصی شماره (۱) مورخ ۱۳۹۹/۱/۷ غرض هدایت مقام محترم شورای عالی حسب ذیل مواصلت ورزیده است:

((طوریکه با آنمقام محترم بهتر معلوم است فرمان اختصاصی شماره (۱) مورخ ۱۳۹۹/۱/۷ مقام عالی ریاست جمهوری اسلامی افغانستان در مورد عفو مجازات، تعویق تحقیق و تأجیل تنفیذ حکم محجوزین و محبوسین به تاسی از حکم جزء (۱۸) ماده (۶۴) قانون اساسی کشور، مصوبه شماره (۱) مورخ ۱۳۹۹/۱/۲ کابینه جمهوری اسلامی افغانستان و فیصله شماره (۲) مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۲۹ کمیته اضطرار به منظور اتخاذ تدابیر احتیاطی جهت جلوگیری از شیوع ویروس کرونا در محلات سلب آزادی طی (۸) ماده صادر گردیده است، که ماده سوم فرمان متذکره در مورد تعویق تحقیق و تأجیل تنفیذ حکم چنین صراحت دارد:

(لوی څارنوالی مکلف است تحقیق متهمین تحت توقیف و تنفیذ حبس و حجز محبوسین و محجوزین را طبق احکام مندرج مواد (۱۶۲ و ۳۳۲) قانون اجراءات جزائی با رعایت ماده (۳۳۳) آن بالترتیب تعویق و تأجیل نماید).

این در حالی است که اکثریت محبوسین محبس مرکزی پلچرخی با سوابق محبوسیت شان از (۳۴) ولایت کشور انتقال گردیده اند و بمنظور تعمیل هدایات فرمان فوق الذکر در مرکز کشور، محاکم مشخص و ذیصلاح صدور احکام تأجیل تنفیذ حکم محبوسین و محجوزین وجود ندارد.

بناءً بمنظور رفع این معضل از اینکه طبق هدایات مواد (۱۰۵، ۱۰۶ و ۳۳۳) قانون اجراءات جزائی تعیین کفالت بالمال در مورد تأجیل تنفیذ حکم محبوسین و محجوزین از صلاحیت محکمه ذیصلاح آنمقام محترم بوده آرزو مندیم

تا بادر نظر داشت استعجالیت موضوع در مرکز کشور محکمه ذیصلاح را جهت تعیین کفالت بالمال محبوسین و محجوزین بمنظور تأجیل تنفیذ حکم، مشخص و تفویض صلاحیت فرمایند تا بعداً در مورد تطبیق و تعمیم هدایات فرمان فوق الذکر ریاست جمهوری اسلامی افغانستان اجراءات قانونی صورت گرفته بتواند.))

چنینکه پیشنهاد فوق به جلسه مورخ ۱۳۹۹/۱/۱۲ شورای محترم عالی مطرح گردید تصویب شماره (۴۰) در زمینه حسب ذیل صادر شد:

((بمنظور تحقق سریع احکام مندرج فرمان اختصاصی شماره (۱) مورخ ۱۳۹۹/۱/۷ مقام عالی ریاست ج.ا.ا. و با حفظ مصوبات مصدوریه قبلی شورای عالی ستره محکمه در زمینه، به رؤسای محاکم استیناف ولایات بادر نظر داشت موقعیت محبس که در حوزه قضائی شان قرار دارد. و رؤسای محاکم اختصاصی استیناف مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات و مبارزه علیه جرایم سنگین فساد اداری اختصاصاً تفویض صلاحیت میگردد تا در مورد پیشنهاد کفالت بالمال خائونالی ها مبنی بر تعویق تحقیق و تأجیل تنفیذ حبس، مندرج مواد (۱۶۲ و ۳۳۲) قانون اجراءات جزائی حسب روحیه فرمان مذکور اجراءات عاجل و مقتضی بعمل آورند، موضوع طور متحدالمال به جمیع محاکم و مراجع ذیربط تعمیم گردد.))

مراتب هدایت تصویب فوق شورای محترم عالی ستره محکمه بدینوسیله بعموم محاکم استیناف ولایات و مراجع ذیربط طور متحدالمال تعمیم میگردد البته آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نموده تا مطابق آن اجراءات نمایند.

تتبع و نگارش: پوهنوال عبدالقادر «عدالتخواه»

مراجع تفسیر قوانین*

فهرست :

مقدمه.....	۵
مبحث اول؛ تفسیر قانون توسط مقنن.....	۷
مبحث دوم؛ تفسیر قانون توسط قضات.....	۱۰
مبحث سوم؛ تفسیر قانون توسط علماء و دانشمندان علوم حقوقی و شرعی.....	۱۴
نتیجه:.....	۱۶
منابع و مأخذ:.....	۱۷

مقدمه

به صورت عموم زمانی که قانونگذار قوانین را وضع می کند سعی اش بر این است که کلمات و جملات را به صورت صریح در قوانین، بیان و مقصد خود را به صورت واضح و روشن ابراز کند تا احکام قانون خالی از ابهام و اشکال بوده و بر تمام

* اکثر مطالب مقاله هذا تحت عنوان «مراجع ذیصلاح تفسیر قوانین» در شماره اول سال دوم برج حمل سال ۱۳۸۲ مجله «عدالت» ارگان نشراتی وزارت عدلیه ج.۱.۱. و در شماره اول سال ۱۳۹۱ مجله «قانون اساسی» ارگان نشراتی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی تحت عنوان «تفسیر قوانین» نشر گردیده بود. در جریان مدت زمان گذشته تحولات و انکشافات زیادی در عرصه های مختلف قوه قضائیه به وجود آمده است. که یکی از این انکشافات، انفاذ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه ج.۱.۱. میباشد که در شماره (۱۱۰۹) سال ۱۳۹۲ جریده رسمی به نشر رسیده است. بناءً با در نظر داشت انکشافات بعدی، محتویات مقاله متذکره خاصاً مبحث مربوط به «تفسیر قضائی» مورد بازنگری قرار گرفت، اصلاحات و تغییرات عمده در آن به وجود آمد که ذیلاً به مطالعه کنندگان محترم تقدیم میگردد.

موارد و نظایر آن تطبیق شده بتواند. اما با آنهم در بعضی اوقات و در برخی موارد دیده می شود که علی رغم تمام دقتی که در تنظیم مواد قانون به کار برده می شود، قوانین وضع شده از آن صراحتی که مورد نظر می باشد برخوردار نبوده و به صورت غامض و مبهم تنظیم می شود. در بسیاری از موارد، مقنن نمی تواند تمام حالات خصوصاً حالاتی را که در اثر پیشرفت علم و تکنیک در آینده به وقوع می پیوندد در قوانین موضوعه پیش بینی کند. از همین جهت است که به تفسیر قوانین ضرورت احساس می شود و در نتیجه مقننین، قضات و حقوقدانان مجبور می شوند که در هنگام ضرورت، قوانین را تفسیر کرده و مقصد اصلی قوانین را دریابند. خصوصاً بر قاضی لازم است تا پیش از تطبیق هر قانون و اجرای حکم آن، در قضیه مورد رسیدگی محتوا، مفهوم و مدلول قانون را درک کند و قضیه را مطابق به قانون و آن قسمی که عدالت قضائی ایجاب می کند، حل و فصل کند.

با در نظر داشت نکات فوق می توان گفت که تفسیر در لغت به معنای بیان و کشف مقصود گوینده آن است. (۳: ۵۰۱۵)

تفسیر در اصطلاح قانونی عبارت از تعیین مدلول و دایره شمول مواد قانون مبهم و یا مجمل، با توجه به مقصود قانونگذار در چارچوب اصول و مبانی نظام حقوق جامعه می باشد. (۱۴۱: ۱۵) به تعبیر دیگر تفسیر قانون عبارت از: «بیان مراد نصوص قانونی یا استدلال بر حکم قانونی از نصوص آن» می باشد. (۶: ۳۰)

به هر صورت تفسیر قوانین بیشتر، از دو نقطه نظر مطرح بحث شده می تواند: یکی تفسیر قوانین به اعتبار اشخاص ذیصلاح برای تفسیر و دیگری تفسیر قوانین به اعتبار شیوه های آن. البته بررسی طرق و شیوه های تفسیر قوانین^۱ در واقع خارج از محدوده این مقاله بوده و آنچه که دلچسپی ما را به ارتباط عنوان فوق الذکر فراهم می سازد، عبارت از مراجع تفسیر کننده قوانین می باشد.

اشخاص ذیصلاح که قوانین را تفسیر می کنند، بر طبق سوابق تاریخی و با رعایت طرز العمل های که در برخی کشورها وجود دارد معمولاً به سه بخش تقسیم می شوند که

^۱ إن شاء الله طرق و شیوه های تفسیر قوانین را در شماره های بعدی این مجله طی مباحث جداگانه مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

عبارتند از: تفسیر قانون توسط مقنن، تفسیر قانون توسط قضات و تفسیر قانون توسط علماء و دانشمندان حقوق. بنابر این هر کدام از تفسیر قوانین توسط مراجع فوق الذکر را قرار ذیل در مباحث جداگانه بررسی می‌کنیم.

مبحث اول؛ تفسیر قانون توسط مقنن

تفسیر قانون توسط مقنن که بعضاً به نام تفسیر قانونی یاد می‌شود، عبارت از همان نوع تفسیری است که به وسیلهٔ قوهٔ مقننه به عمل آید. به عبارت دیگر هر نوع توضیح و تشریحی که توسط قوهٔ مقننه به ارتباط قانون وضع شدهٔ قبلی صورت می‌گیرد به نام تفسیر قانونی یاد می‌شود. (۲: ۸۰-۷۹)

قابل یاد آوری است که در بعضی اوقات، قانون به اندازهٔ مبهم می‌باشد که مقنن را وادار می‌سازد تا در صدد تفسیر آن بر آمده و ابهام قانون را مرفوع نماید. بنابر این مقنن نظر خود را ضمن تفسیری به اطلاع عامه می‌رساند. بسیاری از دانشمندان حقوق خاصاً دانشمندان و پیروان مکتب کلاسیک⁺⁺ طرفداران این نوع تفسیر بودند. آنان به استناد اصل تفکیک قوا معتقد بودند چون امر قانونگذاری از وظایف خاص قوه مقننه می‌باشد، بناءً تفسیر قانون علی‌الاصول باید از وظایف خود مقنن باشد.

به این ارتباط باید گفت که در زمان‌های قدیم خصوصاً در عهد روم قدیم قضات و بعضاً افراد جهت توضیح موضوعات پیچیده و غامض به امپراتور که غالباً قانونگذار آن وقت بود، مراجعه می‌کردند و از امپراتور توضیحات می‌خواستند. در برابر این تقاضا، امپراتوران به تفسیر قانون پرداخته و فتوایی را در زمینه صادر می‌کردند که این فتوای ایشان به منزلهٔ تفسیر قانون بود. از همین جهت می‌توان گفت که استفاده از این شیوهٔ تفسیر در زمان‌های سابق بیشتر معمول و مروج بوده است، ولی در زمان کنونی استفاده از این شیوهٔ تفسیر به ندرت به وقوع پیوسته و جنبه‌های عملی آن به مراتب کمتر می‌باشد؛ زیرا قوهٔ مقننه اکثراً قانون وضع شدهٔ قبلی را تفسیر نکرده و به عوض آن توسط وضع قانون جدید ابهامی را که در قانون سابق موجود باشد مرفوع می‌سازد، اما با آنهم

⁺⁺ بنابر عقیده ی بسیاری از دانشمندان، مکتب کلاسیک در سال ۱۷۴۸ میلادی یعنی تاریخ انتشار کتاب روح القوانين به وجود آمده و نمایندگان اصلی این مکتب گیزو (Guizot)، روسی (Rossi) و غیره می‌باشند.

در عمل بعضاً دیده می شود که در برخی از کشور ها قانونگذار قانون وضع شده را تفسیر کرده و احکام آن را به ما قبل سرایت می دهد.

جهت ایضاح مطلب در ساحة حقوق جزا، قانون تفسیری سال ۱۹۴۴ کشور فرانسه را به حیث مثال ذکر می کنیم. در همان سال دولت فرانسه برای سرکوب اعمالی که در زمان جنگ اتفاق افتاده بود و کاملاً مشمول احکام قوانین جزائی فرانسه نبود، قانونی وضع کرد و قوانین جزایی سابق را تفسیر کرده و اعمال ارتکاب شده زمان جنگ را با جرایم مندرج در قانون جزای فرانسه منطبق دانست. مثلاً اعزام افراد را به اتاق گازدار شبیه مسمومیت، کار در اردوگاه های کار را شبیه توقیف غیر قانونی و اخذ مالیات های زمان جنگ را در حکم غارت دانست. (۹: ۳۳۰)

قانونگذاران در کشور ما طرز العمل واحدی را در تفسیر قوانین در نظر نگرفته، بلکه در رژیم های سیاسی مختلف صلاحیت تفسیر را به مراجع متعدد تفویض کرده اند. به طور مثال در زمان حاکمیت داکتر نجیب الله به پیروی از نظریات مکتب کلاسیک که فوقاً به آن اشاره شد صلاحیت تفسیر قانون مطابق بند دوم ماده هشتاد و یک قانون اساسی سال ۱۳۶۹ جمهوری افغانستان به شورای ملی که عالی ترین ارگان تقنینی در افغانستان می باشد، محول شده است. (۱۱: ۴۴۸)

ولی بر اساس ماده ۱۲۱ قانون اساسی مصوب لویه جرگه سال ۱۳۸۲ کشور، صلاحیت تفسیر قوانین به ستره محکمه محول شده است؛ چنانچه ماده متذکره قرار ذیل صراحت دارد: «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آن بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.» (۱۰: ۹۶)

باید خاطر نشان ساخت که تفسیر قانون توسط مقنن، قانون جدید شناخته نمی شود تا حکم جدیدی را به میان آورد، بناءً این نوع تفسیر بالای تمام قضایای ساحة تطبیق دارد که از تاریخ صدور قانونی که مورد تفسیر قرار گرفته است به وقوع پیوسته باشد. به این معنی که تفسیر مذکور کاشف و یا مظهر مراد و هدف همان قانون اولی دانسته می شود و نه حکم جدید تا از تاریخ صدور تفسیر به بعد مورد تطبیق قرار گیرد.

از نگاه پرنسیب تفسیر قانون توسط همان مقامی صورت می گیرد که قانون را وضع کرده باشد، بدین معنی مرجع تفسیر قانون اساسی علی الاصول قوه مقننه فوق العاده (در کشور ما لویه جرگه) می باشد و مقام ذیصلاح تفسیر قوانین عادی قوه مقننه عادی (در کشور ما شورای ملی) می باشد. زیرا، هر مرجعی که قانون را وضع کرده باشد، معلومات کافی در مورد محتویات و موضوعات مندرج آن دارد. بناءً قوه مقننه نسبت به مراجع دیگر، قوانین وضع شده خودش را بهتر می تواند تفسیر کند.

قانون اساسی نافذ کشور ما این پرنسیب را در نظر نگرفته و صلاحیت تفسیر را به مرجع دیگری تفویض کرده است که در نتیجه آن یک سلسله منازعات فی ما بین مراجع ذیصلاح تفسیر قوانین بروز کرده است. بدین معنی ستره محکمه ج.ا.ا. معتقد است که تفسیر تمام قوانین منجمله قانون اساسی از جمله صلاحیت های اختصاصی قوه قضائیه می باشد. برعکس، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی اصرار می ورزند که صلاحیت تفسیر قانون اساسی به استناد فقره اول ماده هشتم قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی از جمله صلاحیت های اختصاصی این کمیسیون میباشد. (۱۴: ۵۰)

اما ستره محکمه ج.ا.ا. به اساس قرار قضائی شماره (۶) مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۶، جزء ب فقره اول ماده هشتم قانون کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی را مغایر ماده (۱۲۱) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲ تشخیص و به اتکاء ماده مذکور آن را مغایر و مناقض قانون اساسی دانسته و بر آن حکم نموده است این حکم قضائی ستره محکمه بضم اصل قانون کمیسیون در شماره (۹۸۶) مورخ ۱۳۸۸/۴/۱۵ جریده رسمی نشر شده است.

متفاوت بودن مراجع تفسیر قوانین عادی و قانون اساسی در کشور های دیگر نیز معمول می باشد. مثلاً به اساس ماده (۷۳) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تفسیر قوانین عادی به عهده مجلس شورای اسلامی آن کشور گذاشته شده (۵: ۱۶۱) و تفسیر مواد قانون اساسی به استناد اصل نود و هشتم قانون اساسی ایران، از جمله صلاحیت های شورای نگهبان قانون اساسی آن کشور دانسته شده است. (۵: ۱۷۵)

نکته دیگری که لازم به یاد آوری می باشد این است که در بعضی کشور های دیگر به صورت استثنائی قانونگذار صلاحیت تفسیر قوانین را به مرجع دیگری می سپارد و

در اثر آن ارگان معینی غیر از قوه مقننه صلاحیت دارد تا قوانین را تفسیر کند. به طور مثال «قانون اصلاحات زراعتی مصر توسط ماده جداگانه صلاحیت تفسیر این قانون را به کمیسیون عالی اصلاحات زراعتی تفویض کرده است که فیصله جات و مصوبات این کمیسیون به مثابه تفسیر قانون در جریده رسمی آن کشور به طبع می رسد.» (۶: ۳۱) به هر صورت در کنار تفسیر قانون توسط مقنن، نوع دیگر تفسیر که به نام تفسیر قضائی یاد می شود، نیز وجود دارد که موضوع مبحث دومی این مقاله را تشکیل می دهد.

مبحث دوم؛ تفسیر قانون توسط قضات

تفسیر قانون توسط قضات که بعضاً به نام تفسیر قضائی نیز یاد می شود به آن نوع از تفسیری اطلاق می شود که «از مواد قانونی توسط قضات محاکم در هنگام صدور رای در دعاوی به عمل می آید». (۲: ۸۰) یا به عبارت دیگر تفسیر قضائی عبارت از «تفسیری است که محاکم در حین انطباق قوانین با موضوعات خاصه می کنند.» (۷: ۸) این نوع تفسیر بر عکس تفسیر قانونی بالای تمام اشخاص لازم الاتباع نمی باشد و صرف طرفین دعوا و آن هم در موردی که موضوع حکم بوده باشد، مجبور به اطاعت از آن دانسته می شود.

باید خاطر نشان ساخت که تفسیر قانون توسط قضات مربوط به یک رشته خاص نبوده و تمام قوانین اعم از مدنی، جزایی، تجارتی و غیره محتاج به این نوع تفسیر بوده می تواند ولی نحوه و چگونگی تفسیر در همه این قوانین یکسان نبوده و نظر به یک سلسله عوامل و علل، شیوه تفسیر بین قوانین مختلف فرق می کند. به طور مثال در قوانین جزایی علاوه بر امور مالی افراد، امور دیگری از قبیل حیثیت، شرف آزادی و حتی حیات اشخاص مورد رسیدگی قرار می گیرد. از همین جهت امور جزایی نسبت به سایر شعبات حقوق از اهمیت خاص برخوردار بوده که در بسیاری از جهات با امور خصوصی کاملاً متفاوت است و شیوه تفسیر نیز در حقوق خصوصی و شعبات مختلفه آن (مدنی، تجارتی و بحری) با حقوق جزایی کاملاً متمایز است.

در اکثر قوانین مدنی کشورها ماده وجود دارد که بر اساس آن قاضی مکلف دانسته می شود تا بر دعاوی که به محکمه احاله شده است، مطابق قوانین موضوعه

رسیدگی کرده و آن را حل و فصل کند. در صورتیکه قوانین موضوعه کشور کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد و یا اصلاً در قضیه مطروحه کدام ماده قانونی وجود نداشته باشد، باید محاکم عدلی موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت، قضیه را حل و فصل کنند. چنانچه ماده اول قانون مدنی سوییس به قرار ذیل حکم می کند: «... در صورت فقدان قانون لازم الاجراء قاضی بر طبق حقوق عرفی و در صورت نبودن آن بر طبق قواعد که خود اگر قانونگذار بود وضع می کرد، حکم می کند در وضع این قواعد از راه حل هایی که عقاید علماء و رویه قضائی پذیرفته است، الهام می گیرد.» (۱: ۱۳۵) حتی می توان گفت که در قوانین مدنی بعضی از کشورها ماده پیش بینی شده است که بر اساس آن در صورت امتناع قضات از حل و فصل دعاوی احاله شده در محکمه، مسؤل تلقی شده و محکوم به مجازات خواهند شد.

به طور مثال ماده ۴ قانون اصول محاکمات مدنی ایران در زمینه چنین حکم می کند: «اگر قاضی به عذر اینکه قوانین موضوعه کشوری، کامل و یا صریح نیست و یا متناقض است و یا اصلاً قانونی وجود ندارد از رسیدگی و فصل دعوی امتناع کند، مستنکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.» (۸: ۱۴۶-۱۴۷) و مجازات مستنکف از احقاق حق طبق ماده یکصد و پنجاه قانون جزایی عمومی ایران «انفصال از شغل قضایی و تادیبه خسارات وارده است.» (۹: ۳۲۸)

در افغانستان نیز تا حدود زیادی از این طرز العمل پیروی به عمل آمده و اکثراً قضات مجبور اند تا قضایایی را که به آنان محول شده است حل و فصل کرده و هیچگونه حقی در زمینه استتکاف از صدور حکم را ندارند. چنانچه ماده چهاردهم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم سال ۱۳۶۷ جمهوری افغانستان در زمینه چنین صراحت دارد: «محکمه نمی تواند از اصدار حکم در باره قضایایی که مورد رسیدگی قرار گرفته، خود داری کند.» (۴: ۱۱)

به همین ترتیب عدم امتناع از اصدار حکم در ماده سیزدهم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره شماره ۸۵۱ مؤرخ ۱۳۸۴/۲/۳۱ جریده رسمی به قرار ذیل صراحت دارد: «محکمه نمی تواند در باره قضیه

ای که آن را مورد رسیدگی قرار داده است، از اصدار حکم امتناع ورزد. قضیه تحت بررسی پیش از اتخاذ تصمیم از محکمه خارج نمی شود.» (۱۲: ۳۹)

قابل یاد آوری است که چگونگی عدم امتناع از اصدار حکم با تغییر عبارات در ماده هفدهم قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه نافذۀ ج.ا.ا. منتشرۀ شماره (۱۱۰۹) مورخ ۹ سرطان سال ۱۳۹۲ هـ.ش نیز به قرار ذیل انعکاس یافته است: «محکمه نمیتواند در بارۀ قضیه ای که مطابق احکام قانون نزد او احاله گردیده است، از اصدار حکم یا قرار امتناع ورزد. قضیه تحت بررسی محاکماتی قبل از اتخاذ تصمیم از محکمه خارج نمیگردد.» (۱۳: ۱۴)

از متن مواد متذکرۀ قوانین کشور های سوئیس، ایران و افغانستان این مسئله روشن می شود که محاکم عدلی در برخورد با امور خصوصی و مدنی مکلف اند تا قضایایی را که به آنها احاله شده است، حل و فصل کنند. واضح است که آنها جهت حل و فصل قضایا در مرحله اول به قوانین موضوعه خود توجه خواهند داشت و در صورتی که قانون صراحتی در زمینه نداشته باشد، به تفسیر قانون متوصل شده و با اجرای قواعد عقلی از قبیل قیاس و استنباط از روح و مفاد قوانین به صدور حکم مبادرت می ورزند و این مسئله از فقرۀ اول ماده اول قانون مدنی کشور ما نیز استنباط می شود که قرار ذیل حکم می کند: «احکام این قانون به اعتبار لفظ و فحوای آن قابل تطبیق می باشد.» (۱۵: ۱)

اما تفسیر قوانین جزایی توسط قضات به همان شکل و روشی که در ساحت حقوق خصوصی معمول است صورت نمی گیرد، بلکه این موضوع در امور جزایی به این اندازه ساده نمی باشد؛ به این معنی که با در نظر داشت پرنسپ قانونیت جرایم و جزاها قاضی جزایی می تواند در مواردی که راجع به موضوع اصلاً قانونی وجود نداشته باشد از صدور حکم خود داری کند. اما هر گاه در زمینه قانونی وجود داشته باشد، ولی قانون مبهم، غامض و پیچیده باشد قاضی جزایی صرف می تواند در چوکات قانون به تفسیر آن اقدام کند.

باید گفت که در بسیاری از کشور های جهان تفاسیری که توسط قضات به ارتباط مواد قانون به عمل می آید در مجلات و مجموعه های جمع آوری شده و به دسترس عموم مردم گذاشته می شود و همه ساله نظریات محاکم که در آن سال صادر

شده است در مجله های مخصوص به نشر می رسد. واضحاً در این کشور ها دسترسی به آرای محاکم در باره تفسیر مواد قانونی کار ساده و آسانی خواهد بود.

بر عکس در بعضی کشور های دیگر که در امور قضائی و تفسیر قوانین توسط قضات پیشرفتی حاصل نشده و تفسیر های قضائی آن گونه که ایجاب می کند جمع آوری نشده است؛ بناءً در این کشور ها اطلاع و آگاهی به تفسیر های قضائی کار بس مشکل و دشوار خواهد بود. معمولاً در این کشور ها قضات محاکم نیز روش ثابتی را در تفسیر قوانین اتخاذ نمی توانند؛ زیرا آن چیزی که موجب ثبات در تفسیر قوانین می شود، همانا اطلاع کافی به آرا و فیصله های محاکم می باشد. بناءً در حالیکه تفسیر های قضائی به ارتباط مواد قانونی که سابقاً صورت گرفته به اطلاع و آگاهی قضات دیگر رسانیده نشود، واضحاً در این گونه موارد هر کدام از قضات مواد قانونی را به زعم خود تفسیر کرده و در نتیجه در تفاسیر قوانین توسط قضات، نا همگونی ها و اختلافات زیادی رونما می شود که این مسئله باعث از هم گسیختگی وحدت رویه قضائی خواهد شد.

دراغانستان تنظیم تفسیر قضائی که از خلال فیصله های محاکم صورت می گیرد و در حال شکل گیری می باشد برخی از فیصله های محاکم در مجله قضاء و در جریده میزان انتشار می یابد، همچنان در مجموع فیصله های محاکم از جانب ستره محکمه منتشر گردیده در پهلوی آن مجموعه متحدالمالها بطور منظم نشر میگردد.

اخیراً طرز العمل نشر فیصله های قطعی و نهایی محاکم از طرف ستره محکمه تصویب گردیده که زمینه نشر فیصله های فوق را تحت معیار های معینه مساعد می سازد.

در کشور ما برای اینکه از ناهمگونی و اختلافات در تفسیر قوانین توسط محاکم جلوگیری به عمل آید، صلاحیت تفسیر قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی به اساس تقاضای حکومت و یا محاکم در مطابقت با حکم ماده ۱۲۱ قانون اساسی و جزء دوم ماده ۲۸ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه نافذة فعلی به شورای عالی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان محول گردیده است. به منظور تحقق امیال فوق ماده سی ام قانون اخیر الذکر به قرار ذیل حکم مینماید: «هر گاه محکمه حین رسیدگی قضیه تشخیص دهد که اتخاذ تصمیم در مورد آن ایجاب تفسیر قانون را

مینماید، جریان رسیدگی قضیه را متوقف ساخته و موضوع را به شورای عالی ستره محکمه راجع میسازد.» (۱۳: ۲۰)

باید خاطر نشان ساخت که محاکم قوه قضائیه ج.ا.ا. زمانیکه به مشکل غموض و پیچیدگی مواد قانونی مواجه میشوند، بنابر عوامل مختلف از تفسیر قانون امتناع ورزیده و موضوع را ذریعه استهدائیه جداگانه به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه احاله مینمایند. موضوعات استهدائات محاکم بعد از ابراز نظر تدقیقی ذریعه مرجع مربوط در جلسات شورای عالی ستره محکمه مورد غور همه جانبه قرار گرفته و مصوبه در زمینه صادر میگردد که به شکل متحدالمال به تمام محاکم ابلاغ میگردد. البته در زمینه چاپ و نشر این متحدالمال ها در جریان سال های اخیر اهتمامات زیادی به خرج داده شده و مجموع متحدالمال ها، مصوبات و رهنمود های ستره محکمه چندین بار طی سنوات ماضیه چاپ و به اختیار محاکم گذاشته شده است.

به هر حال علاوه بر دو نوع تفسیری که بعضاً به نام تفسیر رسمی نیز یاد می شود و فوقاً به ارتباط هر کدام از آنها صحبت مختصری به عمل آمد، یک نوع تفسیر دیگری نیز وجود دارد که به نام تفسیر شخصی و یا غیر رسمی یاد می شود که در مبحث سوم به قرار ذیل مورد بررسی قرار می گیرد.

مبحث سوم؛ تفسیر قانون توسط علماء و دانشمندان علوم حقوقی و شرعی

تفسیر قانون توسط علماء و دانشمندان علوم شرعی و حقوقی که بعضاً به نام تفسیر شخصی و یا غیر رسمی نیز یاد می شود، عبارت از آن نوع تفسیری است که به شکل غیر رسمی توسط علماء و دانشمندان رشته های متذکره به ارتباط موضوعات قانونی و حقوقی صورت می گیرد و دارای جنبه الزامی نبوده، ولی از نفوذ و اعتبار خاص برخوردار است.

در حقوق اسلام نیز بسا موضوعاتی وجود دارد که حکم آن توسط آیات قرآنی، احادیث نبوی، قیاس و اجماع امت مشخص نشده و در زمینه ایجاب فتوا را می کند. از همین جهت فقهای اسلامی نیز نظر خود را با اتکا به احکام آیات قرآنی و احادیث نبوی^(ص) توأم با ارائه دلایل عقلی و منطقی ابراز می کنند که فتوا نامیده می شود.

مطابق نظر دکتر رضا علومی تفسیر شخصی عبارت از «ابراز نظر مؤلفان حقوق است که موضوعات حقوقی را مورد مطالعه قرار داده و آثار و تألیفات خود را به صورت کتاب ها، مقاله ها و اظهار نظر های راجع به احکام و یا دروس حقوق منتشر می سازند.» (۸: ۱۸۳)

باید گفت تفسیری که توسط علماء و دانشمندان صورت می گیرد، از جهات مختلف دارای اهمیت برانده می باشد که مهمترین آنها قرار ذیل است:

۱- از نگاه حل و فصل دعاوی: بدیهی است که قاضی خاصاً در ساحت حقوق مدنی مکلفیت دارد تا دعوائی را که به او ارجاع شده حل و فصل و احقاق حق کند. قاضی به بهانه اینکه قانون مبهم بوده و یا تناقض دارد و یا اینکه اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود ندارد، نمی تواند از صدور حکم شانه خالی کند. البته در صورت عکس آن همان طوری که قبلاً به آن اشاره شد، مستنکف از احقاق حق محسوب شده و مطابق قوانین بعضی از کشورها قابل مجازات دانسته می شود. بنابر این قاضی ناگزیر است به هر قسمی که باشد برای مسئله مطروحه راه حلی پیدا و حکمی را در زمینه صادر کند. معمولاً جهت حل این مسئله از یک طرف قاضی به تفاسیری که توسط علماء و دانشمندان علوم حقوقی و شرعی صورت گرفته مراجعه می کند و راه حل مناسبی را جهت حل اختلافات بدست می آورد و از جانب دیگر معمولاً قاضی تحصیل کرده علوم شرعی و حقوقی می باشد؛ بناءً خواهی نه خواهی عقاید استادان و دانشمندان رشته های فوق الذکر در روح وی تأثیر بارزی را ایجاد می کند. علاوه بر آن قاضی در صدور حکم خود از تمام تفاسیر و عقاید علماء که با یکدیگر در تضاد قرار داشته باشد، نمی تواند استفاده کند و ناچار عقایدی را که خود به آن بیشتر متمایل باشد، می پذیرد.

۲- از نگاه وضع و تدوین قوانین: معمولاً علماء و دانشمندان رشته های متذکره قوانین را به صورت دقیق با توجه به اصول، مبانی و نظریه های علمی به صورت منظم شرح و در اختیار علاقه مندان و مجریان قانون قرار می دهد. معمولاً مقننین، آرا و نظریات انتقادی علماء و دانشمندان را هنگام وضع قوانین در نظر گرفته و با الهام از این نظریات به تدوین قانون جدید اقدام می کنند.

با در نظر داشت مطالبی که به ارتباط تفسیر قانون توسط علماء و دانشمندان که فوقاً ارایه شد، می توان گفت که این گونه تفسیر دارای نیروی الزامی نیست؛ زیرا این نوع تفسیر ناشی از اراده و طرز تفکر یک و یا چند دانشمند علوم حقوقی و شرعی است. بناءً طبیعی است که باید نیروی الزامی را نداشته باشد. اما با این هم به صورت غیر مستقیم تفسیر شخصی هم بالای قوه مقننه و هم بالای قوه قضائیه طوری که قبلاً به آن اشاره شد، تأثیر وارد می کند؛ بدین معنی که در بسیاری از موارد امکان دارد که قوه مقننه در تفسیر قانونی و قوه قضائیه در تفسیر قضائی از تفسیری که توسط علماء و دانشمندان صورت گرفته، استفاده کنند.

نتیجه:

از مطالعه و بررسی موضوع «مراجع تفسیر قوانین» بر می آید که قوانین ساخته دست بشر دارای یک سلسله خلاها و نواقص بوده، موضوعاتی را که در آینده به وقوع می پیوندد، نمی تواند تنظیم کند. بناءً قوانین باید مورد تفسیر قرار گیرد؛ خلاها، نواقص و ابهامات آنها مرفوع ساخته شود. رفع خلاها و نواقص و توضیح مواد غامض قانون معمولاً توسط قوه مقننه، قضات و یا هم توسط علماء و دانشمندان صورت می گیرد. از جمله مراجع فوق الذکر، قوه مقننه از اهمیت خاصی برخوردار می باشد؛ زیرا، قوه مقننه و خاصاً کمیسیون های اختصاصی آن در اثر مراجعه به اظهار نظر هایی که نمایندگان مردم در جلسات کمیسیون ها ابراز داشته اند بهتر می تواند مفهوم و مدلول قانون را درک و آن را تفسیر کند. از جانب دیگر تصمیمی که توسط قوه مقننه به ارتباط تفسیر مواد قانونی اتخاذ می شود، هم بالای قوه قضائیه و هم بالای قوه اجرائیه و حتی بالای تمام مردم جنبه الزامی داشته و همگان به اطاعت از آن مجبور دانسته می شوند، مگر اینکه خود قوه مقننه این صلاحیت را به نهاد دیگری تفویض کرده باشد. البته مسئله فوق الذکر اهمیت تفسیر قوانین را توسط قوه مقننه بیشتر برجسته می سازد. در جوار مرجع فوق الذکر، محاکم قوه قضائیه نیز در حین تطبیق قوانین با موضوعات خاص می توانند قوانین را تفسیر کنند. تفسیر قوانین توسط قضات بالای

همگان جنبه الزامی نداشته، بلکه در مورد طرفین دعوا و آن هم در مواردی که موضوع حکم بوده باشد، قابل تطبیق دانسته می شود.

به همین ترتیب تفسیری که توسط علماء و دانشمندان حقوق به ارتباط مواد قانونی صورت می گیرد، نیز از نیروی الزامی برخوردار نمی باشد، اما با آن هم این نوع تفسیر از اهمیت فوق العاده برخوردار بوده و به صورت غیر مستقیم هم بالای قوه مقننه و هم بالای قوه قضائیه و سایر مراجع تأثیرات خاصی را وارد می کند.

نکته که لازم به یاد آوری می باشد، این است که نتیجه تفسیر قوانین یکسان نیست، بلکه به همان اندازه که مواد یک قانون پیچیده تر و غامض تر باشد، به همان تناسب اختلاف نظر در تفسیر بیشتر خواهد بود، بنابر این نتایج تفسیر نیز در بسا موارد از هم متفاوت می باشد.

منابع و مأخذ:

۱. افشار، حسن. کلیات حقوق تطبیقی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۲۵۳۵ شاهنشاهی مطابق ۱۹۷۶ میلادی.
۲. امامی، سید حسن. حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۴۷.
۳. جعفری، لنگرودی، محمد جعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، جلد دوم، ۱۳۷۸.
۴. ستره محکمه ج.ا.ا. «قانون تشکیل و صلاحیت محاکم جمهوری افغانستان» مجله قضاء، شماره ۱۰، ۱۳۶۷.
۵. شعبانی، قاسم. حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، چاپ ۳۶، تهران انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۸.
۶. عبقری، محمد اکرم. «لغو قانون و یا فسخ آن» مجله قضاء، شماره ۷، ۱۳۶۱.
۷. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ ششم، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۳۹.
۸. علمی، رضا. کلیات حقوق، تهران: انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۴۸.

۹. محسنی، مرتضی. کلیات حقوق جزا، جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۴.
۱۰. وزارت عدلیه. «قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان»، رسمی جریده، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲.
۱۱. وزارت عدلیه. مجموعه کامل قوانین اساسی افغانستان، ریاست نشرات وزارت عدلیه، کابل: چاپ اول، مطبئه بهیر، ۱۳۸۶.
۱۲. وزارت عدلیه. «قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه ج.ا.ا»، رسمی جریده، شماره ۸۵۱، سال ۱۳۸۴.
۱۳. وزارت عدلیه. «قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه ج.ا.ا»، رسمی جریده، شماره ۱۱۰۹، سال ۱۳۹۲.
۱۴. وزارت عدلیه. «قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی»، رسمی جریده، شماره فوق العاده، نمبر مسلسل ۹۸۶، سال ۱۳۸۸.
۱۵. وزارت عدلیه. «مدنی قانون»، رسمی جریده، لمپی توگ، سال ۱۳۵۵.
۱۶. ولیدی، محمد صالح. بایسته های حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸.

ليکنه: قضاوت مل عنايت الله حافظ

د اسلامي شريعت موخې (مقاصد)

(۱۷)

فهرست :

درېيم مطلب: موخې (مصلحتونه) د عموم او خصوص له پلوه	۱۹
لومړۍ: عام (لوړ) مقاصد	۱۹
دويم: خاص (خانگړي) مقاصد	۲۴
درېيم: جزئي مقاصد	۲۶

درېيم مطلب: موخې (مصلحتونه) د عموم او خصوص له پلوه

موخې د عموم او خصوص له پلوه، عامو (لوړو)، خاصو او جزئي مقاصدو ته په لاندې توگه وېشل کېږي:

لومړۍ: عام (لوړ) مقاصد

د اسلامي تشريع عام (لوړ) مقاصد د تشريع د عمومي مقصد فروع او تفصيلات دي، چې دا د مقاصدو له ډلې څخه لوړ مقاصد دي، چې علماوو ورته گڼ شمېر تعريفونه وضع کړي، د دوي له ډلې څخه ابن عاشور وايي: عام مقاصد هغه ماناگانې او حکمتونه دي چې شارع يې د تشريع په ټولو او سترو حالتونو کې په پام کې نيسي، په داسې توگه چې د اسلامي شريعت په خاصو حکمونو کې نه تر سترگو کېږي، نو ويېلي شو چې عام مقاصد د اسلامي شريعت له اوصافو، عامو اهدافو او هغو ماناگانو څخه عبارت دي چې اسلامي

تشریح ترې خالي نه وي، په دې توگه اړینه نه ده چې يادې ماناگانې او حکمتونه دې په ټولو حکمونو کې ترسترگو شي، بلکې بسنه کوي چې په ډېری حکمونو کې وموندل شي.^۱

دکتور ايوبي وايي: هغه کلي قواعد او عام اهداف چې اسلامي شريعت په خپلو ټولو او يا ډېری تشریحاتو کې د معاملاتو، عباداتو، عاداتو او جناياتو له ډلې څخه په پام کې نيولي، عام مقاصد بلل کېږي.^۲

چې د يادو لوړو مقاصدو په اړه د څېړونکې چلندونه چې په لاندې توگه يې بيانوو سره يو شان نه دي:^۳

۱- ځينو د غه مقاصد له قرآني آيتونو څخه چې هدفونه د استازو په رالېږلو او د کتابونو په نزول سره بيانوي راويستلي، لکه لارښوونه، زده کړه، اصلاح، روښانتيا، حق، رحمت، عدل، برابري او د امت د نظام پياوړتيا د تعقل، آزادۍ، جوړښت، يووالي او بشپړوالي له پلوه.

۲- ځينو دا چاره د الله جل جلاله عبادت، له هغه څخه خلافت او د ځمکې ودانوالي ته ځانگړې کړې ده.

۳- ځينو دا چاره د مصلحتونو جلبولو او د مفسدو لرې کولو ته ځانگړې کړې ده.

۴- ځينو دا چاره د نورو موخو په مفاهيمو، ځانگړنو او وسايلو کې دننه کړې لکه، آسانتيا، دحرج لرې کول، د فطرت او نرمښت مراعات کول، د حيلو منع والی، د ذرائعوو مراعات کول او اسلامي تشریح ته احترام.

ددې هرڅه سربېره څېړونکو د عامو (لوړو) مقاصدو اعتبار لپاره ځينې شرطونه ايښي چې په لاندې توگه يې له ځينو څخه يادونه کوو:^۱

^۱ مقاصد الشريعة، ابن عاشور، ۲۵۱.

^۲ مقاصد الشريعة و علاقتها بالأدلة، ۳۸۸.

^۳ نحو تفعيل مقاصد الشريعة، ۱۱۱.

- ۱- ثابتوالی: په دې مانا چې د يادو مقاصدو شتون به مصلحتونو لپاره يقيناً (جزماً) او يا يقين ته په نېرديې گمان سره ثابت وي.
- ۲- څرگندوالی: په دې مانا چې ياد مقاصد به په داسې توگه بنسټکاره او روښانه وي چې فقهاء يې په ټاکلو کې يو له بل سره اختلاف و نه لري، ځکه دا معقوله نه ده چې يو شي ته په داسې حالت کې د عام والي صفت ورکړل شي چې هغه د فقهاوو ترمنځ د اختلاف وړ وي.
- ۳- منضبطوالی: په دې مانا چې ياد مقاصد به داسې ټاکلی بريد ولري چې له هغې څخه نه تېری وکړي او نه پاتې والی، ځکه چې دا يو داسې شرعي مقصد گڼل کېږي چې نه بايد د خپلو افرادو ترمنځ په شتون کې تفاوت ولري.
- ۴- همېشه والی: په دې مانا چې ياد مقاصد به د احوالو (د ښارونو، قبایلو او زمانې احوالو) په توپير سره توپير نه مومي.
- د اسلامي شريعت څرگند لور او نړيوال مقاصد په لاندې توگه دي^۱:
- ۱- د ألوهيت، رسالت او جزاء په تصوراتو کې د عقايدو اصلاح، د بشري ضمير خلاصون او پاکوالی له هغو خلکو څخه چې د غلطې سلطې او وسوسو هڅه يې کوي، د عقل او نظر آزادي او د بوتانو ړنگول.
- ۲- د الله جل جلاله داسې بندگي کول چې له هغه پرته بل هېڅ د بندگي وړ نشته، د پټ او بنسټکاره شرک ټول ډولونه باطلول هغه که په فردي توگه او که په ټولنيزه توگه وي.
- ۳- د بندگانو د پنځه گونو ضرورياتو (دين، نفس، نسل، عقل او مال) ساتنه.
- ۴- د الله جل جلاله د کړنلارې سره سم د ځمکې آبادول او اصلاح کول.
- ۵- د مصلحتونو ترلاسه کول د مفاسدو لري کول او د انساني کرامت او حقونو درناوی.

^۱ وگوره! طرق الكشف عن مقاصد الشارع، نعمان جفيم، ۲۶-۲۷. او مقاصد الشريعة، لأين عاشور، ۲۵۲-۲۵۳.

^۲ وگوره! محاسن و مقاصد الاسلام، محمد أبو الفتح البيانوني، ۲۴۹ و ما بعدها.

- ۶- د آسانتيا او نرمښت د مقاصدو پلي کول، ځکه چې ډېری نصونه يې په اړه راغلي چې له د هغوي له ډلې څخه الله جل جلاله فرمايي: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾^۱ ژباړه: او په دين کې يې پر تاسې څه تنگي نده راوستې...^۲
- بل ځاي فرمايي: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾^۳ ژباړه: الله جل جلاله پر تاسې آسانتيا راوستل غواړي، سختي راوستل نه غواړي...^۴
- ۷- د غوره او ښو اخلاقو بشپړوالی، د نفس پاکوالی، ځکه چې رسول الله صلی الله عليه وسلم فرمايي: «إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ»^۵ ژباړه: بېشکه زه د غوره اخلاقو د بشپړاوي په موخه مبعوث شوی يم.
- ۸- د خلکو ترمنځ د عدالت او برابری پلي کول، د الله جل جلاله او د مخلوق ترمنځ د وسيلو لرې کول او ښځو سره انصاف کول.
- د مؤمنانو ترمنځ يووالی او مينه رامنځته کول، ځکه چې الله جل جلاله فرمايي: ﴿وَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ ۚ لَوْ أَنفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَا أَلَّفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ...﴾^۶ ژباړه: د مؤمنانو زړونه يې يو له بله سره ولگول، که تا د ځمکې ټولې خزاني هم لگولې وای نو ددې خلکو زړونو کې دې خپل منځي مينه نه شوه اچولای، خو الله جل جلاله يې سره زړونه ولگول...^۷

^۱ الحج/۷۸.

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

^۳ البقرة/۱۸۵.

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

^۵ السنن الكبرى، للبيهقي، ۱۰/ رقم الحديث: ۲۰۵۷۱.

^۶ الأنفال/۶۳.

^۷ د قرآنکریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

د اسلامي امت واکمني او خلافت په ځمکه کې، ځکه چې الله جل جلاله فرمايي: ﴿وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ وَ لِيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ وَ لِيبدلَنَّهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا يَعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا وَ مَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^۱

ژباړه: الله جل جلاله ستاسې ځنې له هغو کسانو سره ژمنه کړې چې يې ايمان يې راوړی او نېکې کړنې يې کړي، چې هغوي به په ځمکه کې هماغه شان خليفه گان گرځوي لکه د هغوي څخه يې چې مخکې خلک خليفه گان گرځولي و او د هغوي لپاره به هغه دين په محکمو بنسټونو ودروي چې الله جل جلاله ورته خوښ کړی دی او د هغوي د وېرې اوسنۍ حالت به په امن ورته بدل کړي، هغوي دې زما بندگي کوي او ونډوال دې راسره نه نيسي او هرڅوک چې له دې وروسته کافر شو نو همداسې وکړي فاسقان دي.^۲

۹- په دنيا او آخرت کې د بندگانو د حال اصلاح کول، د هغوي د عقيدې، بندگي، معاملاتو، ټولنو، ظاهر، باطن، فرد او ټولني په سملاسي او بعدي اصلاح کولو سره، همدا رنگه د ژوندانه د نظام اصلاح کول په مختلفو ډگرونو (ټولنيز، سياسي، کلتوري او تربوي برخه) کې.^۳

۱۰- له انسان څخه د ضرر او ضرار لرې کول، څرنگه چې له رسو الله صلی الله عليه وسلم څخه روايت دی: «قضى ألا ضرر ولا ضرار»^۴ ژباړه: نبي کریم حکم کړی چې نه ابتداءً چاته ضرر رسول جواز لري او نه انتقاماً.

^۱ النور/۵۵.

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

^۳ وگوره! المقاصد الشرعية، نور الدين الخادمي، ۱/۱۳۳-۱۳۴.

^۴ سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد 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، للامام ابن مالك بن أنس، برواية يحيى بن يحيى الليثي، مؤسسة الكتب الثقافية، ط ۱، ۲۰۰۴م، ۴۰۰، رقم الحديث: ۱۴۶۱.

۱۱- پر بشريت د شهادت وركوونكي امت جوړښت او يوې انساني گډې ټولنې ته بلنه كول.

۱۲- په كړنو او علم كې د اوچتوالي همېشني هڅې او د قرآنكريم په آيتونو كې د فكر او لوړو نمونو د وړاندې كولو له لارې حق ته رسېدل، ترڅو انسانيت د بشپړاوي مرتبې ته لاس رسې ومومي.

۱۳- د دنيواوي او اخروي سختې سزاء څخه د هغو خلكو وېرول چې په ټولنيزه عامه اصلاح كې گډون نه كوي.

دكتور جمال الدين عطية زموږ پورته ويناوې په خپلې وينا سره دا رنگه نورې هم را لندې كړې چې وايي: د اسلامي شريعت لوړ مقاصد موږ ته د الله جل جلاله په بندگي، له هغه څخه په خلافت، د ايمان او د هغې له غوښتنو او د هغو نېكو كړنو په وسيله چې انسان په دنيواوي او اخروي ژوندانه كې نېك بختي. ته رسوي د ځمكې آبادول، د فرد او ټولنې د مصلحتونو پرته، د انساني ځانگړو شاخو او عام انسانيت د مصلحتونو ترمنځ يوځای والي، د شته او تېرو زمانو د مصلحتونو ترمنځ پرته، هغه كه فرد، كورنۍ، امت او يا ټول انسانيت ته راگرځي، ښه روښانه كوي او موږ ته د لوړو موخو نمونې په لاس راكوي.^۱

دويم: خاص (ځانگړي) مقاصد

خاص يا ځانگړي مقاصد هغه هدفونه، بريدونه او ماناگانې دي، چې د اسلامي شريعت ځانگړو بابونو، يو له بله سره د ورته بابونو او يا د اسلامي شريعت د ځانگړو ډگرونو له ډلې د يوه سره تړاو ولري، لكه د عباداتو، معاملاتو، جناياتو، پاكوالي، د راکړې وركړې، كورنۍ او داسې نورو بابونو موخې او مقاصد په جلا جلا توگه.^۲

په ټوله كې ياد مقاصد د لوړو مقاصدو پر لور راگرځي او په عمل كې د لوړو مقاصدو د پلي كولو وسيلې شمېرل كېږي.^۳

^۱ نحو تفعيل المقاصد، ۱۲۲.

^۲ مقاصد الشريعة و علاقتها بالأدلة، الیوبي، ۴۱۱. والمقاصد عند ابن تیمية، ۱۳۰.

^۳ محاسن و مقاصد الإسلام، ۲۵۵.

چې ابن عاشور د يادو مقاصدو له ډلې څخه لاندې مقاصد بيان کړي دي^۱:

- د مالي تصرفاتو ځانگړي مقاصد،
- پر اجسامو د معاملاتو ځانگړي مقاصد،
- د نېنگينو (تبرعات) ځانگړي مقاصد،
- د قضاء او شهادت ځانگړي مقاصد،
- د عقوباتو ځانگړي مقاصد،

همدا شان له دغې مقاصدو له ډلې څخه:

- د عقايدو له پلوه: د انسان آزادي له خرافاتو، وهمونو او هغو شيانو څه چې د الله جل جلاله په بندگۍ کې ورته وسوسې اچوي، د پتو او غيبي شيانو برخه کې ورته سم او قاطع مالومات وړاندې کول او همدا شان يې د عقل ساتنه له دې څخه چې په وهمونو کې ډوب شي.^۲

- د ولايت مقاصد: د حدودو پلي کول، د مالونو وپشل، د ولايتونو مسؤليت اخيستل، د بنمن سره جگړه کول او د حج، اخترونو او جمعې ورځې د لمونځونو درول.^۳
- د جهاد موخه: دين ټول الله جل جلاله لره دی، د الله جل جلاله کلمه بايد تر هرڅه لوړه وي او سزاء د واجباتو په پرېښودلو او د محرماتو په کولو سره پلي کېږي.^۴
- د بندگۍ موخه: الله جل جلاله ته غاړه کېښودنه او هغه ته عاجزي کول.
- د معاملاتو موخه: د بندگانو مصلحتونو ته پاملرنه کول.
- د سزاء گانو موخه: له بيا ځلې ارتکاب څخه د جاني او خلکو مخنيوی کول.^۵

^۱ مقاصد الشريعة، لأبن عاشور، ۴۵۰-۴۷۹-۴۸۷-۴۹۵-۵۱۵.

^۲ محاسن و مقاصد الاسلام، ۲۵۶.

^۳ المقاصد عند ابن تيمية، ۴۴۹-۴۵۰.

^۴ منځينۍ مرجع په خپله.

^۵ علم مقاصد الشارع، ربيعة، ۱۹۵.

درېيم: جزئي مقاصد

- د جزئي مقاصدو يا مقصد، پېژندلو لپاره د ياد مسلك علماوو گڼ شمېر تعريفونه بيان كړي، چې يو څو ترې په لاندې توگه ستاسې مخې ته ردم:
- علال الفاسي رحمة الله وايي: هر هغه راز چې شارع د حكمونو له ډلې د يو حكم سره وضع كړې عبارت له جزئي مقصد څخه دى.^۱
- دكتور عبد العزيز ربيعة رحمة الله وايي: هر هغه مانا او حكمت چې شارع يې له عامو مسايلو پرته په يوه ځانگړې مسئله او يا په كوم ځانگړي دليل كې په پام كې لري جزئي مقصد بلل كېږي، په دې مانا چې د ځانگړي دليل څخه كوم حكمت او ځانگړي مانا په لاس راځي شرعي جزئي مقصد گڼل كېږي.^۲
- بدوي رحمة الله بيا وايي: هغه څه چې شارع يې له يو تكليفي حكم (واجب، حرام، مستحب، مكروه يا مباح)، وضعي حكم (شرط، سبب، مانع يا علت)، يا يې له دلالت (عموم او خصوص، مطلق او مقيد) څخه قصد لري او همدا شان جزئي حكمت او د حكم ځانگړي راز جزئي مقصد بلل كېږي.^۳
- د جزئي مقصد يو څو نمونې په لاندې توگه دي:
- منخطوبي (هغه جلي چې مرکه پرې شوې) ته د كتلو موخه: د الفت او محبت دوام دى.
 - د اجازې اخېستلو موخه: د خلکو د رازونو او عزت ساتل دي.
 - د لمونځ موخه: له بدۍ او فحشاء څخه منع والى دى.

^۱ مقاصد الشريعة و مكارمها، ۷.

^۲ علم مقاصد الشارع، ۱۹۵.

^۳ المقاصد عند ابن تيمية، ۱۳۰-۱۳۱.

تألیف: دکتر عبدالکریم زیدان^۱
ترجمه: قضاوتپوه غوث الدین مستمند غوری

پیوست به گذشته

احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی

فهرست:

مبحث دوم	
موجب دیت نفس.....	۲۸
مطلب اول	
قتل عمد محض.....	۲۹
مطلب دوم	
قتل شبه عمد.....	۳۰
مطلب سوم	
قتل خطا.....	۳۶
مطلب چهارم	
قتلی که در معنی قتل خطاست.....	۴۰

۱ استاد فقه مقایسوی دیپارتمنت تحقیقات اسلامی پوهنچی ادبیات پوهنتون صنعاء، استاد سابق شریعت اسلامی و رئیس دیپارتمنت آن در پوهنچی حقوق پوهنتون بغداد، استاد و رئیس سابق دیپارتمنت ادیان پوهنچی ادبیات پوهنتون بغداد، استاد و رئیس سابق پوهنچی تحقیقات اسلامی و استاد کارآزموده پوهنتون بغداد.

مبحث دوم

موجب دیت نفس

۴۱۲- موجب دیت نفس، قتل است:

در تعریف دیت گفتیم که عبارت از مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا بر طرف (اعضای بدن) واجب میگردد. مراد به جنایت بر نفس، قتل، یعنی ازهاق (نابود ساختن) روح انسان زنده است. ولی این را باید دانست که کدام نوع از انواع قتل مستوجب دیت است؟ جواب این مسأله مقتضی آن است که انواع قتل و اقوال فقهاء در مورد اینکه کدام یک از انواع قتل مستوجب دیت است، بیان گردد.

۴۱۳- انواع قتل: ۱

قتل بر چهار نوع است:

اول- قتل عمد محض است که در عمد بودن آن هیچگونه شبهه بی وجود نداشته باشد.
دوم- قتل عمدی است که در آن شبهه عدم عمدیت موجود گردد و شبهه عمد نامیده می شود.

سوم- قتل خطای محض است.

چهارم- قتلی است که در معنی قتل خطا است.

۴۱۴- روش بحث و تحقیق:

طوری که یاد آور شدیم وقتی که قتل دارای چند نوع است و فقهاء در مورد قتلی که از جمله این انواع موجب دیت است، آراء و نظریاتی دارند، پس ما این بحث را در خصوص انواع قتل بر چهار مطلب آتی تقسیم نمودیم:

مطلب اول- قتل عمد.

مطلب دوم- قتل شبهه عمد.

مطلب سوم- قتل خطای محض.

مطلب چهارم- قتلی که در معنی قتل خطا است.

مطلب اول

قتل عمد محض

۴۱۵- آیا قتل عمد مستوجب دیت می گردد؟

علماء را در جواب این مسأله سه قول است:

(اول): قتل عمد مستوجب دیت نیست ولی توافق طرفین بر آن جواز دارد.

(دوم): قتل عمد، در صورتی که اولیای مقتول خواسته باشند، مستوجب دیت می‌گردد.

(سوم): قتل عمد، مستوجب دیت نمی‌گردد ولی اگر اولیای مقتول آن را مطالبه کنند و

قاتل هم بر ادای دیت توانایی مالی داشته باشد، در این حالت دیت واجب می‌گردد.

۴۱۶- قول اول:

این قول حنفیان، مذهب مشهور مالکیان و جعفریان است.

نزد این گروه، قتل عمد محض، به طور معین مستوجب قصاص است، اما دیت به نفس قتل

عمد واجب نمی‌گردد، بلکه موافقت و تراضی بر دیت در بین اولیای مقتول و قاتل جواز

دارد، زیرا شریعت اسلامی توافق بر آن را منع قرار نداده است. و ما قبلاً ادله این قول را

ذکر کردیم.^۲

۴۱۷- قول دوم:

در قتل عمد دو چیز واجب می‌گردد: قصاص یا دیت، در حالیکه اختیار در تعیین یکی از

آن دو به اولیای مقتول تعلق دارد. این قول شافعیان، ظاهریه، زیدیه، مذهب راجح حنبلیان

و روایتی از امام مالک است. ادله این قول را نیز قبلاً آوردیم.^۳

طوری که قبل از این بیان کردیم از میان همه اقوال همین قول راجح و برتر است.^۴

۴۱۸- قول سوم:

۱- محض: به فتح اول و سکون دوم جمع آن محاض؛ از هر چیزی خالص آن، مثل شیر خالص که آبی در آن مخلوط نشده باشد. (معجم لغات الفقهاء)

۲- نگاه کن، فقره ۱۶۶- (این کتاب)

۳- نگاه کن، فقره ۱۶۷- (این کتاب)

۴- نگاه کن، فقره ۱۶۹- (این کتاب)

قتل عمد، به طور معین مستوجب قصاص است، ولی اگر اولیای مقتول دیت را مطالبه کنند در حالی که قاتل به ادای دیت قدرت مالی داشته باشد، قبول دیت و ادای آن بروی واجب می‌گردد، این قولی است در مذهب جعفریه و ما دلیل این قول را ذکر نمودیم.^۱

مطلب دوم

قتل شبه عمد

۴۱۹- تعریف قتل شبه عمد در نزد حنبلیان:

قتل شبه عمد عبارت از آن است که جانی بدون قصد قتل به وسیله چیزی که غالباً کُشنده نیست عمداً بر بدن مجنی علیه تجاوز می نماید و منجر به مرگ مجنی علیه می‌گردد. این نوع قتل به (شبه عمد) (عمد خطاء) و (خطای عمد) نیز نامیده شده است به علت اینکه عمد و خطاء در آن یکجا شده اند. لذا عمد پنداشته می شود، زیرا جانی با وارد کردن ضربه و مانند آن به وسیله چیزی که غالباً کُشنده نیست، قصداً اعتداء بر مجنی علیه را نموده و در قتل خطا کرده است، چون قتلی را که قصد آن را نداشته و آن را نمی خواسته است، واقع شده و صورت گرفته است.^۲ این قول حنابله و تصویر ایشان از قتل شبه عمد است.

۴۲۰- قتل شبه عمد در نزد حنفیان:

در کتاب البدایع در فقه حنفیان در مورد قتل شبه عمد آمده است: «اما قتل شبه عمد پس سه نوع است که در بعضی بر شبه عمد بودن آن اتفاق نظر وجود دارد و در برخی اختلاف است.

قتل شبه عمدی که متفق علیه است، عبارت از آن است که مرتکب به وسیله عصا چوب خورد یا به سنگ کوچک یا توسط سیلی (ضربه دست) و مانند آن که غالباً باعث مرگ نمی گردد قصد قتل را نماید.

هرگاه مرتکب به وسیله چیزی که بطور غالب مرگ را به بار می آورد اما آله جارحه و سوراخ کننده نیست مانند چوب جامه کوب گازران (کسانی که پیشه لباس شویی دارند)، سنگ بزرگ، عصاچوب کلان و مانند آنها عمداً مجنی علیه را به قتل برساند، در نزد امام

۱- نگاه کن، فقره ۱۶۸- (این کتاب)

۲- المغنی، ج ۷، ص ۶۵۰

ابوحنیفه این قتل شبه عمد است اما در نزد یاران وی یعنی ابویوسف و محمد این قتل عمد محسوب می‌گردد.^۱

۴۲۱- قول شافعیان در مورد (قتل) شبه عمد:

شافعیان گفته اند: «فعل صدور یافته از شخصی به طور مستقیم و مباشر یا به صورت تسبب به عمل مجرمانه باشد یا بدون عمل مجرمانه که روح مجنی علیه را از بین ببرد، یعنی او را به قتل برساند، بر سه قسم است: (قتل) عمد، (قتل) خطا و (قتل) شبه عمد.» صورت حصر آن بدین گونه است: هرگاه جانی، عین مجنی علیه را قصد نکند، این قتل خطا است، اگر جانی عین مجنی علیه را قصد نماید، در صورتیکه تجاوز وی به وسیله چیزی باشد که غالباً کشنده است، پس این قتل عمد است، و گرنه قتل شبه عمد پنداشته می شود. لذا قتل عمد عبارت است از قصد فعل و شخص به وسیله چیزی که غالباً کشنده باشد و اگر به وسیله آله صورت بگیرد که غالباً کشنده نیست، این قتل شبه عمد است و از همین قبیل است زدن با تازیانه و عصاچوب^۲

در کتاب بدایة المجتهد آمده است: «و امام شافعی گفته است: قتل شبه عمد آن است که در ضربه وارد کردن عمد و در قتل خطا باشد، یعنی ضربه وارد کردنی باشد که به قصد قتل نبوده است اما قتل از آن به وقوع آید.

قتل خطا آن است که در ضرب و قتل خطا صورت گرفته باشد، و قتل عمد عبارت از آن قتلی است که ضرب و قتل قصداً و عمداً ارتکاب گردیده باشد.»^۳

پس شافعیان در تصویری که از قتل شبه عمد داده اند، به حنبلیان می پیوندند و با آنان در تصویر و تعریف شان از قتل شبه عمد، یکی می گردند، جای که حنبلیان می گویند که قتل شبه عمد عبارت از آن است که جانی به وسیله چیزی بر مجنی علیه تجاوز می کند که غالباً کشنده نیست، اما بدون قصد و اراده جانی، قتل به وقوع می پیوندد.

۱- البدایع، ج ۴، ص ۴-۵

۲- البدایع، ج ۴، ص ۴-۵

۳- بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۳۳

۴۲۲- مذهب زیدیه در (قتل) شبه عمد:

از ظاهر اقوال زیدیه پیداست که آنان به شبه عمد در قتل، قایل نیستند و گفته اند: «یا فاعل قصد قتل را ندارد، بلکه تنها قصد ایلام (درد رساندن) مجنی علیه را داشته باشد ولی او کشته شود، پس این قتل خطاست، مشروط بر اینکه جنایت به وسیله چیزی انجام یافته باشد که عادتاً کشنده نیست مانند اینکه مجنی علیه را با کفش خود یا با کناره جامه خود و مانند این ها بزند و قصد قتل وی را نداشته باشد اما او از این فعل جانی بمیرد و دانسته شود که مرگ مجنی علیه به سبب همین فعل جانی صورت گرفته است مثل اینکه ضربه در مرگ جای بدن مجنی علیه رسیده باشد، این قتل خطا پنداشته می شود.»^۱

در حاشیه کتاب السحولی آمده است: «هرگاه جانی قصد قتل مجنی علیه را بنماید گرچه تجاوز وی به وسیله چیزی باشد که کشنده نیست یا تجاوز وی به وسیله چیزی کشنده صورت بگیرد گرچه قصد قتل را هم نداشته باشد، در این حالت ها قتل عمدی پنداشته می شود.»^۱

۴۲۳- مذهب جعفریه در قتل شبه عمد:

قتل شبه عمد در نزد جعفریه «آن است که جانی عمداً عمل متجاوزانه را مرتکب می شود و قصد وی وارد کردن ضربه بر شخص معینی است اما در قصد قتل خطا می کند، یعنی قصد قتل او را ندارد ولی مجنی علیه به قتل میرسد با وجود آنکه عمل وی غالباً کشنده نیست این قتل شبه عمد است مشروط بر اینکه عمل وی غالباً کشنده نباشد.»^۲

۴۲۴- مذهب ظاهریه در قتل شبه عمد:

ظاهریه گفته اند: «قتل یا قتل عمد است یا قتل خطا و نوع سومی ندارد، لذا قتلی بنام شبه عمد نیست.»

فقیه ظاهری ابن حزم گفته است: «قتل بر دو قسم است: قتل عمد و قتل خطاء. دلیل این مدعا دو آیت (قرآن کریم) است که ما آن ها را ذکر کردیم عبارت اند: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً» (سوره النساء/ ۹۲) ترجمه: هیچ فرد با ایمانی مجاز نیست که مؤمنی را به قتل برساند، مگر اینکه این کار از روی خطا و اشتباه از او سرزند.

۱- التاج المذهب، ج ۴، ص ۲۹۰

۲- الروضة البهیة فی شرح الدمشقیة، ج ۱۰، ص ۱۰۶

«وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤَمِّناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً» (سوره النساء/۹۳) ترجمه: و هرکس فرد با ایمانی را از روی عمد به قتل برساند، مجازات او دوزخ است؛ در حالیکه جاودانه در آن می ماند؛ و خداوند بر او غضب می کند؛ و او را از رحمتش دور می سازد؛ و عذاب دردناکی برای او آماده ساخته است. خداوند (عزوجل) قسم سومی را در قتل قرار نداده است، در حالیکه اینجا گروهی قسم سومی را ادعا نموده اند که عبارت است از قتل عمد خطا و این قولی نادرست است، زیرا در این مورد اصلاً کدام نص شرعی به صحت نرسیده است.^۱

۴۲۵- اختلاف فقهاء در مورد قتل شبه عمد:

از بررسی اقوال فقهاء در مورد قتل شبه عمد به وضوح آشکار میگردد که آنان در وجود آن اختلاف دارند، برخی از ایشان آن را انکار کرده و قتل را بر دو نوع عمد و خطا قرار داده اند که نوع سومی ندارد؛ و بسیاری از ایشان موجودیت قتل شبه عمد را ثابت دانسته اند و قتل را بر سه نوع پنداشته اند: قتل عمد، قتل خطا و قتل شبه عمد این رشد به این گفتار خود اقوال ایشان را چنین خلاصه کرده است: «فقهاء بر این امر که قتل بر دو قسم: عمد و خطاست، اجماع دارند؛ و در این مسأله که آیا در میان این دو، نوع دیگری از قتل نیز هست یا نیست، اختلاف ورزیده اند و آن عبارت از قتلی است که آن را شبه عمد، نامیده اند، جمهور ایشان به این قایل اند. یعنی جمهور فقهای شهرها و سرزمینها. از امام مالک در روایت مشهور رد این نظریه را حکایت کرده اند، مگر در مورد پسر با پدرش (هرگاه پدری فرزندش را به قتل برساند این قتل شبه عمد پنداشته می شود). به اثبات قتل شبه عمد عمر بن خطاب، علی، عثمان، زید بن ثابت، ابوموسی اشعری و مغیره بن شعبه رضی الله عنهم قایل بوده اند در حالیکه از صحابه (رض) هیچ کسی با ایشان مخالفتی نکرده است.»^۲

۴۲۶- دلایل عمدۀ مثبت و نافی برای شبه عمد:

دلیل عمدۀ کسانی که شبه عمد را نفی کرده اند، این است که در بین قتل خطا و قتل عمد واسطه بی نیست، یعنی بین اینکه جانی قصد قتل را می کند یا قصد قتل را نمی کند. پس

۱- المحلی لابن حزم، ج ۱۰ ص ۳۹۳

۲- بدایه المجتهد، ج ۲، ص ۳۳۳

هرگاه جانی قتل را قصد کند، عمد است و اگر قصد قتل را نکند و قتل واقع شود پس قتل خطاست.

اما دلیل عمدۀ کسانی که قتل شبه عمد را ثابت دانسته اند آن است که قصد از امور پوشیده بی است که به جز خداوند متعال کسی آن را نمیداند و ما به چیزی حکم می کنیم که برای ما آشکار میگردد، پس هرگاه شخصی قصداً مجنی علیه را به وسیله آلتی بزند که غالباً او را به قتل میرساند، حکم وی همچون حکم کسی است که مرتکب قتل عمد می شود، پس این عمل نیز قتل عمد است. اگر مجنی علیه را قصداً به وسیله آلتی بزند که غالباً کشته نیست و او کشته شود، پس حکم این قتل در بین قتل عمد و قتل خطا متردد است که نه قتل عمد است، و نه قتل خطا و این امر در احکام دنیایی است و حقیقت و نفس الامر در نزد خداوند متعال است، پس وجه مشابهت آن به قتل عمد از جهت آن است که جانی قصداً بر مجنی علیه ضربه وارد کرده است و مشابهت آن به قتل خطا از این رو است که جانی، مجنی علیه را به وسیله آلتی مورد ضرب قرار داده است که غالباً و عادتاً به آن آله قصد قتل نمی شود.^۱

۴۲۷- قول راجح و برتر:

قول راجح و برتر قول جمهور فقهاء است (قولی که قتل شبه عمد را ثابت میدانند) دلیل این رجحان و برتری، حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم است که از عبدالله بن عمرو روایت کرده اند که رسول خدا فرمود: «الا إن قتیل الخطاء شبه العمد قتیل السوط او العصا فیہ مائۃ من الابل... الخ» ترجمه: بدان و آگاه باش که مقتول قتل خطای شبه عمد، مقتولی است که به ضرب تازیانه یا به ضرب عصا چوب کشته می شود، در مورد آن صد شتر (خون بهاء) لازم میگردد. امام شوکانی گفته است که این حدیث را به جز ترمذی پنج تای دیگر (از صحاح ستّه) روایت کرده اند، هم چنان افزوده است که امام بخاری در کتاب تاریخ خود نیز آن را روایت کرده و اختلاف راویان را در مورد آن گفته است، دارقطنی هم در کتاب سنن خود آن را روایت کرده و او نیز از اختلاف راویان در این حدیث را ذکر کرده است. ابن حبان آن را صحیح دانسته است. ابن القطان در مورد این حدیث گفته است: این حدیث صحیح است و اختلاف راویان به صحت آن زبانی را وارد

۱- بدایه المجتهد، ج ۲، ص ۳۳۳

نمی‌کند. سپس امام شوکانی گفته است: کسانی که میگویند قتل بر سه قسم است: عمد، خطا و شبه عمد، به احادیث این باب استدلال می‌کنند. امام شوکانی می‌افزاید: طوری که واضح است احادیث این باب صلاحیت آن را دارند که در اثبات قسم سومی از قتل که عبارت است از قتل شبه عمد و ایجاب دیت مغلظه بر فاعل آن بدان‌ها احتجاج و دلیل آوری شوند.^۱

۴۲۸- از ادله رجحان و برتری نظریه اثبات قتل شبه عمد:

هم چنان از جمله ادله اثبات قتل شبه عمد، حدیثی است که از ابوهریره رضی الله عنه، روایت کرده اند که گفته است: «دو زن از (قبیله) هزیل با همدیگر جنگ کردند پس یکی از آنان دیگری را با سنگ زد و او را با طفلی که در شکمش داشت به قتل رسانید، پس نبی کریم صلی الله علیه وسلم حکم فرمود که دیت جنین آن غلام یا کنیزی است و دیت خود زن مقتوله را بر عاقله زن قاتله حکم کردند.» این حدیثی است متفق علیه. این قدامه حنبلی بعد از ذکر این حدیث گفته است: پس پیامبر (ص) دیت آن زن مقتوله را بر عاقله زن قاتله واجب گردانیده اند یعنی بر عصبه وی - در حالیکه عاقله، دیت قتل عمد را متحمل نمی‌شوند.^۲ (مکلف به پرداخت دیت قتل عمد نیستند.)

۴۲۹- رد بر قول ابن حزم در مورد اینکه قتل شبه عمد را نفی کرده است:

قول ابن حزم در مورد اینکه قتل شبه عمد را نفی کرده و گفته است: «و خداوند عزوجل قسم سومی را در قتل قرار نداده است...»

جواب وی این است که قتل شبه عمد در سنت نبوی ثابت شده است، همان گونه که قتل عمد و قتل خطا در قرآن کریم ثابت گردیده است، در حالیکه قرآن و سنت نبوی هر دو از جانب خداست و آثاری که این حزم صحت آن‌ها را نفی کرده و عدم اثبات آن‌ها را مدعی شده است، برخی از اهل علم به ثابت بودن آن‌ها قایل اند، پس نفی آن‌ها نسبت به قبول آنها کدام اولویت و ترجیحی ندارد، چنانچه حدیث آن دوزنی را که با همدیگر جنگ کردند، امام بخاری روایت کرده است و در این حدیث دلالت واضح و سند روشنی در مورد قتل شبه عمد است که ابن قدامه حنبلی بدان اشاره کرده است.

۱- نیل الاوطار، للشوکانی، ج ۷، ص ۲۵-۲۴

۲- نیل الاوطار، ج ۷ ص ۶۵، والمغنی ج ۷، ص ۶۵

۴۳۰- وجوب دیت در قتل شبه عمد:

نزد کسانی که قایل به قتل شبه عمد هستند، در وجوب دیت در آن اختلافی نیست، دیت در آن مغلظه است که ان شاء الله تعالی به بیان آن خواهیم پرداخت.^۱

مطلب سوم

قتل خطا

۴۳۱- اولاً- قتل خطا در نزد حنفیان:

در مذهب حنفیان، گاهی خطا در نفس فعل و گاهی در ظن و گمان فاعل صورت میگیرد، اما (اول): مانند اینکه شخص قصد زدن شکاری را می کند ولی به همین فعل تیر او به انسانی اصابت می کند، یا شخص معینی را قصداً مورد هدف قرار میدهد ولی تیر او به شخص دیگری میخورد.

اما (دوم): مانند اینکه به طرف انسانی تیر اندازی می کند بر گمان اینکه او حربی یا مرتد است، ناگهان دانسته می شود که او مسلمان بوده است. پس این نوع قتل، قتل خطا پنداشته می شود و در آن دیت واجب می گردد و هم چنان در هنگام توافر شروط کفاره نیز واجب می آید که ان شاء الله به بیان آن خواهیم پرداخت.^۲

۴۳۲- دوم- مذهب حنبلیان در مورد قتل خطا:

در نزد حنبلیان قتل خطا بر دو نوع است:

(اول)- شخص فعلی را انجام میدهد و به آن فعل صدمه رساندن به مقتول را اراده ندارد اما فعل وی به مقتول اصابت نموده و او را به قتل میرساند، مثل اینکه به طرف شکاری یا هدفی تیر اندازی می کند و تیر وی خطا رفته و به انسانی میخورد و او را می کشد. این مندر گفته است: همه علمای که ما از آن ها علم را حفظ کرده ایم، به این امر اجماع نموده اند که قتل خطا آن است که شخص به طرف یک چیزی تیر اندازی می نماید و به غیر آن چیز اصابت می کند. در این مسأله اختلافی را در میان علماء سراغ نداریم.

۱- بدایة المجتهد، ج ۲ ص ۳۴۳، والمغنی، ج ۷ ص ۷۶۶-۷۶۷

۲- البدایع، ج ۱۰، ص ۴۶۱۷

این قول عمر بن عبدالعزیز (رض) قتاده، نخعی، زهری، ابن شرمه، ثوری، مالک، شافعی و اصحاب رأی است. پس در این نوع از قتل خطا دیت و کفاره واجب می‌گردد. چنانچه بعد ازین آن را بیان خواهیم کرد ان شاءالله تعالی.

(دوم) - آن است که شخصی را در دار حرب (سرزمین های دولت کفری که بر ضد مسلمانان اعلان حرب کرده است) به ظن اینکه کافر است به قتل میرساند، ناگهان معلوم می‌گردد که او مسلمان بوده و مسلمان بودنش را کتمان کرده است، پس در این قتل قصاص و دیتی لازم نمی‌گردد و بجز از کفاره چیزی دیگری واجب نمی‌آید. از احمد در روایت دیگری آورده اند که در این گونه قتل خطا دیت و کفاره واجب می‌شود.^۱

۴۳۳- سوم- مذهب شافعیان در قتل خطاء:

شافعیان در تعریف قتل عمد گفته اند: قتل عمد عبارت است از قصد کشنده و تجاوز بر مجنی علیه قصداً به فعلی که غالباً کشنده است. سپس گفته اند: هرگاه فعل و شخص قصدی نبود یا یکی از آنها قصدی نبود و بدیگری اصابت نمود پس این قتل خطاست.

مثال (اول): یعنی فقدان قصد کشنده - مانند اینکه بر بالای شخصی می‌افتد و او فوت می‌کند. یا مثل شخص خوابیده که در حالت خواب بر بالای شخص دیگری غلط می‌زند و از اثر سنگینی خود او را می‌کشد.

مثال (دوم) یعنی فقدان قصد مجنی علیه: مانند اینکه قصد زدن شکاری را می‌کند اما تیر او به انسانی اصابت می‌نماید. یا قصد زدن انسانی را می‌کند اما تیر او به انسان دیگری می‌خورد و او را به قتل میرساند، پس این هم قتل خطا شمرده می‌شود، به جهت اینکه قصد فاعل اصابت عین شخص مقتول نبوده است.^۲

در این نوع از قتل که عبارت از قتل خطاست، دیت و کفاره واجب می‌گردد.^۳

۴۳۴- چهارم- مذهب زیدیه در قتل خطاء:

۱- المغنی، ج ۷، ص ۶۵۲-۶۵۱

۲- مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۴

۳- مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۵۳، ۱۰۷

زیدیه گفته اند: قتل خطاء آن است که در یکی از امور چهارگانه ذیل واقع شده باشد: (اول) آن قتلی است که به سب عمدی در حقوق عامه از قبیل انداختن سنگی یا افروختن آتشی یا عمل دیگری واقع شده باشد گرچه فعل سبب عمدی باشد.

(دوم) - یا جنایت قتل از شخص غیر مکلفی سرزده باشد، مانند مجنون و طفل گرچه به طور عمدی یا به طور مباشرت آن را مرتکب شده باشد، این گونه قتل، خطا پنداشته می شود.

(سوم) - یا اینکه فاعل قتل، بالغ و عاقل باشد ولی قصد قتل مقتول را نداشته بلکه قصد قتل دیگری را داشته باشد، مانند اینکه شکاری یا هدفی را میزند و تیر وی به خطا رفته و به مقتول اصابت می کند، یا قصداً شخص معینی را میزند تیر او به آن شخص نمی خورد و به دیگری می خورد مانند اینکه زید را میزند اما به عمرو اصابت می کند، پس این هم قتل خطاء محسوب میگردد.

(چهارم) - یا اینکه فاعل قصد قتل را ندارد بلکه تنها قصد ایلام و شکنجه مجنی علیه را داشته باشد ولی قتل صورت بگیرد. این قتل خطاست مشروط بر اینکه عمل وی نسبت به مجنی علیه عادتاً کشنده نباشد، مانند اینکه او را با کفش خود یا با کناره جامه خود یا مانند آن بدون قصد قتل بزند و مجنی علیه از اثر آن فوت کند و دانسته شود که وفات مجنی علیه از اثر آن بوده است مانند آنکه ضربه بر قتل جای او وارد آمده باشد، پس این هم قتل خطاء شمرده می شود. سپس سحولی در حاشیه خود تعقیباً و تعلیقاً بر آنچه که ما تذکر دادیم از مذهب زیدیه می گوید: هرگاه فاعل قصد قتل را داشته باشد گرچه فعل وی به وسیله چیزی صورت بگیرد که کشنده نیست، یا کشنده باشد در حالیکه قصد قتل را نداشته باشد، پس این قتل، قتل عمد است.^۱ در این نوع قتل یعنی قتل خطاء دیت واجب می گردد.

۴۳۵- پنجم- مذهب جعفریه در قتل خطاء:

جعفری ها گفته اند: در قتل خطای محض و شبه آن اساساً دیت ثابت می گردد.

اول- یعنی خطای محض- مثل این است که شخص به سوی حیوانی تیر اندازی می کند اما به انسانی میخورد یا به طرف انسان معینی تیر اندازی می کند اما به دیگری اصابت می

۱- التاج المذهب، ج ۴، ص ۲۹۰-۲۸۹

کند. خطای محض به قصد انسان مربوط است. چنانچه در مثال اول دیده میشود که تیرانداز، اصلاً به تیر اندازی خود قصد زدن انسانی را نداشته است بلکه قصد زدن حیوانی را داشته اما به انسانی تصادف کرده است و در مثال دوم فاعل قصد زدن انسانی را که مورد اصابت مرمی او قرار گرفته است نداشته بلکه قصد زدن انسان دیگری را داشته است.^۱

۴۳۶- خطا در شخصیت مقتول:

از مجموع اقوال فقهای مذاهب مختلف اسلامی که ما تذکر دادیم، بر می آید که خطای جانی، در شخصیت مجنی علیه مقتول، قتل خطا پنداشته می شود؛ مانند اینکه جانی قصد قتل شخصی را می کند به ظن اینکه او زید است اما معلوم میگردد که زید نبوده است در حالیکه هر دوی شان معصوم الدم اند و علاوه بر آن جانی قصداً مرتکب فعل حرامی شده است که عبارت است از قتل انسان معصوم الدم.

۴۳۷- آیا خطا در شخصیت مقتول قتل عمد پنداشته می شود؟

پیش ازینکه به پاسخ این پرسش پردازیم باید یادآور شویم که: ابن قدامه حنبلی گفته است: «هرگاه جانی قصد فعل محرمی را نمود و آدمی را به قتل رساند مانند اینکه قصد قتل چارپایی را یا قصد قتل انسانی بی گناهی را می کند اما تیر او خطا رفته و به شخص دیگری اصابت می کند و او را به قتل میرساند پس این قتل نیز قتل خطاست، زیرا جانی قصد قتل او را نداشته است، و مذهب شافعی هم همین است. سپس ابن قدامه می افزاید: از قول ابوبکر یکی از فقهای حنبلی بر می آید که این قتل، قتل عمد شمرده می شود، به دلیل این گفته وی در مورد کسیکه به طرف شخصی نصرانی تیر اندازی می نماید و پیش از آنکه به او برسد، مسلمان میشود و بعد ازان تیر به او اصابت می کند و کشته می شود، پس این قتل عمد است و برای آن قصاص واجب میگردد، زیرا جانی فعل حرامی را قصد کرده و انسانی را به قتل رسانده است.»^۲

این قول که مبتنی بر گفته ابوبکر (فقیه حنبلی) میباشد، قولی است که من آن را ترجیح می نهم و در نتیجه میگویم که خطای جانی قاتل در شخصیت مقتول معصوم الدم، خطای

۱- الروضة البهیة شرح المعه الدمشقیة ج ۱۰، ص ۱۰۶-۱۰۵

۲- المغنی، ج ۷، ص ۶۵۱

شمرده نمی شود که در آن قصاص واجب نگردد. بلکه واجب است که قتل عمد پنداشته شود، زیرا جانی در اصل قصد قتل انسانی معصوم الدمی را نموده و برای تنفیذ قصد محرم خود مستقیماً فعل قتل را انجام داده است به این صورت که به طرف او تیر اندازی کرده و به گمان اینکه مقصود به قتل، همین شخص است، پس وقتی که در شخصیت آن خطا رفته و شخص معصوم الدم دیگری را کشته است، عدالت ایجاب می کند که جانی نتیجه فعل محرم و قصد محرم خود را متحمل گردد، زیرا او قتل محرمی را قصد کرده و فعل محرمی را مستقیماً مباشرتاً مرتکب شده است، پس قصد جانی به سبب تغییر شخصیت مجنی علیه نیز تغییر نمی یابد مادامی که مقتول معصوم الدم باشد. علاوه بر این توجه ما به قاعده سد ذرایع (بستن رخنه های فساد و تباهی) به ما کمک می کند تا این دیدگاه را ترجیح دهیم و این نوع قتل را قتل عمد محسوب نماییم نه قتل خطا، قتل عمدی که قصاص در آن واجب میگردد نه دیت، به جهت سد ذرایع فساد که ممکن است مجرمین بدان متوسل شوند به اینکه یکی از آنان مدعی شود که قصد قتل خالد را داشته در حالیکه او معصوم الدم بوده است، اما بعداً معلوم گردیده که مقتول زید است در حالیکه او هم معصوم الدم میباشد، پس با این بهانه از مجازات قصاص خود را نجات میدهند. بنا بر این لازم به گفتن است که خطا در شخصیت مقتول از آن نوع قتلی نیست که قصاص در آن منتفی می شود و تنها دیت واجب میگردد به اعتبار اینکه قتل خطاست، بلکه واجب است تا این نوع قتل، قتل عمد پنداشته شود که موجب آن قصاص است نه دیت، مگر آنکه اولیای مقتول از قصاص صرف نظر کنند و دیت را انتخاب نمایند.

مطلب چهارم

قتلی که در معنی قتل خطاست

۴۳۸- این قتل موجب دیت بوده و بر دو نوع است:

(اول) آنکه از هر نظر در معنی قتل خطاء است، عبارت از آن است که از طریق مباشرت به وقوع پیوسته باشد؛ مانند آنکه شخص خوابیده در حالت خواب بالای شخصی غلط زند و به سبب ثقل و سنگینی خود منجر به قتل او گردد و مانند آنکه شخصی از جای بلندی

۱- البدایع، ج ۱۰، ص ۴۷۲ و مابعد آن.

بر بالای شخصی بیفتد که نشسته باشد و او را به قتل برساند، این هم قتل است که در معنای قتل خطاء است.

(دوم) آنکه از یک وجه در معنی قتل خطاست و از وجه دیگر نیست. این قتل آن است که از طریق تسبب رخ می دهد. مثل اینکه هرگاه شخصی در راه عام مسلمین چاهی را حفر کند، سپس انسانی در آن چاه بیفتد و به سبب آن وفات کند، پس دیت آن بر ذمه کسی است که چاه را کنده است، به جهت اینکه او مسبب این قتل به طور متجاوزانه پنداشته می شود، زیرا او حق کندن چاه را در راه عام ندارد. ولی هرگاه مباشر قتل خطا و متسبب آن یکجا گردند. ضمان (دیت) بر مباشر است نه بر متسبب، مانند اینکه شخصی چاهی را در راه عام حفر می کند و انگهی شخصی دیگری می آید و انسانی را تیله کرده و در آن چاه می اندازد و او به سبب همین انداختن می میرد، پس ضمان (دیت) مقتول بر عهده کسی است که او را تیله کرده و در چاه انداخته است، زیرا تیله کننده مباشر است. و بر حفرکننده نیست چون که او متسبب است. باید در نظر داشت که در اینجا متسبب در صورتی متحمل دیت مقتول میگردد که تسبب وی عمل متجاوزانه باشد. عمل متجاوزانه؛ مثل کسیکه در راه عام چاهی را حفر می کند و انسانی در آن می افتد و به سبب سقوط در آن چاه میمیرد، اما اگر در تسبب خود متجاوز نباشد، هیچ تاوانی بر او نیست، لذا... مانند اینکه هرگاه شخصی در ساحه خانه خویش چاهی را حفر کند و آنگاه طفلی بیاید و در آن چاه بیفتد، بر حفر کننده چاه هیچ چیزی لازم نمی آید، به جهت عدم تعدی وی در حفر چاه، زیرا او در ساحه تحت ملکیت خود به حفر چاه پرداخته و این کار از حق وی است.

لیکونکی : دوکتور عبدالکریم زیدان
ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامي

داسلامي فقهي بنسټونه

دوه یم باب
داحکامو دلايل
درییم فصل
درییم دلیل ، اجماع

فهرست:

- ۱۶۹- داجماع تعریف ۴۲
۱۷۰- له اجماع څخه په دې اصطلاحي تعریف ، خوځیزونه مترتب کیږي : ۴۳
۱۷۱- داجماع حجت والی (حجیت) ۴۶
۱۷۲- داجماع ډولونه (انواع) : ۴۸
۱۷۳- غوره (راجح) قول ۵۰
۱۷۴- په دې مسأله کې دمجتهدینو اختلاف په دوه قولونو دی . : ۵۱
۱۷۵- د دې اقوالو له مینځه غوره (راجح) قول ۵۴

۱۶۹- داجماع تعریف

اجماع، په لغت کې پریوځیزدعزم او تصمیم په معنا ده ، د دې حدیث په څیر چې فرمایي :
(لاصیام لمن لم یجمع الصیام من اللیل) ژباړه : څوک چې د شپې له خوا دروژې په نیولو
تصمیم ونه نیسي او دهغې نیت ونکړي ، روژه یې صحیح نده . کله چې ویل کیږي :
(اجمع فلان علی الامر) په دې معنا ده چې پرهغې یې عزم کړی او تصمیم یې پرې نیولی
دی . له نورو معناگانو څخه یې یوه اتفاق دی د دې آیت په څیر چې فرمایي : (فأجمعوا
أمرکم وشركاءکم) (دیونس سورت - ۷۱ - آیت) ژباړه : بیا خپل تصمیم دخپلو
شریکانو سره ونیسئ .

همدارنگه ويل كېږي : (أجمع القوم على كذا) يعنى قوم ، په قاطعيت او عزم او تصميم پرفلاني كارهوكړه . د اجماع ترلاسه كول ، په دې معناسره يوازې له يو كس څخه له زياتو ځينې متصور دى ، د لومړۍ معنا پر خلاف چې دهغه ترلاسه كول له يو كس څخه هم صحيح او متصور دى .

داصولو د علماوو په اصطلاح : اجماع د پيغمبر (صلى الله عليه وسلم) له وفات وروسته ، د عصرونو څخه په يوه عصر كې په يوه شرعي حكم د اسلامي امت د مجتهدينو له اتفاق ځينې عبارت دى .^۱

۱۷۰- له اجماع څخه په دې اصطلاحي تعريف ، خوځيزونه مترتب كېږي :

۱- د غير مجتهدينو دنظر اتفاق ته پاملرنه نه كېږي .
 او (مجتهد) هغه څوك دى چې د احكامو د استنباط ملكه دهغو له تفصيلي دلايلو څخه په ده كې رامېنځته شوى (څرگنده شويده) . مجتهد كله كله (فقيه) هم بولي ، لكه څرنگه چې مجتهدينو ته دحل او عقد اهل او د رأى او اجتهاد اهل او دامت علما هم وايي .^۲ غير مجتهد هغه څوك دى چې له احكامو ځينې د استنباط قدرت نه لرى ، لكه يو عام وگړى يا هغه څوك چې په يوه فن يا نورو علومو لكه طب يا هندسه كې علم (پوهه) لرى خو په شرعي علومو كې پوهه نه لري .

۲- د مجتهدينو له اتفاق څخه موخه ، د ټولو مجتهدينو توافق دى او له دې كبله ، د مدينې د خلکو يا د حرمينو — (مكې او مدينې) د اوسيدونكو او يا ديوي ټاكلې ډلې اجماع كفايت نه كوي .^۳ او له دې اجماعاتو (اجماعگانو) څخه هيڅ يوه دپام وړ اصطلاحي

^۱ - امدى ج ۴ ص ۱۱۵ . ځينو جعفريه علماوو د اجماع په تعريف كې ويلي دي چې : اجماع له چارو څخه په يوه چاره كې د محمد صلى الله عليه واله وسلم د امت دنظر اتفاق دى ، پايله يوه چاره كې له عصرونو څخه په يوه عصر كې د دې امت د مجتهدينو اجتماع ده . الارائك ، ص ۱۷۶ . د نورو تعريفونو لپاره و . گ : شوكانى ، ص ۶۳ ، المستصفى ج ۱ ص ۱۱۰ ، امدى ج ۱ ص ۲۸۰ او له هغې وروسته اوهم ، الاجماع دعلی عبدالرزاق ، چې په هغه كې له بيلا بيلو اصولونو څخه زيات تعريفونه نقل شوي دي .

^۲ - المسودة ، ص ۳۳۱

^۳ - المسودة - ص ۳۳۱

اجماع نه گڼل کيږي . جمهوراصوليون معتقد دي چې له مجتهدينو ځينې د يوه مخالفت هم اجماع ته زيان رسوي او د اجماع دنه انعقاد سبب گرځي . خو ځينو ويلي دي چې د يوه يادوويا درې کسانو مخالفت کوم زيان نه لري او د اجماع دنه انعقاد سبب نه گرځي يو شمير نورهم معتقد دي چې داکثريت مجتهدينو توافق ، که څه هم اجماع نه بلل کيږي خو حجت گڼل کيږي . پيروی ترې لازمه ده ، ځکه د اکثريت توافق د دې نخبه اوعلامه ده چې حق له هغوی سره دی او داسي قاطع (پريکنده) او غوره (راجح) دليل شتون لري چې هغوی يې دنظر دې اتفاق ته رابللي دي ، ځکه په دارنگه مواردو کې ، عادت له مخې ډيرلر پيښيږي چې مخالف دليل غوره وي .^۱

زمونږ په نظر ، دتعريف د مقتضا (غوښتنې) پربنسټ ، غوره دا ده چې اتفاق بايد له هيڅ استثنا پرته د ټولو مجتهدينو له خواوي او حتی که چيري يونفرهم مخالف وي ، اجماع نه منعقد کيږي او په هغه صورت کې چې اجماع هم شتون ونلري ، نه کوم حجت شتون لري اونه هم له هغې څخه په پيروی کې کوم الزام ، ځکه د موافقو افرادو کثرت (ډيرښت) نه شي کولای (دهغوی د رأی) په رښتینولۍ پريکنده دليل وي ، ځکه چې کله کله د اکثريت رأيه خطاوي او حق له اقليت سره وي ، البته که چيري مونږ ته د مخالف دليل رجحان (غوره والی) روښانه نه شي ، کله کله د اکثريت رأيه منل کيږي او په دې اعتبارچې اجتهادي رأيه دمنلو وړده ، په هغې عمل کيږي .

۳- په مجتهدينو کې شرط دا دی چې بايد مسلمانان وي ځکه هغه دلايل چې د اجماع په حجيت (حجتوالي) دلالت کوي ، د دې بيا نوونکي دي چې واجب ده اجماع کوونکي له اسلامي امت څخه وي ، سربيره پردې چې د اجماع موضوع شرعي چارې دي چې پرعقیده ولاړې (مبتني) اويا په عقیده پورې متصلې او اړيکمنې او يا ترې رااخيستل شوی او بيلې شوي دي .

۴- دمجتهدينو اتفاق بايد دهغوی د اجتماع په لحظه (شيبه) کې په بشپړه توگه دمسألې پرحکم تحقق ومومي اوله دې امله ، دعصر اوزمانې پای ته رسيدل شرط نه دی ، يعنی دا شرط نه دی چې هغه مجتهدين چې په هغو سره اجماع ترلاسه شويده په داسې حال کې ومري (فوت شي) چې پخپلې همدې رأيه ټينگار کوونکي وي او له دې کبله ، نه له

^۱ - اصول الفقه ، مرحوم استاد خضری ، ص ۳۳۷

خپلو رأيو څخه دهغوی دځينو رجوع اونه دبل مجتهد ظهور چې د اجماع پرمهال يې وجود نه درلود او د اجماع کونکو مجتهدينو دحکم مخالف دی ، هيڅ کوم يو اجماع ته ضرر نه شي رسولی .

داصوليونو ځينې علما معتقد دي : د اجماع دتحقق لپاره دعصرپای ته رسيدل شرط دی ، ځکه شوني ده چې ځينې اجماع کونکي له خپلې رأی څخه وگرځي .

د لومړۍ ډلې رأيه غوره ده ځکه د اجماع پرحجت والي دلایل د زمانې (عصر) دپای ته رسيدو موجب نه دي ، بلکې يوازې د دوی اتفاق شرط دی ، نو هرکله چې ديو عصر مجتهدينو د يوې پيښې پرحکم هوکړه (توافق) وکړ ، اجماع رامینځته شويده او پيروي ترې واجب ده او نورو له خپلې رأی څخه د ځينو اجماع کونکو په رجوع او دبل مجتهدپه ظهور سره چې بله رأی لري ، نه نقضیږي .

۵- دمجتهدينو اتفاق بايد پريوه شرعي حکم ، لکه وجوب اوحرمت اوندب او داسې نورو وي ، او پريوشرعي مسایلو لکه رياضي يا طبي اويالغوي مسایلو اجماعگانې هيڅ يوله دوی څخه شرعي او دپام وراجماع نه ده .

۶- اجماع هغه مهال معتبره ده چې دخداي (جل جلاله) د استازی (صلی الله عليه وسلم) له وفات وروسته يې صورت موندلی وي . ډيری اصوليونو په خپلو تعريفونو کې د اقيد ذکرکړی دی او مونږ هم هغه غوره کړی دی ، ځينې اصوليون وايي : دا چاره شرط نده ، ځکه صحيح اوجايز هم ده چې دخښتن تعالی (جل جلاله) د رسول (صلی الله عليه وسلم) په عصرکې ديوي مسألې په حکم اجماع وشي اوپه دې صورت کې ، دهغه حکم دليل ، دخداي (جل جلاله) د استازی (صلی الله عليه وسلم) اجماع او موافقت وگرځي ، خو زمونږ په نظر دا رأيه دمنلونه ده ، ځکه دخښتن تعالی جل جلاله درسول (صلی الله عليه وسلم) په شتون سره نور نو اجماع ته کومه اړتيانه شته ، ځکه هغه څه چې معتبر دي دخداي (جل جلاله) د استازي (صلی الله عليه وسلم) قول او د دوی موافقت دی ، ځکه هغوی دتشریح مصدردي ، نو که چيرې دهغوی په عصرکې اجماع ترلاسه شوه ، په دې صورت کې ، پيغمبر(صلی الله عليه وسلم) يا دهغې موافق دی اويایې مخالف ، که دهغې مخالف وي ، نو نورددهغوی اجماع معتبره نده او که هغوی دهغې موافق وي ، د دوی موافقت دی چې معتبردی ، اوله دې کبله ، مونږ دخداي (جل جلاله) د استازي (صلی الله

عليه وسلم) په عصر کې د اجماع په پيښيدو د اعتقاد لپاره کوم دمنلو وړ دليل نه مومو او په همدې دليل، په هغې نه قايلېږو .

۱۷۱- د اجماع حجت والی (حجيت)

هرکله چې اجماع دهغې له شرايطو سره منعقد شوي د مجمع عليه (د اجماع دمحل) مسألې پر حکم يو قطعي دليل کيږي او دا اجماع د مسلمانانو لپاره يو قطعي او لازم حجت گڼي، له هغه سره مخالفت او يا دهغه نقض جايز نه دی.^۱ ډيرې جمهورو علماوو هم، د اجماع د حجت والي په تړاو، په زياتو دلايلو استدلال کړی دی چې دلته يې ځينو ته اشاره کيږي .

الف : څښتن تعالی (جل جلاله) فرمايي، (ومن يشاقق الرسول من بعد ماتين له الهدی ویتبع غیر سبيل المؤمنین نو له ماتولی ونصله جهنم وساءت مصيرا) (دالنساء سورت - ۱۱۵- آيت) .

ژباړه : اوڅوک چې د پيغمبر مخالفت وکړي له هغه وروسته چې لاره ورته روښانه شوه او د مسلمانانو له لارې پرته بله لاره ونيسي نو هماغه لارې ته به يې مونږ وگرځوو او دوزخ ته به يې وردننه کړو چې دا ډير بدځای دی .

په دې کریمه آيت د استدلال وجه دا ده چې سترڅښتن تعالی (جل جلاله) په دې آيت کې د مؤمنانو له لارې سره په مخالفت د عذاب وعيد او وعده ورکړې ده اوله دې امله، حق او واجب الاتباع لاره، هماغه دمؤمنانو لاره ده اوله دې پرته نورې لارې باطلې او واجب الترك دي او هغه چې پرې موافقي ته رسيږي هم، په قطعی توگه دهغوی لاره ده، نوبالکل حق ده، هر ورو ورو واجب الاتباع ده . د اجماع معنا هم يوازې همدا ده او مطلوب هم دا دی .

ب : په سنت کې ډير روايتونه راغلي دي او پر دې دلالت لري هغه مهال چې اسلامي امت له چارو څخه په يوه چاره اجماع (اتفاق) وکړي له خطا څخه يې محفوظ او خوندي دی، له هغې جملې ډيپيغمبر (صلی الله عليه واله وسلم) دا قول دی چې فرمايي .

(لاتجتمع أمتی علی خطا) ژباړه : (زما امت په خطا سره نه راغونډيږي)

او همدارنگه (لاتجتمع أمتی علیه الضلالة) ژباړه : (زما امت په ضلالت او گمراهي اجتماع نه کوي) . دا احاديث که څه هم آحاد دی، خو متواتره معنا لري او په دې چاره

^۱ - المسودة، ص ۳۴۵

د يقين بيانونکي دي چې هغه څه چې امت پرې اجتماع کوي ، حق او صواب دي او دامت اجتماع د مجتهدينو په اجتماع سره تمثيل مومي ، ځکه هغوی د رأی او معرفت خاوندان دي او نور دهغوی تابع دي ، نو دهغوی اجتماع حق او صواب ده او هر هغه څه چې حق وي له هغه څخه پيروي او نه مخالفت واجب دی او د اجتماع حجت والی هم له دې ځينې پرته بل څه نه دی .^۱

ج – د مجتهدينو اتفاق بايد پريوه شرعي دليل ولاړ (مبتني) وي ، ځکه نه بنيابي اجتهاد دهوا او هوس له مخې وي بلکې بايد د دود شويو ميتودونو ، ټاکليو ضوابطو او مشخصو لارو مطابق وي چې له هوا او هوس څخه خوندي دي – لکه هماغسی چې په سريزه کې يې يا دونه وشوه – اوله دې کبله ، که چيرې مجتهدين په يوه رأيه هو کړې ته ورسيدل په قطعي صورت سره علم پيدا کوي (پوهيږو) چې هغوی يو شرعي دليل موندلی دی چې په قطعي توگه د دوی په خپله د توافق وړ رأی ، دلالت لري ، ځکه که چيرې د دې دليل دلالت په خپل مدلول قطعي نه وي ، دعادت له مخې په توافق ، لاس ته نه راځي ځکه

^۱ – بايد پام مووې چې جعفريه وايي د اجتماع حجت والی د اجتماع کوونکو په مينځ کې د معصوم امام په داخلیدو سره ثابتېږي . علامه حلي د (تهذيب الاصول الی علم الاصول) په کتاب کې په دې چاره تصريح کړېده او د (الارناک) ليکوال د دې مطلب په توضيح کې وايي : د اجتماع حجت والی د اجتماع کوونکو په مينځ کې د معصوم امام په داخلیدو د علم پر تحقق ياد دوی د اجتماع وړ حکم سره د ده په موافقه د علم په تحقق سره يا د ده په رأی د علم په تحقق سره د اجتماع کوونکو له اقوالو څخه په حدس وهلو سره دي ، الارناک ص ۱۷۶-۱۷۷ . همدارنگه و . گ : کفاية الاصول ص ۶۹ او له هغې وروسته ، اصول الاستنباط دعلی تقسی حیدری ، ص ۱۴۵ اوله هغې وروسته .

خوشیخ نائی د اجتماع د حجت والي د علت په ذکر کولو کې په بل دليل استدلال کړی دی او هغه د اجتماع کوونکو په نزد د يومعتبر دليل له شتون څخه پرده پورته کول دي ، ځکه د اجتماع کوونکو په مينځ کې د معصوم امام د داخلیدو مسلک ، دعادت له مخې د معصوم امام د غيبت پر مهال عملي نه دی . د الارناک ليکوال د دې قول په تړاو وايي : دا ، د معصوم قول مونږ ته نه کشفوي ، نو په حقيقت کې اجتماع نده ، ځکه په هغې – اجتماع – کې د ټولو دنظر اتفاق ته اړتيا نه شته . و . گ : تقريرات نائی د فوائد الاصول په کتاب کې ، ج ۱ ص ۸۶-۸۷ ، الارناک ، ص ۱۷۸

د افرادو عقلمنه او قريحي يوله بله سره توپيرلري او د دوی توافق نه ترلاسه کيږي که چيرې دهغه دليل پربنسټ وي چې د زياتو وجوهو دا احتمال درلودونکی دی .

۱۷۲- د اجماع ډولونه (انواع):

الف : صريحه اجماع

هغه اجماع ده چې په هغې کې ، مجتهدين خپلې رأيي په صريحه توگه بيانوي او بيا پريوه رأيه توافق (هوکرې) ته رسيږي ، لکه دارنگه که چيرې يوه مسأله مجتهدينو ته په داسې حال کې وړاندې شوه چې هغوی ټول په يوه ځای کې سره راغونډ شوي و ، د هغوی هريو خپله رأيه بيان کړي او بيا پريوه رأيي هوکرې ته ورسېږي ، او يا داچې مجتهدين په يوه ځای کې نه و او په بيلايلو ځايونو کې وي ، او وروسته مسأله هريوه ته جلا- جلا وړاندې شي او هغوی په دې مسأله کې پريوه واحدې رأيي توافق ته ورسېږي او يا داچې يوله مجتهدينو څخه په يوه مسأله کې فتوا ورکړې او د ده فتوا نورو ته ورسېږي او نورمجتهدين هم په صريح ډول د ده له فتوا سره په صريحه توگه خپل موافقت اعلام کړي (ونسي) او يا داچې يومجتهد په يوه مسأله کې يو ټاکلی حکم ورکړي او د ده دا حکم نورو مجتهدينو ته ورسېږي او هغوی هم په صريح ډول په قول يا فتوا يا حکم سره له هغه مجتهد سره موافقت وکړي .

د اجماع دا ډول قطعي حجت دی له هغې سره مخالفت او يا دهغې نقضول جايز نه دي .

ب : سکوتي اجماع

دا اجماع په دې بڼې سره ده چې مجتهد په يوه مسأله کې خپله رأيي څرگنده کړي او دا رأيه مطرح او مشهوره شي او نورو مجتهدينو ته ورسېږي ، خو هغوی دهغې په تړاو سکوت وکړي (چوپ پاتې شي - چوپتيا غوره کړي) او په صريح ډول دهغې انکار ونکړي او په صريحه توگه هم د هغه له رأيي سره موافقت ونکړي او د نورو مجتهدينو دنظر دڅرگندولو لپاره هم کوم خنډ شتون ونلري ، يعنی په مسأله کې دنظر لپاره کافي موده تيره شي او بهرنی عامل لکه له يو کس څخه ډاريا په زړه کې له يوچاڅينې ويره درلودل او يا له دې پرته نور موانع - چې وروسته به يې يا دونه وشي - هم په مينځ کې نه وي چې مجتهد چوپتيا (سکوت) ته اړباسي . علماوو د دې ډول اجماع دحکم او دهغې د اعتبار د اندازې په تړاو - په درې قولونو اختلاف کړی دی :

۱- يوشمير لکه امام شافعي او مالکيه معتقد دي چې : دا اجماع ، نده اوحتي ظني حجت هم نه گڼل کيږي . د دې ډلې استدلال هم دا دی چې چوپ (ساکت) فرد ته کوم قول نه منسوبيږي ځکه نه شو کولای له خپله ځانه دهغه چاله خوا خبره وکړو چې نوموړي نده ويلې ، لکه هماغسې چې نه شو کولای سکوت — (چوپتيا) په جزمي صورت سره پرموافقت هم حمل (تعبير) کړو ، ځکه کيدای شي سکوت بيلابيل لاملونه (عوامل) ولري ، له هغې جملې دا چې مسأله نوروته نه وي رسيدلي ، يا نورو په هغې کې اجتهاد نه وي کړی ، ياد رأی د تکوين لپاره کافي وخت نه وي تير شوی ، يا داچې چوپ فرد گمان وکړي دخپلې رأی دڅرگندولو لپاره کوم دليل شتون نه لري ، په دې اعتقاد چې بل (مخالف) د ځواب ورکولو زحمت د ده له اوږو څخه واخلي يا په دې دليل سره چې نوموړی په دې معتقد دی چې حق دڅښتن تعالی (جل جلاله) په نزد هر هغه څيزدی چې هرمجتهد په خپل اجتهاد سره پر هغه لاس مومي [يعنی په فروعو کې د مجتهدينو په تصويب قايل وی] نو د ده ځواب ورکولو او انکار ته اړتيا نه شته ، يا شونې ده په دې دليل وي چې له يوه ظالم (ستمگر) سلطان څخه ويږه ولري يا دبل مجتهد دستروالي او پرتمين توب په خاطر دخپلې رأی له څرگندولو ځينې شرم ولري نو د دې احتمال او نورو احتمالاتو په شتون سره نه شو کولای چې جزم او يقين ومومو چې سکوت د موافقت دليل دی او څرنگه چې پرموافقت هم کوم دليل شتون نه لري ، کوم اتفاق او اجماع هم شتون نه لري او کله چې هم کومه اجماع شتون ونلري ، کوم حجت هم په کار نه دی .

۲- ډيری احناف او حنابله^۱ معتقد دي چې : دا اجماع ، يو قطعي حجت دی چې مخالفت ورسره جايزندی ، ځکه که څه هم د قوت له حيثه صريحې اجماع ته نه رسيږي ، خو دصريحې اجماع په څيرده .

د دې ډلې استدلال دا دی چې که چيرې قرينه شتون ولري او هغه خنابونه چې د موافقت د نخبې په عنوان دسکوت له اعتبار څخه مانع کيږي منتفی شي (له مينځه ولاړ شي) ، سکوت — دغيرسکوت پرخلاف — پرموافقت تعبير کيږي . دقرينې تحقق او دخنابونو نفی کيدل هم هغه مهال رامينځته کيږي چې مشهوره شوی رأيه نورو مجتهدينو ته ورسپري

^۱ - (روضة المناظر وجنة المناظر) دشيخ موافق الدين بن قدامه المقدسی ، ص ۳۸۱ (ارشاد

اوپه مسأله کې دنظر او تأمل لپاره کافي وخت هم تیرشي او دمجتهد د صریح نظر دڅرگندولو پر وړاندې دهغه مسألې په تړاو چې ده ته رسیدلې ده ، لکه دارنگه گمان وکړي چې نورو دهغې ځواب ورکړی دی ، یا دا چې معتقد وي چې هغې ته د ځواب ورکولو لپاره کوم دلیل شتون نه لري او یا دقدرت دځاوند له ځورونې او اذیت څخه په پارکې وي او ددې په څیر نورځنډونه چې په رأی له تصریح ځینې مانع کیږي ، شتون ونلري، له دې امله که چیرې ټولو ذکر شویو مواردو تحقق وموند، نورو د موافقت د نڅښې په عنوان دسکوت د نه اعتبارلپاره کوم دلیل شتون نه لري، اجماع تحقق مومي اوپوهیږو چې اجماع پریکنده (قطعي) حجت دی .

۳- ځینې احناف او ځینې شافعیه معتقد دي چې: دا اجماع ، اجماع نده ، لیکن ظني حجت دی . د دې رأی استدلال هم دا دی چې د اجماع حقیقت ، په حقیقي توګه د ټولو دنظر اتفاق دی نه دحدس اوگمان په بڼه ، او دا چاره په سکوتي اجماع کې تحقق نه مومي ، ځکه که هرڅومره وویل شي چې سکوت په موافقت دلالت لري ، پرموافقت په دلالت کې ، دتصریح په څیر نه دی ، نو اجماع نه گڼل کیږي ، خو پرموافقت دهغه د دلالت درجحان په خاطر- که چیرې دتصریح ځنډونه له مینځه ولاړشي- ظني حجت گڼل کیږي.

۱۷۳- غوره (راجح) قول

واقعیت دا دی چې د اجماع د تحقق لپاره مطلوبه چاره پررأی د ټولو مجتهدینو دموافقت تحقق دی او دموافقت تحقق هم ، لکه هماغسې چې په صریحه طریقه ترسره کیږي ، د دلالت په طریقه هم سرته رسیږي او مونږ معتقد نه یو چې دا موافقت یوازې په تصریح کې ترلاسه شي ، ځکه - څرنگه چې د دوهم قول پلویان یې وايي - سکوت د دې صلاحیت لري چې د قرائنو دشتون او ځنډونو دله مینځه تللو په صورت کې ، پرموافقت د دلالت لپاره یوه طریقه وی ، ځکه په دې حالت کې، سکوت پخپله یو بیان دی ، ځکه دارتیا په ځای کې قرارلري اوکه چیرې ویل شوي رأیه باطله وي ، دمجتهدلپاره دهغې پر وړاندې سکوت (چوپتیا غوره کول) حرام دي ، په ځانګړي توګه دا چې په مجتهدینو زمونږ ظن دا دی چې هغوی ، د حق دڅرگندولو لپاره ، دخپلې رأی له څرګندولو (اظهار) ځینې ډه نه کوي ، که څه هم په دې خاطر له سختیو او ستونزو سره مخامخ هم شي او همدا ظن ، دا اعتقاد په مونږ کې پیاوړی کوي چې دهغوی سکوت په رضایت او موافقت تعبیر

کيږي ، نه په انکار او مخالفت خوکه چيږي : مونږ د دې بشپړ توان ونه موند چې پر رضایت د سکوت دلالت وپيژنو او نه د تصریح د موانعو پر منتفي توب د بشپړې اطلاع توان ، په دې حالت کې مونږ په دې معتقد يو چې تر لاسه شوې سکوتي اجماع يوازې يوظفي حجت دی او هلته له اجماع څخه موخه د اجماع په معنا نده .

۱۷۴- په دې مسأله کې دمجتهدينو اختلاف په دوه قولونو دی . :

که چيږي مجتهدينو له عصرونو څخه په يوه عصر کې د يوې مسألې د حکم په تړاو پر دوه قولونو د نظر اختلاف پيدا کړ ، آیا په هغې مسألې کې د دريم قول رامینځته کول جايز دي ، يانه ؟ په دې هکله ، علماوو په څو قولونو اختلاف کړی دی ، منع او جواز او توضیح ، په دې شرحه :

لومړی قول- د دريم قول رامینځته کول جايز نه دي ، ځکه په دوو قولونو کې دا اختلاف محصور کيدل ، ضمني اجماع یا- لکه هماغسې چې خپله هغوی پرې نوم ايښی دی - مرکبه اجماع په دې چاره ده چې په مسأله کې بل قول شتون نه لري ، نو په دريمه رأی قايليدل د ترسره شوې اجماع نقض او ماتول دي او دا هم جايز نده .

په واقعیت کې ، دا يو کمزوری (ضعيف) استدلال دی ، ځکه کوم څيز چې تر لاسه شويدي په دريمه رأيه نه قايليدل دي او په يو څيز نه قايليدل هم ، دهغه څيز په نه شتون د قايليدو مستلزم نه دی ، ځکه د دې دواړو ترمينځ څرگند توپير شتون لري ، نو هغه څه چې يې ويلی دي د دوی د قول لپاره کوم دليل کيږي نه .

دوهم قول- په مطلق ډول جايز دی . د دې قول استدلال دا دی چې : کوم مهال چې د يوې مسألې په حکم کې ، د مجتهدينو ترمينځ اختلاف راغی ، همدا د مسألې پر حکم د اجماع د شتون پر نه درلودلو يو پريکنده دليل دی ، ځکه اجماع د ټولو مجتهدينو د نظر اتفاق دی نه د دوی د ځينو د نظر اتفاق ، او کله چې هم د نظر دا اتفاق تر لاسه نه شو ، نورو د دريم او څلورم اوله دې څخه د زياتو اقوالو په مينځته راتلو کې کوم خنډ شتون نه لری ، ځکه دا اقوال کومه اجماع نقض اونه ماتوي .

که څه هم په ظاهره کې دا استدلال پياوړی دی ، خو په واقعیت کې ضعيف دی ، ځکه د دې امکان شته چې د اجماع ځای (محل) د دوو ډلو ترمينځ چې يوله بله دنظر اختلاف لري

^۱ - ارشاد الفحول ص ۷۶-۷۷

د اختلاف وړمسألې يوه برخه وي او همدا د اتفاق وړ او مشترک قدر(اندازه ، مقدار) د هغوی د اجماع محل وي ، نوله دې مشترک قدر (اندازې) سره اختلاف جايز ندی ، ځکه د دې قول څښتنان له دې ټکي ځينې غافل ؤ ، په مطلق ډول په جواز کې د تعميم ورکولو په خطا کې لويديلی دي .

درييم قول – د تفصيل اختيار، لنډيزېي دا دی ، که چيرې کوم مهال د دوو ډلو ترمينځ چې يوله بل سره دنظر اختلاف لري، مشترک قدر او دتوافق وړ ټکي شتون درلود ، نور نو د درييم قول رامينځته کول چې د اجماع ځای(محل) له دې مشترک قدر سره مخالف وي جايز نه دی ، ځکه دا درييم قول د صورت موندلی اجماع نقض اوماتول گڼل کيږي او دا هم جايزندی ، خو که چيرې درييم قول د مشترک قدر او د اتفاق وړ له هيڅ څيز سره ټکر او اختلاف نه درلود ، په دې صورت کې په مسأله کې د درييم قول رامينځته کول جايزي دي ، ځکه په دې حالت کې ، درييم قول له هيڅ اجماع سره کوم اختلاف نه لري ، دا دی د دې قول د توضيح لپاره څومثالونه راوړل کيږی .

الف- صحابه وو ، له سکنيو ورونيو او خویندواو پلار سره دنیکه –(جد) د ميراث په تړاو ، په دوه قولونو کې يو له بله اختلاف درلود : لومړی ، دا چې نیکه ، وروڼه حجب کوي که چيرې پخپله له دوی څخه پرته نورکسان ورسره نه وي ، په يوازې ځان ميراث وړي . دوهم ، دا چې نیکه له ورونيو سره ميراث وړي او هغوی نه حجب کوي .

نو، د دې قول د خاوندانو ترمينځ مشترک او متفق عليه قول ، له ورونيو سره دنیکه دميراث وړلو ضرورت دی او اختلاف ، په دې کې چې : آیا نیکه وروڼه اوخويندې حجب کوي يابې نه حجب کوي ؟ نوله ورونيو سره دنیکه دميراث په نه وړلو ولاړ د درييم قول رامينځته کول، کوم جايز قول نه دی ، ځکه پخوانی اجماع – چې له ورونيو سره دنیکه دميراث وړلو داپتيا بيانوونکې ده او د دوو مخالفو ډلو مشترک ټکي دي – نقض اوماتوي.

ب – صحابه وو، همدارنگه ، د هغه اميدواره (حامله) بنځې دعدت په تړاو چې ميره يې مرشوی دی يوله بل سره دنظر اختلاف پيدا کړ، دهغوی يوه ډله معتقده وه چې دا بنځه په زيږون (لنگوال) له عدت څخه بهرکيږي اوبله ډله په دې قايله وه چې : که چيرې له دوه عدتونو ځينې هريوه خورا اوږده موده درلوده ، هغه ، د دې عدت دی ، يعنی که چيرې

د عدت تيريدلو په څلورو مياشتو اولسو ورځو سره ، زياته موده ونيوله ، دا د دې عدت دى او كه چيرې زوكړې (د حمل وضعي) يې زياته موده نيوله ، زيږون د دې عدت كيږي د دواړو ډلو تر مينځ مشترك ټكي دا دي چې له زوكړې وړاندې ، د څلورو مياشتو اولسو ورځو عدت په تيريدو بسنه (اكتفا) نه كيږي . نو د دريم قول ايجاد چې د دې بيانونكى وي چې له زوكړې تر منځه عدت په څلورو مياشتو اولسو ورځو محاسبه كيږي ، صحيح نه دى ، ځكه مشترك او د توافق وړ قدر نقض كوي او د اجماع ماتول هم جايز نه دى .

ج - د دريم قول درامينځ ته كولو مثال چې د توافق وړ او مشترك قدر سره اختلاف نه لري په والدينو (موراو پلار) او يو له زوجينو (مېړه او ميرمن) كې دميراث د انحصار مسأله ده ، چې د لومړي عصر مجتهدينو په دې مسأله كې يوله بل سره اختلاف درلود او ځينو ويل چې مور په مفروض صورت د ټول مال يو په دريمه حصه وړي او وروسته ، يوله زوجينو سهم (برخه) ورته وركول كيږي - كه چيرې زوجه وه ، يوه څلورمه برخه ورته وركول كيږي او كه چيرې زوج ؤ يو پر دوهمه برخه وړي او وروسته ، باقي پاتې پلار ته وركول كيږي . بله ډله معتقده وه چې : مور ، يوله زوجينو څخه له فرض وروسته باقي يو پر دريمه برخه وړي او هغه څه چې له تركې ځينې باقي پاتې كيږي د تعصيب (عصبه) په طريقه پلار ته وركول كيږي . محمد بن سيرين ، د تابعينو په عصر كې ، معتقد ؤ چې : مور ، د ټول مال يو پر دريمه برخه وړي او كه چيرې زوجه دموتو له والدينو سره شتون ولري ، او مور د زوج له فرض وروسته باقي دريمه برخه وړي كه چيرې زوج دموتو له والدينو سره شتون ولري . وينو چې دمحمد بن سيرين دا قول د مخكنيو د ووقولونو له مشترك قدر سره كوم اختلاف نه لري او له دې امله ، د اجماع نقض نه گڼل كيږي او قايليدل پرې كومه مانع نه لري .

د - د لومړي عصر فقها وو دنكاح په فسخ كې د زوج د حق داندازې په تړاو ، په زوجه كې د برص (پيس مرض) يا جنون يا عته يا رتق او يا قرن د شتون په صورت كې يو له بله اختلاف درلود او ځينې معتقد ؤ چې په دې ټولو عيبنو سره فسخ كيږي او ځينې ، معتقد ؤ چې فسخ جايزنده ځكه زوج د طلاق د حق درلودونكى دى او دا كفايت كوي ، اوس ، كه چيرې يو له مجتهدينو څخه ووايي : فسخ په فلاني عيب او فلاني عيب جايز ده او په نورو

عيونو سره جايزنده ، د ده دا قول د اجماع نقض نه دی ځکه دواړه قولونه پريوه مشترک قدرمتفق نه دي چې هغه له ځينو عيونو څخه عبارت دی چې په دريم قول کې يې دفسخ په باره کې راغلي دي .

۱۷۵- د دې اقوالو له مينځه غوره (راجح) قول

دريم قول غوره دی ، ځکه د اجماع حقيقت ته گوري او حتی که چيرې د اختلاف وړ يوې مسألې په جزئياتو اجماع ومومي له هغوی سره د اختلاف درلودونکي دريم قول رامينځته کول جايز نه بولي ، خو که چيرې دا اجماع ونه مومي ، نورو د دريم قول په رامينځته کولو کې کوم خنډ نه وي ، ځکه ممنوع چاره دريم قول دی چې د پخواني اجماع ناقض وي او- لکه څرنگه چې د لومړي قول اصحاب يې وايي - پخواني اجماع هم د هغه افراد و ديوشمير رايو پربنسټ چې يوله بله اختلاف لری ايبودل شوې ، ترڅو وويل شي چې د دريم قول رامينځته کول په مطلق ډول جايز ندي ، بلکې يوازې دمسايلو داحکامو پربنسټ نه ايبودل کيږي او کله کله هم ، شوني ده چې د مسألې په ځينو جزئياتو کې دنظراتفاق ترلاسه شي ، که څه هم په هغې کې ، په کلي توگه ، لکه څرنگه چې په مثال کې راغلل ، اختلاف شتون لري . د بيلگې په توگه له ورونيو سره د نيکه (جد) دميراث په مسأله کې ، دارنگه فرض کوو چې گويا يوله دې د وودلو وايي : که چيرې وروپه له نيکه سره وي ، نيکه ميراث وړي اوبله ډله وايي : وروپه ميراث نه وړي که چيرې له نيکه سره وي ، چې گورو په دې مسأله کې د توافق وړ جزئي چاره ، دا ده چې نيکه ميراث وړي ، نو دهغه قول رامينځته کول چې د توافق وړ د دې جزئي چاري ناقض وي ، جايز ندي .

۱۷۶- د اجماع مستند (دسند او دليل درلودل)

اجماع بايد ديو شرعي مستند درلودونکې وي ، ځکه په ديني چارو کې له علم او دليل پرته دنظرڅرگندول ، دهوا او هوس پربنسټ دنظرڅرگندول دي اوپه قطعي ډول خطا دي او دارنگه چاره جايزنده او نه واقع کيږي ، ځکه امت ، دهغه احاديثو د دلالت له مخې چې وړاندې يې يادونه وشوه ، له خطا څخه معصوم دی .
د اجماع سند کله له قرآن او کله له سنت ځينې دی ، مثلاً له نياگانو (جداتو) او دفرزند له لويوهرڅومره چې بسکته ولاړې شي سره دنکاح پرحرمت اجماع ، په دې آيت مستنده ده

چې فرمايي : (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم) (دالنساء سورت - ۲۳ - آيت) ژباړه : په تاسو حرامې شويدي ستاسوميندى ، ستاسولونې .
 ځكه دعلما وواجماع پر دې منعقد شويده چې له (امهات) څخه موخه په دې كريمه آيت كې ، هغه بنسځې دي چې د سړي اصول شميرل كيږي [هغه بنسځې چې كه چيري نه وای هغه سړى به هم نه ؤ] نو په جداتو (نياگانو) هم شاملېږي كه له سړي ځينې هرڅومره ليرى هم وي اوله (بنات) څخه موخه ، له بنسځو ځينې د سړى فرع ده نو په صلبې لويو او دفرزندانو په لويو شاملېږي ، كه دالونې له سړي څخه زياته نسبي فاصله هم ولري .
 اوپه سنت د بنا (ولاړو) اجماعگانو له جملې ځينې ، جده (نيا) ته د ميراث ديو په شپږمې برخې په وركولو دعلماوو اجماع ده ، ځكه دڅښتن تعالى (جل جلاله) رسول صلى الله عليه وسلم نيا ته يو په شپږمه برخه ميراث وركړ .

د اصولو علما پراجتهاد يا قياس د ولاړي (مبتني) اجماع دانعقاد دجواز په تړاو يوله بله سره اختلاف لري ، ډيرى علما وو هغه جايز بللي ده خو يو شمير نورو لكه داؤد ظاهري او ابن جرير طبري هغه منعه كړيده ، مونږ د اكثرثيت رأى ته ليوال (متمايل) يو ، ځكه دصحابه وو په زمانه كې داسې اجماعگانې منعقد شويدي چې دهغو مستند اجتهاد يا قياس ؤ ، له هغې جملې ، هغوي دقرآن په راجمع كولو (راغونډولو) اجماع وكړه او دهغوى مستند مصلحت ؤ چې د اجتهاد يو ډول گڼل كيږي او همدارنگه صحابه وو او علما وو دجمعي د ورځې دلمانځه لپاره د درييم آذان د رامينځته كولو په تړاو له حضرت عثمان بن عفان (رضى الله عنه) سره موافقه وكړه او دهغوى سند خلكوته دلمانځه دوخت داعلام مصلحت ؤ ، په ځانگړې توگه هغه افرادو ته چې له جومات څخه بې زيات واټن درلود او همدارنگه د دوى اجماع دخوگ (خنزير) دوازگي (وازدې) پرتحريم دخوگ دغوبني په تحريم د هغې په قياس سره .^۱

۱۷۷- د اجماع د انعقاد امكان او په هغې كې اختلاف :

جمهور علما د اجماع په انعقاد او دهغې دعلمي پيښيدو په امكان قايل دي او ځينې نور لكه نظام له معتزله وو څخه هم په دې قايل دي چې د اجماع انعقاد شونى نه دى او اصلاً پيښه شوې نده ، د دې ډلې استدلال په دې دى چې د مجتهد و اشخاصو پيژندل يوستونزمن

^۱ - آمدی ج ۱ ص ۳۲۰

اوناشونى كار دى ، ځكه له مجتهد ځينې دغيرمجتهد دتمييز لپاره كومه ضابطه اوقاعده شتون نه لري ، ترهغه ځايه چې كه چيري يوشخص په خپل بناړكې په اجتهاد مشهوروي ، ځينې كسان د ده له بناړڅخه يا له بل بناړځينې د اجتهاد لپاره د ده داهليت په تړاو له ده سره مخالفت كوي اوحتى كه چيري په اجتهاد معروف هم وي اود اجتهاد لپاره دهغه د اهليت سره كوم مخالف هم شتون ونلري ، په بيلابيلو بناړونو اوهيوادونوكې دعلماوو دتيت او پركتوب په علت دهغوى راغونډيدل اوهغوى ته د مسألې وړاندې كول ستونزمن دي اوحتى كه چيري وغوښتل شي چې مسأله دهغوى په خپل ټاټوبي كې هغوى ته وړاندې شي ، بيا هغوى هريوه ته دهغې ابلاغ اودهغوى درأى پيژندل په ډاډ منه توگه او د ټولو رأيو دراغونډولو ترمهاله په خپله رأيه دهغو په پاتې كيدلو اويقين موندلو پورې په جدي ډول ستونزمن دي اوپردي ټولو سربيره ، اجماع بايد د سند درلودونكې وي ، چې دا سند ، كه چيري قطعي وي خلک يې پيژني اودعادت له مخې ترې غافل نه دي ، ځكه د قطعي شأن (مقام ، موقعيت) دا دى چې پيژندل كيري اوخپري اوپه دې صورت كې هم ، اجماع ته كومه اړتيا شتون نه لري ، او كه چيري سند ظني هم وي ، دعادت له مخې ناشونى دى چې توافق پرې وشي ، ځكه دمجتهدينو افكار او دهغوى قريحي په استنباط كې يوله بله توپير لري .

دجمهوراستدلال دا دى چې : هغه څه چې د دې باب مخالفين يې وايي يوازې په يوه چاره كې تشكيك (په شك كې اچول) دى پيښيدل يې شوني دي ، نو ورته پاملرنه نه كيږي او د اجماع د پيښيد و دليل هم دا دى چې عملاً د اصحابو په زمانه كې پيښه شویده اوله هغوى ځينې ډيرې اجماعگانې مونږ ته نقل شوي دي ، لكه پردې دهغوى اجماع چې په ميراث كې نيا (جده) يوپر شپږمه برخه وړي ، له مسلمانې بنځې سره دغيرمسلمان نارينه د واده پربطلان د دوى اجماع ، له مهرالمسمى پرته دنكاح پرصحت (صحيح والى ، سموالى) دهغوى اجماع ، دفاتحانو ترمينځ د فتح شويو ځمكو پرته ويشل كيدو اجماع ، پردې اجماع چې پلرنى وروڼه اوخويندې دسكنيو وروڼو اوخويندود نه شتون په صورت كې دهغوى ځاى ناستې كيږي ، دهغوى اجماع پردې چې صليبي زوى ، د زوى زوى (لمسى) حجب كوى (محروموي) او نورى خورا زياتى اجماعگانى ، چې په يادوشويو مواردو كې د اجماع انعقاد دهغه دپيښيدو پرامكان يو پريكنده (قاطع) دليل دى ، نوڅرنگه ويل كيږي چې : اجماع پيښه شوى نده او پيښه به نه شي ؟

۱۷۸- په دې اختلاف کې دتفصيل ورکولو لزوم

په دې اختلاف کې زموږ رايه ، د تفصيل وچوب دی ، نو نه دجمهورقول په مطلق ډول منو او نه دمخالفانو قول په مطلق ډول ردوو او دپام وړ تفصيل هم دمخالفانو د دلايلو دکره کولو او مناقشي مستلزم دی ، نو وايو:

۱- داچې مخالفينو استدلال کړی دی په دې چې : که چيرې د اجماع مستند قطعي وي ، له خلکوڅخه پټ نه پاتې کيږي اوپه دې صورت کې نوراجماع ته کومه اړتيا نه شته او که چيرې يې سند ظني وي ، د عادت له مخې توافق پرې ناشونی دی ، نواجماع نه منعقد کيږي ، بايد ووايو چې : دا استدلال ، په خپلو د وارو برخو کې ، دهغوی دقول لپاره کوم دليل نه دی ، ځکه که چيرې د اجماع مستند قطعي دليل وي ، اجماع د دې دليل پر قوت ورزياتوي او نورنو دهغه په دليل بحث ته اړتيا شتون نه لري او که چيرې يې مستند ظني وي - لکه آحاد خبر ، پرهغه د اجماع د امکان عادت ناشونی نه بولي ، که چيرې دا ظني دليل دڅرگند دلالت اورويښانه معنا درلودونکی وي اوپه دې حالت کې ، له اجماع سره ، د قطعې دليل ترمرتبې پورې پورته ځي .

۲- دا چې استدلال يې کړی دی په دې چې په بيلايلو ښارونو کې دمجتهدانو دتيت او پرک کيدو په علت د مجتهد واشخاصو د پيژندلو امکان شتون نه لري ، بايد ووايو چې : دا قول دتأمل اومناقشي ځای لري اوپه هغه کې صحيح دا ده چې وويل شي چې دسلف علما وو زمانه په د وويلايلو عصرونو ويشل کيږي : دصحابه وو عصراو له هغوی څخه د را وروسته افرادوعصر ، دصحابه وو په عصر ، په ځانگړي توگه دحضرت ابوبکرصديق (رضی الله عنه) اوحضرت عمر(رضی الله عنه) په عصر کې ، د مجتهدينو شمير لږ ؤ او هغوی پيژندل شوي افراد ؤ اوتقريباً ټولو په مدينه کې استوگنه درلوده ، يادا چې په داسې ځای کې ؤ چې هغوی ته لاس رسې او د دوی درايو پيژندل آسانه ؤ او اجتهاد هم ځانته دشورا بڼه نيوله ، نو په دې عصر کې - په دې توصيف سره چې دهغوی په تراو وشو- د اجماع انعقاد په جدې توگه آسانه دی او په عملي توگه له هغوی څخه هم زياتې اجماعگانې مونږ ته نقل شوي دي ، له هغې جملې هغه اجماعگانې چې جمهور پرې استدلال کړی دی اولږ وړاندې يې يادونه وشوه ، هو ، بنايي وويل شي چې : دا ټولې اجماعگانې په صريح شکل سره نه دي ، دا ټيک ده او مونږ هم دهغې منکر نه يو ، خو په دې کې څه څيز شتون لري ؟ ځکه - لکه هماغسې چې يادونه يې وشوه - سکوتي اجماع

د يوې ډلې علماوو په نزد د صريحي اجماع په څېرده او که چيرې وويل شي چې سکوتي اجماع د يو شمير له نظره حجت نه دی نو په دې صورت کې ، د صحابه ووسکوتي اجماع نه د اجماع په پېښيدو کوم دليل دی اونه پر نورو حجت دی ، په ځواب کې به ووايو : د صحابه ووسکوتي اجماع په څو دليلونو بايد د صريحي اجماع په حکم کې وي :

- دهغوی دشمير کموالی او دهغوی دشخصيت پيژندنه لکه څرنگه چې وموويل .
- دهغوی ميتود او په هغه څه کې دهغوی مخکې کيدل چې هغه يې حق گڼل له چاڅينې له ويرې او ډار پرته ، هغه ژمنې ته د دوی دزياتي ليوالتيا په علت چې ستر څښتن تعالی (جل جلاله) له علماوو څخه اخيستې ده چې بايد حق بيان کړي او هغه پټ (کتمان) نه کړي او د صحابه وو په باره کې زمونږ په دې خبره کې په استدلال کې ، همدا کافي ده چې ووايو : ټول مسلمانان د دې صفت درلو دونکې ؤ ، ځکه د مثال په توگه ، يوه ورځ يوې ښځې ، حضرت عمر (رضی الله عنه) په داسې حال کې چې په منبر کې ؤ او خطبه يې لوستله په دې خاطر چې په دې قایل شوی ؤ بايد د ښځو مهزل شي ، ترنيوکي لاندې ونيو ، پرته له دې چې له يوڅيزڅخه ويره او ډار هم ولري ، او يا له حضرت عمر بن خطاب (رضی الله عنه) سره د حضرت بلال (رضی الله عنه) جراوبحث او مناقشه دفتح شويو ځمکو د ويشلو دمسألې په تړاو هم يوه مشهوره او شايع (خپره شوې) چاره ده ، چې په دې ماجرا کې ، حضرت بلال (رضی الله عنه) برالا د حضرت عمر (رضی الله عنه) له قول سره مخالفت وکړ اوله ده سره يې په توندۍ خبرې وکړې اودا چې حضرت عمر (رضی الله عنه) د مومنا نو آمر (اميرالمومنين) ؤ هم بلال يې له ده سره له مخالفت څينې منعه نه کړ او عمر (رضی الله عنه) يوازې وکولای شول دومره ووايي چې : (الهی ! ماته له بلال او د ده له ملگرو څخه نجات راکړه) اوله دې څينې زيات يې څه ونه ويل او له بلال سره يې توندي ونکړه . اوس کله چې د دې قوم لاره اوسيرت دارنگه دی ، په سختۍ سره کولای شو ووايو چې دهغوی سکوت او چوپتيا د رضایت او موافقت له مخې نه وه ، بلکې مونږ تقريباً کولای شو په قطعي توگه ووايو هغه مهال چې رأی هغوی ته رسيدلي وي ، دهغوی سکوت پر رضایت او موافقت تعبير کيږي او هغوی ته د رأی رسيدل هم دهغوی دشمير دلبروالي په مدينه يا هغه ته نږدې ځای کې دهغوی دشتون په علت ، آسانه دی .

خو د صحابه ووله عصر وروسته ، په ليرې هيوادونو اود مسلمانانو په زياتو ښارونو کې د فقها وو دتيت او پرک کيدو او د دوی دشمير دزياتوالي په علت او د دوی دفکرې

مشرَب(مسلك)اختلاف او د لومړي عصر غوندې په شورايي بڼه د اجتهاد نه ترسره كيدلو سره كولاى شو په سختۍ ووايو چې اجماع منعقد شويده او بالاخره هغه څه چې كولاى شو ووايو دا دي چې ځينې اجتهادي احكام په ځينو مسايلو كې رامينځته شويدي او شهرت يې موندلى دى او دهغو لپاره كوم مخالف هم پيدا شوى او پيژندل شوى نه دى ؟ ليكن دمخالف نه پيژندل - دهغه وضعيت په شتون سره چې توصيف شو - دمخالف پرته شتون دلالت نه لري او په پايله كې نه شو كولاى هغه اجماع او حتى سكوتي اجماع وگڼو .

۱۷۹- په اوسني وخت كې د اجماع اهميت او دهغې د انعقاد امكان

اجماع د اسلامي فقهي له مهمو مصادر و او د احكامو د دلايلو څخه يو دليل دى چې دهغې دصحت او اعتبار په تړاو دليل شتون لري ، نو كولاى شو د نويو پيښو (وقايعو) د شرعي حكم په پيژندنه كې - چې په اوسني عصر كې خورا زياتې دي - له هغې ځينې استفاده وكړو ، خو دا استفاده يوازې هغه مهال ترسره كيږي چې فقها راغونډ شي او مساييل ورته وړاندې شي او په هغه مسايلو كې دهغوى رآى وپيژندل شي او دا چاره هم - زمونږ په اند - يوازې هغه مهال نتيجه وركوي چې يوه فقهي مجمع تشكيل شي چې د اسلامي نړۍ ټول فقها په كې راټول شي او دا مجمع يوټاكلې ځاى ولري او دهغې لپاره ټول لازم امكانات لكه بودجه ، كتاب ، كاركونكي ، چاپخونه اونورچمتو شي او په ټاكليو او زمان بندي شويوو ختونو او په دوره يې بڼه ترسره شي اومجمع ته نوې پيښې دشرعي نصوصو او دشريعت د قواعد و اوعومومي مباديو په رڼا كې د څيړنې او احكامو د رامينځته كولو په موخه وړاندې شي او هغه وخت ، دا احكام په دوره يې خپرونو اوياخانگريو كتابونو كې دخلكو دخبرتيا او دهغوپه تړاو دعلم دخاوندانو دنظر دڅرگندولو لپاره خپاره شي ، ځكه احتمال لري چې ځينې فقها په هردليل ونشي كولاى په دې فقهي مجمع كې گډون وكړي ، دارنگه چې له دې افرادو څخه وغوښتل شي چې خپلې رآيې نيغ په نيغه فقهي مجمع يا په بيلايلو گوتونوكې د مجمع استازولى. (نماينده گى.) ته واستوي او كومه ستونزه هم نه شته چې د تبليغ دحوزې دلازياتي پراختيار لپاره له راډيوې(اوتلويزيوني يا سپورمكيو دكانالونو) له خپرولوڅخه استفاده وشي اوبيا، مجمع دخپلوخپروشويو رآيو په تړاو ، رسيدلې رآيې اونظريې ترڅيړنې لاندې ونيسي او كه چيري د مجمع غړي كومې هو كړې ته ورسيدل ، هغه حكم به ، يواجماعي حكم وي ، چې په دې صورت كې دا اجماع د اصوليونو دپام وړ اجماع ته نږدې ده او دهغې په موجب عمل واجب دى .

نوربيا

تألیف دوکتور عبدالرزاق السنهوری

حشمت ابوستیت

ترجمه: دکتر عبدالله "عطائی"

مصادر قانون

مطلب سوم

وضع قانون در مصر

فهرست:

۶۰	۱- مدرسه - کششهای - رومانی :
۶۱	قضاء :
۶۲	رأی دیگر :
۶۳	رد این رأی :
۶۴	مأموریت محکمه تمیز :
۶۵	فرق میان وقایع و قانون :
۶۶	فقه :
۶۶	همکاری فقه و قضاء :

۱- مدرسه - کششهای - رومانی :

فقه و قضاء در قانون جدید فرانسه :

جایگاه فقه در قانون فرانسه به مراتب بالاتر از آن در قانون انگلستان است، اما جایگاه قضاء در قانون فرانسه، کمتر از آن در قانون انگلستان می باشد. و این جایگاه بزرگ فقه، و جایگاه محدود قضاء در قانون فرانسه، اثرات فقه و قضاء را به شکل مجموع، در این قانون نزدیک میکند، گذشته از آنکه فقه و قضاء هر دو " بنا به رأی راجح " مصدر

تفسیری قانون جدید فرانسه بوده و هیچ کدام آنها مصدر رسمی قانون نمی باشند. " آنچنانیکه فقه و قضاء هر دو مصدر رسمی قانون رومان بوده است " و قضاء تنها مصدر رسمی قانون انگلستان می باشد.

قضاء :

اهمیت قضاء در فرانسه روز افزون بوده، و جایگاه آن به فقه نزدیک می شود، زیرا گاهی قضاء بر فقه پیشی گرفته و گاهی در سطح آن قرار دارد. اما هنوز همانند فقه به عنوان مصدر تفسیری قانون شناخته می شود، با ملاحظه آنکه قضاء بر فقه از حیث عملی بودن تمایز دارد، که احکام قضاء بر دادخواهان و اطرافیان دعوی تطبیق می شود، شایان ذکر است که سوابق قضائی در فرانسه مرجع استثناسی بوده و همانند احکام و سوابق قضایی انگلستان الزام آور نمی باشد.

گفتنی است که در بسیاری از موارد احکام محاکم استثنافی با احکام محکمه تمیز در تصادم قرار میگیرد، بلکه در بسیاری از موارد محکمه نقض خود از مبادئی را که بنیان گذاشته است مخالفت میکند، و حکم محکمه نقض الزام آور نمی باشد مگر در یک حالت که طعن در حکم به منظور و شیوه نقض باشد که در این صورت حکم استثنافی نقض گردیده، و برای رسیدگی مجدد به محکمه استثنافی دیگری " غیر از محکمه حاکمه " احاله می شود تا در قضیه منقوضه اصدار حکم نماید. و اگر بار دیگر در این قضیه - که به محکمه مماثل فرستاده شده بود - در پیشگاه محکمه تمیز به نقض مواجه شد، محکمه تمیز - نقض و ابرام - در مورد این قضیه با انعقاد همه دوائر آن خود اصدار حکم می نماید، و در این صورت اگر محکمه تمیز به نقض حکم دوم استثنافی حکم داد، و حکم آن مبنی بر عین اسبابی بود که حکم اول را نقض کرده بود، در این حالت دعوی را " پس از نقض دوم " به محکمه استثنافی سومی فرستاده و این محکمه ملزم است که به مبادئی مقرر محکمه تمیز پایبند باشد. و این التزام محکمه سوم به مبادئی مقرر نقض منحصر به همین قضیه بوده و به قضایای همانند تسری نمیکند.

گذشته از آنکه فرانسوی ها اصرار دارند که احکام قضاء را به عنوان قانون ملزم قرار نداده، تا احترام جدائی میان قوای دولت حفظ گردد، زیرا وظیفه قوه قضائیه منحصر به تطبیق و تفسیر قانون است نه وضع آن، همچنانکه ماده پنجم قانون مدنی فرانسه تصریح

نموده، قضات حق ندارند که برای رسیدگی و حل و فصل قضایا خود مبادئی عمومی را وضع کنند که در قضایای همانند مورد تطبیق قرار گیرد. درحالیکه قضات از این حق در سایه محاکم قدیمی فرانسه معروف به - پارلمانها- برخوردار بوده اند، که با گذشت زمان و تقویت شدن مبدأ جدایی کامل میان قوای دولت این حق از محاکم گرفته شد، تا محاکم در عین زمان خود قوه قضائیه، و قوه مقننه نباشند.

رأی دیگر :

علی رغم وجود مبدأ جدائی کامل میان قوای ثلاثه و علی رغم وجود ماده پنجم قانون مدنی فرانسه، اما عده از فقهاء برآن اند که قضاء مصدری از مصادر قانون است. بدلیل آنکه قضاء - از راه استقرار مبادی نقض - بسیاری از قواعد قانونی را بوجود آورده، که قانون گذار خود نیازی به آن ندیده است که با وجود این مبادی آن را در قوانین نیز بگنجانند، و به این مقوله تن داده است که " قضاء قانون می گذارد " اما گفته نخواهد شد، قواعدی را که قضاء بوجود می آورد، در حقیقت ناشی از اعتراف قوه مقننه به اصل وجود آن است؟ زیرا این مبادی از خلال تطبیق، و تفسیر قواعد قانونی بدست آمده است؟ در پاسخ به این تساؤل میتوان گفت اگر این اعتراض - عدم استقلالیت قضاء به وضع مبادی - در حالت وجود نص قانونی غیر واضح، و ملتبس وارد باشد، چنین اعتراضی در حالتی ذیل اصلاً وارد نبوده، و اصل اعتراف به حق قضاء در وضع مبادی ثابت می ماند، زیرا: گاهی اصلاً نص قانونی وجود ندارد که نیازی به تفسیر آن بوجود آید. همانند، تنظیم قانونی ملکیتهای ادبی، هنری و صنعتی، و همچنان حالات سوء استفاده از حق، و نظریه تهدید مالی که در واقع نص قانونی تنظیم کننده ای وجود نداشته، تا قضاء آن را تطبیق و تفسیر کرده و از راه آن مبادی قضائی - قانونی - را بوجود آورد.

اضافه برآن، قضاء در بعضی از حالات از نص قانون هم گذشته است، مثل مجموع احکامی را که محاکم مختلط مصر در مورد - تقسیم اموال - صادر کرده و گفته است که - قسمت - کاشف و یا مقرر حقوق بوده، و ایجاد کننده آن نمی باشد.

به عبارت دیگر قسمت " کاشف " مرکز قانونی بوده، و ایجاد کننده آن نمی باشد، در حالیکه صراحت ماده ۵۵۵ قانون مدنی مختلط مصر، قسمت مال را ایجاد کننده مرکز قانونی و نوعی از بیع میان شرکاء دانسته است.

و در حالت دیگری نسبت به ماده ۱۲۳ قانون مدنی قدیم که شرط جزائی را تنظیم کرده و گفته است که جائز نیست قاضی به کمتر و یا بیشتر از - شرط جزائی - تعیین شده حکم صادر کند.

اما قضاء در بسیاری از حالات شرط جزائی را تعدیل کرده است، که این تعدیل خود خروج واضحی از نص قانون است. پس با این موقف قضاء چگونه میتوان گفت که نقش و عمل قضاء منحصر به تطبیق و تفسیر قانون است؟ در واقع عملکرد قضاء در این مجال ایجاد موقف و مبدأ قانونی است و از این جهت مناسب است که گفته شود قضاء از جمله مصادر قانون است.

و در پاسخ به اعتراض دوم در این زمینه که گفته است: مادامی که احکام محاکم در "فرانسه و مصر" نسبت به قضایای همانند حتی بر خود محکمه صادر کننده حکم الزام نبوده، گذشته از آنکه بر محاکم پایین تر الزام آور نمی باشد.

پس چگونه میتوان گفت: که قضاء از مصادر قانون است؟ طرفداران رأی دوم گفته اند: اگرچه قاضی ملزم نیست به رأی محاکم بالاتر - همانند محکمه تمیز - پایبندی کند، اما چنین احکامی - احکام تمیز - در نزد قضات محاکم پایین تر از احترام و تقدیر بزرگی برخوردار است و این خود پیدا است، کسانیکه از نقض شدن احکام خود در پیشگاه آنان هراس دارند، بدون تردید وفق مقررات و مبادئ معروف آنان عمل میکنند، و از این موقف محاکم درجه اول معلوم است که قضایای محاکم بالاتر الزام آور بوده، و این گونه الزام عملی " اگرچه به قوت قانونی هم نباشد " کافی است که قضاء را از جمله مصادر قانون بگرداند.

رد این رأی :

آنچه گذشت خلاصه از رأی دوم بود که میتوان آن را بگونه ذیل مردود دانست :

اول :- آنگاه که قاضی نص واجب التطبيق بر قضیه وارده بر آن را پیدا نمیکند، لاجرم به مصادر دیگر قانون مراجعه میکند که از جمله، عرف و قواعد عدالت است. همچنانکه

ملاحظه کردیم مثالهایی را که به عنوان قضاء مصدر قانون یادآور شدیم همین مثالها را در صدد قانون طبیعی و قواعد عدالت یادآور شدیم.^۱ پس قانون طبیعی و قواعد عدالت در واقع مصدر رسمی قانون است. نه قضاء.

دوم: - قضاء حتی در حالتی که از نص قانون تجاوز میکند، سعی میکند که پشتیبانی و مؤیده قانونی موقف خود را از خود قانون پیدا کرده و به آن استناد کند. به عنوان مثال " در تعدیل شرط جزائی، قضاء سعی کرده است. به نص قاعده قانونی استناد کند که میگوید: مقدار تعویض - تاوان - به مقدار ضرر است."

در پایان " و مهم " هرگاه این مبدأ را پذیرفتیم که سوابق قضائی در " فرانسه و مصر " الزام آور نیست پس چیزی باقی نمی ماند جز آنکه گفته شود: قضاء مصدر تفسیری قانون است.

مأموریت محکمه تمیز:

به قطع نظر از آرای فقهاء در مورد قضاء " در غیر از کشورهای انگلوسکسون " که آیا قضاء مصدر تفسیری، و یا مصدر رسمی قانون است، بدون تردید محکمه تمیز در هر دو حالت رسالت جلیل القدری را انجام داده، و حتمی می نماید که نقش آن خلاصه به گونه ای ذیل توضیح یابد:

کشش و تمایل اکثریت کشورها بر آن است که باید در رأس کلیه محاکم محکمه ای وجود داشته باشد که از تطبیق صحیح قانون نظارت کند، تا عدالت در راستای آن قرار داشته و وحدت تطبیق قانونی تضمین شود، و امر اختلاف محاکم استئناف، در تفسیر نصوص قانون و رفع التباسات وارده در آن هم کار نادر الوقوعی نمی باشد. بلکه گاهی شده است که رأی یک محکمه استئناف برعکس رأی استئناف دیگری می باشد. و این اختلاف دیدگاه ها به آن می رساند که یکی از دادخواهان فقط به خاطری که دعوای خود را در پیشگاه این محکمه اقامه کرده باز، در حالیکه اگر در پیشگاه محکمه ای دیگری اقامه میکرد به نفع وی حکم میداد، و این موقف نادرست و شاذی است که عدالت، آن را نمی پذیرد. گذشته از آنکه شهروندان به آن باور می شوند که حکم قانون یکسان نیست. از این جهت بسیاری از کشورها از جمله " فرانسه و مصر " به آن شدند که محکمه -

۱ - ملکیت ادبی، هنری، صنعتی، سوء استفاده از حق، و نظریه تهدید مالی.

تمیز - را بوجود آورند که وظیفه ای آن نظارت از تطبیق درست و صحیح قانون باشد که با انجام این مأموریت از سوی محکمه " تمیز " عدالت متحقق گردیده و حکم قانون در کلیه ای انحصار کشور یکسان می شود. و باید کار محکمه " تمیز " منحصر به آن باشد که آیا حکمی که به آن طعن وارد شده است مطابق به قانون است یا خیر؟

لهذا محکمه " تمیز " به قانونیت حکم می نگرد نه به وقایع دعوی زیرا محکمه تمیز درجه سومی از درجات دادخواهی نمی باشد. و این بدان معنا است که محکمه تمیز باید به وقایع دعوی آنچنانکه از سوی قاضی " که حکم آن به طعن مواجه شده است " تثبیت گردیده تسلیم بوده، و فقط حکم قاضی را از آن حیث ارزیابی کند که آیا قانون را بر وقایع ثابت شده درست تطبیق کرده است یا خیر؟

پس اگر قاضی قانون را درست تطبیق کرده بود، طعن - طاعن - را رد کرده، و اگر قانون درست تطبیق نشده بود طعن را قبول کرده و قضیه را به محکمه موضوع " عین محکمه حاکمه آنچنانکه در مصر و افغانستان است " و یا محکمه استئناف دیگری آنچنانکه در فرانسه است " احاله میکند، زیرا خود اصالة حق حل و فصل منازعات را ندارد.

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 شأن 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 تدلیسی 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 ملتسیات 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 هر یک 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 هر یک از فقه و قضاء کاملاً جدا بوده و فقه به تنهایی میان چهار دیوارهای 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 " مصدری 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 - دانشگاه ها - 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.

الفقه الاسلامی وادلتہ تألیف: استاد دکتور وهبه الزحیلی^۱
ترجمہ با اندکی تصرف: قاضی فضل الرحمن «فضلی»

وصیت واجبه

فہرست:

- ۷۱ شروط واجب شدن وصیت واجبه: ۷۱
۷۲ مقدار واندازه وصیت واجبه: ۷۲
۷۲ مقدم بودن وصیت واجبه بر سایر وصیتها: ۷۲
۷۳ تفاوت میان قانون سوریه و قانون مصر در اندازه وصیت واجبه: ۷۳
۷۳ طریقہ استخراج وصیت واجبه: ۷۳

چنانچه قبلاً تذکر بعمل آمد کہ نزد جمهور علماء بہ شمول ائمہ اربعہ، وصیت نمودن بہ اقارب یک امر مستحب بودہ وبہ استثناء حق اللہ و حق العباد بالای شخص واجب نمیباشد و بعضی فقہاء را چون ابن حزم ظاہری، طبری و ابوبکر بن عبدالعزیز (کہ از فقہای حنابلہ میباشند) نظر بر آن است کہ وصیت نمودن بہ والدین و وصیت نمودن بہ اقاربی کہ بہ علت محجوب شدن و یا بہ علت مانعی چون اختلاف دین مستحق میراث نمی گردند دیانتاً و قضاء واجب میباشند، ہر گاہ متوفی وصیتی بہ اقارب ننمود، بالای ورثہ متوفی و یا وصی آنها واجب است تا مقدار غیر معینی از مال متوفی را بہ والدین غیر مستحق الارث بدهند. قانون وصیت مصر در مواد (۷۶-۷۹) و قانون احوال شخصیه سوریه در مادہ (۲۵۷) با پیروی از نظریہ دوم (فوق الذکر) وصیت نمودن بہ بعضی از محرومین را چون نواسہ های کہ پدرشان در حیات پدر (جد) و یا مادر (جدہ) وفات نمودہ باشد و یا با آنها یکجا وفات نمودہ باشند ولو کہ وفات آنها حکماً باشد چون (غرقی و حرقی) واجب گردانیدہ اند. و در نظام میراث اسلامی نواسہ های مذکور مستحق میراث جد (پدر کلان) و یا جدہ

۱- جلد ہشتم صفحہ (۱۲۰) الی صفحہ (۱۲۵)

(مادر کلان) نمیگردند، به علت اینکه کاکاها و یا عمه های شان در قید حیات اند. ولی احیانا نواسه های متذکره در حالت فقر و احتیاج، کاکاها و یا عمه های شان غنی و ثروتمند میباشند از اینرو قانون نظام وصیت واجبه رابه منظور حل و علاج مشکل مذکور با پیروی از روح شریعت اسلام که همانا توزیع ثروت مبتنی بر عدل و منطقی میباشد ایجاد نمود زیرا گناه و تقصیر فرزند متوفی (فرزند محروم) در محروم شدن از حصه و سهمیه پدرش که در حیات پدر (جد) وفات نموده است چی میباشد؟ حال آنکه وی در اندوختن ثروت پدر (جد فرزند) احیانا سهم قابل ملاحظه داشته است احتیاج و فقرازیکی طرف و از دست دادن پدر از جانب دیگر و از سوی هم نواسه های مذکور نسبت وفات پدرشان در حیات جد ورثه مستحق الارث شناخته نشده اند بناء ولی امر را لازم است تا با در نظر داشت مصلحت صفت (غیر ورثه بودن) را از آنها بزدايد زیرا آنها سزاوارترین مردم نسبت به مال (متروکه) جد میباشند پس هرگاه جد و یا جده به نواسه های متذکره حصه و سهمیه پدر متوفی شان را وصیت نمودند وصیت نمودن حصه و سهمیه پدر متوفی شان به واجب نمودن الله تعالی به ایشان واجب میگردد مشروط بر اینکه از سوم حصه متروکه جد زاید نگردد بنابراین فرموده پروردگار بزرگ جلت عظمته که فرموده است: - (کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیرا الوصیه للوالدین والاقربین بالمعروف حقا علی المتقین) البقره (۲/۱۸۰) ترجمه: بر شما نوشته شده: هنگامی که یکی از شما را مرگ فراء رسد، اگر چیزی خوبی (مالی کثیری) از خود به جای گذاشته، برای پدر و مادر و نزدیکان به طور شایسته وصیت کند. این حقی است بر پرهیزگاران. با نظر داشت اینکه وصیت متذکره بنا بر عدم ایجاب وصیت کننده و قبولی موصی له قواعد و مقومات وصیت اختیاری در آن متوفر نمیباشد، شباهت با میراث داشته روش و طرز العمل میراث دران رعایت گردیده طوری که از برای مرد دو حصه زن گردانیده شده، اصل فرع خود را محجوب و هر فرع فقط حصه و سهمیه اصل خود را مستحق میگردد.

وصیت واجبه به کدام اشخاص واجب میگردد:

قانون مصر وصیت متذکره را به اولاد طبقه ذکور به هر اندازه که پایین تر باشند (پسران، نواسه ها، کواسه ها ...) و به اولاد قشر اناث فقط به یک طبقه (دختر و یا دختران) متوفی واجب گردانیده است و همچنان وصیت متذکره را به اولاد کسیکه با پدر و یا مادرش

در حادثه واحده چون غرق شدن و یا حریق یکجا وفات نموده باشد، واجب گردانیده است زیرا از دیدگاه فقه، کسانی که وقت وفات شان مجهول باشد، یکی از دیگری مستحق میراث نمیگردند. پس در همچو حالات فرع از اصل خود میراث نمی برد. بناء از دیدگاه قانون مصروصیت به ذریه (اولاد) فرع مذکور واجب میگردد چنانچه وصیت به نواسه های که پدر و یا مادرشان به مرگ حقیقی وفات نموده باشند، واجب میگردد، همچنان وصیت متذکره به کسی که به مرگ پدر و یا مادرش حکم صادر گردیده باشد، مثل مفقودیکه بیشتر از چهار سال ناپدید و با نظر داشت شرایطی چون حرب و امثال آن هلاکت او متصور باشد و حکم محکمه را مبنی بر فوت حکمی در بر گرفته باشد، نیز واجب میگردد. ولی قانون سوریه وصیت متذکره را تنها به اولاد پسر متوفی اعم از ذکور و اناث منحصر نموده است و اولاد دختر متوفی را مستحق آن ندانسته است، زیرا اولاد پسر متوفی در همچو حالت به علت موجودیت ماماها و یا خاله های شان از میراث محروم نمیگردند، به دلیل اینکه آنها ذوی الارحام بوده و ذوی الارحام به نظرا حناف در صورت عدم موجودیت ذوی الفروض و عصبات مستحق میراث میگرددند. اولی و مناسب (به نظر مؤلف) تمسک به قانون مصر که مشتمل بر اولاد پسر و اولاد دختر متوفی است میباشد، برابر است که طبقه واحده باشند و یا بیشتر از آن.

شروط واجب شدن وصیت واجبه:

به منظور واجب شدن وصیت متذکره قانون مصر و سوریه دو شرط وضع نموده اند: -
 شرط اول: فرع فرزند، از جمله ورثه متوفی نباشد. طوریکه اگر از متوفی میراث برد و لیسو میراث اندک بوده باشد مستحق وصیت واجبه نمیگردد.
 شرط دوم: متوفی مالی را به اندازه وصیت واجبه بطور بلاعوض از طریق دیگری چون هبه و یا وصیت به او نداده باشد. اگر قبلاً مالی را به او که به اساس این وصیت مستحق آن می گردید داده باشد در آن صورت وصیت به او واجب نمیگردد و اگر کمتر از اندازه وصیت واجبه داده بود، تکمیل نمودن مقدار وصیت واجبه که مستحق آن میگردد، برایش واجب است و اگر به بعضی از مستحقین وصیت واجبه، حصه و سهمیه شان داده شد و به بعضی دیگر آنها داده نشد، به کسی که داده نشده و محروم باقی مانده به اندازه حصه و سهمیه اش وصیت برایش واجب میگردد.

مقدار و اندازه وصیت واجبه:

در قانون مصر نواسه هاستحق حصه و سهمیه پدرشان میگردند در صورتیکه پدرشان در حیات پدرش یعنی پدر کلان نواسه ها و فوات نموده باشد، مشروط بر اینکه حصه و سهمیه پدر متوفی شان از سوم حصه متروکه (جد) شان، بیشتر نباشد اگر حصه و سهمیه پدرشان از ثلث متروکه بیشتر بود در آن صورت موقوف به اذن و اجازه ورثه میباشد که قانون به مقدار و اندازه وصیت واجبه قرار شرح فوق تصریح نموده است. ولی فقهاییکه قایل بروجوب وصیت به والدین و اقارب غیر مستحق الارث اند، مقدار و اندازه وصیت متذکره را تعیین و مشخص نموده اند و بنا بر تعیینی که در قانون تصریح گردیده، هرگاه شخص وفات نماید و از او یک پسر، دودختر و اولاده پسر متوفایش که قبلا در حیات او وفات نموده باقی مانده باشد نواسه هایش مستحق همان حصه و سهمیه میگردند که پدرشان در صورت حیات مستحق آن میگردید و حصه متذکره در وصیت واجبه همانا سوم حصه متروکه پدر کلان شان میباشد و در قانون سوریه (بدون قید ثلث متروکه) مستحق حصه و سهمیه شان میگردند به اندازه که پدرشان (در صورت حیات) مستحق آن میگردید و هرگاه شخص وفات نماید و از او یک پسر، یک دختر، و اولاده دختری که در حیات پدر وفات نموده است باقی مانده باشد، در قانون سوریه نواسه های دختری متذکره مستحق وصیت واجبه نگردیده و در قانون مصر، حصه و سهمیه مادرشان را که در وصیت واجبه چهارم حصه متروکه تعیین گردیده است مستحق میگردند و هرگاه شخص وفات نموده از او یک پسر، یک دختر و اولاده پسری باقی مانده باشد که در حیات پدر فوت نموده در این صورت چون هرگاه پسر متوفی حیات میبود مستحق پنج حصه متروکه میگردید چون پنج حصه بیشتر از ثلث متروکه است نواسه های متذکره در وصیت واجبه مستحق نمیگردند مگر ثلث متروکه را.

مقدم بودن وصیت واجبه بر سایر وصیتهای:

قانون تصریح بر آن نموده است که وصیت واجبه بر سایر وصیتهای اختیاری که از سوم حصه متروکه به منصفه اجراء گذاشته میشوند، مقدم است و وصیت اختیاری عبارت از آن است که وصیت کننده به اختیار خود قبل از وفات خویش به آن مبادرت میورزد، و وصیت واجبه بر سایر وصایا مقدم است اگرچه سایر وصیتهای واجبه هم بوده باشند مثل وصیت نمودن به فدیة روزه و نماز، علت تقدم وصیت واجبه آنست که بر آن تأکید بیشتر صورت گرفته زیرا مطالبه آن از طرف عباد میباشد. اگر سوم حصه متروکه تکافوی وصیت واجبه

وسایر وصیتهای اختیاری را مینمود همه آنها به منصفه اجراء گذاشته میشوند و در صورت عدم تکافو ابتداء وصیت واجبه اجرا گردیده متعاقباً سایر وصیت های اختیاری با نظر داشت احکام تراحم وصایا تطبیق میگردد.

تفاوت میان قانون سوریه و قانون مصر در اندازه وصیت واجبه:

فقره (۱) ماده (۲۵۷) قانون احوال شخصیه سوریه چنین صراحت دارد: (وصیت واجبه از برای نواسه ها به مقدار و اندازه میباشد که پدرشان اگر بعد از وفات جدشان حیات میبود آن را به ارث میبرد، مشروط بر اینکه از ثلث متروکه تجاوز ننماید ماده قانونی متذکره تصریح بر آن دارد که حصه نواسه همانا عبارت از حصه است که پدر اگر بالفرض و التقدیر بعد از وفات جد، در قید حیات میبود آن را مستحق میگردد، ولی ماده (۷۶) قانون وصیت مصر که احکام ماده (۲۵۷) قانون احوال شخصیه سوریه از آن مأخوذ است مقتضی آن است که برای نواسه حصه کامل پدر متوفی اش بانظر داشت تقدم وصیت واجبه بر سایر وصیتهای اختیاری، از ثلث متروکه داده شود نه ان اندازه که از حصه پدر مستحق میگردد.

طریقه استخراج وصیت واجبه:

چگونگی استخراج طوری باشد که متوفی در حیات پدرش زنده پنداشته شده حصه و سهمیه اش از متروکه جدا و به نواسه ها داده شود مشروط بر اینکه از سوم حصه متروکه تجاوز ننماید. بعداً با قطع نظر از اینکه پسر متوفی زنده پنداشته شده است متباقی متروکه میان ورثه تقسیم گردد. مثل اینکه شخص وفات نموده باشد و از او سه پسر و یک دختر این متوفی پدر و مادر باقی مانده باشد قبل از همه پسرش که در حیات پدر وفات نموده زنده پنداشته شده که در این حالت ششم حصه (سدس) از پدر و از برای هر واحد از چهار پسر ششم حصه (سدس) استخراج گردیده بعداً حصه و سهمیه پسر متوفی از اصل متروکه کشیده شده منحصراً وصیت واجبه به دخترش داده شود سپس متباقی متروکه وفق فرایض الله متعال بالای ورثه که عملاً موجود اند تقسیم گردد که در این صورت از برای هر واحد از پدر و مادر سدس باقی و متباقی بین سه پسر علی السویه توزیع گردد (اثلاث).

تتبع و نگارش : قضاوت‌مئل نجم الدين «واثق»

بررسی فقهی و حقوقی نیابت در عقد

قسمت پنجم

فصل چهارم

فهرست:

۷۵ قیمومیت
۷۵ مطلب اول: مفهوم قیمومیت
۷۷ مطلب دوم: تفاوت قیمومیت با ولایت و وصایت
۷۸ مطلب سوم: شرایط، اوصاف، تکالیف و تصرفات قیم
	مبحث دوم
	اشخاصی که تحت قیمومیت قرار می‌گیرند، ضمانت اجرای (مؤیدات) مربوط به قیمومیت، تعیین
۷۸ ناظر از عمل قیمومیت و انتهای قیمومیت
۷۸ مطلب اول: اشخاصی که تحت قیمومیت قرار می‌گیرند
۸۱ مطلب دوم: ضمانت اجرای (مؤیدات) احکام مربوط به قیمومیت
۸۱ مطلب سوم: تعیین ناظر جهت نظارت از عمل قیمومیت
۸۳ مطلب چهارم: انتهای قیمومیت و آثار آن

قیمومیت

مبحث اول

مفهوم قیمومیت، تفاوت آن با ولایت و وصایت

و شرایط و اوصاف و تکالیف و تصرفات قیم

قیمومیت یکی از موارد نیابت قانونی به شمار می آید قیم و شخصی که از جانب محجور علیه نیابت می نماید، بنام «قیم» یاد می شود.

محجورین از طرق مختلف مورد حمایت قانونی قرار گرفته اند. بخشی از این حمایت ها به صورت بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی محجورین است. مصلحت محجورین ایجاب می نماید که اشخاصی مؤظف به اداره امور آنان و مأمور به انجام دادن اعمال حقوقی به نیابت از آنها باشند. به این منظور، قانون مدنی نهاد های برای حمایت از محجورین پیش بینی کرده است. این نهادها در حقوق افغانستان عبارت از ولایت، وصایت و قیمومیت است. تفصیل ولایت و وصایت در فصل دوم و سوم این تحقیق گذشت. بنابراین، در این فصل موضوعات مربوط به قیمومیت را مورد مطالعه قرار می دهیم:

مطلب اول: مفهوم قیمومیت

اول: معنای لغوی

قیمومیت به معنای قیم بودن است، و کلمه قیم در زبان عربی به معنای «راست و معتدل، متولی، سرپرست، سید، چیزی پر بها و ارزشمند آمده است»^۱.

چنان که الله «ج» میفرماید: «ترجمه» پس روی خود را با گرایش تمام به حق به سوی این دین کن با همان سرشتی که خدا مردم را بر آن سرشته است آفرینش خدای تغییر پذیر نیست این است همان دین راست و معتدل، ولی بیشتر مردم نمی دانند. «^۲ و در جای دیگری می فرماید: «ترجمه» مردان متولی و سرپرست امور زنان اند به دلیل آنکه خداوند «ج» برخی

۱. الزبیدی، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسینی. تاج العروس من جواهر القاموس، ناشر: دار

الهدایة حرف (ق)، ص ۷۳۴

۲. الروم ۳۰.

از ایشان را بر برخی برتری داده و (نیز) به دلیل آنکه از اموال شان خرج می‌کنند.^۱ چنانچه گفته می‌شود «کتاب قیم» کتاب پر بها و ارزشمند و «امر قیم» کاری با اهمیت.^۲

دوم: معنای اصطلاحی

در اصطلاح فقه (قیم) به کسی گفته می‌شود که «برای حفظ مال شخص محجور، برای آنکه از تصرف واضرار دیگران مصون ماند به قایم مقامی وی گمارده می‌شود».^۳ در نتیجه، تعریفی که برخی حقوق دانان به قیم ارایه می‌نمایند این است که: قیم شخصی است که در صورت نبودن ولی و وصی به وسیلهٔ محکمه ذیصلاح برای سرپرستی و ادارهٔ امور محجور نصب می‌شود. بنابراین، قیمومیت وظیفه ای است که از طرف قاضی به شخصی که قیم نامیده می‌شود برای سرپرستی و ادارهٔ امور محجورین غیر از صغار؛ یعنی: سفیه، معتوه، مجنون و... در صورت فقدان آن ولی و وصی واگذار می‌شود.^۴ با مراجعه به قانون مدنی دیده شده که، آن قیم را از نظر قانونی تعریف نکرده، بناءً به قوانین دیگر در این بخش مراجعه صورت گرفت، قیمومیت و قیم در فقره (۱) ماده (۴۸) قانون احوال شخصیه اهل تشیع چنین تعریف شده است: «قیم عبارت از شخص امین است که از طرف محکمه به منظور سرپرستی محجور و نگهداری اموال او تعیین می‌گردد. اجرای ولایت حاکم شرع (ولایت عام) توسط او قیمومیت نامیده می‌شود»^۵ طبق فقره (۲) ماده مذکور که چنین صراحت دارد: «محکمه یا خود یابه درخواست شخص ذینفع، برای محجوری که ولی خاص نداشته باشد، قیم تعیین می‌نماید».^۶

۱. النساء ۳۴.

۲. پوهاند داد محمد نذیر. حقوق فامیل در شریعت اسلام و قانون مدنی افغانستان جزء دوم، ص

۲۰۲.

۳. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۵، ص ۱۵۶.

۴. داکتر سید حسن صفایی و داکتر سید مصطفی قاسم زاده، حقوق مدنی اشخاص

و محجورین، چاپ دهم، تهران، انتشارات مهر، ۱۳۸۱ هـ ش، ص ۲۵۹.

۵. وزارت عدلیه. قانون احوال شخصیه اهل تشیع، فقره (۱) ماده ۴۸.

۶. همان، فقره (۲) ماده ۴۸.

صغیر در صورت موجودیت ولی، تحت ولایت ولی قرار می‌گیرد و ولی صغیر امور مالی و غیر مالی صغیر را اداره می‌نماید. در صورتی که ولی وصی تعیین نموده باشد، بعد از فوت ولی صغیر تحت وصایت وصی ولی قرار می‌گیرد و در صورتی که ولی نیز برای طفل صغیر وصی تعیین نماید. پس، ولایت و وصایت بر صغار ثابت می‌گردد.

اما، در صورتی که شخص بالغ، به سبب جنون، معتوهیت، سفاهت یا تخلف وی در اداره اموال محکوم به حجر گردیده و تا وقتی دوام می‌کند که محکمه برفع آن حکم نه نموده باشد، و ولی، وصی نداشته باشد، به موجب حکم فقره (۲) ماده ۳۱۹ قانون مدنی که چنین مشعر است: «(۲) محکمه برای اداره اموال شخص محجور علیه، مطابق با حکام مندرج این قانون قیم تعیین می‌نماید.»^۱

مطلب دوم: تفاوت قیمومیت با ولایت و وصایت

تفاوت اصطلاحات مذکور با هم در نقاط ذیل می‌باشند:

- ۱- ولایت ممکن است به منظور ازدواج و اداره امور مالی اشخاص قاصر (فاقد و ناقص اهلیت) صورت بگیرد. اما، وصایت و قیمومیت فقط غرض اداره امور مالی اشخاص محجور علیهم صورت می‌گیرد با این تفاوت که وصایت به خاطر اداره امور مالی اشخاص صغیر و قیمومیت برای اداره امور مالی اشخاص بالغ مجنون، سفیه، معتوه و غافل می‌باشد.
- ۲- ولایت و وصایت تنها بر اشخاص خورد سال ثابت می‌شود؛ اما، قیمومیت بر اداره امور مالی اشخاص بالغ، ولی مبتلاء به مرض جنون، سفیه، عته و غفلت ثابت می‌گردد.
- ۳- قیم بر اساس حکم مستقیم شرع یا قانون تعیین نمی‌گردد، بلکه در صورت نبود ولی و وصی با در نظر داشت شروطی که در فقه و قانون مد نظر گرفته شده از طرف محکمه ذیصلاح تعیین می‌گردد. بنابراین، مادامی که ولی و وصی وجود داشته باشند و دارای اهلیت کامل باشند قاضی نمی‌تواند به منظور اداره امور مالی اشخاص بالغ محجور علیهم شخصی را به عنوان قیم تعیین نماید.^۲

۱. وزارت عدلیه. قانون مدنی، فقره (۲) ماده ۳۱۹.

۲. عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل (۲) حقوق اطفال، صص ۱۴۶ و ۱۴۷.

مطلب سوم: شرایط، اوصاف، تکالیف و تصرفات قیم
بر اساس مفاد ماده (۳۲۲) قانون مدنی که چنین صراحت دارد: «شرایط مندرج مواد (۲۸۹) و (۲۹۰) این قانون در مورد قیم اعتبار داشته و سایر احکام مربوط به وصی نیز در مورد وی قابل تطبیق می باشد.»^۲
لذا؛ شرایط، اوصاف، تکالیف و تصرفات قیم همچون شرایط، اوصاف، تکالیف و تصرفات وصی بوده که شرح کامل آن در فصل سوم^۳ این تحقیق بیان گردیده، نیاز به تکرار آن در این مطلب دیده نمی شود.

مبحث دوم

اشخاصی که تحت قیمومیت قرار می گیرند، ضمانت اجرای (مؤیدات) مربوط به

قیمومیت، تعیین ناظر از عمل قیمومیت و انتهای قیمومیت

مطلب اول: اشخاصی که تحت قیمومیت قرار می گیرند
اشخاصی که تحت قیمومیت قرار میگیرند، اشخاص بالغ ولی، مبتلاء به مرض جنون، سفه، عته و غفلت می باشند. چنان که قانون مدنی در این باره مشعر است: «۱) شخص بالغ به سبب جنون، معتوهیت، سفاهت یا غفلت وی در اداره اموال محکوم به حجر گردیده و تا وقتی دوام می کند که محکمه به رفع آن حکم نه نموده باشد. ۲) محکمه برای اداره اموال شخص محجور علیه مطابق به احکام مندرج این قانون قیم تعیین می نماید.»^۴
از آنچه گفته شد واضح میگردد اشخاصی که تحت قیمومیت قرار می گیرند افراد محجور علیهم می باشند.^۵

۱. سایر احکام، شامل (اوصاف، تکالیف و تصرفات) قیم می باشد که در مواد (۲۹۸)، (۲۹۰)، (۳۰۴) و (۳۰۵) قانون مدنی از آنها تذکر به عمل آمده.
۲. وزارت عدلیه. قانون مدنی، ماده ۳۲۲.
۳. شرایط وصی در صفحه (۶۷)، اوصاف وصی در صفحه (۶۹) و تکالیف و تصرفات وصی در صفحه (۸۳) این تحقیق شرح گردیده .
۴. وزارت عدلیه. قانون مدنی، فقره های (۲ و ۱) ماده ۳۱۹.
۵. پوهاند داد محمد نذیر. حقوق فامیل در شریعت اسلامی و قانون مدنی افغانستان، جزء دوم، ص ۲۰۳.

بنابر این، مناسب خواهد بود تا به مفهوم حجر و اسباب آن اشاره داشته باشیم:

اول: مفهوم حجر

کلمه حجر در لغت به فتح و ضم و کسر (حاء) استعمال شده است، لیکن در حقوق امروز به فتح اول بکار میرود و به معنی «منع و بازداشتن است. و به کسر یا ضم اول حرام را گویند، چون ممنوع است، انسان را از کارهای زشت باز میدارد، بنابر آن میتوان گفت که حجر در لغت به معنی منع است»، در اصطلاح حقوقی حجر به معنی «عدم اهلیت استیفاء است، و تعریف ذیل را در بر دارد: «حجر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را بطور مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی را انجام دهد»^۱ و به بیان دیگر حجر عبارت است از «عدم توانایی قانونی شخص در اعمال و اجرای حق»^۲.

طبق توضیح فوق حجر در مقابل اهلیت استیفاء بکار می رود و محجور مطابق بند ۲ ماده ۲۵ قانون احوال شخصیه اهل تشیع چنین تعریف شده: «محجور شخصی است که به علت نداشتن توان متعارف عقلی در اداره اموال به صورت واقعی یا ادعایی از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع می باشد»^۳.

اقسام واحکام محجورین در بحث اهلیت قابل مطالعه می باشد. محجورین در مجموع به اشخاصی تلقی می گردد که به سبب جنون، معنوهیت، سفاهت یا غفلت در اداره اموال محکوم به حجر گردند و اداره اموال و امور شخصی آنها توسط قیم مورد اجراء قرار گیرد.

دوم: اسباب حجر

(۱) اسباب حجر در فقه اهل سنه

۱. رسولی، عبدالحسین. حقوق مدنی اشخاص و محجورین در حقوق افغانستان، ص ۱۴۷.

۲. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۵، ص ۱۵۷.

۳. وزارت عدلیه. قانون احوال شخصیه اهل تشیع، بند ۲، ماده ۲۵.

اسباب حجر در فقه عامه متعدد است و روش شمارش اسباب حجر نزد فقیهان اهل سنت متفاوت می باشد؛ اما، آنچه در کتاب الفقه علی مذاهب الأربعة آمده عبارت اند از: (۱: صغر؛ ۲: جنون؛ ۳: عته و ۴) سفه می باشد.^۱

۲) اسباب حجر در حقوق

اسباب حجر در حقوق افغانستان موارد ذیل است:

۱. صغر: مواد (۴۰ و ۴۱) قانون مدنی و ماده (۲۶) قانون احوال شخصیه اهل تشیع؛
۲. جنون: مواد (۴۰ و ۴۱) قانون مدنی و ماده (۲۶) قانون احوال شخصیه اهل تشیع؛
۳. عتوه: مواد (۴۰ و ۴۱) قانون مدنی و ماده (۲۶) قانون احوال شخصیه اهل تشیع؛
۴. سفه: مواد (۴۰ و ۴۱) قانون مدنی و ماده (۲۶) قانون احوال شخصیه اهل تشیع؛
۵. افلاس: مواد (۸۴۷، ۸۴۸، ۸۴۹ و ۸۵۱) قانون مدنی و ماده ۲۶ قانون احوال شخصیه اهل تشیع؛

۶. ومجازات حبس بیشتر از ده سال و کمتر از آن در قضایای خاص: مواد (۱۷۳ - ۱۷۹) کودجزا.^۲

مصارف مربوط به قیمومیت و سرپرستی اشخاص محجور علیهم بر اساس حکم ماده ۳۲۰ قانون مدنی، بر سایر مصارف مقدم می باشد. بر اساس حکم فقره ۱ ماده ۳۲۱ قانون مدنی، محکمه می تواند اداره قسمتی از اموال اشخاص محجور علیهم را توسط ایشان مجاز قرار دهد. به موجب فقره ۲ ماده ۳۲۱ قانون مدنی، هرگاه محکمه اداره قسمتی از اموال اشخاص محجور علیهم را توسط ایشان مجاز قرار دهد، احکام مربوط به شخص ناقص اهلیت که مأذون به اداره اموال باشد تطبیق می گردد.^۳

۱. الجزیری، عبدالرحمن. الفقه علی المذاهب الاربعه، دارالاحیاء لشرایح العربی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۳۴۹. (جزیری، عبدالرحمن بن محمد فقه و عالم مصری بوده وی در سال ۱۲۹۹ هـ ق در جزیره شندویل از توابع اسستان موهاج مصر علیا به دنیا آمده، در دانشگاه الازهر به تحصیل و تدریس پرداخت. از جمله آثار وی: الفقه علی المذاهب الاربعه بوده، وی در سال: ۱۳۶۰ هـ ق در شهر حلوان مصر وفات نموده).

۲. وزارت عدلیه. کودجزا، جریده رسمی (۱۲۶۰) مورخ ۱۳۹۶/۲/۲۵، مواد ۱۷۳-۱۷۹.

۳. وزارت عدلیه. قانون مدنی، ماده ۳۲۰ و فقره های (۲ و ۱) ماده ۳۲۱.

مطلب دوم: ضمانت اجرای (مؤیدات) احکام مربوط به قیمومیت

براساس احکام مندرج مواد (۳۳۴ و ۳۳۶) قانون مدنی مؤیدات ذیل بالای وصی، قیم، مساعد قضائی و ناظر قابل تطبیق می باشد:

۱. هرگاه وصی در وظایفی که طبق احکام این قانون به اجرای آن مکلف باشد، مرتکب قصوری گردد، یادر اجرای قرار صادره محکمه اهمال ورزد، محکمه می تواند بادر نظر گرفتن جزاهای پیش بینی شده کود جزا وصی را به جریمه نقدی که از ده هزار افغانی متجاوز نباشد یا محرومیت از کل اجرت یا قسمتی از آن، عزل یا یکی از آنها محکوم نماید.
۲. در صورتی که وصی امور مستلزم مجازات فوق را بدون اینکه شخص ناقص اهلیت متضرر گردد اجراء یا اعدار مقنعه نزد محکمه ارائه نماید، محکمه می تواند به براءت وی یا تخفیف مجازات مندرج این ماده حکم نماید.
۳. هرگاه نائب، وظایفی را که طبق احکام مندرج این قانون به اجرای آن مکلف می باشد، اخلال نموده و به سبب آن خساره به شخص ناقص اهلیت وارد گردد، مسؤولیت وی در جریان خساره تابع حدود مسؤولیت وکیل به اجرت می باشد.
۴. احکام مندرج مواد (۳۳۵ و ۳۳۶) قانون مدنی در مورد قیم، مساعد قضائی، وکیل غایب و وصی قاضی، و وصی مؤقت تطبیق می گردد.^۱

مطلب سوم: تعیین ناظر جهت نظارت از عمل قیمومیت

براساس مفاد ماده (۲۳۳) قانون مدنی محکمه ذیصلاح می تواند شخصی را جهت نظارت بر اجراءات قیم جهت تحقق مصلحت محجور علیه و جلوگیری از سوء استفاده قیم به حیث ناظر تعیین نماید که در ذیل تکلیف، شرایط و انتهای نظارت را مورد مطالعه قرار می دهیم:

اول: وظیفه ناظر

وظیفه ناظر، در چنین حالتی، این است که در صورت ضرورت، به محکمه ذیصلاح گزارش دهد.

همچنین، ناظر می تواند در صورت عدم موجودیت قیم، از محکمه ذیصلاح تعیین قیم دیگر را مطالبه نماید و تا زمان تعیین قیم دیگر، ناظر صرف می تواند اموری را که در تأخیر آن ضرر محجور علیه متصور است، انجام دهد. وظیفه دیگر ناظر این است که از قیم راجع به اداره

۱. وزارت عدلیه. قانون مدنی، مواد ۳۳۴ و ۳۳۶.

اموال محجور علیه که متصور است، انجام وازقیم راجع به اداره اموال محجور علیه استیضاح نماید.^۱

دوم: شرایط ناظر

براساس مفاد ماده (۳۲۲) قانون مدنی ناظر باید شخص عادل، با کفایت و واجد اهلیت کامل بوده و با شخصی تحت وصایت دین مشترک داشته باشد. همچنین، طبق حکم مواد (۲۸۹ و ۲۹۰) قانون مذکور شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند: زنا، لواط و نظیر اینها محکوم به جزاء شده باشد، شخصی که شهرت بد داشته یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد، شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد، شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخص دیگری به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد، شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد، شخصی که خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت منازعه قضائی داشته یا چنان اختلاف فامیلی موجود باشد که به اساس آن مصلحت شخص ناقص اهلیت مختل گردد نمی تواند ناظر تعیین گردد.^۲

سوم: اجرت و عزل ناظر

اصل در انجام عمل نظارت بدون اجرت آن است. با وجود این، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند در اثر مطالبه ناظر به طور استثنایی برای وی اجرت معین نماید.

براساس مفاد ماده (۳۲۲) قانون مدنی عزل ناظر نیز مانند عزل وصی است. پس، ناظر در صورت فاسق شدن، ازدست دادن اهلیت، ترک نمودن اسلام و دین مشترک نداشتن با شخصی که تحت نظارت، محکوم شدن به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند: زنا و لواط نظیر اینها، پیدا کردن شهرت بد و ازدست دادن مدرک مشروع برای تأمین معیشت، محکوم شدن به افلاس و عدم اعاده حیثیت، عزل شدن از ولایت یا وصایت به حکم قطعی محکمه، در صورتی که توسط پدر یا جد موصی علیه قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد، و نیز در صورت بروز منازعه قضائی خویش یا یکی از

۱. بشله، ماری نونل و غیره. دوره حقوق و جایب، ص ۱۲۰.

۲. وزارت عدلیه. قانون مدنی، مواد ۲۸۹ و ۲۹۰.

اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت، اهمال در عمل نظارت و سوء تصرف عزل می گردد.^۱

همچنین، در صورت انتهای وصایت که سبب نظارت است وظیفه ناظر ختم می گردد. ماده (۳۳۳) قانون مدنی در این باره حکم می نماید که: «هرگاه اسباب موجب نظارت از بین برود، محکمه به وظیفه ناظر خاتمه می دهد.»^۲

مطلب چهارم: انتهای قیمومیت و آثار آن

بموجب محتوای ماده (۳۲۲) قانون مدنی و بارعایت حکم ماده (۳۱۱) قانون مذکور «وظیفه قیم در موارد ذیل خاتمه می یابد:

۱. وفات شخص ناقص اهلیت .
 ۲. ختم موضوعی که قیم غرض اجرای آن تعیین شده است .
 ۳. عزل قیم یا قبول استعفای او .
 ۴. نقصان اهلیت قانونی قیم یا غیاب یا وفات وی.»^۳
- ویا هم به موجب ماده (۳۲۲) قانون مدنی و مطابق ماده ۳۱۲ قانون مذکور که چنین مشعر است: «قیم در حالات ذیل عزل می گردد:

(۱) هرگاه سببی از اسباب حرمان وصایت مندرج مواد (۲۸۹ و ۲۹۰) این قانون موجود گردد. (۲) اگر در اداره اموال شخص ناقص اهلیت اهمال یا سوء تصرف نماید، یا اینکه در عدم عزل وصی مصلحت وی به خطر مواجه باشد.»^۴

مطابق ماده (۳۲۲) قانون مدنی ختم قیمومیت و عزل قیم موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) رد اموال و صورت حساب: در صورت ختم قیمومیت، قیم مکلف است اموال و صورت حساب متعلق به آن را به شخص محجور علیه که صحت وی بهبود یافته است بدهد. در صورت عزل توسط محکمه ذیصلاح، قیم مکلف است اموال و صورت حساب آن را به شخصی که به عوض وی قیم تعیین می گردد غرض ادامه قیمومیت توسط قیم بعد از

۱. همان، ماده ۳۲۲.

۲. همان، ماده ۳۳۳.

۳. همان، ماده ۳۱۱.

۴. وزارت عدلیه. قانون مدنی، ماده ۳۱۲.

وی بدهد. اما، در صورت وفات محجور علیه، قیم باید اموال و صورت حساب متعلق به آن را به ورثه محجور علیه بدهد.

۲) عدم قبول ابرای محجور علیه: ابرای محجور به نفع قیم قبول نمی گردد. مگر، اینکه قیم صورت حساب نهایی مربوط به اموال را قبلاً ترتیب و به محکمه ارایه نموده باشد.

۳) دادن اموال و صورت حساب توسط ورثه قیم در صورت فوت قیم: در صورتی که قیم وفات نماید یا اهلیت خود را از دست دهد، مثلاً: به جنون، سفه و عته مواجه گردد و در نتیجه محجور علیه شناخته شود، و یا مفقود گردد، ورثه یا قایم مقام وی مکلف به تسلیم اموال و دادن صورت حساب می باشد.^۱

بقیه در شماره بعدی

۱. نظام الدین عبدالله. شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل (۲) حقوق اطفال، ص ۱۵۲.

د کفالت تړون د فقهي او حقوقو له نظره

فهرست:

دويمه وينا: تر کفيل پورې اړوند د کفالت اثرونه.....	۸۵
دريمه وينا: د مکفول له اړوند د کفالت اثرونه.....	۸۸

دويمه وينا: تر کفيل پورې اړوند د کفالت اثرونه

له هغه ځايه چې په کفالت کې کفيل اساسي رول لري او د نوموړي تړون د اصلي اړخونو څخه گڼل کېږي، د تړون پر مهال هغې ته څه حقوقي اثرونه اړوند کېږي چې په لنډه توگه په لاندې ډول ورته اشاره کېږي:

الف: د تعهد په پوره کولو د کفيل ملزم والي

د کفالت له اثرونو څخه يو هم د تعهد د پوره کولو اړوند د کفيل ملزم والي دی، د نفس او عين کفالت اړوند، تر څو چې کفيل ژوندی وي، د تعهد په پوره کولو ملزم گڼل کېږي او په ديني کفالت کې که چيرته کفيل مال ولري، د مرگ څخه وروسته يې د کفالت وجه د متروکې څخه ورکول کېږي، او که څه ونه لري، بيا تړون پای ته رسېږي او مکفول له کولای شي اصيل ته رجوع وکړي، د نوموړو حالاتو په نظر کې نيولو سره، که چيرته د کفالت تړون د نفس اړوند وي، کفيل مکلف دی د مکفول له د غوښتنې سره سم اصيل په ټاکلي وخت حاضر کړي او که کفالت عيني وي او عين د هغو اعيانو له ډلې څخه وي چې تسليمول يې اړين وي، کفيل مکلف دی د مکفول له د غوښتنې سره سم نوموړی عين تسليم کړي او که چيرته کفالت ديني وي، د حالاتو سره سم کفيل د هغې په ورکړه ملزم

ګڼل کېږي او که کفالت په درک وي، په هغه صورت کې چې کفالت شوی مال د خطر سره مخ شي، کفیل مکلف دی خپله وعده پوره کړي، نوموړي اثرونه تر هغه وخته دوام پیدا کوي ترڅو په دیني کفالت کې دین د کفیل یا اصیل له لوري نه وي اداء شوی او یا هم مکفول له د اصیل یا کفیل سره صلحه نه وي کړې یا د دوی پر وړاندې د نوموړي دین څخه یې ابراء نه وي ورکړې او یا یې هم هبه نه وي کړې، چې په نوموړو صورتونو کې بیا د کفیل مکلفیت پای ته رسېږي. او که چیرته کفالت د نفس اړوند وي، د کفیل مکلفیت هغه وخت پای ته رسېږي ترڅو اصیل حاضر کړي یا د احضار له نیتې مخکې اصیل وفات شي یا هم مکفول له د اصیل یا کفیل سره صلحه وکړي او یا هم نوموړی د اصیل یا کفیل په ګټه ابراء وکړي، چې په نوموړو صورتونو کې د کفیل مکلفیت پای ته رسېږي.

او که چیرته کفالت عیني وي، کفیل تر هغه وخته مکلف ګڼل کېږي چې کفالت شوی عین یې مکفول له ته نه وي تسلیم کړی او یا هم نوموړی عین نه وي تلف شوی، چې په نوموړو صورتونو کې د کفیل مکلفیت پای ته رسېږي.

او که چیرته کفالت د درک اړوند وي، کفیل تر هغه وخته پورې مکلف ګڼل کېږي ترڅو کفالت شوی مال یې له خطر ځای ته نه وي رسېدلی او یا هم مکفول له هغې ته ابراء نه وي کړې، چې په نوموړو صورتونو کې د کفیل مکلفیت پای ته رسېږي.^۱

د امامیه فقهاوو په آند چې د کفالت تړون یواځې تر نفس پورې اړوند ګڼي، مکفول له ته د اصیل تسلیمول د کفالت اثر ګڼي او تر هغه وخته چې کفیل یا بل چا اصیل مکفول له ته نه وي سپارلی او یا هم اصیل په خپله ځان هغې ته نه وي تسلیم کړی، کفیل مکلف ګڼل کېږي او د اصیل په تسلیمې او یا هم د کفیل د عجز په ثبوت سره د کفیل مکلفیت پای ته رسېږي.^۲

ب: د اصیل څخه د کفیل د غوښتنې ثبوت

د کفالت تړون د اثرونو څخه یو هم د اصیل څخه د کفیل د غوښتنې ثبوت دی، کله چې په دیني کفالت کې کفیل د کفالت وجه اداء کړي، کولای شي د نوموړې وجهې د لاس

۱ ابن الهمام، کمال الدین، مخکینی مرجع، ۱۶ ټ، ۱۲۷ م.

۲ شهید ثاني، زین الدین، مخکینی مرجع، ۲ ټ، ۱۶۷ م.

ته راوړلو له پاره اصیل ته رجوع وکړي او د نفس کفالت اړوند کفیل د احضار له پاره اصیل ته مراجعه کوي او اصیل مکلف دی د کفیل په غوښتنه ځان مکفول له ته تسلیم کړي، همدا رنگه په عیني کفالت کې کفیل د عین د تسلیمولو له پاره اصیل ته مراجعه کوي او اصیل مکلف دی د کفیل په غوښتنه کفالت شوی عین مکفول له ته تسلیم کړي.^۱

ج: اصیل ته د کفیل او مکفول له د صلحې نه سرایت

یو بل د کفالت له اثارو څخه دا دی چې د کفیل او مکفول له تر منځ صلحه، او هغې ته ابراء او هبه، اصیل ته سرایت نه کوي، ځکه په کفالت کې کفیل د اصیل څخه نمایندګي کوي او اصیل د کفیل نمایندګه نه ګڼل کېږي، له همدې امله د کفیل او مکفول له تر منځ صلحه، او د مکفول له له خوا کفیل ته ابراء او هبه، د اصیل څخه د مکفول له په مطالبه تاثیر نه لري او مکفول له کولای شي په نوموړو صورتونو کې اصیل ته مراجعه وکړي.^۲

د: د دین یا تړون له شرطو سره سم د کفیل ملزم والی

یو بل د کفالت له اثارو څخه دا دی چې کفیل په هغه څه مکلف دی چې اصیل یې د مکفول له پر وړاندې په اداء مکلف ګڼل کېږي او یا هم کفیل د تړون په وخت ځان پرې مکلف ګڼلی وي، نو که چیرته د کفالت تړون مطلق وي، د تعهد پوره کول هغه شرطو ته را ګرځي چې د مکفول له او اصیل تر منځ شتون درلود او که چیرته د کفالت تړون په کوم شرط باندې معلق تر سره شي، بیا کفیل د هماغه شرط مطابق د تعهد په پوره کولو مکلف دی او که چیرته د کفالت تړون تر معین وخت پورې تړاو ولري، کفیل د تعیین شوي وخت مطابق د تعهد په پوره کولو ملزم ګڼل کېږي.^۳

ه: د یوه لوري له خوا د تعهد په پوره کولو د نورو برائت

یو بل د کفالت له اثارو څخه دا دی چې که چیرته اصیل یا هم یو کفیل د مکفول له پر وړاندې تعهد پوره کړي، د نورو د برائت سبب ګرځي، نو که چیرته د کفالت په یوه تړون کې څو کفیلان شتون ولري او اصیل یا هم یو کفیل تعهد پوره کړي، ټول کفیلان د مکفول له پر وړاندې بری الذمه ګرځي، ځکه د کفالت تړون د تعهد د توثیق له پاره تر

۱ الکاساني، علاوالدين، مخکینی مرجع، ۱۲ ت، ۳۹۵-۳۹۷ م.

۲ افندي، محمد علاوالدين، مخکینی مرجع، ۵ ت، ۴۵۲ م.

۳ الکاساني، علاوالدين، مخکینی مرجع، ۱۲ ت، ۳۶۷ م.

سره کېږي. کله چې تعهد پوره شي د تعهد موضوع پای ته رسېږي او د غوښتنې لپاره ځای نه پاتې کېږي.

دریمه وینا: د مکفول له اړوند د کفالت اثرونه

لکه څرنګه چې کفیل د تړون یو مهم اړخ ګڼل کېږي او د یو لړ تعهداتو درلودونکی وي، مکفول له هم د کفالت تړون یو مهم اړخ ګڼل کېږي، د هغې له پاره هم یو لړ اثرونه او تعهدات شتون لري چې په لاندې توګه د څیړنې وړ دي.

الف: د کفالت د فسخې اړوند د مکفول له صلاحیت

دا چې د کفالت تړون د اصیل له خوا د مکفول له په ګټه د تړون د توثیق له پاره تر سره کېږي، نوموړی تړون د کفیل او اصیل له پاره یو لازمي تړون دی، له همدې امله یواځې مکفول له کولای شي نوموړی تړون فسخه، یا هم دهغې څخه ابراء، یا هم مکفول به هېه او یا هم صلحه وکړي، خو د یادونې وړ ده چې د کفالت تړون د نورو لازمي تړونونو لکه د بیعې تړون سره توپیر لري، ځکه په ډیری لازمي تړونونو کې د دواړو اړخونو ګټه په مساوي توګه په نظر کې وي، ولې د کفالت په تړون کې ګټه یواځې د مکفول له پاره په نظر کې نیول شوې ده، له همدې امله د فسخې، صلحې، ابراء او هېې واک یواځې تر مکفول له پورې اړوند ګڼل کېږي.^۱

ب: د مکفول له د پاره د غوښتنې اختیار

یو بل د کفالت له اثرونو څخه د تعهد اړوند غوښتنه کې د مکفول له اختیار دی، په دې معنا چې د کفالت تړون څخه وروسته مکفول له کولای شي د تعهد د پوره کولو له پاره کفیل او یا هم اصیل ته مراجعه وکړي، ځکه چې د کفالت تړون یو تعهدی تړون دی چې د اصیل اړوند تعهد د توثیق له پاره تر سره کېږي او په نوموړي تړون کې د کفیل ذمه د اصیل له ذمې سره یو ځای کېږي، له همدې امله مکفول له کولای شي د تعهد د پوره کولو له پاره کفیل او یا هم اصیل ته مراجعه وکړي، خو که په تړون کې د اصیل براءت شرط شوی وي چې په دې صورت کې تړون د کفالت ماهیت له لاسه ورکوي او نوموړی تړون

۱ افندي، محمد علاوالدين، مخکینی مرجع، ۵ ټ، ۳۷۵ م.

حواله گڼل کېږي، بیا په دې صورت کې مکفول له یواځې د کفیل څخه د تعهد د پوره کیدو غوښتنه کولای شي.^۱

ج: په ټاکلي وخت د مکفول له مراجعه

یو بل د کفالت له اثرونو څخه د تعهد د پوره کولو له پاره کفیل ته د مکفول له په ټاکلي وخت مراجعه ده، په دې معنا چې مکفول له یواځې د تړون مطابق، یا هم د هغې نیتي سره سم چې اصیل د تعهد په پوره کولو ملزم گڼل کېږي، کولای شي کفیل ته مراجعه وکړي، که چیرته د کفالت تړون په موقت ډول تر ټاکلي نیتي پورې تر سره شوی وي، مکفول له یواځې د ټاکلي نیتي تر پایه کولای شي کفیل ته د تعهد د پوره کولو له پاره مراجعه وکړي او د نیتي په پای ته رسیدو سره تړون هم پای ته رسیږي.^۲

که چیرته یاد شوي بحث ته وکتل شي، د کفالت تړون د تعهدی او توثیقي تړونونو له ډلې څخه دی چې د اشخاصو تر تعهدونو پورې اړوند گڼل کېږي، په نوموړې تړون کې لومړی د شخص ذمه د تعهد یا حادثې په منځ ته راتلو سره مشغولېږي او د گټې خاوند (مکفول له) د اطمینان له پاره د بل شخص مرستې ته اړتیا پیدا کېږي ترڅو د متعهد (اصیل) سره خپله ذمه شریکه کړي، له همدې امله د کفالت په تړون کې ډیر تکلیف اصیل او کفیل ته متوجه وي او د نوموړي تړون اثرونه د مکفول له په گټه او الزام د کفیل او اصیل اړوند گڼل کېږي، همدا لامل دی چې د فسخي، مصالحې، ابراء او نور هغه څه چې په لازمي تړونونو کې د تړون د دواړو اړخونو اړوند وي، د کفالت په تړون کې د مکفول له په واک کې وي، یو بل مهم ټکی چې د کفالت په تړون کې د یادولو وړ دی، هغه دا دی چې د کفالت تړون یو مستقل تړون نه گڼل کېږي، بلکې نوموړی تړون تر نورو تړونونو او یا هم حقوقي حادثې پورې تړلی تړون دی چې د اصیل ذمه یې مشغوله کړې وي، په نوموړي تړون کې کفیل د اصیل د تعهد د توثیق له پاره خپله ذمه د اصیل له ذمې سره یو ځای کوي ترڅو د اصیل سره مرسته وکړي، په نوموړي تړون کې تر ډیره کفیل د اصیل پر وړاندې کوم الزام نه لري، له همدې امله فقهاوو نوموړی تړون له تبرعي تړونونو څخه گڼلی

۱ الموصلي، عبدالله، مخکینی مرجع، ۱، ب، ۲۵ م.

۲ افندي، محمد علاوالدين، مخکینی مرجع، ۵، ب، ۴۵۳ م.

دی او که چیرته کفیل د کفالت وجه د اصیل له اجازې پرته اداء کړي، نشي کولای اصیل ته مراجعه وکړي، ځکه کفیل په نوموړي صورت کې متبرع گڼل کېږي. امامیه فقهاء چې د کفالت تړون یواځې تر نفس پورې اړوند گڼي، د دین اړوند تعهد یې د دیني کفالت په شان، د ضمان تر عنوان لاندې څېړلی دی، په دې توپیر سره چې د کفالت په تړون کې د اهل سنت د جمهورو فقهاوو په آند په غوښتنه کې د یوې ذمې له بلې ذمې سره یو ځای کیدل دي، خو د امامیه فقهاوو په آند د ضمان په تړون کې یوه ذمه بلې ذمې ته انتقالېږي، له همدې امله د دوی په آند کله چې د ضمان تړون سرته ورسېږي، مضمون عنه بری الذمه ګرځي او د تعهد پوره کول یواځې تر ضامن پورې اړوند گڼل کېږي.^۱

۱ شهید ثاني، زینالدین، مخکینی مرجع، ۲ ت، ۱۲۳ م.

مطالعه جبران خسارت^۱ متضرر «مجني عليه» سرقت و حمایت آن در سیاست تقنینی افغانستان

فهرست:

۹۱	چکیده
۹۲	مقدمه
۹۵	مصادیق جبران خسارت
۹۸	انواع متضررین
۱۰۰	حمایت تقنینی در بستر تاریخی از متضررین «مجني عليه» جرایم:

چکیده

این بررسی و مطالعه به نیت و هدف شناسایی سیاست تقنینی افغانستان در خصوص جبران خسارت متضرر و حمایت آن تنظیم و تلاش گردید که با استناد به قوانین موجود در سیاست تقنینی، ضمن ملاحظه قوانین جزایی، مسئولیت شخصی قربانی، نهاد های عدلی و قضایی و سازوکار های موثر، با توجه به گستردگی روز افزون حوادث و گسترش مفهوم حمایت و مسئولیت حقوقی دولت در جبران خسارت وارده قربانیان واضح گردد. هرچند حمایت از قربانیان در جبران خسارت سرقت ها در سیاست تقنینی افغانستان و نظامهای

۱ در این مقاله متضرر به معنای مجني عليه، جان باخته، مال باخته، زیان دیده، شاکي، بزه دیده نیز بکار رفته است که در اصل بیشتر از کلمه متضرر و مجني عليه استفاده صورت می گیرد اما در بعضی موارد معنای فوق نیز استفاده شده.

مختلف رویکردهای متفاوتی وجود دارد، اما سیاست تقنینی افغانستان در هیچ جرم به عنوان جبران خسارت های مادی و معنوی بحث حمايت از آنها را نپذیرفته است. گرچه این رویکرد در جرائم رویه های مختلف را دارا است اما رویه های قضایی واحد نیز وجود نداشته که این عملکرد برای مالباخته گان، متضرر شدن ثانوی را فراهم می سازد. با عنایت به عمده ترین هدف حمايت از متضرر که تحقق جبران کامل خسارت میباشد، یک تئوری واحد نمیتواند در همه موارد مبنای حمايت و جبران خسارت قرار گیرد اگرچه در برخی از قوانین میتوان ملاک قانونی پذیرش حمايت دولت در اعمال خود را یافت. از آنجایی که حمايت مسئولیت دولت دارای مبنای واحدی نیست، با گرایش به نظریه های عمومی حمايت و اتکا به اصل حمايت پذیری دولتها و به طور عموم اصل جبران کامل خسارت، اقتضا دارد، هر جایی که رابطه تبعیت بین اشخاص وجود داشته باشد، تابع به دلیل ارتکاب فعل زیانبار مسئول شناخته شود و متبوع نیز به دلیل اقتدار، کنترل و نظارتی که بر تابع دارد باید مسئول تلقی شود. زیرا تاوان داشتن اقتدار بر دیگری داشتن مسئولیت ناشی از اعمال وی میباشد و دولت به نمایندگی از طرف مردم باید خسارت را جبران کند.

کلید واژه: متضرر «مجني عليه»، خسارت، سرقت های عادی، جبران خسارت، حمايت

مقدمه

جرم به عنوان یک پدیده نابهنجار اجتماعی ممکن است آثار و پیامدهای گوناگون و بسیاری را در پی داشته باشد، پیامد اجتماعی جرم گسترش ناامنی ها، بی عدالتی ها، تخریب نظم و انضباط اجتماعی در معنای عام آن خواهد بود، اما در عرصه فردی زیان های مادی و معنوی فراوانی را برای متضرر و قربانی به بار می آورد. مسأله تعقیب مجرمین مسأله تازه ای نیست. بلکه پیشینه آن به اندازه تاریخ بشریت می رسد. در تمام افسانه ها و کتاب های مقدس آسمانی، اشارات فراوانی در این خصوص وجود دارد. پدیده جرم و جنایت و ناراحتی و عکس العمل های ناشی از آن، جوامع را وا داشت که از همان ابتدا با این امر به مبارزه برخیزند مهم ترین وسیله دولت ها در این مبارزات استفاده از شکنجه و مجازات بوده است و آنها تصور می کردند که قادر خواهند بود تا با تحمیل مجازات های سنگین و شکنجه های وحشتناک از وقوع جرم جلوگیری نموده و با اجراء این مجازات ها

احساسات تحریک شده مردم را تسکین دهند، به همین علت همه مجازات‌ها و شکنجه‌های آن ایام بسیار شدید و وحشتناک بود. هرچند که در شرایط فعلی تمدن تاحدی از خشونت و مجازات‌ها کاسته است و سعی گردیده که از شکنجه مجرمین خودداری شود، ولی هم‌چنان مهم‌ترین جزای دولت‌ها در مبارزه با جنایتکاران همان مجازات است، نه آن مجازات که در ایام گذشته معمول و متداول بود بلکه مجازات ساده‌تر از آن ایام از قبیل جبران خسارت که با پیشرفت تمدن به وجود آمده است. لذا جبران خسارت آسان‌تر صورت می‌گیرد. که جبران خسارت و ضرر و زیان ناشی از جرم شامل ضرر و زیان مادی و معنوی می‌شود. ضرر و زیانی مادی بالای منافع و دارایی شخصی صورت گرفته و ضرر های معنوی بالای شرف و اعتبار شخص لطمه وارد می‌کند که جبران آن مشکل‌تر نسبت به ضرر و زیان مادی صورت می‌گیرد.

بیان مسله: مهم‌ترین نگرانی متضررین جرایم سرقت‌های عادی پیش از آنکه اجرای مجازات بالای مجرم باشد جبران خسارات است که از رهگذر وقوع جرم سرقت‌های عادی متحمل شده است. به همین جهت جبران خسارت متضرر ناشی از سرقت‌های عادی نقش بسیار مهمی را در سیاست جنایی دارا است و مقامات مسئول همواره می‌کوشند برای تحقق آن از ابزارهای سیاست جنایی و سیاست های تقنینی استفاده بهینه‌ای بکنند. با این وجود، به گونه‌ای خاص در افغانستان عامل‌های مختلفی باعث شده است که دل‌بستن متضرر به جبران خسارت توسط مجرم در همه موارد آرزویی بیهوده و امیدی خام جلوه نماید. در نتیجه ضرورت‌ها ایجاب می‌نمایند تا دولت به این موضوع مهم اقدام نماید. و از دیگر سو متضررین به عنوان اولین کسانی اند که از جرم متضرر شده و خسارت دیده‌اند، که باید مورد حمایت قرار بگیرند و خسارت‌های وارده بر ایشان به گونه‌ای کامل جبران شود. لذا نظام‌های حقوقی از کنار متضررین و قربانیان به آسانی نگذشته است و هر کدام با همان باورها و اندیشه‌های خود یک راه حل برای متضررین و قربانیان در نظر گرفته‌اند. در این میان قانون‌گذاران کشور ما در حمایت از قربانیان در مقابل سارقان عادی یا به عبارت دیگر مجازات سارقان تعزیری را، برایش جزا تعیین نموده است و ماده ۶۹۹ کدود جزای کشور نیز به آن مسئله پرداخته است. این قلم نیز در پی آن است که حمایت قربانیان را در قوانین افغانستان مورد دقت و واکاوی قرار دهد.

مفهوم شناسی: از آن جای که تعریف در یک رشته علمی از جایگاه خاص و با اهمیت برخوردار است از این رو مفاهیم آتی را از نگاه لغت و اصطلاح توضیح، تشریح و قبل از پرداختن به مباحث اصلی لازم است برخی از مفاهیم که توضیح آنها در ورود به مطالب اصلی پژوهش و فهم آن، نقش عمده بازی می‌کنند، بررسی و توضیح داده شود.

تعریف لغوی سرقت: واژه سرقت از «سرق» به معنای دزدیدن،^۱ گرفتن چیزی به طور پنهانی آمده. تعریف اصطلاحی: سرقت عبارت «از گرفتن چیزی از حرز به طور پنهانی و بدون حق.» و یا می‌توان گفت که «عبارت از ربودن متقابله‌ی مال منقول متعلق به دیگری» و در تعریف فوق از سرقت، شامل سرقت حدی و تعزیری است، زیرا متقابله بودن، یعنی فقدان علم و رضایت صاحب مال بنابراین برای تحقق مفهوم متقابله، بحسب ظاهر وجود دو عنصر عدم علم و عدم رضایت صاحب مال ضروری است. در حالیکه، اصل هدف درین مقاله سرقت های عادی بوده که موجب حد نیست یعنی ربودن مال غیر بدون علم یا با علم و اطلاع صاحب مال محقق می‌شود. در حالیکه چنین سرقت از حد ساقط بوده و می‌توان در کل تعریف ذیل را برای سرقت های عادی پیشنهاد کرد. به نظر میرسد که سرقت عادی عبارت از سرقتی است که با ربودن، اخذ کردن و گرفتن مال شخص به وسیله تهدید، استعمال قوه یا زور در هر زمان و مکان بدون رضایت متضرر «که موجب حد نباشد» انجام گردد.

تعریف سرقت در کود جزا: «سرقت عبارت است از گرفتن اموال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت به مقصد تملک^۲». و برای این رفتار جزا پیشینی گردیده که مناسب ترین نوع حمایت قاطعانه از قربانیان جرم سرقت تلقی می‌گردد.

مفهوم جبران خسارت: از آن جای که جبران خسارت یکی از مباحث مبتلابه، و پرطرف دار در سیاست جزایی و حقوق مدنی است و از طرف دیگر کاربرد عمیق و اساسی در بحث حاضر دارد روی این جهات در مباحث زیرین تعریف «جبران خسارت، مفهوم جبران خسارت و حمایت از قربانی» بحث می‌شود.

۱ عمید، حسن ۱۳۶۹ فرهنگ عمید، تهران، نشر انتشارات چاپ خانه سپهر تهران چاپ سوم، یک جلدی، صفحه ۷۸۳

۲ کود جزا ۱۳۹۶ نشر جریده رسمی وزارت عدلیه مصوب شماره ۱۲۶۰ ماده ۶۹۹

تعریف جبران خسارت: خسارت به معنای ضرر کردن، زیان دیدن، و زیان و از دست دادن دارایی یا حق است^۱. این واژه در اصطلاح حقوقی به دو معنی به کار رفته است، یکی مالی که باید از طرف کسی که ضرر مالی به دیگری وارد نموده، به متضرر پرداخت شود و دیگری به زیان وارده اطلاق شده است. و هم چنان در عرف نیز کلمه خسارت به دو معنای «خسارت گرفتن» و «خسارت زدن» مورد استفاده قرار می‌گیرد. واژه «خسارت» در حقوق مدنی به دو معنی عمده آمده است، گاه به معنی «ضرر» که در این استعمال هیچ تفاوتی میان «خسارت» و «ضرر» وجود ندارد و گاهی نیز به معنی «جبران» به کار رفته و آن چیزی است که برای ترمیم ضرر پرداخت می‌شود، یعنی همان غرامت یا تاوان. زمانیکه در سیاست جنایی از خسارات حاصل از عدم انجام تعهد یا جبران خسارات سخن می‌گوییم، هدف خسارت به معنی اول می‌باشد ولی هنگامی که از تأدیه خسارت بحث می‌شود معنای دوم بوده، بنابراین خسارت هم به زیان وارد شده و هم به مالی که برای جبران زیان باید به متضرر پرداخت شود اطلاق می‌گردد^۲.

مصادیق جبران خسارت

الف استرداد عین: در صورتی که مال مسروقه به سرقت عادی عین باشد، و در صورت موجودیت آن فقط رد خود همان عین می‌تواند جبران خسارت باشد.

ب استرداد مثل: اگر اموال مسروقه از نوع مال‌های مثلی باشد در آن صورت استرداد مثل آن مصداق جبران خسارت است.

ج استرداد قیمت: گاهی نیازی نیست که نفس اموال به سرقت رفته برگردانده شود. در این گونه موارد است که تأدیه قیمت آن نیز می‌تواند جبران خسارت باشد.

مفهوم متضرر «معنی علیه»: متضرر شناسی بدون هیچ بحث و تردیدی شاخه‌های از جرم شناسی به شمار می‌رود، معنی علیه شناسی به هر مسأله‌های که مربوط به متضرر باشد توجه می‌کند. شخصیت متضرر، ویژگی‌های زیست‌شناختی، روانشناختی و اخلاقی او، مشخصه‌های اجتماعی فرهنگی، روابطش با مجرم و بالاخره مشارکتش در وقوع جرم از

۱ همان، عمید، حسن، صفحه ۵۹۸

۲ سید حسن امامی ۱۳۸۸ جزوه مسئولیت مدنی، تهران ایران، نشر انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، چاپ نخست، ص ۲۴

طرف دیگر توسعه مفهوم متضرر؛ قربانی شناسی را به کیفی که فقط قربانیان و زیان دیده گان جرایم کیفی را مد نظر قرار دارد و زیان دیده شناسی عمومی را به تمامی قربانیان، آسیب دیدگان مانند متضرر حوادث، قربانیان جامعه، قربانیان دولت و نهادهای وابسته تقسیم کرده است.

تعریف متضرر یا مجنی علیه: متضرر در زبان دری معادل عربی واژه‌های قربانی، مجنی علیه و زیان دیده می‌باشد. در انگلیسی، واژه «Victim» (قربانی) به همین معنا به کار رفته است. این مفهوم، در ادبیات بحث جرم‌شناسی و کتاب‌های حقوقی، تعریف‌های متفاوتی را داراست، اما در مجموع می‌توان آنها را به تعریف موسع و مضیق دسته‌بندی کرد. طوری که زیان دیده در حقوق جزایی با عناوینی چون مجنی علیه و یا شاکی مورد توجه قانونگذار قرار گرفته و در متون فقهی نیز به زیان دیده از جرم، به طور کلی، مجنی علیه اطلاق می‌شود ولی در هر جرم زیان دیده اصطلاح خاص خود را دارد، مثل مسروق منه در سرقت و مجروح و مقتول در جرائم علیه اشخاص - قربانی شناسی، یا مجنی علیه شناسی شاخه جدیدی از جرم‌شناسی است که به بررسی قربانی مستقیم جرم می‌پردازد. بنابراین شناخت متضرر و آنچه به او مربوط می‌شود موضوع این دانش نوین است. در این دانش شخصیت، صفات زیستی، روانی و اخلاقی و خصوصیات اجتماعی و فرهنگی مالباخته گان و سهم او در تکوین جرم و رابطه‌اش با مجرم مورد بررسی قرار می‌گیرد. متضرر بودن، عمل قربانی کردن مجرمانه را متضرر یا مجنی علیه می‌گویند. عمل مجرمانه‌ای که شخص متضرر آن می‌گردد؛ می‌تواند قتل، سرقت، تجاوز به عنف و بسیاری از جرایم دیگر باشد، فردی هم که متضرر چنین عمل مجرمانه‌ای قرار می‌گیرد ممکن است زن، مرد، پیر یا جوان باشد به عبارتی همان گونه که جرایم متنوع هستند متضررین و قربانیان هم متنوع و گوناگون‌اند.

بنابر مباحث فوق متضرر کسی است که یک خسارت قطعی آسیبی به تمامیت جسمی او وارد کرده است و اکثر افراد جامعه هم به این مسأله اذعان دارند. هانس فون هنتینگ پدر علم متضررشناسی، متضرر را چنین تعریف نموده: زیان دیده جرم مانند کسی است که کالبد عمل مجرمانه را تشکیل داده است. هنتینگ قربانی را در مفهوم مضیق خود مطرح ساخت که ناظر بر مجنی علیه است.

تعریف موسع: در رویکرد اول، بیشتر به ورود ضرر و خسارت به دیگری توجه شده است تا به منشأ ایراد ضرر و علل و عوامل جرم. مطابق این دیدگاه، متضرر کسی است که یک خسارت قطعی، آسیبی بر تمامیت شخص او وارد کرده است، به گونه‌ای که بیشتر افراد جامعه به آن اذعان دارند^۱.

تعریف مضیق: در تعریف مضیق، بعکس تعریف موسع، خاستگاه آسیب جرم و منشأ ایراد خسارت کانون توجه است. طوریکه ماده ۱ بخش الف اعلامیه «اصول بنیادی عدالت برای متضررین و قربانیان جرم» مجمع عمومی سازمان ملل متحد^۲ ۱۹۸۵ با توجه به همین ویژگی، متضرر یا مجنی علیه را چنین تعریف می‌کند: «متضرر اشخاصی است که در پی فعل‌ها یا ترک فعل‌های ناقض قوانین کیفری دولت‌های عضو — از جمله قوانینی که سوء استفاده‌های مجرمانه از قدرت را ممنوع کرده‌اند — به صورت فردی یا گروهی به آسیب — از جمله آسیب بدنی و روانی — درد و رنج عاطفی، زیان اقتصادی یا آسیب اساسی به حقوق بنیادی خود دچار شده‌اند.» هرچند ما در صدد ارزیابی و نقد تعریف‌های صورت گرفته نیستیم، ولی به این مطلب اشاره می‌کنیم. که برخلاف نظریه برخی اندیشمندان — که دو تعریف را مقابل هم می‌دانند — تعریف موسع و مضیق با هم پیوند دارند و بر اساس هر دو تعریف، متضرر به فردی اطلاق می‌شود که به نحوی از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان مادی یا معنوی شده باشد^۳، زیرا در هر دو تعریف علاوه بر ذکر خاستگاه ضرر و زیان فعل و ترک فعل، به متضرر شدن افراد نیز اشاره دارد. در نتیجه، کسانی که بر اثر جرایم ناقص مانند شروع به جرم، جرم محال و جرم عقیم خسارت مادی و معنوی ندیده‌اند، متضرر به شمار نمی‌آیند. بر این اساس، بهتر است متضرر چنین تعریف شود: مجنی علیه شخصی است حقیقی یا حقوقی که در پی وقوع جرم متحمل ضرر و زیان مادی یا معنوی شده است و نیاز مبرم به تأمین خسارت و جبران ضرر و زیان دارد.

۱ ژینا، فیلزولا (۱۳۷۹)، بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی، تهران ایران نشر انتشارات میزان، چاپ نخست، ص ۹۶

۲ ده‌آبادی، حاجی احمد (۱۳۸۷) «از جبران خسارت بزه‌دیده توسط بزه‌کار» فقه و حقوق، تهران، ایران، نشر انتشارات سمت، چاپ نخست، ص ۹۵

انواع متضررین

جرم‌شناسان با توجه به روابط بین مجرم و متضرر، متضررین را به انواع گوناگونی مانند متضرر پنهان، متضرر محرک، متضرر بی‌گناه و...، از جمله قربانیان بالقوه تقسیم کرده‌اند. زنان، کودکان، پیران، افتادگان جامعه، نیازمندان و فقیران و تمامی اشخاصی که بیش از دیگران در معرض آسیب‌پذیری قرار دارند. در این نوع و تعریف از قربانی (قربانی بالقوه)، قرار دارند. از سوی دیگر بر اساس آموزه‌های دینی در جامعه اسلامی هیچ فقیری وجود ندارد، مگر اینکه توانگری حق او را از وی بازدارد. بدین ترتیب نیازمندان جامعه که در فقر زندگی می‌کنند و امکانات رفاهی در اختیار ندارند، به نحوی آسیب دیده‌اند، از این رو، می‌توان آنها را جزو قربانیان بالقوه به حساب آورد. تاریخ حقوق کیفری با نقش متضرر در وقوع عمل مجرمانه و نیز نقش او در دعاوی کیفری آشنا است متضرر از همان بدو تولد حقوق کیفری نقش عمده در دعاوی کیفری ایفا می‌کرده و در واقع به تنهایی بازیگر نیمی از این صحنه بوده است بناء متضررین بر اساس ایفای نقش در وقوع جرم به دو گروه عمده تقسیم می‌شوند:

الف: متضررین بی‌گناه و اولیه - متضررین در تمام دوسیه‌ها (جزایی، حقوقی، مدنی و غیره...) بیشتر بنظر می‌رسند که بی‌گناه باشند، چنانچه از کلمه قربانی و یا زیان دیده و مال باخته یا جان باخته این اندیشه در ذهن خطور می‌کند، که اشخاص بی‌گناه مورد قربانی قرار گرفته و متضرر واقع شده‌اند متضررین کاملاً بی‌گناه مانند اطفال، مجانین و کسانی هستند که همه اقدامات احتیاطی لازم را به عمل آورده، ولی به طور کاملاً اتفاقی در معرض وقوع جرم قرار گرفته و متضرر شده‌اند. ضمناً هدف از متضررین بی‌گناه در این مقاله همان اطفال، بزرگ سالان، مجانین و اشخاص اند که در مقابل مجرمان بی‌دفاع می‌باشند.

ولی بحث مجنی علیه شناسی اولیه به مطالعه ویژگیها و نقش متضرر در تکوین جرم و نیز رابطه قربانی جرم با مجرم می‌پردازد و در حقیقت مجنی علیه شناسی اولیه شاخه‌های از جرم شناسی علت شناسانه است که در آن نقش متضرر در وقوع جرم و بعنوان یکی از علل و عوامل ارتکاب جرم از سوی مجرم بررسی و در کنار سایر علل و عوامل جرم‌زا

قرار ميگيرد و در مقابل مجني عليه شناسی پیشگیرانه بعنوان شاخه های از جرمشناسی پیشگیرانه شیوه های پیشگیری از متضررين را بررسی و مطالعه میکند.

ب: متضررين موثر در اجراي نمودن و ثانوي- قربانيانی هستند که به نوعي در وقوع جرم یا جرم مشارکت دارند، مانند متضررين نادان و کم اطلاع. البته میزان سهم و نقش قربانيان در وقوع جرم یکسان نیست و از عدم مراقبت از خود و تحریک تا اجراي عمل جرمي را که خود مجني عليه مي شود در بر مي گیرد. قرباني یا متضرر بر اساس میزان آسیب پذيري نیز به انواع مختلفی تقسیم مي شود. متضررين از جهت آسیب پذيري در مقابل جرم داراي شرایط متفاوتي هستند. بدیهي است که شرایط ارتکاب برخي جرائم عليه مردان و زنان یکسان نیست. همچنین متضرر شدن اطفال و بزرگسالان در شرایط کاملاً متفاوتي قرار دارد. افراي که داراي ضعف قوای عقلاي هستند نیز بیشتر در معرض آسیب پذيري هستند.

اما متضرر یا مجني عليه شناسی ثانويه این نوع از متضررين در اثر تحول و توسعه مجني عليه شناسی اولیه بوجود آمده است که نگرانی آن، بهتر ساختن سرنوشت متضرر با ارایه کمک، حمايت های مادی و معنوی و جبران خسارتهای وی میباشد و انواع مختلف از حمايت ها را در شرایط گوناگون نسبت به متضررين پیشنهاد میکند چنانچه کودکان از نظر ویژگی های بدني، رواني و شخصيتي با بزرگسالان متفاوت هستند. از جهت حقوقی نیز کودکان بر خلاف بزرگسالان فاقد مسئولیت کيفري بوده و در مقابل عمل مجرمانه خود پاسخگو نیستند. در بسیاری از رشته های علوم جنایی مانند جرم شناسی و حقوق کيفري، گرایش کودکان و نوجوانان جایگاه ویژه ای پیدا کرده است. چنانچه ویژه گي های خاص کودکان از حیث سطح پایین، تمیز شناخت و توان دفاع از خویش اقتضاد دارد تا حمايت های مضاعفي در مقایسه با بزرگ سالان از ایشان به عمل آید. ۱. ویا فرد به جاي جاي آنکه قرباني جرائم مجرمان شوند، زیان دیده از عمل کرد دستگاه قضايي واقع مي شوند و به عنوان قرباني دستگاه عدالت کيفري مطرح مي گردند. متهمان و محکومان بي گناه جزء این دسته هستند که به دلیل اتهامات کيفري توقیف یا محکوم شده اند و با وجود

۱ ریاض، احمد شکیب (۱۳۹۸) پاسخ دهی مجریان عدالت به اطفال با کاربرد از فرایند عدالت ترمیمی، مجله عدالت نشر وزارت عدلیه شماره ۱۹۶ ص ۵۲

بی گناهی، اتهام نامه «صورت دعوی» یا رأی دادگاه بر مجرمیت آنها صادر شده است. دلیل مهم چنین مواردی ناشی از تحقیقات و بازداشت‌های نادرست و سایر موارد مربوط به نقض حقوق متهمان بوده است.^۱ اما نظام حقوقی اسلام به جبران خسارات زیان‌دیده توجه کافی داشته و با قواعد فقهی جبران هرگونه خسارتی را امکان‌پذیر ساخته است، هر چند که عامل «تسبیب» و «لا ضرر» ورود خسارت، مقصر نباشد. به همین دلیل حتی در جرائم علیه تمامیت جسمانی از نوع خطای محض که برای مسبب هیچ گونه تقصیری نمی‌توان قائل شد، جبران ضرر و زیان را با عنوان دیت در نظر گرفته است.

حمایت تقنینی در بستر تاریخی از متضررین «مجنی علیه» جرایم:

در جوامع ابتدایی و قبل از تشکیل حکومت و قوای عمومی، مجنی علیه خود اجرای عدالت و جبران خسارات وارده را عهده‌دار بود و به هر نحو ممکن در جهت تامین مقاصد اقدام می‌نموده، در این مرحله با همه کاستی‌هایی که در نحوه اجرای عدالت وجود داشت، نقش متضرر بسیار مهم و موثر بوده؛ لکن بعد از این، نقشش کم رنگ‌تر شده و بدو رئیس قبیله و سپس در مراحل پیشرفته‌تر دولت‌ها در قضایا دخالت می‌نمایند. از این رو پرداخت خسارت به وی نیز کم‌کم جای خود را به تادیه جزای نقدی به دولت می‌دهد و تحت تاثیر تفکر نظام کلاسیک از مجنی علیه تنها به عنوان شاهدی که بر وقوع جرم بیش از دیگران اطلاع داشته استفاده می‌شده است، زیرا که در حقوق جزای کلاسیک به عنوان حقوقی که تنها بر مجازات مجرم متکی بوده، مجنی علیه نقش چندانی نداشته است و دولت‌ها نیز صرفاً جهت تسکین خاطر زیان‌دیده از جرم، با اعمال مجازات بر مجرم از لحاظ ذهنی و با صدور حکم کیفری مبنی بر محکومیت به پرداخت خسارت اقدام می‌نمودند. با خاتمه سلطه تفکر حقوق جزای کلاسیک و پیدایش مکتب تحقق، نگرش از عمل مجرمان به شخص مجرم معطوف می‌شود و یکی دیگر از ارکان سه‌گانه واقعه مجرمانه مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد. اما رکن دیگر، یعنی متضرر^۲، همچنان به دست فراموشی سپرده می‌شود. با پیدایش مکاتب مختلف دفاع اجتماعی که نگرشی دقیقتر و وسیع‌تر به پدیده مجرمانه داشته‌اند، سیاست جنایی فعال‌تر شده و بر دامنه بررسیها، کند و

۱ جرج پی، فلچر، جایگاه بزه دیدگان در نظریه سزادهی، ایران، مترجم: مهرداد رایجیان اصلی

نشر پایگاه علوم انسانی، (۱۳۸۸) ص ۱۵

۲ مجنی علیه، قربانی، جان باخته، مال باخته، بزه دیده، زیان دیده و... را گویند.

کاوهای خود افزود و ابعاد مختلف واقعه مجرمانه را مورد مطالعه قرار داد، در نتیجه این تحول بود که نه تنها جرم و مجرم، بلکه زیان دیده نیز مورد توجه خاص قرار گرفت، و این امر خود منتهی به ایجاد علم نوین بنام مجنی علیه شناسی شد. مجنی علیه شناسی شاخه جدیدی از جرم‌شناسی است که به بررسی قربانی مستقیم جرم می‌پردازد. بنا بر این شناخت مجنی علیه و آنچه وابسته به اوست مورد توجه این دانش نوین است. حمایت از متضرر در برابر مجرمان و کمک به آنها باید بخشی از ارزشهای اساسی جامعه محسوب شود. تعهدات هر جامعه نسبت به متضررین و قربانیان جرایم باید، از نظر اعتقادی در اعماق نظام کلی آن جامعه ریشه بگستراند. از اینرو، ایجاد منابع قانونی که حقوق متضررین جرایم از آنها سیراب شوند اهمیتی بسزا دارد. اگر بخواهیم که اقدامات و سیاستهای مورد نظر علاوه بر ملاحظات بشر دوستانه در مورد متضررین و وضعیت آنها، بر معیارهای دیگری نیز مبتنی باشند، لازم است پایه های حقوقی و اجتماعی تعهدات جامعه و نیز مسئولیت مجرم را نسبت به متضرر تعیین نماییم. در دهه ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ به هنگامی که مارگری فرای ۱ و سایر حامیان مکتب دفاع از متضرر، خواستار جبران خسارات قربانیان و مجنی علیه از سوی دولتها شدند، تلاش های بی گیری برای تعیین پایه های حقوقی و فلسفی که چنین خساراتی باید بر آنها مبتنی باشند، بعمل آمد. در میان نظریه های پیشرفته آن زمان، می توان نظریات شبه جرم حقوقی قرارداد اجتماعی، سودمندی و همبستگی اجتماعی را نام برد. اما تلاش مشابهی برای رفع نگرانی های موجود در مورد تحکیم حقوق متضررین و نتیجه گیری از بحث های که پیرامون آن مطرح میگردد، بعمل نیامده است. این امر شاید معلول تدوین و تصویب لایحه قانونی حقوق متضررین باشد که به جای ابتکارات حقوقی و قضائی از ابتکارات سیاسی و مردمی نشئت گرفته است. از آنجا که حقوق قانونی از موقعیت حقوقی فرد سرچشمه گرفته و با آن ارتباطی تنگاتنگ دارد، برای تعیین حقوق مجنی علیه یا متضرر، تعریف موقعیت حقوقی او ضروری است. این موضوع از آن جهت بیشتر حائز اهمیت است که در بسیاری از مراجع قضائی، در حال حاضر، متضررین و قربانیان جرایم پایگاه حقوقی مشخصی ندارند.^۲

۱ ترجمه نامه انگلسی به لفظ دری

۲ عزت، فتاح (۱۳۸۷) از سیاست مبارزه بزهکاری تا سیاست دفاع از بزه دیده، ایران، ترجمه:

علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر مجله حقوقی داد گستر، ص ۱۵

ترتیب کننده: قضاوت مل غلام دستگیر "اوریاخیل"

تجدید نظر بر فیصله های قطعی و نهائی محاکم

(۶)

گفتار دوم

فهرست:

-
- متحدالمالهای شورای عالی ستره محکمه در مورد تجدید نظر ۱۰۲
- ۱- متحدالمال شماره (۱۸۹۳/۱۹۶۰) مورخ ۵/۲۴/ ۱۳۸۷ ریاست دارالانشاء ۱۰۵
- شورای عالی ستره محکمه: ۱۰۵
- ۲- متحدالمال شماره (۲۴۶۹/ ۲۵۴۱) مورخ ۱۱/۳/ ۱۳۸۸ ریاست دارالانشاء ۱۰۶
- ۳- متحدالمال شماره (۸۶۴) مورخ ۱۵/۴/ ۱۳۸۸ ریاست دارالانشاء ۱۰۷
- ۱- متحدالمال ۱۰ ۱۰ الی ۱۰۸۲ مورخ ۲۳/۴/ ۱۳۸۸ ریاست دارالانشاء ۱۱۰
- ۲- متحدالمال شماره ۱۴۳۰ الی ۱۵۰۰ مورخ ۲۹/۱۱/ ۱۳۹۰ ۱۱۳
- ۳- متحدالمال شماره (۲۱۶۳- ۲۲۳۵) مورخ ۸/۹/ ۱۳۹۱ ۱۱۴
- ۴- متحدالمال شماره (۲۲۵۷- ۲۳۱۴) دارالانشاء ۱۱۵

متحدالمالهای شورای عالی ستره محکمه در مورد تجدید نظر

چنانچه قبلاً تذکر داده شد در قوانین مورد استناد پیرامون موضوعات تجدید نظر صرفاً بطور مختصر مانند پروسه تقدیم درخواست تجدید نظر، موارد و دلایل تجدید نظر خواهی به بحث گرفته شده است ولی در مورد مشکلات عملی خاصاً شکلیات این پروسه و ابهاماتی که درین خصوص موجود است صراحت قوانین نافذ پاسخگو نمیباشد که با در

نظر داشت کثرت قضایا مبنی بر درخواست تجدید نظر، شورای عالی ستره محکمه تصاویر و متحد المالهایی را عنداللزوم در زمینه صادر نموده که درین گفتار حتی المقدور به آن میپردازیم.

الف: میعاد تجدید نظر خواهی در روشنی متحدالمالهای شورای عالی ستره محکمه
دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه به مقصد انسجام بهتر قضایای تجدید نظر بر فیصله های قطعی محاکم پیشنهاد ذیل را به مقام شورای عالی ستره محکمه تقدیم نمود:
قبلاً مبتنی بر مصوبه (۵۸۰) مورخ ۱۳۸۵/۷/۲۷ شورای عالی میعاد تجدید نظر خواهی بر احکام قطعی صادره در مورد قضایای جزائی و مدنی مدت سه ماه تعیین گردیده بود چون فیصله های صادره ستره محکمه و رسیدگی شان در مورد قضایا بدون حضور طرفین قضیه صورت میگیرد بناء راجع به محاسبه مدتی که از کدام تاریخ صورت گیرد غور مقام منبع شورای عالی ستره محکمه را خواهانیم همچنان در قضایای تجارتی، قانون اصول محاکمات تجارتی حایز صراحت نمی باشد که آیا تجدید نظر بر قضایای مذکور صورت گیرد یا خیر؟ بنا برآن در زمینه نیز طالب هدایت می باشیم.
مقام شورای عالی ستره محکمه طی مصوبه (۶۴۸) مورخ ۱۳۸۵/۹/۷ تجویز ذیل را اتخاذ نمود:

تجدید نظر بر قضایای تجارتی مطابق احکام مندرج قانون تشکیل و صلاحیت محاکم قوه قضائیه مانع ندارد بالاثر میعاد سه ماه برای تجدید نظر همانند قضایای احوال شخصیه (فامیلی) در مورد قضایای جزائی، مدنی و تجارتی نیز معیار قرار داده شود ولی محاسبه مدت در قضایای جزائی که محکوم محبوس باشد از تاریخ ابلاغ حکم برای وی در خرنوالی ابتدائیه مربوط و در قضایای فامیلی، مدنی و تجارتی از تاریخ ابلاغ و اخبار حکم برای محکوم در اداره حقوق صورت گیرد. دیوانهای ستره محکمه مکلف اند از ابلاغ و اخبار حکم قطعی برای محکوم رسماً اطمینان حاصل نمایند. دولت از این امر مستثنی میباشد.

مراتب طور متحدالمال به مراجع ذیربط اخبار گردد. مصوبه شورای عالی ستره محکمه بدین وسیله اخبار گردید عندالموقع به ملاحظه آن اجراءات مقتضی بعمل آرند.^۱

۱ صفحه ۲۰ کتاب متحدالمالها، مصوبات و رهنمودهای ستره محکمه ج.۱.۱.

ب : مراحل محاکماتی بعد از لغو قرارها و یا فیصله های نهائی محاکم چنانچه قبلاً تذکر داده شد قوانین نافذ پیرامون موضوع تجدید نظر بطور اجمالی بحث نموده که شامل تمام ابعاد قضایای تجدید نظر نمی گردد یکی از مواردیکه برای محاکم گنگ و مبهم بود مراحل محاکمه بعد از پروسه تجدید نظر خواهی مبنی بر لغو فیصله میباشد که در زمینه متحدمال شماره (۷۲۲ الی ۷۶۵) مورخ ۱۳۸۵/۸/۲۷ و شماره (۱۱۵۳ الی ۱۱۶۲) مورخ ۱۳۸۸/۸/۲۷ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه حسب ذیل صادر گردیده است:

به اساس استهدائیه (۲۱۹۶) مورخ ۱۳۸۵/۵/۲۲ ریاست محکمه مرافعه بلخ که ضمن مکتوب (۲۲۲۷/ ۱۱۸۲) مورخ ۱۳۸۴/۶/۵ ریاست تحریرات توصل ورزیده است پیشنهاد ذیل به شورای عالی ستره محکمه تقدیم گردید:

قبلاً در مورد اینکه رسیدگی بر قضایای مدنی بعد از الغای حکم به محاکم تحتانی راجع می شود در چند مرحله رسیدگی قضائی صورت گیرد پیشنهادی به مقام محترم شورای عالی تقدیم شده بود ، بالاتر طی یادداشت (۷۰۰) مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۰ شورای عالی هدایت ذیل صادر گردیده بود:

{ قبلاً در این موضوع تصویب شورای عالی به عمل آمده مطابق آن رسیدگی موضوع یک مرحله صورت گیرد مرافعه و تمیز ندارد }

بعدهاً هیأتی موظف و پیشنهاد علیحده را در مورد سکوت قانون اصول محاکمات راجع به قضایای مدنی به شورای عالی تقدیم نمود ، بنابر آن شورای عالی مصوبه شماره (۱۶۵) مورخ ۱۳۸۴/۵/۱۰ را به نحو آتی صادر نمود:

{ پیشنهاد هیات بر پایه تفسیر از سکوت قانون اصول محاکمات مدنی صورت گرفته دقیق و وارد بوده تأیید میشود بناء محکوم علیه حق دارد از حکمی که علیه وی صادر گردیده در روشنی احکام قانون به محکمه بالائی اعتراض نماید. }

چون بعد هم راجع به موضوع وضاحت کامل داده نشده احتراماً طالب هدایت می باشیم. مقام شورای عالی ستره محکمه طی تصویب (۶۱۵) مورخ ۱۳۸۵/۸/۱۸ هدایت ذیل صادر فرمود:

{ از آنجاییکه به اثر تجدید نظر الغای حکم ستره محکمه، حکم محکمه مرافعه یا استیناف و یا حکم محکمه ابتدائیه بدین منوال صورت می گیرد:

۱ - حکم محکمه ابتدائیه در محکمه مرافعه یا استیناف نیز در دیوان مربوط ستره محکمه تأیید می گردد .

۲ - حکم محکمه ابتدائیه در محکمه مرافعه نقض و حکم مجدد صادر و این حکم از طرف دیوان مربوط ستره محکمه تأیید می گردد .

۳ - حکم محکمه مرافعه یا استیناف از طرف ستره محکمه نقض و قضیه ابتداء در ستره محکمه مطابق احکام قانون منفصل می گردد .

بالاثر بمنظور موقع دادن به اطراف دعوی جهت تامین عدالت هر گاه حکم محکمه ابتدائیه مواجه به تجدید نظر و لغو گردید محاکمه بعدی مراحل سه گانه خود را مطابق احکام قانون طی می نماید و قطعی می شود.

و اگر حکم محکمه مرافعه مورد تجدیدنظر واقع و لغو می شود محاکمه بعدی در دو مرحله مطابق احکام قانون صورت گیرد. و اگر حکم ستره محکمه مواجه به تجدید نظر می گردد و مورد الغاء قرار می گیرد محاکمه بعدی در یک مرحله صورت می گیرد. ریاست دارالانشاء موضوع را طور متحدالمال به محاکم تحت اثر اخبار نماید.^۱

ج : تجدید نظر بر فیصله های محاکم قبل از تطبیق جواز ندارد.

۱- متحدالمال شماره (۱۸۹۳/۱۹۶۰) مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۴ ریاست دارالانشاء

شورای عالی ستره محکمه:

دارالانشاء شورای عالی در برابر تقاضا کننده گان تجدید نظر بر فیصله های قطعی محاکم که پس از حصول احکام مقام محترم ستره محکمه مراجعه می نمایند. بعد از تدقیق اینکه تقاضای تجدید نظر به داخل میعاد مقرر صورت گرفته اعتراض مبنی بر تجدید نظر خواهی از متقاضیان مطالبه و بعد تهیه اعتراض در قضایای جزائی اعتراض مرتبه به مقام محترم لوی خانونالی راجع و اوراق را بعد وصول نظر لوی خانونالی به کمیسیون محترم تجدید نظر محول می نمایند در قضایای مدنی ، احوال شخصیه و تجارته بعد تهیه اعتراض اولاً اوراق قضیه از مرجع مربوط مطالبه می گردد و در ضمن مطالبه خاطر نشان می شود تا اگر

۱ صفحه ۲۹۹ کتاب متحدالمال های ۱۳۸۵-۱۳۸۸ ستره محکمه .

تطبیق حکم صورت نگرفته باشد به تطبیق آن مبادرت و بعد اوراق را ارسال نمایند و یا از روی فیصله قطعی محکوم بهای مندرج دوسیه را غرض تطبیق یادداشت نمایند ولی اکثراً واقع می شود که جانب مقابل تجدید نظر خواهان از مقام محترم ستره محکمه، کمیسیون تجدید نظر و دارالانشاء شورایعالی تقاضای تطبیق و تنفیذ فیصله قطعی که تجدید نظر به آن خواسته شده می نماید. جریان فوق غرض اتخاذ تجویز در زمینه به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه تقدیم گردید که قرار مصوبه (۳۳۰) مورخ ۱۰/۵/۱۳۸۷ هدایت ذیل صادر فرمودند:

از آنجا که مطابق فقره دوم ماده (۱۲۹) قانون اساسی فیصله های قطعی محاکم به استثنای حکم قصاص و اعدام که آنهم مشروط به منظوری رئیس جمهور بوده واجب التعمیل می باشد بالاثرتجدید نظر خواهی به هیچ صورت مانع تعمیم تنفیذ و تطبیق فیصله های قطعی محکمه شده نمی تواند دارالانشاء شورای عالی با رعایت تعدیل ماده (۷۸) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه^۱ حکم مقام ستره محکمه را در برابر درخواست تجدید نظر مربوط ثبت نمایند بعد از آن دارالانشاء شورای عالی با اخذ اطمینان از تطبیق و تعمیم حکم سایر اجراءات در مورد، تجدید نظر را اعمال نماید.

کمیسیون تجدید نظر ستره محکمه بدون تطبیق حکم قطعی بر موضوعات تجدید نظر رسیدگی نفرمایند.

با تذکر مراتب فوق مصوبه شماره فوق مقام عالی بدین وسیله به محاکم استیناف وزارت عدلیه وزارت امور داخله و اداره لوی خرنوالی و سایر مراجع ذیربط غرض اجراءات مقتضی قانونی متحدالمالاً اخبار شد تا آنرا به محاکم مربوط و واحد های اداری شان در ولایات و ولسوالی ها تعمیم نموده و دارالانشاء شورای عالی را در جریان قرار دهند.^۲

۲- متحدالمال شماره (۲۴۶۹/ ۲۵۴۱) مورخ ۱۱/۳/۱۳۸۸ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه در رابطه به عدم جواز انتقال ملکیت الی ختم پروسه تجدید نظر حسب ذیل صراحت دارد:

۱ طبق قانون قبلی، اکنون همین موضوع در ماده (۳۷) قانون مذکور صراحت دارد.

۲ صفحه ۵۶۰ کتاب متحدالمالهای ۱۳۸۵ - ۱۳۸۸ ستره محکمه .

از آنجا که حکم قطعی محاکم مطابق حکم قانون واجب التعمیل بوده تطبیق می گردد ولی یک سلسله مشکلات عملی ناشی از تطبیق حکم قطعی مربوط به قضایای مدنی و حقوق عامه که از جانب محکوم علیهم در مورد آنها تقاضای تجدید نظر به عمل آمده عرض وجود کرده و ریاست محترم انستیتوت امور قانون گذاری و تحقیقات علمی حقوق وزارت محترم عدلیه پیشنهاد مبنی بر رفع مشکل مطرح و ریاست محترم تدقیق و مطالعات نیز در زمینه ابراز نظر به عمل آوردند . حینیکه کلیه سوابق مربوط به موضوع به مقام محترم شورای عالی تقدیم گردید قرار مصوبه (۸۵۹) مورخ ۱۵/۱۰/۱۳۸۸ هدایت ذیل صادر گردید :

(از آنجا که تجدید نظر خواهی با استناد دلایل قانونی جدید بر فیصله های قطعی محاکم به عنوان آخرین وسیله جهت رسیدن به تامین عدالت قضایی پیشینی گردیده وهم حکم قطعی محکمه حسب هدایت ماده (۱۲۹) قانون اساسی در قضایای مدنی واجب التعمیل بوده بنا برآن با تاکید به مصوبه شماره (۱۵۳) مورخ ۲۲/۲/۱۳۸۸ شورای عالی در مورد عدم انتقال حویلی و آپارتمان محکوم بها الی ختم پروسه تجدید نظر و به قصد جلوگیری از مشکلات آتی احتمالی تجویز گردید تا فیصله های قطعی محاکم بر محکوم تطبیق و محکوم بها شامل اموال غیر منقول برای محکوم له تسلیم شود. ولی ریاست حقوق از محکوم له تضمین اخذ نماید الی پروسه تجدید نظر خواهی در حالیکه محکوم بها در حیات وی بوده از تصرفات مبنی بر تخریب یا انتقال ملکیت احتراز و خود داری نماید و همچنان به محکمه یا اداره ثبت اسناد و وثایق که محکوم بها در حوزه قضایی آن قرار دارد اخبار گردد که از انتقال ملکیت محکوم بها جلوگیری نمایند متن مصوبه به جمیع محاکم و مراجع مربوط متحدالاملاً اخبار گردد)^۱

۳- متحدالمال شماره (۸۶۴) مورخ ۱۵/۴/۱۳۸۸ ریاست دارالانشاء

شورایعالی ستره محکمه

از اینکه مطالبه تجدید نظر در قضایای جزائی مانند قضایای مدنی و تجارتي بعد از تطبیق حکم صورت میگیرد ، مصوبه (۳۰۸) حسب ذیل صادر شد:

۱ صفحه ۲۳۳ کتاب متحدالمالهای ۱۳۸۹-۱۳۹۳ .

(از آنجائیکه مطابق ماده ۱۲۹ قانون اساسی تطبیق حکم قطعی محاکم امر لازمی دانسته شده ، بنا بر آن تجدید نظر خواهی در قضایای جزائی مانند قضایای مدنی ، حقوق عامه ، احوال شخصیه و تجارتی نیز بعد از تطبیق حکم قطعی در دارالانشاء شورای عالی ، کمیسیون مربوط و شورای عالی تحت رسیدگی قرار گیرد و بدون تطبیق حکم به درخواست تجدید نظر ترتیب اثر داده نشود.)

مصوبه فوق به این وسیله طور متحدالمال اخبار گردید تا محاکم در موارد مربوط بر طبق آن اجراءات بعمل آرند.^۱

۴- متحدالمال شماره ۱۴۷۵ الی ۱۵۴۷ مورخ ۱۳۸۹/۴/۲۸ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه مبنی بر اینکه تجدید نظر مانع تطبیق فیصله نیست مگر محکوم له الی ختم تجدید نظر آنرا انتقال کرده نمیتواند حسب ذیل صادر گردیده است:

(چنانچه محاکم محترم در جریان اند درخواست متقاضیان تجدید نظر بر فیصله های قطعی محاکم که به داخل میعاد معینه توصل می ورزد اجراءات مقدماتی در مورد آنها زمانی آغاز می یابد که مراجع مربوط از تطبیق همچو فیصله ها رسماً به دارالانشاء شورای عالی اطمینان بدهند. ولی اکثر متقاضیان تجدید نظر تطبیق فیصله ها را مبنی بر تصرف محکوم بها توسط محکوم له با ارائه دلایل موجب ضیاع حقوق شان در قبال تجدید نظر خواهی دانسته خواهان وضع محدودیتهای درزمینه الی معلوم شدن نتیجه تجدید نظر خواهی شده اند.

چنینکه موضوع حسب هدایت مقام محترم ستره محکمه به مقام شورای عالی ستره محکمه پیشنهاد گردید در زمینه قرار مصوبه شماره (۴۰۰) مورخ ۱۳۸۹/۴/۱۵ هدایت ذیل صادر فرمودند.

(با تاکید بر مصوبات شورای عالی مبنی بر تطبیق فیصله های قطعی بر محکوم علیه که به همه حال قابل تطبیق است تا محکوم بها به محکوم له تسلیم گردد ولی در صورت تجدید نظر خواهی محکوم علیه ، محکوم له در محکوم بهای غیر منقول تصرفات مبنی بر بیع قطعی ، بیع جایزی ، تعمیر ، تغییر و تخریب را الی زمان نتیجه تجدید نظر خواهی اعمال

۱ صفحه ۶۷۵ کتاب متحدالمالهای ۱۳۸۵-۱۳۸۸ ستره محکمه .

کرده نمی تواند ادارات حقوق وزارت عدلیه از محکوم له در همچو موارد استحضاری اخذ و مقام ستره محکمه را در جریان قرار دهند.

موضوع به جمیع محاکم و مراجع ذیربط متحدالماً اخبار گردد.

هدایت مندرج مصوبه مقام عالی بدینوسیله به محاکم محترم استیناف و مراجع ذیربط اخبار شد تا مطابق آن عمل نموده و هم متن مصوبه را به محاکم مربوط و نمایندگی های خویش در ولایات و لسوالی ها تعمیم نمایند.^۱

با در نظر داشت اینکه تصویب فوق الذکر در مخالفت به ماده (۱۲۹) قانون اساسی که فیصله های محاکم را مطلقاً واجب التنفیذ میدانند، قرار دارد طی مصوبه (۶۸۴) مورخ ۱۳۹۴/۵/۲۵ لغو گردید و به جمیع محاکم متحدالماً تعمیم شد. لغو تصویب فوق فواید و نقصاناتی را در قبال دارد که ذیلاً به آن میپردازیم:

فواید:

۱- جلوگیری از نقض ماده (۱۲۹) قانون اساسی.

۲- دسترسی محکوم له بحقوق حقه اش بعد از فیصله ثلاثه.

۳- اطمینان مردم به دستگاه قضاء.

نقیصه:

عدم حفظ اموال :

در صورتیکه بلاثر تجدید نظر خواهی فیصله های محاکم لغو گردد و در رسیدگی مجدد قضیه فیصله به نفع محکوم علیه اولی صادر گردد چنانچه مدعی بها اگر یک در بند حویلی فرض کرده شود و قبل از نتیجه تجدید نظر حکم تطبیق گردد و محکوم له حویلی مذکور را بفروش برساند و از اثر تجدید نظر خواهی فیصله های محاکم لغو و نتیجه رسیدگی مجدد برعکس واقع گردد درین صورت تطبیق ماده (۱۲۹) قانون اساسی چگونه متحقق خواهد شد؟

بناءً بهتر خواهد بود تا تطبیق فیصله های قطعی محاکم در قضایای حقوقی الی معلوم شدن نتیجه تجدید نظر طبق شرایط تصویب (۴۰۰) مورخ ۱۳۸۹/۴/۱۵ شورایی معطل قرار داده شود و این موضوع مانند قضایای که محاکم به قلع و قمع آن حکم مینمایند معطلی

۱ مصوبه ۴۰۰ بلاثر مصوبه ۶۸۴ مورخ ۱۳۹۴/۵/۲۵ لغو گردیده است.

تطبیق حکم به طور استثناء در پروسه تجدید نظر خواهی پذیرفته شود چون هدف از تجدید نظر خواهی رسیدن حق به حقدار است و در صورتیکه رسیدن به حق قبل از نتیجه تجدیدنظر متعذر گردد چگونه به نتیجه مطلوب دست خواهیم یافت.

د : وضعیت مدعی بهای غیر منقول بعد از لغو فیصله

۱- متحدالمال ۱۰ ۱۰ الی ۱۰۸۲ مورخ ۱۳۸۸/۴/۲۳ ریاست دارالانشاء

متحدالمال شورای عالی ستره محکمه در مورد مدعا بهای غیر منقول در صورت تجدید نظر و لغو فیصله قطعی که به تصرف افغانستان بانک قرار گیرد حسب ذیل به محاکم تعمیم گردید:

محکمه استیناف ولایت کابل مراتب ذیل را طالب هدایت شده اند:

{ در مورد دعوی یک در بند حویلی ۳۷۷ واقع سرک دهم وزیر اکبر خان مینه که تحت دعوی (الف) وکیل شرعی (م) و (ب) بعد از لغو فیصله ۷/۶ مورخ ۱۳۸۳/۱/۱۱ محکمه خاص ملکیت ها و قرار قضائی شماره ۱۷ مورخ ۱۳۸۳/۶/۲ محکمه نهائی طی قرار قضائی شماره ۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۷/۲۳ شورای عالی ستره محکمه غرض فیصله مجدد و تصمیم گیری در مورد حیزات مدعی بها محول این محکمه گردیده، قرار ملاحظه اوراق دوسیه، (الف) با صلاحیت وکالتی که داشت بالای (ب) دعوی غصب حویلی مدعی بها را نموده و محکمه خاص مرکزی ملکیتها طی فیصله ۷/۶ مورخ ۱۳۸۳/۱/۱۱ شان بر علیه مدعی و الزام (ب) مدعی علیه اصدار حکم نموده محکمه فوقانی فیصله نمبر فوق را تائید و اخیراً فیصله و قرار تائیدی آن لغو شده، (ب) مدعی علیه کتباً و شفاهاً اظهار داشته که مدعی بها در جریان دعوی (بعد از اقامه دعوی و اقامه شاهدان ذوالیدی از طرف مدعی) و قبل از حکم محکمه به اثر نفوذ مدعی از تصرف خارج شده که بعداً حکم هیأت قضایی نیز به رد مدعی بها بر علیه مذکور صادر شده (ب) مدعی علیه مذکور طی عرایض متعدد طبق مصوبات ۶۳۱ مورخ ۱۳۸۶/۸/۱ و ۷۵۶ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲ و ۵۳۵ مورخ ۱۳۸۷/۸/۲۱ شورای عالی مقام ستره محکمه خواهان استرداد ذوالیدی مدعی بها گردیده حتی که به اثر احکام مراجع ذیصلاح در رابطه به استرداد مدعی بها هیئت توظیف شده قبل از مدعی بها بعد از لغو فیصله برای (ب) مدعی علیه محکوم سپرده شود (الف) مدعی بالوکاله طی عریضه مطبوع ۱۵۱۲۸۷ شان

به مقام عالی ستره محکمه عارض و خواهان فیصله مجدد گردیده که در رابطه به فیصله مجدد بعد از تفریق ذوالید از خارج اجراءات لازمه صورت خواهد گرفت در رابطه به موضوع استهداء عرض می شود که مراتب مصوبات نمرات فوق الذکر سپردن مدعی بها به ذوالید اولی بعد از لغو فیصله در نتیجه تجدید نظر را هدایت داده اند و ماده ۸۴۶ قانون مدنی در رابطه چنین حکم فرماست:

۱ - حق نگهداشت شی با از بین رفتن حیات آن از بین می رود .

۲ - اگر شی از حیات شخصی به صورت خفیه و یا باوجود اعتراض وی خارج ساخته شود میتواند اعاده حیات آنرا مطالبه نماید مشروط به اینکه در خواست اعاده در خلال یک ماه از تاریخ علم شخص به اخراج شی و قبل از مرور یکسال از تاریخ مذکور بعمل آمده باشد.

ماده ۲۲۶۸ قانون مدنی در این مورد چنین هدایت میدهد . هر گاه شخص حیات عقار را از دست بدهد می تواند در خلال یک سال بعد از فقدان حیات رد آنرا مطالبه نماید در صورتیکه فقدان حیات طور خفیه به عمل آمده باشد شروع سال از تاریخ کشف حیات شروع می شود از طرف دیگر مصوبات متذکره طوری است که هر گاه محکوم له به اساس فیصله محاکم ملکیت را تسلیم می شود و بعداً فیصله محاکم در تجدید نظر لغو می شود نسبت اینکه اثر فیصله ها از بین رفته است باید ملکیت به ذوالید اولی که محکوم علیه است اعاده شود نظر به سوابق موضوع و اوراق موجود دوسیه (الف) مذکور قبل از حکم و فیصله محکمه ابتدائیه و قبل از قطعی شدن ملکیت را در سال ۱۳۸۳ تصرف نموده و در ذوالید خود در آورده است در حالیکه موضوع به تاریخ ۱۳۸۱/۱۲/۶ درج صورت حال شده و به تاریخ ۱۳۸۳/۱/۱۱ طی فیصله ۷/۶ محکمه خاص مرکز ملکیت ها حکم برد مدعی بها برای موکله (الف) مذکور صورت گرفته با ذکر مطالب فوق در حصه توفیق و یا اختلاف فی مابین تصاویر فوق الذکر شورای عالی مقام ستره محکمه و هدایات مواد فوق الذکر قانون مدنی و نحوه عملکرد درقبال موضوع به استناد کدام یک از مواد قانون و یا مصوبه طالب هدایت می باشیم .)

مطالب مورد استهداء پس از ابراز نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات به مقام محترم شورای عالی تقدیم گردیده و قرار مصوبه ۳۱۶ مورخ ۱۳۸۸/۴/۹ هدیایات ذیل صادر یافت:

(در صورتیکه فیصله دعوی طرفین قطعی و فیصله مذکور با اثر تقاضای محکوم علیه مورد تجدید نظر قرار گرفته و لغو گردد بالاثر موضوع جهت انفصال مجدد بین طرفین یا ممثل قانونی شان به محکمه مربوط راجع می شود و در این حالت ملکیت غیر منقول (مدعی بها) در تصرف د افغانستان بانک و تحت قیمومیت محکمه مربوط قرار گیرد بانک عواید حاصله از عقار را به حساب محکمه تحویل نماید و در زمینه دعوی مسیر عادی خود را مطابق به احکام قانون طی نماید و در مورد استهداء ۵۵۴ مورخ ۱۳۸۸/۱/۱۸ محکمه استیناف ولایت کابل قرار فوق و در سایر موارد مشابه نیز عین اجراءات صورت گیرد . موضوع طور متحدالمال به جمیع محاکم اخبار گردد)^۱

هه: متحد المالهای متفرقه در مورد تجدید نظر

درین بخش متحد المالهای مختلف که پیرامون پروسه تجدید نظر خواهی صادر گردیده یکجا سازی شده است.

۱- متحدالمال شماره ۱۰۵۰ الی ۱۱۱۰ مورخ ۱۳۸۷/۴/۱ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه در رابطه به اینکه تقاضای تجدید نظر محکومین به اعدام و صغار تابع میعاد نیست، حسب ذیل صراحت دارد.

دارالانشاء شورای عالی بمنظور صیانت از حقوق عامه و صغار پیشنهاد ذیل را به اجلاس شورای عالی ستره محکمه تقدیم نمود.

قبلا حسب مصوبه شماره (۶۴۸) مورخ ۱۳۸۵/۹/۷ شورای عالی ستره محکمه برای تجدید نظر خواهی محکومین قضایای جزائی، مدنی، احوال شخصیه و تجارتی مدت سه ماه تعیین گردیده بود و در مورد قضایای حقوق عامه هدایت داده شد که تجدید نظر خواهی در قضایای حقوق عامه تابع میعاد نمی باشد.

حال احتراماً تقاضا بعمل می آید تا در قضایای جزائی راجع به محکومین اعدام و در قضایای مدنی و تجارتی راجع به صغار هدایت لازم صادر نمایند.

۱ صفحه ۶۷۸ کتاب متحدالمالهای ۱۳۸۵-۱۳۸۸ ستره محکمه .

شورای عالی ستره محکمه در جلسه مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۱ به موجب مصوبه شماره (۲۲۱) هدایت ذیل را صادر فرمود:

(در قضایای جزائی تجدید نظر خواهی محکومین به اعدام و نیز در قضایای مدنی و تجارتی که حقوق صغار مطرح و فیصله به ضرر آن صادر شده باشد تابع میعاد نیست . به تقاضای تجدید نظر خواهی در زمینه ترتیب اثر داده شود.^۱)

۲- متحدالمال شماره ۱۴۳۰ الی ۱۵۰۰ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۹

شورای عالی ستره محکمه در صورتیکه احکام محاکم به درخواست بعضی از شاملین قضیه مبنی بر تجدید نظر لغو گردد رسیدگی مجدد شامل تمام مشمولین قضیه می باشد، حسب ذیل صراحت دارد:

در یکعده از قضایای مدنی و جزائی که تعداد از محکومین علیهم در آن شامل اند یک یا دو نفر از آنان تقاضای تجدید نظر خواهی علیه احکام قطعی محاکم به پیشگاه محترم ستره محکمه را می نمایند که پس از تکمیل پروسه اداری آن بعد از ابراز نظر کمیسیون های محترم تجدید نظر مورد غور و مذاقه مقام محترم شورای عالی قرار گرفته و تصمیم مقتضی مبنی بر تقاضا و در صورت موجودیت دلایل جدید به لغو حکم قطعی صادر می گردد و در حال لغو فیصله مسلماً رسیدگی مجدد همچو قضایا در محاکم ذیصلاح مطرح می شود که به همین ارتباط دیوان محترم جرایم علیه منیت داخلی و خارجی ستره محکمه با در نظر داشت این که درخواست تجدید نظر صرف از جانب دو نفر محکومین مطرح گردیده و نفر سومی متقاضی تجدید نظر نشده آیا دیوان در رسیدگی مجدد موضوع صرفاً تقاضای تجدید نظر خواهان را مورد ملاحظه و رسیدگی قرار دهد و یا در حل و فصل بعدی، کلیه محکومین شامل را در نظر گیرد استهداء بعمل آورده اند.

جریان فوق به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه با تفصیل گزارش داده شد در نتیجه قرار مصوبه شماره (۱۶۱۲) مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲ هدایت ذیل صدور یافت:

{ بمنظور ایجاد یک رویه واحد در قبال آنعده از فیصله های که به اثر تجدید نظر خواهی برخی از شاملین آن از جانب شورای عالی به دلیل ظهور دلایل جدید مورد لغو قرار می گیرد در حالیکه عده دیگر از مشمولین این فیصله ها تقاضای تجدید نظر را مطرح نکرده

۱ صفحه ۵۳۳ کتاب متحدالمالهای ستره محکمه .

اند تصویب نمود که محاکم حین رسیدگی مجدد طبق قانون مکلف به رعایت و تأمین منفعت تمامی شاملین اینگونه فیصله ها می باشند.

موضوع به دیوانهای محترم ستره محکمه و محاکم استیناف ولایات متحدالمالاً اخبار گردد {

مراتب مصوبه مقام عالی بدینوسیله به دیوانهای ستره محکمه و محاکم استیناف ولایات به مقصد توحید مرافق قضائی اخبار شد البته موضوع را جهت تعمیم به محاکم مربوط خویش تعمیم میدارند.^۱

۳- متحدالمال شماره (۲۱۶۳-۲۲۳۵) مورخ ۱۳۹۱/۹/۸

دارالانشاء شورای عالی

در رابطه به اینکه هر گاه تجدید نظر خواه در مدت یکسال حاضر نگردد، تقاضای تجدید نظر وی رد شده محسوب و دوسیه به مرجعش مسترد گردد، حسب ذیل صراحت گردد: قبلاً یکعده دوسیه های که بالاثرتجدید نظرخواهی معترضین بر فیصله های قطعی محاکم پس از ابراز نظر کمیسیون های محترم تجدید نظر توصل می ورزید، تجدید نظر خواهان با وجود جلب های مکرر طی یک سال به دارالانشاء حاضر نشده و این امر موجب تراکم بی لزوم قضایا می شد، جریان قبلاً به مقام محترم پیشنهاد و طی یا داشت (۵۱) مورخ ۱۳۸۸/۲/۱۲ هدایت ذیل صادر گردیده بود:

{ از آنجا که موضوعات تجدید نظر در حال عدم حضور طرفین مورد غور شورای عالی قرار گرفته نمی تواند بناء دوسیه های که پس از ابراز نظر کمیسیون بنا بر عدم حضور تجدید نظر خواه که بعد حضور وی به جلب طرف دیگر اقدام میگردد و زیاده از یک سال به آن سپری گردیده به مراجع مربوط آن مسترد گردد {

هدایت فوق تعمیم و بالاثرت معترضان در همچو قضایا باری به ستره محکمه عارض و با ارائه معاذیری خواهان اعاده مجدد دوسیه های شان جهت غور بر تقاضای تجدید نظر گردیده اند و اوراق مربوط آنها از مراجع مربوط مطالبه و در جریان بررسی قرار داده شده اند و با وجود تطبیق دقیق هدایت قبلی مقام محترم باز هم عدم حضور تجدید نظر خواهان

۱ صفحه ۴۱۳ کتاب متحدالمالهای ۱۳۸۹-۱۳۹۳ ستره محکمه .

پس از ابراز نظر کمیسیون های محترم موجب طوالت رسیدگی بر قضایا و تراکم قضایا در دارالانشاء شورای عالی شده است .

حینیکه جریان به مقام محترم شورای عالی تقدیم گردید قرار مصوبه (۱۰۰۷) مورخ ۱۳۹۱/۸/۹ هدایت ذیل صادر گردید:

{ از آنجاییکه رسیدگی به موضوعات تجدید نظر بر فیصله های قطعی محاکم در حال حضور طرفین صورت می گیرد بناء دوسیه های که پس از ابراز نظر کمیسیون بنا بر عدم حضور تجدید نظر خواه که بعد از حضور وی به جلب طرف دیگر اقدام می گردد و عدم حضور تجدید نظر خواه طی مدت یکسال تراکم و تعطیل رسیدگی قضایا را سبب می گردد تجویز شد هر گاه تجدید نظر خواه در مدت معینه فوق حاضر نگردد ، تقاضای تجدید نظر وی رد شده محسوب و دوسیه به مرجعش مسترد گردد}

متن مصوبه اخیرالذکر مقام شورای عالی به تمام محاکم اخبار شد.^۱

۴- متحدالمال شماره (۲۲۵۷ - ۲۳۱۴) دارالانشاء

شورای عالی ستره محکمه

در رابطه به اینکه وکیلی که با مر تجدید نظر حکم قطعی از طرف مؤکل مؤظف نشده باشد فاقد صلاحیت مطالبه تجدید نظر میباشد، حسب ذیل صراحت دارد:

دارالانشاء شورای عالی پیشنهادی را به متن ذیل به جلسه شورای عالی ستره محکمه تقدیم داشته است: تجربه کار انجام شده نشان میدهد که یکعده متقاضیان تجدید نظر بر فیصله های قطعی محاکم به سبب ظهور دلایل جدید با استفاده از وکالت خط های که در جریان دعوی در محاکم ثلاثه از طرف موکلین خویش ذیصلاح بوده اند تقاضای تجدید نظر کرده اند . چون تجدید نظر پروسه علیحده قضائی و مرحله مجزا از محاکم ثلاثه میباشد که مطابق فقره (۳) ماده ۲۴ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم^۲ اعمال میگردد و شورای عالی ستره محکمه به آن رسیدگی می نماید بالاثر در مورد کسانیکه توسط وکلای خویش به امر تجدید نظر مبادرت می نمایند طالب هدایت می باشیم .

۱ صفحه ۴۹۸ کتاب متحدالمالهای ۱۳۸۹-۱۳۹۳ .

۲ فقره ۳ ماده ۲۴ به فقره ۱ ماده ۳۱ قانون جدید تعویض گردیده است .

تصویب شماره (۷۴۵) مورخ ۱۹ / ۱۱ / ۱۳۸۵ شورای عالی ستره محکمه به متن ذیل صدور یافته است :

((از آنجا که تجدید نظر مرحله دیگر از رسیدگی قضایی بر فیصله های قطعی محاکم بالاتر ظهور دلایل جدید بوده و وفق فقر ۳ ماده ۲۴ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم جمهوری اسلامی افغانستان از طرف شورای عالی تحت غور قرار داده می شود ، بنا برآن در صورتیکه محکوم علیه شخصاً به تجدید نظر خواهی مبادرت ننماید لازم است در مورد تفویض صلاحیت تجدید نظر خواهی به وکیل خود در متن و کالت خط تصریح نماید در غیر آن وکیلی که صرف در محاکم ثلاثه از طرف موکل به پیشبرد دعوی موظف گردیده به امر تجدید نظر خواهی مبادرت کرده نمی تواند .

متن تصویب جهت آگاهی به جمیع محاکم طور متحدالمال اخبار و در جریده میزان نشر گردد .

متن مصوبه شورای عالی ستره محکمه بدین وسیله متحدالمالاً اخبار شد. البته با در نظر داشت آن اجراء مقتضی به عمل می آرند.^۱

ضمان استحقاق در عقود معینه وفقه اسلامی

(۲)

فهرست:

فصل دوم: ضمان استحقاق:	۱۱۸
مبحث اول: احکام ضمان استحقاق:	۱۱۸
گفتار اول: مسئولیت کلی و جزئی بایع:	۱۱۸
گفتار دوم: مسئولیت مشتری در مورد دعوی استحقاق	۱۲۰
بند دوم: موافقه خاص (استثنای بر اصل- استثناء اول)	۱۲۰
بند دوم: ضمان در مورد حقوق ارتفاق: (استثناء دوم)	۱۲۱
بند سوم: استحقاق ناشی از فعل بایع و یا فعل غیر (استثناء سوم)	۱۲۱
بند چهارم: استحقاق به اثر اقرار یا نکول مشتری	۱۲۲
الف: اطلاع به بایع و ابلاغ به مداخله در دعوی:	۱۲۲
ب: عدم اطلاع به بایع:	۱۲۳
مبحث دوم: علم و عدم علم بایع به استحقاق و اثرات آن	۱۲۴
گفتار اول: علم بایع به استحقاق هنگام عقد	۱۲۴
گفتار دوم: علم بایع به استحقاق هنگام عقد	۱۲۴
مبحث سوم: حق فسخ مشتری	۱۲۵
گفتار اول: حق فسخ در صورت استحقاق بعض یا کل میبع	۱۲۵

گفتار دوم: موافقه مستحق و مشتری بعد از اثبات دعوی اسحقاق و اثرات این موافقه.....	۱۲۶
مبحث چهارم: ضمان استحقاق در سایر عقود معینه.....	۱۲۶
گفتار اول: استحقاق در عقد صلح.....	۱۲۶
گفتار دوم: استحقاق در عقد عاریت.....	۱۲۷
گفتار سوم: استحقاق در عقد رهن.....	۱۲۸
بند دوم: ضمان استحقاق در رهن بر اساس فقه اسلامی.....	۱۲۸
گفتار چهارم: ضمان استحقاق در عقد مقایضه.....	۱۲۹
گفتار پنجم: ضمان استحقاق در عقد شفع.....	۱۳۰
گفتار ششم: استحقاق در عقد هبه.....	۱۳۰
فصل سوم: ضمان استحقاق در فقه.....	۱۳۱
مبحث اول: خیار استحقاق.....	۱۳۱
مبحث دوم: اثبات استحقاق.....	۱۳۲
مبحث سوم: حکم و اثر استحقاق در تعدادی از عقود.....	۱۳۳
نتیجه گیری.....	۱۳۵
منابع و مواخذ.....	۱۳۶

فصل دوم: ضمان اسحقاق:

در این فصل به بیان احکام، حالت های مختلف، تشدید و یا تخفیف مسئولیت بایع و ضمان استحقاق در عقود خواهم پرداخت.

مبحث اول: احکام ضمان استحقاق:

در این مبحث مسئولیت های بایع و مشتری حین استحقاق مبیعه مورد بررسی قرار خواهد گرفت و نیز به موضوع علم بایع به استحقاق هنگام بیع و اثرات آن پرداخته خواهد شد.

گفتار اول: مسئولیت کلی و جزئی بایع:

ماده (۱۰۸۸) قانون مدنی چنین تصریح نموده: «بایع از عدم تعرض بر انتفاع مشتری از مبیعه به صورت کلی و جزئی ضامن شناخته می شود خواه تعرض ناشی از عمل خود بایع باشد یا شخص ثالثی که هنگام عقد بر مبیعه چنین حقی داشته باشد که به آن علیه مشتری احتجاج نموده بتواند یا حق مذکور را بعد از عقد طوری ثابت نماید که از طرف بایع به او

داده شده.» بنا به این ماده بایع از تعرض بر انتفاع و استفاده مشتری ضامن است و این ضمانت لازمه عقد بیع صحیح است و هیچ فرقی ندارد که این تعرض کلی باشد یا جزئی؛ به عنوان مثال، عدم تعرض کلی یعنی این که مشتری به اساس عقد بیع صحیح یک قطعه زمین را خریداری می‌کند و بعد از عقد بیع کسی پیدا می‌شود و با استناد حق ثابت و با ارائه اسناد، کل مبیعه را به استحقاق می‌برد. و عدم تعرض جزئی مثلاً مشتری در عقد بیع زمینی را خالصاً از حق غیر خریداری نموده ولی بعداً کسی به استناد اسباب صحیح حق مرور بالای زمین فروخته شده ادعا می‌کند که در این صورت بر کل مبیعه و مالکیت آن ادعا نبوده اما تعرض جزئی است و یا اینکه در خصوص قسمتی از مدعی بها دعوی دائر و به استحقاق برود. در هر دو صورت فوق، این تعرض خواه ناشی از فعل خود بایع باشد مثلاً اینکه بعد از فروختن مبیعه به مشتری بعداً معلوم می‌شود که قبلاً خودش طی عقد بیع به دیگری فروخته است و یا اینکه مثلاً شخص ثالث هنگام عقد بیع چنین حقی بر مبیعه داشته باشد مثلاً بایع زمین غیر را فروخته باشد. و یا این که شخص ثالث بعد از عقد این حق را طوری ثابت نماید که چنین حقی از جانب بایع به او داده شده است. البته در مورد اخیر الذکر ملاحظه‌ی وجود دارد به این نحو که، اگر بعد از عقد از جانب بایع حقی برای ثالث بر مبیعه داده شده باشد که مسئله عقد فضولی به میان می‌آید و چنین موردی از آن طریق قابل تعقیب است و یا بر فرضی که مبیعه منقول باشد، قانون از حایز دارای حسن نیت حمایت نموده و اصلاً مسئله استحقاق مطرح نمی‌شود. ماده (۲۲۸۸) قانون مدنی افغانستان چنین تصریح نموده: «۱- شخصیکه مال منقول یا حق عینی را بر مال منقول یا سندیکه بنام حامل آن اعتبار داشته باشد به استناد اسباب صحیح توأم با حسن نیت حایز شود، مالک آن شناخته می‌شود. ۲- سبب صحیح به سندی اطلاق می‌شود که از طرف غیر مالک یا غیر صاحب حق، صادر شده باشد.» با توجه به این ماده اگر مستحق دعوی استحقاق مال منقول را بالای مشتری به استناد عقد بیع نماید بر این مبنی که مبیعه را از بایع خریداری نموده بناء چنین دعوی به سبب حمایت قانون از حایز دارای حسن نیت و به جهت ثبات قراردادها شنیده نمی‌شود و لذا از آدرس نهاد ضمان استحقاق مطرح شده نمی‌تواند.

ماده (۳۹۱) ق-مدنی ایران چنین تصریح نموده: «در صورت مستحق للغير بر آمدن کل یا بعضی از مبیع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به فساد باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز بر آید» سید علی حائری شاه باغ در شرح این ماده چنین تصریح نموده «علت آن که باید در صورت فساد بیع ثمن را به مشتری مسترد دارد در شرح ماده سابق ذکر شد و در حکم رد وجه و ثمن معامله فرقی ندارد بین آن که مشتری عالم به فساد بیع باشد یا جاهل، زیرا در هر دو صورت مجالی به او داده نشد تا حق استرداد نباشد، اگر جاهل به فساد معامله بوده فروشنده باید بر حسب قاعده (المغرور یرجع الی من غر) از عهده خسارت به او بر آید و اگر عالم بوده حق رجوع نخواهد داشت زیرا خود اقدام به ضرر خویش نموده و رجوع به بایع بی وجه است.^۱

گفتار دوم: مسئولیت مشتری در مورد دعوی استحقاق

بند اول: شرط عدم ضمانت بایع: ماده (۱۰۹۰) قانون مدنی افغانستان چنین تصریح نموده: «شرط گذاشتن عدم ضمانت بایع در صورت استحقاق مبیعه جواز نداشته، گذاشتن چنین شرط موجب فساد بیع می گردد» بنا به این ماده بایع در هنگام عقد بیع نمیتواند چنین شرطی بگذارد که از استحقاق ضامن نیست؛ مثلاً بگوید این شی را برایت فروختم و اگر کسی بالای آن دعوی نماید من مسئولیت ندارم، گذاشتن چنین شرطی موجب فساد بیع می گردد، و ماده (۶۲۱) قانون مدنی چنین تصریح نموده: «عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمی کند، مگر اینکه قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد.» بناء در این صورت به نظر می رسد که اگر قبض مالی که به استحقاق رفته به رضای مالک صورت گرفته باشد بناء فساد بیع از بین رفته و عقد بین بایع و مشتری با وجود گذاشتن شرط عدم ضمانت، صحیح پنداشته می شود.

بند دوم: موافقه خاص (استثنای بر اصل-استثناء اول)

فقره (۱) ماده (۱۰۹۵) قانون مدنی چنین تصریح نموده: «متعاقدین می توانند به اساس موافقه خاص ضمان استحقاق را زیاد یا کم سازند و یا آن را ساقط نمایند» نکته درخور

۱ حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی- جلد اول- چاپ دوم-۱۳۸۲- کتابخانه گنج

توجه این است که در ضمن عقد بیع گذاشتن شرط عدم ضمانت، باعث فساد بیع می‌گردد چنانچه در توضیح ماده (۱۰۹۰) قانون مدنی به تفصیل به آن پرداخته شد، اما طبق ماده فوق، اگر طرفین در ضمن عقد بیع، به اساس یک موافقه جداگانه عدم ضمانت را شرط گذارند، درست است و به نظر می‌رسد که قانون‌گذار به اصل حاکمیت اراده طرفین و آزادی قراردادی حرمت قائل شده و طبق یک اصل دیگر (العقد شریعه المتعاقدين) این درست است که طرفین بر اساس موافقه عدم ضمانت را شرط گذارند. اما این موضوع چنانچه در ماده ۱۰۹۶ تذکر رفته، در صورتی مطرح است که استحقاق از فعل خود بایع نشأت نکرده باشد، اگر از فعل خود بایع نشأت کرده باشد با وجود موافقه بر عدم ضمانت؛ بازهم ضمان استحقاق به بایع راجع است.

بند دوم: ضمان در مورد حقوق ارتفاق: (استثناء دوم)

فقره (۲) ماده (۱۰۹۵) قانون مدنی چنین تصریح داشته: «اگر حق ارتفاق واضح بوده و یا بایع آنرا به مشتری ظاهر ساخته باشد، شرط عدم ضمان، خود بخود بوجود می‌آید» مثلاً شخصی زمینی را خریداری و هنگام دیدن میبعه راه آن معلوم است و از همان طریق رفت و آمد می‌شود و یا مثلاً آبرو و یا راه سیل برآمد را مشخص سازد؛ در این صورت، شرط عدم ضمان خود به خود به وجود می‌آید و این مسئله نیاز به موافقه خاص نداشته و همچنان موجب فساد بیع نیز نمی‌گردد.

بند سوم: استحقاق ناشی از فعل بایع و یا فعل غیر (استثناء سوم)

فقره (۱) ماده ۱۰۹۶ قانون مدنی افغانستان چنین تصریح نموده: «بایع از استحقاقیکه از فعل او نشأت کند مسئول شناخته می‌شود، گرچه موافقه عدم ضمان در زمینه موجود شده باشد، توافق طرفین به خلاف این حکم اعتبار ندارد.» در مباحث پیشین به این موضوع پرداختیم که اساساً و علی القاعده بایع ضامن استحقاق میبعه است و اگر شرطی مبنی بر عدم ضمانت گذاشته شود چنین شرطی درست نبوده و سبب فساد بیع می‌گردد، و همچنان موافقه خاص و جداگانه طرفین را مبنی بر عدم ضمان استثنای بر اصل فوق دانستیم. با توجه به آن، ماده ۱۰۹۶ این توافق خاص طرفین را در فرضی موجب عدم ضمانت بایع می‌داند که این استحقاق ناشی از فعل خود بایع نباشد و اگر از فعل خود بایع نشأت کرده باشد موافقه عدم ضمان تأثیر نداشته و بایع همچنان ضامن است و در غیر آن،

یعنی اگر استحقاق ناشی از فعل غیر بایع باشد، موافقه خاص عدم ضمان تاثیر داشته و بایع ضامن پنداشته نمی‌شود.

بند چهارم: استحقاق به اثر اقرار یا نکول مشتری

فقره (۱) ماده (۱۰۹۱) قانون مدنی چنین تصریح نموده: «هرگاه استحقاق تنها به اقرار یا نکول مشتری ثابت شده باشد مطالبه ضمان از بایع جواز ندارد.» طبق این اصل حقوقی که (الاقرار حجه قاصره) وقتی مشتری خود به ضرر خود اقرار می‌کند بناء ملزم قرار گرفته و به اعتبار این که اقرار حجت قاصره است لذا، تعدی به بایع ننموده و بایع در این صورت ضامن نیست. همچنان نکول نیز همانند اقرار حجت قاصره بر خود نکول کننده بوده و تعدی به غیر نمی‌کند. این اقرار و نکول در دو فرضی مطرح می‌شود که در فقرات (۲ و ۳) ماده متذکره آمده است. و آن عبارت از اطلاع و عدم اطلاع مشتری به بایع است که در ذیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

الف: اطلاع به بایع و ابلاغ به مداخله در دعوی:

طبق فقرة (۲) ماده (۱۰۹۱) قانون مدنی کشور، هرگاه مشتری هنگام دعوی استحقاق، بایع را از دعوی در زمان مناسب مطلع ساخته و او را به مداخله در دعوی، دعوت نموده باشد و خود بایع مداخله ننموده و در نتیجه مشتری دعوی را ببازد؛ و لو اینکه این باختن دعوا به اثر اقرار و یا نکول مشتری بوده باشد و یا به اساس مدارک اثباتیه (به طریق اولی)، مشتری حق مطالبه ضمان را از بایع داشته و بایع در این حال مسئول است. و این مسئله همچنان در شرطی است که مشتری دارای حسن نیت باشد. و من فکر می‌کنم که ذکر حسن نیت در حالتی است که دعوی استحقاق به اثر اقرار و یا نکول مشتری ثابت شود؛ مثلا در هنگام دعوی استحقاق، مشتری بایع را مطلع ساخته و به مداخله در دعوی ابلاغ ولی بایع مداخله ننموده و در جریان رسیدگی مشتری درک کند که واقعا دلایل مستحق وارد است و با حسن نیت بر آن اقرار کند و یا واقعا از هر طریق ممکن برای مشتری این ثابت شود که مال فروخته شده مربوط به مستحق است، بناء به آن اقرار کند و یا نکول کند؛ در این حالت ها حسن نیت مشتری حتمی بوده و با فرض حسن نیت حق مطالبه ضمان را بالای بایع پیدا می‌کند. و این مسئله استثنای بر فقرة اول ماده (۱۰۹۱) می‌باشد.

ب: عدم اطلاع به بایع:

طبق فقره ۳ ماده ۱۰۹۱ قانون مدنی، هرگاه مشتری بایع را به دعوی استحقاق مطلع نسازد و در نتیجه صدور حکم قطعی محکوم علیه قرار بگیرد، حق مراجعه به سبب ضمان استحقاق را بر بایع نداشته و از این حق محروم می‌شود. این موضوع در فرضی است که بایع بالمقابل، ثابت نماید که مداخله او در دعوی منجر به رد دعوی استحقاق می‌گردد؛ حالا اگر مشتری با وجود عدم اطلاع به بایع، محکوم علیه قرار بگیرد و در مقابل، بایع هم ثابت ساخته نتواند که مداخله او در دعوی منجر به رد دعوی استحقاق می‌گردد، باز هم حق مراجعه مشتری به سبب ضمان استحقاق بالای بایع وجود دارد.

با توجه به موارد پیش گفته، چند نکته لازم به تذکر است:

۱- حکم قطعی: حکم قطعی طبق فقره (۱۰) ماده (۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه: «حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضائی (مراحل قضائی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد، حکم قطعی و نهائی از لحاظ آثار یکی می‌باشد.

۲- اثبات این که مداخله منجر به رد دعوی می‌گردد: ماده متذکره از اثبات نام برده است و این که بایع چگونه ثابت کند و به کدام وسایل؟ معلوم نبوده و به نظر می‌رسد که با تمامی مدارک اثباتیه ممکن است این مسئله را بایع ثابت سازد. اما با وجود آن، مکانیزم این اثبات طبق قواعد اصول محاکمات مدنی معلوم نیست که با چه کارشویه صورت گیرد مثلاً بر علیه مشتری دعوی می‌کند؟ به هر حال بحث روی این موضوع نیز دراز دامنه است و نیاز به تحقیق بیشتر دارد.

۳- مداخله در دعوی برای بایع چه جایگاهی می‌دهد؟ با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد که مداخله بایع در دعوی استحقاق به حمایت از مشتری بوده و در جنب مشتری قرار می‌گیرد، یعنی در کنار مشتری به عنوان مدعی علیه قرار گرفته و در برابر خواسته مدعی (مستحق) به دفاع می‌پردازد، این دفاع به نفع خود بایع بوده و او خود را در برنده شدن دعوی ذینفع می‌داند، بناء در زیر مجموعه دعاوی طاری یا حادث، ما یک مصداق بنام ورود ثالث داریم که به نظر می‌رسد مداخله بایع در دعوی استحقاق تحت عنوان

ورود ثالث بوده و محکمه مکلف به پذیرش آن بوده و بایستی فرصت دفاع را به بایع بدهد.

مبحث دوم: علم و عدم علم بایع به استحقاق و اثرات آن

گفتار اول: علم بایع به استحقاق هنگام عقد

بر اساس قانون مدنی افغانستان اگر بایع هنگام عقد از استحقاق میبعه علم داشته باشد، و در صورتی این که میبعه به استحقاق برده شود و با وجود تمام احکامی که در مبحث اول به آن پرداخته شد، مشتری موارد ذیل را طلب نموده می‌تواند:

۱- رد تمامی ثمن (آنچه در مقابل میبعه پرداخته است).

۲- قیمت حاصلی را که به مستحق پرداخته مثلاً در جریان تصرف از میبعه مفاد را کسب نموده بود و آن مستحق به استحقاق برود.

۳- مصارف نافع: مثلاً میبعه حویلی بوده و او دیوارها را ترمیم و ناودانها را نصب و از شکست ساختمان جلوگیری نموده باشد.

۴- مصارف دعوی استحقاق و ضمان: مثلاً در جریان دعوی استحقاق و ضمان، آنچه به وکیل مدافع پرداخته و یا خود متحمل شده است و نیز آنچه را که بابت مصارف محکمه از محصول و قیمت وثایق پرداخته باشد.

در تمامی موارد فوق، اگر پرداخت مصارف مربوط به آنچه باشد که اگر ابلاغ به بایع صورت می‌گرفت چنین مصارفی را متحمل نمی‌شد. مثلاً مشتری خانه را خریداری و متوجه می‌شود که ساختمان مشکل فنی دارد و همچنان بایع خود معمار بوده باشد و مشتری بدون ابلاغ به او آن را اعمار و ترمیم می‌کند و همین ساختمان به استحقاق می‌رود حالا این مسئله از جمله مصارف نافع است و مشتری حق دارد آن را مطالبه کند ولی به این دلیل که اگر ابلاغ به بایع می‌شد او خود اش آن را اعمار می‌نمود معمار چنین مصرفی را مطالبه کرده نمی‌تواند.

نوت: زیادت و نقصان قیمت میبعه در زمینه تأثیری ندارد.

گفتار دوم: علم بایع به استحقاق هنگام عقد

اگر بایع به استحقاق میبعه علم داشته باشد علاوه بر موارد فوق که در چهار فقره در گفتار اول گذشت، مشتری می‌تواند موارد ذیل را نیز مطالبه کند:

- ۱- مقدار مازاد قیمت مبیعه از ثمن: مثلا مبیعه را مشتری به مبلغ ۱۰۰۰۰۰۰ افغانی خریده باشد و هنگام استحقاق قیمت آن به ۲۰۰۰۰۰۰ افغانی رسیده باشد.
- ۲- مصارف غیر ضروری: مثلا مشتری کار های تزئینی را بالای مبیعه انجام داده باشد همانند این که گلخانه ساخته باشد و رنگ کرده باشد.
- ۳- تعویض خساره عایده: این واضح است که به اثر استحقاق مشتری خساره می بیند و ممکن به اثر خرید خانه کوچ و بار خود را انتقال داده باشد و یا محل کار و بار خود را تغییر داده باشد، بناء این خساره وارده قابل جبران است.
- ۴- نقص حاصل: همچنان بایع می تواند نقص حاصل ناشی از استحقاق مبیعه را نیز از بایع مطالبه کند، مثلا ممکن است یک زمین را به یک هدفی مشتری خریداری و در آن سرمایه گذاری نموده و جلب مشتری نماید و از آدرس این استحقاق در حاصل و مفاد مشتری نقص وارد شود بناء در این حالت قابل مطالبه است.

مبحث سوم: حق فسخ مشتری

- گفتار اول: حق فسخ در صورت استحقاق بعض یا کل مبیع
- الف: در صورت این که بعضی از مبیعه به استحقاق برده شود یا حقی بر آن تعلق گرفته باشد که مشتری هنگام عقد از آن آگاه نبوده باشد، می تواند عقد را فسخ نماید. این موضوع در فقره ۲ ماده ۱۰۹۴ قانون مدنی تذکر رفته و در فرضی است که بعضی از مبیع به استحقاق برود، یا این که حقی همانند رهن و یا عاریت در مدتی مشخص به آن تعلق گرفته باشد، در این صورت مشتری حق فسخ را کسب نموده و حق فسخ طبعاً نیاز به حکم قضائی دارد که از محکمه چنین تقاضای را نماید. همچنان در این شرط که مشتری هنگام عقد از این مسئله آگاه نبوده باشد و اگر آگاه باشد حق فسخ برایش داده نمی شود. چون به این معنی است که وی با وجود تعلق حق غیر بر مبیعه باز هم به خرید رضایت داشته است.
- ب: اگر مشتری مقدار متباقی مبیعه را قبول نماید، این درست است و در خصوص بقیه مبیعه که به استحقاق برده شده جبران خساره را مطالبه نموده می تواند و این موضوع در فقره ۲ ماده ۱۰۹۴ تذکر رفته است.

گفتار دوم: موافقه مستحق و مشتری بعد از اثبات دعوی اسحقاق و اثرات این موافقه ماده (۱۰۹۲) قانون مدنی چنین تصریح نموده: «هرگاه بعد از اثبات دعوی اسحقاق، شخص مستحق و مشتری طوری موافقه نمایند که مبیعه مقابل عوض نزد مشتری باشد این موافقه، خرید از مستحق تلقی گردیده مشتری بر بایع رجوع کرده می‌تواند.» این مسئله در فرضی مطرح است که دعوی اسحقاق شده و مستحق دعوی خود را ثابت نموده باشد ولی با مشتری موافقه کند که در مقابل عوض، مبیعه نزد او باشد، مثلاً دعوی بالای رقبه یک ملک بوده و مستحق دعوی خود را ثابت کند. اما در مقابل موتر، مشتری توافق می‌کند که زمین نزد مشتری باقی بماند و همین موافقه خرید از مستحق تلقی گردیده و مشتری می‌تواند ثمن پرداخت شده را از بایع مطالبه کند.

مبحث چهارم: ضمان استحقاق در سایر عقود معینه

گفتار اول: استحقاق در عقد صلح:

الف: استحقاق در اشیای مثلی: طبق جزء (۱) ماده (۱۳۱۴) قانون مدنی افغانستان؛ هرگاه بدل صلح از جمله اشیای مثلی همانند چهارمغز، گندم و غیره باشد و یا از جنس خود مدعی به باشد همانند اینکه دعوی بالای ۱۰۰۰۰۰۰ افغانی باشد، در این صورت به استحقاق برده شود؛ روی عقد صلح تاثیر نداشته و عقد صلح کماکان به حالت خود باقی است و مدعی علیه به پرداخت مثل آن مکلف می‌گردد. البته به این شرط که استحقاق به قبل از تسلیم مدعی راجع باشد. به اساس مفهوم مخالف ماده شماره فوق قانون مدنی، چنین به نظر می‌رسد که اگر استحقاق بعد از تسلیمی شی به مدعی اتفاق افتد، مدعی حق رجوع را به مدعی علیه نداشته و هیچ اثری در عقد صلح قبلی شان نمی‌گذارد. چنانچه متن ماده متذکره قابل ملاحظه است: «ماده (۱۳۱۴) (۱): هرگاه بدل صلح اشیای مثلی و از جنس مدعی به بوده، قبل از تسلیم به مدعی، کالا یا قسماً تلف شده یا به اسحقاق برده شود، صلح به حال خود باقی مانده، مدعی علیه به مثل آنچه تلف گردیده مکلف می‌گردد. خواه صلح از اقرار مدعی علیه صورت گرفته باشد یا از انکار یا سکوت او.»

ب: استحقاق در اشیای غیر مثلی:

طبق فقره ۲ ماده (۱۳۱۴) قانون مدنی افغانستان؛ هرگاه بدل صلح از جمله اشیای غیر مثلی باشد، همانند موتر، خانه و غیره و قبل از تسلیم به مدعی به استحقاق برده شود در این صورت، دو حالت را به خود می‌گیرد:

۱- در حالتی که صلح از اقرار مدعی علیه صورت گرفته باشد، مدعی به تمام یا قسمتی از مدعی به، به مدعی علیه رجوع می‌کند؛ یعنی این که اگر قسمتی از مدعی به و یا کل مدعی به، به استحقاق برده شود، مدعی علیه مکلف است تا همانند آن را که از اشیای مثلی بوده به مدعی بپردازد.

۲- در صورتی که صلح از اثر انکار و یا سکوت مدعی علیه صورت گرفته باشد، و بدل صلح از نزد وی به استحقاق برود، در این صورت مستحق چیزی نشده و صرف حق مخاصمت را بالای مدعی علیه دارد. چنانچه فقره (۲) ماده (۱۳۱۴) قانون مدنی چنین تصریح نموده: «اگر بدل صلح اشیای غیر مثلی بوده، قبل از تسلیم کالا یا قسما تلف یا به استحقاق برده شده باشد، در حالیکه صلح از اقرار صورت گرفته باشد، مدعی به تمام یا قسمتی از مدعی به و در حالیکه صلح از انکار یا سکوت مدعی علیه صورت گرفته باشد، به مخاصمت رجوع می‌نماید»

گفتار دوم: استحقاق در عقد عاریت:

ماده (۱۴۶۱) قانون مدنی چنین تصریح نموده: (۱- عاریت دهنده از استحقاق برده شدن شی عاریت داده شده، ضامن نمی‌باشد. مگر اینکه سبب استحقاق را عمدا مخفی نموده یا به اساس موافقه خاصی تضمین را قبول نموده باشد. طبق ماده فوق، اصل این است که عاریت دهنده از به استحقاق برده شدن شی عاریت داده شده ضامن نیست. مگر اینکه سبب استحقاق را مخفی و به یا به اساس موافقه خاصی تضمین را قبول نموده باشد. البته این نکته درخور توجه است که عقد عاریت از جمله عقود رایگان است و عدم ضمانت عاریت دهنده منطقی به نظر می‌رسد و استثناء مخفی کردن سبب استحقاق در ماده فوق، راجع به سوء نیت عاریت دهنده است که با وجود آگاهی از استحقاق، سبب را عمدا مخفی می‌کند و عادلانه نیز این است که در چنین صورتی، عاریت گیرنده ضامن نیست.

استثناء دوم نیز موافقه خاص را نام برده است؛ در چنین حالتی ایجاب می‌کند تا جدا از عقد عاریت یک موافقت نامه جدا گانه در خصوص ضمان ترتیب و در این صورت، اگر مال به عاریت داده شده به استحقاق برود، عاریت دهنده به اساس ضمان خاص، ضامن است.

گفتار سوم: استحقاق در عقد رهن:

بند اول: استحقاق در عقد رهن بر اساس قانون مدنی: ماده ۱۷۷۶ قانون مدنی چنین تصریح نموده: «هرگاه مال مرهونه در تصرف رهن گیرنده بوده و قسمتی از آن به استحقاق برده شود، در صورتی که مقدار استحقاق برده شده مشاع باشد رهن در متبای باطل و در صورتیکه معین باشد، در متبای رهن بحال خود باقی مانده و تمام دین حبس می‌گردد»

ماده فوق به مسئله‌ی اشاره نموده که قسمتی از مال مرهونه به استحقاق برده شود و دو صورت را فرض نموده (۱- هرگاه مقدار به استحقاق برده شده مال مشاع باشد رهن در متبای باطل است و ۲- در صورتی که مقدار به استحقاق برده شده معین باشد، رهن در متبای به حال خود بوده و تمامی پول پرداخت شده در مقابل قسمت باقیمانده مال نزد رهن گیرنده توسط راهن حبس می‌گردد).

اما چنانچه دیده می‌شود در صورت به استحقاق برده شدن کل مرهونه، ماده متذکره تصریحی نداشته و چنین مستفاد می‌گردد که در این صورت رهن باطل بوده و راهن می‌بایست پول اخذ شده را به رهن گیرنده مسترد نماید؛ چون اصل مال که تحت تضمین و رهن بوده از بین رفته و با از بین رفتن آن ارکان رهن پوره نمی‌باشد.

بند دوم: ضمان استحقاق در رهن بر اساس فقه اسلامی:

الف: استحقاق رهن بعد از بیع: امام ابوحنیفه رض می‌فرماید، اگر ظاهر شد که مرهونه از غیر رهن است دو صورت دارد:

- ۱- این که مرهونه بعد از بیع در زمان ادعای استحقاق موجود است.
- ۲- یا هلاک شده است.

اگر مال موجود باشد و مستحق بخواهد می‌تواند آنرا اخذ کند، چرا که او عین مال خود را پیدا کرده است. پس منع نمی‌شود از اخذ مال مگر به سبب حقی که به او لازم بیاورد

و آنرا پیدا نکند و همچنان مشتری در این حال خیار دارد او می‌تواند به مرتهن رجوع کند اگر ثمن قبض شده باشد چرا که بیع به سبب استحقاق نقض شده و باطل است، این که (شی) نپرداخته شده را ثمن بگوئیم و به این طریق مال به دست مرتهن می‌رسد و بر او واجب است که آنرا رد کند و قبض او حکم نقض می‌گردد و اگر مرهونه در وقت استحقاق هلاک شده باشد، مستحق خیار دارد اگر خواست رهن باید قیمت را ضمانت کند؛ چرا که او حق مستحق را عقب کرده به سبب اخذ و به رهن دادن آن و اگر خواست مشتری ضامن هلاک ملک او است، چون ظاهراً و در دست او شده است.^۱ حنفی‌ها به این نظر اند که اگر استحقاق به بعضی مرهونه تعلق گیرد به بقیه نظر می‌کنیم. در این صورت: ۱- اگر رهن مرهونه بعد از استحقاق و در باقی مانده مال، در ابتداء جواز داشته باشد پس رهن فاسد نمی‌گردد.

۲- و اگر از ابتداء رهن آن جواز نداشته باشد رهن را در همه مرهونه فاسد می‌سازد، مثلاً استحقاق در مقدار شایع باشد، چون شایع نزد حنفی‌ها مانع صحت رهن است. اما مالکی‌ها گفته‌اند که اگر بعضی از مرهونه معین به استحقاق رفت باقی مانده در برابر جمیع دین رهن قرار می‌گیرد. و اما اگر غیر معین باشد پس رهن به مرتهن رجوع می‌کند تا بعضی از مستحق را بدل کند، و اگر استحقاق در مورد کل مرهونه و قبل از قبض باشد مرتهن بین انشاء عقد بدون رهن و فسخ منخیر است و اگر بعد از قبض باشد دین او بدون رهن باقی می‌ماند مگر اینکه غرر باشد و شافعی‌ها گفته‌اند اگر مرهونه به استحقاق رفت، مشتری به رهن رجوع می‌کند چرا که مبیع از اوست و برعهده اوست و ضمان بر او مستقر می‌شود و مالکی‌ها گفته‌اند که اگر مرتهن رهن را قبض نمود و مستحق للغير بر آمد، رد آن به مالک لازم است و رهن در اساس باطل است.^{۱۲}

گفتار چهارم: ضمان استحقاق در عقد مقایضه

ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی چنین تصریح نموده: «عاقدیکه در عقد مقایضه جنس را تسلیم و بعد از نزدش به استحقاق برده شود یا آن را به اثر عیب رد نماید، می‌تواند جنس مقابل را استرداد یا قیمت آن را مطابق وقت استحقاق یا هنگام مقایضه خالی از عیب از طرف دیگر

زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی، جلد ۴، دارالعلوم دمشق، صفحه (۴۳۱۵). ۱

۲ همان، جلد ۶ صفحه ۴۴۰۳

عقد، مطالبه نماید. در هر دو حالت اگر موجه قانونی موجود شود شخص مذکور جبران خساره را مطالبه کرده می‌تواند.» مقایسه از جمله انواع بیع بوده و بیع عین به عین است، مطابق این ماده هرگاه یکی از طرفین عقد مقایسه که طبق احکام این بخش قانون مدنی، نسبت به آنچه می‌دهد بایع و نسبت به آنچه می‌گیرد مشتری تلقی می‌شود، بعد از تسلیمی میباید از نزد وی به استحقاق برود، طلب جبران خساره برای وی محفوظ است. به نظر می‌رسد که احکام مقرر در بخش ضمان تعرض و استحقاق در این مورد نیز قابل اجرا بوده و به اضافه اینکه در مقایسه، جبران خساره نیز مطرح است. البته به موجب قانون.

گفتار پنجم: ضمان استحقاق در عقد شفع

ماده ۲۲۳۹ قانون مدنی تصریح نموده که «هرگاه عقار بعد اخذ آن به شفع از طرف غیر به استحقاق برده شود، شفع تنها به بایع مراجعه کرده می‌تواند.» از این که بر مبنای ماده ۲۲۳۶ قانون مدنی، شفع در تمامی حقوق و وجائب در برابر بایع، قایم مقام مشتری قرار می‌گیرد، بناء بعد از اخذ عقار به طریق شفع، فقط به بایع رجوع نموده می‌تواند نه به مشتری و قاعدتا هم باید چنین باشد و احکام مشتری بر وی جاری بوده و بایع ضامن به استحقاق رفتن میباید است.

در صورتی که پس از تادیه ثمن از طرف شفع به مشتری و اخذ به شفعه، میباید مستحق للغير در آید، کشف میشود که بیع باطل و مشتری مالک میباید نبوده است؛ بنا بر این شفع در تملک میباید که متفرع بر مالکیت مشتری است نیز ذیحق نمی‌باشد.^۱

گفتار ششم: استحقاق در عقد هبه

ماده ۱۱۹۳ قانون مدنی چنین تصریح نموده: «واهب از استحقاق موهوبه مسئول نمی‌باشد، مگر این که سبب استحقاق را عمدا پوشانده، یا هبه به مقابل عوض صورت گرفته باشد در حالت اول قاضی مقدار خساره وارده را به موهوب له طور عادلانه تعیین و در حالت دوم واهب به اندازه آنچه از موهوب له حاصل نموده مسئولیت دارد، مگر این که موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد» با توجه به این ماده اصل و اساس بر این است که واهب ضامن استحقاق رفتن میباید در هبه بلا عوض نیست. ولی اگر ثابت شود که سبب

۱ امامی، دکتر سید حسن، چاپ هفدهم ۱۳۸۳ هـ انتشارات کتاب فروشی اسلامیة تهران.

استحقاق را عمدا پوشانده و اساسا مال موهوبه از آن دیگری بوده بناء مکلف است تا جبران خساره بدهد و یا اینکه هبه در مقابل عوض صورت گرفته باشد، البته مقدار خساره را قاضی تعیین می کند و این نکته خیلی ظریف و خوب است تا به واهب نیز خساره بزرگ متوجه نشود. اخیر ماده این را می‌رساند که این حکم از قواعد تکمیلی بوده و طرفین می‌توانند به خلاف آن توافق کنند. همچنان ماده (۱۹۴) قانون متذکره تصریح نموده که: «هرگاه موهوبه به استحقاق برده شود، موهوب له در حقوق و دعاوی قایم مقام واهب قرار می‌گیرد» موهوب له در دعوی استحقاق به حکم قانون نایب واهب شمرده شده و این نیابت قانونی است و نیاز به صدور سند جداگانه ندارد. البته نکته ظریف این است که هم در حقوق و هم در دعاوی، قایم مقام واهب است.

فصل سوم: ضمان استحقاق در فقه

مبحث اول: خیار استحقاق:

این خیار ثابت برای مشتری است به سبب استحقاق کل یا بعضی از مبیع و تفصیل آن نزد حنفی ها چنین است: " اگر استحقاق مبیع قبل از قبض کامل مال باشد (مشتری) خیار در کل دارد. و اگر استحقاق بعد از قبض باشد، پس مشتری در اشیای قیمی خیار دارد، نه در اشیای کلی مانند اشیای پیمانه ای و وزنی، و اگر استحقاق در بعضی از مبیع بود، قبل از قبض عقد در همان جزء به استحقاق برده شده باطل است و مشتری در اخذ جزء باقی مانده در مقابل حصه از ثمن خود و یا رد آن مخیر است، و اگر استحقاق در بعضی مبیع بعد از قبض باشد، همچنان بیع در بعضی از شی استحقاق برده شده باطل و در جزء باقی مشتری مخیر است در قبول باقی آن به حصه خود از ثمن اگر تبعیض و جدا نمودن به وی ضرر می‌رساند همانند کالا و خانه. و ملتزم است (مشتری) در بقیه اگر تبعیض و جدائی آن به وی ضرر نمی‌رساند همانند اشیای وزنی و پیمانه ای. و تمام این مسائل در صورتی- است که مستحق بیع را اجازه ندهد، اگر اجازه دهد بیع لازم می‌گردد چون ضرری به اساس تبعیض واقع نمی‌شود.^۱

استحقاق به نسبت فسخ عقد دو نوع است: ۱- مبطل ملک به صورت کلی است: به این جهت که برای احدی غیر از مدعی حق تملک باقی نماند، همانند برده و شخص آزاد

۱ زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی، جلد ۵، دارالعلوم دمشق، ب، ت، صفحه ۵۳۳۳

اصلی. و حکم آن اینست که واجب می‌شود فسخ عقد بدون نیاز به حکم قاضی و بر فروشنده است رجوع به بایع در مورد ثمن، اگر برده بینه آورد که او اساساً آزاد است و یا این که دلیل آورد که برده فلان بوده و او وی را آزاد کرده است، در این حال هر یک و لو که رجوع به وی نشده باشد. می‌تواند به بایع رجوع کند قبل از این که حکمی در مورد وی صادر شود و او شخص نیز به بایع خود رجوع کند. ۲- ناقل ملکیت از شخص برای شخص دیگر و این نوع غالب استحقاق است، مانند این که زید ادعا کند بالای خالد که آنچه در دست دارد ملک او است و برای ادعا خود دلیل و برهان بیاورد. حکم آن این است که فسخ عقد را لازم نمی‌سازد؛ چرا که بطلان ملکیت مشتری را جواز ندارد. و این مورد منوط به اجازه مستحق و یا فسخ آنست و صحیح نزد حنفی‌ها این است که عقد تا زمانی فسخ نمی‌شود که مشتری به خاطر ثمن به بایع رجوع کند و در صحیح‌ترین مورد عقد فسخ می‌شود در ظاهر روایت یعنی به اساس تراضی نه مجرد حکم به استحقاق. و برای هیچ یک از مشتریان جواز ندارد که به بایع خود رجوع کند تا زمانی که برای‌شان رجوع نشده باشد، چرا که دو ثمن در ملک واحد جمع نمی‌شود؛ یعنی برای مشتری اوسط جواز ندارد تا به بایع خود رجوع کند، قبل از این که مشتری دیگر به وی رجوع کرده است. و حکم صادره در مورد استحقاق شامل ذوالید شده و مدعی به از وی گرفته می‌شود و همچنان این حکم شامل هر آن کسی است که به او ذوالید از جانب مالک تلقی شود و بر آن کسی که از جانبی مالک ذوالید تلقی گردد ولو اینکه مورث وی باشد و این حکم بر بقیه ورثه نیز جاری است.^۲

مبحث دوم: اثبات استحقاق

مشتری زمانی به خاطر ثمن به بایع مراجعه کرده می‌تواند که استحقاق توسط بینه ثابت شده باشد چرا که اثبات با بینه حجت متعددی بوده و در حق تمامی مردم ظاهر می‌شود و این اثبات حجت معتبره شمرده نمی‌شود مگر به حکم قاضی، چرا که حکم قاضی در حق مردم و مال‌شان به سبب ولایت عام وی تنفیذ می‌شود. اما اگر استحقاق به اثر اقرار مشتری و وکیل دعوی وی ثابت شود و یا به اثر نکول‌شان رجوع در این حالت نیست

چون ولایت بر دیگران ندارد دست بر مقرر و به غیر از وی سرایت نمی‌کند چون ولایت بر دیگران ندارد.^۱

مبحث سوم: حکم و اثر استحقاق در تعدادی از عقود:

۱- اثر استحقاق در مقایسه: اگر بدل بیع در عقد مقایسه به استحقاق رفت مثل این که خانه ای در مقابل موتر خرید و خانه به سبب شفع گرفته شد، شفع باطل است و بایع خانه را به سبب بطلان بیع از شفع می‌گیرد؛ چراکه استحقاق در بیع مقایسه، بیع را باطل می‌کند.

۲- اثر استحقاق در بیع:

الف: رای حنفی ها در مورد استحقاق بعضی از بیع: ۱- اگر به استحقاق برده شد بعضی از معقود علیه قبل از قبض و مستحق اجازه نداد، عقد در مقدار استحقاق برده شده باطل است، چراکه واضح شده است که این قدر از بیع ملک بایع نبوده و اجازه مالک را نداشته، پس باطل است و برای مشتری خیار در بقیه است اگر راضی به آن حصه از ثمن بود که خوب و اگر خواست می‌تواند بقیه را رد کند، چه این که عیبی حادث شده باشد یا خیر، چرا که وقتی مستحق راضی نباشد، تفرق صفت قبل از اتمام عقد برای مشتری ایجاد شده و تفرق خیار لازم می‌آورد. ۲- اگر استحقاق بعد از قبض بعضی از بیع و یا کل بیع بود، بیع در مقدار استحقاق برده شده باطل است. بعداً اما به حالت قبض نگاه می‌کنیم، اگر استحقاق عیب را در بقیه بیع پدید می‌آورد مثل این که معقود علیه شی واحد باشد، مثل خانه و موتر و حیوان؛ مشتری در بقیه خیار دارد اگر خواست به حصه خود از ثمن راضی شود و اگر خواست رد کند؛ چرا که شرکت در اعیان عیب است و اگر استحقاق در آن چیزی بود که عیب را در بقیه لازم نمی‌آورد مثل این که معقود علیه دو شی باشد مثل دو حیوان و یا از مثلیات پیمانه ای و یا وزنی مثل زیتون بود، و یکی از آنها به استحقاق برده شد، پس مشتری در مورد باقی مانده در مقابل حصه از ثمن ملزم است چرا که در تبعیض آن ضرر نیست و لذا خیار رد برای مشتری نیست. خلاصه این که در حالت استحقاق بعضی از مبیع تفرق صفت مشتری دیگر عاید می‌شود، پس ثابت می‌شود برای مشتری خیار تفرق صفت. پس اگر خواسته باشد باقی مانده مبیع را قبول و در غیر آن عقد

را فسخ کرده و رد می‌کند آن را به بایع مگر این که استحقاق بعضی از مبیع بعد از قبض
 جمیع مبیع از سوی مشتری واقع شده باشد و در این صورت به مبیع به اثر تجزیه ضرر
 وارد نمی‌شود و در این حال برای مشتری خیار تفرق صفقه نبوده به استحقاق بعضی از
 مبیع بلکه ملزم است به اخذ مابقی صفقه مبیعه به حصه خود از ثمن.

ب: استحقاق کل مبیع: اگر ثابت ساخت مستحق ملکیت کل مبیع را توسط بینه پس حکم به
 نفع او می‌شود و بیع فسخ نمی‌شود بلکه موقوف قرار می‌گیرد به اجازه مستحق، پس اگر
 اجازه داد بیع را، مبیع ملک مشتری باقی می‌ماند و مستحق ثمن از بایع اخذ می‌کند و بایع
 همانند وکیل مستحق در عقد بیع قرار می‌گیرد، چون اجازه لا حق همانند وکالت سابق
 است. و اگر مستحق بیع را اجازه نداد، بلکه اختیار کرد اخذ مبیع را، بیع سابق فسخ
 است، یعنی به تراضی فسخ شده در ظاهر روایت و بایع ملزم به رد ثمن به مشتری است.
 اما اگر استحقاق بیع به اثر وقف باشد، بعض متولی وقف بودن، مبیع را اثبات کند پس بیع
 فسخ می‌شود چرا که برای هیچ کس اجازه نیست تا موقوف را بفروشد.

شروط رجوع به ثمن:

برای رجوع مشتری به ثمن بر بایع بعد از استحقاق بیع، ۳ شرط است: ۱- این که
 استحقاق ناقل به ملک بایع باشد، یعنی این که ادعای استحقاق ملک مطلق را می‌کند و یا
 از تاریخی ادعا کند که پیش از شراء بوده چنانچه اگر ادعای مستحق از یک ماه پیش
 باشد و شراء مشتری از یک سال پس حق رجوع بر بایع رد ندارد، چرا که استحقاق بر
 ملک مشتری حادث می‌شود نه بر ملک بایع. ۲- این که مشتری و مستحق این طور
 مصالحه نکرده باشند که مستحق بعضی ثمن را برای مشتری پرداخت و مبیع را گرفته
 باشد؛ چراکه مشتری در این حالت در حقیقت حق رجوع خود را به بایع توسط این
 اصلاح باطل ساخته است، اما اگر صلح چنین صورت گرفته باشد که مشتری در مقابل
 شی که به مستحق پرداخته است، مبیع را ترک کند، حق رجوع وی بر بایع ساقط نمی-
 گردد. ۳- این که بایع بری مشتری از پرداخت ثمن، قبل از استحقاق ابراء نداده باشد،
 اگر ابراء داده باشد پس رجوع برای مشتری نیست چراکه چیزی را نپرداخته است.

شرط شنیدن دعوی استحقاق قبل از قبض مبیع: دعوی استحقاق بر مبیع قبل از قبض
 شنیده نمی‌شود از این که بایع و مشتری حاضر شوند در نزد قاضی تا حکم کند در مورد

شان، چرا که ملک از برای مشتری است و ید از بایع و مدعی هر دو را به دعوی خوانده است، پس حضور آنها شرط است در دعوی. اما اگر دعوی استحقاق مبیع بعد از قبض مشتری به محکمه پیش شود در این حالت فقط حضور مشتری شرط است و حضور بایع شرط نیست اما مشتری حق دارد تا دخالت بایع را به عنوان شخص ثالث در محاکمه طلب کند، به خاطر ارتباط آن به حق رجوع که برای مشتری است و اما در مورد زواید مبیع مثل ولد، اگر مستحق حق خود را توسط بینه اثبات کرد آنرا می‌گیرد، چرا که بینه حقیقت مطلق در حق همه مردم است لکن به شرط حکم بر آن و اگر اثبات به مجرد اقرار مشتری و یا نکول وی باشد، چون نکول در حکم اقرار است پس مستحق اخذ آن نیست چون فقط بر مقرر حجت است.

استحقاق مبیع در حالی که دیگری حق نگهداشت آنرا دارد: اگر ظاهر شد که در نگهداشت مبیع کسی دیگری مستحق است؟ این که تحت رهن باشد یا اجاره و استحقاق با بینه ثابت شود، چنین تفصیل دارد:

۱- اگر مرتهن یا مستاجر اجازه آن را بدهند، رهن و یا اجاره فسخ می‌شود و ثمن مبیع که رهن است مکان بیع قرار می‌گیرد و مرتهن حق حبس مبیع را دارد تا زمانیکه ثمن را قبض کند و برای مستاجر است حبس مبیع تا زمانی که اجرت برایش پرداخته شود از مدت باقی‌مانده اجاره اگر قبلاً پرداخت شده باشد. و اگر مرتهن یا مستاجر بیع را اجازه ندهند برای بایع حق فسخ نیست بلکه همچنان مبیعه در ید او باقی می‌ماند و مشتری مخیر است تا انتهای مدت رهن و یا اجاره منتظر بماند یا اینکه بیع را فسخ کند و ثمن پرداخته شده مسترد گردد.^۱

نتیجه گیری

از مجموع مباحث حول مسئله ضمان استحقاق، چنین به نظر می‌رسد که ضمان استحقاق در قلمرو حقوق افغانستان از معنای لغوی خود دور نیافتاده و اهدافی را که در خواستگاه این موضوع و تولد این نهاد در عرض تاریخ، مراد بوده، پی‌گیری می‌کند. از همین جهت ضمان استحقاق در زیر مجموعه احکام بیع و خصوصاً وجایب بایع مطرح و به نظر می‌رسد که از جمله آثار بیع صحیح پنداشته شده است. قانونگذار افغان بایع را به تبع آنچه

زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی، جلد ۴ صفحات ۴۳۹۵ الی ۴۳۹۸ . ۱

فروخته، ضامن سلامت مبیع از تعرض غیر و ضامن انتفاع مشتری دانسته و لزوماً با انعقاد عقد بیع صحیح جزء اثرات لاینفک آن به حکم قانون قرار می‌گیرد تا جائیکه گذاشتن شرط عدم ضمان، موجب فساد بیع می‌گردد. این مسئله نهایت اهمیت گذاشتن قانون گذار به تضمین انتفاع مشتری است که در هر حال به بایع پاسخگو می‌باشد. در کنار آن، قانون گذار افغان به مسئله حاکمیت اراده افراد نیز حرمت گذاشته و این را پذیرفته است که اگر طرفین در یک توافق جداگانه به عدم ضمان و یا کاهش و افزایش آن موافقه داشته باشند، ضمان ساقط گردد. ولی این موضوع نیز در فرضی پذیرفته که استحقاق ناشی از فعل خود بایع نباشد. سپس احکام ضمان استحقاق با تفصیل در فرض اطلاع و یا عدم اطلاع بایع و اثرات این اطلاع و همچنان دعوت به مداخله در دعوی به درستی تبیین شده است. اما نکته درخور توجه این است که مداخله در دعوی این که با چه عنوانی صورت می‌گیرد و یا این که در زیر مجموعه مباحث مربوط به دعوی حادث و یا طواری محاکماتی مطرح می‌شود یا خیر؟ چندان روشن نیست و کارشویه و یا فرآیند رسیدگی نیز به گونه واضح تبیین نشده است و به مشکل می‌توان ادعا نمود که قاضی در مقام رسیدگی به بایع فرصت مداخله در دعوی را می‌دهد در حالیکه او فقط به اعتبار عقد سابق صاحب مبیعه بوده و در حال، راجع به مدعی بها تصرفی نداشته ولی اثرات حکم صادره فی مابین مشتری و مستحق ممکن دامن او را نیز بگیرد. به هر حال می‌توان گفت که بایع به حمایت از جانب مشتری و با اطلاع او به عنوان ثالث وارد دعوی شده و محکمه مکلف است حضور وی را بپذیرد. همچنان احکام بحث ضمان استحقاق در اکثر عقود معینه پیش بینی و در آن مواردی که پیش بینی نشده باشد احکام عمومی مبحث ضمان تعرض و استحقاق تطبیق خواهد شد.

منابع و مواخذ:

- ۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، ناشر اسلامیه، چاپ بیست و پنجم- ۱۳۸۴
- ۲- باقری، احمد، فقه مدنی- عقود تملیکی- بیع و اجاره-، چاپ اول، پائیز ۱۳۸۴
- ۳- حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی- جلد اول- چاپ دوم- ۱۳۸۲- کتابخانه گنج دانش.

- ۴- زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی و ادله، جلدهای چهارم و پنجم، دارالفکر-دمشق، چاپ هشتم، ۱۴۲۵-۲۰۰۵
- ۵- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی- معاملات معوض- عقود تملیکی- شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا- چاپ هشتم ۱۳۸۱
- ۶- قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی شماره (۲۴۱۸) مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۸
- ۷- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه ج.۱.۱. جریده رسمی شماره (۱۱۰۹) مورخ ۱۳۹۲/سرطان/۹
- ۸- Wikifeqh.ir

حق مالکیت از دیدگاه های مختلف

(۲)

فهرست :

گفتار چهارم: استفاده از حق ارتفاق.....	۱۳۸
الف: احکام حق ارتفاق.....	۱۴۰
ب: اوصاف حق ارتفاق.....	۱۴۱
ج: انتهای حق ارتفاق.....	۱۴۲
گفتار پنجم: انواع حق ارتفاق.....	۱۴۳

گفتار چهارم: استفاده از حق ارتفاق

ارتفاق یک کلمه ی عربی است که به معنی «اتکاء» به چیز است. حق ارتفاق رابطه بین دو ملک است نه بین شخص معین و شخص معین دیگر. به همین حق ارتفاق از جمله حقوق عینی ذکر شده البته مالک ملکی که این حق ارتفاق به نفع ملک او بر قرار می شود، از آن بهره مند میگردد. در واقع حق ارتفاق حق کسی است در ملک دیگری. برای کمال استفاده از ملک خود چنانکه باغی در کنار زمین قرار دارد، آبیاری درخشان باغ از زمین پهلوی صورت می گیرد. بردن آب از بین زمین مجاور حق ارتفافی است که مالک باغ دارد. از جمله حقوق ارتفافی حق العبور، حق المجرا، حق پنجره و روزنه و شبکه حق ناودان. حق ارتفاق در اموال غیر منقول پیدا می شود. مربوط به ملک مجاور، مالک ملکی که در آن بنفع ملک مجاور حق ارتفاق برقرار شده از استفاده کامل محروم است.

اگر ما از بالای زمین یا راه یا باغ شخص به مقصد عبور استفاده میکنیم، همین کیفیت را حق ارتفاق میگویند.

حق ارتفاق در قانون مدنی افغانستان چنین تعریف شده است:

حق ارتفاق عبارت از حقی است که بالای یک عمار به منفعت یک عمار دیگر گذاشته شده می باشد. در شریعت اسلامی حق عینی است که برای یک زمین بر زمین دیگر بدون در نظر گرفتن شخص ملک داده شده است. و یا به عباره دیگر حقی است ثابت برای یک قطعه زمین و یا خانه، بر زمین و یا خانه ای دیگری.^۱

علمای حقوق، حق ارتفاق را چنین تعریف کرده اند:

"ارتفاق حقی است که برای یک شخص در ملک دیگری." بعضی از علمای حقوق این تعریف را رد مینمایند. طوری که میگویند، این تعریف حق ارتفاق، به کلی غلط است. زیرا، مثلاً هبه گیرنده که در حق عین در رهن دارد بنا بر تعریف این ماده دارای حق ارتفاق بر مال رهن است. یا مستأجر که پس از عقد اجاره بر عین مستجر حق پیدا می کند. صاحب حق ارتفاق در مورد اجاره است. هیچ یک از اینها مستحقین حق ارتفاق نیست.

بالاخره به این نتیجه می رسیم که:

مالک مال غیر منقول (زمین یا خانه) به مناسبت مالکیت آن در ملک دیگری اعم از مجاور و یا غیر مجاور دارای حق ارتفاق می باشد.

بنابراین اگر دو نفری که خانه های آنها در همسایگی یکدیگر قرار دارد، باهم عقد ببندند که یکی به سوی خانه ای دیگر تعهد کند که خانه ای خود را از دو طبقه بیشتر نکند و مانع نور و هوا طرف نشود، این تعهد بنا بر تعریف حق ارتفاق منشأ حق ارتفاق خواهد بود. پس حق ارتفاق و حق قائم بر املاک است و شامل زمین و غیر زمین می شود. بناً حق ارتفاق دارای عناصر ذیل می باشد:

اول: وجود دو ملک یعنی دو مال غیر منقول بالذات نه غیر منقول به حکم قانون غیر منقول شناخته شده باشد.

دوم: امتیاز برای یکی از دو (ملک سود برده) علیه ملک دیگر تحمیل شود.

۱ قانون مدنی ماده ۲۳۴۰.

سوم: مالکان باید متفاوت باشند. اگر دو ملک به یک نفر تعلق داشته باشد یکی را بر دیگری امتیاز ندهد آن حق را ارتفاق نمیگویند.

چون در امور املاک مجاور هر ملک در برابر مالک دیگر، حقوق و تکالیفی دارد و برای یکی از دو مالک مجاور، نسبت به دیگری امتیازی در نظر گرفته نشده است از این وضع تعبیری به حق ارتفاق نمیتوان کرد. برای تصور حق ارتفاق، مجاورت شرط نیست. بنابراین یک ملک ممکن است از ملک دیگری بسیار فاصله دارد، حق (آبرد) داشته باشد.^۱

الف: احکام حق ارتفاق

۱. حق ارتفاق اشکال مختلف دارد. از آنجمله حق عبور، حق جریان، آب پاشی غیر منقول.

۲. حق ارتفاق با غیر منقول مربوط به آن در دفتر محکمه قابل تسجیل است و از این لحاظ حق ارتفاق یکی از شاخه های حق ملکیت گفته می شود.

۳. صاحب حق ارتفاق می تواند به چنان اعمالی مبادرت ورزد که برای استعمال حق او در ارتفاق ضروری باشد. یا برای محافظت حق مذکور لازمی شناخته شود و باید حق مذکور را طوری استعمال کند که از آن ضرری عاید نشود.

۴. حق ارتفاق مخصوص دو غیرمنقول نیز شده می تواند. چنانچه امروز برای دو قطعه زمین پیوست به هم از راه استفاده به عمل میآید. که برای دو غیر منقول اتصال دارد.

۵. حق ارتفاق بعضاً ثابت می شود و آن وقتی است که غیر منقول که به آن حق ارتفاق مسلط است و یا غیر منقول که دارای حق ارتفاق است که به فروش برسد.

۶. هرگاه عقار مرتفق تجزیه شود حق ارتفاق در تمام اجزای آن باقیست.

۷. شخص که به نفع غیر منقول خود دارای یک حق ارتفاق است باید آن حق را که به زمین دیگری تأسیس شده است به شکل درست محافظه نماید و از آن سوء استفاده به عمل نیاورد.

۸. حق ارتفاق از حد معین توسعه یافته نمی تواند ولی بعضاً اتفاق می افتد که صاحب حق ارتفاق برای غیر منقول خود حق دیگری ارتفاق را پیدا می کند.

مثلاً برای منزل خویش راه جدا گانه را میخرد و از راه گذشته منصرف می شود.

۱ جعفری لنگرودی، همان، ص ۲۶۵.

۹. هرگاه حق ارتفاق عبور دادن آب یعنی حقا به باشد آن شخص باید در ساختن و ترمیم جوی یک مقدار مصارف را به عهده بگیرد. ورنه از ضرر و زیان که به غیر منقول تحمیل شده بر حق ارتفاق بوجود می آید، جبران خساره ای مذکور به دوش شخص مربوط آن است.

۱۰. هرگاه یک حق ارتفاق برای زیاده تر از یک غیر منقول تخصیص داده شده باشد. آن حق ارتفاق به همان اندازه یا تعداد غیر منقول ارتباط پیدا می کند. بعضاً یک غیر منقول دارای یک حق ارتفاق به دو حصه تقسیم می شود. بنابر آن حق ارتفاق هم به همان دو حصه ارتباط می گیرد.

مثلاً اگر شخص منزل و یا حویلی خود را که راه عبور جداگانه دارد به دو حویلی تقسیم می کند در این صورت همان برای هر دو حویلی منحصر خواهد بود. ولی چنین اقدام مشکلات را بار آوردنی است و به اصطلاح بر هر دو غیر منقول یک نوع مزاحمت زندگی را به وجود آورده است و آن همه در صورتی است که تعدادی اعضای فامیل ساکن در هر دو حویلی زیاد باشد.

ب: اوصاف حق ارتفاق

۱. حق ارتفاق حق عین است. پس همه مزایای حق عین را صاحب آن دارا است. یعنی هرکس که به آن تجاوز کند صاحب حق می تواند آن را دوباره مطالبه کند.

۲. حق ارتفاق، حق غیر منقول است.

۳. حق ارتفاق، حق تبعی بوده و مال غیر منقول است. پس صاحب آن حق نمی تواند آن را به ملک دیگر خود پیوند کند. مثلاً راهی که از ملک دیگری به خانه ی معین کسی می رود و صاحب آن خانه در کنار همان خانه منزل دیگری هم دارد که وضع عبور بصورتی است که آن منزل هم می تواند از این راه استفاده کند، صاحب آن (حق ارتفاق) تغییر در کیفیت استفاده از آن و راه عبور را بدهد یعنی از آن راه فقط برای عبور به خانه یی که این راه برای آن از روز نخست منظور شده بود می تواند استفاده کند.

چون حق ارتفاق، حق تبعی است، اگر متبوع تلف شود، تابع نیز از بین می رود. پس اگر راه عبور به خانه را در نظر بگیریم که آن خانه به خاطر عمل توسعه جز سرک شود، صاحب خانه حق ارتفاق دیگر از حق مذکور بهره مند خواهد شد و ملک سود باخته با این

ترتیب از چنگال حق ارتفاق خلاص می شود. چون حق ارتفاق، حق تبعی است به تنهایی عیناً و منفعتاً قابل مبادله و انتقال به غیر نمی باشد.

۴. حق ارتفاق بر تبع ملک سود برده، حق دائم است. معذک میتوان حق ارتفاق را طور مؤقت یا متناوب معین کرد و نیز صاحب حق ارتفاق می تواند از حق مذکور چشم پوشد.

۵. حق ارتفاق، حق غیر قابل تقسیم است. یعنی اگر مثلاً ملک سود برده بین چند نفر مشاع باشد و آنان بعضاً حصه ای خود را بفروشند، حق ارتفاق را نمیتوانند تقسیم کنند. بلکه بصورت مشترک بین آنان باقی میماند. اگر بعضی از مالکان حق مشاع، حق ارتفاق خود را ساقط کنند، آن حق کاملاً بدون تجزیه در اختیار سایرین قرار خواهد گرفت.

ج: انتهای حق ارتفاق

– حق ارتفاق به انقضای مدت معینه یا از بین رفتن کامل عقار مرتفق به یا عقار مرتفق و به اجتماع هر دو عقار دو ملکیت یک شخص منتهی می شود.^۱

– اگر حالت اجتماع ملکیت بنابر تأثیری زایل گردد که زمان گذشته راجع میگردد حق ارتفاق صورت نمی نماید.

– اگر حق ارتفاق در خلال مدت پانزده سال استعمال نشود منقضی میگردد.

– هرگاه عقار دارای حق ارتفاق در ملکیت یک عده شرکا بصورت مشترک داخل شود استفاده ی یکی از شرکا از حق ارتفاق مرور زمان را در مورد سایر شرکا قطع نماید هم چنان وقف مرور زمان به منفعت یکی از شرکا به منفعت شرکای باقیمانده موقوف می شود.

– هرگاه وضع اشیاء طوری تغییر نماید که استفاده از حق ارتفاق غیر ممکن گردد حق ارتفاق ممکن شود حق ارتفاق نیز اعاده میگردد مگر اینکه به اساس عدم استعمال تحت مرور زمان آمده باشد.

مالک عقار مرتفق وقتی می تواند که خود را از تمام یا بعضی ارتفاق خله کند که منفعت عقار مرتفق کاملاً از بین رفته یا منفعت محدودی از آن باقیمانده باشد که با تکالیف واقع بر عقار مرتفق تناسب نداشته باشد.

۱ قانون مدنی، همان اثر، ص ۷۶۲.

گفتار پنجم: انواع حق ارتفاق

حق ارتفاق شامل حق مرور یا عبور و حقابه می باشد که ذیلاً مورد بررسی قرار می گیرد:

الف: حقابه

حقابه عبارت از نوبت استفاده از آب است، برای آبیاری و زراعت و یا به عبارت دیگر حقابه نوبت انتفاع آب را میگویند که برای زمین، درخت و کشت تعیین می شود. که در مورد تعریف حقابه در قانون مدنی چنین احکام وجود دارد:

"حقابه عبارت از نوبت استفاده از آب است، به منظور آبیاری زراعت یا اشجار."^۱

همچنان در مورد حقابه احکام ذیل وجود دارد:

اول: انهار اعظیم یعنی نهار بزرگ و امثال آن که منفعت عامه داشته باشد برای عموم مباح و رواست. و به ملکیت هیچ کسی داخل شده نمی تواند. نوشیدن از آب، آب دادن به حیوانات و اراضی توسط آن جواز دارد.

دوم: هرکس می تواند از نهرهای بزرگ، جوی مخصوصی را احداث کند و به زمین خود آب بدهد. به شرطیکه به دیگران از چنین آبیاری ضرری نرسد.

سوم: از انهار مملو از آب جوی که خود شخص احداث می کند مربوط خودش می باشد. تنها صاحب آن می تواند استفاده کند. دیگران ادعای حقابه را در آن جوی ندارند، ولی میتوانند برای نوشیدن از آن استفاده کنند.

چهارم: هیچ کس نمی تواند از حقابه ای شخص دیگر بدون اجازه ای مالک آن استفاده به عمل آورد. از چنین انهار بعضاً برای حیوانات اجازه ای آب خوردن داده شده می تواند. به شرطی که حیوان مریض نباشد و مراقبت صاحب حیوان در اثنای آب خوردن صورت گیرد.

پنجم: بعضاً اشخاص برای رفع مشکل آینده در حوض های کلان آب جمع آوری می کنند. این حوض ها مخصوص خودشان است و دیگری به آن حق ندارد.

ششم: شخصیکه استفاده از آب نهر را به حیث حقابه داشته باشد، دیگران مانع این کار شده نمیتوانند. تا او را از استفاده آب منع بسازد و یا به جریان آب او ممانعت ایجاد کند.

هفتم: حقابه به میراث برده می شود و توصیه آن جایز است.

۱ قانون مدنی. ماده ۲۳۴۷.

هشتم: فروش حقا به جواز دارد.

ب: حق مجرا، مرور و مسیل

قانون مدنی در مورد حق مرور، مجزا و مسیل احکامی به شرح زیر دارد:

۱. حق مرور، مجرا و مسیل اگر قدیمی باشد، به حال خود گذاشته می شود. مگر اینکه اصلاً نامشروع باشد. در این صورت به قدامت اعتبار داده نمی شود و در صورت موجود یک ضرر واضح از بین برده می شود.

۲. اگر مسیل خندقی در راه عام یا خاص کشیده شده باشد که از آن ضرری به مردم عاید باشد، ضرر مذکور رفع ساخته می شود. گرچه قدیمی باشد.^۱ (هرگاه حق مرور، مجرا یا مسیل شخص بالایی زمین شخص دیگری باشد، صاحب زمین نمی تواند او را از این حقوق محروم نماید).^۲

همچنان در ماده ۲۳۵۳ ق. م. ا. در مورد مسیل چنین تذکر به عمل آمده است: "هیچ کس نمی تواند بدون حق مسیل محلی را که جدیداً احداث نموده به منزل شخص دیگر بکشد. مگر اینکه اجازه ای او را حاصل کرده باشد.

همچنان در یک تقسیم بندی از نظر علمای فقهی حقوق ارتفاق به پنج دسته تقسیم می شود که مختصراً آن را تذکر می دهیم:

۱. حق آبیاری (حق آبه): طوری که در قانون مدنی تعریف شده است، عبارت از تهیه آب است که برای یک قطعه زمین داده شده که این حقا به از نظر فقه های اسلامی سه نوع می باشد.

الف- آب دریا های عمومی.

ب- آب جوی.

ج- آبهای که مردم آن را در حوض و یا جای خاص نگهداری مینمایند.

۲. حق مجرا: عبارت از حق جریان آب است. از یک طریق که مملوک دیگران باشد در این صورت نیز قاعده ای عمومی عدم متضرر شدن دیگران باید مراعات گردد.

۱ قانون مدنی. ماده ۲۳۵۱.

۲ قانون مدنی. ماده ۲۳۵۲.

هرگاه حق مجرا بین چند نفر مشترک باشد، یکی از آنها بدون اجازه ی دیگران آن را بسته کرده نمی تواند. البته در صورت رضایت شرکای دیگر شخص می تواند در نوبت خود غرض بالا بردن آب، مجراء را بسته کند و آب را بر زمین اش که ارتفاع آن از جریان آب طور عادی بلند است، برساند. دراین حالت اگر شرکا متضرر شده و راضی نباشند که مجرا بسته شود لازم است مالک زمین مرتفع، آلات و وسایلی بر مجرا نصب کند که آب را برای استفاده آماده سازد درغیر آن حق استفاده از حق ارتفاع سلب می شود.

۳. حق مسیل عبارت از حق جریان آب است که به اصطلاح حق آبرو نامیده می شود. که با احکام حق مجرا مشابه است.

۴. حق مرور عبارت است از حق رسیدن شخص از خانه یا زمین از راهی که ملک دیگری باشد.

۵. حق جوار عبارت از حقوق همسایگی است.

عناصر متشکلہ جرم تجاوز ارضی از منظر اسناد بین المللی و کود جزای افغانستان

فہرست:

۱۴۷	چکیدہ
۱۴۷	مقدمہ
۱۴۸	گفتار اول: مفہوم جرم تجاوز
۱۴۹	گفتار دوم: تفاوت جرم تجاوز با سایر جرائم بین المللی
۱۵۰	گفتار سوم: عناصر متشکلہ جرم تجاوز
۱۵۰	الف: عنصر قانونی
۱۵۲	۱. جرم تجاوز
۱۵۲	۱-۱. رفتار فیزیکی
۱۵۳	۱-۱-۱. برنامه ریزی
۱۵۳	۱-۱-۲. تدارک
۱۵۴	۱-۱-۳. آغاز
۱۵۵	۴- اجرا
۱۵۶	۱-۲. شرایط و اوضاع و احوال
۱۵۶	۱-۲-۱. شخص حقیقی بودن
۱۵۶	۱-۲-۲. عمل تجاوز کارانہ بودن
۱۵۶	۱-۲-۳. عضو دولت بودن
۱۵۷	۱-۲-۴. شخص نظامی و سیاسی مؤثر در حکومت
۱۵۸	۱-۲-۵. شدید بودن

چکیده

در تحقیق حاضر عناصر متشکله جرم تجاوز از منظر اسناد بین‌المللی و کود جزای افغانستان مورد بحث قرار گرفته است. البته در اسناد بین‌المللی بیشتر ملاک اساس‌نامه محکمه بین‌المللی جزایی است. در این مطالعه مقایسه‌ی نخست تجاوز تعریف گردیده، مبانی جرم انگای آن مورد بررسی قرار گرفته و تفاوت جرم تجاوز با سایر جرایم بین‌المللی واضح ساخته شده است.

در بخش دیگر از این مقاله به عناصر متشکله جرم مذکور در اسناد بین‌المللی و کود جزای افغانستان پرداخته شده است. براساس یافته‌های این تحقیق جرم تجاوز در اساس‌نامه محکمه بین‌المللی جزایی و کود جزای افغانستان از عناصر سه‌گانه؛ قانونی، مادی و معنوی برخوردار می‌باشد. عنصر قانونی جرم تجاوز؛ قطعنامه سال ۱۹۷۴ مجمع عمومی — سازمان ملل در مورد تعریف تجاوز، مواد ۵ و ۸ مکرر، اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی و ماده ۳۴۳ کود جزای افغانستان می‌باشد. عنصر مادی جرم تجاوز؛ برنامه ریزی، تدارک، آغاز یا اجرای یکی از اعمال تجاوز کارانه ای ذکر شده در بند ۲ ماده ۸ مکرر اساس‌نامه محکمه بین‌المللی جزایی و ماده ۳۴۳ کود جزای افغانستان است. عنصر معنوی جنایت مذکور اجرای عمل تجاوز کارانه به شکل عمدی و داشتن آگاهی در مورد آن می‌باشد.

واژگان کلیدی: جنایت تجاوز، اسناد بین‌المللی، کود جزا.

مقدمه

جرم تجاوز یکی از مباحث بسیار عمده و پیچیده در حقوق جزای بین‌الملل بوده و عقیده بر آن است که جرم مذکور شدیدترین و خطرناک‌ترین شکل استفاده غیرقانونی از زور بوده و مادر سایر جرایم بین‌المللی محسوب می‌گردد. ارتکاب جرایم فجیع در سطح بین‌الملل و فکر مجازات مرتکبان آنها با فراز و نشیب‌های از دیر زمان در اندیشه بشر مطرح بوده است، زیرا زمامداران زیادی در طول تاریخ بشریت حاکمیت ملی و تمامیت ارضی کشور‌های دیگر را نقض نموده و به قصد تصرف کشورها جنگ‌های طویل

المدت و شدید را راه اندازی نمودند که در نتیجه این جنگ‌ها از یکسو قلمرو کشورها مورد تجاوز قرار گرفته و از سوی دیگر در سایه جرم تجاوز جرایم بین‌المللی دیگری مانند نسل‌کشی، جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت رخ داده است.

بنابراین وقوع جرایم فوق‌دنیای امروزی را وادار ساخته تا به‌منظور مهار جرم تجاوز و سایر جرایم بین‌المللی کاری را انجام دهند. تا نظم بین‌المللی و صلح در جهان تأمین گردیده، دولت‌ها به حاکمیت ملی و تمامیت ارضی یکدیگر حرمت قائل شده و احترام نمودن به استقلال سیاسی کشورها به عنوان یک اصل پذیرفته شده بین‌المللی به رسمیت شناخته شود. تجاوز زمانی جرم محسوب می‌گردد که جنگ ممنوع گردد، چون واضح است تا زمانیکه جنگ به عنوان یک راه مشروع برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی مطرح باشد جرمی بنام تجاوز مطرح بحث قرار نمی‌گیرد. پس از اینکه جنگ ممنوع گردید تجاوز نیز جرم محسوب شده و بر مرتکب آن مجازات تعیین گردیده است. پس روی همین ملحوظ است که محکمه بین‌المللی جزایی در ماده ۵ اساس‌نامه خود جرم تجاوز را به عنوان جرم تحت صلاحیت رسیدگی خود قرار داده است.

در افغانستان قانون اساسی دولت را مکلف نموده تا سیاست خارجی خود را بر مبنای احترام متقابل تنظیم نماید اما به‌منظور به محاکمه کشانیدن رهبران سیاسی و نظامی افغانستان که حاکمیت کشورهای دیگر را نقض نمایند کود جزای جدید در کنار سایر جرایم بین‌المللی جرم تجاوز را نیز تحت عنوان جرم تجاوز علیه دولت در ماده ۳۴۱ خود جرم انگاری نموده، بر مرتکب آن مجازات مقرر داشته و تحریک دعوی جزایی علیه مرتکب جرم تجاوز را مشروط به شکایت دولتی قرار داده که مورد تجاوز قرار گرفته است. با توجه به اهمیت جرم مذکور در اسناد بین‌المللی و قوانین افغانستان، در تحقیق حاضر به بررسی عناصر متشکله عمل مذکور به عنوان یک جرم بین‌المللی که درکد جزای افغانستان دارای ماهیت جنایت می‌باشد، پرداخته‌ایم تا بتوانیم یک مطالعه‌ی مقایسه‌ی را در این مورد انجام دهیم تا دریابیم که چه مشابهت‌ها و افتراقات در عناصر تشکیل‌دهنده جرم تجاوز میان اسناد بین‌المللی و قوانین افغانستان وجود دارد.

گفتار اول: مفهوم جرم تجاوز

جرم عبارت از اجرای عملی است که کود جزا و شریعت اسلام اجرای آنرا منع

نموده و بر مرتکب آن مجازات مقرر داشته است. و همچنان جرم عبارت از امتناع از انجام عملی است که شریعت اسلام و کود جزا اجرای آن امر نموده است. تجاوز در لغت یعنی «عمل یا رفتاری در جهت آسیب رساندن یا از میان بردن حق دیگری، وضع یا کیفیت فرارفتن از حدمعین»، «فرا گذاشت»، «حمله کردن نیروی نظامی یک کشور به کشور دیگر، دست درازی کردن به حق کسی» و «یک حمله خشونت آمیز و یا تهدید توسط یک شخص در مقابل شخص دیگری و یا توسط یک کشور علیه کشور دیگری»^۱

اما در مفهوم اصطلاحی جرم تجاوز بر اساس بند اول ماده ۸ مکرر اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی عبارت است از: برنامه‌ریزی، تدارک، آغاز یا اجرای عمل تجاوز کارانه توسط فردی در هر موقعیتی که قادر به کنترل یا هدایت اقدام سیاسی یا نظامی یک دولت باشد و به دلیل ماهیت، شدت و گستردگی آن نقض آشکار منشور ملل متحد محسوب گردد.^۲

گفتار دوم: تفاوت جرم تجاوز با سایر جرایم بین‌المللی

تفاهم بر این است که جرم تجاوز به عنوان جرم رهبران شناخته می‌شود؛ بدین معنا که مرتکبان این جرم باید نسبت به تصمیم سازی‌های منتهی به جرم تجاوز و نیز زیردستان خود که در عملیات تجاوز کارانه مشارکت می‌کنند، کنترل یا رهبری مؤثر داشته باشند. و یا به عبارت دیگر، اشخاصی که به اتهام ارتکاب جرم تجاوز تحت تعقیب قرار می‌گیرند، رهبران و مقامات سیاسی، نظامی و حتی اقتصادی باشند. از همان ابتدای مذاکرات کنفرانس بازنگری در کامپالا، یک اجماع جدی شکل گرفت که جرم تجاوز یک جرم مطلق رهبری است. ریشه این مفهوم به محاکمات نورنبرگ و توکیو بر می‌گردد که جرم تجاوز را از سایر جرایم بین‌المللی متمایز می‌سازد. رویه قضایی محاکم مذکور به جای اتکا بر سمت و رتبه اشخاص در دولت‌های متبوع خود، عمدتاً بر قدرت و توانایی

۱ مهر داد سلامی؛ (بررسی ارکان و عناصر جنایت تجاوز از منظر اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی)، پایان نامه کارشناسی ارشد، ص ۶.

۲ رضا موسی زاده و حسین فروغی نیا؛ (بررسی مفهوم تجاوز ارضی با تاکید بر قطعنامه‌ی مصوب کنفرانس بازنگری کامپالا)، ص ۱۳۷.

فرد در شکل‌دهی و سازمان‌دهی برنامه‌های دولت خود تأکید داشتند. ۱
 بند ۳ مکرر ماده ۲۵ مقرر می‌دارد: «در رابطه با جرم تجاوز، مقررات این ماده تنها نسبت به اشخاصی اجرا می‌شود که موثراً در مقامی هستند که کنترل یا هدایت خود را نسبت به اقدام نظامی یا سیاسی دولت اعمال خواهند کرد». بند ۲ از عناصر جرائم ماده ۸ مکرر نیز در توضیح بند فوق مقرر می‌دارد: «مرتکب شخصی است در موقعیتی که کنترل یا هدایت خود را موثراً بر عمل سیاسی یا نظامی دولتی که جرم تجاوز را مرتکب شده اعمال کرده است». مفهوم مخالف ماده ۲۵ مکرر ثانی این است که یک سرباز عادی که در سلسله مراتب دولت متجاوز خدمت می‌کند نمی‌تواند مطابق با ماده مذکور به عنوان شریک یا معاون جرم شناخته شود. ۲

گفتار سوم: عناصر متشکله جرم تجاوز

جرم تجاوز نیز به عنوان یک جرم بین‌المللی، دارای عناصر سه‌گانه قانونی، مادی و معنوی در اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی و کود جزای افغانستان می‌باشد که اینک در طی سه گفتار به بررسی هریک از عناصر متشکله جرم تجاوز در اسناد بین‌المللی و کود جزای افغانستان به شکل مقایسه‌ای می‌پردازیم.

الف: عنصر قانونی

جرم به عنوان یک پدیده و واقعیت اجتماعی در جوامع انسانی قابلیت تحقق دارد اما همه رفتار صورت گرفته از سوی انسان مخالف نظم اجتماعی نمی‌باشد بلکه تنها برخی از رفتارها مجرمانه می‌باشد. به عبارت دیگر میان رفتار انسانی و نظم حاکم در جامعه به لحاظ منطقی عموم و خصوص رابطه مطلق برقرار است. برای تفکیک رفتار انسان، اصولی‌ترین و اساسی‌ترین روش تعیین مجازات یا اقدامات تأمینی برای رفتار مخالف نظم اجتماعی است. عنصر قانونی جرم تجاوز در اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی عبارت

۱ کریانگ ساک کیتی چایساری، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه: دکتر حسین آقایی جنت مکان، تهران، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷، ص ۳۲۶.
 ۲ حسین آقایی جنت مکان (۱۳۹۰)، «تعریف، عناصر و شروط اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به جنایت تجاوز با نگاهی به موافقت‌نامه کامپالا»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال ۲۸، شماره ۴۴، ص ۱۷۵.

است از بند ۱ ماده ۵ اساسنامه که بر اساس ماده مذکور، جرم تجاوز از جمله جرایم داخل در صلاحیت محکمه بین‌المللی جزایی است. همچنان ماده ۸ مکرر اصلاحیه کامپالا که از الحاقیه‌های اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی است در این مورد چنین مقرر می‌دارد: (۱) منظور از «از جرم تجاوز» در این اساسنامه؛ برنامه ریزی، تدارک، آغاز یا اجرای عمل تجاوز کارانه از سوی شخصی در مقامی است که می‌تواند به نحو مؤثری عمل سیاسی یا نظامی یک دولت را کنترل یا هدایت کند و ماهیت، شدت و گستره آن عمل تجاوز کارانه، موجب نقص آشکار منشور ملل متحد می‌شود. (۲) منظور از «عمل تجاوز کارانه» در بند ۱، استفاده از نیروی مسلح از سوی یک دولت علیه حاکمیت، تمامیت سرزمینی یا استقلال سیاسی دولت دیگر یا به هرنحو دیگر ناسازگار با منشور ملل متحد است. هریک از عمل زیر قطع نظر از اینکه اعلان جنگ شده یا نشده باشد، مطابق قطعنامه ۳۳۱۴، مؤرخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد به عنوان عمل تجاوز کارانه توصیف می‌شود:

تجاوز به عنوان یک جرم بین‌المللی در حقوق افغانستان قبل از نافذ شدن کود جزا به عنوان جرم محسوب نمی‌گردید، و مرتکب آن نیز مستوجب مجازات شناخته نمی‌شد، حال آنکه اکنون من حیث یک جرم بین‌المللی بصورت مطلق منع قرار گرفته است. اما بصورت مشخص عنصر قانونی جرم تجاوز در حقوق افغانستان ماده ۳۴۱ کود جزا می‌باشد، ماده مذکور با پیروی از قطعنامه ۳۳۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد و اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی به تعریف جرم تجاوز پرداخته و همان تعریف ای‌راکه در اساسنامه محکمه جزایی بین‌المللی آمده عین تعریف را ارائه نموده است، و عمل تجاوز کارانه را منع قرار داده است.

بنابراین تجاوز به عنوان یک عمل جرمی که دارای ماهیت جنایت می‌باشد در قطعنامه ۳۳۱۴ مؤرخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، ماده ۵ اساسنامه و ماده ۸ مکرر اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی و ماده ۳۴۱ کود جزای افغانستان به عنوان عمل ممنوعه، غیر قابل مجاز و عمل جرمی تذکر یافته است.

ب: عنصر مادی

بر اساس بند ۱ ماده ۸ مکرر اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی عنصر مادی جرم

تجاوز عبارت است از: برنامه ریزی، آماده‌سازی، شروع یا اجرای یکی از اعمال تجاوزکارانه می‌باشد. بند دوم ماده ۸ مکرر اساس‌نامه محکمه بین‌المللی جزایی به بیان و تعریف اعمال تجاوز کارانه پرداخته و هفت موردی را بیان نموده است که موارد مذکور به عنوان اعمال تجاوز کارانه محسوب می‌گردند. شروع به اجرای هریک از اقداماتی که عمل تجاوز کارانه محسوب می‌گردند برای تحقق جرم تجاوز کافی دانسته شده است. از این رو، هرکس با انجام یکی از شیوه‌های چهارگانه برای تحقق اعمال تجاوز کارانه تلاش نماید «متجاوز» شناخته می‌شود.^۱

کود جزای افغانستان در ماده ۳۴۱ خود به تحقق عنصر معنوی جرم تجاوز و بیان اعمال تجاوز کارانه پرداخته است. بر اساس محتوای ماده مذکور عنصر مادی جرم تجاوز زمانی تحقق می‌یابد که یکی از اعمال تجاوز کارانه که بعداً به آنها اشاره می‌گردد ارتکاب یافته باشد. برنامه ریزی، آمادگی و شروع به جرم تجاوز براساس این ماده مستوجب مجازات شناخته نمی‌شود. بنابراین به‌منظور فهم بیشتر از عنصر مادی جرم تجاوز بند های ۱ و ۲ ماده ۸ مکرر اساس‌نامه محکمه بین‌المللی جزایی و ماده ۳۴۱ کود جزای افغانستان را به شکل مقایسوی تحت دو عنوان به تفصیل مطالعه می‌نماییم.

۱. جرم تجاوز

عنصر مادی جرم تجاوز براساس اساس‌نامه محکمه بین‌المللی جزایی عبارت است از برنامه ریزی، تدارک، آغاز و یا اجرای یک عمل تجاوز کارانه. اما در کود جزای افغانستان تنها ارتکاب عمل می‌تواند موجب تحقق عنصر مادی گردد، برنامه ریزی، تدارک و آغاز به جرم تجاوز نمی‌تواند موجب تحقق رکن مادی شود. بنابراین هریک از حالات ذیل را به صورت جداگانه به بررسی می‌گیریم.

۱-۱. رفتار فیزیکی

مطابق بند الف ماده ۸ مکرر اساس‌نامه محکمه بین‌المللی جزایی عنصر مادی جرم تجاوز عبارت از برنامه‌ریزی، تدارک، آغاز یا اجرای یک عمل تجاوز کارانه می‌باشد؛ که اینک هریکی از این اعمال را به‌صورت جداگانه بررسی می‌نماییم.

۱ حسین آقایی جنت مکان، پیشین، ص ۱۷۳.

۱-۱-۱. برنامه ریزی

برنامه ریزی یعنی ارایه راه کار برای عملیات آینده که متضمن نتایج معین باهزینه مشخص و دوره زمانی معلوم می باشد. بنابراین برنامه ریزی یک عمل تجاوز کارانه غیر از برنامه ریزی به عنوان مقدمه جرم است که این قاعده در اساسنامه محکمه بین المللی جزایی هم پذیرفته شده است. به عبارت دیگر برنامه ریزی عمل تجاوز کارانه یک عنصر ذاتی می باشد. یعنی منظور از برنامه ریزی در ماده ۸ مکرر محکمه بین المللی جزایی، ساخت برنامه های بلند مدت و ترتیبات به منظور راه اندازی جنگ یا عمل تجاوز کارانه در آینده است. ۱.

بنابراین در صورتیکه سران سیاسی یا نظامی مؤثر در امور یک کشور پس از آن که برنامه ریزی یا تدوین سیاست از آغاز کردن یک عمل تجاوز کارانه یا به اجرا در آوردن یک عمل تجاوز کارانه مطلع گردد در این صورت چنانچه از این کار خود داری نکند به صورت ترک فعل در برنامه ریزی و سیاست گذاری عمل تجاوز کارانه داخل می شوند. یا در کشورهای که به صورت دوره ای اداره می شود در صورتی که برنامه تدوین شده به دوره حکومت دیگر کشانده شود و فرد اخیر الذکر مخالفتی با آن ننماید به عنوان تارک فعل قابل تعقیب خواهد بود. ۲.

اما بر اساس محتوای ماده ۳۴۱ کد جزای افغانستان برنامه ریزی به منظور انجام تجاوز ارضی جرم محسوب نگردیده و مستوجب مجازات شناخته نمی شود.

۱-۱-۲. تدارک

در لابلای برنامه ریزی یک عمل تجاوز کارانه دومین مرحله تدارک ابزار و امکانات لازم برای یک عمل تجاوز کارانه می باشد یعنی پس از پایان مرحله برنامه ریزی به عنوان اولین مرحله عمل تجاوز کارانه، مرحله آماده سازی یک عمل تجاوز کارانه آغاز می شود. تهیه مقدمات عمل تجاوز کارانه در چند جبهه صورت پذیرد: نخستین اقدام یا برنامه فرعی، آماده سازی دیپلماتیک می باشد، هیچ کشور بدون بهانه مشروع و قانونی اقدام به استفاده از نیروی نظامی نمی کند یا حداقل پس از ممنوعیت جنگ استفاده ننموده است.

۱ مهرداد سلامی، پیشین ص ۶۸.

۲، همان، ص ۶۹.

همیشه مقدمه چینی دیپلماتیک در این مورد انجام گرفته است. به عنوان مثال می‌شود به تلاش دیپلمات‌های آلمان نازی برای فریب افکار عمومی مبنی بر اینکه هتلر قصد جنگ تجاوز کارانه را ندارد اشاره نمود. دومین برنامه فرعی برای تدارک یک عمل تجاوز کارانه استخدام نیروی انسانی کافی به منظور استفاده در عملیات نظامی است، در این مورد می‌توان به محکومیت رئیس امور جوانان آلمان نازی برای تحریک جوانان آلمان به منظور پیوستن به هتلر و حمایت از افکار او اشاره کرد. مهم تر از دو مورد مذکور، تهیه مهمات نظامی برای انجام یک عمل تجاوز کارانه سومین برنامه فرعی، تدارک می‌باشد. در این زمینه می‌توان تأسیس کارخانه‌های اسلحه سازی، خرید سلاح نظامی، انعقاد قرار داد خرید سلاح از دیگر کشورها اشاره نمود که در مجموع برای اجرای برنامه طرح ریزی شده انجام می‌شود. بدیهی است که موارد فوق در صورتی که به وسیله افراد سیاسی و نظامی مؤثر در کنترل یا هدایت کشور انجام شود با اثبات عنصر معنوی قابل تعقیب برای جرم تجاوز در محکمه بین‌المللی جزایی خواهد بود.^۱

کود جزای افغانستان، در مورد جزای تدارک وسایل به منظور انجام جنایت تجاوز سکوت اختیار نموده و حکم مشخصی به دست نمی‌دهد.

۳-۱-۱. آغاز

در ادامه برنامه ریزی یک عمل تجاوز کارانه به دنبال تدوین برنامه و تهیه مقدمات لازم، اجرای آن می‌باشد، در این مرحله ابتدا به سامان دهی ابزار و وسیله‌های تهیه شده می‌پردازند؛ سپس تنظیم تفصیلی متواتر فعالیت‌ها و جدول‌های زمان بندی جزئیات اینکه فعالیت‌های برنامه ریزی شده در کجا، توسط چه کسی و در چه زمانی باید انجام شود بطور مناسب تنظیم می‌گردد و بر اساس این اقدامات، عملیات نظامی آغاز می‌گردد. به نظر می‌رسد رفتار فزینگی آغاز عمل تجاوز کارانه به صورت فعل مثبت انجام می‌پذیرد. در واقع رفتار فزینگی در این مرحله دستور دادن به این که چگونه اقدامات تدارک دیده شده به اجرا گذاشته شود.

سوالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا همه مداخله کننده‌گان در اجرای عمل تجاوز کارانه قابل تعقیب هستند؟ یا باید بین امر و مأمور تفکیک قایل شویم.

۱ مهر داد سلامی، همان، ص ۷۰.

در پاسخ این سوال باید گفت که مسؤلیت جرم تجاوز محدود به افراد نظامی و سیاسی مؤثر در هدایت و کنترل دولت گردیده است به عبارت بهتر تنها فرماندهان ارشد و ما فوق در این جرم مسؤل و قابل تعقیب جزایی هستند؛ افراد عادی و نظامیان مادون را نمی توان به ارتکاب جرم تجاوز تعقیب نمود: توضیح اینکه مسؤلیت مقام مافوق دارای دو مفهوم مختلف در حقوق جزا است: نخست مسؤلیت مستقیم فرمانده در مقابل دستوراتی که به طور غیر قانونی صادر می کند و دوم: مسؤلیت جزایی قابل انستاب به مافوق در قبال رفتار غیر قانونی زیر دست که بر اساس دستورات مافوق نیستند.^۱

قابل یاد آوری است که در مورد آغاز به جرم تجاوز کد جزای افغانستان سکوت اختیار نموده و هیچ حکمی در این راستا در کد جزا وجود ندارد، نتیجه ای که از بحث مذکور می توان گرفت این است که کد جزا آغاز به اجرای جنایت تجاوز را مستوجب مجازات نمی داند و در اینجا به صورت واضح تفاوت میان هر دو اسناد (ملی و بین المللی) مشاهده می گردد، چون در اساسنامه محکمه بین المللی جزایی آغاز به تجاوز جرم بوده و مستوجب مجازات شناخته می شود اما در کد جزای افغانستان جرم محسوب نمی گردد.

۴- اجرا

آخرین مرحله در جریان برنامه ریزی عمل تجاوز کارانه اجرای برنامه های تنظیم شده در کشور مورد تجاوز یا بهره برداری از اقدامات صورت گرفته است. به عبارت دیگر مطابق برنامه ریزی های مدیریتی، موفقیت یک برنامه با نتایج به دست آمده از آن سنجیده می شود بنابراین پیش بینی چگونگی پی گیری کافی برای تعیین انطباق عملکرد با برنامه و نتایج به دست آمده مورد انتظار، جزء لاینفک فرایند برنامه ریزی می باشد.

بنابراین اجرای عمل تجاوز کارانه یک مرحله بعد از شروع عمل تجاوز کارانه است و در این مرحله انگیزه و هدف اصلی از عمل تجاوز کارانه مدیریت می گردد. با توجه به مطالب فوق الذکر مهم ترین مرحله برای رسیدن به اهداف طراحی شده مرحله چهارم است.^۲

۱ مهر داد سلامی، همان، ص ۷۲.

۲ ، همان، ص ۷۳.

کود جزای افغانستان نیز در ماده ۳۴۱ خود فقط ارتکاب عمل تجاوز کارانه را جرم دانسته و بر مرتکب آن مجازات مقرر نموده است. بنا بر این مشابهتی که میان کود جزای افغانستان و اساسنامه‌ی محکمه بین‌المللی جزایی وجود دارد در اجرا و ارتکاب جرم تجاوز است که هر دو سند تقنینی آنرا مستوجب مجازات شناخته اند اما در سه مورد دیگر (برنامه‌ریزی، تدارک و آغاز) میان هر دو سند تفاوت وجود دارد.

۱-۲. شرایط و اوضاع و احوال

علاوه از برنامه‌ریزی، تدارک، آغاز و اجرا شرایط و اوضاع و احوال بگونه‌ای باشد که جرم تجاوز توسط شخص حقیقی ارتکاب یابد، عمل فرد مذکور یکی از اعمال تجاوز کارانه باشد، شخص مذکور عضو سیاسی و نظامی مؤثر در حکومت باشد، عمل کردش باید شدید بوده و نقض آشکار منشور ملل متحد محسوب گردد.

۱-۲-۱. شخص حقیقی بودن

مرتکبین جرم تجاوز براساس تعریف ارائه شده در بند اول ماده ۸ مکرر اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی و بند اول ماده ۳۱۴ کود جزای افغانستان باید شخص حقیقی باشد.

۱-۲-۲. عمل تجاوز کارانه بودن

جریان برنامه‌ریزی تنها در صورتی قابل تعقیب و مجازات در محکمه بین‌المللی جزایی خواهد بود که برای یک عمل تجاوز کارانه صورت بگیرد. یعنی اقدام مسلحانه از سوی یک کشور علیه حاکمیت، استقلال و تمامیت سرزمینی یک کشور دیگر انجام شود. در غیر این صورت، جرم تجاوز نخواهد بود. ۱

کود جزای افغانستان در این مورد از اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی پیروی نموده و از لحاظ اوضاع و احوال زمانی عنصر جرم تجاوز را ارتکاب یافته می‌داند که عمل مذکور تجاوز کارانه باشد.

۱-۲-۳. عضو دولت بودن

بند یک ماده ۸ مکرر اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی به طور صریح تحقق جرم تجاوز را تنها از سوی افرادی که در یک دولت سمت دارند یا عضو دولت یک کشور

هستند قابل تصور می‌داند، بنابراین افراد غیر دولتی از جمله اشخاصی که رهبری یک گروه تروریستی رهبری شورشیان را بر عهد دارند حتی اگر آن‌ها در کنترل یک کشور دخالت و نفوذ قابل توجهی بر رفتار دولت داشته باشند را در بر نمی‌گیرد. از عبارت عمل سیاسی یا نظامی استنباط می‌گردد که از میان افراد داخل در دولت یک کشور تنها افراد سیاسی و نظامی دخیل در جنایت تجاوز قابل محاکمه در محکمه بین‌المللی جزایی می‌باشند و برخلاف اساسنامه نورنبرگ صنعتگران، اقتصاد دانان، سرمایه داران، رئیس گروه‌های مذهبی و سایر افراد مؤثر در تحقق جرم تجاوز که دارای سمت سیاسی یا نظامی در دولت نمی‌باشند را شامل نمی‌گردد.^۱

کود جزای افغانستان نیز با پیروی از اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی در ماده ۳۴۱ خود به این امر پرداخته است. بر اساس محتوی ماده مذکور، تنها مقامات دولتی، عمل شان جنایت تجاوز تلقی می‌گردد و مستوجب مجازات شناخته می‌شوند.

۴-۲-۱. شخص نظامی و سیاسی مؤثر در حکومت

عضو دولت بودن مرتکبان جرم تجاوز لازم است اما کافی نیست، بلکه باید عضو مؤثری در حکومت باشد: یعنی تنها اعضای سیاسی و نظامی مؤثر در حکومت کشور متجاوز قابل تعقیب خواهند بود. جرم تجاوز محدود به سران دولت یا افراد در موقعیت رهبری می‌باشد. برخلاف سایر جرایم در صلاحیت محکمه بین‌المللی جزایی یعنی نسل کشی، جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت مرتکبین تجاوز محدود به افراد سیاسی و نظامی مؤثر در یک دولت است. این تفاوت دلیل است که هدف سه جرم اول حمایت از افراد می‌باشد در حالی که هدف از جرم انگاری تجاوز حمایت از دولت، حاکمیت سیاسی، استقلال و تمامیت سرزمینی آن می‌نماید. علت محدود کردن مرتکبین این جرم به افراد سیاسی و نظامی مؤثر در حکومت تعریف ارائه شده برای عمل تجاوز کارانه در بند ۲ ماده ۸ مکرر است، چه بند ۲ عمل تجاوز کارانه استفاده از نیروی مسلح از سوی یک دولت تعریف کرده که معمولاً توسط افراد نظامی و سیاسی انجام می‌پذیرد.^۲

کود جزای افغانستان نیز در ماده ۳۴۱ خود به این موضوع پرداخته و تنها عملی آن

۱ مهر داد سلامی پیشین، ص، ۷۶.

۲ همان، ص ۷۷.

مقامات دولتی را جنایت تجاوز می‌داند که شخص سیاسی و نظامی مؤثر در حکومت باشد.

۵-۲-۱- شدید بودن

مطابق بند ۱ ماده ۸ مکرر اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی این جرم به سه آستانه ماهیت، شدت و گستره می‌باشد. که به نظر می‌رسد بیانگر سازمان یافته بودن آن می‌باشد. توضیح اینکه جرایم بین‌المللی به دودسته فردی و سازمان یافته تقسیم می‌گردد: درحالی که جنایت فردی شامل مواردی می‌شود که مرتکبین غالباً از روی هوسرانی و به ابتکار خود انجام می‌دهند. جنایت سازمان یافته جنایتی هستند که در سطح وسیع و برای پیش‌برد برنامه از پیش تعیین شده‌ای ارتکاب می‌یابند. این نوع جنایت به درخواست، دستور، تشویق یا حداقل تحمیل مقامات حکومتی انجام می‌شود. براین اساس است که حقوق جزایی بین‌الملل برای مقابله با این جرائم مصونیت رهبران یک دولت و همچنین دستور مافوق به عنوان رافع مسؤلیت جزایی نمی‌پذیرد.^۱

کود جزای افغانستان در تعریف جرم تجاوز در مورد ماهیت، شدت و گستره از اساس نامه محکمه بین‌المللی جزایی پیروی نموده و هر دو سند تقنینی در این مورد باهم موقوف هم‌سان دارند.

۱ مهر داد سلامی، پیشین، ۷۸.

اجمالی از فعالیتها

در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

نمونه های از خلاصه احکام صادره محکمه ابتدائیه

رسیدگی به جرایم امنیت عامه ولایت هرات

حکم مورخ ۱۳۹۹/۱/۲۴

محکومیت آمر حادثات ترافیک ولایت هرات به جرم اخذ رشوت

یکتن از افراد با یک عراده موتر سایکل در مسیر جاده با یک شخص پیاده حادثه ترافیکی میکند که از جانب پولیس ترافیک محل ، حادثه بررسی و موتر سایکل در مدیریت ترافیک توقف داده میشود از اینکه حادثه جزئی بوده و شخص متضرر ابرا داده قضیه مذکور از طریق مدیریت ترافیک حل شده است سپس مالک موتر سایکل خواهان گرفتن موتر سایکل خود از نزد امریت حادثات میشود که عضو امریت در بدل تسلیم کردن موتر سایکل از مالک رشوت مطالبه می نماید بعداً شخص مالک موتر سایکل عنوانی قوماندانی امنیه ولایت هرات عارض گردیده که گویا یکن از منسوبین امریت حادثات مدیریت ترافیک مبلغ پولی را در قبال کاری که نزد وی دارم رشوت مطالبه می نماید که طی یک پلان منظم به حضور داشت نماینده خرنوالی ابتدائیه عسکری مبلغ سه هزار افغانی نشانی شد گردیده و به دسترس مالک موتر سایکل قرار داده شده که مبلغ متذکره به دوهم ساتنمن عضو امریت حادثات مدیریت ترافیک تادیه و هیئت موظف گرفتاری داخل اقدام شده و مبلغ سه هزار افغانی از قبل نشانی شده را از نزد متهم بدست آورده و متهم را دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی می نماید که قضیه وارد دیوان رسیدگی به جرایم امنیت عامه محکمه ابتدائیه شهری ولایت هرات گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۱/۲۴ به حضور داشت طرفین قضیه به اتفاق آرا متهم سرپرست امریت

حادثات مدیریت ترافیک قوماندانی امنیه ولایت هرات را در خصوص اتهام اخذ مبلغ سه هزار افغانی رشوت طبق جز (۱) فقره (۱) ماده (۳۷۱) کود جزا و فقره (۱) ماده (۳۸۵) کود مذکور به مدت سه ماه حبس تنفیذی و پرداخت مبلغ سه هزار افغانی معادل و جه رشوت محکوم به مجازات نموده است .

در راستای مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

الف: گزارش اجراآت قضائی محکمه ابتدائیه اختصاصی

مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

۱. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (۱/۲/۱۳۹۹) الی (۳۱/۲/۱۳۹۹) تعداد (۸۵) 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 (۱۳۴) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (۷) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت یافته و (۱۲۷) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس ۱ سال الی ۵ سال ۸۱ نفر .
- حبس ۵ سال الی ۱۵ سال ۲۶ نفر.
- حبس ۱۵ سال الی ۲۰ سال ۱۹ نفر .
- حبس ۲۰ سال الی ۳۰ سال ۱ نفر .
- همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر حکم به محو مقدار (۱۷۶۱۶،۷۲۳) کیلوگرام مواد مخدر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

جدول شماره (۱): آمار اجراءات قضایی محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه با مسکرات و مواد مخدر در ماه حمل سال ۱۳۹۹

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تعداد متهم	تعداد برانت	تصمیم قضائی			
						تعداد مجوس به حبس تنفیذی			
						سال ۱۳۹۰-۲۰	سال ۲۰۱۵-۲۰	سال ۲۰۱۵-۲۰	تعداد محکوم
۱	مت امفتامین	۳۳	۷۶۹.۶۱۱	۴۰	۲	۳۸	۲۶	۹	۳
۲	هیروئین	۲۲	۳۱۲۶.۱۸	۳۸		۳۸	۲۱	۱۱	۵
۳	مورفین	۲	۱۷.۸	۵	۱	۴	۱	۳	
۴	جرس	۱۱	۵۳۶۹	۲۲	۴	۱۸	۱۵	۳	
۵	تریاک	۸	۲۳۵۶.۹	۱۶		۱۶	۶		۱۰
۶	بتگدانه	۴	۵۴۷۵.۲۹	۷		۷	۷		
۷	تابلیت K	۱	۲.۵	۱		۱			۱
۸	مواد کیمیای	۳	۴۹۹.۴۴۲	۴		۴	۴		
۹	اتفاق در جنایت	۱		۱		۱	۱		
	مجموعه	۸۵	۱۷۶۱۶.۷۲۳	۱۳۴	۷	۱۲۷	۸۱	۲۶	۱۹

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

حکم مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۹

نه سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (۲۰) کیلو گرام هیروئین

تحقیقات حساس (SIU) مبنی بر اینکه یکتن از باشندگان اصلی ولسوالی خروار ولایت لوگر که از قاچاقبران بزرگ مواد مخدر بوده همیشه وقت مواد مخدر را ذریعه کرایه کشان خویش به کابل و دیگر ولایات انتقال میدهد و برای خورده فروشان مواد مخدر توزیع مینماید طبق اطلاع داده شده شخص اعتمادی طی تماس تلفونی اطلاع داده

که یکنفر مقدار مواد مخدر نوع هیروئین را برای دو تن از کرایه کشان خویش تسلیم داده و قرار است به کابل انتقال بدهند پرسونل اداره تحقیقات حساس به ساحه مورد هدف رفته و ساحه را تحت نظارت مخفی خویش قرار داده و دونفر کرایه کشان مواد مخدر را با دو بوجی پلاستیکی دستگیر می نماید که از بین هر دو بوجی به تعداد (۲۰) پاکت مواد مخدر تحت نام هیروئین که وزن مجموعی آن (۲۰،۷۶۰) کیلو گرام معه بارجامه میباشد بدست آمده است و بملاحظه محضر تشریح ، ووزن خالص مواد مخدر ضبط شده مقدار (۲۰) کیلو گرام و نتیجه تست لابراتواری سمپل اخذ شده هیروئین مثبت اطمینان داده شده و قضیه محول محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۹ به اتفاق آراء بحضور داشت حقیقی طرفین قضیه متهمین را در قضیه انتقال مقدار (۲۰) کیلوگرام هیروئین وفق صراحت بند (۵) فقره (۱) ماده (۳۰۲) کود جزا با در نظر داشت مواد ۲۱۳ و ۲۱۴ کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی گذشته هر واحد به بمدت ۹-۹ سال حبس تنفیذی محکومان بمجازات و هکذا دوسیت مبائل معه سیمکارت های آن و مبلغ مجموعی ۶۱۶۰ افغانی و مبلغ ۱۵۰۰ کلداری پاکستانی مطابق ماده ۳۲ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر قابل مصادره پنداشته شده و هم چنان به محو مقدار ۲۰ کیلوگرام هیروئین بدست آمده طبق ماده ۱۹ قانون اخیر الذکر نیز اصدار حکم نموده است .

حکم مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۹

پنج سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (۱۰،۴۰۰) کیلو گرام تریاک

تیم کنترل دروازه های مدیریت مبارزه با مواد مخدر قوماندانی امنیه ولایت هرات غرض جلوگیری از قاچاق مواد مخدر و گرفتاری قاچاقبران و انتقال دهنده گان مواد مخدر مطابق پلان ساحات مختلف دروازه های دخولی و خروجی ولایت هرات چک پاینت های سیار را در اوقات مختلف افراز مینماید طبق پلان در ساحه کمبری کلاغ مسیر شاهراه هرات تورغندی مربوط ولسوالی انجیل هرات چک پاینت افراز می شود که در جریان

چک یک عراده موتر تکسی شهری که از مسیر شاهراه تورغندی به چک پاینت رسیده متوقف و مورد تلاشی قرار گرفته که در نتیجه از داخل موتر دو بسته متوسط مواد مخدر تحت نام تریاک از داخل خالیگاه تولبکس، تعداد چهار بسته تریاک مایع از داخل دروازه کشف و ضبط گردیده و به ارتباط قضیه سه تن دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگرددند. قضیه وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی علنی قضایی مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۹ هـ ش به اتفاق آرا و بحضورداشت طرفین حقیقی قضیه متهمین در قضیه انتقال مقدار (۱۰،۴۰۰) کیلو گرام تریاک طبق هدایت بند (۶) فقره (۱) ماده (۳۰۴) کود جزا با رعایت مواد ۲۱۳ و ۲۱۴ کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی گذشته به مدت (پنج، پنج) سال حبس تنفیذی هر واحد محکومان به مجازات گردیده. هکذا دوسیت مایل معه سیمکارت های آن طبق ماده (۳۲) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر قابل مصادره پنداشته شده. و به محو مقدار (۱۰،۴۰۰) کیلو گرام تریاک بدست آمده نیز مطابق ماده (۱۹) قانون اخیر الذکر نیز اصدار حکم گردیده است.

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

مخدر

۱. گزارش

محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (۱/۲/۱۳۹۹) الی (۳۱/۲/۱۳۹۹) تعداد (۲۲) 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 (۳۰) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس ۱ سال الی ۵ سال ۹ نفر.
- حبس ۵-۱۵ سال ۱۱ نفر.
- حبس ۱۵-۲۰ سال ۹ نفر..

- حبس ۲۰-۳۰ سال ۱ نفر .
 - همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر حکم به محو مقدار (۹۱۲۴،۸۹۵) کیلوگرام مواد مخدر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.
 - مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (۲۴۶۵) دالر آمریکائی میشود.
- جدول شماره (۱) بیانگر اجراءات قضایی محکمه استیناف اختصاصی مبارزه با مسکرات و مواد مخدر طی ماه ثور سال ۱۳۹۹ می باشد

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تعداد متهم	برائت	جرای قضایی	تعداد محکوم	تصمیم قضائی			
								تعداد محسوس به حبس تنفیذی			
								۵-۱ سال حبس	۱۵-۵ سال حبس	۲۰-۱۵ سال حبس	۳۰-۲۰ سال حبس
۱	مت افتتامین	۱۱	۳۰،۶۴	۱۳		۳۸۹	۱۳	۲	۴	۷	
۲	هیروئین	۴	۳۷،۳۷۵	۷		۱۰۳۸	۷	۳	۲	۱	
۳	چرس	۵	۹۰۵۴،۱۸	۸		۳۸۹	۸	۴	۴		
۴	مورفین	۱	۱،۵	۱		۶۴۹	۱		۱		
۵	مواد کیمیایی	۱	۱،۲۰۰	۱			۱			۱	
	مجموعه	۲۲	۹۱۲۴،۸۹۵	۳۰		۲۴۶۵	۳۰	۹	۱۱	۹	

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

حکم مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۴

پانزده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (۲،۰۵۶) کیلو گرام مت افتتامین

به اساس اطلاع منبع محرم به قوماندانی قطعه خاص مبارزه علیه مواد مخدر مبنی بر اینکه یکنن به تعداد (۳۰۰۰) قرص تابلیت کی را در یک جای نا معلوم اخفا و با استفاده از

فرصت آنرا بفروش میرساند موظفین داخل اقدام شده و یکنفر از افسران تحت پوشش خود را ذریعه منبع محرم به قاچاقبر معرفی مینمائید افسر تحت پوشش بعد از یکسلسله دیدارها با فروشنده و صحبت های مکرر با وی در قسمت فروش مواد مخدر به تفاهم میرسند و شخص فروشنده که خود را کمیشن کار وانمود کرده پس از تفاهم با مالک اصلی هدایت میدهد تا مواد را بیارند متعاقباً فروشنده همراه با یک بکس به طرف افسر تحت پوشش آمده و با دیدن پولیس حینیکه میخواست فرار نماید با دو نفر از متهمین دیگر دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد. قضیه وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردید محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۱/۶ خویش به اتفاق آرا دو تن از متهمین را در قضیه قاچاق مقدار (۲,۰۵۶) کیلو گرام مت امفتامین طبق بند (۵) فقره (۲) ماده (۳۰۳) کود جزا به مدت پانزده - پانزده سال و دو - دو ماه و پانزده - پانزده روز حبس تنفیذی محکوم و متهم دیگر را در قضیه قاچاق مقدار (۲,۰۵۶) کیلو گرام مت امفتامین طبق بند (۵) فقره (۲) ماده (۳۰۳) کود جزا با رعایت ماده (۵۹) قانون مبارزه علیه مواد مخدر به مدت پانزده سال دو ماه و پانزده روز حبس تنفیذی محکوم به مجازات و طبق ماده (۳۲) قانون مبارزه علیه مواد مخدر چهار سیت مایل معه سیم کارت های آن و مبلغ (۷۶۰) افغانی، (۱۰۰۰) کلدار پاکستانی طبق ماده (۳۰۸) کود جزا و یکعراده موتر حامل مواد دمخدر قابل مصادره پنداشته شده هم چنان طبق حکم ماده (۱۹) قانون مذکور به محو مواد مخدر بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است.

اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم قضیه محول محکمه اختصاصی استیناف رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۴ خویش بحضور داشت حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آراء متکی به ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فقره (۲) ماده (۱۷) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات و فقره (۱) ماده (۲۶۷) قانون اجراءات جزائی حکم مورخ ۱۳۹۹/۱/۶ محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات را تأیید نموده است.

حکم مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۳

ده سال حبس به اتهام حيازت مقدار ۳۷۷ كيلو گرام چرس و ۱۴ كيلو گرام خاشخاش موظفين معاونيت كشفي قطعه خاص ولايت ننگرهار به اساس اطلاع قبلي منزل يكتن از باشندگان قريه سيدخيل ولسوالي خوگياني ولايت ننگرهار را بحضور داشت نماينده خرنوالي استيناف و نماينده مديریت مبارزه با مواد مخدر قوماندانی امنیه ولايت ننگرهار مورد تفتيش و تلاشی قرار داده که در نتیجه تفتيش مقدار ۳۷۷ كيلوگرام چرس و مقدار ۱۴ كيلوگرام خاشخاش از منزل مربوط اش و از باغچه خانه وی کارخانه پروسس مواد مخدر نیز كشف و به ارتباط قضيه متهم دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد قضيه وارد محکمه اختصاصی ابتدائيه مبارزه با مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی منعقدہ تاريخی ۱۳۹۹/۱/۵ به اتفاق آراء بحضور داشت حقيقي طرفین قضيه متهم را در قضيه حيازت مقدار ۳۷۷ كيلوگرام چرس از ابتدا ایام نظارت و توقيفی وفق هدايت بند ۷ فقره ۱ ماده ۳۰۵ کود جزا بمدت ده سال حبس تنفيذی و در خصوص حيازت مقدار ۱۴ كيلوگرام خاشخاش وفق هدايت بند ۶ فقره ۱ ماده ۳۰۶ کود جزا بمدت ده سال حبس طوری محکوم مجازات نموده که طبق ماده ۷۳ کود مذکور جزای شديد حيازت مقدار ۳۷۷ كيلوگرام چرس مدت ده سال حبس بالایش قابل تطبيق و تنفيذ میباشد و همچنان طبق ماده ۱۹ قانون مبارزه عليه مسکرات و مواد مخدر به محو مقدار ۳۷۷ كيلوگرام چرس و مقدار ۱۴ كيلوگرام خاشخاش نیز اصدار حکم گردیده است اما قضيه نسبت عدم قناعت متهم قضيه محول محکمه اختصاصی استيناف رسيدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۳ خویش به اتفاق آراء در حضور داشت طرفین قضيه متکی به ماده (۲۶۷) قانون اجراءات جزائی و فقره (۲) ماده (۱۷) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات ، فيصله محکمه ابتدائيه را مورد تائيد قرار داده است .