

قضاء



دستري محكمي سراتي ارگان

د امتياز خاوند: ستره محكمه خپرونكي: دخپرونو رياست

د ليكنی هیئت

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

مسئول مدير: محمد صديق ژوبل



فهرست مطالب:

از متحدالمال های ستره محکمه.....	2
مصادر قانون.....دوکتور عبدالله عطائی.....	6
احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی.....قضاوتپوه مستمندغوری	12
سیر تاریخی محاکم جزایی بین المللی.....قضاوتپال احمد فهیم قویم	17
داسلامی فقهی بنسئونه.....قضاوتپوه حسامی	29
راهکارهای تضمین سرمایه گذاری خارجی در.....قضاوتپواربختیاری ..	44
د اسلامی شریعت موخی (مقاصد).....قضاوتمل عنایت الله حافظ	60
بررسی فقهی و حقوقی نیابت در عقد..... قضاوتمل نجم الدین واثق	68
د کفالت ترون د فقهی او حقوقو له نظره.....قضاوتمل تراهی	86
تدابیر امنیتی اقتصادی و اجتماعی جرم.....امداد الله پاکنهاد غیائی	94
رسیدگی به دعاوی جزایی در زمان معقول.....قضاوتپار محمد ادريس	110

از متحدالمال های ستره محکمه

و اصولی ان منحرف سارند.
بناءً بدینوسیله هدایت داده می شود تا منبعد مسئولینی که چنین احکام مغایر قانون و پالیسی قوه قضائیه به دسترس شان قرار می گیرد، در خصوص آن دقت و تفحص جدی نمایند و در صورت نیازمی توانند با مقامی که حکم را صادر نموده در تماس شده و اطمینان حاصل نمایند؛ در غیر آن مسئولیت بعدی ناشی از تطبیق احکام جعل و یا تزویر شده بدوش مرجع تطبیق کننده خواهد

بود. ریاست دفتر، موضوع را به عموم ریاست های مرکزی و محاکم قوه قضائیه اخبار نماید.

متحدالمال شماره (2241-2315) مورخ 1398/9/18

دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

مقام محترم شورایعالی ستره محکمه در جلسه مؤرخ 1398/8/28 طی تصویب شماره (651) هدایت ذیل را ارشاد فرمودند.

((تعدادی محاکم و آمریت های ثبت اسناد و وثایق بدون در نظر داشت حقایق عینی موضوع و تخلف از ماده (10) تعلیماتنامه اشباه و ثایق مانند عدم رعایت تفاوت سن و سال متناسب بین اصول و فروع در وثایق فوتی، شهداء و سایر مواردیکه قضیه و ظاهر الحال در تناقض با آن قرار دارد، به ترتیب وثایق اقدام می نمایند که نه تنها مشکلات عملی را بار آورده بلکه از ارزش اسناد رسمی کاسته و سبب مشبوهیت آن میگردد.

بنا بر آن به تعقیب هدايات قبلی اکیداً هدایت داده میشود تا محاکم و ادارات ثبت اسناد و وثایق در اجرای وثایق دقت بیشتر بخرچ دهند و در ترتیب و ثایق مربوط، احکام تعلیماتنامه های تحریر و ثایق، اشباه و ثایق، سایر هدايات و تصاویر شورایعالی را جداً رعایت نمایند، ریاست تفتیش قضائی حین بررسی قضایا، موارد عدم رعایت هدایت فوق را در نظر داشته باشند و موضوع جهت هماهنگی در اجراءات به محاکم و ادارات ذیربط طور متحدالمال اخبار گردد.))

هدایت فوق مقام محترم شورایعالی ستره محکمه بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط طور متحدالمال اخبار گردید البته آن را بمراجع ذیربط خویش تکثیر نموده عندالموقع مطابق آن اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.

متحدالمال شماره (2316 - 2390) مؤرخ 1398/ 9/25

دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

قبلاً یادداشت (909) مؤرخ 1385/11/5 شورایعالی ستره محکمه در مورد صلاحیت رسیدگی استینافی آنعه قضایای که مرحله ابتدائی آن بطور عادی و یا بالاثرفتویض صلاحیت در محاکم ابتدائیه رسیدگی می شد طی متحدالمال (2190-2312) مؤرخ 1385/11/15 به تمام محاکم تعمیم گردیده ولی نسبت عدم صراحت متحدالمال مذکور در قسمت صلاحیت رسیدگی فرجامی موضوع در جلسه مؤرخ 1398/9/12 شورای محترم عالی ستره محکمه مطرح و طی یادداشت (306) هدایت ذیل صادر شد:

((هرگاه صلاحیت رسیدگی قضایا بالاثرفتویض شورایعالی ستره محکمه در مرحله ابتدائیه و یا استیناف از یک محکمه به محکمه دیگری تقویض شده باشد رسیدگی به قضایای متذکره در مرحله فرجام بادر نظر داشت موضوع طبق تشکیل از صلاحیت دیوان فرجامی مربوطه آن میباشد، موضوع به تعقیب

متحدالمال (2132) الی (2190) مؤرخ 1385/11/15 به محاکم و مراجع مربوط آن طور متحدالمال اخبار گردد.))
مراتب مندرج یادداشت شماره فوق مقام محترم شورایی بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط طور متحدالمال اخبار گردید البته آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نموده و وفقاً اجراءات مقتضی و قانونی بعمل میاورند.

متحدالمال شماره (2391-2465) مؤرخ 1398/9/30

دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

بالاثر نامه شماره (950) مؤرخ 1398/9/13 ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات ، استهدائیه محکمه استیناف توقیفگاه بگرام بشرح ذیل مواصلت ورزیده است.

قراریکه مقام محترم بهتر در جریان قرار دارند ، قبل از انفاذ کود جزاء قضایای منسوبین نظامی که مرتکب جرم خیانت بوطن میشدند طبق هدایت ماده (17) قانون جرایم عسکری و ماده (16) قانون جزای عسکری توسط محاکم نظامی مورد رسیدگی قرار میگرفت بعد از انفاذ کود جزاء و ضمیمه نمبر (1) آن قوانین جرایم عسکری و جزای عسکری لغو گردیده و در کود مذکور محکمه ذیصلاح همچو قضایا وضاحت ندارد و سبب دو پارچه گی در اجراءات محاکم گردیده است چنانچه محاکم نظامی استناد به مصوبه (916) مؤرخ 1390/6/15 شورایی عالی ستره محکمه و دیوان های جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی محکمه استیناف توقیفگاه بگرام به استناد تعدیل ماده اول و ماده (9) ضمیمه شماره (1) قانون اجراءات جزایی همچو قضایا را رسیدگی نموده اند ولی دریک قضیه مشخص که بین دیوان «الف» محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی توقیفگاه بگرام و دیوان منسوبین نظامی محکمه ابتدائیه حوزه چهارم شهر کابل در رابطه به رسیدگی قضایای خیانت به وطن تنازع صلاحیت به میان آمده که شورایی عالی مقام ستره محکمه طی قرار قضائی شماره (99) مؤرخ 1398/5/12 ، خویش طبق هدایت تعدیل ماده (9) ضمیمه شماره (1) قانون اجراءات جزایی رسیدگی قضیه خیانت به وطن منسوبین نظامی را از صلاحیت دیوان «الف» محکمه ابتدائیه جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی توقیفگاه بگرام دانسته که طبق رهنمود قرار قضائی متذکره دیوان های ابتدائیه و استیناف توقیفگاه بگرام قضایای خیانت به وطن منسوبین نظامی را رسیدگی و فیصله نموده اند ولی دراین اواخر یک تعداد دوسیه های فوق الذکر از طرف دیوان های مقام عالی ستره محکمه مواجه به بطلان گردیده و از سوی دیگر در متحدالمال شماره (1576-1650) مؤرخ 1398/6/16 ریاست دارالانشاء شورایی عالی ستره محکمه که در اجزای (2 و 3) آن از رسیدگی به جرایم وظیفوی منسوبین نظامی و رسیدگی به جرایم غیر منسوبین نظامی

تذکر داده شده آیا منسوبین نظامی که مرتکب خیانت به وطن گردند شامل جرایم نظامی بوده یا غیر نظامی؟ هدایت مقام محترم را خواهانیم هر آنچه اولیای امور هدایت فرمایند واجب التعمیل میباشد.))
که مدققین قضائی ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات در مورد ذیل ابراز نظر نموده اند.

((محکمه استیناف جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی توقیفگاه بگرام در رابطه به اجزای (2و3) متحدالمال شماره (1576بر1650) مؤرخ 1398/6/16 ریاست دارالانشاء شورایعالی ستره محکمه که مربوط به تعیین شاخص صلاحیت های دیوان های رسیدگی به جرایم منسوبین نظامی و رسیدگی به جرایم غیر منسوبین نظامی میباشد چنین استهداء نموده اند که: آیا منسوبین نظامی که مرتکب خیانت به وطن گردند شامل جرایم نظامی بوده یا غیر نظامی؟ در زمینه مدققین قضایی ذیل ابراز نظر می نمایند.

در ماده سوم ضمیمه شماره (1) کود جزاء منتشره جریده رسمی شماره (1314) مؤرخ 1397/7/18 چنین تصریح گردیده است.

« جرایم وظیفوی شامل جرایمی است که در این ضمیمه پیشبینی گردیده و منسوبین نظامی در جریان وظیفه یا مرتبط به وظیفه و یا بدخل گارنیزیون قطعات، مرتکب آن شده باشد»

از اینکه جرم خیانت به وطن در ضمیمه شماره (1) کود جزاء درج نبوده و محتویات جرم خیانت به وطن مندرج ماده (17) قانون جرایم عسکری قبلی، فعلاً در ماده (238) کود جزاء تحت عنوان خیانت ملی تسجیل گردیده است و چنین صراحت دارد:

«هرگاه تبعه افغانستان مرتکب یکی از اعمال ذیل گردد....»

از ماده فوق استنباط می گردد که (تبعه) لفظ عام بوده و شامل همه اشخاص بوده و منسوبین نظامی نیز شامل آن میگردد و در ماده مذکور وصف جرم به اساس فعل تعیین گردیده نه به اساس وظیفه.

بناءً جرم مذکور از جمله جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی بوده و صلاحیت رسیدگی آن از دیوان جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی توقیف گاه بگرام میباشد.))

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ 1398/9/19 شورایعالی مطرح وطی تصویب شماره (725) هدایت ذیل صدور یافت.

((نظر ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات تائید است به جمیع محاکم طور متحدالمال اخبار گردد.))

مراتب مندرج تصویب شماره فوق بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط طور متحدالمال اخبار میگردد تا آنرا بمراجع ذیربط خویش

تألیف دوکتور عبدالرزاق السنهوری

حشمت ابوستیت

ترجمه: دکتور عبدالله "عطانی"

مصادر قانون

فهرست:

- 1- مدرسه - کششهای - سکسونی: 6
- فقه و قضاء در قانون جدید انگلستان : 6
- 2- مدرسه - کششهای - رومانی: 7
- فقه و قضاء در قانون جدید فرانسه: 7
- رای دیگر: 8
- رد این رای: 10
- مأموریت محکمه تمیز: 10

1- مدرسه - کششهای - سکسونی:

فقه و قضاء در قانون جدید انگلستان:

آنچنانکه توضیح یافت فقه در تکوین و وجود قانون انگلستان اثری ندارد، اگرچه شواهدی وجود دارد که قانون دانان انگلستان نوعاً به فقه اهتمام ورزیده و فقهای همانند، بویوک، دایسی، هولند، و انسون، تدریس قانون در پوهنتونها را به گونه ای تدریس فقه در آورده اند، اما با آنهم فقه در قانون انگلستان تأثیر چندانی نداشته و تا کنون هم قانون انگلستان از ساخت و نتاج قضاء و قانون گذار است. و طوریکه قبلاً یادآور شدیم، "قانون عام" و "قانون عدالت" درهم آمیخته و محاکم انگلستان با اختلاف درجات آن، که محاکم لوردها، محکمه استئناف، و محاکم ابتدائیه - درجه اول - است این قانون واحد را تطبیق میکنند، لهذا قاعده برآن است که حکم مجلس لوردها، بر خود این مجلس و دیگر محاکم انگلستان الزام آور است، به عبارت دیگر حکمی را که مجلس لوردها صادر میکند، خود قانونی است که بر قضایای همانند مورد تطبیق بوده، و همه محاکم درجه اول، و محاکم استئناف، و مجلس لوردها به آن پای بند بوده، و عدول از حکم آن جز با قانون دیگری ممکن نمی باشد، همچنانکه احکام محاکم استئناف بر خود این محاکم و بر محاکم درجه اول به عنوان قانون بر همه قضایای همانند واجب التطبيق است.

اما احکامی را که محاکم درجه اول - ابتدائیه - صادر میکند اینگونه احکام بر محاکم بالاتر استئناف، و لوردها نیز الزام آور است مگر آنکه یکی از دو شرط وجود داشته باشد. شرط اول :- در صورتیکه حکم محکمه ابتدائیه با قانون، و عدالت مخالفت داشته باشد.

شرط دوم :- در صورتیکه حکم محکمه ابتدائیه خیلی قدیمی شده و مردم مطمئن نباشند که حالت صدور حکم و مقتضیات آن تاکنون باقی مانده باشد.¹ بدین سان حدود احترام قضاء وفق قانون انگلستان واضح گردیده تا حدی که محاکم انگلستان سوابق قضائی را قانون واجب التطبيق میدانند. و هرگاه که قضای انگلستان به این سرحد از اهمیت و عظمت بود، سوابق قضائی انگلستان در مجلدات بزرگی " law Reports " جمع آوری گردیده، که قانون دانان انگلستان به آن مراجعه میکنند، " بگونه ای که قانون دانان فرانسه به نصوص قانون وضعی فرانسه مراجعه میکنند " بالاخص که این سوابق قضائی از نگاه تاریخی به قرن سیزدهم میلادی بر میگردد.

2- 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. " آنچنانکه 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

1- اما قضای محاکم دیگر همانند محاکم ایرلند، و محاکم آمریکا و محکمه استئناف مستعمره های انگلستان، بر محاکم انگلستان الزام آور نمی باشد. بلکه قضات محاکم انگلستان میتوانند از این احکام به عنوان مرجع استئناسی استفاده کنند، آنچنانکه در کلیه کشورهای لاتینی و جرمانی، رواج دارد. یادآوری می شود که احکام قضائی مجلس لوردها، و محکمه استئناف، و محاکم ابتدائیه، زمانی الزام آور است، که اثبات و تقریر این احکام برای حل و فصل قضایای وارده بر محاکم ضروری باشد. اما مبادی قانونی را که قضاء به غرض شرح و تسهیل قانون وضع میکند، اینگونه مبادی بر محاکم دیگر الزام آور نمی باشد. جزئیات بیشتر - استاذ سالموند: علم اصول القانون، لندن 1925، طبع شیشم، ص 159-178.

آنکه قضاء بر فقه از حیث عملی بودن تمایز دارد، که احکام قضاء بر دادخواهان و اطرافیان دعاوی 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 با مبادئی 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.

رای دیگر:

علی رغم وجود مبدأ جدائی کامل میان قوای ثلاثه و علی رغم وجود ماده پنجم قانون مدنی فرانسه، عده از فقهاء بر آن اند که قضاء مصدري 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 بگنجاند، 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 ملکیت های 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 بر آن، 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 ویا 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 555 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 123 قانون مدنی قدیم که شرط جزائی را تنظیم کرده و گفته است که جائز نیست قاضی به کمتر ویا 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، کسانی که از نقض شدن احکام خود در پیشگاه آنان هراس دارند، بدون تردید وفق مقررات و مبادی 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 برآن 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.¹ 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 مبدا 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، ویا 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 :

کشمش و تمایل اکثریت کشورها برآن 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 استتلاف، در تفسیر نصوص قانون و رفع التباسات وارده در آن هم کار نادر الوقوعی نمی باشد. بلکه گاهی شده است که رأی یک محکمه استتلاف برعکس رأی استتلاف 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 ببازد، در حالیکه اگر در پیشگاه محکمه ای دیگری اقامه

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

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 – 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 انحای 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 " ویا محکمه استئناف دیگری آنچنانکه در فرانسه است " احاله میکند، زیرا خود اصالة حق حل و فصل منازعات را ندارد.

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

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

پیوست به گذشته

احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی

مطلب اول

مذهب حنفی در مورد قصاص

فهرست:

مطلب اول

مذهب حنفی در مورد قصاص

- 293- شرایط وجوب قصاص در مادون نفس: 12
- 294- اما شریاطی که مخصوص به جنایت در مادون نفس است عبارت اند: 13
- 295- آنچه که بر این دو شرط بناء می یابد: 13
- 296- دوم- عضو صحیح از اعضاء جز در برابر عضو صحیح گرفته نمی شود: .. 14
- 297- آنچه که در آن قصاصی نیست: 14
- 298- از جماعت به سبب جنایت شان بر یک نفر در مادون نفس قصاص گرفته نمی شود: 15
- 299- مجنی علیه متعدد و جانی یک نفر باشد: 16

293- شرایط وجوب قصاص در مادون نفس:

این شرایط به چند نوع است: برخی از آنها شریاطی است که در قصاص نفس و در قصاص مادون نفس عمومیت دارد و این شرایط عمومی در هر دو مورد باید موجود و فراهم باشد، و برخی از این شرایط تنها منحصر به قصاص فیما دون النفس است، پس شرایط نخستین که در قصاص نفس و مادون نفس عمومیت دارد، عبارت است از شریاطی که در وجوب قصاص در نفس در نزد حنفیان آن ها را ذکر کردیم از قبیل اینکه جانی باید عاقل، مختار و عمل وی متعمداً باشد، و مجنی علیه نیز باید بطور مطلق معصوم الدم باشد و جزء جانی و غلام وی نباشد، و جنایت هم بطریق مباشرت و بر صورت عدوان و متجاوزانه انجام گرفته باشد.

294- اما شرایطی که مخصوص به جنایت در مادیون نفس است عبارت اند:
(اولاً): مماثلت در میان هردو محل: مماثلت در میان محلی که بر آن تجاوز شده است از بدن مجنی علیه و میان محلی که در مقابل آن است از بدن جانی که عبارت است از گرفتن از او در آن محل. مراد از مماثلت در بین این دو محل، مماثلت در منافع و کار و ارش یعنی دیت آنهاست، زیرا مماثلت در مادیون نفس به قدر ممکن اعتبار دارد، پس انعدام مماثلت مانع وجوب قصاص است.
دوم: آن است که امکان استیفاء در مثل وجود داشته باشد، زیرا استیفاءی مثل بدون امکان استیفاء آن ممتنع است، پس ضرورتاً وجوب استیفاء نیز ممتنع می گردد.

295- آنچه که بر این دو شرط بناء می یابد:
بر ضرور بودن توافر این دو شرط و عدم توافر آنها یک دسته احکامی بناء می یابد که در ذیل آن ها را خلاصه می نمایم:
295- (مکرر) - اولاً- هیچ چیزی از جانی گرفته نمیشود مگر آن چیزی که او از مجنی علیه گرفته باشد یا در مورد وی بعمل آورده باشد.
پس دست جانی گرفته نمی شود مگر آنکه او دست مجنی علیه را قطع کرده باشد، زیرا غیر از دست از جنس آن چیز دیگری نیست و هم مانند آن نمی باشد و به همین گونه است انگشتان، پس انگشت ابهام¹ جز در برابر ابهام، سیابه² جز در برابر سیابه، و انگشت وسطی³ جز در برابر وسطی، بنصر⁴ جز در برابر بنصر و خنصر⁵ جز در برابر خنصر قصاص گرفته نمی شود، به جهت اینکه منافع انگشتان دست مختلف است، پس هم مانند اجناس مختلفه هستند. هم چنان دست راست جز در مقابل دست راست و دست چپ جز در برابر دست چپ قصاص گرفته نمی شود، زیرا دست راست بر دست چپ فضیلت دارد، و به همین گونه انگشتان هردو دست و هردو پای است، که انگشتان دست و پای راست جز در مقابل انگشتان دست و پای راست و انگشتان دست و پای چپ جز در برابر انگشتان دست و پای چپ به قصاص گرفته نمی شوند، و به همین ترتیب است چشم ها و دندان ها، دندان ثنیه⁶ جز در مقابل دندان ثنیه، دندان

1- ابهام: انگشت کوتاه و بزرگ دست و پا، نر انگشت.

2- سیابه: انگشت شهادت پهلوی ابهام.

3- وسطی: انگشت میانی.

4- بنصر: انگشتی که میان وسطی و خنصر است.

5- خنصر: انگشت خورده، انگشت پنجم.

6- ثنیه: چهار دندان پیشین از پایین و بالا.

ناب¹ جز در برابر دندان ناب و دندان ضرس² جز در برابر دندان ضرس به قصاص گرفته نمی شود. به علت اینکه منافع آنها مختلف است و اختلاف منفعت در میان دو چیز آنها را به دو جنس مختلف ملحق می نماید، در حالیکه در میان دو جنس مختلف هیچ گونه مماثلتی نیست.

296- دوم- عضو صحیح از اعضاء جز در برابر عضو صحیح گرفته نمی

شود:

دست سالم که انگشتانش مکمل باشد، در برابر دستی که انگشتانش ناقص است یا در برابر دست شل، قطع نمی گردد، هرگاه عیب در طرف جانی بود، پس مجنی علیه مخیر است اگر خواسته باشد او را قصاص نماید و اگر میخواست، ارش صحیح را بگیرد - یعنی دیت عضو صحیح را از جانی اخذ بدارد، زیرا حق وی در مثل است، و آن عبارت است از عضو سالم و درست، و با وجود فوات صفت سلامت استیفای حق وی بطور همه جانبه ممکن نیست، پس ملزم ساختن وی به استیفای حق وی بطور قصاص، جواز ندارد، زیرا این کار ملزم ساختن وی به استیفای حقش بطور ناقص است، و این جایز نیست، پس مجنی علیه مخیر است: اگر میخواهد به مقداری از حق خود راضی شود و آن را ناقصاً استیفاء نماید، و اگر میخواهد به گرفتن بدیل خود عدول کند که عبارت است از کمال ارش، (دیت اعضاء ولی اگر مجنی علیه بخواهد که حق خود را به طور ناقص بگیرد و از جانی عوض نقصان را مطالبه کند این کار برایش جایز نیست، زیرا وی به استیفای اصل حق خود قادر است و تنها چیزی که نیست همانا وصف است که عبارت است از صفت سلامت، و قتیکه به استیفای حق خود بطور ناقص راضی گردد، این کار رضائیت وی به سقوط حق او از صفت پنداشته می شود، مانند آنکه اگر چیزی را از ذوات امثال در حالیکه سره جَید باشد تلف نماید و آن جنس با نوعیت جَید خود از دست مردم منقطع شده باشد و غیر از نوع ناسره آن پیدا نشود، متضرر بجز از گرفتن همان چیز ناسره یا قیمت چیز جَید و سره، حق دیگری ندارد، پس در این جا نیز همین حکم است.

297- آنچه که در آن قصاصی نیست:

در گوشت ساعد، عضد، ساق، هم چنان در گوشت لمبر و سرین، در گوشت رخساره ها، در گوشت پشت و شکم، در پوست سر و پوست دست ها

1- ناب: دندان نیش که پیش از رباعیات است.

2- ضرس: دندان های کرسی (16) تا است از هردو طرف و بالا و پایین دهان بعد از ضواحک، دندان آسیا. (مترجم)

وقتی که قطع شده باشند، قصاص واجب نیست، به علت تعذر استیفای مثل، و به همین گونه در سبلی زدن، در کوبیدن با مشت و در پهلوی دادن نیز قصاصی نیست برای آنکه استیفای مثل متعذر است.

در کوتاه کردن موی سر و در تراشیدن آن، در تراشیدن ابروها و حلق ریش قصاصی لازم نیست، گرچه بعد از تراشیدن دوباره نروید، و در کندن موی اعضای مذکور نیز قصاصی نیست به خاطر عدم مکان استیفای مثل.

در بیضه ها نیز قصاص نیست، زیرا بیضه ها مفصل معلومی ندارند، پس استیفای مثل در مورد آنها نیز ناممکن است.

هرگاه جانی بر سر مجنی علیه ضربه وارد نماید و در نتیجه عقل وی یا شنوایی وی یا گویایی وی یا بویایی وی یا چشایی وی یا قدرت جنسی وی یا آب پشت وی از بین برود در هیچ یک از این ها قصاص نیست، زیرا به مجنی علیه این امکان وجود ندارد که جانی را طوری بزند که این چیزها را در او از بین ببرد، پس استیفای قصاص به مثل آن ممکن نیست لذا قصاص واجب نمی آید.

به همین گونه دست یا پای شخصی را زد و در اثر آن مجنی علیه از ناحیه دست یا پای خود شل شد، درین صورت نیز قصاص لازم نیست، زیرا ممکن نیست که مجنی علیه جانی را طوری بزند که او نیز شل شود، پس استیفای قصاص به مثل مقدور نبوده و قصاص واجب نیست.

در ناخن ها قصاص نیست به علت اینکه در ارش ها (دیت های) آنان مساوات رعایت نمی گردد، زیرا ارش (دیت) ناخن، حکومت عدل است و حکومت عدل مبتنی بر ظن و تخمین بوده و اندازه معلوم و معینی ندارد.

298- از جماعت به سبب جنایت شان بر یک نفر در مادیون نفس قصاص

گرفته نمی شود:

از جماعت (چند نفر) به جنایت آنان بر یک نفر در مادیون نفس، از آن قبیل جنایتی که اگر یکی از آن جماعت به تنهایی خود آن را مرتکب می شد، قصاص بر وی لازم میگردید، قصاص گرفته نمی شود، چنانکه اگر دو نفر یا بیشتر از دو نفر دست یکنفر یا پای او را قطع نمایند یا چنان ضربه بر او وارد کنند که شنوایی و بینایی او را از بین ببرند یا دندان او را بکشند و یا مانند این ها از اعضای بدن که اگر یکی از آنها تنها آن را مرتکب می شد، بر وی قصاص لازم میگردید، پس بر آن دو نفر قصاص لازم نمیشود و بلکه بر آنان بطور منصفه و اگر بیشتر باشند به حساب رؤس شان ارش (دیت عضو) لازم میگردد.

در حقیقت حکم این مسأله در نزد حنفیان به همین گونه است، زیرا آنان استدلال می کنند: به اینکه در قصاص فیمادیون نفس مماثلت اعتبار دارد، در

حالی که در میان جمعی از دست ها و دست واحد مماثلتی وجود ندارد، و اینکه دست صحیح در مقابل دست شل به قصاص نمیرسد این امر را مؤکد می سازد، زیرا از حیث وصف در میان آنها مماثلتی نیست، پس فقدان مماثلت در وصف چنانکه اجرای قصاص را منع می کند، فقدان مماثلت در ذات بطریق اولی مانع قصاص میگردد. اما عدم مماثلت در منافع واضح است چونکه منفعت دو دست عادتاً از منفعت یک دست زیادتر است، و اما عدم مماثلت در فعل ارتكابی از این خاطر است، که هر یکی از جانپان بعضی از دست مجنی علیه را قطع کرده است، چنان که برخی از جانپان کارد را از یک جانب و برخی دیگر از آنها از جانب دیگر گذاشته اند و دست مجنی علیه را قطع کرده اند و جزاء، قطع دست هر یک از آنهاست، و قطع دست از هر یکی از آنها بیشتر از قطع بعضی از دست مجنی علیه است، و انعدام مماثلت از یک وجه برای عدم اجرای قصاص کفایت می کند، پس وقتی که از چند وجه عدم مماثلت باشد چگونه مانع اجرای قصاص نگردد؟

299- مجنی علیه متعدد و جانی یک نفر باشد:

هرگاه یک نفر دست های راست دو نفر را قطع نمود، حکم آن این است که دست راست جانی قطع میگردد، و اگر مجنی علیها هردو حاضر شدند، آنها میتوانند دست راست جانی را قطع نمایند و دیت یک دست را نیز از او بستانند و در میان شان بطور مناصفه آن را تقسیم کنند. زیرا آنان در سبب استحقاق مساوی هستند پس در استحقاق قصاص نیز مساوی میباشند و دیگر اینکه با قطع دست جانی، هر یکی از دو نفر مجنی علیها قسمتی از حق خود را گرفته است، چون حق وی قطع تمامی دست جانی بوده و با وجود آن برای هر یکی از دو مجنی علیه بجز بعضی از حق وی یعنی قطع قسمتی از دست جانی حاصل نیامده است، پس باقیمانده حق را از ارش (دیت) میگیرد، به این صورت که بر جانی دیت کامل یک دست واجب میگردد و بطور مناصفه به مجنی علیها پرداخته می شود، و این امر بر خلاف قصاص در نفس است که یک نفر به قصاص قتل یک جماعت یعنی چند نفر کفایتاً کشته می شود، زیرا در این صورت هر واحدی از ایشان حق خود را به کمال و تمام گرفته است، زیرا حق وی قتل جانی است، و هر یکی از آنان قتل جانی را به تمام و کمال استیفاء نموده است، و دلیل اینکه قتل مقدور الاستیفاء میباشد، این است که چیزی که از طرف جانی به وجود آمده و عملی که از ناحیه وی سرزده است، در حصه هر یکی از جماعت مجنی علیهم عبارت از فعلی است که عادتاً در زوال حیات مؤثر باشد، پس حق هر یکی از اولیای مقتولین بالای قاتل عبارت از قتل

اوست، یعنی فعلی که به وسیله آن حیات از بین می‌رود لذا مجازات قاتل هم مانند جنایتی است که آن را مرتکب شده است.

هرگاه یکی از دو نفر مجنی علیهما حاضر شود پس او میتواند که حق خود را بطور کامل با قطع دست جانی استیفاء نماید، زیرا حق هر یکی از آنان در قطع کل دست ثابت است و مجنی علیه دیگر میتواند دیت دست خود را از جانی اخذ بدارد، زیرا استیفای حق وی بعد از ثبوت متعذر شده است، پس به گرفتن بدیل قصاص (دیت) می انجامد. گذشته از این، جانی حقی را که بر ذمه او بوده است با قطع دست خود برای یکی از دو مجنی علیه اداء کرده است، پس برای مجنی علیه دیگر بروی پرداخت دیت لازم می آید به جهت متعذر بودن استیفای حق وی بطور معین آن.

اگر یکی از دو نفر مجنی علیه جانی را مورد عفو قرار دهد، حق وی باطل می‌گردد و مجنی علیه دوم حق گرفتن قصاص از او را دارد و این در صورتی است که عفو قبل از حکم قاضی باشد، زیرا حق هر یکی از آنان در حق یکی دیگر شان تأثیر گذار نیست چنانکه در قصاص در نفس هم همین حکم است. اما اگر قاضی به قصاص در میان شان حکم کرده باشد و آنگاه یکی از آنان عفو نماید، مجنی علیه دیگر که عفو نکرده است استحساناً به قول امام ابوحنیفه و ابویوسف رحمهما الله حق دارد به استیفای قصاص بپردازد.

تتبع و نگارش: قضاوتپال احمد فهیم «قویم»

سیر تاریخی محاکم جزایی بین المللی

«دلایل ایجاد، تشکیل و صلاحیت محاکم مذکور»

(۳)

فصل سوم تشکیل و صلاحیت محاکم جزایی بین المللی از محکمه توکیو تا محکمه فعلی (ICC)

فهرست:

مبحث اول: محکمه جزایی بین المللی نظامی توکیو با شرق دور	18
مبحث دوم : محکمه جزایی نظامی بین المللی نورنبرگ	20
مبحث سوم : محکمه جزایی بین المللی روندا	22
جزء اول: صلاحیت های محکمه بین المللی روندا	23
الف- صلاحیت مکانی و زمانی محکمه	24
ب- صلاحیت موازی	24
جزء دوم : تشکیلات محکمه بین المللی روندا	26
جزء سوم : اساسنامه نامه محکمه بین المللی روندا	27
الف- اصل قانونی بودن جرم	27
ب - اصل عدم رجعت قانون به ماقبل	28
ج - اصل فردی بودن مسئولیت جزایی	28
د- امر آمر قانونی	28
هـ - عفو یا تخفیف مجازات محکومین	28

مبحث اول: محکمه جزایی بین المللی نظامی توکیو یا شرق دور

تأسیس یک محکمه جزای بین المللی که صلاحیت رسیده گی به جرایم مهم بین المللی را داشته باشد، همواره ضروری به نظر می رسید. و بادر نظر داشت آن نیاز و شرایط جدید بین المللی، 120 کشور جهان بر آن شد که به پیش نویس اساسنامه که به منظور تأسیس چنین محکمه یی تنظیم گردیده بود، رأی مثبت دهند.

مهمترین مسأله این است که محکمه جزایی بین المللی نه به ابتکار شورای امنیت ملل متحد تأسیس شده و نه ناشی از مقررات منشور ملل متحد است، بلکه شخصیت حقوقی مستقل از سازمان ملل متحد داشته و در حقیقت مرجعی قضایی است نه سیاسی.

وقوع جنایات شنیع در صحنه بین المللی از دیر زمان مشاهده می شده و عکس العمل های متفاوتی را بر می انگیزته، انتقام گیری همواره یکی از طبیعی ترین عکس العمل ها در قبال جنایات ارتكابی بوده است که راه حل مناسبی محسوب

نمی شده، بلکه پاسخگو کردن مرتکبان جنایات بین المللی در مقابل محاکم یا نهادهای قضایی یا شبه قضایی یک امر ضروری بوده است. در راستای این امر، برخورد های فرامرزی با جنایات بین المللی به شیوه های گوناگون از دیرباز وجود داشته و به مرور ایام بردامنه آن افزوده شده است. تا پیش از جنگ جهانی اول دولت هایی خود را برای رسیده گی به تعداد محدودی از جرایم، بدون توجه به مکان ارتکاب یا تابعیت مرتکب و قربانی، صالح می دانستند. تعدادی از آن جرایم عبارت بودند از دزدی دریایی، برده داری و جرایم پستی بین المللی. پس از پایان جنگ جهانی اول کمیسیون مربوط به تعیین مسئولیت آغاز کننده گان جنگ و اعمال مجازات علیه آنها برای نقض قوانین و عرف جنگی که به وسیله کنفرانس صلح پاریس در سال 1919 میلادی تشکیل شد، پیشنهاد تشکیل یک محکمه موردی برای محاکمه مرتکبان جنایات جنگی و نقض قوانین بشری نمود که فقط به موجب معاهده و رسای 1919 میلادی مورد محاکمه قرار گرفت اما پس از فرار ویلهم دوم امپراطور آلمان به هالند¹ دولت هالند به استناد اینکه او یک پناهنده سیاسی است و اینکه مطابق حقوق کشور هالند² استرداد مجرمین رابه یک دولت دارای حق حاکمیت و نه مجموعه ازدول، پیش بینی نموده از استرداد او به دول متفق، خود داری نمود و به این ترتیب عملاً محکمه بین المللی تشکیل شده موفق نبود. پس از جنگ جهانی دوم دو محکمه بین المللی نورنبرگ و توکیو جهت محاکمه جنایتکاران جنگی تشکیل گردید، محکمه نورنبرگ، مجرمان اصلی را در جبهه اروپا محاکمه می کرد و از هشت عضو تشکیل می شد یعنی هریک از چهار کشور آمریکا، انگلستان، فرانسه و شوروی، که هر کدام یک عضو اصلی و یک عضو علی البدل برای محکمه معرفی نموده بودند. محکمه توکیو یک محکمه نظامی بین المللی برای خاور دور، ناشی از منشور توکیو بود که به پیوست اعلامیه جنرال امریکایی مک آرتور بر اساس منشور لندن تهیه شده بود. محکمه توکیو نیز مثل محکمه نورنبرگ فقط راجع به مجرمان اصلی بود که در آن برخلاف محکمه نورنبرگ که چهار وکیل مدافع تعقیب کننده از سوی چهار کشور متفق مشترکاً کار صدور کیفرخواست ها را انجام می دادند، اقامه دعوی از طریق یک وکیل منحصر به فرد به انتخاب جنرال مک آرتور از ایالات متحده آمریکا ولی به نماینده گی از سوی یازده کشور امضا کننده انجام میشد. در مقایسه بین رسیده گی و احکام محاکم

1-Netherland به انگلیسی
2- کشوری در غرب اروپا

نورنبرگ و توکیو معمولاً رویه محکمه نورنبرگ را بسیار عادلانه تراز محکمه توکیو دانسته اند، زیرا محکمه توکیو کاملاً تحت نفوذ جنرال مک آرتور و ملاحظات سیاسی وی قرار داشت. (۶: ۱۲۴)

مبحث دوم: محکمه جزایی نظامی بین المللی نورنبرگ

در آغاز زمستان سال ۱۹۴۲ میلادی، دولت های نیروهای متفقین اعلام کردند که تصمیم به مجازات جنایتکاران جنگی نازی گرفته اند.

در ۱۷ دسامبر ۱۹۴۲، میلادی رهبران ایالات متحده، بریتانیا و اتحاد جماهیر شوروی، نخستین بیانیه مشترک خود را صادر کردند که در آن رسماً به کشتار دسته جمعی یهودیان اروپایی و پیگرد قانونی مسببان خشونت علیه غیر نظامیان اشاره شده بود. هر چند که برخی از رهبران سیاسی بیشتر موافق اعدام های فوری بودند تا محاکمه، اما سرانجام متفقین تصمیم به تشکیل یک محکمه نظامی بین المللی گرفتند.

در بیانیه اکتوبر ۱۹۴۳ میلادی مسکو که از سوی فرانکلین دی. روزولت رئیس جمهور ایالات متحده، وینستون چرچیل، نخست وزیر انگلیس و ژوزف استالین، رهبر روسیه امضا شد، چنین آمده بود که در زمان آتش بس موقت، کسانی که جنایتکار جنگی تلقی می شدند به کشورهای محل ارتکاب جرم خود بازگردانده شوند تا حکم آنان طبق قوانین کشور مربوطه صادر شود. جنایتکاران اصلی جنگی که محل ارتکاب جرمشان محدود به یک منطقه خاص جغرافیایی نبود، بر اساس تصمیم مشترک دولت های متفقین به مجازات می رسیدند. (۱۱: ۱۲۹)

محاکمات مقامات اصلی آلمان در برابر محکمه نظامی بین المللی، معروفترین محاکمات جنایات جنگی پس از جنگ، رسماً در ۲۰ نوامبر ۱۹۴۵ میلادی، فقط شش ماه و نیم پس از تسلیم آلمان، در نورنبرگ آلمان آغاز شد. هریک از چهار کشور متفقین، ایالات متحده، بریتانیای کبیر، اتحاد جماهیر شوروی و فرانسه، یک قاضی و تیم دادستانی تعیین کردند. قاضی دیوان عالی بریتانیای کبیر، جفری لارنس ریاست محکمه را به عهده گرفت. قوانین محکمه حاصل انطباق دقیق میان سیستم های قضایی اروپایی و انگلیسی - آمریکایی بود. یک تیم مترجم نیز ترجمه همزمان تمام دادرسی ها را به چهار زبان انگلیسی، فرانسه، آلمانی و روسی انجام می داد.

پس از بحث و گفت وگوهای بسیار، ۲۴ متهم به عنوان نمونه های رهبری دیپلماتیک، اقتصادی، سیاسی و نظامی نازی ها انتخاب شدند. آدولف هیتلر، هاینریش هیملر و یوزف گوبلز هیچگاه مورد محاکمه قرار نرفتند، چرا که پیش از پایان جنگ خودکشی کرده بودند. از آنجا که محکمه نظامی بین المللی نمی خواست این تصور را به وجود آورد که این افراد هنوز زنده هستند، از برگزاری

محاکمه برای آنان خودداری کرد. در واقع، فقط 21 متهم در محکمه حاضر شدند. گوستاو گروپ، کارخانه دار آلمانی در اقامه دعوی گنجانیده شد، اما از آنجا که مسن و بیمار بود در رسیده گی های مقدماتی تصمیم گرفتند که او را از تعقیب جزائی معاف کنند. دبیر حزب نازی، مارتین بورمان به صورت غیابی محاکمه و محکوم شد. روبرت لای نیز شب محاکمه خود کشی کرد. (۱۱: ۱۳۰) محکمه نظامی بین المللی علیه متهمان به جرم جنایت علیه صلح، جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت کیفرخواست صادر کرد. این محکمه، جنایت علیه بشریت را اینگونه تعریف کرد: قتل، نابودی، به برده گی گماشتن، تبعید... یا شکنجه افراد به دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی و توطئه به عنوان اتهام چهارم، اضافه شد تا ارتکاب جنایات بر اساس قوانین داخلی نازی ها پیش از شروع جنگ جهانی دوم را شامل شود و در نتیجه، محاکم بعدی بتوانند برای تعقیب جزائی افرادی که به یک سازمان جنایی شناخته شده تعلق داشتند از اختیارات قانونی لازم برخوردار باشند. بنابراین، محکمه بین المللی علیه چندین سازمان نازی ها که جنایی انگاشته می شدند از جمله کابینه رایش، ستاد رهبری حزب نازی، گارد برگزیده (اس اس)، سرویس امنیتی (اس دی) پلیس مخفی دولت (گشتاپو)، گروه های ضربت (اس آ) و کارمندان عادی و فرماندهان عالی رتبه نیروهای مسلح آلمان اعلام جرم کرد. (۱۱: ۱۳۱)

متهمان از حق انتخاب وکیل برخوردار بودند و هر روز بیش از 400 تماشاچی و 325 خبرنگار از 23 کشور، در دادرسی ها حاضر می شدند. رابرت جکسن، دادستان کل ایالات متحده، تصمیم گرفت که قضایای خود را عمدتاً بر اساس انبوهی از مدارک نوشته شده توسط خود نازی ها طرح کند و از شهادت ناظران عینی استفاده نکند تا محاکمه متهم به استناد به شهادت متعصبانه، مخدوش نشود.

قاضیان رأی خود را در اکتوبر 1946 میلادی اعلام کردند. رأی سه نفر از چهار قاضی، برای محکومیت لازم بود، 12 متهم از جمله یوئاکسیم فون رینتروپ، هانس فرانک، آلفرد روزنبرگ و ویلیوس اشترایش، به مرگ محکوم شدند. آنها به دار اوخته شدند و جسد شان در داخل سوزانده و خاکستر هایشان در رود خانه ایزار ریخته شد. هرمان گورینگ خود را شب پیش از اعدام کشت و به این ترتیب از طناب دار گریخت. محکمه نظامی بین المللی سه متهم را به حبس ابد و چهار نفر دیگر را به 10 تا 20 سال زندان محکوم کرد. این محکمه سه متهم را نیز تبرئه کرد.

محکمه نظامی بین المللی در نورنبرگ یکی از اولین و همچنین مشهورترین محاکمات جنایات جنگی بود. اکثریت قاطع محاکمه های جنایات جنگی پس

از سال 1945 میلادی، مربوط به مقامات و ماموران مادن شامل نگهبانان و فرماندهان اردوگاه های کار اجباری، پلیس، اعضای واحدهای سیارکشتار و داکترانی بود که آزمایش های پزشکی روی زندانیان انجام داده بودند. این جنایتکاران جنگی دنبشتهای پس از جنگ در محاکم نظامی واقع در مناطقی از آلمان و اتریش که تحت اشغال انگلیس، آمریکا، فرانسه و روسیه بود و همچنین در ایتالیا به محاکمه کشیده شدند. (۶: ۱۳۲)

در ۱۷ اکتبر 1946 میلادی، فقط یک روز پس از اعدام متهمان، محکمه نظامی بین المللی رئیس جمهور آمریکا هری ترومن، تلفورد تیلور را به مقام لوی خائنوال جنایات جنگی در ایالات متحده منصوب کرد. او 185 مقام عالی رتبه آلمانی را در 12 جلسه جداگانه محاکمه کرد. این محاکمات اغلب به صورت جمعی، محاکمات بعدی نورنبرگ نامیده می شوند. اعضای گشتاپو و اس اس و همچنین کارخانه داران آلمانی به دلیل دست داشتن در اجرای قوانین نورنبرگ " اریایی سازی " تیرباران های دسته جمعی یهودیان در اردوگاه های کار اجباری، تیرباران توسط واحد های سیارکشتار و تبعیضات، محاکمه شدند. (۱۱: ۱۳۲)

سایر جنایتکاران جنگی در محاکم کشورهای محل ارتکاب جنایات خود محاکمه شدند. در سال 1947 میلادی، محکمه یی در لهستان فرمانده اردوگاه آشویتس، رودولف هوس را محکوم به مرگ کرد. در محاکم آلمان غربی، بسیاری از نازی های سابق با این ادعا که دستورات مقامات ارشد را اطاعت می کردند، حکم های سنگین دریافت نکردند و شامل تخفیف در مجازات شدند. به این ترتیب، تعدادی از جنایتکاران نازی به زنده گی عادی و مشاغل خود در جامعه آلمان بازگشتند.

تلاش های تعقیب کننده گان نازی ها (کسانی چون سیمون ونیزنتال و بیت کلارنفلد) موجب دستگیری، استرداد و محاکمه تعدادی از نازی هایی شد که پس از جنگ از آلمان گریخته بودند، محاکمه سال 1961 میلادی آدولف ایشمان در اورشلیم توجه جهانی را جلب کرد. (۱۱: ۱۳۳)

مبحث سوم : محکمه جزایی بین المللی روندا

جمهوری روندا کشوری است کوچک در مرکز آفریقا و پایتخت آن کیگالی است. روندا کشوری است سرسبز و آب و هوای استوایی در منطقه دریاچه های بزرگ آفریقا. خاطره قتل عام توتسی ها در آن در سال 1994 میلادی هنوز در اذهان باقی مانده است. به دنبال قتل عام سال 1994 میلادی، محکمه یی بنام محکمه بین المللی جزایی برای روندا (ICTR)¹ تشکیل شد.

حدود 700 سال قبل قومی از نژاد حامی (کوشی) از سوی منطقه اتیوپی و سومالی به سوی جنوب سودان کوچ کرده و در نهایت در منطقه فعلی رونا و بوروبندی و بخشی از اوگاندا، ساکن شدند. این افراد گله دار بودند و بومیان هوتو که نیز خود از مهاجران غرب آفریقا بودند به کارکشاورزی اشتغال داشتند. با ورود استعمار به این منطقه تضادهای قومی میان این دو تیره فزونی گرفت و در دینوبیت به قتل عام منجر شد که آخرین آن سال 1994 میلادی بود که شورشیان طرفدار یوگاندا هواپیمای رئیس جمهور هوتور اسرنگون کردند و در مقابل سکوت مجامع بین المللی و غرب، این جنایت اتفاق افتاد و هزاران نفر کشته شدند.

از سال 1894 میلادی به بعد و به اساس کنفرانس برلین، این منطقه تحت نام تانگانیکای آلمان در اختیار آلمان قرار گرفت. شکست آلمان در جنگ جهانی اول منجر به تقسیمات مستعمره های آفریقایی آلمان شد. رونا به بلژیک واگذار شد و در 1962 میلادی سرانجام از بلژیک مستقل شد. در اپریل 1994 میلادی آغاز نسل کشی در رونا بود که به دنبال سرنگونی هوا پیمای رئیس جمهور هوتو تبار صورت گرفت. این حادثه بر تحولات بورندی و کنگو نیز تأثیر عمیقی گذاشت. (18: مطلب، 1239)

جزء اول: صلاحیت های محکمه بین المللی رونا

مواد 1 و 5 اساسنامه محکمه رونا، به صلاحیت این محکمه اختصاص داده شده است. ماده 1 اساسنامه مذکور، مقرر می دارد که: ((محکمه بین المللی رونا اختیار خواهد داشت، اشخاصی را که مسئول تخلفات عمده ارتکاب یافته از حقوق بشر دوستانه بین المللی در سرزمین رونا بوده و نیز اتباع رونا را که مسئول ارتکاب تخلفاتی با وصف مذکور در سرزمین کشورهای همسایه و در فاصله 1 ژانویه 1994 میلادی تا 31 دسامبر 1994 میلادی بوده اند، با رعایت مقررات اساسنامه حاضر، تحت پیگرد قرار دهد.))

همچنین ماده 10 اساسنامه مذکور چنین صراحت دارد: ((محکمه بین المللی رونا، نسبت به اشخاص حقیقی صلاحیت دارد.)) لذا با توجه به مواد فوق الذکر و همچنین مواد 2، 3 و 4 اساسنامه محکمه، صلاحیت رسیده گی به جنایت نسل زدایی، جنایت علیه بشریت، و موارد نقض ماده 3 مشترک کنوانسیون های 12 اگست 1949 میلادی در جینوا راجع به حمایت از قربانیان جنگ و پروتوکول الحاقی دوم به آن را که توسط اشخاص حقیقی در رونا و نیز توسط اتباع رونا در کشورهای همسایه ارتکاب یافته را، دارد.

الف- صلاحیت مکانی و زمانی محکمه

ماده 7 اساس نامه محکمه روندا، راجع به صلاحیت مکانی و زمانی محکمه است. مطابق این ماده: ((محدوده مکانی صلاحیت محکمه بین المللی روندا، شامل سرزمین روندا اعم از قلمرو زمینی و حریم هوایی آن کشور است. همچنین، در ارتباط با تخلفات عمده از حقوق بشر دوستانه بین المللی که توسط اتباع روندا ارتکاب یافته است، سرزمین کشورهای همسایه نیز مشمول صلاحیت مکانی محکمه خواهد بود. محدوده زمانی صلاحیت محکمه بین المللی روندا، مقطع زمانی مشخصی است که از 1 جنوری 1994 میلادی آغاز شده و در 31 دسامبر همان سال پایان می یابد.)) (۸: ۲۶۷)

ب- صلاحیت موازی

بند 1 ماده 8 اساسنامه محکمه روندا مقرر میدارد که: ((محکمه بین المللی روندا و محاکم ملی، به موازات یکدیگر برای تعقیب اشخاصی که به تخلفات عمده از حقوق بشر دوستانه بین المللی در سرزمین روندا دست زده و یا اتباع روندا که در سرزمین کشورهای همسایه چنین تخلفاتی را در فاصله 1 جنوری 1994 میلادی تا 31 دسامبر 1994 میلادی مرتکب شده اند، صلاحیت خواهند داشت.)) از این بند ماده 8 استنباط میشود که اساسنامه برای محکمه در رسیده گی به جرایم، صلاحیت انحصاری قائل نشده است، بلکه نوعی صلاحیت موازی را قائل شده است به نحوی که محاکم ملی نیز میتوانند به این جرایم رسیده گی نمایند. اما سؤالی که در اینجا ممکن است به ذهن خطور کند این است که اگر همزمان محکمه ملی یک کشور و محکمه (روندا) خود راصالح به رسید گی در یک موضوع بدانند چگونه تعارض به وجود آمده حل خواهد شد؟ برای پاسخ به این سوال باید به بند 2 ماده 8 اساسنامه رجوع کرد:

((محکمه بین المللی روندا از حق تقدم نسبت به محاکم ملی همه کشورها برخوردار می باشد، بنابراین در هر یک از مراحل رسیده گی، محکمه بین المللی روندا میتواند رسماً از محاکم ملی درخواست نماید که اختیار رسیده گی را مطابق اساسنامه حاضر، اصول محاکمات جزایی و ادله محکمه بین المللی روندا به محکمه مزبور واگذار کند.))

در واقع محکمه روندا همانند محکمه جزایی بین المللی یوگسلاوی، صلاحیت موازی محکمه بین المللی با محاکم ملی را به نفع برتری محکمه بین المللی حل کرده است.

البته این نکته حایز کمال اهمیت است که برتری صلاحیت محاکم یوگسلاوی سابق و روندا نسبت به محاکم ملی زمانی عملی خواهد بود که دولتها به موجب قوانین ویژه یی مقرر و اساسنامه مذکور را به حقوق داخلی خود ملحق نمایند.

زیرا قطعنامه های شورای امنیت و یا مصوبات مجمع عمومی سازمان ملل از مقوله متونی نیستند که قضات ملی بتوانند با استناد به آنها رأی به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود بدهند. (۸: ۲۶۹)

قاضی ملی تنها به قوانینی مأخوذ است که از طریق مجاری رسمی دولت متبوع خود به عنوان قانون اعلام شده باشد. اجرای معاهدات بین المللی نیز در شرایطی توسط قاضی لازم الاجرا است که دولت متبوع وی مراحل تصویب آن را طی نموده باشد. (۸: ۲۶۹)

بدین لحاظ است که در بند ۴ قطعنامه ۸۲۷، ۱۹۳۳ میلادی و همین طور، ماده ۲۹ اساسنامه محکمه یوگسلاوی سابق و ماده ۲۸ اساسنامه محکمه روندا، دولتها موظف شده اند قوانین داخلی خود را با مقررات محکمه بین المللی هماهنگ سازند. این وظیفه هماهنگ سازی البته غیر از اجرای مستقیم آراء محکمه بین المللی در کشورهاست. (۶: ۱۳۰)

پاره از کشورها در این رابطه قوانین ویژه یی تصویب نموده اند، مثلاً ماده ۳ قانونی که در کشور ایتالیا در این مورد تصویب شده مقرر نموده است که قاضی ایتالیائی موظف است در شرایط زیر به نفع محکمه یوگسلاوی رأی عدم صلاحیت صادر نماید.

الف:- محکمه بین المللی همان مسأله را مورد بررسی قرار داده که قاضی ایتالیائی بررسی کرده است.

ب:- مسأله مطابق به ماده ۸ اساسنامه، در صلاحیت محکمه بین المللی است. نظیر همین قانون در آلمان (بند ۲-۳) بخش ۲-۴) و فرانسه (ماده ۴) نیز وجود دارد. قانون اسپانیا نیز برتری صلاحیت محکمه بین المللی را به طور کلی پذیرفته است. معذالک چنین مقرر نموده است که محاکم ملی تنها در صورتی که محکمه بین المللی آن را منع نکرده باشد، نسبت به صلاحیت محکمه بین المللی تقدم دارند و در عین حال نیز پیش بینی کرده است که دستور ممنوعیت می تواند توسط ستره محکمه یک کشور (High National Court) رد شود آن هم در صورتی که جرم در صلاحیت زمانی و محلی محکمه یوگسلاوی نباشد. در عوض قوانین بوسنی، دانمارک (مواد ۱-۳) سوئد (بخش ۱۳) نروژ (بخش ۵) و قانون فنلاند برتری کامل محکمه بین المللی نسبت به محاکم ملی را پذیرفته اند. محکمه یوگسلاوی خود در ماجرای (TADIC) قابلیت اجرایی مستقیم اصل تقدم را که در بند ۲ ماده ۹ اساسنامه آمده است نفی کرده است. (۶: ۱۳۱)

بر خلاف محاکم یوگسلاوی و روندا در محکمه جزایی بین المللی، اصل بر تکمیلی بودن صلاحیت محکمه نسبت به محاکم ملی است بر طبق دیباچه ماده ۱ و ۱۷ اساسنامه محکمه، صلاحیت محکمه نسبت به صلاحیت کشورهای عضو)

تکمیلی) است، بدین معنا که محکمه تنها در صورتی صلاحیت رسیده گی به جرائم را دارد که کشور صالح برای رسیده گی جزایی، نسبت به اعمال صلاحیت خود (ناتوان) یا (ناخشنود) باشد. به عبارت دیگر، به موجب اصل تکمیلی بودن صلاحیت محکمه، محاکم ملی مسئولیت اصلی در تحقیق و تعقیب جنایات بین المللی موضوع صلاحیت محکمه را دارا میباشند و در صورت عدم تمایل یا عدم توانایی و یا نبود دستگاه قضایی مستقل و کارآمد بین المللی کیفری، مبادرت به اعمال صلاحیت خواهد کرد. این موضوع در مقدمه ماده 1 و ماده 17 اساسنامه روم مورد تأیید قرار گرفته است. بنابراین طبق این اصل اساسی محکمه بین المللی کیفری مکمل محاکم ملی است ولی جایگزینی یا جانشین محاکم ملی نیست و صرفاً تحت شرایطی خاص مبادرت به اعمال صلاحیت خواهد نمود. (۶)

(۱۳۶:

جزء دوم: تشکیلات محکمه بین المللی روندا

ماده 10 الی 16 اساسنامه محکمه روندا در مورد تشکیلات محکمه، ترکیب شعب، نحوه انتخاب قضات، مقامات محکمه، اعضای شعب، اصول محاکمات جزایی و دادستانی، مقرراتی را وضع نموده که به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

1- سازمان محکمه :

ماده 10 اساسنامه محکمه روندا مقرر می دارد که محکمه متشکل از ارکان زیر خواهد بود:

الف) شعب محکمه که شامل سه شعبه ابتدایی و یک شعبه تجدید نظر میباشد.

ب) خائنوالی

ج) دارالانشا.

لازم به ذکر است که ماده 10 اساسنامه محکمه روندا، کاملاً مشابه ماده 11 اساسنامه محکمه جزایی یوگسلاوی سابق است. چرا که اساسنامه این محکمه نیز، ارکان محکمه را سه شعبه بدوی، یک شعبه تجدید نظر، دادستانی، و یک دبیر خانه قرار داده است (13: 560)

مطابق اساسنامه، محکمه روندا دارای سه شعبه ابتدایی و یک شعبه تجدید نظر است. مطابق بند 1 ماده 11 اساسنامه شعب محکمه متشکل از 16 قاضی دائمی است که هیچگاه دوفز از آنها از اتباع دولت واحد نخواهد بود و در هر دوره علاوه بر این 16 قاضی ثابت 4 قاضی غیر ثابت نیز منصوب میشوند.

مطابق بند 2 ماده 11 اساسنامه، در هر دوره رسیده گی، هریک از شعبه های بدوی، متشکل از سه قاضی دائمی و حداکثر چهار دادرس غیر ثابت است.

بند 3 ماده فوق الذکر نیز در مورد شعبه تجدید نظر چنین مقرمی دارد که:

((شعبه تجدید نظر متشکل از هفت قاضی دائمی است و در رسیده گی به هردرخواست تجدید نظر، شعبه تجدید نظر با حضور پنج تن از اعضای خود تشکیل می گردد.))

ماده 12 نحوه انتخاب قضات دائمی محکمه رامقرر نموده است. مطابق این ماده، انتخاب قضات توسط مجمع عمومی وشورای امنیت ملل متحد صورت می گیرد. بدین ترتیب که دبیرکل ازدول عضو سازمان ملل ودول غیر عضو که هئیت دائمی نظارت را در مقرر اصلی ملل متحد دارند، دعوت خواهد کرد که نامزد های خود را برای تصدی قضاوت در محکمه معرفی کنند.

پس از آن دبیرکل اسامی نامزد های دریافتی را به شورای امنیت ملل متحد تقدیم خواهد کرد، سپس شورای امنیت پس از انتخاب تعدادی از این اسامی، آن را تقدیم رئیس مجمع عمومی خواهد که مجمع عمومی در نهایت قضات را انتخاب میکند. قضات دائمی برای 4 سال انتخاب میشوند وامکان انتخاب مجدد آنها وجود دارد.

البته نحوه انتخاب قضات غیر ثابت راماده 12 اساسنامه مکرراً تعیین نموده است که کاملاً مشابه نحوه تعیین قضات دائمی است. این قضات برای یک دوره 4 ساله انتخاب میشوند اما برخلاف قضات دائم امکان انتخاب مجدد آنها وجود ندارد.

مطابق بند 4 ماده 13 اساسنامه، اعضای شعبه تجدید نظر محکمه روندا، همان اعضای شعبه تجدید نظر محکمه بین المللی یوگسلاوی (سابق) خواهند بود. (6: 134)

2- خارنوالی

در بند 3 ماده 15 اساسنامه محکمه مذکور، آمده است که: ((دادستان محکمه بین المللی یوگسلاوی سابق، سمت دادستانی محکمه بین المللی روندا رانیز بر عهده خواهد داشت. دوره ی خدمت دادستان 4 سال است و امکان انتخاب مجدد او وجود دارد.))

جزء سوم : اساسنامه نامه محکمه بین المللی روندا

الف- اصل قانونی بودن جرم

مطابق اساسنامه محکمه بین المللی روندا، هیچ کس مسئولیت جزایی نخواهد داشت مگر این که در محدوده زمانی مشخص (از 1 ژانویه 1994 میلادی تا 31 دسامبر 1994 میلادی) مرتکب یکی از اعمالی شده باشد که در صلاحیت محکمه بین المللی روندا است. به عبارت دیگر باید عمل وی منطبق بایکی از جرایم پیش بینی شده در اساسنامه محکمه روندا باشد.

ب - اصل عدم رجعت قانون به ماقبل

به موجب اساسنامه محکمه روندا، هیچ کس به موجب عملی که قبل از 1 ژانویه 1994 میلادی مرتکب شده است تحت تعقیب قرار نخواهد گرفت، حتی اگر عمل انجام شده توسط وی منطبق بایکی از جرائم پیشبینی شده در اساسنامه باشد، زیرا همان طور که قبلاً اشاره شد صلاحیت محکمه بین المللی روندا، محدود به یک دوره زمانی مشخص است. البته لازم به ذکر است که محکمه روندا نسبت به جرائم ارتکاب یافته بعد از 31 دسامبر 1994 میلادی نیز صلاحیت رسیده گی را ندارد.

ج - اصل فردی بودن مسئولیت جزایی

محکمه مطابق اساسنامه آن نسبت به جرائم اشخاص حقیقی صلاحیت رسیده گی را دارد. بر طبق بند یک ماده 6، اساسنامه محکمه روندا، در مورد هریک از جنایات ذکر شده در اساسنامه، هرکس مرتکب طراحی، تحریک، صدور، دستوری یا مباشرت شده یا به هر شکل دیگری در طراحی، فراهم ساختن مقدمات یا اجرای جنایت مورد نظر معاونت کرده باشد، شخصاً مسئول جرم ارتكابی خواهد بود. همچنین مقام و موقعیت رسمی هیچ متهمی موجب معافیت یا تخفیف مجازات وی در رسیده گی قضیه در محکمه روندا نمیشود.

د- امر امر قانونی

مطابق بند 4 ماده 6 اساسنامه محکمه بین المللی روندا، اینکه متهم در اجرای دستور یک دولت یا یک مقام مافوق اقدام کرده است، موجب معافیت او از مسئولیت جزایی نیست، لیکن ممکن است.

ه - عفو یا تخفیف مجازات محکومین

مطابق اساسنامه محکمه روندا، محکمه چنانچه براساس حقوق قابل اجرای کشوری که محکوم علیه در آنجا زندانی است، نامبرده مستحق عفو یا تخفیف مجازات محکومین باشد، دولت مربوطه مراتب را به این محکمه بین المللی، اطلاع خواهد داد. در این صورت، رئیس کل محکمه بین المللی روندا با مشورت سایر قضات، بر مبنای مقتضیات اجرای عدالت و اصول کلی حقوقی، در این مورد تعیین تکلیف خواهد کرد. (۱۲: ۵۶۳)

بقیه در شماره آینده

لیکونکی : دوکتور عبدالکریم زیدان
ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامی

د اسلامي فقهي بنسټونه

پنځم فصل
اهلیت او عوارض یې

(10)

دوهم مطلب
مکتسبه عوارض

فهرست

-
- دوهمه مسأله : پرسفیه حجر (پابندي) 30
 څلورمه مسأله : دمحجور سفیه د تصرفاتو حکم : 34
 پنځمه مسأله : سفاهت د عراق په مدني قانون کې 34
-

شپږمه مسأله : سفاهت دمصر په مدني قانون كي 35
پنځم : سكر (نشه) 36

دوهمه مسأله : پرسفیه حجر (پابندی)

118- فقها وودسفاهت په باره كي اختلاف كړی دی چي آيا صحيح ده چي سفاهت د حجر او پابندی سبب كيدای شي يا نه ؟ كه سفاهت اصلي وي ، يعنی انسان د سفاهت په درلودلو سره بلوغ ته ورسیري او كه عارضی وي ، دارنگه چي انسان عاقل او رشید بالغ شي او بیاورته سفاهت پيښ شي ؟ كولاى شو د هغوی اختلاف په دوه اقوالو كي راغونډ كړو :

لومړی قول :- جمهور ، له شافعيه ، حنابله ، مالكيه ، جعفريه او ابويوسف او محمد بن حسن - د ابوحنيفه شاگردان - معتقد دي چي : سفیه محجور كيږي ، ځكه سفاهت د حجر سبب دی او كه چيري رامینځ ته شي ، حجر پرې واجب دی ¹.

دوهم سفیه :- سفیه محجور كيږي نه . داد ابوحنيفه او ظاهريه وو قول دی ².
119- دجمهور دلایل :

جمهور دخپلي ليدتوكي په هكله پرخينو دلایلو استدلال كوي ³ له هغی جملې :
1- سترځښتن تعالی (ج) فرمايي : (فان كان الذی علیه الحق سفیها او ضعيفا او لا یستطیع ان یمل هو فلیمل ولیه بالعدل) (دالبقره سورت - 282- آیت).

ژباړه : بیا هغه څوك چي په ذمه یي حق دی كه چيري نا پوه وي یا ناتوان وی یا بیان نه شي وركولی نود ده ولي دي په انصاف سره بیان وركړي .
دا آیت پرسفیه د ولایت دثبوت افاده وركوي او دا ولایت یوازي له حجر څخه وروسته پرې متصور دی .

2- په روایت كي راغلي دي چي : حضرت علی (ك) له درېیم خلیفه حضرت عثمان بن عفان (رض) ځيني وغوښتل چي پر عبدالله بن جعفر (رض) د

¹ - المغنی ، ابن قدامه ، ج 4 ص 458 ، اصول البزودی او دهغه شرحه ج 4 ص 1492 ، طوسی ج 22 ص

² - احكام القرآن ، جصاص ج 1 ص 489 ، المحلی ج 8 ص 278 او له هغی وروسته ، التلویح ج 92. لیدل كيږي چي ابوحنيفه ، كه څه هم معتقد دی چي مال هغه چاته چي د سفاهت په درلودلو سره بلوغ ته رسیدلی دی نه وركول كيږي تر هغه وخته چي پنځه ویشتن كلنی ته ورسیري ، لیکن دا اعتقاد نلري چي سفیه محجور شي او دده په نظر د سفیه تصرفات په خپل مال كي نافذ دي .

³ - المغنی ج 4 ص 458 ، جصاص ج 1 ص 47 او له هغی وروسته ، كشف الاسرار ج 4 ص 1491 او له هغی وروسته ، طوسی ج 2 ص 122-123

ده دمالی اسراف په واسطه پابندی (حجر) راوړي ، که چیرې پرسفیه پابندی جایزه وای ، حضرت علی (ک) داغوښتنه نه کوله .

3- صغیر په دې دلیل مجبور کیږي چې احتمال لري خپل مالونه هدرکړي او دا مفهوم په سفیه کې هم شتون لري ، نو څرنگه چې دماشوم مجبور کول لازم دي ، د ده (سفیه) مجبور کول هم لازم دي .

4- سفیه په خپلو مالونو کې په ښه توګه تصرفات نه شي ترسره کولای او هغه چاته اړتیا لري چې له ده څخه څارنه وکړي او اموال یې خوندي کړي (وساتي) او دا چاره هم یوازې د ده په مجبورولو شوني ده ، لکه څرنگه چې هماغسې دصغیر په تړاو هم همدا حکم شتون لري اونه ویل کیږي : سفیه دخپلومالونو د هدرکولو په دلیل عاصي او گنهکار دی نو دڅارنې اوسرپرستی مستحق نه دی ، ځکه مونږ وایو: معصیت د دې سبب کیږي نه چې گنهکار فرد دنورو له خوا دخپلې سرپرستۍ او څارنې اومصلحت ساتنې استحقاق له لاسه ورکړي ځکه وینوچې دعدم قاتل جنایت ، نوموړی د استحقاق له پاملرنې څخه نه بهرکوي ، ځکه عفوه یې جایزه ده ، نو سفیه له ټولو لومړیتوب لري چې دپاملرنې اوسرپرستۍ لاندې ونیول شي او مصلحت یې رعایت کړل شي .

5- دسفیه مجبورکول له ټولنې څخه ضرر لیرې کوي (رفع یا دفع کوي) ځکه په دې وسیله د ده مال خوندي کیږي او دنورو داوړو پټۍ کیږي نه ، اونه یې بیت المال نفقه ورکوي او څرنگه چې له ټولنې ځینې دضرر دلیرې کولو په خاطر پرانسان پابندی یوه واجب چاره ده او په همدې دلیل هم بی حیا او ټوکمارمفتي او ناپوهه (جاهل) ډاکټر (طیب) مجبور کیږي ، نوسفیه هم له ټولنې څخه د ضرر دلیرې کولو په خاطر مجبور کیږي .

(120) دامام ابوحنیفه رحمه الله دلایل :

ابوحنیفه (رح) په څودلایلو استدکوي ، له هغې جملې :

1- سفیه دشرعي احکامو مخاطب دی ، ځکه فرد داهلیت د درلودلو په خاطر دی چې دخطاب ورګرځي او اهلیت هم له بلوغ سره مل دی او سفاهیت هم د سفیه په عقل او تمیز کې دهیڅ ډول نقص (نیمګړتیا) درامینځته کیدو لامل کیږي نه او په همدې دلیل، نوموړی دشرعي حقوقو مخاطب پاتې کیږي او د ده قولی تصرفات لکه طلاق او نکاح صحیح ده ، خلکو ته د پورورتیا په دلیل محبوس کیږي او دهغه جرایمو په خاطر چې مرتکب کیږي ترمجازاتولو لاندې راځي او دمجاز اتونو په سببونو په اقرار سره ترمؤاخذي لاندې نیول کیږي ، اوس ، که چیرې سفاهت له بلوغ څخه وروسته هم دسفیه د سرپرستۍ په واجبولو اوله ده ځینې څارنه او پرده د حجر لزوم معتبروي ، غوره دا ده چې د

- مجازاتو نو په سببونو د اقرار په تړاو محجور شي ، ځكه هغه ضرر چې د فرد پرفس وارديږي د ده پرمال له وارد شوي ضرر څخه زيات دي .
- 2- كوم مهال چې انسان د عقل په شتون سره بالغ كيږي ، د ده اهليت او شخصيت بشپړيږي ، نو په دې حالت كي ، د ده محجور كول د ده د كرامت او انسانيت تر پښولاندې كول دي او داجايزنده او كه چيري وويل شي : حجر د ده د مصلحت (بنېگنې) په خاطر ترسره كيږي ، ځواب دا دي . د ده د انسانيت د ترپښو لاندې كولو ضرر او پرده د حجر له لاري څارويو (څلوربولو، حيواناتو) ته د ده ملحق كول ، دده د مال دضايع كولو له ضرر څخه گرانه تماميږي او شرعي قاعده د ستر ضرر د دفع كولو لپاره دخورا لږ ضرر د زغملو غوښتونكي ده ، نو نه محجور كول يې د ده په گټه دي .
- 3- په حديث كي راغلي دي چې يوفرد په خپلو معاملوكي تل له ضرر سره مخامخ كېده او كورنۍ يې نوموړي ، پيغمبر صلي الله عليه واله وسلم ته راووست او تري ويې غوښتل چې هغه محجور كړي ، خو رسول صلي الله عليه واله وسلم نو موري محجور نه كړ ، بلكي يوازي يې ورته امر وكړ چې په معامله كي دخپل ځان لپاره خيار شرط كړي . ليدل كيږي كه چيري حجر جايز وای ، دسترخښتن تعالى (ج) استازي (ص) هغه محجور كاوه .
- 4- دهغوی استدلال د (فان كان الذی علیه الحق سفیها الخ) په آیت د دوی لپاره كوم دليل كيدای نه شي ، ځكه په دې آيت كي له ولي ځيني موخه ، د حق ولي دی نه د سفيه ولي .
- 5- دهغوی استدلال د عبدالله بن جعفر (رض) دمحجور كولو لپاره دحضرت علي (ك) په غوښتنه هم دهغوی لپاره دليل كيدای نه شي ، ځكه دهغه غوښتنه د عبدالله بن جعفر په ډارولو الزام كيږي نه پرده د حجر په الزام ، يا دا چې له عبدالله څخه دمال په منعه كولو الزام كيږي په دې اعتبار چې د ده عمر (سن) له پنځه ويشت كلونو ځيني لږؤ .
- 6- اسراف معصيت او نافرمانۍ ده اومعصيت د مواظبت سبب كيږي نه او پرسفيه حجر هم دمرقيبت اوسرپرستۍ له باب څخه دی ، نو لازم نه دی اوهم ويل كيږي نه : معصيت د دې موجب كيږي نه چې عاصي دپاملرني اوسرپرستۍ مستحق نه وي په دې استدلال چې د عمد قاتل عفوه جايز ده ، ځكه په حجر قايلان ، پرسفيه حجر واجب بولي په داسې حال كي چې د عمد قاتل عفوه جايزده نه واجب .
- 7- په دې قايليدل چې دسفيه محجور كيدل له ټولني څخه د ضرر ددفع كولو په خاطر هم يومردود قول دی ، ځكه سفيه په خپل مال كي په تصرف لاس

پورې کوي او څوک دهغه په مال کې کوم حق نه لري ترڅوسفیه د دې ادعا ورحق په خاطر په خپل مال کې له تصرف ځینې منع شي .
121- غوره قول

هغه څه چې مونږ هغو ته ليوال يو: دسفیه محجور کيدل دي ، ځکه دنصوصو ظواهر د دې تائيدوونکي دي او همدارنگه حجر دسفیه د مال په ساتنې اوله ټولنې څخه دضرر دفع کول د ده د مصلحت (بنیګنې) درعايتولو لامل هم کيږي اونه شوکولای ووايو چې : نوموړی په خپل مال کې تصرف کوي اوټولنه په کې کوم حق نه لري ، ځکه مونږ وايوچې : دانسان په خپل مال کې تصرف نوروته په نه ضرر رسولو مقیددی ، مګر نه وينئ که چیرې يوشخص په خپل کور کې يوه ژرنده نصب کړي له دې کار څخه مخنيوی کيږي؟! ځکه ګاونډيانو ته ضرر لري نوسفیه هم په خپل مال کې له تصرف ځینې منعه کيږي ترڅو خپل مال هدر نه کړي اود ټولنې اوبیت المال داوړوبارنه شي ځکه د ټولنې په اوږو د ده باريدل هم ټولنې ته ضرر لري ، نو واجب ده چې د ده په محجور کولو سره دا ضرر دفع شي.

درېیمه مسأله : د سفیه د محجور کولو وخت (پرسفیه کوم مهال پابندي پای مومي ؟)

122- ځینې فقها له هغې جملې امام محمد بن حسن (دابوحنیفه شاګرد) معتقد دی چې : سفیه د سفاهت په نفس سره محجور دی او دپته اړتیا نلري چې قاضي یې په محجور کیدلو حکم ورکړي . د دوی استدلال هم دا دی چې سفاهت دحجر علت دی اوکه چیرې علت رامینځته شي ، معلول- یعنی حجر- هم رامینځته کيږي اوکه چیرې منتفي شي ، حجر هم منتفي کيږي لکه څرنگه چې دجنون(ليوننتوب) او عته اوصغر په تړاو هم وضعیت همدارنگه دی .

ځینې نور فقها اوله هغې جملې امام ابویوسف ، معتقد دی چې : سفیه یوازې دقاضي په حکم محجور کيږی . د دې ډلې استدلال دا دی چې : د حجر دکارولو مېنا(بنسټ) دمحجور د مصلحت (بنیګنې) خوندي کول اوساتل دي اودا مصلحت په نوسان کې دی د دې ترمینځ چې محجور دې شي ترڅومالونه یې خوندي شي او دا چې محجورنه شي ترڅو اقوال یې هدرولارنه شي اوپه هغه چارو کې چې دوه اړخیزه وي هم ، ترجیح یوازې دقاضي په غاړه ده نه دبل چا. همدارنگه ، سفاهت یوه محسوسه چاره نده اویوازې په معاملاتو کې په توان لیدلو او دفریب خوړلو کې ده چې دشخص پرسفاهت (سفیه توب) استدلال کيږي ، چې کله کله هم دا توان رسول یو ډول حیله ده او دا یوازې دقاضي په قضاوت ثابتيږي ، همدارنگه دسفیه محجور کول دفقهاوو ترمینځ د اختلاف یوڅیز دی ، نو دا هم دپور په سبب دحجر په څیر ، یوازې دقاضي په حکم ثابتيږي او څرنگه

چې حجر یوازې دقاضي په حکم ثابتیږي ، دحجر رفع کول هم یوازې د قاضي په حکم ترسره کیږي. د دې د وواکو ترمنځ د اختلاف ثمره (پایله) دا ده چې دابویوسف او دده دپیروانو د رای پر بنسټ ، د سفیه تصرفات پرنوموړي د قاضي له حجر دمخه صحیح اوناقد دي ، خو دحجده او موافقانو له لید توګې یې ، موقوف او غیرنافذ دي ، یعنی دارنگه فرض کیږي چې ګواکې دا تصرف له یوه سفیه فرد ځینې صادرشوی چې د قاضي په حکم سره محجور شوی دی . دابویوسف او دده د موافقانو درای دلایلو ته په پام ، زموږ په نزد داغوره قول دی ، یعنی داچې دحجر ثبوت او همدارنگه دهغه رفع کول یوازې د قاضي په حکم صورت مومي ، دا هغه څیز دی د عراق مدني قانون پري عمل کړی دی ، لکه څرنګه چې وروسته به راشي.

څلورمه مسأله : دمحجور سفیه د تصرفاتو حکم :

123- سفیه له محجور کیدلو څخه وروسته ، په فسخي ورتصرفاتو لکه پلورل او بیرودل او اجاره کې ، دممیز صغیر حکم لري ، یعنی که چیرې کاريې دګټې اوتوان ترمنځ متردد وي په اذن پورې متوقف دی اوکه چیرې دهې په څیر ، نګه ضرروي ، باطل به وي او هغه څه چې خالصه ګټه وي ، صحیح او نافذ دی او همدارنگه ، استحساناً دخیر په کارونو کې وصیت ورته جایز دی ، که څه هم نوموړی دتبرع او بخشش واحسان اهل هم نه وي او همدارنگه بل ته وقف اوبیاخیل ځان ته ، د ده لپاره جایز دی ، خو د ده دفسخي نه ورتصرفات ، لکه نکاح اوطلاق صحیح او نافذ دي اوله دې نظره حکم یې له ممیز صغیر سره توپیر لري .

پنځمه مسأله : سفاهت د عراق په مدني قانون کې

124- د عراق مدني قانون دابویوسف او دده دموافقینو په رای عمل کړی دی ، سفیه یې په خپل ذات کې محجور (ممنوع) کړی نه دی بلکې پرده د پابندی په موخه د ځانګړي محکمي تصویب اړین دی .¹ او همدارنگه ددې ممنوعیت رفع کیدل صورت نه شي موندلای مګر د محکمي په تصویب.² کوم مهال چې پرسفیه پابندي بشپړه شوه حکم یې په مالي معاملاتو کې لکه دممیز صغیر په څیر دی که څه هم له پابندی دمخه حکم یې دبالغ ، عاقل اورشید

¹ - د عراق دمدني قانون 95- یمه ماده

² - دلسمي مادي درېیمه فقره .

حکم لري ، مگر دا چې له پابندۍ دمخه تصرف يې دفریب له لاري او دبل له موافقي پرته صورت ومومي .¹

دا څه يو ښه استثنا ده چې پيښيري او له ممنوعيت ځيني موخه ترسره کيږي او دعمومي شريعت له اصولو سره متفق ده .

ممنوع (محجور) سفیه که څه هم دتبرع او بخشش اهل نه وي ، خو قانون ورته دمال دثلث (درېيمې برخې) د وصيت اجازه ورکوي .² او دا هغه څيزدی چې دقهي له مخي ټاکل شويدي او حکمت يې جوت دی ، ځکه د سفیه لپاره د ده په ژوندانه کي وصيت هيڅ ضرر نلري ، ځکه څرنگه چې تصرف يې له مړيني وروسته ترکي پوري منسوب دی . دسفیه نکاح له پابندۍ دمخه اوله هغې وروسته صحيح اوناقد ده ، ځکه دعراق د شخصيه احوالو د 1959 کال د 188- يمي گني قانون د واده داهليت لپاره عقل او بلوغ شرط ايښی دی .³

په دې کي شک نه شته چې سفیه عاقل او بالغ دی او داهغه موضوع ده چې په فقه کي ټاکل شویده ، همدارنگه طلاق يې صحيح اوناقد دی ځکه دعراق د شخصيه احوالو قانون 34- مي مادې دهغه کسانو شميره چې طلاق يې واقع کيږي سر شميرنه کړي دي او دهغوی په جمله کي يې سفیه نه دی يادکړی او داهغه څيزدی چې په فقه کي ټاکل شويدي .

شپږمه مسئله : سفاهت دمصر په مدنی قانون کي

125- پرسفیه دمحمکي په حکم پابندي صورت مومي دهغې پابندی رفع (ليري کيدل) هم دمحمکي له حکم پرته کيدای نه شي .⁴

خود سفیه د ټولو تصرفاتو حکم په لاندې توگه دی :

کله چې له سفیه ځيني له پابندۍ ليکلو وروسته تصرف صادرشي ، په دې تصرف کي سر ايت کوي هغه څه چې دممیز صغیر په تصرفاتو کي سر ايت کوي د دې معنا او مفهوم دا دی چې د ده نگه (خالص) گټور اومفيد تصرفات صحيح اوناقد واقع کيږي او په خالص ضرر سره مضرتصرفات يې باطل دي هر هغه تصرفات چې دگټي اوتوان تر مينځ چورلي هغه پر هغه حکم د بيا ابطال قبولونکی دی چې د هغه دقيق دغوښتونکي اونگران څخه صادرشي پاله سفیه ځيني له پابندۍ وروسته ، خوپه هغه صورت کي چې تصرف له سفیه څخه له پابندۍ دمخه صادرشي هغه باطل نه دی اونه دالبطل وړتيا لري مگر دا چې دبل متعاقد داستثمار اوياله هغه څخه دمستفيد (فايدې غوښتلو) په پايله کي واقع شي يا له

¹ - دلسمي مادې لومړی فقره

² - دلسمي مادې دوهمه فقره

³ - دا وومي مادې لومړی فقره

⁴ - پرمال د ولايت د 1952 کال د 19- مي گني قانون 65- مه ماده

سفیه سره په موافقه کې وي چې پابندی ترې له مینځه وړل کېږي که چیرې له دارنگه چارو ځینې کوم څیز ثابت شو تصرفات یې صحیح دي.¹ مصري قانون وصیت او وقف استثناګری ، تصرف یې په دې باره کې دارنگه تصویب کړی دی چې تصرف په دې دواړو کې صحیح دی ، هروخت چې محکمه اجازه ورکړي ، لکه څرنګه چې د ادارې د اعمال قانون استثناګری دی ، هغه مهال چې ولې یې اجازه ورکړي دخپلې ادارې په خاطر دمال په تسلیمولو سره او اجازه په قانوني وجهې او طریقې سره صورت مومي .² په دې حالت کې احکام پرې سرایت کوي دارنگه چې پرقاصرماً دون سرایت کوي .³

پنځم : سکر (نشه)

126- سکریا نشه د شرابو یا نورو مستوونکو (نشه کوونکو) موادو (توکیو) د استعمال په اثر د عقل د زوال په معنا ده ، دارنگه چې نشه (مست) فرد له په هوښ راتلو او دندې له مینځه تللو وروسته ، هغه کارونه چې دندې په مهال ترې صادر شويدي ، په یادنه لري.⁴

نشه عقل له کاره غورځوي دهغه د تمیزخند (مانع) کېږي او په دې توګه مناسب ده چې د اداء اهلیت ترې له مینځه ولاړشي ، له نشه شخص څخه تکلیف (مکلفیت) ساقط شي او دندې په حالت کې په هیچ څیز مخاطب کیدای نه شي ، خو فقها وو دا قول دندې په ټولو حالاتو کې نه دی وېلی ، بلکې هغه یې دهغه نشې په حالت کې اکتفا کړي ده چې له مباح لارې ځینې وي ، که چیرې نشه له ممنوع او حرامې لارې څخه وي هغه یې مکلف بللی او په هغه څیز چې ترې صادرېږي دموأخذې وړ دی ، نظر هغه تفصیل او اختلاف ته چې د دوی تر مینځه شتون لري ، لکه هماغسې چې وروسته به له مباح لارې ځینې دندې حکم بیان کړو .

127- لومړی : په مباح طریقه نشه

په مباح طریقه نشه هغه مهال ده چې نشه کوونکي شخص د اضطرار له مخې یا په اکراه نشه کوونکي مواد مصرف کړي وي او یا پردې له خبرتیا پرته چې په هغو کې نشه ده ، دهغو په مصرفولو سره نشه شي او یا درمل مصرف کړي او نشه شي او دارنگه نور شيان.

¹ - دمصرمدني قانون 115- مه ماده

² - توصیت د قانون پنځمه ماده او دمصر دمدني قانون د116- مي مادې لومړۍ فقره

³ - پرمال دولايت قانون 68- مه ماده

⁴ - دندې تعريف دا دی چې دمزيله (زابلوونکو) سببونو د دخالت پرمهال د عقل زوال پرې صورت ومومي ، کشف الاسرار ، ج4ص1482

څوک چې په دې شکل سره نشه کيږي ، دهغه چا په حکم کې دې چې په اغماء کې قرار لري اودنشي په حالت کې دحق الله په اداء مکلف نه دی او یوازې پرې لازمه ده له په هوښ راتلو وروسته دهغه قضایي راوړي اوکه چیرې دهغه په قضایي راوړلو کې پرې کومه ستونزه نه وي په دې معنا چې نشه یې ممتده او اوږده نه وي ، لکه هماغسې چې د اغماء په حکم کې هم ورته اشاره وشوه ، همدارنګه ، عبارتونه (کومې جملې چې د معنا افاده کوي) یې صحیح نه دي ، پرغولۍ تصرفاتو یې هیڅ کوم اثر نه مترتب کيږي ، خو په عملي تصرفاتو کې یې ، په هغه څه کې چې په مالي حق الناس کې وی ، دده د افعالو آثار پرې مترتب کيږي او دنفس د ضمانت یا هغه مال چې تلف کړي یې دې ترموأخذې لاندې نیول کيږي ، ځکه د افرادو نفس او مال محفوظ او مصئون دی او دهیڅ عذریه اثر نه هدرکيږي او عصمت یې نه ساقطیږي ، نشه فرد دخپلو افعالو او جرایمو په خاطر بدني مواخذه کيږي نه ، ځکه بدني مجازات هغه مهال اعمال کيږي (په کار وړل کيږي) چې فرد هغه کارونه د عقل او تمییز په درلودلو سره ترسره کړي وي حال دا چې نشه فرد د عقل او تمییز درلودونکی نه دی .

128- دوهم : په حرامه طریقه نشه

په دې ځای کې فقها د نشه (مست) د حکم او دده د تصرفاتو د اعتبار داندازي په اړوند یو له بله دنظر اختلاف لري او ددې اختلاف سبب هم دا دی چې د عقل زوال په حرامه طریقه پېښ شوی دی او په همدې دلیل هم ، د دوی لیدتوګو دده د تصرفاتو دحکم په تړاو یو له بله اختلاف موندلی دی چې کولای شو دا اختلاف په لنډ ډول دارنګه بیان کړو .¹

الف - دنشه (مست) دغولۍ تصرفاتو حکم

1- ځینې فقها معتقد دي چې دمست عبارت (لفظ) له اعتبار څخه ساقط دی او دده داقوالو کوم څیز ته پاملرنه نه کيږي او پر هغو هیڅ کوم شرعي اثر نه مترتب کيږي او له دې امله ، دده طلاق اوپلورل او پېرودل او نور عقود نه واقع کيږي او دا دظاهریه ، جعفریه عثمان البتی او لیث لیدتوګه (مذهب) او له امام احمد بن حنبل ځینې له نقل شوي یوه روایت – او هماغه دی چې ابن قیم نقل کړی دی چې امام احمد په دې قول استمرار درلودلی دی – او داحنافو له علماووڅخه د طحاوی اختیار هم همدا دی .

¹ - زاد المعاد ج 2 ص 202-203 ، اعلام الموقعین ج 4 ص 40-42 المغنی ج 7 ص 113-114 ، الام ، شافعی ج 2 ص 82 ، المذهب ، شیرازی ج 2 ص 82 ، المحلی ج 1 ص 209-211 ، الخلاف ، طوسی ج 2 ص 454 ، المختصر النافع فی فقه الجعفریه ص 221 ، مختصر الطحاوی ص 280 ، بدائع الصنائع ، کاشانی ج 3 ص 69 ، کشف الاسرار ج 4 ص 1474 اوله هغې وروسته ، التلویح ج 2 ص 185-186

2- اقوال يې معتبر دي او هغو ته پاملرنه کيږي او دهغو اقوالو شرعي آثار پري هم مترتب کيږي او دده طلاق او نورقولي تصرفات واقع کيږي . دا د احنافو ، شافعيه او مالکيه ليدتوگه (مذهب) دی ، چې البته دځينو تصرفاتو په تړاو تفصيلات لري ، ځکه احناف معتقد دي چې له ارتداد پرته او په هغه څه اقرارچې د رجوع احتمال لري ، نوراقوال يې معتبر دي او مالکيه معتقد دي چې : له اقرار او عقودو پرته د ده نوراقوال معتبر دي ، خو له دې سره سره ، ټول دنظر اتفاق لري چې طلاق يې واقع کيږي .

ب - دنشه (مست) د افعالو حکم
په دې کې اختلاف نه شته چې دنشه (مست) هغه ډله افعال چې په حق الناس (حقوق العباد) پورې تړاو لري ، نوموړی دهغه په هکله مالي مؤاخذه کيږي او که چيرې ده کوم نفس يا مال تلف کړ ، دهغو په اړوند به ضامن وي ، خو دبدني مؤاخذه په باره کې ، يعنی د ده مجازات د هغه افعالو په خاطر چې جرم دی ، اختلاف شتون لري ، جمهور ، معتقد دي چې : دهغو دارتکاب له امله بدني مجازات کيږي او پردې بنسټ دی که چيرې يې قتل ترسره کړ ، قصاص کيږي او که چيرې يې زناوکړه حدپرې جاري کيږي او خو ظاهريه او عثمان البتي معتقد دي چې نوموړی دخپلو افعالو په خاطر بدني مجازات کيږي نه او يوازي دشراب څښلو حدپرې جاري کيږي .

129- دلايل

لومړی - هغه کسان چې د مست (نشه) اقوالو ته په پاملرنې او د ده په بدني نه مجازات کولو معتقد دي ، په لاندنيو دلايلو استناد کوي :

1- نشه (مست) فرد پر هغه څه چې په ژبه يې راوړي علم نه لري ، ځکه سترڅښتن تعالی (ج) فرمايي (ياايهاالذين آمنوا لاتقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) (دالنساء سورت - 43- آيت) .

ژباړه : اى مؤمنانو! په داسې حال کې لمانځه ته مه نږدې کيږئ چې تاسو بې هوښه وئ څوپوه شئ ، چې تاسو څه وايئ .

نشه انسان نه پوهيږي چې څه وايي او څوک چې نه پوهيږي چې څه وايي هم ، جايزنده چې په خپلو اقوالو او هم په هيڅ يوه له احکامو که طلاق وي او يا له دې پرته نورڅه ، ملزم شي ځکه نوموړی دعقل له خاوندانوڅخه نه دی ، د شرعي احکامو مخاطب هم نه دی او په همدې دليل دمجنون (ليونى) په حکم کې دی .

2- پوهه دتکليف (مکلفيت) سبب دی او که چيرې پوهه شتون ونلري کوم مکلفيت هم شتون نلري اونه شوکولای مست (نشه) د ده دمجازاتولو په موخه مکلف باقى پريږدو ځکه شارع د شراب څښلو حد د ده لپاره دمجازاتو په عنوان

ټاکلی دي ، نونه شو کولای نوموړی په بل څيز او يا پر هغه په زیاتولو سره ، مجازات کړو .

3- دهغه څیز اقل حد چې په هغه سره د فرد تصرفات صحیح کیږي ، قصد او یا د قصد گمان دی او نشه فرد له دې دواړو څخه هیڅ یونه لري .

4- دهغه کس چې په مباح طریقه نشه شوی او هغه کس چې په حرامه طریقه نشه شوی تر مینځه کوم توپیر شتون نه لري ، ځکه دواړه د عقل او تمییز نه درلودونکي دي او له دې کبله ، واجب ده چې په حکم کې هم مساوي وي او دنشه کیدو د مباح اغیزه یا د حرام والي طریقه هم ، یوازي په خپله دنشې د مجازاتو په ترتیب کې ده [یعنی په مباح طریقه مست نه مجازات کیږی خو په حرامه طریقه مست (نشه شوی) مجازات کیږی] مګر نه دا چې هغه کس چې د پښې ورون یې مات شي په ناسته لمونځ کوي او هغه څوک چې پخپله یې د پښو ورون مات کړی دی په ناسته لمونځ کوي او حال دا چې دوهم کس دخپلو پښو د ورون د ماتولو د جرم مرتکب شوی هم دی خولومړنی فرد د کوم جرم مرتکب شوی نه دی ؟!

دوهم – هغه کسان چې معتقد دي چې دنشه (مست) طلاق او نور قولې تصرفات واقع کیږي ، نوموړی دخپلو ارتکابي جرایمو په خاطر په بشپړه توګه مؤاخذه کیږی ، دارنگه استدلال یې کړی دی چې : نشه - (مست) په دې ځای کې ، هغه څوک دی چې دهغه څه په سرته رسولو چې پرې حرام ؤ دخپل عقل د زایلیدو سبب شوی دی ، نو ، دهمدې معصیت په خاطر ، د تخفیف مستحق ندی ، او له دې امله ، د ده د مجازاتو او توقیفولو لپاره ، دارنگه فرض کیږي چې نوموړی په هغه وخت کې عقل درلود او دا حکم د اریانیتیا (حیرانۍ) ځای هم نه لري ، ځکه کله کله هغه څیز ته چې په حقیقي بڼه زایل شوی دی ، په تقدیري او فرضي توګه د موجود حکم ورکول کیږي که چیرې دیو معصیت په سبب زایل شوی وي ، دهغه چا په څیر چې خپل مورث یې په قتل رسولی دی چې د مجازاتو او توقیف له کبله ، د ده په حق کې مورث یې ژوندی انگیرل کیږي او دا قاتل له خپل مورث څخه میراث نه وړي . لنډه دا چې : جرم مجرم ته د تخفیف ورکولو لپاره کوم سبب نه ګرځي ، بلکې ارتکاب یې په دې دلالت لري چې مجرم فرد دخپل جرم په ټولومتزنبو پایلو راضي ؤ .

درېیم – هغه کسانو چې دمست (نشه) د اقوالو او جرایمو تر مینځ توپیر کړی دی او معتقد دي چې نشه (مست) فرد دخپلو اقوالو په تړاو مؤاخذه کیږي نه ، خو دخپلو جرایمو په اړوند مؤاخذه کیږي ، دارنگه استدلال کړی دی چې هدر - یعنی د ده د قول لغوه ، بی فایده او د اثر نه درلودونکی ګڼل دکومي مفسدي متضمن ندی ، ځکه یوازي له غیر عاقل فرد څخه په صادر شوي قول کې ، هیڅ

کومه مفسده شتون نه لري ، خو افعال دارنگه ندي او د افعالو دمفاسدو له مينځه وړل (محوه کول) دهغو له پيښيدو وروسته شوني ندي ، نو دهغو هدر گڼل يو خالص (نکه) ضرر او يوسترفساد دی او دا جايز ندى . همدارنگه ، که چيرې نشه (مست) فرد دخپلو جنايتونو په تړاو ترمواخذې لاندې ونه نيول شي ، داچاره د جرايمو دارتکاب او د نشي پرمهال دهغو د ترسره کولو جرئت د موندلو او د ده له خوا د بيگناه افرادو دقتل دمباح گڼلو لپاره يوه وسيله کيږي او په دې چاره کې موجود فساد هم خورا ډيردى او له چاڅيني پټ ندى . همدارنگه ، نشه جرم دی او جرم هم د دې صلاحيت نه لري چې له بل جرم څخه دجنايي مسئوليت دفع کوونکى شي .

څلورم – احناف چې دنشه (مست) د ارتداد اوپه رجوع ورچارو دده د اقرارپه نه اعتبار قايل دي ، دارنگه استدلال کوي چې : ارتداد د اعتقاد دتبديل موجب کيږي او اعتقاد هغه مهال له مينځه ځي چې تغيير ورکول يې قصد شي ، يا دا چې داسي يو څيز وي چې په څرگنده توگه پرې دلالت کوي يعنې د بيدارۍ (وښتيا) او هوښارۍ په حالت کې ، چې په هغه کې د احتمال قصد وي اوتکلم پرې وشي او جوته ده چې مست (نشه) يو دارنگه حالت نه لري ، نو قول يې د ده د اعتقاد پرتغييرکوم دليل نه دی او نوموړى مرتد کيږي نه .

په رجوع ورچارو کې د ده د اقرارنه اعتبار هم ، په دې خاطر دی چې نشه (مست) فرد پرکومه چاره استقرار او ثبات نه لري او د ده دا نه استقرار په اقرار کې د ده د رجوع ځای ناستى کيږي او په همدې دليل هم ، که چيرې يې دخپلې نشي پرمهال په خپله زنا اقرارو کړ ، د دې اقرارپه خاطر نه مؤاخذه کيږي ، ځکه په زنا اقرار د رجوع احتمال لري . دمست (نشه) فرد د نورو اقوالو دصحت (سموالي) په تړاو داحنافو دلايل هم دهغو کسانو دلايل دي چې اقوال مطلقاً صحيح بولي .

پنځم : مالکيه وو دمست (نشه) فرد دعقود واو اقرارونو د نه اعتبار په اړوند دارنگه استدلال کړى دی چې : د عقد د صحت (سموالي) شرط دا دی چې عاقد د تمميز درلودونکى وي او حال دا چې مست (نشه) فرد د تمميز درلودونکى نه دی . دوى د اقرارونو په تړاو وايي چې : په دې حالت کې د ده اقرار ، يا په مال دی ، چې اقرار يې په دې حالت کې په مال صحيح نه دی ، ځکه نوموړى دنشي په سبب محجور عليه دی ، يا دا چې اقرار له مال پرته دی ،

چي په دې هکله بايد ووايو چي دماعر حديث¹ دنشه (مست) فرد د اقرار په الغا دلالت لري .

دمست (نشه) فرد دنورو اقوالو د صحت (سموالي) په تړاو دمالکيه وو دلايل هم دهغه کسانو دلايل دي چي دهغو په مطلق صحت (سموالي) قايل دي .
130- د دلايلو مناقشه او دفقها وو دغوره قول بيان :

1- دمست (نشه) دخبرو په نه صحيح والي دقايلانو دلايل ، د منلو وړ او سالم دي ، ځکه دقول اعتبار يوازي په قصد دی او څرنگه چي دمست (نشه) فرد عقل زایل شوی دی ، نوموړی هيڅ قصد نلري ، نو اقوال يي معتبر ندي . د مجازاتو او عقوبت پروجبه په خپل قول د ده الزام هم صحيح نه دی ، ځکه عقوبت او مجازات د شارع له اړخه ټاکل کيږي نه په رای او اجتهاد سره ، لکه هماغسې چي نص هم د دې بيانوونکي دی چي مست (نشه) فرد نه پوهيږي چي څه وايي او څوک چي په خپلو خبرو پوه نه شي اوو نه پوهيږي دخپلو خبرو په مفهوم کي يي هيڅ قصد هم شتون ونلري او د ده په قول هيڅ کوم اثر نه مترتب کيږي ، لکه هغه غير عرب (عجمي) فرد چي د طلاق لفظ په ژبه راوړي په داسي حال کي چي دهغه په معنا نه پوهيږي ، په دې تلفظ هيڅ کوم اثر نه مترتب کيږي .

2- داچي مست (نشه) فرد پر هغه چاقياس شي چي خپل مورث يي وژلی دی او دا قاتل دمورث په حکمي او فرضي ژوندی گڼلوسره له ميراث څخه محروم شوی دی ، دامع الفارق قياس دی ، ځکه دې قاتل دخپل مورث دقتل قصد کړی دی ترڅو ډير ژر په ميراث لاس ومومي او په پايله کي له ميراث ځيني په محروميدلو مجازات شوی دی ، که څه هم دنشه (مست) شخص مقصود (موخه) نشه ده ، دهغه مقصود دطلاق وقوع نده ، د مثال په توگه که چيري يي دنشي پرمهال ووايي ، نو طلاق يي څرنگه واقع کيږي ؟ .

3- حتی که چيري په دې قايل او سوچي نوموړی دخپلو اقوالو په خاطر د مجازاتو له امله مؤاخذه کيږی ، څرنگه مجازات پرې اعمال کړو (وکاروو) چي لکه دنشي پرمهال بنځي ته يي طلاق ورکول ، يوه بيگناه فرد ته هم سرايت مومي .

4- هغه څه چي د ده د جرايمو په خاطر دنوموړي د مؤاخذه کيدلو په تړاو هم تراستدلال لاندی نيول شويدي ، يو د منلو وړ استدلال دی او داسي کوم

¹ - دا حديث په دې هکله دی چي ماعز زنا وکړه او دسترخښتن تعالی (ج) د استازي (ص) په وړاندې يي په هغي اقرار وکړ ، او دخدايتعالی (ج) استازي (ص) تري وپوښتل خوله يي بوی کړئ ترڅو داښمن شي چي نشه دی پانه ، دا پردي دلالت لري چي دنشه يي (مست) اقرار معتبر نه دی .

څيز شتون نه لري چې هغه نقض کړي او نه شو کولای نشه (مست) په دې حالت کې له مجنون (ليوني) سره مساوي او برابرويولو، ځکه په دې ځای کې ، مست (نشه) فرد هم دخپل نشه توب په خاطر مجرم دی او په نورو دجنایت په خاطر هم ، نوڅرنگه له هغه څخه ملاتړ (پلوي توب) کيږي او له مجني عليه څخه ملاتړنه کيږي ؟ کله چې له دې ټولو څخه تیرشو پوهیږو چې په جرایمو کې دنشه یې (مست) مؤاخذه کول په مفاسدو دسدز رابع قاعده هم تائیدوي او هغه داسې قاعده ده چې د شریعت اصول اوډیری نصوص دهغه د صحت (سموالي) شاهد دي . له دې امله ، - زمونږ په نظر - دهغه کسانو قول غوره دی چې معتقد دي چې : د مست (نشه) فرد هیڅ کوم قول په حرامه طریقه معتبرنه دی ، خونوموړی په هغه مهال د ده د ارتکابي جرایموپه خاطر ، په بشپړه توګه مؤاخذه کيږي .

131- په وضعي قوانینو کې دمست (نشه) حکم

الف : د عراق دشخصیه احوالو قانون د نشه (مست) د طلاق پرته واقع کیدو بنا ، نص کړیدی .¹ اودایې په دې مقید کړی نه دی چې آیا نشه له مباح طریقي څخه ده یا له حرامی طریقي ، دنص حمل کول پخپله په ده اطلاق کيږي ، نوله دې کبله په دې حالت کې دنشه طلاق مطلقاً واقع کيږي نه اوهمدارنگه د دې قانون په موجب دنشه شخص نکاح نه واقع کيږي ، ځکه دنکاح په اهلیت کې شرط عقل او بلوغ دی .² او دا پردې دلالت لري چې دمست (نشه) نکاح باطله ده ، ځکه عقل یې زایل شوی دی د ده ټول قولی تصرفات همدارنگه قیاس کيږي .

ځکه چې دهغه په صحت (سموالي) کې شرط قصد او اختیار دی ، نشه (مست) انسان نه قصد لري اونه اختیار په مصر کې د 1929 کال 35- می ګڼي قانون دنشه (مست) د طلاق په نه واقع کیدو بنا ، له حرامی یا مباح طریقي ترمینځ له توپیر پرته نص کړی دی .³ له دې کبله ، دمست (نشه) طلاق مطلقاً دنص عموم او دهغه اطلاق ته په پام نه واقع کيږي .

ب :- دمصر دعقوباتو (مجازاتو) قانون نص کړی دی په دې چې هغه څوک چې دشعور نه درلودونکی اویا دفعل دمرتکب کیدلو پرمهال په خپل عمل کې داخیار نه درلودونکی دی پر هغه سزا نشته که دجنون (لیونتوب) له ناحیې څخه وي ان که دعقل د (نقص- زیان) له لحاظه یا د نشه یې توکیو له درملو

¹ - دعراق د 1959 کال د 88 - یمې ګڼي دشخصیه احوالو قانون د 35- می مادي لومړۍ فقره .

² - د اوومي مادي لومړۍ فقره

³ - لومړۍ ماده .

څخه د راولاړشويو غايبيدلو له لحاظه له هر ډول (نوع) ځيني چې وي کوم وخت چې په اجباري توگه وي يا په هغه له علم درلودلو پرته.¹ دمصر جنايي قانون او ټولو فقهاوو رايه چې جنايي مؤاخذي په توگه له جرايمو څخه دمست (نشه) په نه مؤاخذي قايل دي ، په دې اتفاق لري په هغه صورت کې چې نشه له مباح طريقي څخه وي ، او له دې نص ځيني پوهيدل کيږي چې په حرامه طريقه مست (نشه) شخص که چيرې نشه راوړونکي مواد په خپل اختيار وځوري يا پردې په پوهيدلو سره چې هغه نشه راوړونکي څيز دی له جنايي مسئوليت څخه نجات نه مومي . او د دې نص دتطبيق پرمهال کوم څيز چې دپاملرني وردی دمخدر (نشه راوړونکي مادې) په سبب دشعور او اختيار دبشپړ نشتون لزوم دی کوم وخت چې انسان دې سرحدته ونه رسيري نص نه تطبيقيږي ، خو مسئوليت (بل څيز دي چې) واجب دی . د بغداد دعقوباتو قانون نص کړی دی ، دارنگه چې دعراقي عقوباتو د1969 کال ، 111- مې گڼې نوی قانون دی ، دهغې په شپيتمه ماده کې راغلي دي : له هغه چا څخه چې دجرم د ارتکاب پرمهال ادراک نه لري ، نه پوښتل کيږي يا داچې دجنون (ليوننتوب) يادعقل د(نقص – زيان) په خاطر يا په اجباري توگه ورته مخدرمواد ورکړل شوی دی ، ياله علم پرته د نشي په حالت کې وي ، په دې ټولو حالاتو کې جزايي پوښتنه نلري .

نوريبيا

¹ - دمصر د1937 کال د58 – مې گڼې دعقوباتو قانون ، 63- مه ماده .

قضاوتیار محمدالیاس بختیاری

راهکارهای تضمین سرمایه گذاری خارجی در کنوانسیون میگا و حقوق افغانستان

قسمت اول این مضمون در شماره ماه اسد سال ۱۳۹۸ مجله قضاء به نشر رسیده بود، اینک قسمت اخیر آن درین شماره به نشر سپاریده شد.

فهرست:

۱،۱،۱. سرمایه گذاری های واجد شرایط.....	44
۱،۱،۲. سرمایه گذاران واجد شرایط.....	46
۱،۱،۳. کشورهای میزبان واجد شرایط.....	47
۱،۱،۴. ضررهای غیر قابل تضمین.....	48
۱، 1، 5. شروط لازم برای تضمین سرمایه گذاری.....	48
2- میگا و حقوق بین الملل.....	49
3- تضمین سرمایه گذاری خارجی در حقوق افغانستان.....	51
3،1- قانون اساسی.....	52
3،2- قانون سرمایه گذاری خصوصی.....	52
3،3. قانون مشارکت عامه و خصوصی.....	53
الف - محکمه ذیصلاح.....	54
ب - قانون حاکم.....	55
نتیجه گیری.....	56

۱،۱،۱. سرمایه گذاری های واجد شرایط

اژانس میگا، سرمایه گذاری های واجد شرایط را تضمین می نماید. سرمایه گذاری های واجد شرایط در ماده 12 اساسنامه میگا به شرح ذیل بیان شده است:

الف (مشارکت در سرمایه گذاری (مشارکت سهامی) ، از جمله وام های میان مدت و بلند مدت که توسط دارندگان سهام (سرمایه) به شرکت مربوطه اعطاء می گردد و یا مورد تضمین قرار می گیرد و دیگر اشکال سرمایه گذاری مستقیم که هیات مدیره در خصوص آنها تصمیم گیری می نمایند.

ب) وام هایی که غیر از موارد ذکر شده در بند (الف) واجد شرایط برای پوشش باشد. 1) اگر وام ها برای تأمین مالی یا به یک سرمایه گذاری یا پروژه خاص مرتبط باشند که در آن شکل دیگری از سرمایه گذاری مستقیم وجود داشته باشد، خواه توسط آژانس تضمین نشده باشد و بدون در نظر گرفتن زمانی که چنین سرمایه گذاری دیگر انجام شده باشد یا. 2) چنانچه در غیر اینصورت توسط اکثریت هیئت مدیره تأیید شده باشد.

ج) هیئت مدیره میگا ممکن است واجد شرایط بودن هرگونه سرمایه گذاری طولانی مدت یا میان مدت را گسترش دهد. به عبارت دیگر، هیئت مدیره میگا می تواند با «اکثریت خاص» هر گونه سرمایه گذاری میان مدت یا بلند مدت دیگری را نیز واجد شرایط تشخیص دهد از جمله سرمایه گذاری هایی که به سرمایه گذاری خاصی که تحت موسسه هستند یا قرار است تحت پوشش آن قرار گیرد، مربوط هستند.

د) تضمینات محدود به سرمایه گذاری هایی است که قبل از انجام آنها درخواست تضمین شده باشد. (پس از انجام سرمایه گذاری، درخواست تضمین توسط میگا پذیرفته نمی شود).

چنانچه ملاحظه می شود، بندهای «الف»، «ب» و «پ» ماده 12 کنوانسیون میگا، معیارهای مشخصی را بیان می دارند و برای آنکه سرمایه گذاری ها، تحت پوشش بیمه ای قرار بگیرند باید واجد آن شرایط باشند. نوع و شکل سرمایه گذاری و نیز زمانی که سرمایه گذاری صورت می گیرد، از مهمترین معیارها به شمار می رود.

1- نوع و شکل سرمایه گذاری

کنوانسیون برای انعطاف پذیری بیشتر، از احصای سرمایه گذاری های واجد شرایط در یک فهرست خاص اجتناب کرده است، زیرا چنین اقدامی به مرور زمان باعث منسوخ شدن انواع یا شکل های سرمایه گذاری می شد. در حقیقت، کنوانسیون، اصلی را در نظر گرفته که به موجب آن هر گونه سرمایه گذاری میان مدت یا بلند مدت که برای مقاصد تولیدی صورت پذیرد، تحت پوشش آژانس قرار گیرد. از همان ابتدا اشکال مشخصی از سرمایه گذاری مانند سرمایه گذاری های سهامی و سایر اشکال سرمایه گذاری مستقیم مطابق مقررات صریح کنوانسیون، واجد شرایط اعلام شدند و همچنین با رأی اکثریت

خاص هیئت مدیره می توان آن را به شکل های دیگر سرمایه گذاری نیز تسری داد. 1

ماده 12 کنوانسیون، نوع سرمایه گذاری های واجد شرایط برای پوشش تضمین توسط آژانس را تعیین می کند. این ماده سعی دارد تا یک نوع تعادلی میان نیاز به حفظ سرمایه کم آژانس برای ارتقای جریانهای سرمایه گذاری مستقیم و نیاز به تأمین انعطاف پذیری بیشتر در تضمین با اجازه هیئت مدیره در راستای گسترش پوشش تضمین برای انواع سرمایه گذاری برقرار کند. 2

کنوانسیون برای نوع منابعی که در سرمایه گذاری های واجد شرایط به کار می روند، هیچ محدودیتی را در نظر نگرفته است. همانگونه که در تفسیر حقوقی کنوانسیون اشاره شده است: «این موضوع که سرمایه گذاری به شکل مالی یا غیرمالی صورت پذیرد و یا سرمایه گذاری به صورت انتقال تکنولوژی، ماشین آلات یا خدمات انجام پذیرد، امری کم اهمیت است.

۱، ۲، ۳. سرمایه گذاران واجد شرایط

ماده 13 کنوانسیون میگا، برای سرمایه گذارانی که خواهان دریافت تضمین آژانس هستند، شرایط ذیل را در نظر گرفته است، که مورد بررسی قرار می دهیم.

الف) هویت سرمایه گذار: هم اشخاص حقیقی و هم اشخاص حقوقی، واجد دریافت پوشش های تضمینی هستند. 3

ب) تابعیت سرمایه گذار: طبق بند الف ماده 13 کنوانسیون، هنگامی شخص حقیقی، واجد شرایط برای دریافت پوشش های تضمینی است که تبعه یکی از کشورهای عضو به غیر از کشور میزبان باشد. اگر سرمایه گذاری، تابعیت مضاعف داشته باشد، تابعیت کشور عضو، بر تابعیت کشور غیر عضو غالب خواهد بود، همچنین تابعیت کشور میزبان، بر تابعیت هر کشور عضو دیگر غالب خواهد بود. 4

1. مسعود صبور، شروط لازم برای تضمین سرمایه گذاری توسط آژانس چندجانبه تضمین سرمایه گذاری (MIGA)، فصلنامه صنعت بیمه، ص 64.

2. "Commentary on the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency", this Commentary refers to the Convention as adopted on October 11, 1985. The amendments of November 14, 2010 are not addressed.

p.7.

3. MIGA Convention, Article. 13(a).

4. MIGA Convention, Article. 13(b).

در یکی از کشورهای عضو به ثبت رسیده و مقر اصلی تجارتی وی نیز در آن کشور (به غیر از کشور میزبان) باشد.

ج) مالکیت سرمایه گذار: طبق آیین نامه آژانس، آژانس در تعیین مالکیت یک سرمایه گذار، مالکیت واقعی را بیش از مالکیت ثبت شده مورد توجه قرار می دهد. در مورد شرکت سهامی، زمانی شخص به عنوان مالک واقعی فرض خواهد شد که منافع سهام به وی تعلق گیرد و حق باز پس گیری سهام را داشته باشد. مطابق بند الف ماده 13 کنوانسیون، اشخاص حقوقی نیازی به مالکیت خصوصی ندارند تا تحت پوشش تضمین قرار گیرند. آژانس می تواند تضمینات خود را برای شرکت های با مالکیت عمومی که در زمینه های انرژی، معدن، حمل و نقل و یا مؤسسات مالی فعالیت دارند و اصطلاحاً شرکت های عمومی فراملی نامیده می شوند، ارائه کند. همچنین سرمایه گذاری های مشترک میان چند کشور را که از طریق موافقتنامه های بین المللی به وجود آمده و نیز شرکت های عمومی ملی و فراملی که بخشی از سهامداران آنها را اشخاص خصوصی تشکیل می دهند، تحت پوشش تضمین قرار دهد.¹

د) نوع فعالیت های سرمایه گذار: با توجه به جزء 3 بند الف ماده 13 کنوانسیون که مقرر می دارد در کلیه موارد سرمایه گذار باید در فعالیت های تجارتی اشتغال داشته باشد، در جایی که اکثریت سهام، متعلق به سرمایه گذار خصوصی باشد، فرض بر این است که سرمایه گذار مذکور فعالیت تجارتی انجام می دهد. 2 در صورتی که اکثریت سهام، مربوط به سرمایه گذاری دولتی باشد، آژانس باید مشخص کند که آیا متقاضی، فعالیت تجارتی انجام می دهد یا نه؟ در صورتی که بخشی از فعالیت های سرمایه گذار، تجارتی و بخشی دیگر، تجارتی نباشد، آژانس میگا فقط آن بخش از سرمایه گذاری ها را تحت پوشش خود قرار می دهد که عملیات تجارتی محسوب شود.

1،1،3. کشورهای میزبان واجد شرایط

در این گفتار لازم است تا کشورهای در حال توسعه عضو آژانس و سرزمین های وابسته بطور جداگانه مورد بحث قرار گیرند.

الف) کشورهای در حال توسعه عضو آژانس: مطابق ماده 14 کنوانسیون میگا، برای آنکه سرمایه گذاری تحت پوشش تضمین قرار گیرد باید در قلمرو یکی از کشورهای در حال توسعه عضو آژانس که در جدول الف کنوانسیون احصا می

1. مسعود صبور، همان، ص 79.

2. همان، ص 80..

شود، صورت پذیرد. این محدودیت برگرفته از هدف آژانس برای تشویق جریان سرمایه گذاری به سوی کشورهای در حال توسعه عضو است. منظور از کشورهای در حال توسعه کشورهای هستند که در فهرست جدول الف کنوانسیون قرار دارند. این جدول اعضای بانک جهانی و کشور سوئیس را در تاریخ انعقاد کنوانسیون به دو گروه تقسیم می کند. اعضای جدیدی که نام آنها در جدول متذکره موجود نیست براساس تصمیم شورای نمایندگان آژانس، جزو گروه کشورهای در حال توسعه عضو یا گروه دیگر قرار خواهند گرفت. از سوی دیگر تعیین اینکه اعضا در کدام یک از دو گروه جدول الف کنوانسیون قرار گیرند ممکن است با اصلاح جدول الف و به موجب تصمیم شورا صورت پذیرد. 1

ب) سرزمین های وابسته: در مورد یک سرزمین وابسته که یکی از کشورهای عضو، مسئول روابط بین المللی آن است، هیئت مدیره می تواند همانند یک کشور در حال توسعه عضو تلقی کند، چنانچه کشور عضو مسئول، درخواست کند. اما به هر حال سرمایه گذاری های کشور مسئول، در آن سرزمین وابسته، تحت پوشش تضمین قرار نمی گیرد.

براساس تفسیر حقوقی کنوانسیون، آژانس توجه خاصی به تشویق سرمایه گذاری در کشورهای کمتر توسعه یافته عضو و سرمایه گذاری در میان کشورهای در حال توسعه مبذول خواهد نمود. 2

1، 1، 4. ضررهای غیر قابل تضمین

براساس بند (ج) ماده 11 کنوانسیون، ضررهای ناشی از موارد ذیل تضمین نخواهد شد:

- 1) هر فعل یا ترک فعل دولت میزبان که دارنده تضمین به آن رضایت داده یا خود مسئول آن بوده باشد.
- 2) هر فعل یا ترک فعل دولت میزبان یا هرگونه اتفاقی که پیش از انعقاد قرارداد تضمین رخ داده باشد.

5، 1، 1. شروط لازم برای تضمین سرمایه گذاری

براساس ماده 2 کنوانسیون، هدف آژانس تشویق جریان های سرمایه گذاری برای اهداف تولیدی، در میان کشورهای عضو و به ویژه کشورهای در حال توسعه است و برای این منظور آژانس، انواع ضمانت نامه های مشتمل بر بیمه

1. همان، ص 81.

2. همان.

مشترک و بیمه اتکایی، در مقابل خطرات غیرتجارتی مؤثر بر سرمایه گذاری های انجام یافته در یک کشور عضو را که سایر کشورهای عضو انجام می دهند صادر خواهد کرد.

2- میگا و حقوق بین الملل

اگر رویه دولت ها و سازمانهای بین المللی شاهی بر اندیشه غالب درباره حقوق بین الملل باشد، کنوانسیون میگا که بیش از 150 دولت اعم از توسعه یافته و در حال توسعه به آن پیوسته اند، در چندین زمینه به حقوق بین الملل و پذیرش سرمایه گذاری مستقیم خارجی که در کل از آن به فضای سرمایه گذاری تعبیر می شود، کمک می کند. کنوانسیون نه تنها به صراحت هدف «تشویق جریان سرمایه گذاری برای اهداف مولد میان کشورهای عضو، بخصوص کشورهای عضو در حال توسعه» را بیان می دارد (ماده 2)، بلکه ماده 13 راجع به سرمایه گذاری های واجد شرایط برای تضمین میگا در بند (د) می گوید:

در تضمین سرمایه گذاری، آژانس باید موارد ذیل را احراز نماید: ...
(4) شرایط سرمایه گذاری در کشور میزبان، از جمله وجود رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت حقوقی از سرمایه گذاری.
و عده کشور میزبان که متوجه فقط سرمایه گذاری خاصی است کفایت نمی کند. آژانس باید از «شرایط سرمایه گذاری» اطمینان حاصل کند. مفهوم مخالف این جمله این است که اگر پاتریا در تأمین رفتار عادلانه و منصفانه برای یک سرمایه گذاری کوتاهی کند، نمی تواند روی تأیید تضمین سرمایه گذاری میگا برای سرمایه گذاری دیگر حسابی باز کند.¹
به علاوه ماده 23 که به تشویق سرمایه گذاری و نه به صراحت به صدور تضمین های سرمایه گذاری می پردازد، در بخش (ب) چنین تصریح می دارد:
همچنین آژانس باید:

1- حل و فصل دوستانه اختلافات میان سرمایه گذاران و کشورهای میزبان را تشویق نماید؛

2- تلاش کند موافقت نامه هایی با کشورهای در حال توسعه عضو و به ویژه کشورهایی که احتمالاً میزبان سرمایه گذاری خواهند بود، منعقد نماید که در آنها در خصوص سرمایه گذاری هایی که توسط آژانس تضمین شده اند، آژانس حداقل رفتاری که عضو مربوطه توافق نموده که با آژانس تضمین کننده سرمایه

1. اندریاس اف. لوفلد، همان، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، ص 616.

گذاری کامله الوداد داشته باشد، برخوردار شود. این رفتار کامله الوداد زمانی که عضو مربوطه در موافقت نامه ای راجع به سرمایه گذاری توافق نموده که به دولت خاص اعطا کند نیز باید به آژانس اعطا گردد. موافقتنامه های موضوع این بند با اکثریت خاص مورد تأیید هیئت قرار خواهد گرفت.

3- انعقاد موافقت نامه هایی بین اعضا در خصوص ترغیب و حمایت از سرمایه گذاری را ترویج و تسهیل نماید.

به این ترتیب کنوانسیون میگا که از حفظ بیطرفی سنتی آژانس های بین المللی در قبال سرمایه گذاری در کشورهای در حال توسعه فاصله زیادی دارد، آژانس را ملزم می سازد کشورهای در حال توسعه را به انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، پیوستن به کنوانسیون ایکسید یا پذیرش دیگر شاخص های رژیم حقوقی مساعد به حال سرمایه گذار تشویق کند. توضیح رسمی بر کنوانسیون میگا تأکید می کند که در صورتی که هیچ حمایتی بر اساس قوانین کشور میزبان یا معاهده دو جانبه سرمایه گذاری تضمین نشده باشد، آژانس فقط بعد از دستیابی به توافق با کشور میزبان مطابق جزء 2 بند ب ماده 23 به صدور تضمین اقدام خواهد کرد، که در این صورت سرمایه گذاری های تضمین شده توسط کشور میزبان از رفتار ملت کامله الوداد برخوردار خواهند شد. همانطوری که قبلاً خاطر نشان شد، مناقشه ای در مورد معیارهای مصادره که مستلزم جبران خسارت است (و تقریباً همیشه در صورت وجود تضمین سرمایه گذاری، آن را به جریان می اندازد) و تنظیم و قانون مند ساختن که نیازمند جبران خسارت نیست و معمولاً جز در صورتی که تبعیض آمیز یا ناقض رفتار عادلانه و منصفانه باشد، پای حقوق بین الملل را وسط نمی کشد، وجود داشته و همچنان وجود دارد. کنوانسیون میگا تعریف نسبتاً گسترده ای از «مصادره و اقدامات مشابه» به عمل می آورد و روشن می سازد که تمرکز بر ضرر و زیان به سرمایه گذار است و نه بر سودی که به دولت میزبان می رسد:

هرگونه اقدام قانونگذاری، فعل، ترک فعل اداری قابل انتساب به دولت میزبان که دارای این اثر باشد که دارنده تضمین را از مالکیت یا کنترل یا بهره برداری اساسی از سرمایه گذاریش محروم نماید، به استثنای اقدامات غیرتبعیض آمیز عام الشمول که معمولاً دولت ها به منظور تنظیم فعالیت های اقتصادی در سرزمین های خود انجام می دهند.¹

1. جزء 2 بند الف ماده 11. توضیح مربوط به این قسمت از ماده در بند 14 می افزاید که این تعریف شامل اقدامات قابل انتساب به دولت میزبان مانند ملی کردن، ضبط، توقیف، تصرف و مسدود کردن

نقض قرارداد از چند جهت مشکل تر است، چون روشن است که نه میگا و نه حقوق بین الملل سنتی به خطرات تجارتي نمی پردازند و همواره معلوم نیست که آیا قراردادی با یک دولت یا نهاد دولتي برای اهداف تجارتي یا «عمل حاکمیت» فسخ شده است. راه حل میگا، تفکیک میان انگیزه های دولت میزبان نیست، بلکه ارتباط دادن قلمرو پوشش آن به طرق جبرانی است که در اختیار دارنده تضمین قرار دارد. میگا فسخ یا نقض قرارداد با دارنده تضمین توسط دولت میزبان را تحت پوشش قرار خواهد داد، هنگامی که : (الف) دارنده تضمین به مرجع قضایی یا داوری جهت رسیدگی به دعوی فسخ یا نقض دسترسی ندارد؛ (ب) تصمیم چنین مرجعی در مدت زمان معقولی که طبق مقررات آژانس در قرارداد تضمین معین خواهد شد صادر نگردیده؛ یا (ج) چنین تصمیمی قابل اجرا نباشد.¹

مقررات آژانس مدت زمان معقول را حداقل دو سال معین می کند و مرجع قضایی یا حکمیت را به «هر محکمه ذیصلاح یا دیوان حکمیت که مستقل از قوه مجریه دولت میزبان» باشد، تعریف می کند «که در مقام قضایی عمل می کند و اختیار صدور تصمیم نهایی و الزام آور را دارد».

3- تضمین سرمایه گذاری خارجی در حقوق افغانستان

برنامه «تسهیلات تضمین سرمایه گذاری افغانستان 2» را آژانس میگا، برای ضمانت سرمایه گذاری ها در افغانستان در برابر ریسکهای سیاسی، طراحی و به اجرا در آورده است. طبق این برنامه، میگا برای سرمایه گذاران خارجی فعال در افغانستان و نیز مؤسسات مالی خارجی که به فعالان اقتصادی افغان وام و تسهیلات مالی ارائه می دهند، تحت پوشش های مختلف بیمه ای با سطوح مختلف حمایتی فراهم می نماید.³

به طور کلی سرمایه گذاری در قانون اساسی، قانون سرمایه گذاری خصوصی و قانون مشارکت عامه و خصوصی تا حدی تضمین شده است. در این مبحث به بررسی احکام قانون اساسی و قوانین عادی می پردازیم.

دارایی ها است. این تعریف دربرگیرنده اقداماتی توسط قوه مجریه است و نه اقداماتی که ارکان قضایی در اعمال کارکردهای خود اتخاذ می کنند.

1. آندریاس اف. لوفلد، همان، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، ص 618.

2. Afghanistan Investment Guarantee Facility (AIGF).

3. محمد تقی مغربی، جزوه درسی حقوق سرمایه گذاری، کابل، ص 102.

3،1- قانون اساسی

براساس ماده 10 قانون اساسی، «دولت، سرمایه گذاری ها و تشبثات خصوصی را مبتنی بر نظام اقتصاد بازار، مطابق به احکام قانون، تشویق، حمایت و مصئونیت آنها را تضمین می نماید». همچنان با در نظر داشت ماده 40 قانون اساسی افغانستان مصوب 1382، که تصریح می دارد «ملکیت از تعرض مصئون است. هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی شود، مگر در حدود احکام قانون. ملکیت هیچ شخص بدون حکم قانون و فیصله محکمه باصلاحیت مصادره نمی شود».

3،2- قانون سرمایه گذاری خصوصی

براساس ماده 27 قانون سرمایه گذاری خصوصی، مصوب 1384، منتشره جریده رسمی شماره 869، «دولت می تواند صرف به منظور تأمین منافع عامه، ملکیت سرمایه گذاری یا دارایی های تشبث منظور شده را به صورت غیرتبعیضی طبق احکام قوانین نافذ کشور سلب نماید». به منظور جبران خساره، مطابق ماده 28 قانون مذکور، «دولت مکلف است قبل از سلب مالکیت مندرج ماده 27 این قانون، خسارات متناسب را مطابق به اصول و قوانین پذیرفته شده بین المللی به اساس نرخ روز بدون تأخیر بپردازد. این خسارات شامل تکتانه از تاریخ سلب مالکیت تا تاریخ پرداخت کامل خسارات به نرخ یک ساله لیبور می باشد. در صورتی که سرمایه گذاری به اسعار صورت گرفته باشد، جبران خساره نیز به همان واحد اسعاری سرمایه گذاری شده صورت می گیرد».

ماده 2 قانون سرمایه گذاری خصوصی تصریح می دارد که اهداف این قانون عبارت از ارتقای نقش سرمایه گذاری های خصوصی داخلی و خارجی در عرصه اقتصادی کشور و ایجاد نظم قانونی با ساختار اداری آن میباشد که موجب ترغیب، حمایت و مصئونیت سرمایه گذاری خصوصی داخلی و خارجی غرض رشد و انکشاف اقتصادی، فراهم ساختن زمینه اشتغال، افزایش تولید و عواید صادراتی، انتقال تکنالوژی، بهبود و ارتقای سطح زندگی مردم و رفاه عامه گردد.

با توجه به ماده 10 که در آن از اصطلاح «تضمین» استفاده شده، مطلقاً دولت مکلفیت دارد تا سرمایه گذاری های خارجی را در مقابل خطرات و ریسک های تجاری و غیر تجاری مصئون نگه دارد و تا حد توان در قالب قانون مصئونیت آنها را تضمین کند. ماده 40 قانون اساسی به بحث مالکیت اشاره نموده و سلب مالکیت را ممنوع قرارداده، اما استثنائاتی نیز بر آن قائل

شده است که یکی از آن موارد اینست که سلب مالکیت به موجب قانون باید صورت گیرد. یعنی بدون حکم قانون، سلب مالکیت جواز ندارد.

براساس فقره 1 ماده 4 قانون سرمایه گذاری خصوصی، اشخاص داخلی وخارجی به استثناء موارد مندرج ماده 5 این قانون، می توانند در تمام سکتورهای اقتصادی کشور سرمایه گذاری نمایند. اشخاص خارجی می توانند صرف از طریق سرمایه گذاری های خارجی یا سرمایه گذاری های مجدد در یک تشبث منظور شده موجود در کشور سرمایه گذاری نمایند (فقره 2 ماده 4 قانون مذکور)

ماده 5 قانون سرمایه گذاری خصوصی، در مورد عرصه های ممنوع، محدود یا تابع شرایط خاص سرمایه گذاری چنین تصریح می دارد: «(1) سرمایه گذاری در ساحات ذیل ممنوع می باشد: 1- انکشاف انرژی هستوی، 2- تأسیس قمارخانه ها و محلات مشابه آن، 3- تولید مواد مخدر و سایر مواد نشه آور. کمیسیون صلاحیت دارد بانظرداشت منافع علیای کشور، در این عرصه ها به استثناء حکم مندرج جزء 2 این فقره وقتاً فوقتاً تغییرات را وارد نماید».

حسب فقره 2 ماده فوق الذکر، کمیسیون صلاحیت دارد بعضی از صنایع و بخش های معین اقتصادی و شرکت های تجارتي مالکیت انتفاعی خارجی را وقتاً فوقتاً محدود و فیصدی مجاز مالکیت خارجی را تعیین نماید. سرمایه گذاری های موجود در تشبث منظور شده از این امر مستثنی است.

سرمایه گذار خارجی مطابق فقره 1 ماده 22 قانون سرمایه گذاری خصوصی، حق دارد معادل وجوه کلی سرمایه گذاری شده را به اسعار و به اساس نرخ روز بعد از ادای وجایب مالیاتی، آزادانه به خارج از کشور انتقال دهد. تشبث منظور شده خارجی وجوه مندرج فقره 1 ماده 22 را در یک مرحله و یا مراحل متعدد می تواند انتقال دهد.

سرمایه گذار خارجی که سرمایه گذاری خود را در افغانستان به ثبت رسانیده است، در صورت انتقال سرمایه به خارج از کشور مکلف است از انتقال سرمایه به بانک مرکزی یا سایر مراجعی که توسط قانون مشخص گردیده است، اطلاع دهد. بانک مرکزی یا مراجع دیگر باید اندازه وجوه انتقال شده را از اصل سرمایه سرمایه گذاری شده وضع و درج دفاتر مربوط نماید.

3.3. قانون مشارکت عامه و خصوصی

یکی از اهداف عمده قانون مشارکت عامه و خصوصی، تشویق سرمایه گذاری خصوصی جهت پیشبرد پروژه های مشارکت عامه و خصوصی می باشد. براساس ماده 5 قانون مشارکت عامه و خصوصی مصوب 1395، منتشره

جریده رسمی شماره 1228، «حکومت مکلف است، در مشارکت عامه و خصوصی سرمایه گذاری خصوصی را حمایت، تشویق و مصئونیت آنها را تضمین نماید».

مطابق حکم ماده 16 قانون مذکور، حکومت می تواند، در عرصه تولید انرژی، مواصلات، مخابرات، ساختمان، فرهنگ، صحت، زراعت و آبیاری، معارف و تحصیلات عالی، محیط زیست و سایر عرصه های که به حکم قانون، سرمایه گذاری منع نشده باشد، قرارداد مشارکت را عقد نماید.

3، 4- صلاحیت محاکم در رسیدگی به حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری خارجی در افغانستان

الف - محکمه ذیصلاح

اشخاص خارجی (حقیقی و حقوقی) که به فعالیت در کشور افغانستان اقدام می نمایند، به دلیل حضورشان در این کشور، در مواردی چاره ای جز این ندارند که با توسل به محاکم جهت احقاق حقوق خود اقدام قضایی را در دستور دعوای خود قرار دهند. در مقابل، نیز ممکن است از سوی سایر اشخاص علیه آنان دعوای متقابلی در محاکم مطرح شود، و چنان چه به صورت مقتضی پاسخگو نباشند، علاوه بر محکومیت در دستگاه قضایی خسارتهایی را نیز باید متحمل شوند. با این وجود و با توجه به آن که رسیدگی توسط دستگاه قضایی می تواند بطور طبیعی وقت گیر و پر هزینه باشد، و این نگرانی همواره برای شخص خارجی وجود دارد که تابعیت خارجی او ممکن است مانع یک دادرسی عادلانه شود، لذا به طور معمول در جایی که حق انتخاب سایر مراجع برای شخص خارجی وجود داشته باشد، رسیدگی در محاکم (کشور میزبان) به عنوان آخرین راه حل برگزیده خواهد شد.

اشخاص خارجی طبق اصل اولیه به جز در موارد استثنایی از حقوق مدنی بهره مند می باشند. و از جمله این حقوق، حق مراجعه به محاکم و احقاق حقوق می باشد که با توجه به این که این حق، به صراحت، به اتباع افغانستان منحصر نگردیده و از اتباع خارجی نیز سلب نشده است، چنین نتیجه گرفته می شود که اشخاص خارجی اعم از حقیقی یا حقوقی می توانند در هر زمان جهت احقاق حقوق خود به محاکم داخلی افغانستان مراجعه نمایند. زیرا مواد قانون اصول محاکمات مدنی و تجارتی در مراجعه به محاکم داخلی، عام است و کلیه اشخاص اعم از داخلی و خارجی را در بر می گیرد و در هیچ مورد تابعیت افغانستان به عنوان شرط امکان اقامه دعوی یا دفاع از دعوی معرفی نشده است. چنانچه ماده 80 قانون اصول محاکمات مدنی تصریح می دارد که محکمه به رسیدگی دعوای اقدام می نماید که از طرف شخصیت های حقوقی یا حکمی

حل و فصل آن تقاضا شده باشد. براساس ماده 95 قانون مذکور، رسیدگی دعوی قضایی مدنی مربوط به اتباع خارجی مقیم در افغانستان از صلاحیت محاکم جمهوری اسلامی افغانستان است.

از اینکه اختلافات ناشی از سرمایه گذاری جنبه تجارتی دارد، از نظر موضوعی محکمه تجارتی برای رسیدگی به این قضیه ذیصلاح می باشد. از نظر حوزوی همان محکمه محل سکونت مدعی علیه بطور عام صلاحیت دارد. اما اگر تبعه خارجی در افغانستان محل سکونت نداشته باشد، مطابق ماده 96 قانون اصول محاکمات مدنی، رسیدگی دعوی مربوط به تبعه خارجی که در افغانستان محل سکونت نداشته باشد، در حالات آتی مربوط به محاکم جمهوری اسلامی افغانستان می باشد:

1- در صورتی که خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان از خود اقامتگاه اختیاری داشته باشد.

2- در صورتی که موضوع عقد یا محل تنفیذ آن در جمهوری افغانستان باشد.

3- در صورتی که دعوی مربوط به مطالبه ترکه در جمهوری افغانستان آغاز یافته باشد.

4- در صورتی که کل یا قسمتی از اموال متروکه در جمهوری افغانستان باشد. از نظر حقوق افغانستان، محاکم افغانستان در دعاوی که نزد آنها طرح می گردد، همان قواعد صلاحیتی را که از نظر حقوق داخلی مقرر می باشد، در محیط بین المللی خصوصی هم به اجرا می گذارند.¹ به عنوان مثال: طبق ماده 8 قانون اصول محاکمات تجارتی، در محکمه ای که محل عقد یا قرارداد در حوزه قضایی آن واقع است می توان دعوی را اقامه نمود، مشروط بر اینکه مدعی علیه یا وکیل قانونی او در حین اقامه دعوی در آن حوزه سکونت داشته باشد. براساس ماده 18 قانون مدنی، در مورد اشخاص حکمی خارجی مانند شرکت ها، جمعیت ها، مؤسسات و امثال آن، قانون دولتی اعتبار دارد که اداره مرکزی آنها در آن واقع باشد. اگر فعالیت عمده این اشخاص در افغانستان دایر باشد، قانون افغانستان تطبیق می گردد.

ب - قانون حاکم

پس از آن که محکمه افغانستان برای رسیدگی به دعوی مطرح شده از سوی شخص خارجی یا از سوی اشخاص دیگر علیه شخص خارجی صالح شناخته شد، باید این موضوع بررسی گردد که محکمه مذکور چه قوانینی را در مرحله رسیدگی مدنظر خواهد گرفت، که این قوانین خود به دو دسته قابل تقسیم خواهند بود. به عبارت دیگر، محکمه جهت رسیدگی به هر دعوی به دو دسته از قوانین

توجه می کند. دسته اول قوانین مربوط به اصول محاکمات می باشد که مجموعه تشریفاتی را مشخص می نمایند که از طریق آنها مشکل حقوقی برای رسیدن به راه حل حقوقی توسط مرجعی قضایی لحاظ می گردد.¹ این دسته از قوانین که در واقع همان قوانین راجع به اصول محاکمات می باشند، بر اساس قانون مدنی و اصول محاکمات مدنی تابع قانون محلی خواهند بود که در آن جا اقامه می شوند. به بیان دیگر، چنانچه دعوی در افغانستان اقامه شود، محکمه افغانستان در هر مورد قانون اصول محاکمات مدنی و تجارتی افغانستان را مدنظر قرار خواهد داد، صرف نظر از آن که طرفین دعوی خارجی باشند، یا آن که قانون خارجی در ماهیت دعوی اعمال بشود. دسته دوم قوانین و مقرراتی است که محکمه افغانستان در رسیدگی به ماهیت دعوی بدانها توجه می کند. در خصوص این دسته از قوانین محکمه افغانستان ممکن است قوانین داخلی یا خارجی را اعمال نماید.

در تعریف قانون صلاحیتدار یا قانون حاکم بر قرارداد گفته شده است که این قانون، قانونی می باشد که قرارداد توسط آن منعقد می گردد و عموماً بر تشکیل قرارداد، واقعیت توافق، تاثیر هر اظهار خلاف واقع، اشتباه، اکراه، تفسیر قرارداد، صحت قرارداد و این که قرارداد یا شرطهای آن صحیح هستند یا خیر، ایفای تکالیف طرفین قرارداد و تا حدودی مشروعیت قرارداد، حاکم است.²

نتیجه گیری

کنوانسیون میگا، ریسک هایی از قبیل: ریسک انتقال ارز، ریسک سلب مالکیت و اقدامات مشابه، ریسک نقض تعهدات قراردادی و ریسک جنگ و آشوب های داخلی را تضمین می نماید. آژانس می تواند پوشش های لازم را برای جبران خسارتهای ناشی از هرگونه اقدام قابل انتساب به کشور میزبان که باعث ایجاد محدودیت تبدیل آزادانه یول محلی به ارز قابل معامله یا دیگر ارزهای قابل قبول دارنده تضمین و یا ایجاد محدودیت در مورد انتقال ارز به خارج از کشور میزبان یا تبدیل ارز داخلی یا خارجی به یکدیگر فراهم کند.

هر گونه اقدام قانونگذاری یا اجرایی، فعل یا ترک فعل قابل انتساب به دولت میزبان که دارنده تضمین را از مالکیت یا کنترل یا بهره برداری اساسی از سرمایه گذاری اش محروم نماید، ریسک سلب مالکیت و اقدامات مشابه آن نامیده می شود. هرگونه نفی یا نقض قرارداد از جانب دولت میزبان در برابر دارنده تضمین این ریسک در مواردی تضمین می شود که (الف) دارنده تضمین به

1. شمس، عبدالله، آئین دادرسی مدنی، تهران، ص 31.

2. گوهریان، محمد ابراهیم، اصول تنظیم قراردادهای صادراتی، ص 236.

مرجعی قضایی یا داوری جهت ادعای نفی یا نقض دسترسی ندارد، یا (ب) تصمیم مرجع فوق الذکر در دوره زمانی معقولی که طبق مقررات آژانس در قرارداد تضمین معین شده، صادر نگردیده باشد، یا این که (ج) چنان تصمیمی را نتوان اجرا نمود.

هرگونه عملیات نظامی یا آشوبهای داخلی در هر بخش از سرزمین دولت میزبان که اساسنامه میگا در آنجا قابل اعمال است، چنانچه در ماده 66 این کنوانسیون ملحوظ گردیده است. مطابق بند (ب) ماده مذکور، هیئت می تواند به درخواست مشترک سرمایه گذار و کشور میزبان و با کسب «اکثریت خاص» ریسک های غیر تجاری دیگری را نیز تضمین نماید.

سرمایه گذاریهای واجد شرایط در ماده 12 اساسنامه میگا عبارتند از: مشارکت در سرمایه گذاری (مشارکت سهامی)، وام هایی که غیر از موارد ذکر شده در بند (الف) واجد شرایط برای پوشش باشد؛ هیئت مدیره میگا ممکن است واجد شرایط بودن هرگونه سرمایه گذاری طولانی مدت یا میان مدت را گسترش دهد؛ تضمینات محدود به سرمایه گذاریهایی است که قبل از انجام آنها درخواست تضمین شده باشد. طبق کنوانسیون، سرمایه گذارانی واجد شرایط تضمین محسوب می گردند که هویت، تابعیت، مالکیت و نوع فعالیت های آنان براساس احکام کنوانسیون باشد کشورهای میزبان واجد شرایط کشورهای در حال توسعه عضو آژانس و سرزمین های وابسته هستند.

سرمایه گذاری خارجی در قانون اساسی، قانون مشارکت عامه و خصوصی و قانون سرمایه گذاری خصوصی تا حدی تضمین شده است. ماده 10 و 40 قانون اساسی دولت را مکلف ساخته تا سرمایه گذاری را در افغانستان تشویق، حمایت و مصئونیت آن را تضمین نماید و همچنان ملکیت را از تعرض مصئون دانسته و سلب مالکیت را ممنوع قرار داده، و استثناء از طریق وضع قانون یا فیصله محکمه باصلاحیت، سلب مالکیت را جایز دانسته است.

قانون سرمایه گذاری خصوصی در ماده 27 خود، دولت را اجازه داده تا به منظور تأمین منافع عامه، ملکیت سرمایه گذاری یا دارایی های سرمایه گذار را بدون تبعیض طبق احکام قانون نافذ کشور، سلب نماید. و مطابق ماده 28، دولت مکلف است قبل از سلب مالکیت مندرج ماده 27 این قانون، خسارات متناسب را مطابق به اصول و قوانین پذیرفته شده بین المللی به اساس نرخ روز بدون تأخیر بپردازد.

از اینکه اختلافات ناشی از سرمایه گذاری جنبه تجارتی دارد، از نظر موضوعی محکمه تجارتی برای رسیدگی به این قضیه ذیصلاح می باشد. از نظر حوزوی همان محکمه محل سکونت مدعی علیه بطور عام صلاحیت دارد. از نظر حقوق افغانستان، محاکم افغانستان در دعاوی که نزد آنها طرح می گردد، همان قواعد صلاحیتی را که از نظر حقوق داخلی مقرر می باشد، در محیط بین المللی خصوصی هم به اجرا می گذارند. به عنوان مثال، طبق ماده 8 قانون اصول محاکمات تجارتی، در محکمه ای که محل عقد یا قرارداد در حوزه قضایی آن واقع است می توان دعوی را اقامه نمود، مشروط بر اینکه مدعی علیه یا وکیل قانونی او در حین اقامه دعوی در آن حوزه سکونت داشته باشد. براساس ماده 18 قانون مدنی، در مورد اشخاص حکمی خارجی مانند شرکت ها، جمعیت ها، مؤسسات و امثال آن، قانون دولتی اعتبار دارد که اداره مرکزی آنها در آن واقع باشد. اگر فعالیت عمده این اشخاص در افغانستان دایر باشد، قانون افغانستان تطبیق می گردد.

بر اساس قانون مدنی و اصول محاکمات مدنی تابع قانون محلی خواهند بود که در آن جا اقامه می شوند. به بیان دیگر، چنان چه دعوی در دادگاه افغانستان اقامه شود، محکمه افغانستان در هر مورد قانون اصول محاکمات مدنی و تجارتی افغانستان را مدنظر قرار خواهد داد، صرف نظر از آن که طرفین دعوی خارجی باشند، یا آن که قانون خارجی در ماهیت دعوی اعمال بشود. دسته دوم قوانین و مقرراتی است که محکمه افغانستان در رسیدگی به ماهیت دعوی بدانها توجه می کند. در خصوص این دسته از قوانین محکمه افغانستان ممکن است قوانین داخلی یا خارجی را اعمال نماید.

منابع و مأخذ

الف) کتب و مقالات فارسی

1. اف. لوفلد، آندریاس، حقوق بین الملل اقتصادی، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، 1392 ه.ش.
2. جعفری لنگرودی، جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و سوم، 1390 ه.ش.
3. جلیل نژاد، فریدون، تیزس برای دریافت درجه ماستری: «بررسی راهکارهای حقوقی حمایت و تضمین سرمایه گذاری خارجی در ایران»، دانشگاه تهران، ه.ش.
4. شمس، عبدالله، آئین دادرسی مدنی، تهران، نشر میزان، جلد اول، سال 1380 ه.ش.

5. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین الملل، تهران، انتشارات سمت، چاپ هفتم، 1393 ه.ش.
6. صبور، مسعود، «شروط لازم برای تضمین سرمایه گذاری توسط آژانس چندجانبه تضمین سرمایه گذاری (MIGA)»، فصلنامه صنعت بیمه، سال بیستم، شماره 3، شماره مسلسل 79، پاییز 1384 ه.ش.
7. کاظمی، اعظم؛ بیک، مجید؛ هادیان، الهام؛ حکیمی، فاطمه، «شناسایی و اولویت بندی عوامل مؤثر بر جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی با استفاده از تکنیک TOPSIS»، فصلنامه سیاست های مالی و اقتصادی، سال اول، شماره 4، زمستان 1392.
8. گوهریان، محمد ابراهیم، اصول تنظیم قراردادهای صادراتی، تهران، انتشارات امیر کبیر، سال 1385.
9. معاونت پایش تهدیدات، قرارگاه پدافند اقتصادی، «گزارش اول: تحلیل محیطی سرمایه گذاری خارجی در ایران»، رصد، بیتا.
10. مغربی، محمد تقی، جزوه درسی حقوق سرمایه گذاری، کابل، دانشگاه ابن سینا، دیپارتمنت حقوق خصوصی، مقطع ماستری، بیتا.
- (ب) قوانین
11. جریده رسمی، وزارت عدلیه، قانون اساسی، مصوب 1382 ه.ش
12. جریده رسمی، وزارت عدلیه، قانون سرمایه گذاری خصوصی، شماره 869، سال 1384 ه.ش.
13. جریده رسمی، وزارت عدلیه، قانون مشارکت عامه و خصوصی، شماره 1228، تاریخ 17 میزان 1395 ه.ش.
- (ج) اسناد بین المللی
14. " Commentary on the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency.
15. MIGA Convention.
16. www.miga.org.

لیکنه: قضاوتل عنایت الله حافظ

د اسلامي شریعت موخي (مقاصد)

(13)

فهرست:

- 60..... درېیم مطلب: له موخو څخه د کشف لارې چارې.....
 61..... د استقراء ډولونه.....
 61..... د استقراء دلیل والی (حجیت).....
 63..... د استقراء ځایونه (موارد).....
 66..... د استقراء موخو نمونې.....

درېیم مطلب: له موخو څخه د کشف لارې چارې

یاد مطلب کې له موخو څخه د کشف لارې چارې په لاندې توګه دي:

- ۱- د استقراء له لارې د موخو لاسته راوړل،
 - ۲- د نصوصو له ظاهر څخه په مستقیمه توګه د شارع موخي لاسته راوړل،
 - ۳- د کلام له سیاق او مقام څخه د موخو لاسته راوړل،
 - ۴- له اصلي موخو څخه د فرعي موخو لاسته راوړل،
 - ۵- د حکمونو د لاملونو پېژندلو څخه د موخو لاسته راوړل،
 - ۶- د اجماع له لارې د موخو لاسته راوړل،
 - ۷- د صحابه کرامو د پوهې او فقهې له پېړۍ څخه د موخو لاسته راوړل،
 - ۸- د شارع له سکوت څخه د موخو لاسته راوړل،
 - ۹- د عقل او تجربو له لارې د موخو لاسته راوړل.
- لومړی: د استقراء له لارې د موخو لاسته راوړل

له هرڅه وړاندې اړینه ده چې لومړی استقراء و پېژنو!
د استقراء تعريف: امام غزالي رحمه الله د استقراء تعريف په اړه داسې وايي: د يوې کلي مانا لاندې د ډېرو جزئياتو پلټنه ددې لپاره چې هغوي کې حکم ترلاسه او پر کلي پلي شي.¹
بل ځای وايي: استقراء د جزئي امورو له پلټنې څخه پداسې توگه عبارت ده، چې د هغوی حکم پر هغه کلي پلي کړو چې په يادو جزئياتو مشتمل وي.²

د استقراء ډولونه

استقراء لاندې دوو ډولونو ته وېشل کېږي:
۱- تامه استقراء: هغې ته ويل کېږي چې له علمي او څېړنيز پلوه د بحث وړ موضوع حکم ټولو جزئياتو د کلي ته پداسې توگه شامل شي چې هېڅ فرد ترې بهر پاتې نه شي او د کلي حکم په ټولو جزئياتو د هغه يوشان پلي شي.³
۲- ناقصه استقراء: هغې ته ويل کېږي چې له علمي او څېړنيز پلوه د بحث وړ موضوع حکم ټولو جزئياتو د کلي ته شامل نه شي، بلکې په هغې کې نموني د اعتبار وړ وي پداسې توگه چې پاتې جزئيات د هغوي په وسيله پرې قياس کېږي.⁴

د استقراء دليل والی (حجيت)

تامه استقراء پرته له کوم مخالفت څخه حجت او دليل دی، ځکه کله چې حکم د يو شي ټولو غړو ته په تفصيل سره ثابت شو، نو هر ورو په اجمالي توگه ټولو افرادو د کلي ته ثابت دی، پرته له ناقصې استقراء څخه چې په هغې کې اختلاف دی، ځکه ناقصه استقراء کې شونې ده چې ځينې غړي د کلي له حکم څخه بهر پاتې شي او مخالف حکم خپل کړي، چې په دې بنسټ ناقصه استقراء غالب گمان افاده کوي.⁵

او د تامې استقراء په اړه لکه څرنګه چې امام غزالي رحمه الله وايي، تامه استقراء د قطعياتو لپاره وړ او دليل ده، په خلاف د ناقصې چې هغه د ظني فقهياتو لپاره وړ او دليل ده، هغه وايي: که استقراء چېرته تامه وه، د قطعياتو لپاره وړ او دليل ده او که چېرته تامه نه وه، نو د فقهياتو لپاره وړ او دليل ده،

¹ وګوره! معيار العلم، الغزالي، ۱۴۸.

² المستصفي، ۱۰۳/۱.

³ طرق الكشف عن المقاصد، ۲۳۲.

⁴ ضوابط المعرفة، ۱۹۳-۱۹۴.

⁵ وګوره! المقاصد عند ابن تيمية، ۲۰۴.

ځکه کله چې اکثریت په یوه نوعه سره برابر شي نو غالب گمان دا کېږي چې نور به هم همدا شان وي.¹ خو د امام شاطبي رحمه الله له انده، استقرائي موخي د قطعي ځانگړنې څخه برخمنې دي، هغه که د تامه استقراء او يا ناقصي استقراء په وسيله ثابتې شوې وي، هغه د نورو اصولينو سره دا خبره نه مني چې ناقصه استقراء غالب گمان افاده کوي.²

هغه وايي: دا خو لازمي نه ده چې حکم دې ټولو شته غړو او هغو ته شامل شي چې شونې ده پېدا شي، بلکې بسنه کوي چې یوه مانا دې له ماناگانو او يا دې يو ارزښت له ارزښتونو څخه د شارع مقصود او د هغه لاسته راوړنه او يا د هغه څخه ليرې والی دې په ډېری حکمونو او تصرفاتو د هغه کې لټول شوی وي.³ او هغه موخي چې په استقراء سره ثابتېږي د اسلامي شریعت د سترو او عامو موخو څخه شمېرل کېږي او هغه موخي چې د نورو لارو په وسيله ثابتېږي، هغه په غالبه توگه جزئي موخي دي چې د يو حکم او يا يو نص پورې تړاو لري.⁴

د استقراء له ډولونو څخه: يو هم معنوي استقراء ده، چې د امام شاطبي له خوا يې ابتکار شوی، هغه وايي: معنوي استقراء د ډېرو هغو دلايلو غوښتنه ده چې په مختلفو ډولونو او کلمو سره د مختلفو موخو لپاره په مختلفو بابونو کې راغلي، خو په يوه مانا د ماناگانو کې سره داسې گډ دي، چې يو بل بشپړوي او تېرو دلايلو باندې داسې تکیه کوي، چې لوستونکی هغه يقين او قطعیت ته رسوي، چې په کومه مانا کې سره دغه دلايل گډ دي هماغه د شارع موخه ده.⁵ همدا رنگه، د معنوي استقراء په اړه امام شاطبي رحمه الله وايي: ياده استقراء په يو ځانگړي دليل سره نه ثابتېږي، بلکې په ډېرو هغو دلايلو سره ثابتېږي چې يو بل ته مضاف او مختلفي موخي ولري، پداسې توگه چې له ټولو څخه يو داسې امر په لاس راشي، چې دا ټول دلايل سره پرې راټول شي.... چې په دغسې قواعدو کې خلکو د شارع موخو د اثبات په اړه په کوم ځانگړي دليل او ځانگړي لارې چارې باور نه دی کړی....⁶

¹ المستصفي، ۱۰۵/۱.

² وگوره! نظرية المقاصد، الريسوني، ۳۱۲-۳۱۳.

³ طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ۲۲۵-۲۲۶.

⁴ مقاصد الشارع، عبد العاطي، ۵۷.

⁵ طرق الكشف عن المقاصد، ۲۶۳-۲۶۴.

⁶ الموافقات، ۸۱/۲-۸۲.

د امام شاطبي رحمة الله په اند معنوي استقراء د تواترو له ډولونو څخه شمېرل کېږي، هغه وايي: له معتبرو دلايلو څخه يو هم د هغو ظني دلايلو ټولگه ده چې د يوې واحدې مانا په لاسته راوړلو سره بريالي او قطعيت افاده کړي، ځکه کوم قوت چې په يووالي کې شتون لري په اختلاف کې نشته، نو د همدې يووالي لامله تواتر قطعيت افاده کوي، چې معنوي استقراء يې يو له ډولونو څخه ده.¹

د استقراء ځايونه (موارد)

د استقراء ځايونه او ډگرونه په لاندې توگه دي:

۱- استقراء د حکمونو د علتونو هغه ټولگه ده چې يو ځانگړی حکمت په گوته کوي په داسې توگه ترڅو زموږ علم پرې راشي چې همدا حکمت شرعي موخه او شارح د يادو حکمونو په وسيله د هغې د تحقق هڅه کړي.²

د يادې استقراء نمونې په لاندې توگه ستاسې مخ ته ږدو:

الف: په حديث شريف کې راځي: «نهی رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة³»، ژباړه: رسول الله ﷺ په يوه بيعة کې له دوو بيعو څخه منع کړي.

پدې مانا چې يو څوک چا ته ووايي: که دغه جنس په نغدو اخلي په سل روپۍ او که په پور يې اخلي په دوه سوه روپۍ دی، چې له داسې بيعي څخه په پورته حديث شريف کې منع راغلي ده.

ب: په حديث شريف کې راځي: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان⁴»، ژباړه: نبي کریم ﷺ له عربان بيعي څخه منع کړي.

عربان په اوسنۍ اصطلاح کې بيعاني ته ويل کېږي، پدې مانا چې مشتري بايع ته يوه اندازه روپۍ پېشکي د مبيعې له قيمت څخه ورکړي او ورته ووايي: که چېرته مې مبيعې واخېستله دا روپۍ په قيمت کې شمار کړه او که چېرته مې پرېښودله، نو پېشکي دې ستا شي، چې له داسې بيعي څخه په پورته حديث شريف کې منع شوي.

¹ مخکنۍ مرجع، ۲۸/۱.

² مقاصد الشريعة، لابن عاشور، ۱۹۱.

³ سنن الترمذي، کتاب البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم الحديث: ۱۲۳۱، وقال الترمذي حديث حسن صحيح. و سنن النسائي، کتاب البيوع، رقم الحديث: ۴۶۳۲.

⁴ موطأ امام مالک، کتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان، رقم الحديث: ۱۷۸۱. و سنن أبي داود، کتاب الأجاره، رقم الحديث: ۳۵۰۲.

ج: حدیث شریف کی راځي: «نهی رسول الله ﷺ عن بیع الحصة و عن بیع الغرر¹»، ژباړه: رسول الله ﷺ د گاتې او د دوکې له بیعې څخه منع کړې. د گاتې بیعه، پدې مانا چې چې یو څوک چاته ووایي: زه دا گاتې و اړوم چې کومه جامه پرې ولگېده هماغه ستا په لس روپۍ شوه او داسې نور صورتونه هم لري....

او د غرر بیعه لکه په سیند کې د کب خرڅول یا په هوا کې د مرغه خرڅول او داسې نور صورتونه....

چې پورته حدیث شریف کې له دواړو څخه منع شوي. د: حدیث شریف کې راځي: «نهی عن بیع الثمار قبل بدو صلاحها²»، ژباړه: رسول الله ﷺ په ونو کې د هغو میوو له بیعې څخه منع کړې چې لا پخې شوي نه وي.

د استقراء له لارې چې دغه پورته بیعې ولټول شوي او په یادو حکمونو کې علتونه ولټول شول، سره له دې چې د هر حکم ځای او مورد جلا دی، اما په یو عنصر کې سره ټول شریک دي چې هغه خلکو ته د توان نه رسول دي، نو ځکه اسلامي شریعت ددغې ډول بیعو څخه منع کړې او دا موږ ته په ډاگه کوي، چې د اسلامي شریعت له موخو څخه د توان لیرې کول او باطلول دي.³ ۲- استقراء د حکمونو د دلایلو له هغې ټولګې څخه عبارت ده چې په یوه علت کې په داسې توګه سره شریک وي، چې زموږ علم په دې راولي چې همدغه علت د شارع مقصود دی.⁴

د یادي استقراء نموني په لاندې توګه ستاسې مخ ته ږدو:

الف: نبي کریم ﷺ له احتکار څخه منع کړې، پدې مانا چې یو څوک دې غلې دانې ددې لپاره ځان سره وساتي ترڅو بازار کې قحطي راشي او نرخونه لوړ شي.

ب: نبي کریم ﷺ د (تلقي الرکبان) څخه منع کړې، دا مانا چې خلک دې د سورو خلکو مخې ته چې کاروانونه ښار ته راولي نه ورځي، ترڅو ترې مالونه د ښار له نرخ څخه ارزانه واخلي او یا دې خپل مالونه پرې د ښار له نرخ څخه په لوړ نرخ خرڅ کړي.

¹ صحیح مسلم، کتاب البیوع، باب بطلان بیع الحصة و البیع الذی فیہ غرر، رقم الحدیث: ۱۵۱۳.

² الموطأ، کتاب البیوع، باب النهی عن بیع الثمار حتی یدو صلاحها، رقم الحدیث: ۱۸۰۷. و صحیح البخاري، کتاب الزکاة، باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرع، رقم الحدیث: ۱۴۸۷.

³ وګوره! طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ۳۴۱-۳۴۲.

⁴ مقاصد الشريعة، لابن عاشور، ۱۹۲.

ج: نبي کریم ﷺ له دې څخه هم منع کړې چې ښاري شخص دې باندې چې لره مالونه خرڅ کړي، بلکې باندې چې دې پرېښودل شي ترڅو خپل مالونه په آزادانه توګه خرڅ کړي.

د: نبي کریم ﷺ له دې څخه هم منع کړې چې طعام دې وړاندې له قبضولو څخه خرڅ شي.

په پورته نمونو کې له استقراء او پلټنې څخه موږ ته جوتېږي چې شارع په ښارونو کې د خوراکي توکو په اړه غواړي په خلکو آسانتیا راولي او هره هغه کړنه منع کړي چې د احتکار په څېر په خلکو باندې سختې او نرخونه لوړوي، په ټوله کې موخه داده چې خلکو ته باید زیان و نه رسېږي.

۳- استقراء د هغو نصوصو ټولګه ده چې په یوې مانا کې سره ګډ وي، پداسې توګه چې زموږ علم په دې راشي چې همدا مانا شرعي موخه ده.²

د یادې استقراء نمونې په لاندې توګه ستاسې مخ ته ږدو:

الف: الله ﷻ هود لري چې پر خپلو بندګانو آسانتیا راولي او تکلیف ترې لیري کړي، په همدې اړه فرمایي: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾³،

ژباړه: الله ﷻ پر تاسې آسانتیا راوستل غواړي، سختي راوستل نه غواړي.⁴

ب: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ...﴾⁵، ژباړه: الله ﷻ غواړي له تاسې څخه بار سپک کړي.⁶

ج: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...﴾⁷، ژباړه: الله ﷻ هېڅ شخص ته د هغه له وسې پورته مسؤليت نه متوجه کوي.⁸

پورته ټولوايتونو کې موخه آسانتیا راوستل او د سختۍ لیرې کول دي، چې همدا د اسلامي شریعت له سترو موخو څخه شمېرل کېږي.

۴- استقراء دېته هم وېل کېږي چې صحابه کرامو رضي الله عنهم، د نبي کریم ﷺ کړنې لیدلې او له هغوي څخه یې داسې علم حاصلېده چې همدا تشریع ده، چې په دې چاره کې ټول لیدونکي سره یوشان و.⁹

¹ طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ۳۴۴. و مقاصد الشريعة، ۱۹۲.

² طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ۳۲۹.

³ البقرة/۱۸۵.

⁴ د قرآن کریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

⁵ النساء/۲۸.

⁶ د قرآن کریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

⁷ البقرة/۲۸۶.

⁸ د قرآن کریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

⁹ مقاصد الشريعة، لابن عاشور، ۱۹۴.

د استقرائي موخو نمونې

د لټه د ابن عاشور رحمه الله له انده غواړم د استقرائي موخو نمونې په لاندې توگه ستاسې مخ ته کيږم:

الف: په حديث شريف کې له دې څخه منع راغلی چې يو څوک دې د خپل ورور په مرکه باندې مرکه وکړي او يا دې د هغه په بيعه باندې بيعه وکړي، پدې مانا که يو چا په کومه جلی باندې مرکه کړي وه او هغه ته يې ځواب نه و ورکړی، نو بل څوک دې پر هغې جلی باندې مرکه نه کوي، همدا راز که يو چا کوم شی اخېسته او له بايع سره يې نرخ روان و، روا نده چې منځ کې دې بل شخص ځان د هغې شي اخېستلو ته وړاندې کړي، دلته موخه دا ده چې کوم مسلمان ورور ته گټه رسېږي موږ بايد دومره وحشت و نه کړو چې مخه يې بنده کړو، خو ددې ترشا يو بله ستره موخه پټه ده چې هغه د اسلامي ورورولۍ دوام دی، چې په داسې کړنو سره له منځه ځي، نو ترڅو چې لومړی مرکه کوونکی او اخېستونکی له خپل قصد څخه نه وي تېر شوی بل چاته جواز نشته چې ځانته يې وغواړي.¹

ب: د آزادۍ خپرول د اسلامي شريعت له موخو څخه شمېرل کېږي، پدې اړه ابن عاشور رحمه الله وايي: کله چې په استقراء سره موږ ته دا خبره ثابتېږي چې شارع خپلو بندگانو ته په تصرفاتو کې واک ورکړی، نو ښکاره ده چې اسلامي شريعت د آزادې لټه او ملاتړ کوي.

ج: د آسانتيا او نرمۍ موخو په اړه ابن عاشور، رحمه الله وايي: د اسلامي شريعت استقراء په دې دلالت کوي چې د آسانتيا او نرمي د دين له موخو څخه دي.²

د: د اسلامي شريعت څخه عامه موخه د امت نظم ساتنه او د هغې اصلاح کول دي په اصلاح د انسان سره، چې له دې موخي څخه د مصلحتونو په جلبولو او د فساد په ليرې کولو سره تعبير شوی دی، ابن عاشور رحمه الله په دې اړه وايي: ددغې دلایلو له عاموالي څخه موږ ته دا خبره يقيني کېږي چې اسلامي شريعت د مصلحتونو لاسته راوړل او د فساد له منځه وړل غواړي او دا په اسلامي شريعت کې يو ه کلي قاعده ده.³

ه: د حاکمانو له نصبولو څخه د شارع موخي په اړه ابن عاشور رحمه الله وايي: د اسلامي شريعت په کړنو کې له استقراء څخه ثابته ده چې حاکمان ددې لپاره

¹ مقاصد الشريعة، لابن عاشور، ۱۹۲.

² مخکنی مرجع، ۲۷۰.

³ مخکنی مرجع، ۲۷۵.

گمارل کېږي چې د اُمت چارې په برابره توگه سمبال، عدل قايم او شرعي
حکونه پرې پلي کړي.¹

¹ مخکنی مرجع، ۴۹۵.

بررسی فقهی و حقوقی نیابت در عقد قسمت اول

فهرست:

68	مقدمه
	فصل اول - تمهید
70	مبحث اول: مفهوم نیابت و پیشینه تاریخی آن
70	مطلب اول: مفهوم نیابت
72	مطلب دوم: پیشینه تاریخی نیابت
73	مبحث دوم: انواع نیابت، آثار و قواعد مربوط به آن
73	مطلب اول: انواع نیابت
74	نیابت در تبدیل تعهد
74	مطلب دوم: آثار نیابت
77	اول: آثار نیابت نسبت به نماینده و طرف عقد
78	دوم: آثار نیابت نسبت به اصیل و طرف عقد
78	مطلب سوم: قواعد مربوط به آثار نیابت
79	مبحث سوم: تعیین حدود صلاحیت های نائب، شروط تحقق نیابت و فواید آن
79	مطلب اول: تعیین حدود صلاحیت های نائب
79	مطلب دوم: شروط تحقق نیابت
82	مطلب سوم: فواید نیابت

مقدمه

الحمد لله الذي أكمل لنا الدين، وأتمم علينا النعمة، ورضي لنا الإسلام ديناً، أحمدته تعالى و أشكره و أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، بعثه الله بين يدي الساعة بشيراً و نذيراً، و داعياً إلى الله بإذنه و سراجاً منيراً، أرسله إلى الناس كافة ليخرج من شاء من عباد العباد، إلى عباد رب العباد، و من جور الأديان إلى عدل الإسلام، و من ضيق الدنيا إلى سعة الدنيا و الآخرة، بلغ الرسالة و أدى الأمانة و جاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين، صلى الله عليه و على آله و أصحابه وسلم تسليماً كثيراً.

این تحقیق دارای یک مقدمه، پنج فصل دارای مباحث و هر مبحث حسب فروع موضوع دارای مطالب متعدد و مطالب حاوی نقاط مختلفی می

باشند. بحث در آخر با ذکر اهم نتایج جمع بندی گردیده و پیشنهادات نیز به اهل علم و مراجع مربوطه ارائه می گردد که طور اختصار ذیلاً بیان می شود:

فصل اول- تمهید

در این فصل سه مبحث ذکر گردیده که، هر مبحث آن حاوی مطالب متعدد بوده که هر کدام مطالب آن منطبق به ضرورت محتوا تقسیم گردیده است که در مبحث اول: مفهوم نیابت، پیشینه تاریخی آن، در مبحث دوم: انواع نیابت، آثار و قواعد مربوط به آن و در مبحث سوم: تعیین حدود صلاحیت های نائب، شروط تحقق نیابت و فواید آن از بعد فقهی، حقوقی و قوانین نافذ کشور مورد کنکاش و بحث قرار داده شده است.

فصل دوم - ولایت

این فصل هم حاوی سه مبحث بوده که هر مبحث حایز مطالب متعدد می باشد و هر مطلب نسبت به ضرورت حال به انواع و اشکال مختلف منقسم گردیده است که، در مبحث اول: مفهوم ولایت، رابطه ولایت با عقد و تفاوت آن با اهلیت، در مبحث دوم: انواع، ترتیب و شرایط ولایت و در مبحث سوم صلاحیت، وجایب اولیاء، سلب، محدودیت و تعطیل ولایت اولیاء، انتهای ولایت و اعاده آن. از دور نمای فقهی و قوانین نافذ کشور مورد بحث و همه جانبه صورت گرفته است.

فصل سوم - وصایت

همچنین این فصل دارای سه مبحث بوده که هر مبحث آن حایز مطالب عدیده می باشد که نظریه ضرورت تقسیم هر مطلب تحت شماره های خاصی تقسیم گردیده. در مبحث اول: مفهوم وصایت، فرق وصایت و ولایت، انواع، ارکان، شروط و اوصاف وصایت، مبحث دوم آن در بر گیرنده رد وصایت در زمان حیات موصی، احکام تصرفات، آثار، صلاحیت و مکلفیت های وصی و مبحث سوم شامل: ضمانت اجرای (مؤیدات) احکام مربوط به وصایت، عزل وصی و انتهای وصایت. از ابعاد فقهی، حقوقی و قوانین نافذ کشور مورد بحث و مذاقه قرار داده شده است.

فصل چهارم - قیمومیت

این فصل حاوی دو مبحث بوده که هر مبحث آن به مطالب متعدد تقسیم گردیده که هر مطلب حاوی نکات مختلفی می باشد. که در مبحث اول: مفهوم قیمومیت، تفاوت آن با ولایت و وصایت، شرایط، اوصاف، تکالیف و تصرفات قیم و در مبحث دوم آن اشخاصی که تحت قیمومیت قرار می گیرند، ضمانت اجرای (مؤیدات) مربوط به قیمومیت، تعیین ناظر جهت نظارت از عمل قیمومیت و انتهای قیمومیت مورد بحث همه جانبه فقهی و حقوقی قرار گرفته است.

فصل پنجم - وکالت

و این فصل شامل سه مبحث اساسی بوده که هر مبحث آن حاوی مطالب متعدد و تحت مطالب نکات مختلف بیان گردیده، که در مبحث اول: مفهوم وکالت، سیر تاریخی، مشروعیت، موانع وکالت، در مبحث دوم: انواع، ارکان و شرایط وکالت و در مبحث سوم: انعقاد وکالت و شرایط آن، آثار وکالت به صورت عام و انتهای عقد وکالت از ابعاد شرعی، فقهی، حقوقی و قوانین نافذ کشور مورد بحث و همه جانبه قرار داده شده است.

نتیجه گیری و پیشنهادات

در اخیر با ذکر اهم نتایج جمع بندی گردیده و با ارائه پیشنهادات به اهل علم و مراجع مربوطه خاتمه می یابد.

فصل اول - تمهید

مبحث اول: مفهوم نیابت و پیشینه تاریخی آن

مطلب اول: مفهوم نیابت

اشخاص عديم و ناقص الأهلیت به سبب سلب و یا محدود شدن اهلیت آنها نمی توانند اعمال حقوقی را اصالتاً انجام دهند. بنابراین، لازم است تا اعمال حقوقی این اشخاص از طریق نیابت توسط ولی، وصی و قیم آنها صورت پذیرد. از همین رو ماده 42 قانون مدنی در این باره حکم می نماید که: «شخص ناقص الأهلیت و فاقد آن تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت مطابق به شرایط و قواعد پیش بینی شده این قانون می باشند»¹. علاوه بر این، اشخاص رشید و کامل اهلیت نیز ممکن است پاره ای تصرفات را از طریق نیابت انجام دهند. زیرا، به موجب ماده (534) قانون مدنی: «عقد طور اصالت یا نیابت جواز دارد، مگر این که قانون مخالف آن حکم کرده باشد»². از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که عقد طور اصالت؛ یعنی: به صورت مستقیم توسط شخص و یا نیابت طور غیر مستقیم توسط شخص دیگر برای یک شخص مانند: عقد وکیل برای مؤکل؛ عقد ولی برای مولی علیه، عقد موصی برای موصی له، عقد قیم برای محجور علیه بسته شود. انعقاد عقد توسط ولی، وصی، قیم و وکیل برای مولی علیه، موصی له، محجور علیه و مؤکل را نیابت در عقد می گویند که در ذیل معنای آن را به صورت مختصر مورد تحلیل قرار می دهیم:

1. وزارت عدلیه. قانون مدنی، جریده رسمی (1355/10/15)، ماده 42.

2. همان، ماده 534.

اول: معنای لغوی

نیابت، در لغت به معنی کسی راجانشین و نایب خود کردن و به جای کسی امری را انجام دادن، جانشینی و قایم مقامی است. کسی که به نمایندگی از دیگری نیابت می کند، نایب و کسی که به نمایندگی از او نیابت صورت می پذیرد، منوب غنه نامیده می شود.¹

دوم: معنای اصطلاحی

نیابت در اصطلاح فقهی انجام دادن تصرفی به نیابت از دیگری است.² اما، در اصطلاح حقوقی تعاریف ذیل برای نیابت ارائه شده است:

(1) نیابت عمل حقوقی است که به موجب آن یک شخص به دیگری اختیاری دهد که به نام او و برای او عمل یا اعمالی انجام بدهد. مانند: نیابت وکیل از طرف مؤکل.³

(2) نیابت عبارت است از جایگزینی اراده نایب به جای اراده اصیل، در حالی که اثر حقوقی این اراده به اصیل منتسب شود گویا اراده خود او است.⁴

(3) نیابت رابطه است حقوقی که به موجب آن نایب می تواند به نام و به حساب اصیل در انعقاد قراردادی شرکت کند که آثار آن به طور مستقیم دامن گیر اصیل می شود.⁵

در قانون مدنی تعریف خاصی درباره نیابت وجود ندارد. ولی در رابطه به تجدید دین از طریق نیابت چنین تذکر بعمل آمده: «نیابت در دین وقتی اعتبار دارد که دائن تعهد شخص غیر را به پرداخت دین به عوض مدیون قبول نماید، این امر، تجدید دین به تغییر مدیون شناخته می شود».⁶

از نص این ماده به خوبی معلوم می شود که برای تجدید دین از طریق نیابت وجود سه شخص ضروری است:

(1) مُنَیَب عبارت از مدیونی است که شخص ثالث را برای پرداخت دین به داین، نایب خود تعیین می نماید.

1. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی، أبو الفضل، جمال الدین، الأنصاری، الرویفی، الإفريقي الرازی، لسان العرب، ذیل واژه نیابت، ج 1، ص 774.

2. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية الكويتية، طبع الوزارت، 1325 هـ ش، ج 42، ص 25.

3. لنگرودی، دکتر محمدجعفر جعفری، ترمینولوژی حقوق، ص 725.

4. السنهوري، أحمد، دکتر عبدالرزاق الوسيط، ج 1، ص 99.

5. کاتوزیان، ناصر، دورۀ مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، ص 121.

6. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 934.

(2) مُناب عبارت از شخص اجنبی است که مدیون، او را جهت پرداخت دین به داین، نایب خود تعیین می نماید.

(3) مناب لدیه که عبارت از داینی است که مدیون، شخص اجنبی را، برای پرداخت دین به وی تعیین می نماید.

چون عنوان تحقیق «نیابت در عقد» بوده خواستم به دنباله مفهوم نیابت معنای عقد را در روشنای ابعاد فقهی و قانونی بیان نمایم:
در کتب فقهی، عقد چنین تعریف گردیده:

«عقد کلمه عربی است، در لغت، بمعنی: بستن، محکم کردن و ابرام آمده است.¹
و در اصطلاح فقهاء: عقد به دو معنی: عام و خاص ذکر شده است:

(1) عقد به معنی عام: هر قصد شخص مبنی بر انجام یک فعل است، اعم از این که حدود آن تنها به اراده همان شخص بدون دخالت اراده شخص دیگر صادر شده باشد مانند: ابراء، وقف، طلاق و یمین، و یا هم در وجود آن محتاج به اراده دیگری باشد، مانند: خرید و فروش، اجاره، وکالت و غیره، که نسبت به این تعریف عقد مطلقاً شامل تمام الزامات شرعی می گردد، و کلمه عقد به این معنا مرادف کلمه الزام می باشد.²

(2) عقد به معنی خاص: عبارت از ارتباط ایجاب با قبول از راه مشروع بوده، که اثر آن در محل ثابت می شود. یابیه عبارت دیگر: «تعلق کلام یکی از عاقدان به شخص مقابل از راه مشروع بوده، به طریقه که اثر آن در محل ظاهر گردد». این تعریف در بین فقهاء شایع است و در تکلم هم از مفاد همین تعریف استفاده می شود.³

در قانون مدنی افغانستان عقد چنین تعریف شده است:
«عقد عبارت از توافق دو اداره است به ایجاد، یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود احکام قانون».⁴

مطلب دوم: پیشینه تاریخی نیابت

یکی از نتایج مهم اصل حاکمیت اراده این است که هر شخص تنها به اراده خویش ملتزم شود. رومیان، چنان به این اصل پای بند بودند که انجام معامله را به وسیله نماینده نیز نمی پذیرفتند، در حقوق روم آثار اراده نماینده نمی توانست به طور مستقیم بر عهده اصیل قرار گیرد. پس، برای توجیه قرار

1. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی، أبو الفضل، جمال الدین، الأنصاری، لسان العرب، ذیل واژه عقد ج 2، ص 234.

2. الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، دمشق: دار الفكر، ج 4، ص 433.

3. همان، ج 4، ص 433.

4. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 497.

دادهایی که به نیابت انجام می شد، چنین تحلیل می کردند که عقد به نام و حساب نماینده بسته می شود، ولی او باید حقوق ناشی از آن را به اصیل واگذار کند، و در برابر این انتقال، اصیل به عهده می گیرد که برائت ذمه نماینده را از تعهد های ناشی از عقد به دست آورد. حقوق دانان رومی هیچ گاه اصل نسبی بودن کامل قرار داده را را نکرده اند.¹

ولی، به حکم ضرورت، اصلاحاتی در آن آوردند، که رابطه میان اصیل و طرف قرارداد را ساده تر سازد و امکان طرح دعاوی مفید بین آن دو را به وجود آورد. از این زمان است که مفهوم نیابت به عنوان یک ابزار فنی در جهان حقوق پدیدار شد، ولی در حقوق روم سرانجام نیز پذیرفته نشد که نایب نقش واسطه را دارد و رابطه حقوقی به طور مستقیم بین اصیل و طرف عقد ایجاد می شود. در فقه از همان آغاز انجام معامله به نیابت پذیرفته شده است. نیابت در همه اعمال حقوقی جز آنچه مباشرت در آن شرط است، پذیرفته شد و رجوع مستقیم طرف قرارداد به مؤکل و امکان دعوی مؤکل بر کسی که به نیابت او طرف معامله قرار گرفته است، از آثار نیابت قرار گرفته است.² و قانون مدنی افغانستان مصوب سال 1355 نیز نیابت را پذیرفته و از مواد (534 – 541) احکام معین در باره آن وضع نموده است.

مبحث دوم: انواع نیابت، آثار و قواعد مربوط به آن

مطلب اول: انواع نیابت

نیابت³ از حیث مبنی و سبب به سه دسته تقسیم شده است:

1) نیابت تعاقدی یا عهدی: که در آن شخص به میل و اراده خویش به دیگری صلاحیت می دهد تا عمل حقوقی را بنام و به حساب او انجام دهد. مانند: نیابت از طریق وکالت.

1. عبدالله نظام الدین. حقوق وجایب (1) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه، چاپ پنجم، انتشارات سعید، 1395 هـ ش، ص 88.

2. کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی قواعد عمومی قرار داد ها، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، 1383 هـ ش، ج 2، ص 50. و ناصر کاتوزیان. دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی، ص 119.

3. از نظر فقهاء نیابت به دو نوع است: 1) اختیار یا انتخابی. 2).

• شرعی یا قانونی. نیابت انتخابی: و آن عبارت از نیابت است که در آن شخصی اختیار کاری را با اراده خود به و در اثر یک توافق و تعهد برای نائب تفویض میکند، تا آنرا بنام او و به حساب وی انجام دهد.

• نیابت شرعی یا قانونی: و آن عبارت از نیابتی است که به موجب حکم شرع یا قانون شخصی به نیابت از دیگری مسئولیت اجرای امری را عهده دار شده باشد. (مصطفی احمد الزرقا. المدخل الفقهی العام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ج 2، ص 26).

2) نیابت قانونی: در این نوع نیابت، قانون بعضی را نایب بعض دیگر تعیین می کند، که در اصطلاح فقه بنام «ولایت» یاد می شود. مانند: ولایت پدر بر فرزندان صغیرش.

3) نیابت قضائی: که ریشه این نیابت نیز حکم قانون است و اراده اصیل در ایجاد آن نقشی ندارد. یعنی اختیار انتخاب نایب با محکمه است و از همین جهت نیابت قضائی نامیده می شود. مانند: نیابت امین در اداره اموال غایب یا نیابت قیم اشخاص محجور و یا نمایندگی محکمه بر متهمین «ولایت قاضی» و امثال آن.¹

نیابت در تبدیل تعهد

در صورتی که منیب مدیون مناب لدیه باشد، ولی، مناب مدیون منیب نباشد و یا مدیون منیب باشد، و هر سه بر تبدیل دینی که مناب لدیه بر ذمه منیب دارد از طریق تبدیل منیب (مدیون) توافق نمایند به گونه ای که مناب قبول کند که مدیون مناب لدیه به جای منیب باشد، نیابت در چنین حالتی به نام نیابت کامل نامیده می شود. زیرا، این نوع نیابت متضمن تبدیل تعهد به تغییر مدیون است. اما، در صورتی که نایب متضمن تبدیل تعهد از طریق تغییر مدیون نباشد، و منیب مدیون مناب لدیه باقی بماند و داین (مناب لدیه) به عوض یک مدیون دارای دوم مدیون (منیب و مناب) گردد به گونه ای که منیب مدیون اصلی و مناب مدیون جدید تلقی گردند، نیابت به نام نیابت ناقص یاد می شود. زیرا، در چنین نیابت ذمه منیب (مدیون اصلی) به صورت کامل در برابر مناب لدیه (داین) بری نمی گردد.²

مطلب دوم: آثار نیابت

آثار نیابت کامل با آثار نیابت ناقص فرق دارد³، اول اثر نیابت کامل و سپس نیابت ناقص را ذیلاً بالترتیب مورد مطالعه قرار می دهیم:

1) اثر نیابت کامل: در تبدیل تعهد موجب یک سلسله آثار می گردد که برخی آن متوجه منیب و مناب لدیه، برخی متوجه به منیب و مناب (مدیون اصلی و مدیون جدید یا نایب) و برخی نیز متوجه مناب لدیه و مناب (داین و مدیون اصلی) می گردد که هریک را به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می دهیم:

1- اثر نیابت نسبت به منیب و مناب لدیه در نیابت کامل: در صورتی که نیابت کامل باشد؛ یعنی؛ تعهد از طریق تغییر مدیون تبدیل شود، تبدیل تعهد موجب انقضای ذمه و بری شدن ذمه منیب (مدیون اصلی) می گردد.

1. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 42، ص 27.

2. عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (1) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء واثبات وجبیه، ج 1، ص 477.

3. همان، ج 1، صص 478 و 479.

2- اثر نیابت نسبت به منیب و مناب (مدیون اصلی و مدیون جدید یا نایب): در صورتی که مناب (نایب) مدیون منیب (مدیون اصلی) نباشد، و پرداخت دین مناب را در برابر مناب لدیه به عهده بگیرد، می تواند از طریق دعوی شخصی به منیب (مدیون اصلی) از طریق دعوی شخصی، یعنی وکالت در صورتی که نیابت از طریق تفویض منیب باشد به دعوی فضالت و دعوی پرداخت بدون سبب مراجعه نماید. با وجود این رجوع مناب یا مدیون جدید منوط بر این است که وی در پرداخت دین به داین یا مناب لدیه قصد تبرع نداشته باشد. بنابر این، در صورتی که مناب قصد تبرع داشته باشد، نمی تواند بر منیب رجوع نماید. اما، در صورتی که مناب مدیون منیب باشد، و نیابت را قبول نماید، قبول وی بیانگر تبدیل دین از طریق تغیر دادن است. بنابر این، داین می تواند بر نایب مراجعه کند. اما، نمی تواند بر مدیون اصلی مراجعه نماید.

3- اثر نیابت در تبدیل تعهد نسبت به مناب (داین و مدیون اصلی): تبدیل تعهد از طریق تغییر مدیون در نیابت کامل موجب ایجاد تعهد جدید نسبت به مناب در برابر مناب لدیه می گردد که این تعهد قائم مقام تعهدی که منیب در برابر مناب لدیه داشت، قرار می گیرد. روی همین دلیل، مناب لدیه می تواند بر مناب بر مبنای این تعهد مراجعه نماید. در صورتی که مناب لدیه مناب را معسر بیابد و اعسار در وقت نیابت نیز وجود داشته باشد، ابطال تجدید و رجوع مناب لدیه بر منیب بخاطر پرداخت دین اصلی جواز دارد.

اما، در صورتی که اعسار بعد از نیابت حادث گردد، اثر این اعسار را مناب لدیه متحمل می شود و بنابر این نمی تواند بر منیب مراجعه نماید، مگر این که آن را حین قبول نیابت شرط گذاشته باشد. در صورت رجوع مناب لدیه بر مناب در تعهد جدید، مناب نمی تواند در برابر داین به دفاعی که می تواند بر علیه منیب بخاطر دینی که منیب بر وی دارد متوسل شود، پردازد. زیرا، بین این دین و بین تعهد جدیدی که بر ذمه مناب برای مناب لدیه ایجاد گردیده است رابطه وجود ندارد چرا که تعهد جدید تعهد جدا از تعهدی است که منیب بر ذمه مناب دارد. روی همین دلیل، ماده (935) قانون مدنی که ترجمه ماده (361) مجلة الأحكام است تصریح می نماید که: «تعهد نایب در برابر داین صحیح است گرچه تعهد او در برابر مدیون باطل یا قابل دفع باشد. در این صورت نایب تنها به مدیون حق رجوع را دارد.»¹

2) اثر نیابت ناقص: نیابت ناقص نیز موجب ایجاد یک سلسله آثار می گردد که برخی آن متوجه منیب و مناب لدیه، برخی متوجه منیب و مناب و برخی نیز

1. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 935.

متوجه مناب لدیه و مناب می گردد که هر یک راذیلاً به صورت جداگانه مورد مطالعه قرار می دهیم:

1- اثر نیابت ناقص بین منیب و مناب لدیه: در نیابت ناقص منیب مدیون مناب لدیه باقی می ماند و ذمه منیب بری نمی گردد، مگر این که مناب تعهد جدیدی را که منیب در برابر مناب لدیه دارد ایفاء نماید یا این که خود منیب تعهد اصلی را که مناب لدیه بر ذمه او دارد ایفاء نماید. به مجردی که یکی از مناب و یا منیب دین را به مناب لدیه ایفاء نماید، ذمه آنها بری می گردند. بنابر این مناب لدیه می تواند هم به منیب و هم به مناب جهت پرداخت دین مراجعه نماید.¹

2- اثر نیابت ناقص نسبت به منیب و مناب: هرگاه دین سابقه میان منیب و مناب وجود نداشته باشد، مناب (نایب) مدیون مناب لدیه گردد، و دین را قبل از این که منیب به داین (مناب لدیه) پرداخت نماید، می تواند بر منیب بر مبنای وکالت، فضالت و یا پرداخت بدون سبب مشروط بر این که قصد تبرع رانداشته باشد، مراجعه نماید. اما، در صورتی که مناب مدیون منیب باشد، و تبدیل تعهد را از طریق تغییر داین داشته باشد، ذمه او در برابر منیب بری گردیده و در برابر مناب لدیه مشغول می گردد. پس، اگر دین را به مناب لدیه پرداخت نماید، نمی تواند بر منیب مراجعه نماید. همچنین، در صورتی که منیب دین اصلی را به مناب لدیه پرداخت نماید، می تواند بر مناب جهت دریافت دینی که بر ذمه او دارد، مراجعه نماید. زیرا، در این حالت، ذمه منیب در برابر مناب لدیه بری گردیده و تبدیل تعهد فسخ می گردد و در نتیجه دینی که منیب بر ذمه مناب داشت غود می نماید.²

3- اثر نیابت ناقص نسبت به مناب لدیه و مناب در نیابت ناقص: در صورت قبول نیابت پرداخت دین توسط شخص ثالث، مناب مدیون جدید مناب لدیه تلقی می گردد. در چنین حالات، داین دارای دو مدیون می گردد: مدیون اصلی که عبارت از منیب است و مدیون جدید که عبارت از مناب است. بنابر این، مناب لدیه می تواند بر هر دو بدون این که ترتیب خاصی را رعایت نماید، مراجعه نماید. در صورتی که یکی از آنها دین را پرداخت نماید، ذمه هر دو در برابر مناب لدیه بری می گردد.³

1. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 1، ص 938.

2. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 1، ص 938.

3. عبدالرازق احمد، السنهوری، الوسیط شرح قانون مدنی، الطبعة الثالثة، بیروت: منشورات الحلبي، 2000م، ج 3، صص 855 و 856.

قانون مدنی افغانستان در مورد چنین هدایت فرموده: «شخصی که اصالتاً عقدی را انجام می دهد، حقوق و وجایب مربوط به آن به شخص او متوجه می گردد.»¹

از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که شخصی که اصالتاً عقد را می بندد، آثار این عقد متوجه خود این شخص می شود. اما، در نیابت چنین نیست، زیرا، در نیابت برخی آثار عقد متوجه نایب و طرف عقد، و بعضی متوجه اصیل و طرف عقد می گردد:

اول: آثار نیابت نسبت به نماینده و طرف عقد

با اینکه نماینده در انعقاد عقد نقش مهمی دارد و گاه تنها اراده او کار گزار است، ولی نسبت به آثار عقد او را باید بیگانه شمرد.² ماده (538) قانون مدنی که ترجمه ماده (105) قانون مدنی جدید مصر است در این باره تصریح می نماید که: «هرگاه نایب در حدود صلاحیت خود عقدی را به اسم اصیل انجام دهد، حقوق و وجایب ناشی از آن به شخص اصیل تعلق می گیرد.»³

از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که طرف عقد نمی تواند اجرای تعهداتی را که نماینده برای اصیل پذیرفته است از شخص او بخواهد. اقامه دعوی بر او، حتی به عنوان نایب در صورتی امکان دارد که پاسخ گویی به دعوی را داشته باشد.⁴

بنابر این، در صورت نیابت حقوق و وجایب ناشی از عقد، یعنی: آثار عقد متوجه اصیل و طرف عقد می شود. پرسش این است که در صورتی که نایب وصف نیابت در عقد را پنهان نماید تکلیف چیست؟ در پاسخ به این پرسش قانون مدنی چنین صراحت دارد: «در صورت عدم اظهار وصف نیابت در حین عقد، آثار ناشی از آن به شخص نایب تعلق می گیرد، مگر این که طرف مقابل عقد از نیابت وی واقف باشد.»⁵

از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که، در صورتی که نایب وصف نیابت را در عقد تذکر ندهد، یعنی: نگوید که، به حیث مثال، من این عقد را به نمایندگی از فلان شخص منعقد می نمایم، آثار ناشی از عقد به نایب تعلق می

1. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 535.

2. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قرار داد ها، ج 2، ص 78 و عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 108.

3. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 538.

4. نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (1) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهای اثبات وجبیه، صص 91 و 92.

5. وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 539.

گیرد. این اصل است. استثنای این اصل فرضی است که طرف مقابل عقد از نیابت نایب آگاهی داشته باشد. بنابر این، در صورتی که نایب وصف نیابت را حین عقد تذکر ندهد و جانب مقابل بداند که با نایب عقد را می بندد، آثار این عقد متوجه اصل و طرف عقد می شود نه نایب و طرف عقد.

دوم: آثار نیابت نسبت به اصیل و طرف عقد

پس از انعقاد عقد، نماینده از قرارداد خارج می شود و شخصیت او هیچ حابلی بین دو طرف عقد ایجاد نمی کند. رابطه آن دو مانند موردی که عقد بدون واسطه واقع می گردد، مستقیم و بی واسطه است و تمام تعهداتی که از عقد به وجود می آید، به طور مستقیم عاید اصیل می شود و او می تواند برای اجبار طرف عقد به محکمه مراجعه کند. به همین دلیل، اهلیت تملک حق و التزام نیز در او معتبر است و وصف تجارتی بودن معامله نیز بر مبنای شغل او تعیین خواهد شد.¹ ماده (538) قانون مدنی که ترجمه ماده (105) قانون مدنی جدید مصر است در این باره تصریح می نماید که: «هرگاه نایب در حدود صلاحیت خود عقدی را به اسم اصیل انجام دهد، حقوق و واجبات ناشی از آن به شخص اصیل تعلق می گیرد.»² مطلب سوم: قواعد مربوط به آثار نیابت

- 1- هرگاه نایب در حدود صلاحیت خود عقدی را به اسم اصیل انجام دهد، حقوق و واجبات ناشی از آن به شخص نایب تعلق می گیرد.³
- 2- در صورت عدم اظهار وصف نیابت در حین عقد، آثار ناشی از آن به شخص نایب تعلق می گیرد، مگر این که طرف مقابل عقد از نیابت وی واقف باشد.⁴
- 3- هرگاه نایب و طرف مقابل عقد از ختم میعاد نیابت در چنین عقد واقف نباشد، آثار ناشی از آن به اصیل و یا قائم مقام وی تعلق می گیرد.⁵
- 4- ملاحظات مربوط به عیوب اراده یا اثرات وقوف به بعضی از احوال خاص و یا حتمی بودن وقوف به شخص نایب، تعلق می گرد، نه به شخص اصیل.⁶

1. ناصر، کاتوزیان. حقوق مدنی قواعد عمومی قرار داد ها، ج 2 ص 78. و عبدالرازق احمد السنهوری، الوسیط، ج 1، ص 108.
2. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 538.
3. همان، ماده 538.
4. همان، ماده 539.
5. همان، ماده 540.
6. همان، ماده 537.

5- نایب نمی‌تواند عقدی را برای خود یا بنام اصیل انجام دهد، مگر این‌که اصیل قبلاً به او اجازه داده یا بعداً آنرا تأیید نماید. حالانکه در قانون یا قواعد تجارت طور دیگری پیش بینی گردیده ازین حکم مستثنی می‌باشد.¹

مبحث سوم: تعیین حدود صلاحیت های نایب، شروط تحقق نیابت و فواید آن

مطلب اول: تعیین حدود صلاحیت های نایب

حوزه صلاحیت های نمایندگی را گاهی قانون مشخص می‌سازد. یعنی قانون محدوده ای آن را به معرفی گرفته است؛ مانند: ولی، وصی و قیم. و یا توافقی است. در صورتی که توافق محدوده آن را تعیین نماید که در قالب عقد وکالت تحقق می‌یابد، بموجب حکم قانون «عقد طور اصالت یا نیابت جواز دارد مگر این‌که قانون مخالف آن حکم کرده باشد. این‌که طرف مقابل عقد از نیابت وی واقف باشد.»² و یا، 1) «نیابت در عقد بموافقه طرفین یا به حکم قانون صورت می‌گیرد. 2) حدود صلاحیت نایب در صورت موافقه طرفین از طرف اصیل و در نیابت قانونی توسط قانون تعیین می‌گردد».³

با در نظر داشت ماده (536) قانون مدنی افغانستان گفته می‌توانیم که در نیابت های تعاقدی و تعهدی تعیین حدود صلاحیت های نایب توسط شخص اصیل صورت می‌گیرد، درحالی‌که در نیابت قانونی و قضائی حدود صلاحیت های نایب در قانون و از طرف قانون مشخص می‌گردد.⁴

مطلب دوم: شروط تحقق نیابت

برای تحقق نیابت⁵ ضروری است که: 1) اراده نایب جای گزین اراده اصیل شود؛ 2) اراده نایب در محدوده که برای نیابت معین شده اعمال گردد؛ 3) قرارداد به نام اصیل، منعقد گردد، نه به نام نایب.

اراده نایب و قصد وی معتبر است: مجرد وساطت برای تحقق نیابت کافی نیست؛ بلکه ضروری است که نایب، اراده خود را اعلام نماید؛ و نه اراده اصیل را. نتیجه این نظر آن است که عیوب رضا متوجه اراده نایب می‌باشد؛ نه اراده اصیل. پس، اگر نایب دچار اشتباه یا فریب یا اکراه شود، عقد قابل ابطال و فساد خواهد بود و اعتراض به این‌که اراده اصیل دچار عیبی نیست وارد نمی‌باشد و چون فریب و اکراه نایب دارای اهمیت است؛ لذا اراده طرف مقابل معیوب می‌گردد و اگر فریب و اکراه از سوی اصیل نیز انجام پذیرد، در صحت عقد تأثیر

1. همان، ماده 541.

2. وزارت عدلیه. قانون مدنی، ماده 534.

3. همان، ماده 536.

4. غلام مصطفی نخبه. حقوق و جاییب، ص 123.

5. همان، ص 123.

می‌گذارد؛ زیرا این دو در صحت عقد مؤثرند؛ حتی اگر از شخص سوم صادر شود؛ پس اگر از سوی اصیل رخ دهد، سزاوار است که مؤثر باشد.¹ گاه در برخی موارد به قصد اصیل توجه می‌شود؛ مانند زمانی که نایب مطابق به گفته‌های اصیل تصرفی را می‌نماید. وقتی شخصی به دیگری برای خرید جنس معینی، وکالت می‌دهد و مؤکل عیب آنرا می‌داند ولی وکیل نمی‌داند، در این حالت مؤکل با طرح دعوی عیب نمی‌تواند به فروشنده رجوع کند. در حالت فوق دیده می‌شود که به قصد اصیل، برای تعیین نقش هریک از اصیل و نایب در انعقاد عقد ارزش داده شده است که همین اندازه ارزش داده در انعقاد عقد کافی است. پس اصل این است که عقد با اراده نایب، منعقد می‌گردد؛ نه اصیل، ولی اراده اصیل در مواردی که اختصاصاً او علم به موضوع دارد و یا خودش نایب را توجیه کرده معتبر است. زیرا، در این موارد، نایب مانند یک سفیر و قاصد عمل کرده است.²

قانون مدنی افغانستان در ارتباط به موضوع فوق چنین صراحت دارد: «ملاحظات مربوط به عیوب اراده یا اثرات وقوف به بعضی از احوال خاص و یا حتمی بودن وقوف به شخص نایب، تعلق می‌گیرد نه به شخص اصیل».³

اراده نایب در چارچوب صلاحیت‌های مشخص شده مؤثر است؛ چون نایب باید اراده خود-نه اراده اصیل-را اعلام نماید، ضروری است این اراده در محدوده نیابت که قانون یا توافق مشخص می‌نماید اعلام کند؛ پس هرگاه از محدوده صلاحیت‌های داده شده تجاوز نماید، فاقد صفت نیابت شده و عملی را که بدان اقدام کرده، اثرش نسبت به اصیل بی‌نتیجه خواهد بود.

نایب باید به نام اصیل معامله را انجام دهد؛ اعلام اراده در محدوده نیابت از سوی نایب کافی نیست؛ بلکه ضروری است به نام اصیل وارد معامله شود؛ پس اگر نایب به نام خود وارد معامله شود، نیابت در این نوع معامله وجود نخواهد داشت. مثلاً؛ وکیل به نام خود وارد معامله می‌شود؛ که در این حالت وکالت محدود در رابطه میان وکیل با مؤکل خواهد بود. از این رو، اثر عقد در حق وکیل - خواه دائن باشد یا مدیون - مؤقت می‌گردد؛ در حق مؤکل و مؤکل به مقتضای عقد وکالت می‌تواند به وکیل رجوع نماید. با این حال، در دو مورد اثر عقد در حق مؤکل تحقق می‌یابد: 1) اینکه ثالث «طرف معامله» از رابطه نیابت

1. همان، ص 124.

2. همان، ص 125.

3. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 537.

اطلاع قطعی داشته باشد؛² برای ثالث، معامله با اصیل یا نایب موضوعیت نداشته باشد. بنابر این، ضروری است به هنگام انعقاد قرارداد نایب به نام اصیل و حساب او معامله نماید و این قصد به زبان آورده شود، یا به صورت ضمنی از اوضاع و شرایط فهمیده شود؛ مانند این که کارگری اجناس صاحب مغازه و یا فروشگاه را در فروشگاه به فروش برساند. در معامله به نام اصیل باید ثالث «طرف معامله» نیز با اصیل وارد معامله شده؛ پس اگر نایب به نام اصیل معامله کند، ولی ثالث با خود وی وارد معامله شده باشد، نیابت تحقق نیافته است و عقد منعقد نشده؛ نه در حق نایب؛ زیرا او به نام خود معامله نکرده و نه در حق اصیل؛ زیرا ثالث قصد معامله با اصیل را نداشته است.¹

قانون در ارتباط موضوع چنین صراحت دارد: «هرگاه نایب در حدود صلاحیت خود عقدی را به اسم اصیل انجام دهد، حقوق و جایب ناشی از آن به شخص اصیل تعلق می گیرد».²

و همچنان در جای دیگر چنین حکم می کند: «در صورت عدم اظهار وصف نیابت در حین عقد آثار ناشی از آن به شخص نایب تعلق می گیرد، مگر این که طرف مقابل عقد از نیابت وی واقف باشد».³

تأیید اصیل بعد از انجام معامله از طرف نماینده: هرگاه نایب از محدوده صلاحیت های خود تجاوز کند و اثر عملی که به آن اقدام کرده، در حق اصیل، فاقد اعتبار حقوقی بوده است، بدین معنی که اصیل بیگانه از این عمل فرض می شود و شخص ثالث جهت اخذ خسارت - اگر خسارت موضوعیت داشته باشد - به نایب رجوع می کند. ولی گاه اصیل عمل مذکور را تأیید کرده تنفیذ می کند؛ پس گویا عمل در محدوده نیابت انجام شده است؛ از این رو اصیل و ثالث از وقت انعقاد عقد - نه وقت تنفیذ نسبت به آثار عقد متعهد می باشند. قانون مدنی در مورد چنین حکم می نماید: «نایب نمی تواند عقدی را برای خود یا به نام اصیل انجام دهد، مگر این که اصیل قبلاً به او اجازه یا بعداً آنرا تأیید نماید. حالاتی که در قانون یا قواعد تجارت طور دیگری پیش بینی گردیده از این مستثنا می باشد».⁴

معامله با خود: وقتی که جایگزینی اراده از طریق نیابت و یا نمایندگی را پذیرفتیم، ممکن است قبول نماییم یک شخص در عین این که نماینده دیگری است، از طرف خود به عنوان اصیل وارد معامله ای شود یا از جانب دو طرف

1. نخبه، غلام مصطفی، حقوق و جایب، ص 126.

2. همان، ماده 538.

3. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 539.

4. همان، ماده 541.

نماینده‌گی داشته باشد که در هر حال، حاصل آن جمع طرفین عقد در شخص واحد است. در این صورت جز یک اراده که اراده همان شخص است که جایگزین دو اراده شده، اراده دیگری وجود ندارد.

مکتب‌های مختلف، در ارتباط به موضوع، مواضع متعددی پیرامون این مسأله اتخاذ کرده‌اند. برخی معامله با خود را ممنوع اعلام کرده‌اند. مانند: حقوق آلمان و ایتالیا... و بعضی دیگری از قوانین آنرا قسماً اجازه داده‌اند. از نظر فقه‌های اسلامی عقد با خود نه به تمام معنی آنرا رد می‌کند و نه هم آنرا بشکل مطلق تأیید می‌نمایند. چنانچه جمهور فقها می‌گویند: در عقد نکاح وکیل می‌تواند که موکله خود در صورتی که از نگاه شرعی نکاح بین شان ممنوع و حرام نباشد، ازدواج نماید بدین معنی که از جانب موکله به حیث نایب و وکیل و از جانب خود به حیث اصیل می‌باشد.¹ ولی از نظر امام شافعی (رح) چنین عمل جواز ندارد.²

اما از نظر اکثر حقوق دانان اسلامی در عقد بیع «داد و ستد» جواز ندارد که شخص عقدی را با خود انجام دهد بدین شرح؛ که از جانب بایع به حیث وکیل و از جانب خودش به حیث اصیل باشد.³ بنابر این، گفته می‌توانیم که اصل، عدم جواز معامله با خود است مثل این که شخص وکیل در فروش مالی است و آنرا برای خود بخرد، زیرا، در همچو حالت با منافع شخصی خود تعارض بوجود می‌آید، لذا در چنین حالت وی نمی‌تواند حامی و مدافع منافع اصیل باشد.⁴

مطلب سوم: فواید نیابت

نیابت در ذات خود دارای فواید زیادی بوده که برخی آن را طور نمونه به شرح ذیل بیان می‌نمائیم:

1) اعطای نیابت قراردادی موجب می‌شود تا داد و ستدها آسان تر صورت پذیرد. تجار می‌توانند به وسیله نمایندگان خود در یک زمان معاملات گوناگون را در شهرهای دور از هم انجام دهند و کالای مورد نیاز را به وسیله عاملان متخصص و با تجربه فراهم آورند. در زندگی روزانه مردم عادی نیز مواردی وجود دارد که اشخاص ناچار اند تا اعمال خود را به وسیله وکیل و نماینده انجام

1. مرغینانی، برهان الدین ابی الحسن علی بن ابی بکر. الهدایة شرح بدایة المبتد، باب نکاح، طبع: پاکستان، ج 3، ص 49. ابن عابدین محمد امین بن عمر. ردالمختار علی الدر المختار، الطبعة الثانیة، القاهرة: مطبعة المصطفی البانی الحلبي، ج 2، ص 326. و الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 14، ص 126.

2. الشیرازی، ابواسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف. المهذب فی فقه الإمام الشافعی، ناشر: دار الکتب العلمیة، کتاب وکالت، ج 2، ص 180.

3. ردالمختار علی الدر المختار، ج 5، ص 453. و الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 14، ص 195.

4. غلام مصطفی، نخبه، حقوق و جاب، صص 125 و 126.

دهند؛ یکی نیاز دارد که دعوی را به وسیله وکیل آگاه در محکمه اقامه کند؛ دیگری باید در گفت گوی معامله ای شرکت کند که به دلیل گرفتاری یا بیماری توان انجام آن را ندارد، سومی ناچار است که از حسن شهرت و تخصص دیگری سود ببرد.

(2) نیابت قانونی نیز این امکان را به وجود می آورد که دارایی محجورین و غایبین عاقل نماند و از گردش باز نایستد. اداره مال غیر به نیکوکاران مجال آن را می دهد که از تضييع اموال غایبین و محجورین جلوگیری کنند و تعاون اجتماعی را جانشین خود سرپرستی و سود جویی سازند.

(3) اعمال نظریه نیابت لازم زندگی اقتصادی اشخاص حقوقی است. شخص حقوقی موجودی است اعتباری و زاده نیازها و ضرورت های اقتصادی. آنچه در جهان خارج وجود دارد مدیران و نمایندگان آن شخص است و ارتباط اعمال حقوقی مدیران با دارایی موجود اعتباری حرکت و فعالیت آن را ممکن می سازد.¹

با توجه به فواید نیابت که در فوق تذکر رفت می خواهیم در فصول بعدی انواع نائبین را نظر باتعیین مصادق هر کدام، وجایب و صلاحیت ها و موارد اختتام آنها- از نظر: فقهاء، حقوق دانان و سیستم حقوقی افغانستان - مورد بررسی قرار دهیم:

(1) از نظر فقهاء

نیابت در فقه دو نوع است: اختیاری و قهری.

1 - نیابت اختیاری در شرع یک نوع که همانا وکالت است. که عبارت از: تفویض تصرف به غیر بوده.

2- نیابت قهری که به نام نیابت جبری و نیابت شرعی نیز یاد می شود. عبارت از ولایت و وصایت است که بر صغار و کسانی که در حکم صغار هستند، ثابت می گردد.² به موجب قانون مدنی افغانستان، نیابت به دو نوع: (1) نیابت قانونی که به نام نیابت قهری نیز یاد می شود؛ و (2) نیابت عهده که به نام نیابت قراردادی یا اختیاری نیز یاد می شود منقسم می گردد.³ فقره اول ماده (536)

1. نظام الدین عبدالله. شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیه، ج 1، صص 88 و 89.

2. مصطفی احمد الزرقا. المدخل الفقهی العام، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، دمشق، ج 2، ص 817؛ وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه الكويتیه، ج 42، ص 27.

3. محمد جعفر حفیری لنگرودی. ترمینولوژی حقوق، شهران انتشارات گنج دانش، چاپ دوازدهم، 1381 هـ. ش، صص 726 و 727. و عبدالرزاق احمد السنهوری. الوسیط، ج 1، ص 99.

قانون مدنی افغانستان در این باره مشعر است: «نیابت در عقد به موافقه طرفین یا به حکم قانون صورت می‌گیرد».¹

نیابت قانونی یا نیابت قهری به نیابتی گفته می‌شود که به موجب قانون و بدون قرار داد به کسی داده می‌شود.

به عبارت دیگر، قانون بعضی را نماینده بعضی تعیین می‌نماید. مانند: نیابت ولی در امور مالی علیهم و نیابت وصی در امور موصی لهم، نیابت قیم، نیابت مأمور تصفیه، محافظ مال ضبط شده و نظیر اینها.²

طبق قانون مدنی نیابت قانونی به سه نوع: ولایت، وصایت و قیمومت است. در نیابت قانونی حدود صلاحیت نایب را قانون معین می‌نماید، مانند: قواعدی که قانون مدنی در مورد صلاحیت اولیاء، مواد (268-288) و اوصیاء، مواد (289-310) وضع نموده است که فقره دوم ماده (536) قانون مدنی افغانستان در این باره حکم می‌نماید که: «حدود صلاحیت نایب... در نیابت قانونی توسط قانون تعیین می‌شود».³

نیابت قرار دادی که به نام نیابت اختیاری نیز یاد می‌شود، عبارت از نیابتی است که به موجب قرارداد به کسی داده می‌شود.⁴ این نیابت طبق فقه و قانون مدنی افغانستان یک نوع و آن وکالت است.⁵

گذشته از اشخاص حقیقی، اشخاص حکمی نیز می‌توانند دیگری را نایب خویش تعیین نمایند. زیرا، شخص حقوقی نمی‌تواند اراده خود را جز به وسیله اشخاصی که اداره اموال او را به عهده گرفته اند، بیان کند. بنابر این، تمام اعمال حقوقی این اشخاص توسط مدیران آنها انجام می‌شود. در نیابت عهده، حدود صلاحیت نایب توسط اصیل معین می‌شود مانند موردی که شخص، به موجب عقد وکالت دیگری را نایب خویش تعیین و حدود صلاحیت وی را نیز معین می‌نماید.

بخش دوم فقره (2) ماده (536) قانون مدنی در این باره حکم می‌نماید که: «حدود صلاحیت نایب در صورت موافقه طرفین از طرف اصیل... تعیین می‌شود».⁶

(2) از نظر حقوق دانان

1. وزارت عدلیه. قانون مدنی، ماده 536.

2. محمد جعفر حفیری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 727؛ عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج 1، ص 100.

3. وزارت عدلیه. قانون مدنی، ماده 536.

4. محمد جعفر حفیری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 726؛ عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج 1، ص 100.

5. نظام الدین عبدالله. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق و جایب (1) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ انتهای و اثبات و جیب، صص 89-90.

6. وزارت عدلیه. قانون مدنی، بند دوم فقره (2) ماده 536.

حقوق دانان نیابت را از حیث مبنی و سبب به سه دسته تقسیم نموده اند: (1- نیابت تعاقبی یا عهدی 2- نیابت قانونی. و 3- نیابت قضائی). که تفصیل آن قبلاً در فصل اول مبحث دوم مطلب اول تحقیق هذا گذشت.

(3) در سیستم حقوقی افغانستان

در سیستم حقوقی افغانستان نیابت به انواع ذیل تحقق می پذیرد:¹
ولایت

وصایت

قیمومیت

و وکالت .

که اساس تحقیق مارا، همین سیستم حقوقی افغانستان تشکیل می دهد، انشاءالله هر کدام آنها را بصورت تفصیل وارطی چهار فصل که: در فصل دوم آن ولایت، در فصل سوم آن وصایت، در فصل چهارم آن قیمومیت (قیم) و در فصل پنجم آن وکالت را بیان خواهیم کرد:

بقیه در شماره بعدی

1. پروفیسور ماری نونل «بشله»، محمد عثمان «ژوبل»، برات علی «متین»، دکتور پیام «شهر جردی»، عبدالصیر «فایز» وظل الرحمن «نجیب». دوره حقوق و جایب، طبع دوم، 2011م، انتشارات مرکز تعلیمات قضائی ستره محکمه ج. ا. ج 1، ص 88.

قضاوت مل سیف الرحمن (تراهی)

د کفالت تړون د فقهی او حقوقو له نظره

فهرست:

- 86..... دوهمه وینا: د دین کفالت
- 87..... 1- د اصیل پر ذمه د دین ثبوت
- 87..... 2- د دین معلوم والی
- 88..... 3- د کفالت د وجهی اړوند د اصیل مکلفیت
- 89..... 4- د دین کفالت د تړون ساحه
- 90..... 5- په اصیل باندې د کفیل له لوري د دین د تأجیل تاثیر
- 91..... 6- د مالي کفالت تړون د فسخی صلاحیت
- 92..... 7- په اصیل باندې د کفیل د برائت تاثیر

دوهمه وینا: د دین کفالت

د مالي کفالت له ډولونو څخه یو هم د دین کفالت دی، د نوموړي کفالت اړوند فقهاوو ځانګړي نظرونه وړاندې کړي او د افغانستان مدني قانون هم په دې اړوند احکام لري چې په لاندې توګه څیړل کېږي:

الف: د دین کفالت د فقهاوو په اند

د دین کفالت هغه کفالت دی چې په تړون سره یې کفیل د اصیل د دین په ورکړه ملزم ګڼل کېږي.

فقهاء د نوموړي کفالت د مشروعیت دلیل د رسول کریم (ص) حدیث ګڼي چې د سلمه بن الاکوع څخه روایت دی: « رسول کریم (ص) د یو کس له جنازې څخه چې مدیون وو ډډه وکړه، قتاده (رض) و فرمایل: یا رسول الله (ص) تاسې د دې کس جنازه اداء کړئ، ځکه هغه پر ما دین لري، وروسته له هغې رسول کریم (ص) د هغه جنازه اداء کړه»

د دین کفالت اړوند فقهاوو یو لړ شرطونه ذکر کړي چې په لنډه توګه بیانېږي:

1- د اصیل پر ذمه د دين ثبوت

د امام شافعي، محمد بن حسن (رح) او ظاهريانو په اند، د دين كفالت اړوند ترون كي، د دين ثبوت اړين دي، كه چيرته دين د اصیل پر ذمه ثابت نه وي، د كفالت ترون سم نه دي، ولي د امام ابو حنيفه، مالك او ابو يوسف رحمة الله عليهم په اند، د دين كفالت په هغه حالت كي هم سم دي چي دين لاهم د اصیل پر ذمه نه وي لازم شوی، لكه چي كفيل ووايي: كه چيرته اصیل له ستاسو څخه څه لاس ته راوړل او ستاسو قرضدار شو، زه د هغي كفيل یم، دا ډول د كفالت ترون سم دي.

د امام شافعي، محمد بن حسن (رح) او ظاهريه وو دليل دا دی چي د اصیل پر ذمه د دين ثبوت ځكه اړين دی چي كه چيرته دين د اصیل پر ذمه لازم نه وي، په هغه صورت كي چي اصیل نوموړی دين اداء نكړي كومه ذمه واري نه لري، نو كفيل چي د اصیل ځای ناستی دی، څرنگه كيدای شي چي ملزم وگرځي، له دې امله نوموړی ترون د ترون له مقتضي سره سمون نلري او سم نه دی.

د امام ابو حنيفه، مالك او ابو يوسف رحمة الله عليهم دليل دا دی چي د كفالت ترون د عهدي او توثيقي ترونونو له ډلي څخه دی، چي په هغه كي كفيل د داسي څه د ورکړي ذمه واري كوي چي په اصیل لازم وي او يا هم لازميري او د نوموړي ترون بنسټ، پر مرسته او تبرع ايښودل شوی دی، په دې ډول ترونونو كي اجمالي معلومات كفایت كوي، كه چيرته اصیل د يو څه په ورکړه اړ وگنل شي، كفيل چي د اصیل ځای ناستی دی، هم د نوموړي څيز په ورکړه اړ گنل كيږي، له همدې امله د ترون په وخت كي د اصیل الزام لازم نه گنل كيږي.

2- د دين معلوم والی

د شوافعو او ابن حزم (رح) په اند د دين كفالت اړوند، د دين معلوم والی شرط دی، نو كه چيرته دين مجهول وي د كفالت ترون سم نه دی، ځكه په نوموړي ترون كي غرر راځي. اما امام ابو حنيفه، مالك او امام احمد بن حنبل رحمة الله عليهم په دې اند دي چي ضمان د مجهول سم دی نو كفالت به دين ولو كه دين معلوم هم نه وي سم گڼي، په دې توگه كه چيرته كفيل ووايي: د ټول هغه دين چي د اصیل پر ذمه ثابت دی كفالت پر غاړه اخلم، دا ترون سم دی.

د شوافعو او ابن حزم (رح) دليل دا دی چي د مجهول دين كفالت د غرر او نزاع سبب گرځي، ځكه كه چيرته كفيل يو مجهول دين اداء كړي ممكن اصیل هغه ونه مني، ياهم اصیل د كفالت څخه وروسته داسي نور ترونونه وكړي چي

دهغي د دين لامل شي او هغه بيا وکيل ونه مني، چي په دواړو صورتونو کي نزاع منځ ته راځي.

د امام ابوحنيفه، مالک او احمد بن حنبل رحمه الله عليهم دليل دا دی چي د کفالت ترون د عهدي ترونونو له ډلي څخه دی چي د مرستي په بنسټ بنا شوی دی او تير عي اصل لري، په دې ډول ترونونو کي اجمالي معلومات بسنه کوي او تفصيلي معلومات پکي شرط نه دی، او په نوموړي ترون کي دا هدف پوره شوی دی.¹

3- د کفالت د وجهي اړوند د اصیل مکلفیت

په مالي کفالت بيا په خاصه توگه د دين کفالت کي، که چيرته کفيل د کفالت وجه اداء کړي، آیا کفيل د اداء شوي دين لپاره اصیل ته رجوع کولای شي که نه؟ په دې اړوند فقهاء مختلف نظريات لري چي په لاندې توگه بيانيري:

که چيرته کفيل د دين کفالت اړونده وجه د اصیل په اجازه مکفول له ته ورکړي وي، ټول فقهاء پر دې اتفاق لري چي کفيل کولای شي اصیل ته رجوع وکړي او اصیل مکلف دی اداء شوي وجه کفيل ته ورکړي، ځکه نوموړي وجه د اصیل په اجازه ورکړل شوي او په اصیل دين گرځي، نو داين کولای شي د دين اخيستو لپاره مديون ته رجوع وکړي، ولي که چيرته کفيل د اصیل له اجازي پرته د کفالت وجه مکفول له ته ورکړي، په دې اړوند فقهاء اختلاف لري، امام ابوحنيفه، امام شافعي، ابن ابی لیلی، ابن شيرمه، ابو ثور او سلمان رحمه الله عليهم په دې اند دي چي په نوموړي صورت کي کفيل اصیل ته رجوع نه شي کولای، د دوی دليل دا دی چي د کفيل له خوا د اصیل له اجازي پرته مکفول له ته د وجه ورکول د اصیل پر وړاندې تبرع گنل کيږي.

د امام مالک (رح) مشهور قول دا دی چي، که کفيل د اصیل له اجازي پرته د کفالت وجه مکفول له ته ورکړي، کفيل کولای شي اصیل ته رجوع وکړي، دليل يي هم دا دی چي په نوموړي صورت کي کفيل د اصیل سره احسان کړی، ځکه اصیل پر دې مهال نه شو کولای چي خپله ذمه واري پوره کړي او دا د تبرع په معنا نه دی.

ابن حزم اندلسي په دې اند دی چي کفيل په هر صورت کي که د اصیل په اجازه يا د اصیل د اجازي پرته د کفالت وجه مکفول له ته ورکړي، کولای شي اصیل ته رجوع وکړي، دليل يي هم دا دی چي کفيل هغه دين مکفول له ته

¹ الزحيلي، وهبه، مخکيني مرجع، ۶ ب، ۲۱ م، سابق، سيد، مخکيني مرجع، ۳ ب، ۳۴۰ م.

ورکړي چې د اصیل پر ذمه لازم وو او اصیل د خپل دین په ورکړه ملزم گڼل کيږي.¹

د فقهاوو د پورتنیو نظریاتو په نظر کې نیولو سره، کفیل کله کولای شي د وجهي اخیستلو لپاره اصیل ته رجوع وکړي؟ په دې اړوند فقهاء په دې اند دي چې کفیل هغه وخت اصیل رجوع کولای شي چې د کفالت وجه یې اداء کړي وي او تر هغه وخته چې د کفالت وجه یې نه وي اداء کړې، نشي کولای اصیل ته رجوع وکړي.²

4- د دین کفالت د تړون ساحه

ایا د دین کفالت معلق په شرط جواز لري که نه؟ په دې هکله فقهاء مختلف نظریات لري، د احنافو په اند معلق شرطونه په دوو برخو ویشل شوي، د تړون سره ملایم (مناسب) شرطونه او د تړون سره غیر ملایم (نامناسب) شرطونه، که چیرته د دین کفالت تړون په داسې شرط سره وشي چې د نوموړي تړون سره ملایم (مناسب) وي، په هغه صورت کې د کفالت تړون سم دی او که چیرته نوموړی تړون په داسې شرط سره وشي چې د نوموړي تړون سره ملایم (مناسب) نه وي، په هغه صورت کې تړون سم نه دی.

دیادوني وړ ده چې د مناسبو او نا مناسبو شرطونو د ماهیت په هکله مختلف نظرونه وړاندې شوي، ځینې فقهاء مناسب شرطونه هغه شرطونه گڼي چې د تړون له مقتضی (غوښتنې) سره سمون ولري، که د تړون له غوښتنې سره سمون ونه لري، د تړون سره مناسب شرط نه گڼل کيږي، ځینې نور فقهاء په دې اند دي چې هغه شرطونه چې د تړون په وخت کې د کفیل لپاره گټور گڼل کيږي مناسب شرطونه او که د کفیل لپاره په کې کومه گټه نه لیدل کيږي، نا مناسب شرطونه بلل کيږي، په هر صورت د احنافو په اند د کفالت په تړون کې شروط باید د تړون سره مناسب وي.

د امام شافعي (رح) په اند د صحیح قول په بنسټ، د کفالت تړون معلق په شرط مطلقاً سم نه دی.

د امام شافعي (رح) دلیل دا دی چې د کفالت تړون د توثیقي تړونونو له ډلې څخه دی چې کفیل د اصیل ذمه پر غاړه اخلي او د نوموړي تړون معلق کول په شرط، د هغه ایفاء محتمله کوي او دا د تړون له مقتضی (غوښتنې) سره سمون نه لري.

¹ سابق، سید، مخکینی مرجع، ۳، ب، ۳۴۲ م.
² الزحیلی، وهبه، مخکینی مرجع، ۶، ب، ۲۶ م.

د احنافو دليل دا دی چې د کفالت ترون د نورو ترونو په څير، يو ترون دی، که په نورو ترونو کې تعلیق په شرط سم گڼل کيږي، نو په دې ترون کې هم بايد تعلیق سم وگڼل شي په دې شرط چې تعلیق د ترون د غوښتنې سره مناسب وي.

که چيرته د بل ترون په ضمن کې لکه د کفالت په نفس ترون کې، کفیل ووايي: که چيرته مي (معین شخص) په ټاکلي وخت حاضر نه کړ، هغه دين چې دهغه پر ذمه دی اداء کوم يې، په هغه صورت کې چې شخص حاضر نه کړي، آيا د دين په ورکړه مکلف گڼل کيږي که نه؟ په نوموړي صورت کې د شوافعو په اند په کفیل مال نه لازميږي، ولې د احنافو په اند کفیل مکلف دی، هغه څه اداء کړي چې تعهد يې کړی دی.¹

پورتنی اختلاف د هماغه قاعدې څخه سرچينه اخلي چې د احنافو په اند د کفالت ترون معلق په مناسب شرط سره سم دی ولې د شوافعو په اند د کفالت ترون مطلقاً معلق په شرط سره سم نه دی گڼل شوی چې نوموړي موضوع مخکې د دلايلو سره بيان شوه.

که چيرته ياد شوي بحث او اختلاف ته ځير شو، هغه نظريات چې د حنفي فقهاوو له خوا وړاندې شوي، د ترونو له ماهيت سره سمون لري، ځکه ټول ترونونه د دواړو لورو په رضایت او کامله آزادۍ سره تر سره کيدای شي او دواړه خواوې کولای شي د ترونو په څنگ کې شرطونه هم وضعه کړي، په دې شرط چې د ترون له مقتضی (غوښتنې) سره موافق وي، نو که چيرته د کفالت په ترون کې تعلیق په شرط په کامله توگه منع شي، له يوې خوا د ترون په يوه لور محدوديت وضعه کيږي چې دا د ترونو له مقتضی (غوښتنې) سره سمون نه لري او له بلې خوا د کفالت ترون هدف د اصیل سره مرسته ده، د تعلیق د شرطونو په منع سره خپله ترون محدوديږي، ځکه کيدای شي کفیل يې له شرط څخه کفالت ته حاضر نه شي چې پر دې سره اصیل د کفیل په نيولو نه توانيږي او هغې ته تاوان رسيږي، چې دا د کفالت ترون له روحيې سره مخالف گڼل کيږي.

5- په اصیل باندې د کفیل له لوري د دين د تأجيل تاثير

آيا د کفالت په ترون کې د کفیل له لوري د دين تأجيل د اصیل لپاره هم تأجيل کيږي که نه، همدارنگه د دې په عکس د اصیل له لوري د دين تأجيل د کفیل لپاره تأجيل گڼل کيږي که نه؟ په دې اړوند بايد لومړی يادونه وشي چې د کفالت ترون د مطلق اکثريت فقهاوو په اند په معجل او مؤجل ټول سم دی، د

¹ الزحيلي، وهبه، مخکينی مرجع، ٦، ١٠م.

يادوني ور موضوع دا ده چي د كفيل له لوري د دين تأجيل په اصيل او د اصيل له لوري د دين تأجيل په كفيل څه اثر لري، په دې اړوند فقهاء په دې اند دي چي كه چيرته د كفالت ترون د كفيل له لوري په مؤجل ډول ترسره شي، نوموړي تأجيل اصيل ته سرايت نه كوي، په دې مفهوم چي سره له دې چي كفيل د ترون پر بنسټ په مؤجله توگه د كفالت د وجهي په وركړه مكلف دي، اما مكفول له كولاى شي د هغې ترون پر بنسټ چي اصيل يې له امله مديون شوى اصيل ته د دين د اداء په موخه مراجعه وكړي، ولي كه چيرته اصيل ته د مكفول له لوري دين موجل وگرځي، او د كفالت په ترون كي د اداء نيټه نه وي ټاكل شوې، كفيل د هغه مهلت څخه چي اصيل ته وركول شوى گټه اخيستلاى شي، علت يې هم دا دي چي كفيل د دين په اداء كي د اصيل ځاى ناستى گڼل كيږي، له همدې امله هر امتياز چي اصيل ته وركول كيږي كفيل د هغه څخه برخمن گرځي، د دې پر عكس كه چيرته كفيل ته د دين په وركړه كي كوم امتياز وركول كيږي، له دې وجهي چي اصيل د كفيل ځاى ناستى نه گڼل كيږي، بلكه كفيل د اصيل د مرستي لپاره نو موړى ترون سرته رسولى، نوموړى امتياز اصيل ته نه وركول كيږي.¹

6- د مالى كفالت ترون د فسخي صلاحيت

د كفالت ترون څوك فسخه كولاى شي؟ په دې هكله فقهاء په دې اند دي چي يواځي مكفول له كولاى شي د كفالت ترون فسخه كړي سره له دې چي كفيل او اصيل د هغې په فسخه موافق نه وي، ولي اصيل او كفيل نشي كولاى نوموړى ترون فسخه كړي، علت يې هم دا دي چي د كفالت ترون د هغه يو اړخيزو تړونونو له ډلې څخه دي چي په فسخه سره يې يواځي مكفول له زيانمن كيږي او د ترون نور اړخونه (كفيل او اصيل) يواځي د دين د اداء دنده لري او ترون يواځي د هغه چا له خوا فسخه كيداى شي چي په ترون كي يې گټه او تاوان دواړه متصور وي او نوموړى ځاى په ياد شوي ترون كي يواځي مكفول له لري، دا چي كفيل او اصيل په نوموړي ترون كي څرگند نقش نه لري، د ترون په فسخه كي يې رضايت ضروري نه دي، كه چيرته د كفالت ترون د مكفول له لوري فسخه شي، د دين موضوع لومړني حالت (د كفالت څخه د مخه) ته ځي او مكفول له د دين د اداء په موخه يوازې اصيل ته مراجعه كوي، كفيل له مسؤوليت څخه نه خلاصيږي.²

¹ افندى، محمد علاوالدين، مخكيني مرجع، ۵، ټ، ۴۵۳ م.

² سابق، سيد، مخكيني مرجع، ۳، ټ، ۳۴۳ م.

7- په اصیل باندې د کفیل د برانت تاثیر

که چیرته د کفالت په ترون کې کفیل بری الذمه شي، آیا دهغه برانت په اصیل باندې تاثیر لري که نه، همدا رنگه که چیرته په نوموړي ترون کې اصیل بری الذمه شي آیا په کفیل باندې تاثیر لري که نه؟ په نوموړي صورت کې هغه فقهاء چې د کفالت ترون، په غوښتنه کې د یوې ذمې ضم (یو ځای کیدل) د بلې ذمې سره گڼي، که چیرته کفیل یې له دې چې د کفالت وجه اداء شي، بری الذمه وگڼل شي، اړینه نه ده چې د هغه برانت په کومه وجه وي، که د اصیل په ابراء وي او که په کوم بل علت، دهغه برانت نشي کولای اصیل بری الذمه وگرځوي، ولې د اصیل په برانت سره چې په هره وجه وي، کفیل بری الذمه گرځي، علت یې دا دی چې کفیل د اصیل ځای ناستی دی نو کله چې اصلي مدیون (اصیل) برانت حاصل کړي ځای ناستی (کفیل) یې هم ورسره بری الذمه گرځي، په عکس دا چې د کفالت په ترون کې یواځې د کفیل ذمه د اصیل له ذمې سره یوځای کیږي او اصیل د کفیل ځای ناستی نه گڼل کیږي، د کفیل په برانت سره اصیل نه بری الذمه کیږي.¹

د کفالت ترون اړوند دا پوښتنه هم مطرح کیږي چې آیا د کفالت په ترون سره اصیل بری الذمه کیږي که نه؟ په دې هکله فقهاء مختلف نظریات لري، جمهور فقهاء په دې اند دي چې د کفالت په ترون سره اصیل د مکفول له پر وړاندې بری الذمه نه گرځي، ځکه په نوموړي ترون کې د اصیل ذمه کفیل ته نه انتقالیږي، بلکه د کفیل ذمه د اصیل له ذمې سره یو ځای کیږي، او د ذمې د یو ځای کیدو سره مکفول له کولای شي د خپل دین د اخیستو لپاره هم کفیل او هم اصیل ته رجوع وکړي.

ابن ابی لیلی، ابن سرین، ابن شبرمه، ابو ثور، ظاهریه او امامیه په دې اند دي چې د کفالت په ترون سره د اصیل ذمه بري کیږي، ځکه د هغوی په اند د کفالت په ترون کې د حوالې په شان د اصیل ذمه کفیل ته انتقالیږي، اصل بحث په دې اړه د ترون ماهیت ته گرځي چې آیا د کفالت په ترون کې د تعهد عنصر، ضم (یو ځای کیدل) د ذمې دي او که د ذمې انتقال دی؟ که چیرته د تعهد عنصر د ذمې ضم (یو ځای کیدل) وگڼل شي، په دې صورت ښکاره ده چې د کفیل ذمه د اصیل له ذمې سره یو ځای کیږي او د ذمې پر یو ځای کیدو سره د اصیل ذمه نه بري کیږي، ولې که چیرته په نوموړي ترون کې د تعهد عنصر انتقال وگڼل شي، بیا ښکاره ده چې د کفالت په ترون سره د اصیل ذمه بري کیږي.

¹ الموصلي، عبدالله، مخکینی مرجع، ۲، ب، ۱۸۷ م.

د ابن ابی لیلی، ابن سرین، ابن شبرمه، ابو ثور، ظاهريه او اماميه فقهاوو دليل د ابی قتاده (رض) د ضمان قصه ده چې د یوه میت څخه یې د دوو دینارو ضمانت وکړ، رسول کریم (ص) ورته وفرمایل: «الله (ج) دې درته نیکه بدله درکړي او ستا غاړه دې درته خلاصه کړي، لکه څرنګه دې چې د خپل ورور غاړه خلاصه کړه». دوی استدلال کوي چې د رسول کریم (ص) د یاد شوي حدیث شریف څخه په وضاحت څرګندېږي چې قتاده (رض) د میت ذمه خپلې ذمې ته انتقال کړه، که نه رسول کریم (ص) د هغه میت جنازه نه اداء کوله.

جمهور فقهاء بیا په دې اړوند څو دلایل بیانوي:

1- د رسول کریم (ص) قول چې فرمایي: «د مؤمن نفس د هغه په دین پورې معلق دی، تر هغه وخته چې هغه اداء کړي». د مبارک حدیث څخه په وضاحت څرګندېږي چې د مدیون ذمه یواځې د دین په اداء بری کیدای شي او دکفالت په تړون کې کفیل یوازې د داین (مکفول له) د اطمینان او دا چې اصل هغه مهال نشو کولای د مکفول له دین اداء کړي، د کفالت تړون کوي، نو څرنګه کیدای شي چې د اصل ذمه یې له دې چې دین اداء کړي بري وګرځي.

2- جمهور فقهاء د قتاده (رض) د قصې په بله برخه استدلال کوي، چې کله د میت دین اداء شو، رسول کریم (ص) و فرمایل: «اوس یې ځای سور شو». د مبارک حدیث د دې برخې څخه څرګندېږي چې د قتاده (رض) له خوا د میت د دین په کفالت سره د میت ذمه نه وه بري شوې تر څو چې د هغه دین نه وو ادا شوی، او جمهور فقهاء د هغو فقهاوو په ځواب کې چې د کفالت په تړون کې د ذمې په انتقال قایل دي وایي: چې د رسول کریم (ص) له خوا د جنازې اداء د دې لپاره وه چې هغه (ص) مطمئن شو چې د میت دین اداء کېږي او دا هیڅکله د ذمې د انتقال په معنا نه دی.

3- د جمهورو فقهاوو بل دلیل دا دی چې د کفالت لغوي معنا د ضم (یوځای کیدو) په معنا ده، چې په نوموړي تړون کې د کفیل ذمه د اصل له ذمې سره یو ځای کېږي او د کفالت او حوالې تړونونو تر منځ همدا توپیر دی، که چیرته د کفالت په تړون کې د ذمې انتقال راشي، د کفالت تړون مفهوم به د حوالې سره یو شان وي، بیا به ضرورت نه وي چې دا رنګه تړون په دوو نومونو یاد کړو.¹ که چیرته د کفالت تړون مفهوم ته خیر شو، د کفالت تړون اړوند د جمهورو فقهاوو نظر د کفالت له لفظ او د ورځنیو معاملو او د اشخاصو د ستونزو د حل سره سمون لري، ځکه د کفالت لغوي معنا ضم (یوځای کیدل) ده او د کفالت د هغه تعریف چې په غوښتنه کې د ذمې یو ځای کیدل له بلې ذمې سره ګڼل شوی

¹ البایرتي، محمد، مخکینی مرجع، ۱۰ ت، ۷۶ م، الزحيلي، وهبه، مخکینی مرجع، ۶ ت، ۲۴-۲۵ م.

موافق او د کفالي او حوالې تړونونو تر مینځ تفاوت ښه جوتیږي، که چیرته د کفالت تړون د یوې ذمې انتقال بلې ذمې ته وگڼو، د کفالي او حوالې تړونونو تر مینځ تفاوت ستونزمن کیږي، او له بلې خوا دا چې د کفالت تړون د تعهدي تړونونو له بلې څخه دی، که چیرته په نوموړي تړون کې د اصیل ذمه کفیل ته انتقال شي، هیڅوک به نوموړي تړون ته د کفیل په توگه حاضر نشي، ځکه په نوموړي تړون کې کفیل خپله شتمني له لاسه ورکوي چې دا دیوې عادي مرستې څخه لوړ کار دی، له همدې امله د جمهورو فقهاوو نظر په دې اړوند موزون ښکاري.

امدادالله پاکنهاد غیاثی

تدابیر امنیتی اقتصادی و اجتماعی جرم از منظر قوانین جزائی افغانستان (3)

فهرست:

4-2. عوامل اجتماعی 95

- 1-2-4 عوامل محیطی 97
2-2-4 عوامل اقتصادی 97
1-2-2-4 ایجاد و مساعد ساختن زمینه کار 98
2-2-2-4 افزایش تولیدات کشاورزی به دو طریق صورت میگیرد: 100
3-2-2-4 مساعی در امر بلند بردن سطح تولید و رفاه عامه 106

2-4. عوامل اجتماعی

عوامل بوجود آورنده انحراف و کجروی در جوامع مختلف یکسان نیست و مناطق از نظر نوع جرم، شدت و ضعف، تعداد، و نیز از نظر عوامل متفاوت اند. این تفاوت ها را میتوان در شهرها، روستاها و حتی در مناطق مختلف و محله های یک شهر مشاهده کرد. در هر جامعه و محیطی سلسله عواملی همچون شرایط جغرافیایی، اقلیمی، وضعیت اجتماعی، اقتصادی، موقعیت خانوادگی، تربیتی، شغلی و طرز فکر و نگرش خاصی حاکم است که هر یک از این ها در حسن رفتار و یا بدرفتاری افراد مؤثر است.

شهرنشینی لجام گسیخته، گسترش حاشیه نشینی و فقر، اتلاف منابع و انرژی را به دنبال دارد. حاشیه نشینی در شهرها، با جرم رابطه مستقیم دارد. تنوع و تجمل، اختلاف فاحش طبقات اجتماعی ساکن شهرهای بزرگ، تورّم و گرانی هزینه های زندگی، موجب می شود تا افراد غیر کارآمد که درآمدشان زندگی ایشان را کفاف نمی دهد، برای تأمین نیازهای خود، دست به هر کاری هر چند غیر قانونی بزنند. از دیگر عوامل محیطی جرم، میتوان فقر، بیکاری، تورّم و شرایط بد اقتصادی نام برد که بر همه احاد جامعه، اقشار، گروه ها و نهادها تأثیر گذاشته و آنان را تحت تأثیر قرار می دهد. (ستوده 1379، 14 و 15)

در پیدایش انحرافات اجتماعی و رفتارهای نابهنجار و آسیب زا عوامل متعددی به عنوان عوامل پیدایش و زمینه ساز می تواند مؤثر باشد:

عوامل فردی: جنس، سن، وضعیت ظاهری و قیافه، ضعف و قدرت، بیماری، عامل ژنتیک و....

عوامل روانی: حساسیت، نفرت، ترس و وحشت، اضطراب، کم هوشی، خیال پردازی، قدرت طلبی، کم رویی، پرخاشگری، حسادت، بیماری های روانی و....

عوامل محیطی: اوضاع و شرایط اقلیمی، شهر و روستا، کوچه و خیابان، گرما و سرما و....

عوامل اجتماعی: خانواده، طلاق، فقر، فرهنگ، اقتصاد، بیکاری، شغل، رسانه ها، مهاجرت، جمعیت و.

از آنجا که ممکن است در پیدایش هر رفتاری، عوامل فوق و یا حتی عوامل دیگری نیز مؤثر باشد، از این رو، نمی توان به یکباره فرد بزهکار را به عنوان علت العلل در جامعه مقصر شناخت و سایر عوامل را نادیده گرفت.

اگر فرد، هر چند برای سرگرمی و تنوع و تفریح دست به ارتکاب جرم بزند، این کار وی کم کم زمینه ای خواهد بود تا به سمت و سوی ارتکاب جرم سوق یابد. دلیل عمده این کار، چگونگی شروع به انجام عمل بزهکارانه و کشیده شدن فرد به این راه است. افراد مجرم افرادی هستند که همه زمینه ها و شرایط لازم برای انحراف در آنان وجود دارد. مهم ترین عامل در انحراف افراد و ارتکاب عمل نابهنجار، فردی است که موجب سوق یافتن وی به سمت بزهکاری میشود. چرا که فردی که میخواهد اولین بار دست به بزهکاری بزند، نیازمند فردی است که او را راهنمایی کرده و به این سمت هدایت نماید.

دومین عامل، امکانات و شرایطی است که فرد در اختیار دارد و زمینه ارتکاب وی را برای اعمال خلاف اجتماع فراهم می آورد.

فقر در خانواده، عدم تأمین نیازهای اساسی خانواده، دوستان ناباب، محیط آلوده و... نیز از عوامل روی آوری فرد به ارتکاب جرم است.

در عین حال، به طور مشخص می توان عوامل عمده زیر را به عنوان بسترها و زمینه های پیدایش انحرافات اجتماعی و یا هر رفتار نابهنجار نام برد عواملی که نقش بسیار تعیین کننده ای در پیدایی هر رفتاری، اعم از به هنجار و یا نابهنجار، ایفا می کنند. در عین حال، مهمترین عامل یعنی خود فرد نیز نقشی تعیین کننده ای در این زمینه بازی می کند.

اجمالاً، علل و عوامل پیدایش آسیب های اجتماعی، به ویژه در میان نوجوانان و جوانان را می توان به سه دسته عمده تقسیم نمود:

1. عوامل معطوف به شخصیت؛

2. عوامل فردی؛

3. عوامل اجتماعی.

بناءً عوامل اجتماعی جرم را در سه محیط اجتماعی، اقتصادی و سیاسی می توان مورد بررسی قرار داد. اولین محیطی که فرد را بر مجرمیت سوق می دهد و سرمنشأ ای تمام بدبختی ها است همانا محیط اجتماعی و یا محیط خانواده است که در اینجا صرف بخاطر جلوگیری از طوال بحث به عوامل محیطی و عوامل اقتصادی اش می پردازم. (ستوده 1379، 14 و 15).

1-2-4 عوامل محیطی

محیط خانواده محیطی است که فرد در آنجا به دنیا آمده و به حیات اش ادامه میدهد.

محققان بر این عقیده اند که فرد تحت تأثیر شدید والدین و دیگر اعضای خانواده اش قرار میگیرد و به همین دلیل وضع خانوادگی او در بروز رفتارهای خطرناک و ارتکاب جرایم رابطه مستقیم دارد. این تأثیر بر شکل گیری شخصیت و منش افراد و در نتیجه رفتارهای آتی آنان مورد توجه بیشتر متفکران بوده است. یکی از نویسندگان بنام دوگرف در این باره می نویسد اثرات سال های عمر بر روی تکوین و تحول آتی شخصیت افراد بسیار بدیهی بوده و اگر خانواده به وظایف تربیتی عمل نماید محیط جوی عاطفی دوستی و محبت حاکم باشد، در نهایت اگر تمام نیازهای طبیعی تامین گردد. طفل به راحتی اجتماعی شده و همچنین در روابط خانوادگی و خارج از آن رفتارهای طبیعی و معتدل خواهد داشت، اما اگر شرایط و موقعیت به صورت دیگر باشد یعنی خانواده از نظر تربیتی دچار نقیصه شده و اگر طفل از کمبود شدید عاطفی رنج ببرد و با والدین از هم جدا شده باشند، بدیهی است نتایج ضرر بار آن دیر یا زود در طفل مشاهده خواهد شد. خانواده نقش تعیین کننده و قاطعی در انگیزه شناسی ارتکاب جرم جوانان ایفا می نماید. (قاضی زاده 1394، 13)

2-2-4 عوامل اقتصادی

طوریکه کشور های توسعه نیافته دارای وجه مشترک از نقطه نظر قلت و درآمد واقعی میباشند لهذا با ممالک توسعه یافته مانند کشور های امریکای شمالی، اروپای غربی و استرالیا، غیر قابل مقایسه هستند. تا جائیکه مطالعه و تحقیق در زمینه صورت گرفته در کشور های توسعه نیافته فنون و روش های تولید (تکنالوژی) پیشرفت قابل توجهی نکرده و هنوز هم در قسمتی از فعالیت های اقتصادی جامعه تابع اقتصاد معیشتی است که از جمله میتوان کلیه کشور های آسیایی (به استثنای جاپان در سالهای اخیر) امریکای جنوبی (به استثنای آرژانتین) کشورهای امریکایی و بعضی از ممالک خاوری و جنوبی اروپا را برشمرد کشورهای در حال توسعه تقریباً دو ثلث جمعیت دنیا را تشکیل میدهند و این کشور ها دارای مشخصات مشابه باهم نیستند. به همین ترتیب کلیه کشورهای توسعه یافته و توسعه نیافته از نقطه نظر موقعیت جغرافیایی، میزان ثروت، درجه رشد اقتصادی و پیشرفت فنی در سطح واحدی قرار ندارند. و از این رو سطح جرایم در کشورهای رشد نیافته در سطح بلندی قرار دارد. (ابونوری 1386، صص 139)

درآمد سالانه در اغلب کشور های توسعه نیافته کمتر از درآمد ممالک توسعه یافته است از طرف دیگر عدم تساوی توزیع درآمد در کشور های توسعه نیافته شدیدتر و موانع اجتماعی و سیاسی آنها عمیق تر است بدون شک میتوان گفت که رشد تکنیک و صنعت ممالک توسعه یافته تأثیراتی در تسهیل و تشریح رشد کشور های توسعه نیافته دارد زیرا کشور های توسعه یافته از طریق مبادلات تجارتي، سرمایه گذاری مستقیم، کمک های بلاعوض و طرق مختلف دیگر میتوانند در رشد اقتصادی کشور های توسعه نیافته تأثیرات مثبت گذارند. کشور های عقب مانده باید از روش های اجتماعی، فرهنگی و استعداد نیروها مساعی لازم را به خرج دهند تا از امنیت و رفاه اجتماعی تا حد ممکن مستفید گردند و جلو جرایم را از این طریق گرفته باشند.

برای دولت منحیث یک قدرت عالیه ضرورت است تا برای عمران جامعه و مساعد ساختن شرایط بهتر زیست اجتماعی تدابیر اقتصادی را اتخاذ نماید که عملاً ضرورت مبهم جامعه ذریعه آن تدابیر مرفوع گردد. بطور مثال برای اراضی ای که فاقد آب است، احداث انهار حفر چاه ها و برای اهالی شهر ها و دهات که از نقطه خطوط مواصلاتی دچار مشکلات میباشد، احداث خطوط مواصلاتی و صدها مشکلات دیگر از این قبیل ایجاب تدابیر لازم اقتصادی را مینماید. صورت همچو تدابیر نه تنها در شکوفایی جامعه از نظر اقتصادی به توام رسانیدن دولت خالی از تأثیرات مثبت نیست بلکه افراد جامعه را به کار و میدارد. و این امر باعث جلوگیری از جرم در جامعه میگردد به دلیل اینکه فقر و بیکاری زاده اقتصاد ضعیف جامعه بوده و لهذا اشخاص بیکار و فقیر متمایل به ارتکاب جرم گشته و از این رو بصورت غیر مشروع نیازمندی های معیشتی شانرا مرفوع میدارند این امر باعث ارتکاب جرایم در یک سطح بالا در کشور های ضعیف و فقیر میگردد. (ابونوری 1386، صص 139)

1-2-2-4 ایجاد و مساعد ساختن زمینه کار

در کشور های عقب مانده میتوان از منابع طبیعی، کشت زمین های بی آب، تربیه درست و سالم از مواشی استفاده کرد. از نیروهای انسانی برای بلند بردن سطح تولید و زندگی نسبتاً خوب و آرام استفاده کرد ایجاد و مساعد ساختن همچو زمینه ها از جمله تلاش های پیگیر کارکرد دولتهای کشور های عقب مانده میباشد. مساعد ساختن همچو شرایط از یک طرف برای افراد کشور های مذکور زمینه کار را مساعد میسازد و از طرف دیگر دولت میتواند نیازمندی های مربوط و منوط خویش را از طریق فرآورده های تولیدی مرفوع سازد. مساعد ساختن زمینه کار باعث مصروفیت و اشتغال افراد جامعه می شود و لهذا

ارتکاب جرایم تقلیل مییابد بدلیل اینکه فقر و بیکاری در جامعه موجب از دیاد جرایم میگردد. (فیروزی 1380، 92)

استفاده از منابع طبیعی در این کشورها از بیکاری میکاهد زیرا زمینه برای فعالیت نیروی انسانی مساعد میگردد. همچنان توجه امور اجتماعی به خصوص تعلیم و تربیه و بلند بردن سطح فرهنگ افراد جامعه باعث افزایش مهارت، تخصص کافی و تحرک در افراد میشود که در امر تولید اثر بخش خواهد بود. بنابراین مساعد شدن زمینه کار بلند رفتن سطح فرهنگ افراد و بهره بردن اثر بخش از تولید، جلو جرایم را گرفته سبب امنیت ثبات و رفاه در جامعه میگردد. در بخش زراعت و مویشی دولت وظیفه دارد تا زمین های لامزروع را از طریق احداث انهار، چاه ها و خطوط مواصلاتی قابل استفاده سازد و در قسمت تربیه بهتر مویشی بذل، مساعی به خرچ دهد. در مناطقی که حیوانات از قبیل گوسفند، گاو و غیره تربیه میشود باید وترنرهای ورزیده را در این مناطق بگمارند و زمینه کار و فعالیت بهتر را برای این افراد فراهم سازند تا از گوشت و پوست حیوانات مذکور بهره برداری درست صورت گیرد. چنانچه در بعضی از کشور های عقب مانده مانند افغانستان از پشم حیوانات به خصوص گوسفند در صنعت قالین استفاده میگردد. بهره برداری درست از مویشی و زراعت ضرورت جامعه را نسبتاً تقلیل داده، زمینه کار را توسعه می بخشد و از بیکاری تا حدی جلوگیری مینماید. در نهایت افراد جامعه موقع پیدا نمیکنند که دست به ارتکاب جرم بزنند. (فیروزی 1380، 92)

در امر توسعه کشاورزی قدرت تولیدی زمین را به دو طریق اندازه میگیرند: یکی از طریق تولید نسبی (نسبت بین مساحت زمین و مقدار باردهی) یعنی مقدار محصول که از یک جریب یا هکتار زمین (واحد سطح) بدست مییابد. دیگری طریقه تولید ویژه که طبق آن مقایسه حاصل خیزی در قطعه زمین بر حسب مقدار محصول آمد و در صورتیکه سایر عوامل را ثابت فرض نمائیم و یا اینکه در محاسبه به نحوی اختلافات در نوع و مقدار عوامل نامبرده را منظور داریم به عمل می آمد.

واضح است قدرت تولیدی در قطعه زمینی که باهم مساوی است از لحاظ کود کیمیایی، حرارت رطوبت، روشنایی، طریقه کشت و غیره، تغییر مینماید. بطور مثال مقدار گندمی که در یک جریب زمین دنمارک به دست می آمد سه برابر برداشت همان مقدار زمین در امریکا است و یکی از دلایل آن تعداد بیشتر کارگرانی است که برای این منظور در دنمارک از آنها استفاده صورت میگیرد. زمینه سازی اشتغال افراد به کار از جمله تدابیر جلوگیری از جرم نیز

محسوب می‌گردد با آنکه موجب ازدیاد تولید می‌شود ، سبب رفاه و آسایش در جامعه نیز تلقی می‌گردد.

به هر صورت هر کشوری که دارای حداقل منابع طبیعی است باید بهره برداری مناسب از آن نموده و از طریق تجهیز نیروی انسانی و به کار انداختن سرمایه و استفاده از تغییرات فنی و روش های جدید ، استفاده از آن، نماید تا بتوان به ثبات، رفاه، امنیت و آسایش در جامعه نایل شد، زیرا که امنیت ، ثبات ، رفاه و آسایش جرایم را کاهش می‌دهد. (اقتداری 1354، 53)

2-2-4 افزایش تولیدات کشاورزی به دو طریق صورت می‌گیرد:

اولاً : از طریق بالابردن میزان محصول در واحد سطح زمین و ثانیاً افزایش محصول از طریق توسعه زمین های قابل کشت یعنی مستعد نمودن یک قسمت اراضی ای که در آن زراعت نمی‌شود.

افزایش محصول جریبانه زمین مستلزم اصلاحات فنی در شیوه زراعت، ازدیاد باردهی، قدرت تولیدی کارگران و کشاورزان از طریق آموزش فنی، استعمال ماشین آلات، ابزار جدید، اصلاحات کشاورز مالکیت اراضی مزروعی و تثبیت حقوق کشاورزان است دست مزد کافی سبب دلگرمی کارگران و کشاورزان می‌شود و ادامه این حالت تأثیرات بر ثبات و استقرار امنیت جامعه دارد.

توسعه مقدار اراضی قابل کشت از طریق اجرای طرح های آبیاری و خشک کردن اراضی سواحل بحر و باتلاقی امکان پذیر است. اجرای همچو طرح در ازدیاد ظرفیت تولید کشاورزی ممالک موثر می‌باشد و برای عده ی از بیکاران نیز زمینه کار مساعد می‌گردد و همچنان از طرح های مذکور بخاطر جلوگیری از سیل و ایجاد نیروی برق نیز مشترکاً استفاده لازم صورت می‌گیرد. زیرا برای توسعه منابع طبیعی اجرای طرح مذکور اهمیت زیادی دارد چنانچه در هندوستان اجرای سه طرح (بند جلوگیری از سیل، ذخیره آب، ایجاد نیروی برق) در مورد اراضی قابل کشت از (1956) الی (1957) متجاوز از 6 میلیون جریب افزایش یافت که اراضی مذکور از بند آب آبیاری می‌شد. بلند رفتن تولیدات بالاخص تولیدات مورد نیاز جامعه ضرورت افراد را مرفوع ساخته و سبب کاهش جرم می‌گردد. زیرا که قلت مواد مصرفی باعث مشکلات جدید افراد می‌شود. ضرورت رفع معیشت باعث ازدیاد جرایم می‌گردد.

پیدایش و گسترش مالکیت ملی دولتی ، تدابیر رشد صنایع و دگرگونی در کشاورزی که هدفش افزایش تولید و بالا بردن درآمد مردم روستاها است. سیاستش که هدفش تغییر در روابط و مناسبات اقتصادی خارجی و سازمان دادن به سیستم ملی آموزشی و پرورش کادر های ماهر و دگرگونی های اجتماعی، اقتصادی دیگر تدابیری است که زمینه کار و فعالیت انسانی را مساعد می‌سازد و

از ارتکاب جرایم به صورت غیر مستقیم جلوگیری بعمل می آید. (فیروزی 1380، 93)

برای سودمندی اقتصادی در بهینه اقتصاد کشور خالی از مفیدیت نخواهد بود تا از سرمایه بیگانه در امر تولید داخل کشور بصورت مشارکت کار گرفت و تا اندازه ای تدابیر باز دارنده را درمورد سرمایه بیگانه و رفع همگانی اقتصاد کشور در نظر داشت. چنانچه تولیدات رسانی در مورد چنین ابراز نظر مینماید:

معیار بسیار مهم همانا کمتری خود مختاری سرمایه بیگانه در اقتصاد کشور ، بزرگترین کنترل بر آن ، پراگنده گی آن و پیشگیری از تمرکز اقتصادی و سیاسی این سرمایه بیش از مزد مشخص است. (رس ای 1358 ، 180)

واضح است که سرمایه بیگانه عبارت از وام است که با شرایط سودمند، پرداخته میشود ولی جانب احتیاط را باید ملحوظ نظر داشت تا خودمختاری سرمایه بیگانه را به وجه کمتری رعایت کرد. زیرا مرکز اقتصادی و سیاسی سرمایه بیگانه موجب سقوط استقلال و آزادی کشور میگردد. و حتی امنیت جامعه را خدشه دار میسازد.

کشورهای در حال رشد از کمپنی های بیگانه تقاضا می نمایند که کادر های علمی را برای کار های مهندسی اداری ترتیب کنند و از آنان کار بگیرند. بعد از فراغت تحصیل لازم دولت باید در امر نحوه تولید و بلند بردن سطح تولید و نیروی کار مورد نیاز از این اشخاص در کادر های فنی و تخصصی مربوط استفاده کنند تا به این ترتیب نیازمندی های داخل کشور مرفوع گردد و یا گونه ای از سرمایه بیگانه در امر صنایع تولیدی و وسایل تولیدی در داخل استفاده شود تا نیازمندی های جامعه برطرف گردد. سعی و تلاش در رفع نیازمندی های جامعه عاجی است که از ارتکاب جرایم جلوگیری مینماید. (رس ای 1358 ، 180)

شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد ماه می (1964) که از نیویارک تصویب گردید مختصری از پیشرفت صنعتی را چنین مطرح ساخت:

صنعتی شدن، روند رشد اقتصادی که از نگاه فنی ، امروز نمایانگر بخش پر تحرک تبدیلی است و دارای وسایل تولید و تولید کننده و وسایل تولید و کالا های مصرفی است که میتواند توسعه بلندی را برای همه اقتصاد و نیز دستیابی بر پیشرفت اقتصادی و فنی را فراهم سازد.

رشد صنعتی تناسب تازه ای در اقتصاد (میان کشاورزی و صنایع) پدید می آورد که کلیه رشد همه اقتصاد است که البته کشور های نو رشد مانند هند، مصر، برازیل و بعضی کشور های دیگر میتوانند به کار ساختمان صنایع

سنگینی اقدام نمایند. رشد صنعت زمینه کار و فعالیت را فراهم ساخته و از اشخاص بیکار کاسته و سبب تقلیل ارتکاب جرایم در جامعه پنداشته میشود. در عمل روند صنعتی شدن، کشورهای در حال رشد با دشواری ها و تضاد های بزرگ مقابل میشود که یکی از علل مهم ناتوانی زیربنا وزیر ساخت تولیدی است مانند کمبود وسایل ارتباط و مخابرات نبودن برق در اطراف واکناف شهر هاو دهات نبودن آب برای زمین های لامزروع وغیره.

و یا اینکه هزینه هنگفتی که صرف ساختمان مراکز پیچیده و گرانبهای تولیدی شود و همه ای انباشت های استفاده نشده را در خود مدغم سازد، نیز بر مشکل دولت های کم رشد می افزاید. علی الخصوص دشواری دیگر در چرخاندن وسایل سنگین صنعتی از ناحیه کمبود بزرگ کادر های ماهر پائین بودن سطح فرهنگ مردم، آداب و رسوم بیشمار، نظام عشیره ای وغیره بروز نماید. بنا نتیجه چنین میشود که همچو صنعتی شدن از انباشت میکاهد و بس نبودن ذخیره های مادی یا مالی موجب از همپاشی نظام در مجموع میگردد.

اغلب کشورهای عقب مانده سرشار از معادن قلعی، طلا، المونیم، مس، نیترات، منگیز، الماس، نفت، ذغال سنگ و سنگهای قیمتی مانند لاجورد، زمرد، لعل وغیره میباشد که در بسیاری از این کشورها دست نخورده باقی مانده است مانند افغانستان و امثالهم. همچنان امرار معاش این کشورها از طریق کشاورزی و مواشی تامین میشود که سطح تولید بخصوص در بخش زراعت و مواشی بصورت بطی ادامه دارد. در این کشورها مواد معدنی کمتر در صنایع داخلی بکار میرود. بیشتر صادر میشود. عدم توانمندی استخراج معادن (مواد معدنی) قیم بلند کالاهای وارداتی و قلیل بودن پشتوانه اقتصادی در این کشورها بر ثبات امنیت و رفاه اجتماعی تاثیرات نامطلوب گذاشته ومشکلاتی را در مورد جلوگیری از جرایم بوجود آورده است. چنانچه در این ارتباط دوکتور علی محمد اقتداری چنین میگوید:

بیشتر تولید مادی معمول است که محتاج به کار زیاد و یا زمین فراوان میباشد. چون اقتصاد کشورهای توسعه نیافته اغلب شکی به فرآورده های کشاورزی است از اینرو زمین ونحوه مالکیت اراضی کشاورزی در این کشورها اهمیت خاصی دارد.(اقتداری 1384، 24)

میزان تولید کشاورزی در این کشورها کم است. تولید سرانه محصولات کشاورزی در امریکای شمالی و شمال غربی اروپا پنج تا بیست برابر سرانه زراعتی در خاور میانه وکشورهای امریکای جنوبی است. به عباره دیگر محصول هر جریب زمین در ممالک اخیر با کشورهای توسعه یافته غیر قابل مقایسه میباشد.

علت عدم رشد سطح تولید کشاورزی در کشورهای توسعه نیافته عبارت اند از:
1- عدم تناسب یعنی مقدار زمین و تعداد کارگران کشاورز در اکثر این کشورها عدد کشاورزان تناسب با وسعت اراضی قابل کشت نداشته و در اثر تراکم جمعیت در مزارع، تولید سرانه طبق اصل بهره متناسب، تقلیل یافته است.

2- عدم بهره برداری مناسب از اراضی کشاورزی در اثر کاربرد روش های بدوی و عدم آشنایی کشاورزان با شیوه های بهتر تولید و همچنین در نتیجه نداشتن سرمایه کافی و نقض سازمان و اداره امور تولیدی، اراضی کشاورزی بهره برداری مناسب بعمل نمی آید.

3- نقض در نحوه مالکیت اراضی: نحوه مالکیت اراضی مزروعی در اکثر این کشورها با بهره برداری مطلوب سازگار نیست. یکی از علل اساسی قلت تولید، فقدان محرک موثر برای بهبود کشت و بالا بردن سطح محصول است. در بعضی از این کشورها همچنان سیستم اجاره معمول است، کشاورز مالک زمین نیست. در بعضی ازین ممالک تقسیم اراضی به قطعات کوچک و مشکلاتی که این امر در کشت و آبیاری زمین ایجاد میکند باعث تقلیل میزان محصولات کشاورزی گردیده است. از منابع طبیعی این کشورها بهره برداری کامل صورت نمیگیرد. عقب مانده گی کشورهای مذکور از اثر قلت منابع طبیعی نبوده بلکه استفاده مناسب از منابع طبیعی در این کشورها صورت نگرفته است. زیرا این امر بستگی به درجه پیشرفت تکنالوژی، امکانات سرمایه گذاری اطلاعات فنی، چگونگی تقاضا و عوامل دیگر دارد. تحقیقات و مطالعات مختلف در باره منابع طبیعی این کشورها نشان دهنده آن است که از اراضی قابل کشت معادن و ذخایر آبی این مناطق استفاده کامل نمیشود.

بازدهی و محصول کار مردم بیشتر کشورهای توسعه نیافته کم است نرخ و دستمزدها ناچیز است زیرا زمینه کار کم است، عدم تخصص در حرفه و مشاغل، جهل و نادانی در باره امور اقتصادی، فرهنگ، عقاید و سنتهای اجتماعی مغایر با فعالیت های اقتصادی از خصوصیات مردم اغلب این کشورها محسوب میشود. عوامل دیگری را نیز باید برشمرد که عبارت از کمی قدرت تولیدی کارگران مناطق توسعه نیافته، بدی وضع تغذیه، عدم رعایت بهداشت فقدان تعلیم و کارآموزی، عدم تحرک حرفه ای و بالاخره نداشتن ارزش اجتماعی کار است. از مقدار کالوری غذایی روزانه که سکنه کشورهای مختلف مصرف میکنند، به خوبی میتوان به کمبود غذایی و بدی وضع تغذیه اغلب مردم این کشورها پی برد. شیوع بیماری های واگیری نداشتن پزشک و وسایل درمان به اندازه کافی در امر پائین بودن سطح تولید کارگران موثر میباشد. بی

سوادى نیز در این مناطق مانع فراگیرى فنون جدید کارگران گردیده که مجبور اند به انجام خدمات مختلف بپردازند. تحرک کارگران بین حرفه هاى مختلف با سهولت امکان پذیر نیست. بعضى مردم این کشورها اشتغال به کارهاى بدنى را مخالف حیثیت اجتماعى خود میدانند. بطور مثال در بسيارى از کشور هاى خاور نزدیک و پاره اى از کشور هاى امریکای جنوبى هرگاه شخصى موفق به ادامه تحصیلات عالى بالاخص در خارج گردد. براى او نهايت مشکل میشود که شغل سابقه خود و یا هر کارى که او را از محیط تمیز اداره دور سازد، اشتغال ورزد. مطلب اینکه اقتصاد امروز بر پایه تخصص و تقسیم کار استوار است و رعایت این اصول مستلزم آن است که بین طراحان برنامه هاى اقتصادى که در راس آنها سازمانهاى صنعتى قرار دارند و عده کثیری کارگر (به تعداد کافى اسناد کار، سرپرست، کارکنان فنى و مدیران) رابطه اى وجود داشته باشد و افراد بتوانند به نحوى با یکدیگر همکاری نمایند که با تأسف همچو کارى در این کشورها کمتر وجود دارد. فاصله بین کارفرما و کارگر باعث ایجاد عقده و دلسردى در کار میشود. و روند تولید بصورت بطنى پیش میرود و ممکن کیفیت تولید به گونه اى که انتظار میرود قناعت بخش نباشد.

کمبود سرمایه و اتکا به داد و ستد خارجى نیز از جمله عوامل رکود اقتصادى، سیاسى این کشورها محسوب میگردد. در این کشورها جرایم در سطح بالا قرار گرفته که ناشى از عوامل عقب مانده گى میباشد که تا حد لازم توضیحات ارائه شد. (اقتدارى 1384، 24)

در جهان سوم حرکت زیر بنایى این کشورها تمامی نهاد هاى اقتصادى در حال رشد و یا در حال انحلال تحت تاثیر عوامل درونى و بیرونى (فشار انحصارات خارجى) قرار میگیرد و بسيارى از انسانها را که فاقد وسایل تولید شده اند از خود طرد مینماید. انسان هاى که از محیط تفاوت خود رانده شده اند میتوانند به سهولت و سرعت جذب محیط دیگرى شوند، این حالت براى عده زیادى از افسانه هاى بیکارى، سکون و فقر را بارآورده و این امر از جمله خصلت ویژه کشور هاى جهان سوم میباشد از اینجا میتوان علت ارتکاب جرایم را دریافت و علیه بیکارى سکون و فقر مبارزه کرد تا امنیت مستقر و افراد جامعه با اطمینان کامل به فعالیت هاى روزمره خود بپردازند.

از جمله کشور هاى جهان سوم را که پایه رشد گذاشته اند الکسى لفکفسکى چنین معرفى میدارد:

تنها در کشورهای که تا حدودی از لحاظ اقتصادی پیشرفته اند نظیر مصر، الجزایر و برخی دیگر از کشورها اکنون قشر بسیار کوچک روشن فکران علمی تکنیکی پدید آمده است. (لفکفسکی 1360، 42)

علاوۀاً به عقیده موصوف روشن فکران کشورهای توسعه که به نسبت شرایط عینی جامعه خود، دارای خصلت های کوچک نظام سرمایه داری هستند در عین حال معمولاً به دو چند تقسیم شده و در جریان های سیاسی که طیف گوناگون دارد شرکت میجویند و نماینده گان آنها اغلب از اردوگاهی به اردوگاه سیاسی دیگر کوچ کرده و یا به اصطلاح مهاجرت میکنند. روشن فکران این کشورها عملاً هسته رهبری تمام احزاب سیاسی و دیگر سازمانهای اجتماعی را تشکیل میدهند.

علت کوچ کردن نماینده گان یک حزب به حزب دیگر نمایانگر عدم ثبات و استقرار فکری و سیاسی بوده که بدبختانه این روش عملاً به مشاهده رسیده است و تکالیف افراد حزبی زیادتیر و جریان های مختلف درد سرهای را بوجود آورده است (اختلافات امنیتی).

شرایطی که در امر صنعتی شدن کشورهای در حال رشد و میزان توسعه که همخوان با مصالح ریشه گی ملی آنهاست، کمک برساند عبارت اند از:

اولاً: بهره گیری از امکانات پیشرفته علمی و فنی

ثانیاً: همکاری اقتصادی منطقه ای کشورهای در حال رشد

ثالثاً: همکاری و مشارکت فعالانه دولت ملی در روند صنعتی شدن.

بکار بردن وسایل مدرن تولید به کادر های تحصیلی و فنی نیازمند است همان قدر که هزینه مورد نیاز مد نظر میباشد، ضرورت مبرم کالا، مواد و غیره که جوامع کم رشد به آن مواجه اند از طریق تبادل بین این کشورها نه تنها مرفوع میگردد بلکه به این کشور سودمند واقع میشود. همچنان مشارکت فعالانه دولت ملی در روند صنعتی شدن در شکل های گوناگون آن است زیرا تنها دولت است که میتواند از سیاست فنی درست اقتصادی پیروی کند. دولت میتواند بدون میانجی در بخش اقتصاد کشور، منابع را بنیاد گذارد و برنامه ها و هدایت لازم را در تجدید تولید ارائه دهد و بر صنعتی شدن تأثیری داشته باشد به عباره دیگر دولت بر ویژه گی ها شکلها، شیوه ها و توسعه صنعتی شدن تأثیری سرنوشت ساز دارد. زیرا بر غنای اقتصادی اقتصاد کشور می افزاید و باعث ایجاد کار و تحرک در فعالیت های دولت و افراد میگردد. و زمینه را برای رفاه مساعد میسازد و جلو جرایم را تا حدی میگیرد. (لفکفسکی 1360، 42)

به هر صورت به هر اندازه ی که دولت از مصالح ملی پیروی کند و از تاراج ثروتهای ملی جلوگیری نماید، در امر بهتر شدن تولیدات کشاورزی

مساعی لازم به خرج دهد، زمینه کار فراهم و انباشت درونی کشور زودتر بازگشوده میشود و توسعه صنایع بالا میرود و شرایط صنعتی شدن مناسبتر میگردد. این برنامه های مثبت تدابیر اقتصادی از جرایم جلوگیری مینماید. اقدامات و برنامه های دولتی در امر بهتر شدن وضع اقتصاد کشور در سه مورد مفیدیت خاص خود را دارد که عبارت اند از:

- 1- تقویه بودیجه ملی که مرفوع کننده ضروریات دولت میباشد.
- 2- بلند رفتن سطح زندگی افراد کشور از لحاظ مادی و معنوی (اقتصاد و فرهنگ)
- 3- موقف دولت از لحاظ اقتصادی و سیاسی در روابط بین الدول

موارد فوق کارمندان دولتی را نسبتاً خودکفا میسازد و از این نقطه نظر میتوان به یقین ابراز نظر نمود که جرایم رشوه ستانی در دوائر رسمی کاهش می یابد تقویه بودیجه ملی باعث ثبات و استقرار دولت میگردد و نیازمندی به گونه های دیگر تقلیل می یابد. ثبات و استقرار دولت باعث امنیت و رفاه عامه میگردد و جلو جرایم گرفته میشود، زیرا که مخارج بخش امنی دولت از طریق تقویه بودیجه ملی مرفوع میگردد و به وظایف خویش بصورت درست عمل میکنند بلند رفتن سطح زندگی افراد کشور از دو جهت مادی و معنوی باعث استقرار و ثبات فکری و اطمینان خاطر در روند زندگی انسانها میشود زیرا که این دو جهت زندگی (مادی، معنوی) لازم و ملزوم یکدیگر اند.

رشد فرهنگ و اقتصاد در محکمی در برابر بروز جرایم پنداشته میشود. زیرا اشخاص با فرهنگ و مستعد به ندرت دست به ارتکاب جرایم میزنند. بنابراین میتوان گفت که پشتوانه ای خوب اقتصادی با فرهنگ غنی در جامعه جلو جرایم را تا حد زیادی میگیرد.

موقف خوب دولت در روابط بین الدول از لحاظ اقتصادی و سیاسی باعث اطمینان شناخت بهتر دولت ها میگردد و جواریح شانرا در اثر تبادلات با حفظ روابط حسنه مرفوع خواهند ساخت و همچنان باعث تساعد و همکاری در زمینه های مختلف با همدیگر خواهند شد. چون تبادلات کالاها بین دولتها ایجاب تامین امنیت مینماید لهذا در روابط بین الدول از لحاظ امنیتی موقف خوبی را حایز خواهند بود. (فیروزی 96، 1380)

4-2-2-3 مساعی در امر بلند بردن سطح تولید و رفاه عامه

طوریکه تاریخ ملل نشان میدهد پیشرفت اقتصادی کشور های توسعه یافته تا حد قابل توجهی مربوط به دخالت و رهبری دولتهای آنهاست با وجودیکه توسعه اقتصادی در این کشورها یکسان نیست. بطور مثال: برخلاف انگلستان و کشور های متحده امریکای شمالی، دولتهای ممالک چون جاپان، امپراطوری آلمان و اتحاد جماهیر شوروی بعداز جنگ جهانی اول با تمرکز طرح و تنظیم برنامه های اقتصادی و دخالت مستقیم در سرمایه گذاری، اداره امور موسسات

تولیدی را خود به دست گرفتند. به هر صورت مساعی در امر بلند بردن سطح تولید و رفاه عامه تأثیر مبرم در تأمین امنیت جامعه داشته و جلوگیری از ارتکاب جرایم را تأخیری میگیرد.

اکثر دانشمندان اقتصاد بر این عقیده اند که برای تسریع رشد اقتصادی، کشور های در حال توسعه باید شدت عمل و تلاش بیشتری مبذول دارند زیرا ادامه مشکلات اقتصادی این کشور ها به قدری وسیع است که فقط با دخالت مثبت دولت میتوان موانع توسعه را از میان برداشت. پیشنهادات دانشمندان اقتصاد برای بهبود وضع اقتصادی کشور های توسعه یافته قرار زیر است:

1- توسعه مبادلات اقتصادی از طریق ایجاد موسسات و سازمانهای لازم و استقرار نظم و ثبات اقتصادی که در امر بلند بردن سطح تولید و رفاه عامه تأثیر مثبت دارد.

2- سرمایه گذاری مستقیم دولت در امور عام المنفعه که توجه موسسات خصوصی را به علتی که کم شود احتمال ضرر را جلب نمیکند، در بلند بردن سطح تولید حایز اهمیت است.

3- تشخیص، شناسائی و تبلیغ فرصت های مناسب برای سرمایه گذاری در چارچوب برنامه عمومی توسعه اقتصادی غرض بلند بردن سطح تولید و رفاه عامه.

4- تنظیم و کنترل امور اقتصادی و اتخاذ تدابیر و سیاست های مناسب به منظور تشویق سرمایه گذاری خصوصی.

مساعی لازم در همه بخش های اقتصادی غرض بلند بردن سطح تولید و رفاه عامه که تأمین آینده جوارح دولت و اتباع پنداشته میشود از نقطه نظر امنیتی بی تأثیر نبوده بلکه فضای ثبات را در جامعه ایجاد خواهد کرد. اختلافات نظر در باره حدود دخالت دولت ناشی از عقاید مختلف راجع به سرعت جریان توسعه اقتصادی و نتایج آن است. چنانچه بعضی از کارشناسان اقتصاد را در مورد موانع توسعه چنین عقیده است:

موانع توسعه به قدری عظیم و دشوار است که تنها دولت میتواند با صنعتی کردن سریع کشور از طریق طرح و تنظیم برنامه های اقتصادی، تصدی عملیات و نگهداری و تسریع تراکم سرمایه، مشکلات را برطرف سازد. (اقتداری 1353، 170)

برخی دیگر از دانشمندان اقتصاد بر این عقیده است که توسعه اقتصادی باید تدریجاً از طریق میکانیزم بازار و فعالیت خصوصی صورت گیرد و بدین جهت مخالف دخالت مستقیم دولت در عمل صنعتی کردن کشور و طرح و تنظیم برنامه های مشخص اقتصادی هستند. طوریکه مطالعه گردید دانشمندان اخیر اندک مخالف سیاست تمرکز اقتصادی میباشند و برای بهبود و توسعه امور

کشاورزی، پیشرفت خدمات اجتماعی، توسعه زیربنای اقتصادی و موسسات عام المنفعه، ایجاد صنایع سبک و کوچک را بیش از اجرای برنامه عظیم صنعتی اهمیت میدهند. طرفداران مکتب تحول تدریجی برای پشتیبانی از نظریات خویش چنین دلایلی را ارائه نموده اند:

کشت و زرع قسمت عظیم فعالیت اقتصادی ممالک توسعه نیافته را تشکیل میدهند. وضع روستایی کشاورزی نواحی توسعه نیافته بسیار فلاکت بار است، در حالی که امکانات مساعدی برای بالا بردن سطح محصولات کشاورزی در این ممالک وجود دارد و کشت و زرع در این ممالک بهترین وسیله ارتباط شان در بازارهای جهان است. علاوه بر اجرای طرح های عام المنفعه و اجتماعی مستلزم سرمایه گذاری نسبتاً کم است. بناً دولت وظیفه دارد در ایجاد موسسات عام المنفعه (راه سازی، آبیاری، حمل و نقل ارتباطات) بپردازد زیرا برای افراد خصوصی دارای منفعتی نیست ایجاد صنایع سنگین در مراحل اولیه توسعه ضروری نبوده زیرا محدودیت مبادلات و کمبود سرمایه عدم کفایت ظرفیت دستگاه اداری و فقدان اطلاعات فنی و بالاخره قلت تعداد کار فرمایان مبتکر موانع متعددی در اجرای برنامه های وسیع صنعتی بوجود آورد.

سیاست توسعه اقتصادی ممالک امریکای جنوبی، اغلب کشورهای خاور میانه و بعضی از نواحی افریقای جنوب شرقی، طبق روش تحول تدریجی تنظیم شده است. این دولت ها بیش از همه صنایع سنگینی برای طرح های توسعه کشاورزی، حمل و نقل، تاسیسات مولد برق و خدمات اجتماعی را اهمیت قایل شده اند. ممکن است از این طریق بتوان زمینه کار و باردهی خوبی را مهیا ساخت و مشکلات سطح جرمی را نسبتاً کاهش داد.

با در نظر داشت اهمیت سیاست و تحول تدریجی توسعه اقتصادی از اینکه کمتر باعث تورم شدید و افزایش سریع قیمت ها میگردد قابل توجه است. زیرا ظرفیت جذب سرمایه کشورهای مذکور محدود است. توسعه سریع و یکباره ممکن است موجب کمیابی محصولات خام حتی مواد غذایی گردد. و یا اینکه باعث تغییرات ناگهانی در فرهنگ و سازمان اجتماعی جامعه گردد. و از اینرو در صورت شکست برنامه های تدریجی و عدم حصول اهداف نهایی و عواقب آن قابل تحمل است. زیرا در فرهنگ و سازمان اجتماعی تأثیرات آن کمتر خواهد بود بناً سیستم تمرکز تنظیم و کنترل برنامه های اقتصادی دولت حایز اهمیت خاص است چنانچه در برنامه پنج ساله اول توسعه اقتصادی هندوستان (1951-1956) فقط هشت درصد در مجموع سرمایه گذاری های دولتی به صنایع اختصاص یافت که تقریباً نصف آن (چهار درصد) برای ایجاد صنایع آهنی و فولاد منظور گردید. در حالیکه سهم صنایع و معادن در برنامه پنج ساله دوم هندوستان متجاوز از 25 درصد مجموع سرمایه گذاری دولتی بود. (اقتداری 1353، 170)

بالا بردن قدرت تولید در بخش کشاورزی کشور ها به نسبت نداشتن وسایل مدرن و امکانات سرمایه مورد نظر. مشکل است با آنهم افزایش تولید کالاهای ساخته شده به منظور تامین نیازمندی های روستا ها و ایجاد یک پایگاه صنعتی محکم برای تهیه وسایل و ماشین آلات کشاورزی یک امر ضروری است زیرا سطح تولید بلند می رود و قیمت های مواد مصرفی پائین می گردد. و این امر باعث رفاه عامه می شود لهذا با همچو روش از بخش اقتصاد کشور میتوان جلو جرایم را گرفت و زمینه رفاه و امنیت را ایجاد کرد.

با آنچه گفته شد مساعد ساختن زمینه در امر بلند بردن سطح تولید در عرصه های مختلف تولیدی از طریق برنامه های سالم اقتصادی عملی می گردد. بطور مثال در بخش زراعت تحت زرع قرار دادن زمین های لامزروع و رسانیدن آب برای زمین های بدون آب و تهیه کود کیمیاوی برای زمین زراعتی و احداث خطوط مواصلاتی، به هر صورت در امر بلند بردن سطح تولیدی تاثیرات و همچنان کنترل قیمت، توجه به دستمزد کارگران، تهیه مسکن بیمه و بهداشت تنظیم و تربیه و تامین امنیت اتباع کشور از جمله خدمات عام المنفعه و رفاه عامه تلقی می گردد.

بلند بردن سطح تولید و رفاه عامه سطح جرمی را در جامعه تقلیل میدهد. و تا حدی جلو ارتکاب اعمال جرمی را میگیرد علت اینکه عرضه مواد مصرفی به بازار بیشتر و از اینرو ضروریات مردم مرفوع میشود و از لحاظ دیگر احساس و مواد مورد ضرورت به سهولت و به قیمت مناسب در دسترس مستهلکین قرار میگیرد وقتی که افراد به وجه بهتر امرار معاش نمایند و با خاطر و اطمینان کامل بکار و زنده گی خویش پردازند این امر نمایانگر امنیت خوب خواهد بود. ممالکی که دارای امنیت نسبتاً مناسب میباشند و قیم جرایم در یک سطح پایین قرار گرفته و البته ثبات سیاسی و تورم اقتصادی باعث ایجاد این دید (امنیت خوب) گردیده است. (فیروزی 97، 1380)

قضاوتیار محمد ادريس " رسول "

رسیدگی به دعاوی جزایی در زمان معقول در نظام عدالت جزایی قسمت اخیر

فهرست:

- گفتار سوم- دعاوی جزائی در زمان معقول در نظارت عدالت جزائی افغانستان... 110
بند اول- مبنا و معیارهای رعایت اصل رسیدگی در زمان معقول..... 110
بند دوم- معیارهای ارزیابی و سنجش مدت معقول 113
بند سوم- جلوه های عدم رعایت اصل رسیدگی در مدت معقول 115

گفتار سوم- دعاوی جزائی در زمان معقول در نظارت عدالت جزائی

در این گفتار به رسیدگی دعاوی جزائی در زمان معقول در نظام عدالت جزائی موضوع می‌پردازیم که قرار زیر اند:

بند اول- مبنا و معیارهای رعایت اصل رسیدگی در زمان معقول

رسیدگی در مدت معقول در فرایند محکمه جزایی در کنار سایر تضمینات دفاعی، همچون اصل تساوی، اصل علنی، مطالعه و بررسی مبنای هر اصل حقوقی، موجب شناخت عمیق نسبت به فلسفه ایجاد و رعایت آن در یک نظام حقوقی می‌شود؛ کنکاش درباره مبنای محکمه عادلانه نیز، هم از جهت نظری و هم از جهت عملی، ضروری و مفید است؛ با درک مبانی، ماهیت اصول محکمه عادلانه روشن‌تر خواهد شد و به تبع روشن‌شدن ریشه مشروعیت این اصول، دست‌اندر کاران عدالت جزایی، پایبندی بیشتری به آن‌ها نشان خواهد داد؛ مبانی اصل رسیدگی در مدت معقول در محکمه جزایی به عنوان اصلی از مجموعه اصول مستحکم محکمه عادلانه که ضمن استقرار نظم و امنیت انحراف محکمه از مسیر تحقق دادگری می‌شود، مبانی مختلفی دارد که در ادامه به بیان آن‌ها می‌پردازیم.

الف- مبانی اخلاقی

کرامت انسانی از اصول مورد احترام و مقبول تمامی جوامع است که تحت تأثیر آن، شاهد تلطیف و انسانی‌شدن حقوق جزایی خواهیم بود؛ اصل کرامت انسانی در قلمرو حقوق جزایی شکلی نیز جایگاهی والا و نقشی محوری و بنیادین دارد؛ این اصل در تضمین مشروعیت نظام محکمه جزایی اهمیت و نقشی اساسی دارد؛ کرامت انسانی حیثیت و شرافتی است که انسان به جهت داشتن توانایی تعقل، تفکر، قدرت انتخاب، آزادی اراده و اختیار و وجهه و نفخه

الهی، به طور فطری و یکسان از آن برخوردارند؛ احترام به کرامت انسانی و حفظ امنیت و آزادی اقتضا دارد که محکمه عادلانه‌ای تحقق یابد که ضامن حقوق افراد باشد؛ تحقق این محکمه منوط به داشتن مهلت معقول برای هریک از افراد شرکت‌کننده در محکمه جزایی است تا حقوق و آزادی‌های آنان تضمین شود؛ اطاله محکمه امنیت زندگی اجتماعی، شغلی و خانوادگی و حتی روانی متهم را نیز با خطر جدی مواجه می‌سازد و در نهایت امر موجب سلب اعتماد عموم مردم نسبت به دستگاه عدالت جزایی شده، عدالت جزایی خصوصی را جایگزین آن می‌سازد؛ اگرچه ارتکاب جرم، برخورداری از برخی حقوق متهمان و مجرمان را تحت تأثیر قرار داده، محدود می‌سازد، اما از این حیث که نفس ملکوتی آنان در اثر ارتکاب جرم خدشه‌دار نشده است، تا زمانی که عنوان انسان بر آن صدق می‌نماید، حرمت دارند و مستحق بهره‌مندی از دادگاهی مستقل و بی‌طرف در رسیدگی به اتهام‌های انتسابی، با رعایت حمایت‌های لازم در مدت زمانی معقول و متعارف هستند؛ با این تضمینات اساسی، متهمان از تعرضات مأموران دولتی مصئون می‌مانند و مشروعیت نظام عدالت‌جزایی نیز تضمین می‌شود. 1

ب- مبنای جرم‌شناختی

ساز و کار جزایی با ارعاب و عبرت‌آموزی فردی و گروهی درصدد پیشگیری از مجرم نخستین و دوباره شهروندان است؛ این پیشگیری براساس اثری که بر همه شهروندان یا شماری از آنان یعنی مجرمان می‌گذارد، بر فرضی مبتنی است که مجرمان با حساب‌گری و منطق و با اندیشه‌های آزاد مرتکب جرم می‌شوند؛ به دیگر سخن، مجرمان با رویکردی حساب‌گرانه و منطقی و پس از ارزیابی منافع و زیان‌های جرم به سراغ ارتکاب آن می‌روند؛ بنابراین، تهدید احتمالی و واقعی ناشی از جزا، سبب می‌شود تا مجرمان احتمالی با مشاهده مجازات مرتکبان جرم و مجرمان واقعی و به دلیل تجربه جزا و تحمل رنج و عذاب ناشی از آن، از ارتکاب مجرم منصرف شوند؛ به این ترتیب، با استفاده از سازوکارها و ابزارهای نظام عدالت جزایی، مانند تهدید احتمالی و واقعی به جزا، حتمیت، قطعیت و سرعت در فرایند جزایی، می‌توان شهروندان را از ارتکاب مجرم نخستین یا دوباره بازداشت؛ سرعت‌بخشی به فرایند جزایی، از جمله سرعت در تعقیب مجرم، محکمه جزایی و اجرای مجازات، از مهم‌ترین سازوکارهای نظام عدالت جزایی برای پیشگیری از مجرم است؛ سزار بکاریا،

از اندیشمندان علوم جنایی، بر این اعتقاد است که سرعت در فرایند جزایی، به ویژه سرعت در اجرای مجازات، باعث می‌شود، مجرمان احتمالی و واقعی، نظام عدالت جزایی را نسبت به مجرم سخت‌گیر بدانند و پیامدهای مجرم، تا اندازه‌ای که امکان دارد، برای آنان محسوس باشد؛ زیرا هرچه زمان میان ارتکاب جرم و پاسخ‌دهی دستگاه عدالت جزایی کوتاه‌تر باشد، ربط‌دادن برخورد نظام عدالت جزایی با جرم ارتكابی در ذهن شهروندان سریع‌تر انجام می‌پذیرد و سبب می‌شود آنان فوراً یکی را علت و دیگری را معلول بدانند؛ لذا رعایت مدت معقول در فرایند محکمه و سرعت‌بخشی به اجرای جزا، نقش بسزایی در کاهش میزان مجرم ایفا می‌کند.¹

ج- مبنای اجتماعی

رعایت مدت معقول به عنوان جزئی از اجزای حقوق بشری، پیش از آن‌که به صورت نهادی و رسمی مطرح شود، نیازمند رشد فکری جوامع است؛ یکی از مبانی رسیدگی در مدت معقول در فرایند جزایی، ایجاد حس اعتماد است؛ زیرا تعیین محدوده زمانی مشخص، به عنوان مدت معقول، وجود ندارد و اساساً چنین مهلتی برای صدور حکم مفید نیست، بلکه موضوعی است که باید بر حسب موضوع بررسی شود؛ همچنین حقوق جزایی رابطه نزدیکی با نظم عمومی دارند و به طور دقیق‌تر ریشه در نظم عمومی و اجتماعی دارند؛ بدین جهت قواد محکمه جزایی دارای جنبه الزامی هستند؛ مدت محکمه از دو جهت به نظم عمومی مرتبط است:

- 1- دادن مهلت معقول به اشخاص دخیل در محکمه‌های جزایی، فرصت لازم برای جمع‌آوری دلایل را اعطا می‌کند؛
- 2- موجب اعتماد مردم به نهادهای درگیر در محکمه از قانون‌گذاری گرفته تا اجرای احکام می‌شود؛ بنابراین، رابطه نظم عمومی و مهلت معقول دوسویه است.

یکی از مبانی رسیدگی در مدت معقول محکمه، تأمین عدالت در زندگی اجتماعی است؛ عدالت و دادگری اصولاً پایه و اساس قانون‌گذاری به ویژه در آیین محکمه جزایی و ایجاد معیارهای شکلی حقوق بشری برای جلوگیری از احجاف دولت به شهروندان است؛ قانون‌گذاران و اندیشمندان سراسر جهان از دیرباز به پایبندی به این مفاهیم توجه کرده اند و برای توسعه و پیشرفت آنها تلاش بی‌شماری صورت پذیرفته که تمرکز روح عدالت‌جویی جوامع بشری بر

1 - علی‌رضا، نوریان، و احسان سلیمی، مهلت معقول در مرحله پیش‌دادرسی کیفری، از سازوکارهای اعمال تا ضمانت اجرای نقض، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال 24، شماره 92.

اصول محکمه عادلانه از این جمله است؛ رعایت اصل رسیدگی در مدت معقول به هیچ وجه به معنای ارفاق به کسی نیست؛ بلکه رعایت آن در رسیدگی های جزایی باعث برانگیختن حس اعتماد می شود. 1

بند دوم- معیارهای ارزیابی و سنجش مدت معقول

اهمیت حمایت از این اصل و تبعات سوءناشی از عدم رعایت آن، به اندازه ای است که در اسناد ملی و فراملی به آن توجه خاص کرده اند و تلاش شده است ضوابطی برای سنجش آن تعیین شود؛ تعیین ضابطه برای اینکه چه مهلتی معقول به شمار می رود، دشوار است؛ در تعیین مهلت معقول نظر دیوان اروپایی حقوق بشر آن است که هر قضیه را باید با توجه به شرایط پرونده مشخص کرد و حسب هر پرونده می تواند متغیر باشد؛ ضابطه تعیین مدت رسیدگی به پرونده های جزایی، باید باتوجه به جنبه های مختلف آنها، از حیث ماهیت، و پیچیدگی و به منظور تحصیل عدالت قضایی در یک محدوده زمانی موجه و در عین حال سریع انجام پذیرد؛ البته سرعت نباید نافی دقت شود؛ به طور کلی، سه معیار برای ارزیابی مهلت معقول در رسیدگی ها وجود دارد که عبارتند از: معیار شخصی، معیار عینی و معیار نوعی مختلط. 2

الف- معیار شخصی یا موردی

از منظر برخی حقوق دانان، تحدید دامنه زمانی با تعیین مهلت حداقلی و حداکثری برای رسیدگی به هر جرمی از سوی قانون گذار، قطع نظر از دخالت و تأثیر عوامل و متغیرهای بسیار در هر پرونده، در عمل نه ممکن است و نه سودمند؛ زیرا در نمونه های خاص و آنجا که عدالت اقتضا می کند، یا در برخی جرایم که نظم و عفت عمومی دچار خدشه شده است، براساس معیارهای خاصی مدت رسیدگی جزایی به منظور پیشگیری از تضییع یا فوات حق، می تواند تغییر کند. 3

مطابق با این ضابطه، تعیین مدتی معقول و منطقی نسبی است؛ دلایل متعددی، چون ماهیت اتهام، جدی بودن اتهامات، شرکا و جرم دیدگان، در پیچیدگی پرونده نقش دارد. 4 مشکلات گوناگون در دسترسی به اسناد و مدارک و تحلیل آنها، نیابت قضایی، استعلام های لازم از مراجع مختلف، ارسال پرونده از مرجع

1 - همان مجله.

2 - Leach, Philip (2013), Taking a Case to European Convention of Human Rights, Blackstone Press Limited, First Published 98, P.

3 - المیرا، اتشی، مهلت معقول در فرایند کیفری، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، 1392، ص 50.

4 - محمود، صابر، آیین دادرسی، دیوان کیفری بین المللی، نشر، دادگستر، 1388، ص 209.

قضایی (مانند ارسال پرونده از دادسرا به دادگاه بدوی، ارسال پرونده از دادگاه بدوی به دادگاه تجدید نظر و ارسال پرونده از دادگاه‌ها به اجرای احکام)، تأخیر ناشی از رفتار اصحاب دعوا جزایی (مانند شاکی، متهم، شاهد) و رفتار مقامات قضایی دخیل در پرونده، پیچیدگی‌هایی را ایجاد می‌کند که نیازمند مذاقه بیشتری است و می‌تواند بر مدت رسیدگی به پرونده‌های جزایی اثرگذار باشد و تأخیر به سبب این موارد معقول به نظر می‌رسد؛ دیوان اروپایی حقوق بشر در دعوی میلوس علیه لتونی شدن مدت رسیدگی به پرونده را به دلیل تعدد مداخله‌کنندگان در جرم مباشر، معاون و... را معقول پنداشت یا در دعوا فیلیس علیه یونان، بیان می‌دارد که معقول و متعارف بودن مدت رسیدگی را باید در پرتو شرایط خاص هر پرونده با توجه به معیارهای مقرر شده در رویه قضایی دیوان، ارزیابی کرد؛ با وجود مزایای این روش، ضابطه مذکور خالی از ایراد نیست؛ زیرا معیارهای کلی برای تعیین مدت رسیدگی به پرونده‌های جزایی، چه بسا ممکن است حق دفاع متهمانرا به دلیل برخی غرض‌ورزی‌ها در معرض مخاطره قرار دهند. 1

ب- معیار عینی

منظور از ضابطه عینی، ضابطه‌ای است سهل و آسان که مطابق با آن قانون و دستگاه قضایی ملزم‌اند، برای رسیدگی به پرونده‌های جزایی، چه در مرحله تحقیقات مقدماتی و چه محکمه به معنای اخص مدت‌زمانی ثابتی را پیش‌بینی کنند که در صورت تخلف از مدت مذکور، نقض اصل مدت معقول محکمه اثبات می‌شود؛ در رابطه با این ضابطه، جز مراجعه قاضی به نص قانونی مربوط، اقدام دیگری لازم نیست؛ مرجع تجدید نظر موظف است حداکثر ظرف 6 ماه به پرونده‌هایی در رابطه با جرایم اقتصادی و فساد مالی رسیدگی کند، در غیر این صورت، تأخیر بدون عذر موجه زمینه محکومیت به مجازات انتظامی را فراهم می‌آورد؛ برای تأخیر غیر موجه بیش از یک ماه در صدور رأی و اجرای آن، ضمانت اجرای انتظامی پیش‌بینی شده است؛ دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده فارلین علیه ایرلند در سال 2013 میلادی تصریح می‌کند که در پرونده‌های جزایی، از زمانی که شخص متهم می‌شود، باید مدت معقول رعایت گردد؛ همچنین زمانی که کشور ایتالیا با محکومیت‌هایی بسیاری از طرف دیوان به دلیل نقض بند 1 ماده 6 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مواجه شد، از دیوان تقاضا کرد که یک جدول زمانی تهیه کند و مدت معقول رسیدگی به هر پرونده را اعلام کند؛ اما دیوان خودداری کرد و گفت مدت هر قضیه به موقعیت و

معیارهایی که دیوان در پرونده‌های مختلف بیان کرده، بستگی دارد؛ با وجود پیش‌بینی این ضابطه، معایب این روش (مانند عدم توجه به اهمیت جرم ارتكابی، مدافع بیشتری نسبت هب برخی پرونده‌ها و خدشه بر پیکره دقت در برخی از رسیدگی‌های جزایی) مانع گسترش بهره‌گیری از آن شد و زمینه گرایش به ضابطه دیگری تحت عنوان ضابطه بینابین را فراهم آورد. 1

ج- معیار مختلط

بنابر معیار مختلط، مقنن یک زمان اولیه را برای تحقیقات مقدماتی یا دادرسی پیش‌بینی می‌کند و مقرر می‌دارد که بر حسب ضرورت و بنابر دلایلی موجه، چنانچه مدت زمان تعیین‌شده برای رسیدگی جرم ارتكابی کفایت نکند و طولانی‌بودن روند دادرسی بنابر مصلحت طرفین بوده، مغایر با نظم عمومی نباشد، به تمدید مدت زمانی مقرر قانونی با کنترول مرجع بالاتر اقدام شود؛ منظور از معیار مختلط آن است که برای دستیابی به مهلتی معقول، باید مجموع معیارهای عینی و شخصی را مدنظر قرار داد؛ بدین معنا که قاضی ابتدا به مواعد و مهلت‌های مقرر در قوانین و مقررات توجه می‌کند و در ادامه، هرگاه قانون موعدی را معین نکرد، قاضی می‌تواند در چارچوب قانون و برای اجرای عدالت موعدی را مشخص کند؛ همچنین در فرضی که تحقیقات یا رسیدگی در مدت اعلام‌شده توسط قانون‌گذار به دلایل معقولی به پایان نمی‌رسد، تحقیقات یا محکمه ادامه می‌یابد. 2

بند سوم- جلوه‌های عدم رعایت اصل رسیدگی در مدت معقول

هرگاه سخن از رسیدگی سریع به میان می‌آید، منظور از سرعت همراه با دقت و متناسب با شرایط پرونده است؛ سرعتی که فقط برای نمایاندن اقتدار دستگاه قضایی باشد، نافی دقت است و شتابزده خوانده می‌شود و نتیجه‌ای جز بی‌عدالتی در بر ندارد و آثار سوء آن، اگر بیشتر از اطاله محکمه نباشد، کمتر از آن نخواهد بود؛ رسیدگی در مهلت معقول بدین معنا است که باید مدت رسیدگی از ابتدا تا انتها متعارف و معقول باشد؛ 3 بنابر این، نقض مهلت معقول محکمه دو وجهه دارد: محکمه شتابزده و اطاله محکمه که در ادامه آنها را بررسی می‌کنیم.

الف- محکمه شتابزده

1- مجتبی، بازرگان‌زاده، بررسی اطاله دادرسی در روبه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق بشر، دانشگاه تهران، 1387، ص 46.

2 - المیرا، آتشی، مهلت معقول در فرایند کیفری، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، پیشین، ص 57.

3 - محمد، سنگلجی، آیین دادرسی در اسلام، قزوین: نشر، طه، 1380، ص 80.

محکمه شتابزده به معنای منع رسیدگی به امر جزایی در مدتی کمتر از زمان متعارف و معقول است، به گونه‌ای که دقت فدای سرعت شود؛ هرچند سرعت‌بخشیدن به محکمه و رسیدگی اهمیت بالایی برای جامعه، حکومت و اصحاب دعوا دارد، اما رعایت اصل تسریع در رسیدگی باید به گونه‌ای باشد که اصولی چون حق دفاع مخدوش نشود. 1

محکمه شتابزده متضمن رسیدگی خارج از نوبت و فوری به پرونده جزایی است که سبب نقض برخی از تشریفات رسیدگی‌های معمولی می‌شود؛ ضرورت تسریع در محکمه را همه متخصصین حقوق جزایی پذیرفته‌اند و آثار منفی نقض آن بر اصحاب دعوا، برکسی پوشیده نیست؛ سرعت در پیش‌برد رسیدگی‌های جزایی به معنای عجله و شتابزدگی نیست، بلکه به معنای حرکت بون وقفه در کمترین زمان، همگان با اصول محکمه است؛ درحالی که عجله، حرکتی فوری و به ظاهر مفید، اما خلاف اصول محکمه است که بار معنایی منفی دارد و سبب عدم بررسی تمام زوایای پرونده می‌شود؛ سرعت هنگامی پیکره عدالت جزایی را تقویت می‌کند که موجب نادیده گرفتن عدالت قضایی نشود؛ لذا اکثر کشورها برای نیل به چنین اهدافی مقررات و روش‌هایی مانند محکمه اختصاری، مصالحه جزایی و میانجی‌گری جزایی را برای تأمین سرعت در محکمه با تکیه بر موازین محکمه عادلانه مدنظر قرار داده‌اند؛ همچنین نمونه‌ای از شتاب در محکمه محاکمه خفاش شب است؛ مثلاً در آن پرونده، متهم به اتهام قتل و تجاوز به 9 زن، در سال 1376 در تاریخ 23/4/1376 دستگیر و در تاریخ 22/5/1376 به دار آویخته شد؛ به دلیل شتابزدگی در فرایند محکمه، اعم از تحقیق، محاکمه و اجرا، بسیاری از حقوق متهم نادیده گرفته شد؛ حتی به منظور تسریع در اجرای حکم، حکم بدوی پرونده به شکایات ابلاغ نشد و پرونده بدون اعتراض اصحاب پرونده جهت تأیید حکم به دیوان عالی کشور ارسال شد. 2

ب- اطاله محکمه

طولانی‌شدن غیر متعارف رسیدگی به پرونده‌ها در مراجع قضایی به دلایل غیر موجه در فرایند محکمه، اعم از تحقیقات، محاکمه و اجرا را اطاله محکمه می‌گویند؛ عواملی که به نحوی سبب کندی جریان رسیدگی شده و گاه تا مدت‌ها جریان محکمه را به کلی متوقف می‌سازد، عوامل اطاله محکمه نام دارند. 3

1 - محمد رضا، درخشان، اصل تسریع در رسیدگی کیفری در حقوق ایران و انگستان، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانش‌گاه شهید بهشتی، 1387، ص 18.

2 - همان اثر، ص 21.

3 - بهروز، قدمی، بررسی عوامل اطاله دادرسی، تهران: نشر، میزان، 1382، ص 31.

تسریع در محکمه، یکی از پایه‌های اساسی تدارک یک محکمه عادلانه است که بروز عواملی ناسنجیده و اطاله‌زا در روند محکمه جزایی، نه تنها مانع تحقق تسریع شده، بلکه بر شاکله محکمه عادلانه نیز خدشه وارد می‌آورد؛ همچنین توجه به پدیده اطاله محکمه و لزوم جلوگیری از آن، بدین جهت حائز اهمیت است که دو عامل در تشخیص عادلانه بودن محکمه مؤثر است: زمان و هزینه؛¹ اطاله محکمه نه تنها بر عامل زمان اثرگذار است، بلکه موجب افزایش هزینه‌های محکمه نیز می‌شوند؛ برخی از عوامل زمینه‌ساز اطاله محکمه متناسب به نظام تقنینی هستند و برخی متناسب به نظام قضایی؛ برخی از عوامل که موجب اطاله محکمه می‌شوند، عبارتند از وجود قوانین و رویه‌های مبهم و پیچیده، فقدان زیرساخت‌های مناسب، تأثیرپذیری جریان رسیدگی از یک امر سیاسی یا اجتماعی و عدم مسئولیت برخی از قضات؛² حقوق دانان در تلاش هستند تا به ارایه راهکارهای مناسب، به محکمه سرعت بخشند و اجرای عدالت را در کمترین زمان میسر کنند؛ زیرا احقاق حق در کمترین زمان از سوی قاضی، در مقایسه با احقاق حق بعد از مدت زمان طولانی، به عدالت نزدیک‌تر خواهد بود؛ رفتار دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده ابراهیم گولر علیه دولت ترکیه در اکتبر 2013 مثالی برای همین نمونه است؛ متقاضی در سال 1996 به اتهام همکاری با سازمانی سیاسی دستگیر و در سال 2009 محکوم به حبس ابد و این حکم در دیوان عالی کشور تأیید شد؛ سپس گولر شکایتی را در دیوان اروپایی مطرح کرد که دیوان به دلیل طولانی شدن مدت رسیدگی و نقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دولت ترکیه را محکوم کرد؛ همچنین برای رسیدگی به قضیه شراکت در یک تعمیرگاه موتر در دعاوی یک گاراژدار لهستانی به نام وژنوویچ، محکمه دوازده سال طول کشید و در این مدت، ده بار قضات عوض شدند؛ صرفاً حضور فقط سه نفر عنوان اصحاب دعوا و استماع دو نفر به عنوان شاهد، نشان از پیچیده نبودن قضیه و اهمال مقامات قضایی دارد که موجب شد، رسیدگی در مدت معقول صورت نپذیرد و ماده 6 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نقش شود.³

1 - حسن، محسنی، عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی، تهران: نشر، دانشگاه تهران، 1387، ص 301.
2 - پرویز، صانعی، حقوق و اجتماع: رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی، تهران: نشر، طرح نو، 1381، ص 385.
3 - محمد، آشوری، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران: نشر، گرایش، 1383، ص 341.

بند چهارم- انواع ضمانت اجراهای نقض اصل رسیدگی در مدت معقول

مصلح جامعه ایجاب می‌کند برای جلوگیری از آثار نامطلوب و زیان‌بار ناشی از عدم رعایت مهلت معقول محکمه امکان تظلم‌خواهی و اعمال ضمانت اجراها، اعم از ضمانت اجرای جزایی، جبرانی ترمیمی، انضباطی و ابطال‌پذیری وجود داشته باشد؛ به ویژه برای متهمی که رنج محرومیت از مواهب انسانی، اجتماعی و ضربه عاطفی - روانی ناشی از هتک حیثیت به دلیل توقیف ناحق، را تحمل کرده است؛ در ادامه به بررسی این ضمانت‌ها، خواهیم پرداخت.

الف- ضمانت اجرای جزایی

با بیان عبارت ضمانت اجرا، ناخودآگاه ذهن آدمی به ضمانت اجرای جزایی معطوف می‌شود؛ در حالی که چنین فرایندی فقط یکی از انواع گوناگون ضمانت اجرا است؛ اما خصایص نوعاً شدید ضمانت اجرای جزایی، سبب اولویت بی‌شائبه آن در بین دیگر ضمانت‌های اجرا می‌گردد¹

ب- ضمانت اجرای مدنی

یکی از موضوعات قابل توجهی که در زمره تحولات آیین محکمه جزایی در دهه‌های اخیر مطرح شده، حق جبران خسارت از افرادی است که از رهگذر عدم رعایت مهلت معقول در فرایند محکمه جزایی، متحمل ضررهای کثیری اعم از ضرر زیان مادی و معنوی شده‌اند؛ تمرکز اصلی بر متهمی است که در اثر اهمال یا اعمال غرض‌ورزی دست‌اندر کاران فرایند محکمه جزایی، به ویژه قاضی، مدتی از ایام عمر خود را تحت قرار بازداشت موقت سپری کرده و سرانجام پس از مدت زمانی طولانی از اتهام تبرئه شده است؛ بنابراین، از آن‌جا که جوامع متهمان بی‌گناه و متهمان گناهکاری که اثبات جرم شان به طور انجамیده را به چشم یکسان نمی‌دید و ذهنیت متفاوتی نسبت به آن‌ها داشت، لذا در ابتدا فقط متهمین بی‌گناه را مستحق جبران خسارت می‌پنداشت؛² این وضعیت تا تصویب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ادامه داشت؛ این کنوانسیون با درج مقرره‌ای تحت عنوان مهلت معقول محکمه و با تعیین ضمانت اجرا در راستای نقض آن، گام مؤثری جهت التیام آسیب‌های وارده بر اطراف درگیر در فرایند محکمه برداشت؛ همچنین نهادی جهت نظارت بر اجرای مقررات مطروحه در کنوانسیون و دادگاهی در راستای رسیدگی به شکایت از تعدیات

1- علی‌رضا، میرزاپور مشیزی، ضمانت اجراهای عدم رعایت مهلت معقول، مجله تعالی حقوق، 1391، شماره‌های 16-17، ص 105.

2 - هوشنگ، ناصرزاده، جبران خسارت ناشی از بازداشت متهم بی‌گناهی، تهران: نشر، شهردانش، 1372، ص 101.

صورت گرفته، نسبت به حقوق اتباع دول عضو، تعیین شد؛ به دنبال پیش‌بینی چنین سازوکاری در تضمین رعایت اصل مهلت معقول محکمه در این سند، اکثر کشورهای اروپایی برای جلوگیری از هتک حیثیت دولت خود، ارزیابی منفی جامعه بین‌المللی از آنها و بروز بحران‌های اقتصادی، اجتماعی و حتی سیاسی در اداره امور داخلی بود، به تبعیت از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، حق محکمه عادلانه و معیارهای تحقق آن، از جمله رعایت مهلت معقول، را در قوانین داخلی خود پیش‌بینی کردند و به تعیین ضمانت اجرای جبرانی ترمیمی در صورت نقض آن پرداختند؛ همچنین، به هیچ‌یک از مواد کنوانسیون تا این اندازه استناد نشده است؛ در این میان، عدم رعایت مهلت معقول نیز جایگاه ویژه‌ای در آرای صادر داشته است؛ برای مثال، دولت ایتالیا در سال 2002 میلادی در خصوص نقض این اصل بارها محکوم شد و به پرداخت غرامت بابت احکام صادره از دادگاه حقوق بشر اروپایی به شهروندان خود از این لحاظ موظف شد؛ همچنین شخصی به نام ویتالی ویکتور اویچ در سن پترزبورگ زندگی می‌کرد و در 21 دسامبر سال 2000 میلادی به اتهام شرکت در فعالیت‌های مجرمانه سازمان‌یافته و در اختیار داشتن اسلحه دستگیر شد؛ او برای کسب آزادی، بارها اعتراض کرد، ولی قضات توجهی به او نکردند و در حدود دو سال بازداشت به تقاضای تبدیل تأمین او توجهی نمی‌شد؛ سرانجام 23 دسامبر 2002 میلادی او از همه اتهاماتش تبرئه شد؛ در این قضیه، دیوان اروپایی حقوق بشر به نفع او مبلغ 3000 یورو به عنوان خسارت معنوی و 100 یورو بابت هزینه‌های محکمه رأی صادر کرد. 1

ج- ضمانت اجرای انضباطی

مسئولیت انتظامی یا انضباطی متوجه موقعیت شغلی، اداری و مقام قاضی است و معمولاً در اثر ارتکاب تخلف انتظامی و نقض مقررات شغلی ایجاد می‌شود و عواقب آن نیز متوجه امور شغلی وی می‌گردد. 2

مسئولیت مذکور زمانی متوجه قاضی است که نقض حقوق و آزادی‌های فردی، مثل خودداری از انجام وظیفه یا تأخیر در انجام آن، ناشی از سوءنیت و عمدی باشد؛ اصل ششم قطع‌نامه شورای اروپا درباره استقلال و کارایی نقش قضات مقرر می‌دارد: «در صورتی که قضات در انجام وظایف شان به گونه‌ای مؤثر و کامل تخلف کنند، همه تدابیری که استقلال قضایی را محدودش نسازد، باید به

1 - المیرا، آتشی، مهلت معقول در فرایند کیفری، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، پیشین، ص 65.
2 - زواره، ناجی، دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری، تهران: نشر، شهردانش، چ 1، 1389، ص 309.

کار گرفته شود»؛ حسب اصول قانون اساسی و مقررات و سنت های حقوق هر کشور، چنین تدابیری می تواند شامل این موارد شود:

الف. گرفتن پرونده از قاضی؛

ب. انتقال قاضی به تصدی وظایف قضایی دیگر در دادگاه؛

ج. مجازات های اقتصادی، همچون کسر حقوق برای مدت مؤقت؛

د. تعلیق.

مجازات انضباطی ای که علیه مرتکب تقصیر حرفه ای (شامل مدیر دفتر، افسر پلیس قضایی، قاضی و دادرس) اعمال می شود، ضمانت اجرای پذیرفته شده در اکثر کشورها، به ویژه کشور های اروپایی، در قبال سوء رفتار و تخلف است؛ مطابق بند 9 منشور اروپایی قضات، مصوب 4 نوامبر 1997، تعیین چنین مجازات هایی باید به نهادی مرکب از اعضای قوه قضائیه بر طبق قواعد محکمه معین و اگذار شود. 1

د- ضمانت اجرایی ابطال پذیری

یکی دیگر از ضمانت اجراهای قابل اتخاذ در قبال چنین تخلفی، بی اعتبار ساختن حکم و اقدامات مربوطه است؛ ضمانت اجرایی بطلان، صرف نظر از نظارت بر حسن اجرای قانون و ابطال عملی که برخلاف قانون صورت گرفته، می تواند متضمن حمایت از حقوق اصحاب دعوا نیز باشد؛ چنین ضمانتی به صراحت در اسناد منطقه ای و بین المللی مقرر نشده است؛ ولی در قوانین برخی از کشورها با پیش بینی آن از اصول بنیادین محکمه و مترافعین حمایت به عمل آورده اند؛ البته عدم رعایت مهلت معقول در مراحل مختلف فرایند محکمه، هنگام اعمال انجام شده را با ضمانت اجرایی بطلان مواجه می کند که به مهم ترین مفاهیم محکمه عادلانه، مثل اصل برائت، تفهیم اتهام و بهره مندی از حقوق دفاعی از قبیل بهره مندی از وکیل مدافع، لطمه وارد کند؛ برای مثال، ماده 171 قانون آیین محکمه جزایی فرانسه چنین مقرر نموده است: «هنگامی که عدم رعایت تشریفات اساسی پیش بینی شده توسط مقررات قانون حاضر یا دیگر مقررات آیین محکمه جزایی، به منافع اصحاب دعوایی که تشریفات راجع به آنها است، لطمه وارد آورد، این امر موجب بطلان می گردد»؛ قانون محاکمه سریع فدرال آمریکا مصوب 1974، نیز عدم رعایت مهلت معقول را دلیلی برای بطلان اقدامات انجام شده و در نهایت رد اتهامات مطروحه در جزا خواست، در نظر گرفته است؛ همچنین ضروری است، قانون آیین محکمه جزایی به درستی خلأ موجود را شناسایی و چنین مقرره ای را با رعایت حقوق جرم دیده

و جامعه در خود جای دهد تا بر این اساس در صورت وجود تراحم بین حقوق اساسی بزده‌دیده و جامعه با حقوق متهم، با اختصاص تقدم و ترجیح به حقوق جرم‌دیده و جامعه از بطلان اقدامات انجام شده، به دلیل عدم رعایت مهلت معقول چشم‌پوشی و با اتخاذ چنین تدابیری از جرم‌دیدگی مضاعف قربانی و لطمه مضاعف به نظم عمومی، جلوگیری شود؛ باید در نمونه‌هایی که عدم رعایت چنین اصلی، حقوق بنیادین متهم، همچون اصل برائت، را به شدت مخدوش می‌کند، با پذیرش ضمانت اجرایی بطلان در برقراری موازنه بین حقوق جرم‌دیده و متهم همت گمارد. 1

نتیجه‌گیری

مفهوم دعاوی به Lawsuit یا اقامه دعاوی، به عملی گویند که در مورد متهمی که عمل او موجب خسارت شده است، انجام دهد، که در پی آن، سبب جبران خسارت یا اعمال قانون شود؛ دعاوی جزایی که این نوع رسیده‌گی قبل از تشکیل حکومت‌های مطلقه وجود داشت؛ و قدیمی‌ترین طریقه رسیدگی در امور جزایی همین سبک اتهامی است؛ در این سبک دعا جزایی بین دوطرف، یعنی زیان دیده و مرتکب جرم بدون مداخله حکومت‌ها یا دولت‌ها در محکمه جریان پیدامی‌کرد؛ که پیشینه طولانی را باخود دارد.

چالش‌های عمده در باب دعاوی جزایی در یک زمان معقول عبارتند از: 1- فساد اداری-2 عدم تخصص مأمورین 3- عدم نظارت و کنترول 4- ابهام در قوانین جزایی می‌باشد.

رسیدگی در مدت معقول در فرایند محکمه جزایی در کنار سایر تضمینات دفاعی، همچون اصل تساوی، اصل علنی، مطالعه و بررسی مبنای هر اصل حقوقی، موجب شناخت عمیق نسبت به فلسفه ایجاد و رعایت آن در یک نظام حقوقی می‌شود.

اهمیت حمایت از این اصل و تبعات سوءناشی از عدم رعایت آن، به اندازه‌ای است که در اسناد ملی و فراملی به آن توجه خاص کرده‌اند و تلاش شده است ضوابطی برای سنجش آن تعیین شود؛ تعیین ضابطه برای اینکه چه مهلتی معقول به شمار می‌رود، دشوار است.

هرگاه سخن از رسیدگی سریع به میان می‌آید، منظور از سرعت همراه با دقت و متناسب با شرایط پرونده است.

1 - هوشنگ، ناصرزاده، جبران خسارت ناشی از بازداشت متهم بی‌گناهی، پیشین، ص 130.

مصلح جامعه ایجاب می‌کند برای جلوگیری از آثار نامطلوب و زیان‌بار ناشی از عدم رعایت مهلت معقول محکمه امکان تظلم‌خواهی و اعمال ضمانت اجراها، اعم از ضمانت اجرای جزایی، جبرانی ترمیمی، انضباطی و ابطال‌پذیری وجود داشته باشد.

منابع تحقیق

آتشی، المیرا، مهلت معقول در فرایند جزای، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، 1392.

آشوری، محمد، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران: نشر، گرایش، 1383.

بازرگان‌زاده، مجتبی، بررسی اطاله دادرسی در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق بشر، دانشگاه تهران، 1387.

تدین، عباس، تحصیل و تحلیل آیین دادرسی جزای، تهران: نشر، میزان، 1389.

درخشان، محمد رضا، اصل تسریع در رسیدگی جزای در حقوق ایران و انگستان، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، 1387.

دهخدا، علی اکبر، فرهنگ بزرگ دهخدا، تهران: 1385
رهین، سمیع‌الدین، محاکمه عادلانه در قوانین ملی و بین‌المللی، هرات: نشر، مجتمع مهر و حبیب، 1392.

سنگلجی، محمد، آیین دادرسی در اسلام، قزوین: نشر، طه، 1380.
صابر، محمود، آیین دادرسی، دیوان جزای بین‌المللی، نشر، دادگستر، 1388.
صانعی، پرویز، حقوق و اجتماع: رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی، تهران: نشر، طرح نو، 1381.

عبدالله، نظام‌الدین، قاموس اصطلاحات حقوقی، کابل: نشر، سعید، 1396.
عمید، حسن، لغت‌نامه عمید، تهران: نشر، امیرکبیر، 1386.

فارابی، محمد عظیم، اصول محاکمات جزایی، کابل: نشر، سعید، 1395.
قدمی، بهروز، بررسی عوامل اطاله دادرسی، تهران: نشر، میزان، 1382.
کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران: نشر، دانشگاه تهران، 1352.
لنگرودی، محمد جعفر جعفر، ترمینولوژی حقوقی، تهران: نشر، گنج دانش، چ 16، 1385.

محسنی، حسن، عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی، تهران: نشر، دانشگاه تهران، 1387.
مطهری، مرتضی، شرح منظومه، تهران: نشر، بنیاد مطهری، 1388.

میرزاپور مشیزی، علی‌رضا، ضمانت اجراهای عدم رعایت مهلت معقول،
مجله تعالی حقوق، 1391.
ناجی، زواره، دادرسی بی‌طرفانه در امور جزای، تهران: نشر، شهردانش،
چ 1، 1389.
ناصرزاده، هوشنگ، جبران خسارت ناشی از بازداشت متهم بی‌گناهی، تهران:
نشر، شهردانش، 1372.
نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: نشر، گنج دانش، 1391
نوریان، علی‌رضا، و سلیمی، احسان، مهلت معقول در مرحله پیش‌دادرسی
جزای، از سازوکارهای اعمال تا ضمانت اجرای نقض، فصلنامه مجلس و
راهبرد، سال 24، شماره 92.
وزارت عدلیه، رسمی جریده، کود جزا.
Groundwork of the Metaphysic of Morals, Kant, Immanuel
2013, London: Yale University Press New Haven
Leach, Philip (2013), Taking a Case to European Convention
of Human Rights, Blackstone Press Limited, First Published
2013.

فضاوتمل غلام دستگیر "اوریاخیل"

تجدید نظر بر فیصله های قطعی و نهایی محاکم

(۲)
فصل دوم

فهرست:

موارد تجدید نظر 124

- گفتار اول: موارد تجدید نظر خواهی در قضایای جزائی..... 124
 گفتار دوم : تجدید نظر در قضایای مدنی ، احوال شخصیه 125
 حقوق عامه و تجارتی 125
 مبحث دوم
 تجدید نظر در قضایای اعدامی 126

مبحث اول

موارد تجدید نظر

صلاحیت غور بر تجدید نظر خواهی بر مبنای قانون به شورای عالی ستره محکمه اختصاص دارد. شورای عالی ستره محکمه فیصله های نهائی و قطعی محاکم را با در نظر داشت دلایل جدید که از طرف متقاضیان تجدید نظر ارایه میگردد مورد غور و رسیدگی قرار میدهند. متقاضیان تجدید نظر دلایل جدید شان را می باید در روشنی احکام عیار نمایند که از قبل در قوانین نافذه تصریح گردیده است که حسب ذیل است:¹

گفتار اول: موارد تجدید نظر خواهی در قضایای جزائی

تجدید نظر در قضایای جزائی منوط و مربوط به دلایلی است که در ماده (۳۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه صراحت دارد و متقاضی تجدید نظر با در نظر داشت آن ؛ دلایل جدیدش را تنظیم مینماید که حسب ذیل به آن می پردازیم

- 1 حقایقی که بر اساس آن حکم استوار بوده با حقایقی که در فیصله جزائی دیگر وجود دارد مطابقت نداشته باشد.
- 2 در حالتی که حکم جزائی بر یک حکم صادره از یک محکمه مدنی بنا یافته باشد و حکم محکمه مدنی مذکور ملغی شود.
- 3 در حالیکه بعد از حکم جزائی وقایعی حادث یا ظاهر شود یا اوراقی تقدیم گردد که در وقت محاکمه معلوم نبوده و ممکن است این واقعه یا اوراق برائت محکوم علیه را ثابت سازد.
- 4 در حالتی که شهادت زور (دروغ) تزویر مستند و یا بعضی اعمال غیر قانونی شهود یا اهل خبره در قضایای جزائی ظاهر گردد.
- 5 در حالتی که متهم در جرم قتل محکوم علیه قرار گیرد عناصر جدید دلالت کننده رخ بدهد که عدم وقوع قتل شخص را ثابت نماید.

1 ماده ۳۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه .

6_ هر گاه حکم در ختم جریان محاکمه بدون آگاهی رسمی متهم صادر یا اینکه در جریان محاکمه حق حاضر شدن بوی داده نشده که در نتیجه آن از حق انتخاب وکیل مدافع محروم گردیده و یا اینکه علت عدم حضور محکوم علیه بصورت روشن و واقعی معلوم نبوده و یا اینکه محکمه به این امر متوجه نگردیده باشد.

گفتار دوم : تجدید نظر در قضایای مدنی ، احوال شخصیه

حقوق عامه و تجارتی

با آنکه طرز رسیدگی قضایای مدنی ، احوال شخصیه و حقوق عامه در محاکم مستلزم تشریفات به خصوص خود می باشد ولی در پروسه تجدید نظر خواهی هر سه مورد تحت عنوان قضایای حقوقی تجدید نظر مورد بررسی قرار میگیرد چنانچه قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه موارد تجدید نظر خواهی را به ارتباط قضایای گفتار حاضر در ماده (۳۴) حسب ذیل برشمرده است :

- 1_ ثبوت کذب شهادت شهود.
 - 2_ ثبوت کذب استنتاج اهل خبره .
 - 3_ ثبوت جعل تزویر در اسناد و مدارک اثباتیه.
 - 4_ ثبوت ترجمه نا درست مترجم که در حکم موثر باشد.
 - 5_ ارایه سند مثبت از طرف محکوم علیه که هنگام اصدار حکم موجود نباشد.
- البته بعضاً حالاتی وجود دارد که خارج از موارد یاد شده میتواند سبب الغای حکم شود که به تشخیص شورایعالی ستره محکمه به الغای آن تصمیم اتخاذ میگردد چنانچه اکثراً قرار های ترک خصومت که طبق ماده (35) قانون اصول محاکمات مدنی صادر گردیده باشد به دلیل اینکه در ماهیت دعوی رسیدگی صورت نگرفته و خصومت قطع نگردیده است مورد لغو قرار میگیرد که در موارد یاد شده فوق به آن پرداخته نشده است و یا بعضاً تخطی روند محاکماتی با در نظر داشت اظهارات طرفین قضیه در جلسه شورایعالی بر ملا میگردد که نماینگر عدم رعایت اصول محاکمه بوده و عدالت به وجه احسن آن حین محاکمه تأمین نگردیده است سبب لغو فیصله میگردد.
- همچنان در قضایای حقوق عامه بمنظور اینکه دست غاصبین از املاک دولتی کوتاه گردد و فرصت مناسب برای اداره قضایای دولت داده شود آن تعداد فیصله هایی که تصور نفوذ غاصبین زمین در صدور آن موجود باشد به لغو مواجه و غرض رسیدگی مجدد به محاکم ارسال میگردد.

مبحث دوم

تجدید نظر در قضایای اعدامی

قوانین نافذه کشور پیرامون تجدید نظر خواهی در موضوعات اعدامی صراحت ندارد ولی با در نظر داشت صلاحیت های رئیس جمهور تجدید نظر بر قضایای اعدامی میباید از طریق ریاست جمهوری طی مراحل گردد. گرچه قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه مطلقاً تجدید نظر بر فیصله های نهائی محاکم را از جمله صلاحیت ها و وظایف شورای عالی ستره محکمه دانسته است. چنانچه ماده (31) قانون مذکور ذیلاً مشعر است. شورای عالی ستره محکمه در ساحه قضائی دارای وظایف و صلاحیت های ذیل میباشد و در فقره اول همین ماده چنین تذکر رفته است :

(تجدید نظر بر فیصله های محاکم به سبب ظهور دلایل جدید بر اساس اعتراض طرف دعوی ، طبق اصول پیشبینی شده در این قانون و سایر قوانین) و مزید برآن طبق صراحت ماده (64) قانون اساسی صلاحیت ها و وظایف رئیس جمهور در (21) فقره تعیین و مشخص گردیده است که ضمن آن از تجدید نظر بر دوسیه های اعدامی تذکر بعمل نیامده است ولی با در نظر داشت نتیجه ، در صورتیکه یک فیصله اعدامی نهائی گردیده باشد و بالاثر تقاضای تجدید نظر از طرف شورای عالی ستره محکمه لغو گردد چنین عمل تشبث در صلاحیت های رئیس جمهور خواهد بود چون مطابق به ماده (301) قانون اجراء جزائی مشعر بر اینکه فیصله های قطعی محاکم واجب التعمیل است ، به استثنای حکم شخص به اعدام که بعد از منظوری رئیس جمهور تعمیم میگردد. و نیز ماده (310) قانون مذکور که در زمینه چنین مشعر است:

هر گاه حکم به مرگ شخص مطابق احکام این قانون قطعی گردد ، ستره محکمه اوراق قضیه را با فیصله مربوط در خلال مدت (14) روز از تاریخ صدور آن به ریاست جمهوری تقدیم می نماید. در صورتیکه ریاست جمهوری آن را منظور نماید تنفیذ میگردد.))

بادر نظر داشت مواد فوق قضایای اعدام بعد از قطعیت حکم از حیطة و صلاحیت ستره محکمه خارج و به ریاست جمهوری محول میگردد ظاهر است که ریاست محترم جمهوری قبل از توشیح حکم مبنی بر اعدام بررسی های لازم را پیرامون موضوع انجام میدهد و این بررسی ها شامل رسیدگی بر اعتراض شخص محکوم به اعدام نیز میباشد و این صلاحیت عام و تام ریاست محترم جمهوری میباشد که حکم اعدام را توشیح و یا به حبس تعدیل نماید روی این ملحوظ اعتراض درخواست کننده گان تجدید نظر در قضایای اعدامی می باید به

ریاست جمهوری تقدیم گردد چون دوسیه های نسبتی شان جهت توشیح بمقام محترم ریاست جمهوری تقدیم میگردد.

مصوبات متعدد شورای عالی ستره محکمه مبنی بر اینکه متقاضیان تجدید نظر در قضایای اعدامی درخواستها و اعتراضات شانرا بمقام محترم ریاست جمهوری تقدیم نمایند صادر گردیده چنانچه مصوبه (1296) مورخ 1392/10/3 شورای عالی ستره محکمه ذیلاً صراحت دارد.

((از آنجائیکه مسیر اجراءات بعدی قضایایکه متهمین آنها بحکم قطعی ستره محکمه به اعدام محکوم گردیده اند طبق حکم ماده (129) قانون اساسی در مسیر احاله به مقام محترم ریاست جمهوری قرار میگیرد بنابر آن قبل از محول شدن به آن مقام صدور هدایت مبنی بر تجدید نظر از صلاحیت مقام عالی ریاست جمهوری میباشد و مزید بر آن مصوبه (1622) مورخ 1392/11/29 حسب ذیل صراحت دارد .

((غور بر تجدید نظر در مورد محکومین به اعدام بعد طی مراحل ثلاثه از صلاحیت رئیس جمهور است او شان میتوانند مجازات بر محکومین را تنفیذ و یا تنزیل دهند و هر دلیل جدید و موثر که حکم را غیر قابل تعمیم سازد قبل از تطبیق حکم مورد غور شورای عالی قرار گرفته میتواند.))

اجمالی از فعالیتها

در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

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

1. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل از تاریخ 1398/9/1 الی 1398/9/30 تعداد (17) دوسیه جرمی مربوط به جرایم

ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (28) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظيفوی ، اخذ رشوت ، تزوير ، اختلاس ، غدر و اکتساب غير قانونی سلاح گرفتار شده و از این تعداد (5) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (19) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال 3 نفر.
- حبس یک الی پنج سال 5 نفر.
- محکومین جرایم نقدی 15 نفر .
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (13767) دالر آمریکائی میشود.

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

تصمیم قضائی									
شماره	جرم قضایی	تعداد نفرات	تعداد مجازات	برائت	تعداد محکوم	تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
						یک ماه الی یک سال حبس	5 - 1 سال حبس	5 - 15 سال حبس	جرم قضائی
1	سوء استفاده از صلاحیت وظيفوی	8	10	2	8	1			9243
2	اخذ رشوت	5	6		6	1	1		3961
3	تزوير	1	3		3		1		307
4	اکتساب غير قانونی سلاح	1	2	1	1	1			
5	غدر	1	6	1	5		3		256
6	اختلاس	1	1	1					
مجموعه		17	28	5	23	3	5		13767

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (4) دوسیه قرار قضائی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

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

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار	مرجع مربوط
				خلا و نواقص	
1	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	2	7	2	خارنوالی
2	اختلاس	1	1	1	خارنوالی
3	رشوت	1	1	1	خارنوالی
مجموعه		4	9	4	

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

حکم مورخ 1398/9/18

محکومیت امر مالی حوزه ششم امنیتی پولیس شهر کابل به جرم اخذ رشوت
 به اساس اطلاع سرباز حوزه اول امنیتی پولیس عنوانی آمریت امنیت داخلی حوزه اول ریاست عمومی امنیت داخلی وزارت امور داخله مبنی بر اینکه امر مالی حوزه ششم امنیتی پولیس شهر کابل در بدل اجرای حواله معاشات سه ماهه از وی مبلغ دو هزار افغانی مطالبه می نماید ، آمریت به منظور مستند سازی موضوع مبلغ دو هزار افغانی پول اوپراتیفی در حضور داشت نماینده خارنوالی عسکری ولایت کابل به شخص همکار میدهد و همکار بعد از اخذ پول به شعبه کاری امر مالی حوزه ششم رفته و مبلغ مورد بحث را برایش تسلیم می نماید ، زمانیکه امر مالی از شعبه اش خارج میشود ، هیت گرفتاری دست به کار شده و مبلغ دو هزار افغانی پول نشانی شده را از داخل بالاپوش امر مالی در هنگام تلاشی بدنی به دست می آورند و متهم در جریان بررسی موضوع ، به جرم خود اعتراف نموده و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی گردیده است . قضیه محول محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/9/18 خویش به اتفاق آرا در حضور داشت طرفین قضیه متهم امر مالی حوزه ششم امنیتی پولیس شهر کابل را درقضیه اخذ رشوت مبلغ (2000) افغانی طبق حکم بند (1) فقره (1) ماده (371) و فقره (1) ماده (385) کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت سه ماه حبس و جزای نقدی معادل وجه رشوت محکوم به مجازات نموده است .

حکم مورخ 1398/9/23

محکومیت رئیس ، مدیر و کارمندان مطبعه صکوک و ضرابخانه

قبلا در سال 1394 ریاست عمومی مطبوعه صکوک و ضرابخانه وزارت مالیه با ارائه پیشنهاد عنوانی وزارت مالیه به هدف سوء استفاده خویش مقدار 2000 ریم کاغذ 70 گرامه و 80 گرامه را خلاف اصول و بدون در نظر داشت مواد قانون تدارکات بنام استعجالیات از منبع واحد به اساس درخواستی باشی به هدایت شفاهی رئیس اسبق ریاست مطبوعه صکوک ضرابخانه به مبلغ (3940000) افغانی خریداری مینماید و از مجموع پول متذکره مبلغ (9000000) افغانی آن را حسب گزارش مسولین تفتیش داخلی وزارت مالیه مدیر اسبق خدمات، مدیر کنترول و باشی حیف و میل مینماید. متهمین به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی و قضیه وارد محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/9/23 خویش به اتفاق آرا متهمین رئیس اسبق مطبوعه و ضرابخانه وزارت مالیه و مدیر کنترول مطبوعه را با رعایت ماده 209 قانون اجراءات جزایی و مدیر اسبق خدمات مطبوعه صکوک و ضرابخانه را با رعایت ماده 212 قانون مذکور در قضیه حصول مفاد از عواید متعلق به دولت طبق حکم فقره 2 ماده 395 فقرات 1 و 2 ماده 398 با رعایت ماده 17 کود جزا هر واحد به مدت یکسال و یکماه حبس تنفیذی، رد مبلغ نه صد هزار افغانی وجه غدر و انفصال از وظیفه و طرد از مسلک و هیت خریداری را در قضیه سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی طبق حکم فقره 1 ماده 285 قانون جزاء به پرداخت مبلغ ده هزار - ده هزار افغانی جزای نقدی محکومین به مجازات نموده و باشی عمومی ریاست مطبوعه صکوک را نسبت عدم موجودیت دلایل الزام طبق حکم ماده 5 کود جزاء و ماده 235 قانون اجراءات جزایی بری الذمه شناخته است.

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

1) گزارش

محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل از تاریخ (1398/9/1 الی 1398/9/30) تعداد (15) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائي قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (26) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی، اخذ رشوه، تزویر و اختلاس گرفتار شده و از این تعداد (12) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برانته حاصل و (14) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات هاي مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال 1 نفر .
- حبس یک سال الی پنج سال 5 نفر.
- حبس پنج سال الی پانزده سال 3 نفر.

- محکومین جرایم نقدی 5 نفر .
 - مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (4014) دالر آمریکائی میشود.
- جدول شماره (3) بیانگر آمار اجراءات محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه قوس سال 1398 است**

شماره	نوع جرم	تعداد متهمین	برائت	تعداد محکومین	تصمیم قضائی				
					تعداد محبوس به حبس تنفیذی				
					یک ماه الی یک سال حبس	5-1 سال حبس	5-15 سال حبس	محکومین جرایم نقدی	جرم نقدی
1	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	7	9	3	6	1		5	3626
2	اختلاس	3	10	9	1	1			
3	اخذ رشوت	2	3		3	3			388
4	تزویر	3	4		4	1	3		
مجموعه		15	26	12	14	1	5	3	4014

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (2) دوسیه قرار قضایی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

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

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار		مرجع مربوط
				خلا و نواقص		
1	سوء استفاده	1	1	1		خارنوالی
2	اخذ رشوت	1	1	1		خارنوالی
مجموعه		2	2	2		

2. خلاصه نمونه های از احکام صادره محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل
- حکم مورخ 1398/9/11**
- محکومیت امر مالی لوای 959 امنیت ملی به جرم تزویر**

به اساس کار اوپراتیفی ریاست 755 امنیت ملی و بررسی هئیت موظف ریاست امنیت ملی، قوماندان قطعه محافظ و کندک های اول دوم و سوم لوای 959 امنیت ملی راپور حاضری ماهوار و موجودی پرسونل جزو و تمام های تحت اثر خویش را بدون موجودی و تثبیت از ماه حمل سال 1393 الی ماه جوزا سال 1395 در حالیکه تعداد (27) تن از سربازان جزو و تمام های فوق الذکر غایب و از بست منفک بوده اند درج راپور حاضری نموده و از موجودیت شان به امریت سفربری معاونیت کادر و پرسونل لوای متذکره گزارش ارائه نموده که از آن طریق بعد از توحید و تائیدی همراه با مکاتیب غیابت و انفکاک سربازان مذکور جهت اجرای معاشات و سایر امتیازات پرسونل فوق الذکر به امریت مالی ارسال گردیده است که امریت مالی به اساس گزارش فوق معاشات و امتیازات پرسونل غایب و منفک شده را حواله و به عوض اشخاص غایب در جدول استحقاق توزیع معاشات مهر و امضا صورت گرفته که در طول این مدت امر مالی با شراکت معتمد نقدی، امر سفر بری، مدیر سفر بری و مدیر کنترول که جدول استحقاق ها متذکره توسط وی مورد تائید و کنترول قرار گرفته و میان هم رابطه زنجیروی ایجاد کرده اند جمعا مبلغ (1568048) افغانی پول معاشات (27) تن از سربازان غایب را اختلاس نموده اند. قضیه وارد محکمه ابتدائیه جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/11/6 بحضورداشت طرفین قضیه به اتفاق ارا متهمین امر مالی اسبق لوای 959 و معتمد نقدی را به اتهام تزویر جدول معاشات حسب هدایت بند 4 فقره 2 ماده 310 قانون جزاء بمدت سه سال حبس تنفیذی و در قضیه اختلاس مبلغ (1568048) افغانی طبق حکم فقره 2 ماده 268 و 273 قانون جزا با رعایت فقره 6 ایزاد شده ماده 148 و با در نظر داشت ماده 150 قانون مذکور به مدت پنج سال و یکماه حبس تنفیذی و رد جزای نقدی معادل وجه اختلاس شده طور علی السویه محکومان به مجازات نموده از اینکه جرایم اختلاس و تزویر با هم مرتبط بوده و تامین هدف واحد جرایم مذکور را باهم جمع کرده بنا طبق حکم ماده 156 قانون جزا شدید ترین پنج سال و یکماه حبس تنفیذی و رد جزای نقدی معادل وجه اختلاس بالای شان قابل تطبیق است و متهمین دیگر لوای را در قضیه غفلت و ظیفوی طبق حکم ماده 43 قانون جرایم عسکری و با رعایت 144 و 146 قانون جزا به مدت هشت - هشت ماه حبس تنفیذی و سه تن دیگر از متهمین را در قضیه غفلت و ظیفوی به مدت شش - شش ماه حبس تنفیذی محکومان به مجازات نموده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم امر مالی اسبق لوا و ارد دیوان استیناف جرایم ناشی از فساد اداری کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/9/11 خویش به اتفاق آرا طبق هدایت ماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه

فیصله محکمه ابتدائیه را در قسمت امر مالی لوا (959) امنیت ملی نقض و استینافا امر مالی لوای امنیت ملی را در قضیه تزویر جدول معاشات حسب هدایت فقره (4) ماده (437) کود جزا بمدت سه سال حبس تنفیذی و در قضیه اختلاس مبلغ (1568048) افغانی طبق حکم فقره (4) ماده (391) و مواد (393) و (398) کود جزا با در نظر داشت ماده (68) و رعایت مواد (213) و (211) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت پنج سال و یکماه حبس تنفیذی و رد مبلغ اختلاس شده طور تضامنی محکوم به مجازات نموده از اینکه جرم تزویر و اختلاس باهم مرتبط بوده و تامین هدف واحد جرایم مذکور را باهم جمع نموده بناء طبق ماده (76) کود جزا شدیدترین مجازات پنج سال و یکماه حبس تنفیذی و رد مبلغ اختلاس شده طور تضامنی بالایش قابل تطبیق است.

حکم مورخ 1398/9/26

محکومیت معاون دفتر مالی پروژه های مسکن همراه با کارمند پروژه وزارت شهر سازی به جرم تزویر

یکتن عریضه غیر مطبوع اش را عنوانی وزارت شهر سازی مبنی بر اخذ یک باب اپارتمان به سکرتریت دفتر مقام تسلیم نموده که مدیر عمومی پروژه های مسکن با شناخت و ارتباطی که داشته عرایض را بدست آورده سپس انرا تزویر نموده و بدون ثبت و راجستر طی مراحل کرده که بالاثر هدایت نامه مورخ 1395/9/24 مقام وزارت شهر سازی و مسکن موضوع تزویر امضا مقامات ذیصلاح وزارت شهر سازی و مسکن در اسناد توزیع اپارتمان ها برای دو تن تحت بررسی قرار گرفته و در نتیجه بررسی ابتدائی چنین آمده است: از انجاییکه امضاء و حکم مقام وزارت شهر سازی و مکتوب ریاست دفتر جعل بوده و همچنان طی مراحل اسناد توزیع شده اپارتمان ها ناقص و بدون فیصله کمیسیون توزیع اپارتمان ها صورت گرفته و حقوق مستحقین واقعی در پروژه مذکور ضایع گردیده است اپارتمان (26) بلاک (44) و اپارتمان شماره (2) بلاک (42) از نزد شان مسترد و پول اقساط تحولی الی صدور حکم نهایی مراجع عدلی و قضایی به حسابات وزارت شهر سازی و مسکن منجمد گردیده و خودشان قابل تعقیب عدلی دانسته می شوند که به همین اساس معاون دفتر همراه با همکارش به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردند. قضیه محول محکمه ابتدائیه فساد اداری و ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/1/26 به اتفاق ارا متهم معاون دفتر مالی پروژه ها مسکن وزارت شهر سازی و کارمند پروژه مذکور را در قضیه تزویر احکام مقام وزارت شهر سازی و مسکن و تعرفه ها طبق هدایت فقره 1 ماده 438 کود جزا با رعایت مواد 213 و 214 کود مذکور هر واحد را بمدت یکسال و شش ماه حبس

تتفیزی و دو نفر از افراد ملکی را در قضیه استعمال اسناد تزویری طبق هدایت فقره 1 ماده 443 کود جزا با رعایت مواد 213 و 215 کود مذکور به مبلغ چهل ، چهل هزار افغانی جزای نقدی محکومین به مجازات نموده اما قضیه نسبت عدم قناعت خاړنوال موظف وارد محکمه استیناف فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/9/26 به اتفاق ارا طبق هدایت ماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و فقره (2) ماده (267) قانون اجراءات جزائی وفق هدایت قرار رهنمودی دیوان امنیت عامه ستره محکمه نسبت خطا در تاویل و تطبیق قانون فیصله محکمه ابتدائیه جرایم ناشی از فساد اداری را نقض نموده و استینافا متهم معاون دفتر مالی پروژه های مسکن وزارت شهر سازی و کارمند پروژه مذکور را طبق فقره (1) ماده (438) کود جزا با در نظر داشت فقره (2) ماده (211) کود مذکور هر واحد بمدت پنج سال و یکماه حبس تتفیزی محکوم بمجازات نموده است.

در راستای مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

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

1. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (1398/9/1) الی (1398/9/30) تعداد (97) 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 (129) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (3) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت یافته و (126) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس 1 سال الی 5 سال 74 نفر .
- حبس 5 سال الی 15 سال 28 نفر.
- حبس 15 سال الی 20 سال 22 نفر.
- حبس 20 سال الی 30 سال 2 نفر .
- در ارتباط به محاکمات فوق الذکر حکم به محو مقدار (65731،223) کیلوگرام انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

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

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تصمیم قضائی						
				تعداد متهم	برائت	تعداد محکوم	تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
							1- 5 سال حبس	5- 15 سال حبس	15- 20 سال حبس	20-30 سال حبس
1	مت امفتامین	40	297,443	49	1	48	21	16	11	
2	تریاک	11	489.5	13	1	12	7	1	4	
3	هیرونین	30	124,71	39	1	38	28	5	3	2
4	چرس	6	815.5	10		10	5	5		
5	مورفین	4	53.95	4		4			4	
6	تابلیت K	1	g120	1		1		1		
7	اتفاق در جنایت	3		7		7	7			
8	خشخاش و بنگدانه	2	63950	6		6	6			
مجموعه		97	65731.223	129	3	126	74	28	22	2

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

حکم مورخ 1398/9/4

ده سال حبس به اتهام قاچاق 74 گرام مت امفتامین ، 46 گرام کافین و پرستامول

به اثر اطلاع قبلی همکار مدیریت مبارزه با مواد مخدر که یکتن از باشندگان ناحیه هشتم ولایت بلخ مینی بر خرید و فروش مواد مخدر تحت نام تابلت کی را در داخل شهر مزار شریف به شکل سیار توزیع و به فروش میرساند به ارتباط اطلاع واصله پرسونل مدیریت پولیس مبارزه با مواد مخدر ولایت بلخ به اشتراک نماینده څارنوالی داخل اقدام شده و بطرف محل مورد هدف رهسپار شدند که در نتیجه موثر فوق الذکر را در ساحه مورد شناسایی قرار داده و متهم را دستگیر و با موثر ان یکجا به مدیریت مواد مخدر انتقال و واسطه متذکره به حضور داشت هیات تحقیق و شخص مظنون قضیه مورد تلاشی دقیق و مسلکی قرار گرفته در نتیجه به تعداد (206) فرص تابلت K از زیر چوکی دریور کشف و بدست آمده که بعد بملاحظه تشریح وزن خالص تابلتها (74) گرام مت امفتامین و متباقی (46) گرام تحت نام پرستامول و کافین مثبت ثابت گردیده و قضیه وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه با مواد مخدر و مسکرات گردیده و در جلسه قضایی مورخ 1398/9/4 در حال حضورداشت طرفین قضیه به اتفاق آرا متهم در قبال قضیه قاچاق مقدار (74) گرام مت امفتامین طبق بند(4) فقره(2) ماده (303) کود جزا به درنظرداشت ماده (59) قانون مبارزه با مواد مخدر اعتبار از ایام نظارت و توفیقی بمدت ده سال حبس و در قضیه مقدار (46) گرام پرستامول و کافین تحت نام تابلت K طبق بند (3) فقره(2) ماده (303) با رعایت مواد (47 و 53) کود جزا با رعایت ماده (59) قانون مبارزه با مواد مخدر بمدت سه ماه حبس طوریکه شدید ترین جزای داده شده در قبال قضیه مقدار (74) گرام مت امفتامین که عبارت از مدت ده سال حبس طبق ماده (73) کود جزا بالایش قابل تنفیذ و تطبیق میباشد محکوم و نیز درقضیه فروش مواد مخدر بالای معتادین و سایر افراد طبق ماده (311) کود متذکره بمدت سه سال حبس تنفیذی محکوم به مجازات شده که طبق ماده (75) کود متذکره جزاهای داده شده فوق یکی پی دیگری بالایش قابل تطبیق و تنفیذ میباشد همچنان دو سیت مبایل معه سیمکارت های آن که مشخصات آن درج فورم سجل و سایل مخابراتی میباشد و وسیله ارتباط با قاچاقبران بوده طبق ماده (32) قانون مبارزه با مواد مخدر قابل مصادره دانسته شده و نیز طبق ماده (19) قانون فوق الذکر به محو مواد بدست آمده حکم گردیده است .

حکم مورخ 1398/9/10

سه سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (839) گرم هیروئین

پرسونل مدیریت مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات میدان هوایی بین المللی حامد کرزی به منظور تثبیت و گرفتاری قاچاقبران مواد مخدر به شکل بطنی در ساحه دو تر مینل چک و کنترول را آغاز نموده که در جمع مسافریین یکتن از باشندگان اصلی ولایت تخار که میخواست ذریعه پرواز شرکت هوایی سپایس جیت به صوب دهلی سفر نماید متوقف و مورد یک سلسله سوالات مسلکی بطور شفاهی قرار داده میشود که جوابات قناعت بخش ارایه کرده نتوانسته و در زمان پرسش حالت ظاهری وی نیز تغییر کرده که بعد از ادامه پرسشها اعتراف نموده که یک تعداد کپسول های حاوی مواد مخدر را بلعیده و میخواست آنها را به کشور هندوستان انتقال دهد متعاقبا طبق فقره (2) ماده (23) قانون مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات بعد از اخذ رضایت کتبی جهت اخراج کپسول ها رسما به شفاخانه سه صد بستر پولیس معرفی و اعزام میگردد که در نتیجه دوکتوران شفاخانه بعد از انجام معاینات و مانور خاص طبی به تعداد (53) قرص کپسول مواد مخدر تحت نام نوع هیروئین معه بارجامه به وزن مجموعی (839) گرم را از بطن متهم اخراج و متهم گرفتار و به ارگان های عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه قضائی مورخ 1398/9/10 بحضور طرفین قضیه به اتفاق آرا متهم را به ارتباط قضیه انتقال مقدار (839) گرم هیروئین طبق بند (4) فقره (1) ماده (302) وماده (213 و 214) کود جزا بمدت سه سال حبس تنفیذی محکوم و طبق ماده (32) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات به مصادره یک سیت مایل معه سمیکارت و مبلغ (500) دالر امریکائی و طبق ماده (19) قانون مذکور به محو مواد مخدر اصدار حکم نموده است .

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

1. گزارش

محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (1398/9/1) الی (1398/9/30) تعداد (72) 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 به تعداد (105) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار ، محاکمه و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس 1 – 5 سال 22 نفر.
- حبس 5 – 15 سال 42 نفر.
- حبس 15 – 20 سال 35 نفر.
- حبس 20 – 30 سال 6 نفر.
- همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر مقدار (36،55102) کیلوگرام مواد مخدر کشف و ضبط گردیده است.
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (6261) دالر آمریکائی میشود.

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

شماره	تاریخ صدور حکم	تاریخ اجرای حکم	تاریخ ابلاغ حکم	تصمیم قضائی				تعداد متهم	براند	جزای نقدی	تعداد محکوم	تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
				تعداد محکوم	تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محبوس به حبس تنفیذی					تعداد محکوم	تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محبوس به حبس تنفیذی
1	مت امفتامین	35	130,973	56		5108	56				56	12	20	21	3
2	تریاک	7	639	10		641	10				10		1	8	1
3	چرس	5	445.8	6			6				6	2	4		
4	مورفین	4	78.4	6		256	6				6		2	2	2
5	هیرونین	14	97,187	16		256	16				16	4	8	4	
6	مشروبات الکولی	3	LT6702	6			6				6		6		
7	خشخاش	2	53711	3			3				3	3			

		1	1	2		2		2	همکاری با قاچاقبران	8
6	35	42	22	105	626 1	10 5	55102:3 6	72	مجموعه	

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

حکم مورخ 1398/9/26

شانزده سال حبس به اتهام حيازت مقدار (23) كيلوگرام ترياك و (31.500) كيلوگرام چرس

به اساس اطلاع موظفين پوليس ولايت ننگرهار مبنی بر اینکه یکتن از باشندگان قریه لندی ولسوالی نازیان ولایت ننگرهار مواد مخدر را در خانه اش نگهداری نموده است ، بعداً موظفین داخل اقدام شده و حوالی ساعت 11 بجه لیل 11 بر 1398/7/12 باحضورداشت نماینده څارنوالی استیناف منزل موصوف مورد تفتیش قرار گرفته و در نتیجه با حضور داشت متهم مقدار (23) کیلو گرام ترياک و مقدار (31.500) کیلو گرام چرس ، یک میل سلاح تفنگچه تی تی معه (8) فیر مرمی آن و تعداد (10) فیر مرمی سلاح 303 بور کشف و به ارتباط موضوع متهم گرفتار به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه محول محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه قضائی علنی مورخ 1398/8/22 به اتفاق آراء و به حضور داشت حقیقی طرفین قضیه متهم را در قضیه حيازت مقدار (23) كيلوگرام ترياك از ابتدای ایام نظارت و توقیفی وفق هدایت بند (6) فقره (1) ماده (304) کود جزا به مدت (16) سال حبس تنفیذی و درخصوص حيازت مقدار (31.500) كيلوگرام چرس متکی به بند (7) فقره (1) ماده (305) کود جزا بمدت (10) سال حبس طوری محکوم به مجازات نموده که طبق ماده (73) کود مذکور ، جزای شدید مدت شانزده سال حبس بالایش قابل تطبیق و تنفیذ دانسته شده و همچنان در خصوص حيازت یک میل سلاح بدون مجوز قانونی طبق ماده (536) کود جزا و رعایت ماده (75) کود مذکور به مبلغ (30000) افغانی جزای نقدی محکوم و یک سیت مبایل بدست آمده معه سیمکارت های آن، یک میل سلاح تفنگچه ، هشت فیر مرمی معه دو عدد شازور و تعداد (10) فیر مرمی سلاح (303بور) طبق مواد (545) کود جزا و ماده (32) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر صادره و به استناد ماده (19) قانون مذکور به محو مقدار (23) كيلوگرام ترياك و مقدار (31.500) كيلوگرام

چرس بدست آمده نیز حکم گردیده است . اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم قضیه وارد محکمه استیناف مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه علنی قضایی مورخ 1398/9/26 به اتفاق آراء در حال حضور داشت حقیقی طرفین قضیه متکی به ماده (267) قانون اجراءات جزائی و فقره (2) ماده (17) قانون مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات فیصله مورخ 1398/8/22 محکمه ابتدائیه را تائید نموده است .

حکم مورخ 1398/9/27 دوازده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (3.800) کیلو گرام هیروئین و (1.500) کیلو گرام تریاک.

موظفین قوماندانی امنیه ولایت ننگرهار به اساس اطلاع مبنی بر اینکه پیکرهاده واسطه نقلیه نوع سراچه حامل مواد مخدر از طرف پرسونل پوسته امنیتی شفاخانه غنی خیل توقف داده شده است به محل رفته و عراده را مورد تلاشی مسلکی قرار داده که در نتیجه از سیت عقبی واسطه مواد مخدر مقدار (3.800) کیلو گرام هیروئین و مقدار (1.500) کیلو گرام تریاک کشف و ضبط گردیده است. به ارتباط قضیه دریور واسطه دستگیر و قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/9/2 خویش به اتفاق آراء متهم را در قضیه قاچاق مقدار (3.800) کیلو گرام هیروئین طبق بند (5) فقره (1) ماده (302) کود جزا با رعایت مواد (213 و 214) کود جزا به مدت (پنج) سال حبس و در قضیه قاچاق مقدار (1.500) کیلو گرام تریاک طبق بند (4) فقره (1) ماده (304) کود جزا به مدت (سه سال و شش ماه) حبس محکوم و با رعایت ماده (73) کود جزا به تنفیذ جزای شدید یعنی (پنج) سال حبس تنفیذی تصریح داشته و در قضیه عراده بدون پلیت طبق ماده (560) کود جزا به مبلغ (بیست) هزار افغانی جزای نقدی با رعایت ماده (75) کود جزا محکوم به مجازات و طبق ماده (32) قانون مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات یک سیت موبایل معه سیم کارت های آن و متکی به ماده (779) کود جزا یک عراده موتر حامل مواد مخدر قابل مصادره پنداشته شده و مبتنی به حکم ماده (19) قانون مبارزه علیه مواد مخدر به محو مواد مخدر بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت طرفین قضیه محول محکمه اختصاصی استیناف رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/9/27 بحضور داشت حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آراء متکی بماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت محاکم فقره (2) ماده (17) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات و فقره (1) ماده (267) قانون اجراءات جزائی فیصله

مورخ 1398/9/2 محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات را تشدیداً تعدیل و استینافاً متهم را در قضیه قاچاق مقدار (3.800) کیلو گرام هیروئین طبق صراحت بند (5) فقره (1) ماده (302) کود جزا از ابتداء ایام نظارت و توفیقی بمدت (دوازده سال و شش ماه) حبس تنفیذی و در قضیه انتقال مقدار (1.500) کیلو گرام تریاک طبق صراحت بند (4) فقره (1) ماده (304) کود جزا بمدت (سه سال و شش ماه) حبس تنفیذی با در نظر داشت ماده (73) کود جزا طوری محکوم بمجازات نموده که شدیدترین حبس یعنی مدت دوازده سال و شش ماه حبس محکوم بهای هیروئین بالایش قابل تنفیذ و تطبیق می باشد و در قضیه رانندگی عراده بدون نمبر پلیت طبق صراحت ماده (560) کود جزا بمبلغ بیست هزار افغانی جزای نقدی محکوم گردیده است. همینطور طبق صراحت ماده (32) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات و ماده (308) کود جزا بمصادره اشیای مندرج فیصله متذکره و واسطه حامل مواد مخدر نیز اصدار حکم گردید است .

متن بیانیه پوهنوال عبدالخواه عضو شورای عالی ستره محکمه
در سیمینار علمی و توضیحی کود جزا در ولایت بدخشان
مورخ 1398/9/26-25

یادداشت : بتاريخ 24 قوس سال 1398 هیئت عالی رتبه ادارات عدلی و قضائی تحت ریاست فضیلت‌آب پوهنوال عبدالقادر عدالتخواه عضو شورای عالی ستره محکمه که در ترکیب آن جناب څارنپوه داکتر غلام حیدر علامه مرستیال لوی څارنوالی در امور تعقیب قضائی، دگر جنرال عبدالحلیم عمادی مستشار دیوان رسیده گی به جرایم منسوبین نظامی ستره محکمه، عبدالمجید غنی زاده رئیس عمومی انسیتیوت امور قانون گذاری و تحقیقات علمی و حقوقی وزارت عدلیه، قضاوت‌مل فیض الله فیض آموزگار تعلیمات قضائی و وحیدالله اسدیار آمر طباعتی و نشراتی ریاست نشرات عضویت داشتند جهت تدویر سیمینار برای قضات محاکم و نمایندگان ارگانهای عدلی و قضائی زون شمال شرق تحت عنوان (ارائه توضیحات و تعدیلات تهیه شده در سیمینار علمی و توضیحی کود جزا) عازم ولایت بدخشان گردیدند. محترم پوهنوال عبدالقادر عدالتخواه عضو شورای عالی و رئیس دیوان جرایم منسوبین نظامی ستره محکمه در محفل افتتاحیه سیمینار بیانیه ای را ایراد نمودند که متن آن ذیلاً به نشر میرسد:

نحمده و نصلی علی رسوله الکریم. اما بعد: قال الله تبارک و تعالی فی محکم کتابه و هو اصدق القائلین. اعوذ بالله من الشیطان الرجیم، بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ "ان الله یامرکم ان تودوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل. الایه صدق الله العظیم.

جناب محترم والی صاحب ولایت بدخشان، فضیلت‌آب محترم دگر جنرال عبدالحلیم "عمادی" مستشار قضائی دیوان رسیدگی به جرایم منسوبین نظامی ستره محکمه، فضیلت‌آب محترم رئیس محکمه استیناف بدخشان، رئیس صاحب څارنوالی استیناف بدخشان، برادر محترم عبدالمجید «غنی زاده» رئیس تحقیقات انسیتیوت قانونگذاری و تحقیقاتی علمی و حقوقی وزارت عدلیه، قضات محترم و څارنوال صاحبان ولایات بدخشان، تخار، کندز و بغلان، رئیس صاحب امور زنان، مهمانان عزیز، خواهران و برادران محترم، السلام علیکم و رحمت الله و برکاته!

بسیار خورسند هستم که به نمایندگی از رهبری قوه قضائیه ج.ا.ا درین محفل، باجمعی از دوستان و هم مسلکان عزیز خویش حضور دارم و اجازه می‌خواهم که قبل از همه سلام های شخص خود، فضیلت‌آبان اعضای محترم شورایعالی ستره محکمه و خاصاً تمنیات نیک فضیلت‌آب محترم قانونپوه سید یوسف "حلیم" قاضی القضاات و رئیس ستره محکمه ج.ا.ا را به شما اشتراک کنندگان این سیمینار با عظمت که تحت عنوان "سیمینار علمی و توضیحی کود جزا" دایر گردیده است، تقدیم کنم و امیدوار هستم که با جر و بحث های بسیار سازنده و مفید خویش در نشست های این سیمینار چالش های ناشی از تطبیق کود جزا

را شناسائی نموده و به هر کدام ازین چالش ها راه حل های مناسبی را پیدا و به غنامندی این سیمینار بیافزائیم.

دوستان محترم!

تدوین مجموعه قوانین جزائی تحت نام (کود جزا)، بدون شک یکی از ابتکارات کاملاً جدید در ساحه قانونگذاری است که قبلاً در کشور ما سابقه نداشته و یکی از دست آوردهای مهم حکومت وحدت ملی بشمار میرود.

قابل یادآوری میدانیم که معایب و محاسن یک قانون بعد از انفاذ آن خاصتاً در هنگام تطبیق نورم ها و قواعد مندرج آن نمایان میگردد که از زمان تطبیق و اجرائی شدن کود جزا اکنون یکسال و ده ماه سپری شده است.

یقین کامل دارم که در جریان همین مدت سپری شده ادارات محترم عدلی و قضائی، خاصتاً خازنوالی ها، کارمندان جنائی وزارت امور داخله، وکلای مدافع، مساعدين حقوقی، محاکم قوه قضائیه و سایر ادارات محترم که در راستای تطبیق کود جزا کار و فعالیت مینمایند، چالش ها و نواقص موجود را شناسائی نموده و در اثر استهداءات و جر و بحث ها راه حل های را نیز در جهت رفع این چالش ها و کاستی ها پیدا کرده اند.

حضر گرامی!

آنچه در مورد توضیح کود جزا به قوه قضائیه ارتباط می گردد اینست که رهبری ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان به منظور آشنایی و آماده گی لازم محاکم و قضات برای تطبیق کود جزا به ریاست تعلیمات قضایی وظیفه سپرد تا با طرح و تطبیق پلانهای منظم در تمام محاکم کشور سیمینار های منظم آموزشی را راه اندازی نماید و مواردی را که جدیداً شامل کود جزا گردیده برای قضات توضیح و تشریح نمایند تا زمینه تطبیق آن مساعد گردد.

الحمد لله پلان های آموزشی کود جزا توسط استادان اداره تعلیمات قضایی و به همکاری نهاد های ذیربط طبق پلان تطبیق گردید که نتایج خوبی را هم به دنبال داشت.

در این اواخر پروژه محترم خدمات تخنیکی المان برای افغانستان یا (جی آی زید) تصمیم گرفته است تا مصارف مالی سیمینار های اختصاصی پیرامون توضیح کود جزا را به عهده بگیرد که سیمینار کنونی از جمله همین سیمینار

های قبلاً پلان شده است که به همکاری موسسه محترم (GIZ) برای قضات محاکم و کارمندان عدلی و قضائی زون شمالشرق دایر گردیده است.

اشتراک کنندگان محترم سیمینار حاضر!

با اغتنام از فرصت اجازه می‌خواهم که توجه حاضرین محترم سیمینار را به چند نکته بسیار عمده و مهم جلب کنم:

1: در امر مبارزه با فساد اداری:

فساد اداری یکی از لکه های ننگینی است که هر شخص مسلمان و با احساس این کشور از موجودیت آن رنج می برد. این مسأله باعث گردیده است که افغانستان جایگاه مناسبی را در مجامع بین المللی نداشته باشد.

دولت ج.ا.ا در امر مبارزه علیه فساد اداری کارهای زیادی را انجام داده است، درین راستا مرکز عدلی و قضائی مبارزه با جرایم سنگین فساد اداری بصورت جسورانه به فعالیت خویش ادامه میدهد. جرایم غیر سنگین فساد اداری از طریق خارنوالی ها و محاکم مبارزه با فساد اداری مورد رسیدگی قرار میگیرد. در جریان سالهای اخیر صد ها نفر که در آن جمله قضات، خارنوالان، محررین، کارمندان اداری، وکلای مدافع، کمیشین کاران و سایر اشخاص شامل میباشند، بنابر ارتکاب جرایم فساد اداری مورد محاکمه قرار گرفته اند، اما بآنهم هنوز فساد اداری کم و بیش در ادارات دولتی و خاصتاً ارگانهای عدلی و قضائی ما وجود دارد که این مسأله به رهبری ارگانهای عدلی و قضائی خاصتاً قوه قضائیه غیر قابل تحمل میباشد.

برای اینکه فساد اداری کاهش یابد، ایجاب مینماید که همه نهادهای دولتی و غیردولتی و مردم افغانستان کمپاین مبارزه علیه فساد اداری را براه بیندازند و وجبیه دینی و ایمانی خویش را در زدودن فساد اداری انجام دهند تا باشد که دولت افغانستان جایگاه مناسب خویش را در عرصه بین المللی احراز نماید.

2: رعایت معیارهای سلوک قضائی و اداری:

از انجائیکه تعیین معیارها و موازین رفتاری قضات درقبال مراجعین، اصحاب دعوی و توضیح وظایف ومسئولیت های قضات از اولویت های جدی قوه قضائیه می باشد، بهمین منظور در مطابقت به مواد (127 - 133) قانون اساسی و رعایت احکام قانون تشکیل وصلاحیت قوه قضائیه، مقررۀ طرز سلوک قضایی برای قضات تصویب و نافذ گردید که دران موازین رفتاری قضات، مطلع ساختن آنان از چنین معیارها و موازین وتنظیم امور مربوط به وظایف ومسئولیت های آنان مسجل گردیده است.همچنان مقررۀ طرزسلوک منسوبین اداری قوه قضائیه، تصویب، نشر و نافذ گردید.

تطبیق هر دو مقرر در مورد طرز سلوک قضات، محررین و سایر منسوبین اداری قوه قضائیه و تطبیق آن در عمل از اهمیت خاص برخوردار می باشد. بنابراین قضات کشور در برخورد و تعامل با اصحاب دعاوی باید دارای سلوک مطلوب و حسن برخورد بوده و معیارهای مندرج مقرر طرز سلوک قضایی را رعایت نمایند تا بر اساس آن مکلفیت های شرعی و قانونی شانرا بیشتر درک نموده و با حفظ استقلال و بیطرفی در اجراءات قضایی، عدم ترجیح اطراف قضایا نسبت به یکدیگرشان، تعامل مطلوب با مردم و توجه به خواستها و مطالبات قانونی آنان رفتار مسئولانه و بیطرفانه داشته و طوری عمل نمایند که هیچ فرقی میان اطراف قضایا به میان نیامده و آنان از برخورد قضاء نسبت به حل مشکلات شان راضی باشند تا فاصله ها میان مردم و قوه قضائیه کاهش یابد.

3: تحکیم روابط با ارگانهای محلی و ادارات ذیربط:

تحکیم روابط محاکم با ارگانهای محلی نیز از اهمیت به سزایی برخوردار است. قانون تنظیم روابط سلوکی مقامات قوای ثلاثه دولت در قاعده و اصول بیانگر وجایب و مکلفیت های سلوکی حین ارتباط کاری بین سه رکن دولت است، بدون شک آگاهی از موقف و صلاحیت ها، این امکان را میسر میسازد که هر رکنی از دولت از تداخل وظیفوی جلوگیری نموده و با احترام متقابل، سهولت های قانونی را در مسیر کاری یکدیگر فراهم کرده، نحوه گزارشگیری و گزارشدهی را بر مبنای صلاحیت های قانونی تنظیم نمایند که این کار هر نوع مظاهر بی احترامی و اهانت به یک دیگر را از میان بر میدارد. در جلساتی که از دیروز باینطرف با مسئولین محترم این ولایت داشته ام، به این نتیجه رسدم که روابط ریاست محترم محکمه استیناف بدخشان با رهبری مقام ولایت و سایر ادارات ذیربط در سطح مطلوب قرار دارد و از این بابیت از رهبری مقام ولایت و خاصاً جناب والی صاحب ابراز تشکر و امتنان میکنم و ضمناً از رهبری محکمه محترم استیناف خواشمنم که این روابط را با رعایت اصل استقلالیت قضا بیشتر از پیش گسترش دهند.

4: تامین امنیت قضات و محاکم:

موضوع تامین امنیت قضات و محاکم از اولویت های مهم دولت بوده و بر طبق حکم ماده (104) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه، وزارت محترم امور داخله و در ولایت قوماندانی های امنیه و سایر مراجع امنیتی کشور مکلفیت دارند تادر زمینه تحکیم امنیت قضات و محاکم ولایات ولسوالی ها تدابیر جدی اتخاذ نموده و امنیت آنان را به نحو بهتر تامین نمایند.

به همه معلوم است که محاکم قوه قضائیه و خارنوالی های کشور بخاطر ایفای رسالت خطیر و وظیفوی شان در امر تحکیم قانون و تامین عدالت قضایی زیر تهدیدات جنایتکاران و مخالفین صلح و ثبات کشور قرار داشته و هرآن موازی به ارگانهای امنیتی کشور، شهید و مجروح میدهند که این امر ایجاب مینماید تا نسبت به تامین امنیت آنان توجه خاص مبذول گردد .

شورای محترم عالی حاکمیت قانون و مبارزه با فساد اداری تحت ریاست جلالتماب رئیس جمهوری اسلامی افغانستان درمورد ترتیب طرح مصونیت و امنیت قضات و خارنوالان تاکیدات فراوان نموده و همین اکنون این طرح تسوید گردیده است اما با آنهم درخصوص ریاست محاکم ولایت بدخشان از قوماندانی محترم امنیه ، ریاست محترم امنیت ملی و سایر مراجع امنیتی ولایت احتراماً میخواهم تادر راستای تامین امنیت قضات و محاکم کمال همکاری و جدیت بخرچ داده به نوبه خویش در راستای تحکیم قانونیت و تامین عدالت سهم مسئولانه و صادقانه شانرا ایفا نمایند زیرا قضات و خارنوالان بخاطر انجام رسالت شان مطمئناً به فضای آرام نیاز دارند که چنین فضا میتواند با توجه و مواظبت ارگانهای محترم امنیتی کشور فراهم گردد .

قضات و خارنوال صاحبان نهایت گرامی !

کار و تلاش صادقانه شما در عرصه تنفیذ قانون و ایجاد فضای عادلانه قابل درک است ، ستره محکمه در راس شورای عالی و فضیلتما ب قاضی القضاات و رئیس ستره محکمه شب و روز تلاش به خرچ میدهند تا فضای بهتر کاری را برای محاکم کشور ایجاد نمایند و به مشکلات و چالشهای کاری شان راه حل های معقول جستجو نمایند و بالمقابل این امید واری نیز وجود دارد تا قضات محترم در سطح ولایت عدالت را تامین و با رسیده گی به شکایات اصحاب عرض و دعاوی ، حسن برخورد ، تامین و تقویه روابط با مقامات ولایتی و مبارزه جدی با فساد اداری تلاش مستمر نمایند تا نظام قضایی کشور در مسیر هدفمند قرار گرفته و خدمات بهتر قضایی را به شهروندان کشور عرضه نماید. انشاء الله این امید واری بجا است و شکی در ا جرأت و اقدامات سالم ریاست محکمه استیناف ولایت بدخشان وجود ندارد .

در اخیر از جناب والی صاحب نسبت مهمان نوازی و استقبال از هیئت و به نسبت ایجاد فضای همکاری و تساند میان ادارات دولتی از صمیم قلب ابراز تشکر میکنم و ضمناً به رئیس صاحب محکمه استیناف که در جهت زدودن فساد اداری و ایجاد روابط حسنه با ادارات دولتی سعی بلیغ به خرچ داده اند مراتب امتنان رهبری قوه قضائیه را اصالتاً و نیابتاً تقدیم می کنم. به همین ترتیب از همکاری ریاست خارنوالی استیناف ولایت بدخشان تشکری میکنم و از

قوماندانی محترم امنیه و ریاست محترم امنیت ملی از بابت تأمین امنیت قضات و خارنوالان تشکری مینمایم و اجر جزیل از خداوند به همه این بزرگواران استدعا میکنم.

در آخر یک تشکری خاص و ویژه از موسسه محترم GIZ دارم که ایشان سخاوتمدانه مصرف مالی این سیمینار را تمویل کرده اند و طالب همکاری های بیشتر ایشان در برگزاری همچو سیمینار ها در آینده میباشم.
و من الله التوفیق