

قضاء



دستري محكمې نشراتي ارگان

د امتياز خاوند: ستره محكمه
خپرونكي: دخپرونو رياست

د ليكنې هيئت

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

مسئول مدير: محمد صديق ژوبل

پته: دافغانستان داسلامي جمهوري دولت ستره محكمه

تيلفون: ۲۳۰۲۲۶۳_۲۳۰۰۳۶۱

ديزاین او کمپوز: وحيدالله "اسديار"

publication@supreme court.gov.af
www.supreme court.gov.af



فهرست مطالب:

از متحدا المال های ستره محکمه.....	۳
مقرره تعیین لباس رسمی قضات قوه قضائیه.....	۹
د اسلامی شریعت موخې (مقاصد).....قضاوتمل عنایت الله حافظ.....	۲۱
احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی.....قضاوتپوه مستمند غوری.....	۲۹
داسلامی فقهې بنسټونه.....قضاوتپوه حسامی.....	۴۱
مصادر قانون.....دوکتور عبدالله عطائی.....	۵۰
طرز رسیدگی به قضایای مدنی؛ حقوق عامه.....قاضی هما علیزوی.....	۵۷
بررسی اهداف کلی مجازات در جرایم جنسی.....محمد نادر احمدی.....	۷۳
حقوق جزاء و رعایت حریم خصوصی در افغانستان.....قضاوتمل وزیر احمد عزیزی.....	۹۷
اسباب اختلاف فقهاء در احکام زنا.....قضاوتمند عبدالدین محمودی.....	۱۱۰
بررسی تطبیقی عقد مقایضه در قوانین مدنی افغانستان...قاضی غلام سعید سعید.....	۱۲۵
مبنایی حق سکوت در قوانین افغانستان.....محمد عثمان نیازمند.....	۱۴۰
اجمالی از فعالیتها در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر.....	۱۴۶

از متحدا المال های ستره محکمه

متحدا المال شماره (۸۲۶-۹۰۰) مؤرخ ۱۳۹۹/۶/۱۶

دارالانشاء شورای عالی:

بالاثر نامه شماره (۱۲۸) مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۸ ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات ستره محکمه پیشنهاد شماره (۵۰۳) مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۶ محکمه استیناف توقیفگاه بگرام و نظر تدقیقی مرتب بر آن بشرح ذیل مواصلت ورزیده است:

((قراریکه مقام محترم بهتر در جریان قرار دارند قبل از انفاذ کود جزاء اشخاصی که مرتکب جرایم غارت مسلحانه و باندیتیزم میگردیدند طبق هدایت ماده (۱۵) قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی دوسیه آنها در محاکم جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی مورد رسیدگی قرار میگرفت، و بعد از انفاذ کود جزاء، قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی تاریخی ۱۳۶۶/۵/۱۰ ملغی گردیده که در ماده (۱۵) قانون مذکوردر رابطه به غارت مسلحانه و باندیتیزم وصف جرمی پیشبینی شده بود اما در کود جزاء کدام مواد در رابطه به وصف جرمی جرم باندیتیزم موجود نبوده و بعضی محاکم، غصب پول اشخاص و سرقت های مسلحانه را که متشکل از یک باند بوده اند، به استناد ماده (۲۵۵) کود جزاء به عنوان وصف باندیتیزم توصیف می نمایند و به این اساس قرار عدم صلاحیت صادر و دوسیه متهمین را غرض رسیدگی به محکمه استیناف توقیفگاه بگرام ارسال می دارند درحالیکه ماده متذکره در باره غصب و غارت املاک و اموال دولتی بوده، نه غصب، غارت و سرقت اموال اشخاص عادی بنابر این مرتکبین همچو جرایم از جمله جرایم سازمان یافته میباشند که در مواد (۴۹۵) الی (۴۹۷) کود جزاء تعریف گردیده، و همچنان ناگفته نباید گذاشت مرتکبین جرایم ماده (۲۵۵) کود جزاء زمانیکه قصد غصب و غارت املاک یا اموال دولتی را داشته باشند و با نیروهای نظامی برخورد مسلحانه نمایند در نتیجه آن مرتکب قتل گردند در ماده (۲۵۵) کود جزاء مجازات قتل پیشبینی نگردیده باید مطابق ماده (۵۴۷) کود جزاء مجازات گردند، که مجازات قتل شدید بوده نیز شامل صلاحیت محاکم جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی نمی باشد. بناءً نظر هیأت قضایی محکمه استیناف رسیدگی به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی توقیفگاه بگرام براینست؛ در فصل و باب جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کود جزاء، وصف جرمی تحت عنوان باندیتیزم موجود نبوده و در مواد (۴۹۵) الی (۴۹۷) کود جزاء جرایم سازمان یافته پیشبینی گردیده که مرتکبین جرایم مذکور بادر نظرداشت مواد متذکره تحت عناوین اعمال مجرمانه شان قابل مجازات می باشند و وصف باندیتیزم در مورد آنها مصداق ندارد و همچنان مرتکبین ماده (۲۵۵) کود جزاء زمانیکه منجر به قتل گردد، از نظر شدت و خفت طبق هدایت ماده (۵۴۷) کود جزاء قابل مجازات بوده که محاکم جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی در همچو قضایا نیز ذیصلاح

نمی باشند؛ موضوع غرض ایجاد رویۀ واحد، استهداء گردید تا در زمینه آنچه صوابدید و هدايت اولياء امور باشد رهنمائي فرموده دستور و هدايات مقام عالي واجب التعميل ميباشد.))
نظر تدقيقي:

((این موضوع برای مرجع محترم مستهدی قابل ایضاح و تبیین می باشد که به منظور حفظ توازن کاری خارنوالی ها و محاکم ابتدائیه واستیناف مبارزه با جرایم امنیت داخلی وخارجی مرکز عدلی و قضایی ولایت پروان طرح تعدیل برخی از مواد ضمیمه (۱) قانون اجراءات جزایی منتشره جریده رسمی شماره (۱۱۹۰) ۱۳۹۴/۷/۲۷ را با در نظر داشت مواد ملاک عمل در کود جزأ، از جانب کمیته قوانین کابینه دولت ج.ا.ا پیشنهاد و ذریعه فرمان شماره (۲۶۰) مؤرخ ۱۳۹۶/۱۲/۱۲ مقام عالی ریاست جمهوری نافذ و در جریده رسمی شماره (۱۲۸۶) مؤرخ ۱۳۹۶/۱۲/۱۵ نشر گردیده است که در آن صلاحیت رسیده گی به قضایا توسط مرکز عدلی و قضایی پروان بر مبنای جرایم محدود شده در کود جزاء مشخص شده است. مرجع مستهدی مطابق صراحت آن در محدوده صلاحیت خویش اجراءات نمایند.

۲_ اینکه قانون گذار در کود جزاء باندیتیزم را در قضایا به عنوان وصف جرمی پیشبینی نکرده، دلیل آن این است که یک تفکیک واضح وجود داشته باشد میان جرایم سازمان یافته در قضایای جرمی عادی و جرایم سازمان یافته در قضایای تروریستی.

۳_ اگر مرجع محترم مستهدی به متن ماده (۲۵۵) کود جزاء دقت نمایند در آن جا هدف غصب یا غارت املاک یا اموال دولتی می باشد نه اموال و املاک شخصی بدان سبب است که صلاحیت رسیدگی به جرایم مندرج ماده مذکور به مرکز عدلی و قضایی ولایت پروان تفویض شده است.

۴_ در رابطه به اینکه در ماده (۲۵۵) کود جزاء موضوع قتل مطرح نگردیده است، استهداء مرجع محترم مستهدی بجا بوده اما باید متذکر شد که در سمینار بررسی چالشهای ناشی از تطبیق کود جزاء که در سال ۱۳۹۸ در مقر ستره محکمه دایر گردیده بود در بخش تعدیلات که به وزارت محترم عدلیه پیشنهاد گردیده است در خصوص قتل یک فقرۀ به عنوان فقرۀ (۳) در ماده (۲۵۵) کود جزاء به متن ذیل ایزاداً پیشنهاد گردید:

«هرگاه جرایم مندرج فقرات (۱) و (۲) این ماده منجر به مرگ شود، مرتکب حسب احوال به جزای حبس دوام درجه (۱) یا اعدام محکوم می گردد.»

بناءً احتراماً به مقام شورایعالی ستره محکمه پیشنهاد می گردد تا زمان ایزاد یک فقرۀ در ماده (۲۵۵) کود جزاء اگر صلاحیت رسیدگی در خصوص جرم قتل در جرایم مندرج ماده (۲۵۵) کود جزاء به مرکز عدلی و قضایی پروان تفویض گردد مشکل مرجع مستهدی حل خواهد گردید.

در رابطه به مواد (۴۹۵ الی ۴۹۷) کود جزاء که مرجع محترم مستهدی تحت عنوان جرایم سازمان یافته به آن اشاره نموده است باید متذکر شد که جرایم مندرج مواد مذکور از جمله جرایم عادی بوده نه جرایم تروریستی، چنانچه در عناوین مواد مذکور جمله «گروه جرمی» قید است نه گروه

تروریستی و گروه های جرمی مذکور شامل گروه هایی می شود که جرایم عادی را مرتکب شده باشد و رسیدگی آن از صلاحیت محاکم عادی مربوط میباشد بناءً مرجع مستهدی با در نظر داشت تعدیل ضمیمه نمبر (۱) قانون اجراءات جزائی که طی فرمان (۲۶۰) مؤرخ ۱۳۹۶/۱۲/۱۲ مقام ریاست جمهوری نافذ گردیده صلاحیت رسیدگی به جرایم سازمان یافته ئی را دارا میباشد که در تعدیل متذکره تحدید و تفویض شده باشد.))

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی پیرامون آن جنساً در جلسه مورخ ۱۳۹۹/۴/۳ مقام محترم شورایعالی مطرح و طی تصویب شماره (۱۶۵) هدایت ذیل صدور یافت: ((پیشنهاد و نظر ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات تائید است موضوع غرض توحید مرافق قضائی طور متحدالمال به جمیع محاکم و سایر مراجع مربوط تعمیم گردد.)) مراتب مندرج تصویب شماره فوق بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط طور متحدالمال اخبار میگردد، البته آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نموده وفقاً اجراءات مقتضی و قانونی بعمل میآورند.

متحدالمال شماره (۱۰۵۱-۱۱۲۵) مؤرخ ۱۳۹۹/۶/۲۵

دارالانشاء شورای عالی:

نامه شماره (۲۱۶) مؤرخ ۱۳۹۹/۵/۶ ریاست محترم تدقیق و مطالعات ناشی از استهدائیه محکمه استیناف ولایت زابل نظر تدقیقی مرتب بر آن بشرح ذیل مواصلت ورزیده است. ((محترماً: درین اواخر چندین جلد دوسیه قضایای جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی به این محکمه مواصلت ورزیده طوریکه اوراق دوسیه ها مطالعه و ملاحظه گردید، دوسیه های مورد بحث از طرف دیوان محترم رسیده گی به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی مقام عالی ستره محکمه بدلیل عدم تکمیل نصاب قضائی مرحله ابتدائی، مواجه به بطلان گردیده گرچه قرار های محاکم فوقانی وفق مصوبه شماره (۶۵۶) مؤرخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۷ شورایعالی ستره محکمه بالای محاکم تحتانی واجب التعمیل بوده ولی بآن هم درخصوص نصاب قضائی در فیصله های محاکم ابتدائیه مصوبه شماره (۸۲۳) مؤرخ ۱۳۹۲/۶/۱۲ مقام محترم شورایعالی ستره محکمه که در جواب پیشنهادیه ریاست محترم دیوان تجارتی ستره محکمه در مورد تکمیل نصاب قضائی در محاکم ابتدائیه صدور یافته ، چنین هدایت فرموده: «تشکیل جمیع محاکم ابتدائیه حایز سه نفر قضات بوده هرگاه سه نفر همه مقرر و حاضر نباشد دو نفر قاضی و در غیر آن یک قاضی به امور محاکم ابتدائیه صلاحیت رسیده گی را دارند»، اطلاق کمتر از سه نفر قاضی به یکی و دو موجه میباشد که تصویب فوق الذکر طی متحدالمال شماره (۱۱۲۵-۱۲۰۰) مؤرخ ۱۳۹۲/۸/۸ ریاست دارالانشاء شورایعالی ستره محکمه طور متحدالمال به جمیع محاکم اخبار گردیده که کاپی مصوبه شماره فوق ضم پیشنهاد هذا میباشد اگر جریان موضوع به مقامات عالی ستره محکمه شریک ساخته شود تا درمورد رهنمایی گردد بهتر

خواهد بود) اینک مطالبه ریاست محکمه ابتدائیه شهری غرض استهداء و هدایت به مقام عالی ستره محکمه محول گردید تادرین مورد مارا هدایت و رهنمائی عالمانه نمائید.

نظر تدقیقی: محکمه استیناف ولایت زابل در مورد دوسیه های که از طرف دیوانهای ستره محکمه بدلیل عدم تکمیل نصاب قضایی مرحله ابتدائی مواجه به بطلان گردیده با موجودیت مصوبۀ شماره (۸۲۳) مؤرخ ۱۳۹۲/۶/۱۲ شورایعالی استهداء نموده اند.

در خصوص نصاب قضایی در مرحله ابتدائی فقرۀ اول مادۀ (۱۰) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه چنین صراحت دارد: «در مرحله ابتدائیه توسط سه نفر قاضی مگر اینکه تعداد قضات موجود در تشکیل قوۀ قضائیه کمتر از سه نفر باشد.»

و مادۀ (۶۹) قانون مذکور تصریح نموده: «محکمه ابتدائیه ولسوالیها مرکب از رئیس و دو عضو می باشد در ولسوالیهای که اعضای آن کمبود باشد رسیدگی قضایا توسط کمتر از سه نفر صورت گرفته میتواند.»

که مادۀ (۱۰) قانون مذکور بیانگر حالت عام بوده و منوط به کمبود در تشکیل قوۀ قضائیه می باشد، اما مادۀ (۶۹) قانون مذکور بیانگر حالت استثنائی و خاص بوده و منوط به نصاب محاکم ولسوالیها می باشد و مصوبۀ ایکه محکمه مربوط به آن استناد نموده نیز در مورد نصاب محاکم ولسوالیها صادر گردیده تا در مخالفت با قانون واقع نگردد و دیگر اینکه در آن مصوبه تصریح شده (تشکیل جمیع محاکم ابتدائیه حایز سه نفر قضات بوده) که در آن زمان تشکیل جمیع محاکم ولسوالیها حایز سه نفر قضات بوده نه دیوان های محکمه شهری زیرا در بعضی از دیوانهای محکمه شهری اضافه از سه نفر قضات موجود بوده لذا دیوانهای محکمه شهری شامل آن نمی گردد.

بنظر ما از اینکه تکمیل نصاب قضایی طبق تشکیل یک اصل از اصول محاکمه عادلانه است و در تشکیل دیوانهای محکمه شهری وفق پراگراف اول فقرۀ (۲) مادۀ (۶۲) قانون تشکیل و صلاحیت قوۀ قضائیه رئیس و حد اکثر چهار عضو موجود میباشند و در صورت عدم موجودیت و یا غیابت قضات دیوانهای محکمه شهری وفق پراگراف دوم فقرۀ متذکره، رئیس محکمه شهری، عضو یک دیوان را مؤقتاً به دیوان دیگر توظیف می نماید و هم نظر به مصوبۀ (۶۱۱) مؤرخ ۱۳۸۷/۱۰/۱۷ شورایعالی ستره محکمه، در موضوعات جنایات حضور رئیس محکمه شهری حتمی می باشد. لذا تکمیل نصاب قضایی در دیوان های محکمه شهری حتمی بوده و بدون آن فیصله به بطلان مواجه می گردد.))

حینیکه تفصیل جریان موضوع توأم با اصل نظر تدقیقی در جلسه مورخ ۱۳۹۹/۶/۴ مقام محترم شورایعالی مطرح گردید، طی تصویب شماره (۳۱۰) هدایت ذیل صدور یافت.

((نظر ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات تائید است به جمیع محاکم و مراجع مربوط متحالمال گردد))

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

متحدالمال شماره (۱۱۲۶-۱۲۰۰) مؤرخ ۱۳۹۹/۷/۱۵

دارالانشاء شورای عالی:

موضوع:- رسیدگی به قضایای غصب زمین و سایر املاک دولتی:
پیشنهاد شماره (۴۰) مؤرخ ۱۳۹۹/۵/۳۰ محکمه استیناف رسیدگی به جرایم سنگین فساد اداری بشرح ذیل موصلت ورزیده است:

((طوریکه در جریان قرار دارید قضات ریاست محکمه ابتدائیه و استیناف رسیدگی به جرایم سنگین فساد اداری طبق مصوبه (۸۲) مؤرخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۲ شورای عالی ستره محکمه بر علاوه وظایف اصلی شان طور خدمتی در محاکم رسیدگی به قضایای غصب زمین و سایر املاک دولتی زون مرکز ایفای وظیفه مینمایند که به تعداد (۱۶) جلد دوسیه قضایای مربوط فعلاً تحت دوران این محاکم قرار دارد که یک تعداد دوسیه ها شامل صورت حال نیز میباشد و روزانه دوسیه های دیگری هم جدیداً به محکمه موصلت می ورزد این در حالیست که در تشکیل سال ۱۳۹۹ محاکم ابتدائیه و استیناف غصب زمین و سائر املاک دولتی منظور گردیده و یک نقل تشکیل متذکره ذریعه مکتوب نمبر (۳۵) مؤرخ ۱۳۹۹/۴/۳۰ منابع بشری مقام عالی ستره محکمه ج.ا.ا به این محکمه خبر داده شده است.

سوال اینجاست که آیا با وصول تشکیل محاکم متذکره صلاحیت رسیدگی قضایای مربوط از قضات خدمتی ختم گردیده یا اینکه الی ایجاد محاکم مربوطه به اجراءات شان ادامه دهند، و همچنان در رابطه به دوسیه های داخل صورت حال و دوسیه های جدیدالورود چگونه اجراءات صورت گیرد؟

موضوع فوقاً بمقام محترم احتراماً پیشنهاد گردید در زمینه آنچه هدایت فرمایند قابل تعمیل است.))
مطلب مورد استهداء مندرج پیشنهاد شماره فوق به جلسه مؤرخ ۱۳۹۹/۶/۴ مقام محترم شورایعالی گزارش یافت در نتیجه طی تصویب شماره (۳۱۱) هدایت ذیل صادر شد:

((صلاحیت رسیدگی قضایای جدیدالورود و صورت حال شده محاکم اختصاصی زون های پنج گانه قبلی غصب املاک دولتی با رعایت متحدالمال (۶۰۱-۶۷۵) مؤرخ ۱۳۹۹/۶/۴ مطابق تشکیل به دیوانهای حقوق عامه ولایات مربوط و صلاحیت رسیدگی آنعه قضایای حقوق عامه مرکز به شمول ولسوالی های کابل که ده جریب و یا بیشتر از آن باشد مربوط محکمه اختصاصی استیناف رسیدگی به قضایای غصب املاک دولتی شهر کابل میباشد، موضوع به جمیع محاکم و مراجع مربوط تعمیم گردد.))

هدایت فوق مقام محترم شورایعالی ستره محکمه بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط طور متحدالمال اخبار میگردد تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نموده و وفقاً اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.



جمهوری اسلامی افغانستان

ستره محکمه

مقررۀ

تعيين لباس رسمي قضاة قوه قضائيه

مصوب شماره (۴۲۰) مورخ ۸ / ۷ / ۱۳۹۹

شورايعالی ستره محکمه

فهرست :

فصل اول

۱۱	احکام عمومی
۱۱	مبنی
۱۱	ماده اول:
۱۱	هدف
۱۱	ماده دوم:
۱۱	ساحه تطبیق
۱۱	ماده سوم:
۱۱	انواع لباس
۱۱	ماده چهارم:

فصل دوم

۱۲	لباس جلسات قضایی
۱۲	استفاده از لباس
۱۲	ماده پنجم:
۱۲	لباس جلسات قضایی
۱۲	ماده ششم:
۱۲	منع استفاده از چین قضات
۱۲	ماده هفتم:
۱۲	موارد استفاده از چین
۱۲	ماده هشتم:
۱۳	مکلفیت رؤسای محاکم
۱۳	ماده نهم:

فصل سوم

۱۳	لباس قضات در محل کار
۱۳	نوع لباس محل کار
۱۳	ماده دهم:
۱۳	مکلفیت قضات
۱۳	ماده یازدهم:

فصل چهارم

۱۳	احکام متفرقه
۱۳	تهیه لباس جلسات قضائی
۱۳	ماده دوازدهم:

۱۳	رعایت نظافت
۱۳	ماده سیزدهم :
۱۳	نظارت از نظافت
۱۳	ماده چهاردهم:
۱۴	مکلفیت ازتطبيق مقرره
۱۴	ماده پانزدهم:
۱۴	انفاذ:
۱۴	ماده شانزدهم:
۱۵	ضمایم
۱۶	شکل شماره (۲) : نمونه چین اعضای شورای عالی ستره محکمه
۱۷	شکل شماره (۳): نمونه چین رؤسای جلسات قضایی محاکم
۱۸	شکل شماره (۴): نمونه چین اعضای جلسات قضایی محاکم
۲۰	شکل شماره (۶): نمونه لباس قضات اناث در محل کار

فصل اول

احکام عمومی

مبنی

ماده اول:

این مقرره درمطابقت با بند(۷) ماده (۳۱) وبتأسی ازحکم ماده (۱۰۱) قانون تشکیل وصلاحیت قوه قضائیه ج ۱.۱. وضع گردیده است.

هدف

ماده دوم:

هدف این مقرره تعیین نوعیت وطرزاستفاده لباس رسمی درجلسات قضایی و محل کار قضات و حفظ پرستیژ قضایی می باشد.

ساحه تطبیق

ماده سوم:

احکام این مقرره بالای تمام قضات قوه قضائیه ج ۱.۱. قابل تطبیق می باشد.

انواع لباس

ماده چهارم:

لباس مندرج این مقرره عبارت است از:

لباس مخصوص جلسات قضایی.

لباس محل کار.

فصل دوم لباس جلسات قضایی استفاده از لباس

ماده پنجم :

قضات مکلف اند هنگام تدویر جلسات علنی یا سری قضایی از لباس مخصوص مندرج این فصل استفاده نمایند.

لباس جلسات قضایی

ماده ششم :

- (۱) لباس جلسات قضائی عبارت از چین به رنگ سیاه ، که طول آن چند سانتی پائین تر از زانو بوده ، در حصه دوطرف شانه پتی و طول شانه عقبی دارای چین می باشد ، از حصه یخن الی انجام دامن به عرض ده سانتی متر از تکه مخمل است.
- (۲) رنگ فیتیه چین مندرج فقره (۱) این ماده برای رئیس و اعضای قضائی سبز میباشد .
- (۳) رنگ فیتیه چین مندرج فقره (۱) این ماده برای اعضای ستره محکمه جگری روشن میباشد .
- (۴) رنگ فیتیه مندرج فقره (۱) این ماده برای قاضی القضاات و رئیس ستره محکمه جگری روشن و بر حسب علامه خاص از چین های اعضای ستره محکمه و سایر قضات تشخیص میشود.
- (۵) رئیس جمهور جمهوری اسلامی افغانستان و معاونین وی، حین تحلیف اعضای شورای عالی ستره محکمه و در محافل قضائی، ملبس به یونیفورم مندرج فقره (۴) این ماده میباشد.
- (۶) نمونه چین های مندرج فقره های (۱) ، ۲ ، ۳ و ۴ این ماده در ضمیمه این مقرره می باشد.

منع استفاده از چین قضات

ماده هفتم:

لباس مندرج ماده (۶) این مقرره، یونیفورم رسمی قضات بوده سایر مامورین و اشخاص نمی توانند از چین مذکور تقلید یا استفاده کنند.

خارنوالان ، وکلای مدافع و اعضای مسلکی اداره قضایای دولت حین حضور به جلسات قضایی به چین مخصوص طبق مقررات مربوط شان ملبس می باشند.

موارد استفاده از چین

ماده هشتم:

استفاده از چین تنها در جلسات قضایی و در داخل محکمه و حریم محکمه بر وفق احکام این مقرره مجاز است.

پوشیدن چین در محافل رسمی دیگری بر حسب صوابدید ستره محکمه صورت گرفته می تواند.

مکلفیت رؤسای محاکم

مادۀ نهم:

رؤسای محاکم مکلف اند تا قضات و اعضای قضایی شان را که بدون چین به جلسه حاضر میشوند ، به پوشیدن چین مکلف سازند.

فصل سوم

لباس قضات در محل کار

نوع لباس محل کار

مادۀ دهم:

لباس محل کار برای قضات طبقۀ ذکور عبارت است از لباس ملی (پیراهن و تنبان) به رنگ سفید همراه با بالاپوش به طول چند سانتی پائینتر از زانو به رنگ سیاه و یا دریشی. لباس محل کار برای قضات طبقۀ اناث عبارت است از بالاپوش به طول چند سانتی پائینتر از زانو برنگ سیاه درحالیکه حجاب اسلامی درآن رعایت شده باشد با چادر و یا دستمال سر. شکل نمونه وی لباس های مندرج فقرات ۱ و ۲ این مادۀ در ضمیمۀ این مقررۀ میباشد.

مکلفیت قضات

مادۀ یازدهم:

قضات مکلف اند در محل وظیفه به یکی از لباس های مندرج این فصل ملبس باشند.

فصل چهارم

احکام متفرقه

تهیه لباس جلسات قضائی

مادۀ دوازدهم :

قضات مکلف اند لباس های مندرج این مقررۀ را طبق شکل نمونوی تهیه نمایند.

رعایت نظافت

مادۀ سیزدهم :

قضات به رعایت نظافت لباس مندرج این مقررۀ و نظافت محل کار مکلف میباشند.

نظارت از نظافت

مادۀ چهاردهم:

رؤسای محاکم و رؤسای ادارات مسلکی مرکزی سترة محکمه مکلف اند از امور نظافت محل کار، نظافت لباس مخصوص جلسات و لباس محل کار شخصاً نظارت نموده مؤظفین مربوط را در زمینه رهنمائی نمایند.

مکلفیت ازتطبیق مقررہ

مادۀ پانزدهم:

مراجع ذیل به نظارت ازتطبیق احکام این مقررہ مکلف می باشند:

- ۱- رؤسای محاکم استیناف، ابتدائیه و رؤسای ادارات مسلکی مرکزی سترہ محکمہ ازتطبیق احکام این مقررہ درمورد کارمندان تحت اثر، مکلف می باشند.
- ۲- مفتشین قضائی حین تفتیش عادی واقتضایی و بازدید امور محاکم از تطبیق احکام این مقررہ نظارت و مراقبت نموده، قضات متخلف را طبق احکام مقررہ تفتیش قضایی و اسناد تقنینی مربوط مورد پیگرد قرار میدهند.
- ۴- منسوبین مراقبت قضایی مکلف اند از تطبیق سالم احکام این مقررہ نظارت جدی نموده متخلفین را به مقام سترہ محکمہ معرفی نمایند.

انفاذ:

مادۀ شانزدهم:

- ۱- این مقررہ بداخل (۱۶) مادہ با ضمایم آن تصویب و دو ماه بعد از نشر درمجلۀ قضاء نافذ می گردد.

با انفاذ این مقررہ اسناد تقنینی ذیل ملغی میگردد:

- مقررۀ لباس رسمی قضات درہنگام جلسات قضایی منتشرہ جریدہ رسمی شمارہ ۲۱۷ سال ۱۳۵۱
مقررۀ تنظیم امور لباس قضات ورعایت نظافت درمحل کار منتشرہ جریدہ رسمی شمارہ (۱۰۱۷)
سال ۱۳۸۹.

ضمایم:



شكل شماره (١): نمونۀ چپن رئیس ستره محكمه



شکل شماره (۲) : نمونه چپن اعضای شورای عالی ستره محکمه



شکل شماره (۳): نمونہ چہن رؤسای جلسات قضایی محاکم



شکل شماره (۴): نمونہ چہن اعضای جلسات قضایی محاکم



شماره (۵): نمونه لباس قضات ذکور درمحل کار



شکل شماره (۶): نمونه لباس قضات اناث درمحل کار

د اسلامي شريعت موخي (مقاصد)

(۲۲)

فهرست:

ديارلسم مطلب: د موخو ډولونه د شرعي اعتبار او نه اعتبار له پلوه.....	۲۱
لومړی: معتبر مصلحتونه.....	۲۱
دوه یم: ملغی مصلحتونه.....	۲۲
درېیم: مرسله مصلحتونه.....	۲۵

ديارلسم مطلب: د موخو ډولونه د شرعي اعتبار او نه اعتبار له پلوه

مصلحتونه له دې پلوه چې شرعي ورته اعتبار ورکړی او کنه، معتبرو، ملغی او مرسله مصلحتونو ته په لاندې توګه ویشل کېږي:

لومړی: معتبر مصلحتونه

دا هغه مصلحتونه دي چې شرعي نصوصو يا د مجتهدينو او علماوو اجماع ثابت کړي وي، په دې مانا چې قرآنکریم يا نبوي سنتو پرې تصريح کړې وي او يا داسې مصلحت وي چې مجتهدينو او علماوو پرې داسې تصريح کړې وي چې دا يو شرعي معتبر مصلحت دی.^۱ نو ضروري، حاجي او تحسیني مصلحتونه معتبر مصلحتونه دي^۲، ځکه خو اسلامي شريعت د دين ساتنې په موخه پر مرتد حد، د نفس ساتنې په موخه قصاص، د مال ساتنې په موخه د غلا حد، د عقل ساتنې په موخه د شرابو څښلو حد، د عزت ساتنې په موخه د قذف حد او د نسب ساتنې په موخه د زنا حد، لازم کړی دی. د بېلګې په توګه پر ماشوم او ماشومه باندې يې د هغوي په مالي چارو کې ولايت ددوي د مال ساتنې په موخه ځکه لازمي کړی، چې دوي کې د عقل کموالی دی، داسې نه چې خپل مال ضايع او ځان ته زیان ورسوي.

^۱ وګوره! المقاصد الشرعية، للخادمي، ۱/۱۰۷. او تحليل الأحكام، ۲۸۱.

^۲ مقاصد الشرعية، ۱/۱۰۷.

دوه یم: ملغی مصلحتونه

ملغی مصلحتونه هغه مصلحتونه دي چې شارع نه وي منلي او باطل کړي يې وي، همدا راز يې په تشريع کې ورته هېڅ پاملرنه نه وي کړې، په ټوله کې دا هغه مصلحتونه دي چې شرعي کلي يا جزبي دليل يې پر باطلوالي، په نه تعليل او پر هغې باندې د قياس نه کولو دلالت کوي، سره له دې چې په ظاهر کې به مناسب او معقول ښکاري.^۱

د ملغی مصلحتونو بېلگې په لاندې توگه دي:

- ۱- په ميراث کې د نارينه او ښځينه ترمنځ برابروالی.
- ۲- د اقتصادي پياوړتيا په بهانه د حرامو خدماتو وړاندې کولو او شيانو فابريکي، لکه د شرابو د توليد او نورو ورته شيانو فابريکې جوړول.
- ۳- د شرابو لنډ مهالي خوند او تېريدونکي قوت ته چې شراب څښونکي يې حس کوي مصلحت ويل، اما د هغې غمونو، تشويشونو او ستونزو هېرول چې فرد، کورنۍ او ټولنې ته ترې رسېږي.
- ۴- د اخترونو او کسوف لمونځونو لپاره اذان کول بدعت شمېرل، دا ځکه ملغی مصلحت دی چې شارع نه دی بيان کړی، بل که چېرته شارع ته د هغې بيانول او تشريع کول مراد وای نو سکوت به يې ترې نه و کړی.
- ۵- له شفاء څخه د مايوسه ناروغ وژل، ملغی مصلحت دی، سره له دې چې په ځينو هيوادونو کې په دې وروستيو کې ورته د رحمت او شفقت وژنې لقب هم ورکړل شوی، اما په نه وژلو کې يې لاندې گټې نغښتې دي:
 - د ناروغ په صبر او په دې نيت سره چې ماته به الله جل جلاله بدله راکړي د هغه په اجر کې زياتوالی راځي.
 - د ناروغ کورنۍ ددې لامله چې د خپل ناروغ په ناروغۍ يې صبر کړی، مرسته او نېک چلند يې ورسره کړی د اجر وړ بلل کېږي.
 - د بشري نفس عزت کول او له سپکاوي او هلاکت څخه يې ژغورل.
- ۶- د ملغی مصلحتونو له بېلگو څخه يوه هم د أندلس حاکم ته د امام يحيى الليثي فتوی وه، چې هغه ته يې ويلې و چې ته د هغې کړنې په بدل کې چې د روژې مياشتې په ورځ کې د خپلې ښځې سره يوځای شوی يې د مال په بدل کې د روژې نيولو کفار پر ځای کړه! دا په دې خاطر ترڅو حاکم ته زجر شي چې بيا د ورته گناه مرتکب نه شي.
- خو امام غزالي رحمه الله دا فتوی ځکه رد کړه، چې په دې سره به د خلکو پر مخ داسې دروازه پرانيستل شي چې د حالاتو په تغيير سره به په حدودو او نصوصو کې تغيير شونی شي او له بلې خوا

^۱ وگوره! مقاصد الشرعية، للخادمي، ۱/۱۰۳. او مقاصد الشريعة، زياد احمدان، ۲۶۳.

که حاکمان د علماوو په داسې کړنو پوه شي بيا به د علماوو په فتوی ځکه باور نه کوي چې علما په خپلې رايې سره حدودو کې تغيير راولي.^۱

۷- د ملغی مصلحتونو څخه یوه دا هم ده چې د اکراه په صورت کې د ځان ساتنې په موخه د بل انسان وژل جواز نه لري، ولو که مکره شخص عالم، پرهیزگاره او هغه بل شخص چې وژل کېږي ذمي، فاسق او غبي وي، دا ځکه چې دلته د وژل کېدونکي شخص له لوري کوم جنایت نه دی ترسره شوی چې د وژنې وړ و ګڼل شي، د بلې لورې د هغه د ځان ساتنې حق داسې محفوظ دی چې په مصلحت سره یې د لاسه نه شو ورکولی او د شرعي تصرفاتو څخه دا نه ده چې یو غیر جانې شخص دې د بل چا د مصلحت په موخه ووژل شي.^۲

۸- بل د ملغی مصلحتونو څخه داده چې هغه شخص ووژل شي چې خپله غوښه یې د سختې لورې او یا داسې اړتیا له مخې خوړلې چې آن د مرګ تر کومې یې رسوي، نو په داسې حالت کې مجبور شوي شخص باندې واجب ده چې د الله جل جلاله پرېکړو او قدر باندې صبر وکړي، ځکه دداسې حالت څخه د ژغورلو په موخه ځان وژنه او د غړو تلف کول باطل دي چې هېڅ د جواز لاره ورته نه شته.^۳

۹- یوه بېلګه د ملغی مصلحتونو څخه دا هم ده چې د شتمنو مالونه دې، ددې لامله مصادره شي چې خپل مالونه د اسراف، تبذیر، استراحت او نورو د فساد په لارو چارو کې لګوي، اگر که د وخت امام په کې مصلحت ويني، ځکه چې دا سزا د مال د خښتن اختیار کموي او د مال اخېستنه ده چې اسلامي شريعت د جنایتونو او سزاګانو د ډېروالي سره، سره د مالونه مصادره د جنایت په سزا کې روا نه ده ګرځولې، همدا شان دا مصادره د یوې داسې نا اشنا چارې رامنځته کول دي چې هېڅ امر پرې نه شته او نه په کې کوم ټاکلی مصلحت نغښتی دی، ځکه چې عقوبات او تعزیرات د جنایتونو په وړاندې روا شوي چې په هغوي کې ټول زجر پروت دی، اما د مالونو مصادره کول له شريعت څخه نه دي.^۴

امام غزالي رحمه الله وايي: د جنایت په سزا کې د یو سړي مال مصادره کول هغه نا اشنا مصلحت دی چې شرعي قواعدو سره هېڅ سمون نه خوري، ځکه چې د صحابه کرامو رضي الله عنهم، په زمانه کې د شتمنو شمېر ډېر زیات و، خو هغوي د هېچا مال نه دی مصادره کړی.^۵

^۱ المستصفی، ۴۱۶/۱.

^۲ وګوره! شفاء الغلیل، ۲۴۷. او المستصفی، ۴۳۱/۱.

^۳ شفاء الغلیل، ۲۴۹. او المستصفی، ۴۳۱/۱.

^۴ شفاء الغلیل، ۲۴۳. او احیاء علوم الدین، ۴۱۹/۲.

^۵ شفاء الغلیل، ۲۴۴.

خو امام ابن تیمیة او د هغه شاگرد ابن القيم رحمهما الله، بیا وایي: چې په تعزیري توګه د مالونو مصادره کول او د یو ګناهګار څخه د سزا په توګه د هغه مال اخېستل جواز لري، چې په دې اړه یې ګڼ شمېر دلایل بیان کړي او ډېر اوږد بحث یې پرې کړی دی.^۱

ابن القيم رحمه الله د خپلو دلایلو له لړۍ وروسته وایي: د مال د مصادره پېښې داسې صحیح او پېژندل شوي چې په آسانی سره څوک نه شي ویلي، چې هغه منسوخي شوي او که بیا هم څوک وایي چې مالي سزا ګانې په مطلقه توګه منسوخي شوي، نو دوي د مذهبونو پر امامانو باندې نقلاً او استدلالاً غلط ګمان کوي، ځکه چې ډېری یاد مسایل د امام احمد رحمه الله او امام مالک رحمه په مذهبونو کې جواز لري.^۲

ډېری څېړونکو د مالي سزا اړوند اوږده بحثونه کړي، د جواز ورکونکو او نه ورکونکو دلایل یې وړاندې کړي او هر یو هغه پلو ته لومړیتوب ورکړی چې د هغوي اجتهاد یې غوښتنه کړي. خو اوسنیو قوانینو بیا مالي عقوباتو (سزاګانو) ته جواز ورکړی او په خپلو متنونو کې یې ځای پر ځای کړي او د اصلي جزاګانو څخه یې د جنايتونو او جنحوي جرمونو پر وړاندې شمېرلي، اما دوي نه دي توانېدلي چې د جرمونو او مخالفتونو شمېر پرې په هره ورځ او آن په یوه دقیقه کې له منځه یوسي او یا یې شمېرل رانښکته کړي اما توانېدلي چې ددې لارې خپل اقتصادي اړخ ځکه پیاوړی کړي چې مالي جرمونو کې ډېروالی رامنځته شوی.^۳

خو رښتیا دا دي چې د قوانینو شرحه کوونکو دا خبره منلې چې مالي عقوبات ډېر عیبونه لري او دوي کوښښ کوي چې سمون په کې راولي، دوي وایي: سره له دې چې دغه عقوبات ډېری عیبونه لري اما یو ښه وسیله د تخفیف لپاره د حد او حبس په پرتله شمېرل کېږي، دوي نقدي جریمه د مزایاوو له پلوه نه ده قبوله کړې بلکې ددې لپاره یې قبوله کړې چې د حبس په پرتله یې بدۍ کمې دي، بناءً دوي د غوره شي لپاره حریصان نه دي بلکې دوي اخف الضررين غوره کړي.^۴

۱۰- همدا شان د ملغی مصلحتونو له جملې څخه د انساني نوعې کابې کول دي چې عربي کې ورته استنساخ البشري ویل کېږي، ټول فکري، سیاسي قانوني دریځونه سره په دې یوه خوله دي چې استنساخ ځکه جواز نه لري چې دا ستر علمي آفتونه او هغه اندېښنې منځته راوړي چې د عرف، قانون، د ژوندون نظام او اخلاقو سره داسې ټکر لري چې د الله جل جلاله په خلقت باندې ملنډې وهل دي، همدا لامل و چې د اسلامي فقهي ټولنې، ددې په حرمت باندې خپل قرار صادر او زیاته یې

^۱ مجموع الفتاوى، ۲۸/۱۱۳-۱۱۸.

^۲ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ۲۴۷.

^۳ وګوره! مسائل الفقهية المقارن، عمر سليمان الأشقر وماجد أبو رحية، و زملاؤها، دار النفائس، الأردن، ط ۲، ۱۹۹۷م، ۲۶۹.

^۴ التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبدالقادر عودة، دار الكتاب العربي، بيروت، ۷۰۷/۱.

کړه چې دغه چاره که د رحم، هڅې، سپرم او يا کومې حجرې له لارې وي ټول ډولونه يې ناروا دي، چې پر همدې بنسټ اسلامي دولتونه راپورته او په خپلو تقنيني سندونو کې يې دا چاره رد کړه.^۱

درېم: مرسله مصلحتونه

امام غزالي رحمه الله وايي: مرسله مصلحتونه هغه دي چې شرعي نصوصو او شواهدو ترې سکوت کړی وي، په دې مانا چې نه د شرعي نص سره ټکر ولري او نه يې پر جنس باندې شرعي دليل شاهد وي.^۲ بل ځای بيا وايي: دا هغه مصلحتونه دي چې نه يې شرعي دليل پر بطلان او نه پر اعتبار دلالت کوي.^۳

امام ابن تيمية رحمه الله بيا داسې وايي: دا هغه کړنه ده چې راجح منفعت را جلبوي او په شريعت کې يې د رد يا بل داسې کوم دليل نه وي راغلې چې ورسره منافي وي.^۴ ابن عاشور رحمه يې بيا داسې تعريفوي: دا هغه څه دي چې شريعت په داسې توگه پرېښي وي چې هيڅ شرعي ټاکلی حکم يې ورپورې نه وي تړلی او نه يې په شريعت کې داسې کوم نظير ليدل کېږي چې هغه کوم ټاکلی حکم ولري، ترڅو پرې دا ورقياس کړو.^۵ خو دکتور محمد احمد بورکاب بيا وايي: هر هغه منفعت چې ټاکلی نص يې په اعتبار او الغاء باندې نه وي راغلی، د شارع له موخو سره برابر او له نصوصو څخه د استقراء په وسيله داسې کلي قاعده رامنځته کړي چې جزئيات ترې راوويستل شي، مرسله مصلحت بلل کېږي.^۶ له پورته تعريفونو څخه داسې جوتېږي چې پر مرسله مصلحتونو باندې د عمل کولو لپاره د لاندې شرطونو شتون اړين دی:

- مصلحت به د قرآنکريم او سنتو له صريح نص او اجماع سره مخالف نه وي.
- د اسلامي شريعت له موخو او تصرفاتو سره به برابر وي.
- په دې باندې عمل کول به له ده څخه د اړين او يا برابر مصلحت پرېښودلو ته نه مفضي کېږي.

^۱ وگوره! مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في جدة، رقم القرار: ۱۰۰، دورة العاشرة، انعقد المؤتمر بين ۲۸ يونيو الى ۳ يوليو، ۱۹۹۷.

^۲ شفاء الغليل، ۲۰۷.

^۳ المستصفى من علم الأصول، ۴۱۴/۱.

^۴ وگوره! مجموع الفتاوى، ۳۴۳/۱۱.

^۵ مقاصد الشريعة الاسلامية، ۳۰۹.

^۶ المصالح المرسلة و أثرها في مرونة الفقه الاسلامي، محمد أحمد بورکاب، دبی، دار البحوث للدراسات الاسلامية و احياء التراث، ط ۱، ۲۰۰۳ م، ۶۴.

نو له پورته شرطونو څخه وروسته جوته شوه چې کله موږ په مرسله مصلحتونو باندې عمل کوو، بايد له ده څخه بل راجح او يا ورسره برابر مصلحت شتون و نه لري او که چېرته شتون ولري نو هرومرو دې دا مصلحت له هغوي سره پرتله شي، نو له دې څخه ښکاره ده چې په مرسله مصلحتونو باندې علم کولو لپاره فقه الموازنات اړينه ده ترڅو مو کړنې بايزه نه شي.

د يادولو وړ ده چې مرسله مصلحتونه مهمل مصلحتونه نه دي چې سکوت ترې شوی، پدې مانا چې په مطلقه توګه مرسل نه دي، بلکې ددې لامله مرسله دي چې جزئي نص پرې نه دی راغلی، اما د جنس له پلوه او ددې پلوه چې مصلحت دی، خير دی، ګټه په کې پرته ده نو ویلي شو چې هېڅ مرسله مصلحت به د الله جل جلاله له دې قول څخه وروسته په مطلقه توګه مرسل پاتې نه شي، چې وايي: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^۱ ژباړه: ښې چارې سرته ورسوئ ښايي بريالي شئ!^۲ نو هېڅ منفعت او مصلحت داسې نه شته چې هغه د اسلامي شريعت مطلوب او يا دې په کې شامل نه وي.^۳

نو مرسله مصلحتونه په حقيقت کې شرعي معتبر مصلحتونه او هغه څه دي چې پر نومولو او ساتنه باندې يې کوم ځانګړی نص نه وي راغلی، بلکې ساتنه يې په قطعي توګه د شريعت له موخو څخه چې د مصالحو په ساتنه امر کوي او همدا شان له هغې عامو نصوصو څخه ثابته ده چې په خبر او اصلاح باندې حکم کوي.^۴

مرسله مصلحتونه هغه مصلحتونه دي چې لږ او نه ناچېزه دي، بلکې همدا بسنه کوي چې هر هغه څه چې د شرعي سياست په نامه پېژندل کېږي، اساساً په مرسله مصلحتونو باندې ولاړ دي، نو يوازې له همدې څخه جوتېږي چې د مرسله مصلحتونو کړۍ ورځ تر بلې پراخېږي، د امت او د هغوي د اړتياوو په زياتوالي سره ډېرېږي، همدا شان د حکومت دندې ورځ تر بلې سختېږي او ډېرېږي، همدا شان مرسله مصلحتونه د ټولنې د ستې او لارې تر ګريوانه ځان رسوي، آن د هغوي په روزۍ، عزت، پيشرفت او ټيټوالي باندې اغيزه لري.

خلاصه دا چې څومره په شرعي حکمونو، موخو، د امت پر حالاتو، غوښتنو او منطق باندې برلاسي کېږو، هماغومره پوهېږو چې مرسله مصلحتونه په څومره لوړه مرتبه کې قرار لري.^۵ له پورته بيان څخه وروسته اړينه ده چې په لاندې توګه د مرسله مصلحتونو يو څو بېلګې ستاسې حضور ته کېږدم:

^۱ الحج/۷۷.

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

^۳ نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي، أحمد الريسوني، ۲۶۱.

^۴ مخکينۍ مرجع، ۲۶۱-۲۹۱.

^۵ نظرية المقاصد عند الشاطبي، ۲۹۱.

- ۱- د ابوبکر صدیق او عثمان رضي الله عنهما، په خلافتونو کې د قرآنکریم راتلول.
- ۲- په قصاص کې دیوه تن پر سر د یوې ډلې خلکو وژل.
- ۳- عمر رضي الله عنه، په دې موخه صحابه کرام رضي الله عنهم، د مدینې منورې له پرېښودلو څخه منع کړل، ترڅو له هغوي څخه د مشورې، سیاست او حکومتولۍ په چارو کې ګټه واخلي.
- ۴- د خراج وضع کول، د دیوانونو رامنځته کول او همدا شان د عقدونو ثبتول.
- ۵- قضاء له رسمي وثيقي پرته د واده نه ثابتېدل، له وثيقي پرته د انکار دعواوې نه اورېدل، دا ټول له دې کبله چې منکرېدل زیات شوي داسې نه چې د ښځو او د اولادونو حقونه ضایع شي، نو ددې لپاره چې د دوي له حقونه څخه ساتنه شوې وي د قانون له کړۍ بهر د واده تړون رامنځته کول منع دی.
- ۶- د بیعي تړون له ثبتولو پرته د ملکیت د انتقال لامل نه ګرځي، دا ددې کبله چې د خلکو د مالونو ساتنه شوې وي.
- ۷- د عربي ژبې، شرعي، تخنیکي او طبي علومو زده کول، ددې لپاره چې اقتصاد مو پیاوړی، پر ځان بسیا او پر نورو دولتونو له تکیه کولو څخه خلاص شو.
- ۸- د اعلام او خپراوي پر وسایلو باور کول، د اسلامي شریعت د خپرولو په موخه، ترڅو مسلمانان له خپلو دیني چارو څخه خبر او نور اسلام ته په داسې توګه راوبلي چې د اسلام نېکۍ او ځانګړنې ورته په ښه توګه ورسوي.
- ۹- د ترافیکو معاصر سیستم او نظم رامنځته کېدل.
- ۱۰- د مرسله مصلحتونو له معاصرو بېلګو څخه یوه هم د نباتاتو او حیواناتو د نوعې د کاپي کولو جواز دی، ځکه ثابته شوې چې دې چارې ډېرې ښې پایلې ورکړي، په لږ تکلیف ګاللو سره د حیواناتو او نباتاتو په ډولونو کې ښکلا رامنځته شوې، په دوا ګانو کې د کمیت او ډول له پلوه ښه والی راغلی، ددې سربېره موږ او تاسو ګورو چې همدا چارې د ښې او زیاتې ګټې لامل ګرځېدلې او له ډېرو زیانونو څخه یې لرې کړې یو.
- ۱۱- د معاصرو بېلګو څخه یوه هم په ښار او کلي کې د آذانونو یووالی دی چې باید پر یو او ټاکلي وخت کې وشي، ځکه له آذان کولو څخه موخه د لمانځه د وخت داخلېدل دي، خو دا چې په یوه ښار کې لښکونه جوماتونه دي او دا هم ستونزمنه ده چې ټول دې په یو وخت کې په آذان کولو سره متفق شي، ډېری داسې کېږي چې یو مؤذن آذان خلاص کړي بل یې پیل کړي، نو که یو ټاکلی وخت ورته وټاکل شي، ځکه به غوره وي چې په دې سره به د لمانځه د داخلېدلو او د روژې

^۱ وګوره! الاجتهاد المقاصدي، ۱۲۵/۲-۱۲۶.

په میاشت کې د روژې نیولو او ماتولو وختونه سره منظم او خلک به له سرگرداني څخه خلاص شي.^۱

۱۲- له بېلگو څخه یې یوه هم د هغو قوانینو وضع کول دي چې کاري ساعتونه او کمه اندازه د مزد ټاکي، له دندې څخه په غیر عادلانه توګه د کار کوونکو د منفکولو ملاتړ کوي، صحي بیمه ورکوي او له کار څخه د عجز په حالت کې د هغه او له هغه څخه وروسته یې د اولادونو ملاتړ کوي.^۲

۱۳- د مرسله مصلحتونو له بېلگو څخه یې یوه هم د مرستندویه بیمو رامنځته کول دي، د نمونې په توګه یوه ډله سوداګر یا مدرسین او یا هم کاریګر سره راټولېږي او له خپلو عوایدو څخه ټاکلې سلنه ددې لپاره په یوه صندوق یا بانکي حساب کې اچوي ترڅو له خپلو ملګرو سره د اړتیا پر مهال پرته له کومې ګټې ترلاسه کولو مرسته وکړي او د خپل ملګري مصیبت کم او اړتیا یې لرې کړي، چې له شک پرته دا چاره ځکه جواز لري چې اسلامي قواعد او اصول خلکو سره د خبر په چارو کې د مرستې حکم کوي، ترڅو د خلکو مصیبتونه کم او په منځ کې یې مینه او یووالی رامنځته شي، همدا شان شونې ده دا چاره یې ټولو مشترکینو ته ګټه هم ورسوي، ځکه دوي کولای شي چې دغه راټولې شوې روپی د مضاربت، مزارعت او مباحې او دېته ورته په نورو، روا لارو چارو کې بندې او ګټه ترې لاسته راوړي.^۳

ددې موخې له بیانولو وروسته اړینه ده چې یادونه وکړم، کله چې د معتبرو مصلحتونو ټکر له مرسله مصلحتونو سره رامنځته شي معتبرو مصلحتونو ته پر مرسله مصلحتونو باندې لومړیتوب ورکول کېږي او په داسې حالت کې مرسله مصلحتونه ملغی مصلحتونه شمېرل کېږي.

^۱ المصلحة المرسلة و تطبيقاتها المعاصرة، عبد الله محمد صالح، مجلة جامعة دمشق، المجلد ۱۶، العدد الاول، ۲۰۰۰م، ۳۸۰.

^۲ مخکينۍ مرجع، ۳۶۴.

^۳ وګوره! الاجتهاد المقاصدي، ۱۳۸/۲.

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

پیوست به گذشته

احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی

مبحث هفتم

فهرست:

- ۳۰ دیت و ارش، نسبت به غیر مسلمانان در جرایم تجاوز بر مادون نفس
۳۰ ۵۵۳- حکم در مورد اینکه اگر غیر مسلمانی جانی یا مجنی علیه باشد:
۳۰ ۵۵۴- وجوب دیت و تعیین مقدار آن نسبت به غیر مسلمان:
۳۱ ۵۵۵- تعیین ارش نسبت به غیر مسلمان:
۳۱ ۵۵۶- ارش زن غیر مسلمان و دیت آن:

باب چهارم

- ۳۲ در بیان احکام غیر مولود (جنین)
۳۲ ۵۵۸- مراد از جنین و آنچه که به سبب تجاوز بر وی واجب میشود:
۳۳ ۵۵۹- دیت جنین عبارت است از غره:
۳۳ ۵۶۰- مقصود و مراد از غره:
۳۳ ۵۶۱- تعیین غره به درهم:
۳۳ ۵۶۲- هرگاه دریافت غلام یا کنیز متعذر گردد:
۳۴ ۵۶۳- شرط های وجوب غره بر جانی:
۳۴ ۵۶۴- غره از جنین به میراث برده می شود:
۳۵ ۵۶۵- آیا عاقله غره را متحمل می شوند:

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

- ۵۶۶- اگر زنی جنین خود را به فعل خود سقط نماید: ۳۵
- ۵۶۷- آیا کفاره قتل با وجود غره در اسقاط جنین واجب می‌گردد؟: ۳۶
- ۵۶۸- وجوب کفاره بر مادر، در صورتیکه جنینش را اسقاط نموده باشد: ۳۶
- ۵۶۹- حکم اسقاط بیشتر از یک جنین: ۳۶
- ۵۷۰- دیت جنین به نسبت غیر مسلمانان: ۳۷

باب پنجم

- در بیان وسایل (و ادله) اثبات (در قتل) ۳۷
- ۵۷۱- تمهید و تقسیم (محتویات این باب): ۳۷

فصل اول

(در مورد) اقرار

- ۵۷۲- تعریف اقرار و دلیل مشروعیت آن: ۳۸
- ۵۷۳- اقرار اخرس (گنگی که قادر به تکلم نیست): ۳۹
- ۵۷۴- شروط صحت اقرار: ۳۹
- ۵۷۵- اقرار سکران (مست): ۴۰
- ۵۷۶- اقرار مکره (وادر کرده شده به کاری که خوش ندارد آن را انجام دهد): ۴۰

دیت و ارش، نسبت به غیر مسلمانان در جرایم تجاوز بر مادون نفس

۵۵۳- حکم در مورد اینکه اگر غیر مسلمانی جانی یا مجنی علیه باشد:

قبلاً ما ذکر نمودیم که در وجوب دیت نفس اسلام شرط نیست نه در جانب جانی و نه در جانب مجنی علیه.

هم چنان گفته اند: اسلام برای وجوب دیت یا ارش در تجاوز بر مادون نفس نه در جانب جانی شرط است و نه هم در جانب مجنی علیه.

۵۵۴- وجوب دیت و تعیین مقدار آن نسبت به غیر مسلمان:

بنابر آنچه که پیشتر تذکر داده شد، هرگاه بر کافری- ذمی باشد یا مستأمن- در تجاوز بر مادون نفس، دیت کامل لازم گردد، چنانچه اگر هردو دست انسان معصوم الدمی را قطع نموده باشد، پس مقدار دیت با نظر داشت صفت مجنی علیه که آیا مسلمان است یا غیر مسلمان، تعیین می‌گردد.

اگر مجنی علیه مسلمان باشد، دیت وی، در تجاوز بر نفس دیت مسلمان است و همین دیت بر جانی واجب می‌گردد.

اگر مجنی علیه غیر مسلمان باشد، پس دیت وی، دیت غیر مسلمان در تجاوز بر نفس است و همین دیت بر جانی واجب است.

۵۵۵- تعیین آرش نسبت به غیر مسلمان:

هرگاه جنایت بر مادون نفس مستوجب آرش مقدره باشد، چنانچه در قطع دست یا قطع انگشت یا قلع دندان، پس مقدار آرش نسبت به دیت کامل برای مجنی علیه تعیین میگردد، خواه مجنی علیه مسلمان باشد یا غیر مسلمان، زیرا قاعده در نزد فقهاء این است: آرش های جراحات غیر مسلمان، نسبت به دیت وی تعیین میگردد. همان گونه که آرش های جراحات مسلمان، نسبت به دیت وی تعیین می شود. این مسأله ای است که فقهاء بدان تصریح کرده اند. مانند فقهای حنابله، شافعیان و غیر ایشان.^۱

مذهب حنفی نیز همین است مگر ایشان گفته اند که در میان آرش مسلمان و غیر مسلمان هیچ فرق و تفاوتی نیست به خاطر اینکه دیت نفس در مسلمان و غیر مسلمان مساوی است. بلکه ایشان تصریح کرده اند که آرش غیر مسلمان در مادون نفس هم، مثل آرش مسلمان است.^۲

۵۵۶- آرش زن غیر مسلمان و دیت آن:

آنچه ما آن را گفتیم از اختلاف فقهاء در آرش زن مسلمان، که آیا مساوی آرش مرد است و یا مساوی آن نیست، در این جا نیز گفته میشود که آرش زن غیر مسلمان به نسبت دیت وی است و این امری است که فقهای حنابله، مالیکه و غیر ایشان بدان تصریح کرده اند. هرگاه بالای جانی به سبب تجاوز وی بر مادون نفس، دیت کامل واجب گردد و مجنی علیها زن غیر مسلمان باشد، پس مقدار دیت وی بنا بر اینکه او زن است و مسلمان هم نیست، تعیین میگردد. قبل از این ما ذکر کردیم که دیت زن غیر مسلمان در نفس، نصف دیت مرد از اهل دین وی است.^۳

۵۵۷- آنچه را که عاقله غیر مسلمان، از دیت و آرش های آن متحمل می شوند:

پیشتر ما از عاقله ذمی و از آنچه که از دیت واجب شده بر وی در قتل نفس متحمل می شوند سخن گفتیم.^۴ آنچه را که در آنجا بیان کردیم در اینجا نیز میگوئیم و این را نیز برای آن می افزائیم که ما از عاقله مسلمان و آنچه را که آنها از دیت و آرش وی متحمل می شوند و شرایط این تحمل از

^۱ - در کتاب کشاف القناع در فقه حنابله ج ۴ ص ۱۲، آمده است: «و جراحات ایشان- یعنی اهل کتاب- از محاسبه دیات شان تعیین میگردد. مانند اینکه جراحات مسلمین از دیات ایشان اندازه گیری میشود.» در شرح منتهی الارادات در فقه حنابله نیز در ج ۴، ص ۱۹ آمده است: «و جراحات مجوس و دیگر مشرکین و بت پرستان و اطراف آنان به دیت شان است. همان گونه که جراحات مسلمان ها و اطراف آنها به حساب دیت آنان تعیین میگردد.» در کتاب شرح الخرشى در فقه مالکی، ج ۸ ص ۳۲ آمده است: «و دیت جراحات غیر مسلمان مانند جراحات مسلمان از مقدار دیت آن ها تعیین میگردد.»

^۲ - الهدایه و فتح القدیر در فقه حنفی ج ۸ ص ۲۷۲.

^۳ - المغنی ج ۷ ص ۷۹۷ و مابعد آن، شرح الخرشى ج ۸ ص ۴۳.

^۴ - فقره (۴۷۱).

بلوغ ارش آن به مقدار معین، یا عدم این شرط، بیان داشتیم، اینجا در عاقله ذمی میگویم، زیرا قاعده عام این است که ذمی ها در احکام دنیا به جز از موارد استثنایی، هم مانند مسلمانان هستند، احکام عاقله از موارد استثنایی نیست، احکام که تعلق به دیت و ارش های مادون نفس دارد، باید به مانند مسلمین بر آنان نیز تطبیق گردد.^۱

باب چهارم

در بیان احکام غیر مولود (جنین)

۵۵۸- مراد از جنین و آنچه که به سبب تجاوز بر وی واجب میشود:

جنین عبارت است از حمل زن تا زمانی که در بطن وی باشد (و آن را تولد نکرده باشد) جنین را از این سبب که پوشیده و پنهان در شکم مادر خود است، جنین نامیده اند. جنینی که در آن دیت واجب می گردد، طوری که الباجی از فقهای مالکی گفته است، عبارت است از جنینی که مادرش آن را انداخته باشد و شناخته شود که بچه است، خواه نرینه باشد یا مؤنث، مادام آنکه آواز نکشد.^۲

در نزد حنفیان: جنینی که دیت او واجب میگردد، عبارت از آن جنینی است که بصورت مرده به سبب جنایت بر مادرش، سقط شود در حالیکه خلقت وی یا برخی از خلقت وی، آشکار شده باشد. خلقت تنها وقتی آشکار می شود که زیادتیر از مدت (مضغه) بر او گذشته باشد. هرگاه هیچ چیزی از خلقت جنین آشکار نشده باشد، پس در اسقاط وی اصلاً چیزی لازم نمی شود، زیرا در این حالت، جنین گفته نمی شود و بلکه او مضغه (گوشت پارچه) یا پائین تر از آن است.^۳

از این فهمیده می شود: جنینی که دیت وی واجب میگردد، آن گونه جنینی است که مرده سقط می شود و این سقط وی به سبب تعدی و تجاوز بر مادرش صورت گرفته باشد و نشانه های خلقت وی نیز آشکار شده باشد و این امر، بعد از گذشتن وی از مرحله مضغه، صورت میگیرد که بعد از گذشت یکصد و بیست یوم از آغاز مدت حمل است. چون به انتهای این مدت است که روح در او دمیده می شود و خلقتش معلوم میگردد.

در حدیث شریف نبوی (ص) آمده است: «إِنَّ أَحَدَكُمْ لِيَجْمَعَ خَلْقَهُ فِي بَطْنِ امَةِ أَرْبَعِينَ يَوْمَ نَطْفَةٍ، ثُمَّ أَرْبَعِينَ مِثْلَهَا عُلْقَةً، ثُمَّ أَرْبَعِينَ مِثْلَهَا مَضْغَةً، ثُمَّ يَنْفَخُ فِيهِ الرُّوحَ...» او کمال قال النبی الکریم صلی الله علیه وسلم. ترجمه: «هر آینه یکی از شما، خلقت وی در بطن مادرش، چهل روز نطفه است، سپس چهل روز دیگر به علقه (یک قطعه خون) تبدیل می شود، بعد از آن به مدت چهل روز دیگر به

^۱ - فقره های ۴۹۱، ۴۹۲، ۳۹۳.

^۲ - نیل الاوطار للشوکانی ج ۷ ص ۷۸.

^۳ - البدایع ج ۱۰ ص ۴۸۲۵.

صورت مضغه (گوشت پارچه) در می آید، آنگاه روح در وی دمیده می شود...» یا آن گونه که نبی کریم (ص) فرموده اند.

۵۵۹- دیت جنین عبارت است از غَرَّة:

ما گفتیم که هرگاه جنین به اثر تجاوز و تعدی بر مادرش از شکم مادر، به حالت مرده سقط شود، دیت وی بر جانی لازم میگردد و دیت جنین بنام (غَرَّة) میباشد، پس مراد از غره چیست؟ اینک ما آن را در فقره آتی بیان خواهیم کرد:

۵۶۰- مقصود و مراد از غَرَّة: □

غَرَّة در لغت غلام یا کنیز است، طوریکه ابوعبید از اهل لغت گفته است، هم چنان پیامبر (ص) آن را در حدیثی که در صحیحین (بخاری و مسلم) است، تفسیر فرموده اند. و در آن حدیث است که: «قضى رسول الله (ص) فى الجنين بغرة عبد او امه» ترجمه: پیامبر (ص) حکم کردند در دیت اسقاط جنین به غَرَّة که غلام یا کنیز است.

چنانچه در روایت دیگری از آن حضرت (ص) روایت کرده اند: «انه قضی فی الجنین بغرة عبد او امه او خمس مائه» ترجمه: آن حضرت صلی الله علیه وسلم در مورد دیت جنین حکم فرمودند به غره که یک غلام یا یک کنیز است، یا پنجصد درهم.

لذا غره در عرف شرعی اسمی شده برای غلام یا کنیزی که قیمت آنها معادل پنجصد درهم باشد.

۵۶۱- تعیین غَرَّة به درهم:

در مقدار دیت جنین که عبارت است از نصف عشر دیت کامل نفس یا عشر دیت ما در جنین، در میان فقهاء اختلافی نیست. از انجای که فقهاء در مقدار دیت کامل به درهم، اختلاف ورزیده اند و برخی دیگر گفته اند که دوازده هزار درهم است، بر همین اساس در دیت جنین به درهم نیز اختلاف ورزیده اند حنفیان گفته اند که دیت جنین پنجصد درهم است. اما شافعیان آن را ششصد درهم قرار داده اند.

۵۶۲- هرگاه دریافت غلام یا کنیز متعذر گردد:

ما گفتیم که در جنایت بر جنین، وجوب غره است، این دیت اوست و مقصود از غره غلام یا کنیز است، پس هرگاه وجود غلام و کنیز متعذر باشد، به اصول دیگری روی می آریم که از آن دیت ادا گردد و آن اصول عبارت اند از شتر، طلاء، نقره و دیگر مال های که ما قبلاً از آنها تذکر دادیم. لذا واجب بدیل غره پنجصد درهم یا ششصد درهم است. بنابر اختلافی که در مقدار دیت کامل نفس به درهم وجود دارد. یا پنجاه دینار طلا یا نصف عشر دیت از اضاف دیگر اموال است. زیرا واجب در دیت جنین در صورتیکه وجود غلام یا کنیز متعذر باشد، عبارت است از نصف عشر دیت کامل نفس یعنی عشر دیت مادرش، به اعتبار اینکه دیت زن نصف دیت مرد است، خیار برای جانی

^۱ - البدایع ج ۱۰ ص ۴۸۲۵، و مابعد آن، مغنی المحتاج ج ۴ ص ۱۰۳.

است که بر او غره واجب گردیده است (یعنی دیت جنین) و او مخیر است تا از هر نوع مالی که دیت از آن ادا می‌گردد، یکی را اختیار کرده و از همان نوع دیت را ادا نماید.

۵۶۳- شرط های وجوب غره بر جانی: □

جانی نسبت به جنین عبارت از شخصی است که بر مادر وی تعدی می کند و آن تعدی منجر به اسقاط جنین می‌گردد، خواه این اعتداء وی به ضرب باشد یا بدون ضرب، مانند تهدید، گرسنگی دادن و مانند این ها از اعمالی که منجر به اسقاط جنین می‌گردد، مشروط بر اینکه سقوط جنین نتیجه فعل جانی باشد.

هرگاه جانی بر مادر جنین در حالیکه وی حامله باشد تجاوز و تعدی نماید و مجنی علیه به اثر آن بمیرد و طفلی که در شکم وی است نیز بمیرد بدون آنکه آن را سقط کند در شکمش بمیرد، پس در این صورت چیزی دیگری بر جانی لازم نمی شود، مگر دیت مادر جنین، زیرا غره برای جنین، ثابت نمی گردد مگر آنکه به سبب اعتدای جانی بر مادرش به طور مرده سقط شود. اگر بعد از موت مادرش، جنین سقط گردد، پس بر جانی غره نیز واجب می‌گردد، زیرا سقوط جنین از شکم مادرش، نتیجه جنایت جانی بر مادر جنین است، لذا سقوط آن به سبب این جنایت آن را برابر ساخته است که در حیات مادرش باشد یا بعد از موت آن. این مذهب شافعی است.

امام مالک و امام ابوحنیفه گفته اند: هرگاه مادرش بعد از موت خود، جنین را سقط کند، بر جانی غره لازم نمی گردد، زیرا سقوط جنین بعد از موت مادرش، بمنزله سقوط قسمتی از اعضای بدن مادرش پنداشته می شود، در حالیکه جانی تاوان دار سقوط اعضای بدن آن زن نمی شود و جنین بعد از موت مادرش از جمله اعضای وی شمرده می شود.

۵۶۴- غره از جنین به میراث برده می شود:

غره از جنین به میراث برده می شود و چنان است که گویا زنده بوده و انگهی کشته شده است، زیرا غره دیت جنین است و بدیل از اوست، لذا ورثه جنین دیت وی را به میراث می برند، هم چنانکه اگر بعد از ولادتش زنده باشد و سپس کشته شود، دیت وی را ورثه اش به ارث می برند. این مذهب حنابله است امام مالک، امام شافعی و حنفیان نیز به همین قول اند.

لیث گفته است: (غره) به میراث برده نمی شود، زیرا غره بدیل جنین بوده و به مادر جنین تعلق می‌گیرد به جهت اینکه جنین، مانند عضوی از اعضای مادرش می‌باشد و بدیل اعضای مادرش مربوط به خود وی است.

قول راجح و برتر، قول جمهور فقهاست، زیرا جنین نفسی است، مستقل و مهیا برای حیات جداگانه بعد از ولادت از مادرش و این امر در هیچ عضوی از اعضای مادرش، تحقق نمی یابد. لذا قیاس آن بر اعضای دیگر مادرش درست نیست و صحت ندارد.

^۱ - المغنی ج ۷ ص ۸۱۶.

۵۶۵- آیا عاقله غره را متحمل می شوند:

دیت جنین بر عاقله واجب می‌گردد و این قول امام شافعی است، زیرا در نزد وی، عاقله متحمل دیت می شوند فرق ندارد که قلیل باشد یا کثیر مشروط بر اینکه جنایت جانی بر سبیل خطا باشد در حالیکه تصور نمی شود که فعل جانی نسبت به جنین عمدی باشد، لذا سقوط جنین، از فعل جانی خطا پنداشته می شود. بخلاف جنایت جانی بر مادر جنین، زیرا در آن خطا و عمد هر دو تصور شده می تواند.

حنفیان گفته اند: دیت جنین را عاقله متحمل می شوند و استدلال کرده اند که پیامبر (ص) «بر عاقله زنی که زنی دیگری را کشته بود و جنین وی را به صورت مرده سقط کرده بود به دیت زن و غره جنین، حکم فرموده اند.»

از طرف دیگر غره جنین بدیل نفس اوست، پس بر ذمه عاقله است، مثلی که دیت واجبه به قتل مولود، بر ذمه عاقله میباشد.

حنابله به این باورند که عاقله متحمل دیت جنین نمی شوند، زیرا عاقله کمتر از ثلث دیت کامل را متحمل نمی شوند، در حالیکه دیت جنین، کمتر از آن است.

۵۶۶- اگر زنی جنین خود را به فعل خود سقط نماید:

هرگاه مادر جنین خود را خودش به فعل خود از بطنش انداخت و سقط جنین نمود، چنانچه دوایی را برای اسقاط جنین خورد، یا قصداً طوری برخاست و حرکت یا فعلی را انجام داد که عادتاً منجر به اسقاط جنین می‌گردد، پس اگر جنین را به شکل مرده انداخت بر وی غره واجب می‌گردد، و از غره باعتبار اینکه قاتل محسوب می شود چیزی را به میراث نمی برد.

در حدیث شریف نبوی (ص) است: «لا یرث القاتل» قاتل میت از او میراث نمی برد و از میراث وی محروم است.

بر آن زن لازم است تا به طور كفاره رقبه را آزاد نماید. ابن قدامه حنبلی بعد از ذکر آنچه را که ما گفتیم، می گوید: در این جمله، اختلافی را در میان اهل علم سراغ نداریم مگر کسیکه آزاد کردن رقبه را بر آن زن، طوری که به زودی به بیان آن می پردازیم، واجب نمی پندارد.

ابن قدامه در واجب گردیدن غره بر زن این گونه استدلال کرده است که چون او به فعل خود جنین را اسقاط نموده و مرتکب این جنایت شده، پس ضمان و تاوان آن که عبارت از غره است بر وی لازم می‌گردد، همان گونه که اگر دیگری غیر از او این جنایت را بر جنین مرتکب شود، غره بر وی لازم می‌گردد.^۱

از قول ابن قدامه حنبلی در ایجاب كفاره بر مادر با وجوب غره، ظاهراً این طور دانسته می شود که او این قتل را بمنزله قتل خطا یا قتل شبه عمد قرار میدهد و اگرچه آن زن قصداً به حرکت بیجای

^۱ - المغنی ج ۷ ص ۸۱۶.

خود یا به فعل خود یا به توسط خوردن دوا، جنینش را انداخته است، به دلیل اینکه نزد ابن قدامه در قتل عمد، کفاره واجب نمی گردد و بلکه تنها در قتل خطا و شبه عمد، واجب می گردد.

۵۶۷- آیا کفاره قتل با وجود غره در اسقاط جنین واجب می گردد؟

جمهور فقهاء به وجوب کفاره با وجود غره بر جانی که به سبب جنایت بر مادر جنین، جنینش را به صورت مرده اسقاط نماید، نظر داده اند.

امام ابوحنیفه گفته است: کفاره بر جانی لازم نمی گردد، زیرا نبی کریم (ص) حینی که غره را بر جانی واجب گردانیدند، کفاره را بر وی لازم نساختند.

ابن قدامه برای مذهب جمهور استدلال کرده است به اینکه جنین از دو حال بیرون نیست یا به تبع والدین خود، مؤمن است یا از اهل کتاب (نصرانی یا یهودی) است به تبع والدینش و در هر دو حالت، در قتل وی که بر سبیل خطا باشد، به نحوی که در حین بحث ما از وجوب کفاره با دیت آن را با تفصیل بیان نمودیم، دیت و کفاره هر دو لازم می گردد.

عدم ذکر کفاره در حدیثی که ابوحنیفه بدان استناد نموده است، برای او دلیل بوده نمیتواند، زیرا عدم ذکر کفاره در این حدیث به معنی آن نیست که در نصوص دیگر در قرآن و سنت نبوی (ص) ذکر نشده باشد. چنانچه در این فرموده پیامبر (ص): «فی النفس المؤمنة مائة من الابل» در قتل نفس مؤمن، صد شتر دیت واجب است.

و این حدیث شریف از وجوب کفاره با پرداخت صد شتر دیت، منع نمی کند، از طرف دیگر کفاره در نصوص شرعی دیگر ذکر گردیده است. چنانچه در این فرمان الهی است: «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» (سوره النساء: آیه ۹۲) ترجمه: و هر که مؤمنی را از روی خطا به قتل رساند، باید یک برده مؤمن را آزاد کند.

۵۶۸- وجوب کفاره بر مادر، در صورتیکه جنینش را اسقاط نموده باشد:

آنچه را که ما از وجوب کفاره بر جانی در اسقاط جنین ذکر کردیم، بر مادر حامله که جنین خود را به فعل قصدی و عمدی خود، مانند خوردن دواي مسقط جنین، اسقاط نماید، نیز جاری می گردد، همان گونه که بر دیگری غیر از او که بر وی تعدی نماید و موجب اسقاط جنین وی گردد، کفاره لازم می گردد.

۵۶۹- حکم اسقاط بیشتر از یک جنین:

هرگاه زن به اثر تعدی که بر وی شده است، بیشتر از یک جنین را سقط نماید، بر جانی، غره و کفاره هر یک از جنین های سقط شده لازم می گردد، خواه جانی خود مادر باشد یا دیگری غیر از وی.^۱

^۱ - المغنی ج ۷ ص ۸۱۶.

۵۷۰- دیت جنین به نسبت غیر مسلمانان:

آنچه را که ما ذکر کردیم از جنین و از دیت آن که در اسقاط وی غره لازم می‌گردد و آنکه چه کسانی پرداخت آن را متحمل می‌شوند و از مقدار آن و غیر از این‌ها، این احکام همه بر غیر مسلمانان نیز جاری می‌گردد، زیرا قاعده آن است که آنان در معاملات مانند مسلمانان هستند، مگر در امور استثنائی، در حالیکه احکام جنین از امور استثنائی نیست. بنابر این هرگاه غره بر غیر مسلمان خواه ذمی باشد یا مستأمن لازم گردد پس مقدار آن نسبت به دیت مادرش تعیین می‌گردد، زیرا دیت جنین به اندازه عشر دیت مادر وی است. اگر مادر مسلمان باشد، پس دیت جنین وی عشر دیت زن مسلمان است و در صورتیکه غیر مسلمان باشد، پس دیت جنین وی، عشر دیت زن غیر مسلمان است.

اما کفاره بر وی لازم نمی‌گردد بر اساس رأی حنفیان، چون حنفیان، مسلمان را ملزم به دادن کفاره نمی‌پندارند، لذا غیر مسلمان را به طریق اولی ملزم به دادن کفاره نمی‌پندارند اما غیر حنفیان به نظر من، کسیکه قایل به وجوب کفاره بر او در قتل خطا می‌باشد، به الزام وی به دادن کفاره قایل است و کسیکه به الزام وی به دادن کفاره در قتل خطا قایل نیست، به عدم الزام وی (غیر مسلمان) به دادن کفاره در اسقاط جنین قایل است.

باب پنجم

در بیان وسایل (و ادله) اثبات (در قتل)

۵۷۱- تمهید و تقسیم (محتویات این باب):

ما قبلاً از قصاص در نفس و در مادون نفس، از دیت نفس و ارث‌های مادون نفس، و هم چنان از (غره) که عبارت است از دیت جنین، صحبت کردیم.

این جزاها از قصاص، دیات و اروش، تنها وقتی ثابت می‌شود که موجبات آنها ثابت گردد و اثبات موجبات آنها به وسایل اثبات شرعی صورت می‌گیرد.

بعضی از این وسایل و ادله اثبات، متفق علیه است و فقهاء در مورد آن‌ها اختلافی ندارند. وسایل و ادله علیه جملگی عبارت اند از: اقرار، شهادت و قسامت و مختلف فیه مثل علم قاضی است.

بنا بر آن ما این باب را به قرار آتی به فصل‌های ذیل تقسیم می‌نمائیم:

فصل اول- در مورد اقرار.

فصل دوم- در بیان احکام شهادت.

فصل سوم- راجع به چگونگی قسامت.

فصل چهارم- در باره دیگر وسایل و ادله اثبات.

فصل اول

(در مورد) اقرار

۵۷۲- تعریف اقرار و دلیل مشروعیت آن:

اقرار عبارت است از اعتراف و در نزد فقهاء: اقرار عبارت از اخبار از ثبوت حق دیگری بر شخص مقرر است.

در موضوع که ما در باره آن و بالای آن صحبت میکنیم، اقرار عبارت است از اعترافات شخص بر ارتکاب فعلی که موجب آن قصاص یا دیت و آنچه که بر آنها از ثبوت حق غیر بر فعلی که اقرار کرده است از قصاص یا دیت مرتب می شود.

اصل در مشروعیت اقرار یعنی در اعتبار آن از وسایل و ادله اثبات حقوق، کتاب (قرآن کریم)، سنت (حدیث پیامبر (ص))، اجماع (امت) و دلایل عقلی است.

اما کتاب (قرآن کریم) این فرمان الهی است: «وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ...» تا این فرموده خداوند (ج): «أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ» (سوره آل عمران آیه ۸۱) ترجمه: و (به خاطر بیاورید) هنگامی را که خداوند، از پیامبران (و پیروان آنها) پیمان مؤکد گرفت... سپس (خداوند) به آنها گفت: «آیا به این موضوع اقرار دارید؟ و بر آن پیمان مؤکد بستید؟» گفتند: «(آری) اقرار داریم!» (خداوند به آنها) گفت: «پس گواه باشید! و من نیز با شما از گواهانم.» و این قول او تعالی: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ» (سوره النساء آیه ۱۳۵) ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! کاملاً قیام به عدالت کنید! برای خدا شهادت دهید، اگرچه (این گواهی) بر زیان خود شما باشد.

شهادت انسان بر علیه خودش، عبارت از اقرار وی به حقی است که از دیگری بر بالای اوست.^۱ اما اصل اقرار در سنت (حدیث نبوی (ص))، در حدیثی آمده است که شخصی بر علیه خودش، به قتل عمد اقرار کرد، پس رسول اکرم (ص) برای ولی مقتول اجازه دادند تا قاتل مقرر را (به طور قصاص) به قتل برساند.^۲

اما حجیت اقرار به اجماع: همه امت (اسلام) بر حجت بودن اقرار و بر اینکه به وسیله آن حقوق و موجبات آن ثابت می گردد، اجماع نموده اند.

اما حجت و دلیل بودن اقرار از نقطه نظر استدلال عقلی آن است که اقرار، اخباری است از جانب اقرار کننده بر وجهی که تهمت و شک را از وی نفی می کند، زیرا هیچ عاقلی بر علیه خودش دروغی را نمی گوید که بر او ضرر و زیان داشته باشد، از همین رو اقرار از شهادت مؤکد تر است، لذا هرگاه مدعی علیه بر حق مدعی اقرار نماید، بر بالای وی شهادت شنیده نمی شود، یعنی

^۱ - تفسیر الزمخشری ج ۱ ص ۵۷۵.

^۲ - نیل الاوطار ج ۷ ص ۳۵-۳۶.

حق مدعی ثابت می‌گردد و نیازی به اقامه بینه، نیست. شهادت تنها زمانی شنیده می‌شود که مدعی علیه از دعوای مدعی انکار کند.^۱

به همین خاطر هرگاه شخصی بر علیه خود اقرار نماید بر اینکه او مجنی علیه را عمداً و عدواناً به قتل رسانده است، بر او قصاص واجب می‌گردد، به عنوان حق ولی مقتول، مشروط بر اینکه همه شرایط صحت اقرار، در اقراری که می‌کند، فراهم باشد.^۲

۵۷۳- اقرار اخرس (گنگی که قادر به تکلم نیست):

اقرار گنگ به ارتکاب جرم قتل یا هرگونه تجاوزی بر مجنی علیه، صحت می‌یابد و مدار اعتبار است، فرق نمی‌کند که به نوشتن باشد یا به اشاره صورت بگیرد.

فقیه الکاسانی حنفی گفته است: (اقرار در قصاص، صحت می‌یابد - یعنی در موجب آن که عبارت از قتل و مانند آن است - حتی اگر اخرس (گنگ) اقرار خود را به قلم و خط خود بنویسد یا اینکه اشاره کند به طوری که دانسته شود که این اشاره وی اقرار است، نیز صحیح می‌شود).^۳

هم چنان زیدیه نیز همین را می‌گویند: (و اقرار اخرس، در صورتیکه اشاره اش فهمیده شود صحت دارد و کتابت به اقرار هم مانند نطق به اقرار است)^۴

۵۷۴- شروط صحت اقرار:

برای صحت اقرار شرط است که شخص اقرار کننده، بالغ و عاقل باشد، پس اقرار طفل، مجنون (دیوانه)، کسیکه معروض به بی‌هوشی شده است و کسیکه در خواب است، صحت نمی‌یابد. صاحب کتاب (المغنی) گفته است: و ما در این امر اختلافی را در میان فقهاء سراغ نداریم. پیامبر (ص) فرموده اند: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبی حتی یبلغ، و عن المجنون حتی یعقل و عن النائم حتی استیقظ»^۵

ترجمه: قلم محاسبه و مسئولیت از سه کس رفع شده است و مسئول شمرده نمی‌شوند: از کودک تا آن زمانی که بالغ شود، از مجنون تا وقتی که دوباره عقل خود را به دست آورد و صحت یاب شود و از شخص خوابیده تا آنگاه که بیدار گردد.

^۱ - المغنی و شرح الکبیر در فقه حنابلہ ج ۵ ص ۲۷۱.

^۲ - المغنی و شرح الکبیر ج ۵ ص ۲۷۵، البدایع ج ۷ ص ۴۵۳، مغنی المحتاج ج ۴ ص ۱۱۸، التاج المذهب ج ۴ ص ۲۷۷، الروضة البهیة شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱۰ ص ۶۷.

^۳ - البدایع، ج ۷ ص ۲۲۲-۲۲۳.

^۴ - المغنی و شرح الکبیر، ج ۵ ص ۲۷۲.

^۵ - المغنی و شرح کبیر ج ۵ ص ۲۷۱، التاج المذهب ج ۴ ص ۳۹۰، الروضة البهیة ج ۱۰ ص ۶۷.

برای صحت اقرار به موجبات قصاص و سایر مجازات ها، حریت (آزاد بودن) شرط نیست، همان طوری که مسلمان بودن جانی، برای صحت اقرار وی به موجبات قصاص و دیگر عقوبات، شرط نیست، زیرا کافر در اقرار خود بر ضرر شخص خودش متهم به (کذب) شده نمیتواند.^۱

۵۷۵- اقرار سکران (مست):

کسیکه عقل وی به سبب مباحی یا به سببی که در آن معذور پنداشته شود، مانند کسیکه دمای را میخورد و آن دوا او را مست می کند، یا مُسکری را می آشامد در حالیکه نمیداند که مُسکر است و او را مست می کند، پس این شخص در حکم هم مانند مجنون است که اقرار وی قبول نمی شود، فقهاء در این باره اختلافی ندارند.

اما اگر سکران وی به طریق ممنوع و حرام بود، مثل کسیکه مسکر را عمداً و با وجودی که میداند مسکر است می نوشد و عقل وی زایل می گردد، پس اقرار وی نیز صحت نمی یابد زیرا به اقرار مست اطمینانی نیست و این اقرار تهمت کذب را از او منتفی نمی کند، لذا معنی اقرار در آن یافت نمی شود که موجب قبول اقرار وی گردد. این قول جمهور است.^۲

اما امام ابوحنیفه به این رأی است که اقرار سکرانی که به طریق مخطور و حرام، مست گردیده باشد، صحیح و درست است و اینکه او بدین اقرار خود، مؤاخذه می شود مگر در آن عده حدودی که حق الله خالص باشد، در حالیکه قتل از آن جمله نیست به همین گونه است، جنایت بر مادون نفس و جنایت بر جنین.^۳

۵۷۶- اقرار مُکره (وادر کرده شده به کاری که خوش ندارد آن را انجام دهد):

برای صحت اقرار، طوع و اختیار، شرط است، لذا اقرار مُکره صحیح نیست اکراهی که به طور ملجی و مجبور کننده اقراری باشد که به آن اکراه شده است.

بدلیل فرموده پیامبر (ص): «رفع عن امتی الخطأ والنسیان وما استکرهوا علیه»^۴ ترجمه: از امت من، مسئولیت خطا، نسیان و آنچه که در آن اکراه شده باشند رفع گردیده است یعنی در این موارد مورد بازپرس قرار داده نمی شوند.

^۱ - البدایع ج ۷ ص ۲۲۲-۲۲۳.

^۲ - المغنی و شرح الکبیر ج ۵ ص ۲۷۲.

^۳ - حاشیه ابن عابدین، ج ۴ ص ۶۴۱، التشریع الجنائی الاسلامی از شهید عبدالقادر عوده ج ۲، ص ۳۰۵.

^۴ - المغنی و شرح الکبیر ج ۵، ص ۳۷۲-۳۷۳، البدایع، ج ۷ ص ۲۲۲، التاج المذهب ج ۴ ص ۳۹، اللمعة الدمشقیة ج ۱۰ ص ۲۶۷.

لیکونکی : دوکتور عبدالکریم زیدان
ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامي

د اسلامي فقهي بنسټونه

شپږم فصل

شپږم دليل ، مرسله مصلحت

فهرست:

۲۱۷-	د مرسله مصلحت تعريف	۴۱
۲۱۹-	معتبر مصلحتونه	۴۲
۲۲۰-	ملغي مصلحتونه	۴۲
۲۲۱-	مرسله مصلحتونه	۴۳
۲۲۲-	د مرسله مصلحتونو حجيت	۴۳
۲۲۳-	د منكرينو دلايل اوله هغوى سره بحث كول (مناقشه) :	۴۴
۲۲۴-	په مرسله مصلحتونو د قايلانو دلايل	۴۵
۲۲۵-	غوره قول	۴۷
۲۲۶-	په مرسله مصلحت د عمل شرايط	۴۷
۲۲۷-	پرمصلحت ولاړ (مبتني) خيبي اجتهادونه	۴۸

۲۱۷- د مرسله مصلحت تعريف

مصلحت د منفعت د جلبولو او مضرت يعنى مفسدې د دفع كولو په معنا دى ^۱ ، نومصلحت ديو ايجابي اړخ درلودونكى دى يعنى د منفعت رامينځته كول او د يوسلبي اړخ درلودونكى دى ، يعنى د مفسدې دفع كول ، كله كله هم ، مصلحت يوازې دهغه په ايجابى اړخ اطلاقوي او په دې ترتيب د مفسدې دفع له هغه سره يوځاى ذكر كيږي ، لكه هماغسې چې فقها وايي : (د مفسدې دفع كول د مصلحت پر جلبولو لومړيتوب لري) ^۲ .

^۱ - المستصفى ج ۲ ص ۱۳۹

^۲ - المصلحة فى التشريع الاسلامى ، مصطفى زيد ، ص ۲۰

۲۱۸- ځينې مصالح (مصلحتونه) دی چې شارع دهغو اعتبار اعلام کړی دی اوځينې نوردي چې دهغو لغوه يې اعلام کړېده اوځينې نورمصلحتونه هم شته چې شارع دهغو په تراوسکوت کړی دی ، لومړي مورد ته معتبرمصلحتونه او دوهم موردته ملغی مصلحتونه او درېيم مورد ته مرسله مصلحتونه وايي .

۲۱۹- معتبر مصلحتونه

هغه مصلحتونه دي چې شارع معتبر بللی دي په دې مطلب سره چې پرهغو دلاس بري (لاس موندنې) لپاره يې ځينې احکام تشریع کړي دي لکه د دين ، ځان ، عقل ، ناموس (پت) اومال خونديتوب چې شارع ، د دين د خونديتوب په لپاره جهاد او د ځان د خونديتوب لپاره قصاص او د عقل د خونديتوب لپاره د شراب څښلوحد او دناموس د خونديتوب په لپاره د زنا حد او د قذف حد او د مال د ژغورنې لپاره دسرقه حد تشریع کړی دی .

د دې معتبرو مصلحتونو او د دوی دخپلو علتونو اوجودي اونه وجودي اړیکې پر بنسټ دی چې دقياس دليل رامینځته شوی دی ، نوهره واقعه (پېښه) چې شارع دهغه حکم بیان کړی نه دی ، خو دا واقعه ، دحکم په علت کې ، له بلې پېښې (واقعي) سره مساوي ده چې شارع د هغه حکم بیان کړی دی ، دا پېښه هم د منصوص عليه پېښې حکم اخلي .

۲۲۰- ملغی مصلحتونه

د معتبرو مصلحتونو ترڅنګ ، غيرواقعي موهوم اويا مرجوحی مصلحتونه هم موندل کيږي چې شارع هغه باطل اوبی اعتباره گڼلي دي او هغوته يې پام نه دی کړی اوپه دې بڼه چې داسې احکام يې تشریع کړي دي چې د دې مصلحتونو په نه اعتبار دلالت لري ، دا مصلحتونه ، هماغه ملغی مصلحتونه دي .

د دې ډول مصلحتونو له بيلگوڅخه په ميراث کې له خپل ورورسره په مساوات کې د بنځمنې (مؤنث) مصلحت دی چې شارع هغه په دې آيت سره باطل کړی دی او فرمايي : (يوصيکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثيين) (د النساء سورت - ۱۱ - آيت) .

ژباړه : الله ستاسوپه اولادکې وصيت کوي چې نارينه لره لکه د دوو بنځورڅخه ده .

همدارنگه د ربا (سود) له لارې دخپل مال په زياتولوکې دسود خور (سود خوړونکي) دمصلحت په څير ، چې شارع دا مصلحت د سود (ربا) دحرمت (حرام والي) په بيان سره لغوه کړی دی او فرمايي : (وأحل الله البيع وحرم الربوا) (د البقره سورت - ۲۷۵ - آيت) . ژباړه : الله بيعه (پير او پلور - سوداګری - تجارت) حلال گرځولي او سود يې حرام گرځولی دی ،

نوسود دمال دجمع کولو اويا پرهغه دزياتولو لپاره صحيح اوصالحه لارنده ، همدارنگه ، دهغه ډارنو افراد ومصلحت چې جهاد ته نه ځي اوپه دې وسيله خپل ځان له هلاکت اوناوېدۍ څخه ژغوري ، چې شارع د جهاد د احکامو په تشریع سره دا مصلحت لغوه کړی دی ، او داسې نور .

علما دنظر اتفاق لری چې پرملغی مصلحتونو داحکاموبنا کول صحيح نه دي .

۲۲۱- مرسله مصلحتونه

د معتبرو مصلحتونو او ملغي مصلحتونو ترڅنگ ، داسې مصلحتونه هم موندل کېږي چې شارع نه دهغو پرلغوه کيدلو نص ايښی اونه دهغو پراعتبار او دهغو په تړاوې چوپتيا غوره کړې ده او دا مصلحتونه، د اصولونو په نزد هماغه مرسله مصلحتونه دي. دا مصلحتونه ، مصلحت دي په دې خاطر چې مصلحت جلبوی اوضرراومفسده دفع کوی، او مرسله دي په دې دليل چې شارع هغه معتبريا ملغي نه دي گڼلي اوپه خپل حال يې پرې ايښی دي . نوله دې کبله ، دمصلحتونودا ډله ، په مسکوت عنه پيښو(وقایعو) کې ځان څرگندوي او داسې مثال(نظير) چې دمنصوص حکم درلودونکی وي هم نه لری ترڅودا مصلحتونه پرې قياس کړو، خو په هغوی کې ديوټاکلي حکم دتشریع لپاره يومناسب وصف شتون لري چې دا حکم کولای شي يومنفعت ته تحقق ورکړي اويا يوه مفسده دفع کړي لکه دهغه مصلحت په څير چې د قرآن د راغونډولو (جمع کولو)، د ديوانونو د رامینځته کولو او دجوړوونکو(کسبگرو، صنعتکارانو) دضامن گڼلو او ديونفر دقتل په خاطر ديوي ډلې دقصاص غوښتونکی ؤ .

۲۲۲- دمرسله مصلحتونو حجيت

علماد نظراتفاق لري چې نه شوکولای په عباداتو کې په مرسله مصلحتونو عمل وکړو ، ځکه عبادات توقيفي دي نو اجتهاد او رأى په هغوکې کوم مجال نه لري او پر عباداتو دکوم څيز ورزياتول په دين کې بدعت دی او بدعت هم يوه مذمومه او غندل شوې چاره ده ، ځکه چې هريدعت گمراهي ده او هره گمراهي او ټول گمراهان هم د جهنم په اورکې دي ، خو په معاملاتو کې دمرسله مصلحتونو دحجت اود احکامو له دلایلو څخه ديو دليل په عنوان دهغه دقرار ورکولو په تړاوعلما دنظر اختلاف لري . دا اختلاف په پراخه توگه د اصولو په کتابونو کې ذکر شوی دی ، خو نه شوکولای په فقهي کتابونو کې د دې پراخ اختلاف آثار په پراخه او خورا زياته بڼه ووينو، لکه څرنکه چې داسې فقها لکه شافعيه اوحنفيه — په مرسله مصلحتونو عمل نه کول هغوی ته منسوبېږي — په ځينو مواردو کې داسې اجتهادات لري چې پرمرسله مصلحتونو مبتني (ولاړ) دي .خو په هرحال ، په دې کې شک نه شته چې ځينې علما د مرسله مصلحتونه دحجيت منکردي او ددې علما ووله جملې ظاهريه دي ، ځکه ظاهريه دقياس منکردي اوله دې امله ، بايد په ډيره ښه طريقه له مرسله مصلحتونو څخه هم انکاروکړي . د مرسله مصلحتونو څخه انکارشافعيه او احنافو ته هم منسوب شويدي ، خو دهغوی په فقهي کتابونو کې ځينې اجتهادات شتون لري چې دمصلحت پربنسټ بنا دي ، لکه هماغسې چې په لاندنيو مطالبو کې به يې يادونه وشي .

دعلماوو يوه بله ډله مرسله مصلحتونه مني او پرې عمل کوي اوهغه يوشرعي حجت او دتشریع له مصادر څخه يومصدرې گڼي . خورا مشهورکس چې په دې نظرسره پيژندل شوی دی ، امام مالک (رح) او ورپسې امام احمد بن حنبل(رح) دی . د دې دواړو ډلو(دمصلحت دمنکرانو اودهغه په حجيت د (قايلانو) ترمينځ داسې کسان شتون لري چې دځينو شرايطو په شتون سره په مصلحت

قابل شوي دي چې دا شرايط مصلحت د دارنگه اړتيا وو په کتار کې دروي چې علما په قول کې له هغوسره کوم اختلاف نه لری ، لکه غزالی (رح)، چې مصلحت په هغه شرط سره مني چې ضروري ، قطعي او کلي وي .

لاندې ، د مرسله مصلحتونو د حجيت د منکړينو د دلایلو او پرهغو د قایلانو د دلایلو په بیان لاس پورې کوو او بیا ددې دوو رأیو ترمنځ غوره (راجح) رأیه او وروسته ځینې داسې مسایل ذکر کېږي چې فقها د مصلحتونو پربنسټ په هغو قایل شوي دي .

۲۲۳- دمنکړينو دلایل اوله هغوی سره بحث کول(مناقشه) :

الف : حکیم شارع د بندگانو دمصلحتونو دتحقق لپاره لازم احکام تشریع کړي دي اوله هیڅ کوم مصلحت څخه غافل شوی نه دی او هیڅ یو یې له تشریع پرته پرې ایښی (ترک کړی) نه دی ، نو په مرسله مصلحت قایلیدل په دی معنا دي چې شارع د بندگانوځینې مصلحتونه پرې ایښي دي او دهغو د تحقق لپاره یې کوم احکام نه دي تشریع کړي او دا جایزه دي ، ځکه دسترخښتن تعالی جل جلاله له دې قول سره تناقض لري چې فرمائي : (أیحسب الانسان أن یترک سدی) (دالقیامة سورت - ۳۶- آیت) .

ژباړه : ایا انسان گمان کوي چې هسې به پاتې شي .

واقعیت دا دی چې په ظاهره کې دا استدلال پیاوړی دی ، خوکه چیرې په هغه کې تأمل اودقت وشي ، ضعیف (کمزوری) دی ، ځکه چې شریعت ، په واقعیت کې ، دبندهانو مصلحتونه مراعات کړيدي او دې مصلحتونو ته درسیدولپاره یې لازم احکام هم تشریع کړي دي، خو پرتولو جزئي مسایلو کې یې دقیامت ترورځې پورې نص نه دی ایښی او هغه یې نه دي بیان کړي او یوازې ځینې یې په نص بیان کړي دي او داحکامو مجموعه اودشرع مبادي پرې دلالت لري د شارع له قصد او هدف او داحکامو له تشریع څخه د ده موخه ، مصلحتونه دي ، البته د شریعت دامیتود (روش - طریقه) - یعنی د ټولو مصلحتونو نه بیانول - دشریعت له ښیګڼواو دبقا اودهغه د عاموالي لپاره د صلاحیت له دلایلو څخه دي نه دشریعت له معایبوځینې ، ځکه جزئي مسایل له تغییراو تبدیل سره مخامخ کېږي ، که څه هم د دې جزئیاتو د رعایت اصل پایښت درلودونکی اوثابت دی او له تغییر سره نه مخامخ کېږي .

نوپه دې صورت کې ، نه ممکنه اونه ضروري ده چې په پیل کې ټول جزئي مصلحتونه وشمیرل شي او دهغوی دهریو لپاره یوځانګړی حکم صادرشي . له دې کبله ، که چیرې کوم مصلحت پېښ شوچې په شرع کې دهغه لپاره کوم خاص حکم شتون نه درلود او دشارع له تصرفاتو سره مناسب اونظريې دمصلحت په رعایت کې وي او دهغه احکامو له هیڅ کوم یوسره مخالف نه وی ، په دې صورت کې ، دهغه حکم را مینځته کول چې د دې مصلحت پرتحقق پای ومومي ، جایز دی او دانه په تشریع کې دشارع دحق په محدوده کې ننوتل دي اونه پردې دلالت کوي چې شارع خپل مخلوقات

په خپل حال خوشي کړي (پرې ايښي) دي، ځکه په واقعيت کې پخپله شارع دی چې مونږ ته يې د مصلحتونو په رعايت او پر هغو د عمل لارښوونه کړې ده .

ب : - مرسله مصلحتونه د معتبرو مصلحتونو او ملغی مصلحتونو په مينځ کې دي او معتبرو مصلحتونو ته دهغو الحاق نسبت ملغی مصلحتونو ته ډيره وړتيا نه لري . نوهغه مهال چې دهغو پر اعتبار (معتبروالي) کوم دليل شتون ونلري چې پرې دلالت وکړي د معتبره مصلحتونو له ډلې څخه دي او نه د ملغی مصلحتونو ځينې ، نه شو کولای پر هغو استدلال وکړو.^۱

دا استدلال هم ضعيف دی ، ځکه کوم اصل چې شريعت پرې مبتني دی ، د مصلحت رعايت دی او د مصلحت الغايزې په استثنايي مواردو کې شتون لری . نو معتبرو مصالحو ته د ښکاره او څرگندو مصلحت درلودونکو مسکوتو (چوپو) مصلحتونو الحاق ، ملغی مصلحتونو ته دهغوی له الحاق ځينې ډير ښه دی .

ج : - په مصلحتونو عمل ، جاهلانوته د احکامو په تشریع کې جرئت او زړورتيا بخښي او په پایله کې د شريعت په احکامو کې خلط او اختلاط (گډوډي اوسره گډیدل) رامینځ ته کېږي او دهوا او هوس د خاوندانو لکه واکمنانو (حکامو) او قاضيانو او د دوی په څير افرادو ته څرنگه چې هغوی د ځواک څښتنان دي خپلو هیلو ته درسيډ و لپاره دروازه پرانیستل کېږي او هغوی به ، احکام د مصلحت د لباس له اغوستلو او پر هغو د دين درنگ له پورې کولو وروسته پر خپلو لیوالتیاوو او غوښتنو ښاکړي او دا چاره هم په دين د طعن (افترا) د واردیدلو اوله ظالمانو او مفسدانو څخه په ملاتړ د متهم کیدو سبب کېږي .

د دې اعتراض په ځواب کې کولای شو ووايو چې : په مرسله مصلحتونو عمل دهغوله اعتباريا الغاځينې د ډاډ په موخه پر شرعي دلايلو دوقوف او خبرتيا مستلزم دی او دا چاره هم ، د غير علما او مجتهدينو لپاره شونې نده او که چيرې په دې چاره کې جاهلان جرئت او زړورتيا وکړی ، علما دهغوی جهالت افشا کوي ، او په دې توگه به خلک دهغوی له شر څخه په امان کې وي . د فاسدو واکمنانو په تړاو هم بايد ووايو چې نه شو کولای هغوی د مصلحت د دروازې په تړلو سره په دين کې له جسارت کولو ځينې راوگرځوو ، بلکې دا چاره د هغوی په نسبت دخپل شرعي مکلفيت په ترسره کولو کې دامت په اقدام سره ، يعنې لارې ته دهغوی په رااړولو او يا د دوی په عزل کولو سره عملي کېږي .

۲۲۴- په مرسله مصلحتونو د قايلانو دلايل

۱- شريعت - د شريعت دخپلو نصوصو او دهغه د مختلفو احکامو پردلالت له امله - يوازې د ښدگانو د مصلحتونو د تحقق لپاره وضعه شوی دی او پرمرسله مصلحتونو عمل هم له طبيعت سره همغږی او د شريعت دورود موخه ده .

^۱ - الامدی ۱۱ حجت په خپلو احکامو ج ۴ ص ۲۱۶ کې بيان کړی دی .

دا يوه سمه خبره ده او يو ډير شمير علماوو پرې تصريح کړيده او له هغې جملې شاطبي وايي : (شريعت يوازې په دنيا او آخرت کې د بندگانود مصلحتونو د تحقق او له هغوی ځينې د مفسدو د دفع کولو لپاره وضعه شويدي)^۱.

زېږور فقيه ، عزبن عبدالسلام وايي : (شريعت ، ټول مصلحت دی ، يا د مفسدو دفع او ټرد دی او يا دمصلحتونو جلب او جذب)^۲.

ابن قيم وايي : (د شريعت مبنا او بنسټ پر حکمتونو اوپه دنيا او آخرت کې د بندگانو پرمصلحتونو ولاړدی . شريعت ټول عدالت ، مصلحت او حکمت دی اوله دې امله که له عدالت څخه هره مسأله چې ظلم اوستم اوله رحمت ځينې دهغه ضد ته اوله مصلحت څخه مفسدې ته اوله حکمت ځينې عبثياتو ته ووځي ، له شريعت څخه نده ، که څه هم د تاويل په طريقه شريعت ته هم داخله شي ، ځکه چې شريعت دخپلو بندگانو په مينځ کې دستر څښتن تعالی جل جلاله عدالت او د ده د مخلوقاتو په مينځ کې د ده رحمت دی .) د شريعت دنصوصواستقرا هم ، د علماوو د دې خبرې پر رښتينوالي دلالت لري .

۲- دخلکومصلحتونه او پردې مصلحتونو دهغوی دلاس موندلو لپاره وسايل ، دشرایطو ، احوالواوزماني په اختلاف سره تغيرمومي اونه شو کولای له وړاندې څخه هغوی محصور کړو او هغه مهال چې شرع ددې مصلحت پررعايتولوپه خپلې وسيلې دلالت لری ، د دې حصر د ترسره کولو لپاره هم کوم لزوم شتون نه لري .

خوکه چيرې له دې مينځه يوازې هغه څيزمعتبروبولو چې دهغه د اعتبارپه تړاو کوم خاص (ځانگړی) دليل شتون لري يوه پراخه چاره مومضيق اوتنگه کړيده اوزيات مصلحتونه چې خلکو کولای شول له هغو ځينې برخمن شي له مينځه وړي دي او هغوی نه شي کولای نورترې گټه واخلي او دا د شريعت له عام والي اوبقا سره مطابقت اوسمون نه لري اوله دې امله ، ترسره کول يې صحيح نه دي .

۳- دصحابه وومجتهدينو اوله هغوی را وروسته افرادوهم ، په خپلواجتهاداتو کې ، دمصلحت د رعايت پرمبنا اوپرهغو داحکامو په بناکولو سره عمل کړی دی اوله هغوی ځينې هيڅوک يې منکرشوي نه دي ، کوم څيزچې ددې اصل پرسموالي (صحت) او ددې لوري نيولو په درستی دلالت لري اوپردي بنسټ ، دا يوه اجماع ده ، د هغه مسايلوله جملې څخه چې زمونږ دصالحو سلف مجتهدينو په هغو کې دمصلحتونو پراساس عمل کړی دی ، لاندیني موارد دي .

په واحد مصحف کې د قرآن د صفحاتو راجمع کول او پرواحد مصحف دمسلمانانو راغونډول ، له ميراث څخه د فارسري د مطلقې توريث (وارث کول) فارطلاق يعنی داچې سپری ښځې ته په دې

^۱ - (الموافقات) للشاطبي ج ۲ ص ۶ ، ۳۷ .

^۲ - قواعد الاحکام ، عزبن عبد السلام ج ۱ ص ۹ .

موخه طلاق ورکړي چې له ده ځينې ميراث يونه سي (د صنعتگرانو ضامن توب نسبت هغه څه ته چې دخلکوله مالونو څخه چې له دوی ځينې له مينځه ځي ، مگر په هغه صورت کې چې د مالونه په يوې قاهرې قوې (ځواک) سره له مينځه تللي وي ، حال دا چې هغوی په دې مالونو باندې د امانت لاس لري ، خومصلحت د دې حکم غوښتونکی و ترڅو صنعتگران دخلکو دمالونو دځوندیتوب او ساتنې په تړاو ناغېږي و نکړي او حضرت علي بن ابوطالب کرم الله وجهه په دې هکله وايي : (له دې پرته بل څيز دخلکوپه مصلحت نه دی)^۱.

ديونفر دوزلو په خاطر ديوې ډلې قتل، او حضرت عمر بن خطاب رضي الله عنه پرمصلحت مبتني (بنا) خواواړلري له هغې جملې : امريې وکړ چې دسعد بن ابی وقاص کور وسوځوي، ځکه نوموړي په هغه کور کې له رعيت څخه خپل ځان ليرې کړی اوپټ کړی و ، دنصر بن حجاج د سرخرييل او پرده د بنځو دزړه بایللو دمخنيوي لپاره له مدينې ځينې دنوموړي تبعيد ، د خپلو هغه عمالو (کارکوونکو) دمالونو دنيمايي مصادره چې هغوی له خپل مقام او نفوذ څخه په ناوړه استفادې سره په لاس راوړي و . له دې پرته نورموارد هم شتون لري چې خورا زيات دي اويا دونه يې اوږدېږي .^۲

۲۲۵- غوره قول

د دواړو خواوو دلایلو ته په پام دمرسله مصلحت په حجيت قول اوپر هغه د احکامو بنا اود احکامو ددلایلو په شميرکې دهغه معتبرگنل ترجيح مومي .

مصلحت - زمونږ په اند - يوغني او بډای تشريعي مصدر دی چې کولای شي په لازمو احکامو سره د ژوندانه له متغيرو شرايطو سره د مخامخ کيدو لپاره زمونږ ملاتړ وکړي ، پرته له دې چې د شريعت له مبادي (اصولو) اوهم دهغه له قطعي احکامو څخه بهر شو. خو زمونږ ترجيح په دې ده چې هرمهال چې د مجتهدينو اجماع ممکنه شوه هغې ته رجوع کول او ورته پناه وړل په ډله ييزه توگه وي نه فردي .

۲۲۶- په مرسله مصلحت د عمل شرايط

مالکيانو- چې له نورو فقهاوو څخه يې په مرسله مصلحت عمل کړی دی - ددې لپاره چې وکولای شو په مصلحت استناد وکړو او پرې اعتماد وکړو ، داسې شرايط يې ذکرکړي دي چې بايد په هغه کې شتون ولري ، دا شرايط عبارت دي له :

لومړی : مصلحت د شريعت له مقاصدو (موخو) سره مناسب وي او دهغه له اصولو څخه د هيڅ اصل مخالف او داحکامو له دلایلو ځينې دهیڅ دليل منافي نه وي ، بلکې دهغه مصلحتونو له جنس څخه وي چې شارع دهغه د تحصيل (حاصلولو) قصد لري او يادا چې هغوی ته نږدې وي ، او ترې پردی نه وي .

^۱ - امام مالک ، زمونږ استاد ابوزهره ، ص ۴۰۰

^۲ - و . س : الطرق الحکمیة ، ابن القيم الجوزیه ، ص ۱۴ اوله هغې وروسته

دوهم : مصلحت په خپل ذات کې معقول وي ، دارنگه که چيرې سليمو عقلونو ته وړاندې کړل شول هغه په منلو سره واخلي .

دريم : دا چې دهغه اخیستل (اخذ) ديوي ضروري چارې دساتنې (خونديتابه) يا ديوي ستونزې اوسختې دليرې کولو لپاره وي ، ځکه سترڅښتن تعالی جل جلاله فرمايي : (وماجعل علیکم فی الدین من حرج) (دالحج سورت - ۷۸ - آیت) . ژباړه : اوستاسي په دين کې يې سختي نده پيدا کړي .

دا شرايط په واقعيت کې دمرسله مصلحت لپاره ضوابط دي اوهغه په خواهشاتو کې له بنويډلواودنفس له غوښتنو څخه ليرې کوي خو غوره او لازم ده چې دوه نور شرطونه هم پرې ورزيات کړل شي ، لومړی ، دا چې کوم مصلحت چې د حکم پرتشریع مترتب کيږي ، حقيقي وي نه وهمي .

دوهم ، داچې مصلحت عمومي وي نه خصوصي ، يعنی حکم دعمومي مصلحت لپاره وضعه شي نه ديو فرد يا يوې ټاکلې ډلې (طایفې) د مصلحت په خاطر .

۲۲۷- پرمصلحت ولاړ (مبتني) ځينې اجتهادونه

په اسلامي مذاهبو کې ، داسې اجتهادات شتون لري چې پرمسله مصلحت ولاړ دي ، له هغې جملې : مالکيانو فتوا ورکړې ده چې : جايزده که چيرې مجتهد شتون نه درلود ، کولای شو د غير مجتهدينو له مينځه خورا غوره فرد د امام په عنوان منصوب کړو ، او همدارنگه ، له مفضل سره بيعت دفاضل شخص باوجود جايزدی ، همدارنگه پر شتمنو د مالياتو (ټکس) د ټاکلو جواز د دولت د ضروري لگښتونو لپاره له لازم مال څخه د بيت المال يعنی عمومي خزانه دخالي کيدلو (تشيدلو) په صورت کې ، لکه د سرتيرو د اړتياوو پوره کول ، ترڅو چې په بيت المال کې مال راجمع شي اويا په هغه کې دکفايت په اندازه مال شتون ولري .^۱

همدارنگه ، د مصلحت په خاطر يې ، په ځينو ټيټونو (جراحاتو) کې پريوبل د ماشومانو (اطفالو) شهادت (گواهي ورکول) جايزگڼلې دي ، ځکه د عادت له مخې له دوی پرته نور څوک دهغوی د لوبې شاهدان نه دي ، که څه هم ماشومان (کوچنيان) د بلوغ د شرط درلودونکي نه دي اوبلوغ دشاهد دعدالت شرط دی.^۲

شافعيان ، دهغه حيواناتو دتلفولو په جواز قايل شوي دي ، چې دښمنان پرې سپاره جنگيږي اوهمدارنگه دهغوی دونو تلفول هم جايز بولي که چيرې جگړه اوپرغليمانو بری د دې چارې مستلزم وي .^۳

^۱ - امام مالک، زمونږ استاد محمد ابوزهرة ، ص ۴۰۲

^۲ - بداية المجتهد ، ج ۲ ص ۳۸۴

^۳ - الاشباه والنظائر، سيوطی ، ص ۶۰-۶۱

احناف دهغه مالونو (وسایلو) او پسونو سوځول چې په غنیمت یې وړي جایزبولي ، که چیرې یې په حمل کولو (وړلو) قادرنه وي ، چې په دې صورت کې پسونه ذبح کوي او غوښه یې سوځوي او همدارنگه مالونو (وسایلو) ته اور اچوي ترڅو د بنسټ ترې ګټه وانخلي^۱.

همدارنگه ، دهغوی په نزد یو داستحسان له انواعو (ډولونو) څخه ، د مصلحت پر بنسټ استحسان دی چې وړاندې ورته نغوته (اشاره) وشوه .

امام احمد بن حنبل فتوا ورکړېده چې اهل فساد یوې داسې سیمې ته تبعید شي ترڅو خلک دهغوی له شرڅخه په امان کې وي.^۲ اوهم یې فتوا ورکړه چې جایزه چې د یو ټاکلي مصلحت په خاطر، له اولادونو ځینې یو، هېې ته اختصاص ورکړل شي (یا هبه ورته اختصاص کړل شي) مثلاً ناروغ یا اړمن اود اولاد څښتن او یا طالب العلم وي .^۳

حنبلې فقها وايي اولوالامر کولای شي احتکار کونکي اړباسي چې هغه مالونه چې احتکار کړي یې دي، هغو ته دخلکو د ضروري اړتیاوو پرمهال ، په ثمن مثل سره وپلوري ، همدارنگه نوموړی کولای شي دهغه صنعتونو او کسبونو خاوندان چې خلک ورته اړتیا لري او په خپلو کارخونو (کارځایونو) کې له کارڅخه امتناع کوي په بالمثل اجرت سره کار ته په اقدام اړباسي .^۴

هغه څوک چې دې ته اړتیا لري چې اوبه دبل په ځمکه تیرې کړي اودا چاره دهغه بل لپاره کوم ضرر نه لری ، کولای شي دا کار وکړي، که څه هم د ځمکې د خاوند په اړاستلو (مجبورولو) سره هم وي ، له حضرت عمر بن خطاب رضی الله عنه ځینې نقل شويدي او احمد بن حنبل هم له ده څخه په نقل شويو دوه روایتونو کې ، پر هغه قایل شويدي او د حنبليانو یوې ډلې هم هغه منلی دی . دا رایه یوه صحیح رایه ده چې قایلیدل پرې واجب دي ، ځکه په شریعت کې حق په استعمال کې ظلم اوستم او خپلسري منعه شويده او دا مسأله ددې اصل له تطبیقاتو څخه ده . د حنبليانو له نورو فتواوو ځینې یوه دا ده چې : که چیرې یو څوک دیوه انسان په کور کې استوګنې ته مجبور شو چې له نوموړي پرته بل چا په هغه کور کې استوګنه نه درلوده او نوموړي کور د ده او دکوردڅښتن ګنجایش درلود ، د ځینو حنبليانو د رأی له مخې ، دکور په څښتن واجب ده چې هغه خونه په اجرة المثل سره د دې فرد په واک کې ورکړي او د دوی یوشمیر نور معتقد دي چې باید هغه خونه په وړیا توګه دهغه فرد په واک کې ورکړی .^۵

نور بیا

^۱ - الرد علی سیر الاوزاعی ، امام ابویوسف ، ص ۳ .

^۲ - (الطرق الحکمیة) لابن القيم ص ۱۴

^۳ - المغنی ج ۶ ص ۱۰۷

^۴ - الطرق الحکمیة ، ص ۲۲۲ - ۲۲۶

^۵ - الطرق الحکمیة ، ص ص ۲۳۹ - ۲۴۰

مصادر قانون

فهرست:

۵۰	مدرسه - کششهای - رومانی :
۵۳	مأموریت محکمه تمیز :
۵۴	فرق میان وقایع و قانون :
۵۴	فقه :
۵۵	همکاری فقه و قضاء :

مدرسه - کششهای - رومانی :

فقه و قضاء در قانون جدید فرانسه :

جایگاه فقه در قانون فرانسه به مراتب بالاتر از آن در قانون انگلستان است، اما جایگاه قضاء در قانون فرانسه، کمتر از آن در قانون انگلستان می باشد. و این جایگاه بزرگ فقه، و جایگاه محدود قضاء در قانون فرانسه، اثرات فقه و قضاء را به شکل مجموع، در این قانون نزدیک میکند، گذشته از آنکه فقه و قضاء هر دو " بنا به رأی راجح " مصدر تفسیری قانون جدید فرانسه بوده و هیچ کدام آنها مصدر رسمی قانون نمی باشند. " آنچنانیکه فقه و قضاء هر دو مصدر رسمی قانون رومان بوده است " و قضاء تنها مصدر رسمی قانون انگلستان می باشد.

قضاء :

اهمیت قضاء در فرانسه روز افزون بوده، و جایگاه آن به فقه نزدیک می شود، زیرا گاهی قضاء بر فقه پیشی گرفته و گاهی در سطح آن قرار دارد. اما هنوز همانند فقه به عنوان مصدر تفسیری قانون شناخته می شود، با ملاحظه آنکه قضاء بر فقه از حیث عملی بودن تمایز دارد، که احکام قضاء بر دادخواهان و اطرافیان 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 استثنائی با احکام محکمه تمیز در تصادم قرار میگیرد، و در بسا موارد هم 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 استثنائی نقض گردیده، و برای رسیدگی مجدد به محکمه استثنائی 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 استثنائی 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 استثنائی 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 اند، تا احترام جدائی میان قوای دولت حفظ گردد، زیرا وظیفه قوه قضائیه منحصر به تطبیق و تفسیر قانون است نه وضع آن، همچنانکه ماده پنجم قانون مدنی فرانسه تصریح نموده، قضات حق ندارند که برای رسیدگی و حل و فصل قضایا خود مبادئی عمومی را وضع کنند که در قضایای همانند مورد تطبیق قرار گیرد. درحالیکه قضات از این حق در سایه محاکم قدیمی فرانسه معروف به - پارلمانها- برخوردار بوده اند، که با گذشت زمان و تقویت شدن مبدأ جدایی کامل میان قوای دولت این حق از محاکم گرفته شد، تا محاکم در عین زمان خود قوه قضائیه، و قوه مقننه نباشند. رأی دیگر:

علی رغم وجود مبدأ جدائی کامل میان قوای ثلاثه و علی رغم وجود ماده پنجم قانون مدنی فرانسه، عده ای از فقهاء برآن 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 حالتهای 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 برآن، قضاء در بعضی از حالات از نص قانون هم گذشته است، مثل مجموع احکامی را که محاکم مختلط مصر در مورد - تقسیم اموال - صادر کرده و گفته است که - قسمت - کاشف و یا مقرر حقوق بوده، و ایجاد کننده آن نمی باشد.

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

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

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

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

پس چگونه میتوان گفت: که قضاء از مصادر قانون است؟ طرفداران رأی دوم گفته اند: اگرچه قاضی ملزم نیست به رأی محاکم بالاتر - همانند محکمه تمیز - پایبندی کند، اما چنین احکامی - احکام تمیز - در نزد قضات محاکم پایین تر از احترام و تقدیر بزرگی برخوردار است و این خود پیدا است، کسانیکه از نقض شدن احکام خود در پیشگاه آنان هراس دارند، بدون تردید وفق مقررات و 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.^۱ پس قانون طبیعی و قواعد عدالت در واقع مصدر رسمی قانون است. نه قضاء.

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

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

مأموریت محکمه تمیز:

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

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

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

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

فرق میان وقایع و قانون :

به منظور اینکه گفته های گذشته واضح باشد باید فرق میان وقایع و قانون را توضیح داد. منازعاتی که به پیشگاه محاکم می رسد به دو نوع است، زیرا این منازعات یا متعلق به وقایع دعوی بوده و یا متعلق به قانون و بیان حکم آن است. " و گاهی هم نزاع به شأن وقایع و قانون است. " به گونه ای مثال :- ایا تدلیسی که از سوی غیر اطرافیان تعاهد انجام می شود تعاهد را باطل میکند یا خیر؟ این اختلاف در شأن قانون است. اما اگر اختلاف بر آن باشد که آیا تدلیسی رخ داده یا خیر؟ این اختلاف در شأن وقایع است. و در مثال دیگری که آیا قانون؛ اثبات به شهادت شهود را جائز دانسته یا خیر؟ این اختلاف در شأن قانون است. اما اینکه شهادت شهود مطابق به حقیقت واقع بوده یا خیر این اختلاف در شأن وقایع است.

و در مثال سومی گفته می شود: آیا عرف رکن مادی خود را تکمیل کرده است یا خیر؟ این اختلاف در شأن وقایع است اما اگر اختلاف در مورد رکن معنوی - الزام - باشد این گونه اختلاف در شأن قانون است. و موضوع فرق گذاشتن میان وقایع و قانون در مورد انعقاد صلاحیت و رقابت محکمه تمیز دارای اهمیت بزرگی است، زیرا هرگاه ثابت شود که نزاع پیرامون وقایع دعوی - یا موضوع دعوی - است حکم محکمه موضوع - حاکمه - نهائی بوده و از حدود نظارت و رقابت محکمه تمیز بدور است، و برعکس هرگاه ثابت شود که اختلاف پیرامون صحت تطبیق قانون بر آن وقایع است، در این حالت حکم قاضی زیر تبغ رقابت محکمه تمیز وارد می شود. به هر رو باید گفته شود که تعیین حد فاصل میان آنچه که در چهارچوب وقایع وارد گردیده، و آنچه که در چهارچوب قانون قرار میگیرد خیلی دقیق بوده و در بسیاری از حالات خود مورد اختلاف قرار میگیرد.

فقه :

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

پس فقهای فرانسه هر اندازه که به عظمت و منزلت برسند، رأی آنان بر قاضی الزام آور نمی باشد. لهذا فقه مصدري از مصادر قانون نبوده، بلکه قاضی از آرای فقه به عنوان مرجع استثناسی بهره

گرفته می‌تواند به آن اعتبار قایل شده و هم می‌تواند آن را نا دیده بگیرد. پس فقیه در فرانسه قانون را تفسیر کرده اما وضع نمی‌کند.

همکاری فقه و قضاء :

فقه و قضاء در فرانسه همکار یکدیگر بوده، و در جهت تفسیر و تطبیق درست قانون وفق مبادی علمی و نیازهای عملی در تعاون اند. زیرا آرای فقه بر قضاء الزام آور نبوده، و احکام قضاء بر فقه الزام آور نمی‌باشد. بلکه نوعیت رابطه میان آنها همکاری و رقابت است. قاضی در فرانسه با فقیه همکار بوده و از وی نظارت می‌کند و برعکس فقیه نیز با ابراز رأی و نظر و توضیح پوشیده گیها و ملتباسات قانون، قاضی را همکاری کرده و اعمال وی را نظارت می‌کند. و با آنکه آرای هریک از فقهاء و قضات در قانونگذاری حایز اهمیت فراوان و عظیمی بوده، اما هیچ کدام آنها به عنوان قانون مدار اعتبار نمی‌باشد.

و در بسیاری از حالات رأی اجماعی فقه و قضاء به عنوان مصدر تاریخی - نه رسمی - قانون تلقی می‌شود، و این همکاری و تعاون میان فقه و قضاء سبب ترقی و تعالی قانون فرانسه می‌باشد، زیرا آنچنانکه قبلاً یادآور شدیم، همکاری فرصت استفاده از مزایای هریک از فقه و قضاء را فراهم کرده، و اجتناب از عیوب آنها را نیز میسر می‌کند، و بدین سان فقه و قضاء می‌توانند یکدیگر را تکمیل کنند.

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

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

شایان ذکر است که این مدرسه فقهی در طول سالهای قرن نوزدهم بر فکر قانونی فرانسه حاکم بوده، تا آنکه فقه به عنوان تعبیر تخیلی و توهمی از قانون گردیده و تدریس آن در پوهنتونها - دانشگاه ها- به عنوان درسهای نظری گردیده بود که هیچ ارتباطی به زندگی عملی نداشته است. در حالیکه تعبیر زنده ای قانون در نزد قضات باقی مانده بود. و هرگاه که فقهای نوین فرانسه به این حقیقت پی بردند مدرسه کلاسیک - شرح بر متن - را گذاشته و با نزدیکی با قضاء که قانون را بر رویدادهای زندگی عملی تطبیق میکرد دانستند که قانون چیزی دیگری غیر از آن است که در

کتابها شرح میکنند، همچنانکه دانستند که قانون منحصر به نصوص وضع شده نبوده، بلکه قانون دارای مصادر دیگری است که باید فقه و قضاء با همکاری یکدیگر آن را استنباط کرده و قواعد قانونی را بوجود آورند که نصوص وضعی از تولید آن به عنوان قاعده قانونی عاجز شده است. با در نظر داشت آنکه قضاء این حقیقت را درک کرده و به مقتضای آن عمل میکند، با نزدیک شدن فقه به قضاء تعاون و همکاری بوجود آمد که نتیجه آن تفسیر و تطبیق درست قانون وفق مقتضای مبادی علمی و نیازهای عملی می باشد.

طرز رسیدگی به قضایای مدنی ؛ حقوق عامه
و احوال شخصیه در محاکم افغانستان
(قسمت اول)

فهرست:

مقدمه:	۵۷
چگونگی اجراءات	۵۸
اصطلاحات:	۵۸
صلاحیتهای محاکم:	۵۹
استدعا:	۶۱
معرفی مختصر ریاست عمومی حقوق، وظایف و صلاحیتهای آن	۶۱
تشکیلات قوه قضاییه	۶۲
طرز رسیدگی به قضایای مدنی و حقوق عامه	۶۴
رسیدگی به اعتراضات ابتدایی	۶۵
اجراءات در صدور احکام غیابی	۶۷
اسباب حکم محکمه	۶۷
رسیدگی به قضایای انصراف از نامزدی	۷۱

مقدمه:

انسانها در زنده گی خود دارای حقوقی میباشند که مستلزم احترام از جانب سایر اشخاص بوده این حقوق چه ذاتی باشد و چه اکتسابی از شریعت یعنی قانون اسلام، انسانها را به رعایت آن مکلف نموده و آن را از تعرض و تجاوز مصئون میداند. علمای اسلام برای حفظ حقوق به خصوص در معاملات حقوقی که مورد تنازع قرار میگیرد راه حلها را جستجو نموده است و اسباب اثبات و یا عدم آن را به دست قاضی قرار داده است تا حق شخص از ادعاهای بی اساس در امان مانده، دست متجاوز و متعرض از اموال و ملکیت اشخاص کوتاه گردیده و حق از باطل تفکیک گردد.

قانون مدنی کشور در معرفی حقوق و معاملات و مسئولیت هایی که بیشتر بر گرفته از قواعد شریعت اسلامی میباشد هیچگونه خلایی را که موجب اخلال در حقوق الناس گردد باقی نه گذاشته و قانون اساسی کشور با تاکید به این که ملکیت شخص از تعرض مصئون است دارایی ها و املاک اشخاص را قانوناً تحت حمایت قرار داده است. هرگاه حکمی در قانون موجود نباشد مطابق حکم مواد ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان به احکام فقه حنفی و جعفری مراجعه صورت میگیرد. بدین معنی برای حل مشکلی که قانون در مورد آن اشاره نداشته باشد به احکام فقهی رجوع صورت میگیرد که هدف آن تنظیم عقود و معاملات، حفظ حقوق اشخاص در برابر بروز مسئولیتهای تعاقدی و تقصیری است.

لذا قابل تذکر است که برای تنظیم زنده گی اجتماعی و جلوگیری از اتلاف حقوق اشخاص در عقود و معاملاتی که ناگزیر اند انجام دهند. آئین دادرسی مشخصی در مسایل مدنی و حقوق عامه و احوال شخصیه تدوین گردیده است که محاکم با در نظر داشت احکام آن مسایل متنازع فیه را به طور قانونی و شرعی حل و فصل نمایند.

برای اینکه قانون شکلی بصورت درست تطبیق گردد و یا راه ها و روش های قانون مذکور که برای محاکم رهنمود حل قضایا میباشد برای اشخاصیکه تازه در عرصه قضا گام گذاشته و یا اینکه از شیوه های محاکماتی حل قضایا آگاهی ندارند توضیح داده شود، این تتبع و نگارش از قانون اصول محاکمات مدنی به زبان ساده صورت گرفت تا در ادارات حقوقی و قضایی توانسته باشند زبان قانونی محاکمه را درک نمایند و از این طریق خدمتی به اصحاب دعوی صورت گیرد.

چگونگی اجراءات

قبل از اینکه به متن موضوع عنوان فوق الذکر بپردازیم لازم به تذکر است که : اجراءاتی که در مورد قضایای مدنی ؛ احوال شخصیه ، حقوق عامه و تجارتی صورت میگیرد از یک عریضه ابتدایی شروع و الی رسیدگی در سه مرحله محاکماتی ادامه می یابد و این اقدام در شمار اجراءات عام به حساب میرود. قبل از پرداختن به توضیحات در مورد طرز اجراءات و رسیدگی در مورد قضایای مدنی و احوال شخصیه لازم است تا معنای اصطلاحات حقوقی و شرعی ای که در پروسه طرح یک دعوی مدنی در محکمه الی صدور حکم مطرح میشود، مختصراً بیان گردد:

اصطلاحات:

دعوی : طلب حق از غیر در پیشگاه محکمه است

مدعی : شخصی است که حق خود را از غیر میخواهد و زمانیکه دعوی را ترک نماید به آن مجبور نمیشود .

مدعی علیه : شخصی که حق از وی خواسته و مجبور به دعوی میشود .

مدعی بها : چیزی است که موضوع دعوی قرار گرفته باشد .

قاضی: شخصی است که دارای تحصیلات حقوقی، شرعی بوده به احکام و موازین شریعت آگاهی کامل داشته و به اساس فرمان ریس جمهور طبق قانون تشکیل و صلاحیتهای قوه قضائیه به صفت قاضی یعنی حکم کننده تعیین میگردد.

محکوم له: شخصی است که به نفع وی حکم محکمه صادر میگردد.

محکوم علیه: شخصی است که در دعوی مطروحه بر علیه او حکم صادر میگردد.

محکوم به: آنچه که موضوع حکم قرار گرفته باشد.

حکم: قضاوت قاضی است که به الفاظ مخصوص و بطور قاطع به عدم اثبات و یا به اثبات دعوی مدعی صادر میگردد.

استیناف خواهی: آنست که محکوم علیه به حکم صادره محکمه ابتدائیه که بر علیه وی صادر گردیده قناعت نداشته، شکایت و اعتراض خود را بر حکم محکمه ابتدائیه در محکمه استیناف تقدیم نماید.

فرجام خواهی: آنست که محکوم علیه به حکم محکمه استیناف قناعت نکرده؛ شکایت و اعتراض خود را به دیوان مربوط ستره محکمه تقدیم نماید.

اهل خبره: اشخاصی است که در یک رشته دارای تخصص، تجربه و آگاهی باشد.

کفیل: شخصی که ذمه اصیل را برای مطالبه نفس یا دین و یا عین به ذمه خود میگیرد.

ذوالید: شخصی که مدعی بها در ید(تصرف) اوست.

صلاحیتهای محاکم:

قانون اصول محاکمات مدنی صلاحیت های محاکم را برای بررسی و انفصال قضایای مدنی و حقوق عامه تحت عنوان صلاحیتهای حوزوی و موضوعی مشخص نموده است. لذا برای اصحاب دعوی لازم است تا قبل از مراجعه به محاکم به صلاحیتهای مذکور توجه نمایند.

در این بخش لازم است برای درک صلاحیتهای قانونی محاکم و ذیصلاح بودن در رسیدگی به قضایای مدنی و حقوق عامه و احوال شخصیه بر حسب قانون توضیحات مختصری ارائه گردد:

به طور عموم در همه قضایای مدنی اجراءات درقبال اقامه دعوی یکسان میباشد بخصوص مقدمه این اجراءات که تحریک دعوی مدنی بوده با یک عریضه آغاز و برمدعی علیه در محکمه ای که مدعی علیه در حوزه صلاحیت آن اقامت دارد اقامه میگردد. و اما این قاعده با استثنائاتی نیز برخورد کرده است.

علی الخصوص در قضایای فامیلی استثنائاتی وجود دارد که صلاحیت محاکم احوال شخصیه را در قضایای مختلف مشخص و معین میسازد طور نمونه:

در قانون اصول محاکمات مدنی آمده است:^۱

^۱ قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۸۲

در دعوی که زن مدعی علیه باشد رسیدگی به قضیه از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر می باشد.

به اساس این قانون در صورتیکه شخص فاقد یا ناقص اهلیت، مدعی علیه باشد رسیدگی قضیه از صلاحیت محکمه محل اقامت ولی، وصی و یا قیم آن میباشد.^۱

و نیز طبق این قانون، رسیدگی به دعوی تفریق به سبب غیابت یا مفقودی زوج از صلاحیت محکمه محل سکونت مدعی میباشد.^۲

در این قانون طوری ذکر گردیده است که: رسیدگی به دعوی تفریق به سبب حبس علیه زوج محبوس از صلاحیت محکمه محل حبس زوج میباشد.^۳

و نیز به اساس قانون اصول محاکمات مدنی^۴ اقامه دعوی به سبب ضرر علیه زوجیکه در افغانستان محل سکونت و یا اقامت داشته مدعی علیه بعد از تحقق اسباب ضرر، زوجه خود را ترک و به خارج فرار نموده باشد در محکمه محل سکونت زوجه صورت میگیرد.

هرگاه موضوع متعدد ولی بیکدیگر مرتبط باشد دعوی در محکمه ایکه یکی از مدعی علیه در حوزه قضایی آن سکونت داشته باشد اقامه میگردد

در دعوی مدنی هرگاه مدعی علیه محل سکونت متعدد داشته باشد دعوی مدنی علیه وی در محکمه ای رسیدگی میگردد که مدعی علیه در حوزه آن محکمه سکونت داشته باشد که براین امر قانون اصول محاکمات مدنی صراحت دارد^۵، اما به طور عموم بر اساس قانون مذکور^۶ دعوی مدنی در محکمه محل سکونت مدعی علیه حل و فصل میگردد. ولی استثنای هم وجود دارد

و نیز برای اینکه سهولت در امر اقامه دعوی برای مدعی ایجاد گردد برای آنعه اشخاصی که طرف دعوی قرار میگیرند ولی در محلات مختلفی سکونت پذیر بوده و مدعی نداند که دعوی به کدام محکمه حل و فصل میگردد. بناء ماده ۸۹ قانون اصول محاکمات مدنی اجازه میدهد که:

هرگاه مدعی علیه در محل سکونت مدعی حداقل یکسال اقامت نموده باشد محکمه ذیصلاح محکمه محل سکونت مدعی میباشد.

^۱ قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۸۴

^۲ ماده ۹۷ قانون اصول محاکمات مدنی

^۳ قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۹۸

^۴ ماده ۹۹ قانون اصول محاکمات مدنی

^۵ ماده ۸۱ قانون اصول محاکمات مدنی

^۶ فوق الذکر هدايت فقره (۱) این ماده

و نیز هرگاه برای یک معامله معین یک اقامتگاهی بمنظور انجام معامله اختیار گردد محکمه ای که در همچو قضایا، در صورت بروز تنازع، صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارد که محل اقامت جهت انجام معامله در حوزه صلاحیت آن اختیار گردیده است.

قابل تذکر است که بر وفق هدایت قانون اصول محاکمات مدنی در دعوی مدنی آنعده اشخاص پیشه ور و یا تجارت پیشه ای که مدعی علیه قرار میگیرند صلاحیت رسیدگی به همچو قضایا را محکمه ای دارد که در حوزه صلاحیت آن محل تجارت پیشه و یا سکونت وی در آن محل قرار دارد. ضمناً در قضایایی که تقسیم متروکه مورد ادعا قرار داشته باشد صلاحیت رسیدگی را محکمه ای دارد که عین (زمین یا خانه وغیره) در حوزه صلاحیت آن محکمه قرار داشته باشد.

استدعا:

طلب حق مدنی است که توسط عریضه رسمی صورت میگیرد. عرایض حقوقی مستقیماً به محاکم و یا به اداره حقوق تقدیم میگردد یک عریضه حقوقی باید دارای محتویات ذیل باشد:

تعیین اندازه و قیمت مدعی بها و توضیح نوع جنس، وصف، موقعیت و مساحت آن، امضا و نشان انگشت. در صورتیکه عارض وکیل، وصی و قیم باشد نمبر و تاریخ وکالت، وصایت، و قیمومیت، تاریخ ایجاد حق و تاریخ تقدیم.

از اینکه مرجع ابتدایی تقدیم استدعای حق مدنی در اداره حقوق میباشد لازم است تا این اداره مختصراً به معرفی گرفته شود.

معرفی مختصر ریاست عمومی حقوق، وظایف و صلاحیتهای آن

اداره حقوق در چوکات وزارت عدلیه بر (طبق قانون طرز تحصیل حقوق) فعالیت مینماید و دارای شعبات ولایتی، ولسوالی و ناحیوی میباشد که در مورد قضایای مورد منازعه مدنی که در محدوده های جغرافیای فوق الذکر رونما گردیده باشد ابتدائاً اجراءات مینماید.

اداره حقوق در قسمت اجراءات عرایض و تحصیل حقوق و دین ثابت وظیفه دارد تا عرایض را در کتاب ثبت عرایض به ثبت رسانیده و در مقابل برای عارض رسید داده و به جلب معروض علیه از طریق اداره پولیس پردازد.

هرگاه معروض علیه کارمند دولت و یا موسسات خصوصی و یا منسوب نظامی باشد از طریق اداره مربوطه شان رسماً جلب میگردند و در صورت عدم همکاری به وسیله پولیس تحت جلب قرار داده میشود بعد از احضار، معروض علیه در اداره حقوق مکلف به دادن ضمانت میشود تا در صورت عدم حضور در برابر ادعای عارض از طریق ضامن آن در اداره حقوق و یا محاکم حاضر می شود.

بعد از احضار معروض علیه در اداره حقوق مطالبه عارض کتباً برایش تفهیم میگردد.

هرگاه مطالبه دین و یا حق ثابت باشد عارض مکلف است تا اسنادی را که در دست دارد چه این اسناد در محکمه ترتیب و یا توسط نمایندگی های خارجی سیاسی و سفارتخانه ها ترتیب و تصدیق

گردیده باشد و یا سایر اسنادی که به آن اعتبار شرعی و قانونی مرتب گردد همراه با عریضه خویش تقدیم نماید.

لازم به تذکر است که در قضایای مدنی به خصوص در قضایای فامیلی اداره حقوق طرفین منازعه را بمنظور اصلاح دعوت مینماید در صورتیکه تلاش به اصلاح و میانجیگری موثر نباشد و طرفین به رهنمود و هدایات این اداره قناعت ننمایند آنگاه تمام اوراق در یک دوسیه گذاشته شده و به محکمه ارسال میگردد.

تشکیلات قوه قضاییه

قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه به تاسی از مواد ۱۱۶ و ۱۲۰ قانون اساسی به منظور تنظیم امور مربوط به تشکیل، ترکیب، ووظایف و صلاحیتهای محاکم قوه قضاییه وضع و به اساس مصوبه ۸۱ مورخ ۲۵-۱۰-۱۳۹۱ ولسی جرگه و توشیح رئیس جمهور نافذ گردیده است در این قانون، تشکیل، ترکیب و صلاحیت محاکم در سه مرحله ستره محکمه؛ استیناف و ابتداییه به اساس اقتضا و ایجاد محاکم جدید درچوکات قوه قضاییه مشخص گردیده است^۱ ستره محکمه متشکل از دیوانهای ذیل میباشد:^۲

- ۱- دیوان جزای عمومی.
 - ۲- دیوان امنیت عامه.
 - ۳- دیوان مدنی.
 - ۴- حقوق عامه.
 - ۵- دیوان تجارتی.
 - ۶- دیوان جرایم عسکری؛ جرایم نظامی.
 - ۷- جرایم امنیت داخلی و خارجی.
 - ۸- دیوان رسیده گی به جرایم خشونت علیه زن و تخلفات اطفال.
- در این قانون تشکیل و ترکیب و صلاحیتهای محاکم استیناف مشخص گردیده که در مرکز هر ولایت یک محکمه استیناف موجود بوده و شامل دیوانهای ذیل میباشد:

- ۱- دیوان جزای عمومی
- ۲- دیوان امنیت عامه
- ۳- دیوان مدنی و احوال شخصیه
- ۴- دیوان حقوق عامه
- ۵- دیوان تجارتی^۱

^۱ ماده ۱ قانون اساسی و ماده ۵ ان قانون

^۲ ماده ۴۲ ان قانون

فصل چهارم این قانون اختصاص به معرفی تشکیل وظایف و صلاحیتهای محاکم ابتداییه دارد به موجب این قانون محاکم ابتداییه به ترتیب ذیل تشکیل میگردد:^۲

۱- محکمه ابتداییه شهری

۲- محکمه ابتداییه تجارتي

۳- محکمه ابتداییه احوال شخصیه (امور خانواده)

۴- محکمه ابتداییه اطفال

۵- محکمه ابتداییه ولسوالی

در مرکز هر ولایت یک محکمه ابتداییه شهری وجود داشته و شامل دیوانهای ذیل میباشد:^۳

۱- دیوان جزای عمومی

۲- دیوان مدنی

۳- دیوان امنیت عامه

۴- دیوان حقوق عامه

۵- دیوان جرایم ترافیکی

در مرکز هر ولایت محکمه ابتداییه تجارتي ایجاد میگردد و نیز محکمه ابتداییه احوال شخصیه محکمه ابتداییه اطفال نیز در چوکات محکمه ابتداییه ایجاد میگردد^۴

بر علاوه این تشکیلات محاکم استیناف عسکری که شامل دیوان جرایم افسران و بریدملان و ساتنمان و دیوان جرایم سربازان میباشد و محاکم ابتداییه ولسوالی که صلاحیت بررسی تمام قضایای جزای عمومی و مدنی و احوال شخصیه را که مطابق قانون به پیشگاه ان اقامه میگردد دارا میباشد نیز معرفی و حدود صلاحیتهای این محاکم را مشخص نموده است^۵

صلاحیتهای ووظایف دیوان های مدنی ؛ تجارتي ؛ حقوق عامه و احوال شخصیه مطابق به قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه در بررسی قضایای مربوطه مشخص گردیده است. از اینکه بحث اصلی در این تحریر بر مضمون طرز رسیده گی به اجراءات مدنی متمرکز میباشد به اشارت کوتاه در مورد صلاحیتهای دیوان های متذکره پرداخته شود :

^۱ ماده ۵۳ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه

^۲ ماده ۶۱ ان قانون

^۳ ماده ۶۲ ان قانون

^۴ مواد ۶۵ و ۶۷ ان قانون

^۵ مواد ۶۰ و ۶۷ ان قانون

دیوان مدنی :

رسیدگی به دعوی اشخاص حقیقی و حکمی خاص توسط این دیوان صورت میگیرد مانند: دعوی ملکیت‌های غیر منقول ، دعوی اموال منقول ، دعوی جبران خساره و سایر دعاوی .

دیوان حقوق عامه:

رسیدگی به قضایای مورد منازعه فیما بین اشخاص حقیقی و شخصیت‌های حکمی عام؛ مثل وزارتخانه ها و ادارات دولتی توسط این دیوان صورت میگیرد.

محکمه ابتدائیه تجارتی:

برای رسیدگی قضایای تجارتی در مرکز بعضی از ولایات محکمه ابتدائیه تجارتی موجود میباشد که صلاحیت رسیدگی به دعاوی تجارتی را که در آن ولایت به اتفاق می افتد دارد. و در ولایاتی که محکمه تجارتی ایجاد نشده؛ قضایای تجارتی وارده را دیوانهای مدنی محکمه شهری رسیده گی مینماید

محکمه ابتدائیه احوال شخصیه:

در حوزه قضایی هر محکمه استیناف ، یک محکمه ابتدائیه احوال شخصیه وجود دارد که مرکب از یک رئیس و در و عضو قضایی آن میباشد. جلسات قضایی توسط سه نفر قضات به پیش برده میشود در صورتیکه اعضای قضایی کمتر از سه نفر باشد تکمیل نصاب ضروری میباشد. وظیفه این محکمه رسیدگی به تمام قضایای فامیلی میباشد .

طرز رسیدگی به قضایای مدنی و حقوق عامه

حینیکه قضایای مدنی و حقوقی از اداره حقوق به محکمه مربوطه مواصلت مینماید محکمه ابتداء موضوع را از لحاظ صلاحیت حوزوی (مانند: مدعی علیه در حوزه صلاحیت محکمه اقامت دارد یا خیر ؟ و از نظر صلاحیت موضوعی) (مثلا موضوعات احوال شخصیه به محاکم تجارتی و یا حقوق عامه ارجاع شده باشد) ارزیابی نموده و موضوع را تحت بررسی قضایی خویش قرار میدهد ولی ارجاع یک قضیه مدنی به یک محکمه دیگر که بنا بر لزوم دید شورای عالی ستره محکمه صورت میگیرد از این امر مستثنی میباشد.

طوری که قبلا تذکر یافت صلاحیتهای محاکم به دو بخش (صلاحیتهای حوزوی و موضوعی) تقسیم گردیده است .

صلاحیتهای حوزوی محکمه عبارت از آن صلاحیتی است که محدود به ساحه یا حوزه جغرافیایی یک واحد اداری میباشد .

مثلا در حوزه جغرافیایی یک ولسوالی ، محکمه ولسوالی مذکور در قضایای همان ولسوالی ذیصلاح میباشد اما صلاحیت موضوعی با در نظر داشت ماهیت موضوع مورد دعوی تعیین میگردد به این اساس قضایای ای که به محکمه وارد میگردد ابتدا وصف دعوی معلوم میگردد تا مشخص گردد در دعوی ای که به محکمه احاله گردیده ؛ آیا محکمه صلاحیت رسیدگی به آن را دارد یا خیر؟

در صورتیکه محکمه در رابطه به قضیه، خود را در رسیدگی به آن از لحاظ حوزوی و یا موضوعی ذیصلاح تشخیص ننماید قرار قضایی عدم صلاحیت حوزوی و یا موضوعی را صادر و قضیه را به اداره حقوق ارسال میدارد تا به محکمه ذیصلاح احاله نماید

قابل یاد آور است در صورتیکه محکمه قبلا در رابطه به صلاحیت و یا عدم صلاحیت در یک قضیه تصمیم گرفته باشد این تصمیم به قوت خود باقیست و بار دیگر صلاحیت رسیده گی به آن قضیه را نداشته و این تصمیم تابع احکام استیناف خواهی میباشد که درین مورد قانون اصول محاکمات مدنی چنین صراحت دارد:

((در صورتی که محکمه در رسیدگی به قضیه خود را ذیصلاح تشخیص ننماید قرار رد آنرا صادر میکند.))^۱

بعضی از قرارهاییکه محکمه در قضایا صادر مینماید قرار ذیل میباشد:

- قرار قضایی عدم صلاحیت
- قرار قضایی ترک خصومت
- قرار قضایی انصراف از نامزدی
- قرار قضایی دوران دعوی نکاح
- قرار قضایی عدم دوران دعوی نکاح
- قرار قضایی دوران دعوی در مورد حقوق عامه
- قرار قضایی عدم دوران دعوی در مورد حقوق عامه
- قرار قضایی عدم لزوم دوران دعوی بر علیه سند شرعی
- قرار قضایی ذوالیدی

رسیدگی به اعتراضات ابتدایی

به اساس قانون اصول محاکمات مدنی^۲ زمانیکه یک عریضه دعوی مدنی به محکمه مواصلت مینماید مدیریت تحریرات محکمه آن را به ملاحظه رئیس محکمه رسانیده و بعد از ارزیابی از لحاظ دارا بودن صلاحیت به دفتر مربوط محکمه ثبت میگردد در صورتیکه محکمه از لحاظ صلاحیتهای حوزوی و موضوعی خود را ذیصلاح نداند قرار مبنی به رد دعوی را صادر مینماید در قضیه ایکه اعتراضات ابتدایی صورت گیرد اعتراضات را در جلسه قضایی رسیده گی و تصمیم اتخاذ مینماید که اعتراضات متذکره قرار ذیل است:

- عدم صلاحیت رسیدگی قضیه از طرف محکمه
- فقدان صلاحیت و اهلیت مدعی و مدعی علیه

^۱ ماده ۱۹ قانون اصول محاکمات

^۲ ماده ۱۸ قانون اصول محاکمات مدنی

- متوجه نبودن ادعای مندرج عریضه بر مدعی علیه
- صدور حکم قضایی قبلی در موضوع بین عارض و معروض علیه
- عدم ذوالیدی مدعی علیه متکی بر اسناد مثبتیه در مدعی بهای غیر منقول
- ارتباط قضیه با دعوی که در محکمه دیگر در جریان است
- دایر بودن قضیه مندرج عریضه در محکمه دیگر
- تحت مرور زمان آمدن قضیه مورد دعوی

بعد از رسیدگی به اعتراضات ابتدایی^۱ مدعی از طرف محکمه در ظرف ۱۵ روز مکلف به آوردن دعوی در دو نقل میگردد در صورتیکه صحت صورت دعوی مدعی از طرف هیأت قضایی تشخیص نگردد به مدعی موقع داده میشود تا ان را اصلاح و تصحیح نماید بعد از صحت دعوی، یک نقل صورت دعوی^۲ به مدعی علیه جهت ترتیب دفاعیه سپرده شده و مطابق هدایت قانون، وی مکلف است تا در مدت ۱۵ روز دفاعیه اش را در دو نقل به محکمه حاضر نماید محکمه بعد از وصول دفاعیه از جانب مدعی علیه، تاریخ جلسه قضایی و رسیدگی به موضوع را به طرفین دعوی ابلاغ مینماید.

در دعوی بسیط و دعوی ایکه ضرورت عاجل بررسی را داشته باشد محکمه به ملاحظه اظهارات شفوی طرفین دعوی در قضیه رسیدگی مینماید (مثلا ادعا بالای اجناس سریع الفساد صورت گرفته باشد).

در صورتیکه مدعی صورت دعوی خود را در میعاد معینه بعد از ورود دوسیه در محکمه تقدیم ننماید محکمه قرار مبنی به ترک خصومت را صادر نموده، دوسیه را دوباره به اداره حقوق ارسال مینماید هرگاه مدعی به محکمه مراجعه و عذر معقول غیابت خود را به محکمه ارایه نماید اوراق دوباره از اداره حقوق خواسته شده و مدعی باز هم در میعاد معینه یکماه مکلف به آوردن دعوی میگردد در صورتیکه مدعی باز هم در خلال مدت معینه دعوی خویش را به محکمه تقدیم ننماید محکمه قرار دوم ترک خصومت را صادر و این قرار تابع احکام استیناف خواهی میباشد.

هرگاه محکمه قرار سوم ترک خصومت را صادر نماید این قرار نهایی میباشد.

در دعوی نکاح مدعی استثناء^۳ مکلف است تا ظرف ۳۰ روز دعوی خود را به محکمه ارایه بدارد در غیر آن محکمه قرار ترک خصومت را برای بار اول صادر و این قرار تابع استیناف خواهی میباشد اگر مدعی برای بار دوم دعوی خود را به محکمه تقدیم ننمود محکمه قرار دوم ترک خصومت را صادر و این قرار نهایی بوده قابل استیناف طلبی نمیشد.

^۱ ماده ۲۴ قانون اصول محاکمات مدنی

^۲ ماده ۲۶ قانون اصول محاکمات مدنی

^۳ ماده ۳۶ قانون اصول محاکمات مدنی

بعد از تقدیم دعوی و درج آن به صورتحال (فورم مخصوص) محکمه، در صورتیکه مدعی بدون عذر موجه به تعقیب دعوا یش حاضر نگردد در اینصورت محکمه فیصله ترک خصومت را صادر مینماید.

اجراآت در صدور احکام غیابی

فصل نهم قانون اصول محاکمات مدنی در مورد احکام غیابی صراحت دارد که در رابطه به آن قرار ذیل توضیحات داده میشود:

هرگاه مدعی علیه از آمدن به محکمه اصالتاً و یا از فرستادن وکیل خود امتناع نماید و احضارش میسر نباشد محکمه مکاتیب سه گانه جلب را که فاصله زمانی هر جلب ۱۵ روز میباشد به آدرس مدعی علیه غایب ارسال و از او میخواهد تا به محکمه حاضر گردد اگر باز هم حاضر نگردد و یا اصلاً در محل وجود نداشته باشد مدعی نیز به حل و فصل موضوع اصرار ورزد، محکمه، یکی از اقارب درجه اول و یا زوج و یا زوج غایب را وکیل تعیین نموده و به دعوی رسیدگی مینماید در صورتیکه اقارب درجه اول غایب باشند و یا زوج و زوج حایز شرایط وکالت نباشند و یا اینکه از قبولی وکالت امتناع ورزند در این صورت محکمه رسماً از اداره خائنوالی جهت دفاع از حقوق غایب تعیین وکیل را تقاضا، و به موضوع رسیدگی میشود هرگاه مدعی علیه غایب عذر معقول داشته باشد مشروط بر اینکه به محکمه مربوط قبلاً اطلاع بدهد قضیه الی دوماه معطل قرار داده میشود و هم محکمه میتواند این مدت را تمدید نماید.

به همین ترتیب در صورتیکه شخص غایب که در پیشبرد دعوی اش وکیل تعیین گردیده است اگر در حین رسیدگی به دعوی در محکمه حاضر گردد جریان محاکمه در حضورش ادامه پیدا میکند ولی در صورتیکه شخص مکرراً غیابت نماید و یا هدف شخص از غیابتش رسانیدن ضرر به جانب مقابل باشد چنین حضوری اعتبار نداشته و جریان قضیه در حضور وکیل تعیین شده به پیش برده میشود.

وکیل شخص غایب در محکمه صلاحیت اقرار، ابراء، اصلاح و سایر اقداماتی را که به ضرر غایب تمام شود، ندارد.

اسباب حکم محکمه

به اساس قانون اصول محاکمات مدنی^۱ بعد از آنکه یک قضیه در حدود صلاحیت محکمه از طرف رئیس محکمه تشخیص گردید قضیه به دو تن قضات جهت تدقیق سپرده شده و از طرفین دعوی صورت دعوی و دفاعیه مطالبه میشود.

بعد از آنکه صورت دعوی به محکمه سپرده شد و بعد از صحت دعوی مدعی توسط قاضی موظف و پرداخت محصول صورت حال محکمه که ضمن یک تعرفه محصولی به بانک صورت میگیرد از

^۱ ماده ۱۹۱ قانون اصول محاکمات مدنی

جانب مقابل دفاعیه دعوی مطالبه و پس از تدویر جلسه قضایی و قرائت آن از مدعی خواسته میشود تا دعوی خود را به اثبات برساند زیرا اثبات دعوی در صورتیکه جواب بالانکار باشد به دوش مدعی است دعوی مدعی به اساس دلایل و مدارک اثباتیه که در قانون اصول محاکمات مدنی^۱ صراحت دارد ثابت شده میتواند که عبارت از :

اقرار ، بینه (اسناد ، شهود ، قراین) قرینه قاطعه و قرینه مستنبطه) ، سوگند و نکول از سوگند میباشد . در صورتیکه مدعی دعوی خود را به اثبات نرساند محکمه به عدم اثبات که به آن قضای بالترک گفته میشود حکم صادر مینماید و اگر بعد از مطالعه، دعوی مورد بحث ایجاب تحلیل و یا وضاحت بیشتر را مینمود در این صورت محکمه طی قرار قضایی مبنی بر تحلیل قضیه غرض روشن شدن بعضی از موضوعات، نظراهل خبره را مطابق احکام فصل ۱۱ قانون اصول محاکمات مدنی مطالبه مینماید .

هرگاه دعوی مدعی در محکمه متکی به وسایل اثبات ، به اثبات میرسد محکمه فیصله خویش را به اثبات دعوی مدعی و (قضای الزام) صادر مینماید.

به اساس حکم قانون حداکثر میعاد رسیدگی به یک قضیه مدنی مدت (۴) ماه تعیین گردیده ولی استثناء این مدت برای یکماه دیگر نیز تمدید میگردد .

درین بخش اسباب حکم مختصراً طور جداگانه توضیح میگردد:

اقرار:

اقرار در لغت یعنی اثبات کردن و در اصطلاح شرع و فقه یعنی اعتراف و اقرار بدانچه که مورد ادعا واقع شده است

شرایط صحت اقرار :

شرایط صحت اقرار اینست که اقرار کننده عاقل و بالغ و راضی و جایز التصرف باشد و در اقرار خود جدی بوده و اقرار به محال عقلی و عادی نکند

اقرار شخص دیوانه کودک و شخصی که مجبور شده و شخصی که محجور علیه است و یا شخصی که شوخی میکند معتبر نیست زیرا شرعاً این اقرار ها کذب محسوب شده و قضاوت بر دروغ مجاز نیست.

مطابق قانون اصول محاکمات مدنی^۲ اقرار عبارت از اخبار به امری است در محکمه به بقای حق طرف دعوی و یا حالتی را علیه مقرر ثابت سازد .

^۱ ماده ۲۷۲ قانون اصول محاکمات مدنی

^۲ ماده ۲۷۳ قانون اصول محاکمات مدنی

یا به مفهوم ساده میتوان گفت اقرار عبارت است از اعتراف یکطرف دعوی نسبت به حق غیربالای خودش در پیشگاه محکمه لذا اقرار خود حجت قاصره بر مقرر می باشد و دارای شرایط ذیل است :

- ۱- مقرر باید عاقل و بالغ باشد .
 - ۲- ظاهرالحال مکذب ان نباشد .
 - ۳- اقرار معلق به شرط نباشد .
 - ۴- مقرر مکره نباشد
 - ۵- اقرار در محکمه صورت گیرد.
 - ۶- اقرار صغیر ماء ذون (اجازه داده شده در امور) تنها در اموری که برایش اجازه داده شده صحت دارد.
- باید گفت هرگاه شخص به حق غیر در محکمه اقرار نمود در صورتیکه محکمه به کذب اقرار حکم صادر ننموده باشد به اثبات حق جانب مقابل حکم صادر مینماید.

بینه:

بینه از جمله اسباب حکم بوده که صدق مدعی را ظاهر و حق را کشف مینماید و شامل اسناد شهود، قرائن قاطعه و قرائن مستنبطه میباشد .

اسناد:

اسناد طبق قانون اصول محاکمات^۱ دو نوع است اسناد رسمی و اسناد غیر رسمی (عرفی) اسناد رسمی عبارت است از همان اسنادی که موظف خدمات عامه آنرا به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت خود ترتیب نموده باشد . اسناد رسمی در مورد مقرر، ورثه و قایم مقام آن قبل از دوران دعوی قابل اعتبار و دلیل الزام است . اسناد غیر رسمی (عرفی): به موجب تعریف قانون مدنی اسناد عبارت است از : از اسنادی که اشخاص در آن مهر، امضا و یا نشان شست گذاشته باشند مهر، امضا و نشان شست خود را تصدیق نمایند آنگاه اسناد مذکور صفت رسمی را کسب نموده در غیر آن هرگاه خط، کتابت و امضا توسط اهل خیره تثبیت گردد اسناد متذکره حیثیت سند رسمی را داشته و مثل سند رسمی مدار اعتبار میباشد.^۲

شهادت:

عبارت است از اخبار به حق به لفظ اشهد برای یک شخص علیه شخص دیگری.

^۱ ماده ۲۸۲ قانون اصول محاکمات

^۲ فقره ۱ بند ۲ ماده ۹۹۱ قانون مدنی

شهادت از مشاهده و معاینه آمده است چون گواه از چیزی خبر میدهد که دیده و مشاهده و معاینه کرده باشد.

شهادت دارای شروط ذیل میباشد :

شروط تحمل: شروط تحمل شهادت سه است : عقل؛بینایی و معاینه .

بنا شهادت مجنون ؛نابینا و شهادت شخصی که مشهود به را حین تحمل ان به چشم ندیده باشد صحت ندارد .

شروط ادا: شرط است تا شاهد بالغ؛بینا و ناطق بوده ؛محدود به حد قذف نشده و با مشهود علیه دشمنی نداشته باشد؛ یا برای خود جلب منفعت و از خود دفع مضرت نکند ؛مسبوق به سبق دعوی بوده و با دعوی مدعی موافقت داشته باشد .

شروط اعتبار:

شهادت باید به لفظ اشهد صورت گیرد و لازم است تا شهود متعدد باشد و شهادت در مجلس قضا ادا گردد.

شروط اساسی:شروط اساسی قرار ذیل بر شمرده میشود :

۱: شهادت خلاف محسوس نباشد

۲: شهادت به نفی نباشد

۳: شهادت علیه کسی نباشد که بین شان دشمنی وجود نداشته باشد

۴: شهادت به فعل خود شخص نباشد

۵: شهادت شخص غیر عادل نباشد

۶: شهادت با دعوی مدعی موافقت داشته باشد

تزکیه شهود:

تزکیه شهود وقتی مطرح میگردد که شهادت شاهدان در مجلس قضا مورد قبول واقع شود. درین حال شاهدان به صورت سری و نیز به صورت علنی تزکیه میگردند طوریکه طرز العمل آن در تعلیمات نامه تزکیه شهود درج گردیده است .

یمین و سوگند:

هرگاه مدعی نتوانست حق خود را بر مدعی علیه به اثبات برساند و نتوانست بینه و گواهان بیاورد و مدعی علیه حق را انکار میکرد مدعی در این صورت فقط میتواند مدعی علیه را سوگند دهد در حدیثی که از بیهقی و طبرانی و با اسناد صحیح روایت کرده اند آمده است (البینه علی المدعی

والیمین علی من انکر) بر مدعی است که بینه و چیزی که حق را روشن کند اقامه نماید و بر مدعی علیه است که سوگند یاد کند.

هرگاه مدعی علیه سوگند یاد کرد دیگر دعوی مدعی مردود است و اگر مجددا بعد از ادای سوگند منکر؛ مدعی اعاده دعوی کند و گواه بیاورد بین علما اختلاف است.

قرائن:

در تعریف قرینه باید گفت که قرینه عبارت است از بکار بردن امر معلوم که موجب اثبات امر مجهول میگردد.

قرائن دو نوع است قرائن قاطعه و قرائن مستنبطه:

قرائن قاطعه:

آنست که به دلالت آن یک موضوع مجهول واضح شود مانند: ارایه اسناد قابل قبول در محکمه قرینه قاطعه محسوب میگردد .

قرائن مستنبطه :

آن است که از جریان دعوی و حالات مربوط به دعوی در محکمه دریافت میگردد . سوگند :

عبارت از یاد نمودن قسم است که یکی از طرفین به آن مکلف ساخته میشود معمولا سوگند وقتی مطرح میشود که مدعی از آوردن شهود اظهار عجز نماید و یا شهود مدعی از طرف محکمه رد گردد آنگاه به عنوان آخرین حق به مدعی از طرف محکمه این حق تداعی میگردد که وی میتواند سوگند را به مدعی علیه توجیه نماید .

در صورتیکه مدعی علیه سوگند یاد نمود به عدم اثبات دعوی مدعی حکم صادر میگردد و اما در صورتیکه مدعی علیه از یاد نمودن سوگند نکول(خودداری) کرد به اثبات دعوی مدعی حکم صادر میشود. استفاده از اسباب حکم که در اثبات و یا عدم اثبات یک دعوی موثر میباشد اجراءات خاص قضایای مدنی را تشکیل میدهد . در این بخش چند مثال از اجراءات خاصی که در قبایل قضایای فامیلی و سایر قضایای مدنی صورت میگیرد تحریر میگردد تا خواننده بیشتر در جریان رسیدگی قضایا قرار گیرد.

رسیدگی به قضایای انصراف از نامزدی:

طبق ماده ۶۴ قانون مدنی نامزدی وعده به ازدواج است که هریک از طرفین میتواند از آن انصراف نمایند.

انصراف کننده (دختر) عریضه یی مبنی به انصراف از نامزدی را به اداره حقوق تقدیم و اداره متذکره به جلب نامزد اقدام نموده و بعد از اخذ ضمانت از نامزد اوراق را به محکمه ابتدائیه احوال شخصیه تقدیم میدارد .

محکمه بعد از علم آوری به نامزدی که از طریق استعلام نمودن از نامزد در مورد نامزدی و یا عدم آن صورت میگیرد قبل از اتخاذ تصمیم در مورد سعی میگردد تا مطالبات مطرح هدایا را که فیما بین موجب تشدید منازعه میگردد حل نماید در صورتیکه طرفین در زمینه به توافق نایل نگردند محکمه قرار قضایی مبنی به انصراف از نامزدی را صادر مینماید که این قرار نهایی میباشد . مطالبه هدایا ضمن یک دعوی جداگانه و مستقل در محکمه صورت گرفته میتواند و محکمه در مورد آن با در نظر داشت اسناد دست داشته حکم صادر مینماید .

بررسی اهداف کلی مجازات در جرایم جنسی

فهرست:

۷۴	چکیده
۷۵	مقدمه
۷۵	گفتار اول: طرح کلی اهداف کلی مجازات جرایم جنسی
۷۶	الف) اهمیت مجازات جرایم جنسی
۷۶	ب) کاهش یا افزایش جرایم جنسی
۷۷	پ) شیوه‌های برخورد نظام‌های حقوقی با جرایم جنسی
۷۸	ت) دیدگاه‌ها در مجازات جرایم جنسی
۷۹	گفتار دوم: اهداف سزاگرایانه
۷۹	الف) توضیح اهداف سزاگرایانه
۸۰	ب) تبیین اهداف سزاگرایانه
۸۰	شبّهات در جرایم مستوجب حد
۸۱	عدم توانایی از ادعای شبّه
۸۲	۳. ادای شهادت در یک جلسه
۸۲	۴- لزوم چهار نفر شاهد
۸۳	۵- چگونگی نواختن تازیانه
۸۳	۶- تداخل مجازات در جرایم جنسی
۸۴	۷- برخی اشکال‌ها در حین اجرای مجازات حدی
۸۵	۸- تأثیر مرور زمان در مجازات جرایم جنسی
۸۵	۹- تکرار اقرار در جرایم جنسی
۸۶	۱۰- آگاهی از مجازات در جرایم جنسی

- گفتار سوم: إصلاح مجرم در مجازات جرایم جنسی ۸۶
- الف) بازداري از دلسوزي در مجازات جرایم جنسی ۸۷
- ب) علنی بودن مجازات در جرایم جنسی ۸۸
- گفتار چهارم: بازدارندگی در مجازات جرایم جنسی ۸۸
- الف) بازدارندگی خصوصی در مجازات جرایم جنسی ۸۸
- توضیح بازدارندگی خصوصی در مجازات جرایم جنسی ۸۸
- تبیین بازدارندگی خصوصی در مجازات جرایم جنسی ۸۹
- ب) بازدارندگی عمومی در مجازات جرایم جنسی ۹۱
- ۱- رویکرد تاریخی در بازدارندگی مجازات شدید جرایم جنسی ۹۱
- ۲- بازدارندگی و شیوهی اجرای مجازات در جرایم جنسی: ۹۲
- ۳- تأکید بر اجرای مجازات جرایم جنسی پس از اثبات ۹۲
- گفتار پنجم: عدالت ترمیمی در مجازات جرایم جنسی ۹۳
- الف) امکان عدالت ترمیمی ۹۳
- ب) إلتیام بخشی عدالت ترمیمی ۹۴

چکیده

اهداف کلی مجازات جرایم جنسی در شریعت اسلامی، مجموعه مقاصدی است که در راستای رسیدن به آن، قانون گذاری، جرم انگاری و جزا انگاری صورت می گیرد. بی گمان، قانون گذاران و قانون ورزان در هیچ نظام حقوقی، نمی توانند بی توجه و بی تفاوت به اهداف، جزای جرم های جنسی را تعیین کنند و به اجرا گذارند. وانگهی، هدف های گوناگون در تعیین و اجرای مجازات جرایم جنسی مطرح خواهد شد، این مقاصد، هم سطح و هم سنگ نیستند. اجرای عدالت، إصلاح و تربیت مجرم، بازدارندگی، جبران زیان متضرر و مقاصد سزاگرایانه را می باید از اهداف کلی مجازات در شریعت اسلامی شمرد.

اهداف دیگری چون حفاظت و صیانت از کيان و کانون خانواده، حمایت از جامعه، تحکیم پایه های نظم اجتماعی، دوری از عداوت و دشمنی در میان افراد جامعه، عدم روی آوردن به انتقام خصوصی، جلوگیری از خون ریزی و دشمنی میان انسان ها، تنبیه و آگاه کردن مرتکبان از شناعیت و پلیدی جرم عفت شکن، عدم بازگشت به سوی جرایم جنسی و در نهایت استحکام نیروی خیر و فضیلت در قلوب و اعمال انسان ها در یک کلام: صیانت دین، جان، مال، شخصیت (ناموس و

نسل) و خرد، نیز از مقاصد شریعت در مجازات جرایم جنسی است. و می‌توان اذعان نمود که مجازات مرتکبان جرایم جنسی به عنوان آخرین گزینه، مورد پذیرش قرار گرفته است. واژگان کلیدی: اهداف کلی مجازات، جرایم جنسی، بازدارندگی، عبرت‌اندوزی و تربیت مجرم.

مقدمه

جرایم جنسی معضلی است که همواره در دوره‌های مختلف زندگی بشری در جوامع انسانی وجود داشته و این جرایم از دیرباز همیشه مورد نفرت و نکوهش قرار دارد. وانگهی مجازات مرتکبان جرایم جنسی در ملت‌های مختلف، گونه‌گون و برای اهداف مستقیم و غیر مستقیم معینی وضع و تعیین گردیده است.

پرسشی که مطرح می‌شود این است که اعمال و اجرای مجازات در جرایم جنسی از منظر شریعت اسلام دارای کدام اهداف است؟ فرضیه این است که در پرتو مجازات مرتکبان جرایم جنسی، اهدافی مانند: اصلاح و تربیت مجرم، آگاهی انسان‌ها از عواقب و پیامدهای دنیایی و آخرتی ارتکاب جرایم جنسی، بازدارندگی خصوصی و بازدارندگی عمومی، حمایت و حفاظت از عفت و ناموس انسان‌ها، دوری از رذایل اخلاقی، صیانت از دین، اطاعت از اوامر الهی، احترام به شرف، حیث و آبروی انسان‌ها، ایجاد نظم اجتماعی، مبارزه با طاعون و امراض گوناگون، آرامش‌بخشی به رضایت خاطر متضرر جرم از طریق عدالت ترمیمی، برچیده شدن رذایل از جامعه و جایگزین شدن فضایل، عدم روی‌آوری به انتقام خصوصی و غیره، گوشه‌های از اهدافی است که در راستای اعمال مجازات جرایم جنسی در اسلام مطرح است.

در این مقاله، سعی می‌شود تا پاسخ این پرسش و فرضیه‌ها داده شود. بحث حاضر در ضمن پنج گفتار خلاصه شده است: در گفتار اول، طرح کلی مجازات جرایم جنسی، گفتار دوم اهداف سزاگرایانه، گفتار سوم اصلاح مجرم، گفتار چهارم بازدارندگی و گفتار پنجم عدالت ترمیمی در مجازات جرایم جنسی بیان شده و در نهایت از تمام مباحث مطرح شده، جمع‌بندی و نتیجه‌گیری انجام یافته است.

گفتار اول: طرح کلی اهداف کلی مجازات جرایم جنسی

آنچه تا کنون بیش‌تر در باره اهداف مجازات‌های اسلامی به‌طور کلی، و از آن جمله، کیفر جرایم جنسی ملاک داوری قرار گرفته، نوع و ماهیت خود مجازات‌ها بوده است. در نتیجه، این مجازات‌ها، به ویژه از سوی مستشرقان، اغلب خشن، سرکوب‌گر و فاقد اهداف انسانی، همچون اصلاح و تربیت مجرم و غیره ارزیابی شده است. البته تأکیدی که در برخی دوره‌ها و در پاره‌ای از کشورهای اسلامی بر اجرای بی‌چون و چرا و بدون انعطاف این مجازات‌ها، صورت گرفته، نیز در پیدایی این باور بی‌تأثیر نبوده است. (نوبهار، ۱۳۸۹: ۳۴۹).

الف) اهمیت مجازات جرایم جنسی

هیچ جرمی به پیمانه‌ی جرایم و تجاوزهای جنسی موجب سرزنش و تقاضای بیشتر مردم برای مجازات مرتکبان آن، نمی‌گردد. این نکوهش و درخواست مجازات، زمانی بیش‌تر افزایش می‌یابد که قربانی این جرایم کودکان و زنان باشند.

در زمان‌های دور و نزدیک در مقابل جرایم جنسی واکنش‌های مختلفی در قالب مجازات ابراز شده است؛ گاه مجازات به حدی می‌رسد که مرتکب جرم جنسی را بدون در نظر داشتن حالت ارتکاب جرم به فجیع‌ترین شکل به قتل می‌رسانند و زمانی نیز مجازات‌ها شکل دیگری به خود گرفته و بگونه‌ای قانون‌مند درآمده و مرتکب جرایم جنسی، از این طریق مجازات می‌گردد؛ ولی در عصر فعلی در کشورهای غیر اسلامی، عمل فحشا و زنا، اختیاری از دایره‌ی جرایم جنسی بیرون کشانده می‌شود و در مقابل، جرایم زنا، باعنف و تجاوزات جنسی و تجاوز جنسی به کودکان، قانون‌مند شده و برای مرتکبان آن، مجازات پیش‌بینی شده و اعمال می‌گردد.

نظرسنجی‌ها نشان می‌دهد که جرایم جنسی همواره سیر صعودی داشته و همیشه در هر جا و تحت هر شرایط، واقع می‌گردد. این جرایم بیش‌تر در کشورهای اتفاق می‌افتد که اگرچند در جمع کشورهای اسلامی یاد می‌شوند، اما از آموزه‌ها و احکام اسلامی دور بوده و دستورات دین اسلام در زندگی فردی و اجتماعی آن‌ها دخالتی نداشته است.

ب) کاهش یا افزایش جرایم جنسی

اگرچه بنابر اعتقاد و باور مردم، جرایم جنسی در حال افزایش است، اما دلایل متقاعدکننده‌ی کمی وجود دارد که این امر، در حقیقت وجود داشته است. در دهه‌ی ۱۹۹۰، در دوره‌ی که تکنولوژی‌های کنترل و سنسور خطر حاکم بود، بسیاری از مردم خواستار نظارت الکترونیکی و دیگر شیوه‌های مانند آن، بر این مجرمان شدند. آخرین پیشنهاد این است که از نظام موقعیت‌یاب جهانی (GPS - Global Positioning System)، برای نظارت به موقعیت و مکان مجرمان دارای سابقه‌ی محکومیت تجاوز جرایم جنسی علیه کودکان، استفاده شود. این امر در برخی از حوزه‌های ایالات متحده آمریکا مورد استفاده قرار گرفته و در بریتانیای کبیر نیز مورد اهتمام خاطر قرار دارد.

تغییر دیگر در دهه‌ی ۱۹۹۰ در مرحله‌ای بود که سیاست‌مداران، خواستار این بودند که خود را طلایه‌دار کسانی قرار دهند که از مجازات‌های شدیدتر برای این طبقه از مجرمان حمایت می‌کنند. گویی سیاستمداران از این که مقام آن‌ها توسط افراد فرصت طلب سیاسی هوشیار تصرف نشود؛ می‌ترسیدند. پس خواهان توجه رسانه‌ها و محبوبیت عمومی می‌شدند. برای نمونه، پس از این که رسانه‌ها، خبری مبنی بر تجاوز به یک کودک و کشتن او را در نیوزیلند پوشش دادند، قانون‌گذاران به سرعت در خط رسانه‌ها و مردم وارد شده و خواستار تصویب قوانین تعیین کیفرهای بسیار شدید برای مجرمان جنسی شدند. همچنین اخبار رسانه‌ها به طور منظم در ایالات متحده، بریتانیای کبیر، استرالیا و کانادا در مورد مجرمان جنسی که به صورت مشروط آزاد هستند و مرتکب تجاوز جنسی

و قتل نوجوانان می‌شوند، انتشار یافت. سیاست‌مداران در مورد ایجاد قانونی که مجازات حبس بسیار شدید را برای مجرمان جنسی مقرر کند، وارد بحث شدند و هم‌زمان قوانین دیگری برای شدت بخشیدن به نظارت‌ها بر مجرمان جنسی در حال تحمل مجازات در جامعه بودند را نیز تصویب کردند. این مقررات که اجازة اعمال مجازات‌های حبس بسیار طولانی یا خشن را در مورد مجرمان جنسی می‌دهد، بر مبنای این ایده توسعه یافت که جامعه از این راه بهتر محافظت می‌شود. همچنین چندین ایالت، اقدام به وضع حبس‌های نامعین برای متجاوزان جنسی از طریق یک فرآیند مدنی نمودند که متجاوزان جنسی را تا زمانی که بازپروری شوند، حبس می‌کردند. کالیفرنیا نخستین ایالت در امریکا بود که اقدام به وضع قانونی کرد که بر اساس آن، مجرمان جنسی با دو سابقه محکومیت آزار جنسی یک کودک زیر ۱۳ سال، به تحمل عقیم کردن شیمیایی محکوم می‌شدند. فلوریدا، جورجیا و لومیزیانا نیز قوانین مشابهی را تصویب کردند. در بریتانیا در سال ۱۹۹۶- قانونی تصویب شد، که بر اساس آن، مجرمان که برای بار دوم به جرم جنسی یا جرم خشونت‌آمیز محکوم می‌شوند، حبس ابد مقرر کرد. در سال ۱۹۹۵، پارلمان ایالت لوئیزیانا قانونی وضع کرد که به دادگاه‌ها اجازه می‌داد در موردی که متضرر جنسی کودک زیر ۱۲ سال باشد، مجرم به مجازات مرگ محکوم گردد. (جولیان وی، رابرتز.... و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۲۴).

پ) شیوه‌های برخورد نظام‌های حقوقی با جرایم جنسی

با آن‌که مبارزاتی در سطح بلند، برای مبارزه با پدیده‌ی جرایم جنسی در کشورهای مرفعی جهان وجود داشته و دارد، تا آن‌جا که کشورهای مخالف مجازات اعدام، برای مرتکبان جرایم جنسی اشد مجازات؛ یعنی مرگ را قابل اعمال می‌دانند؛ ولی بازهم جرایم جنسی همه روزه افزایش می‌یابد.

دلیل اساسی آن‌است که راه‌کارهای مهم و عزم و اراده‌ی فردی و جمعی در نظام‌های انسانی برای پیش‌گیری و مبارزه با جرایم جنسی وجود ندارد و زمینه‌های آن، نیز در نظر گرفته نمی‌شود؛ چیزی که در اسلام مورد اهتمام و توجه شارع قرار گرفته و پیروان این دین، به آن دعوت شده‌اند. مجازات مجرمان و مرتکبان جرایم جنسی در اسلام، اولین گزینه برای مبارزه با جرایم جنسی نیست، بلکه سازوکارهای بسیاری برای پیشگیری و مبارزه با جرایم جنسی در نظر گرفته شده است. ازدواج به عنوان نیاز و ضرورت فطری و طبیعی انسان‌ها به رسمیت شناخته شده و حتی در برخی مواقع مورد تأکید قرار گرفته و بمثابة یک فریضه و یک وجیبه‌ی دینی تلقی می‌گردد. در صورت عدم توانایی ازدواج، انسان‌ها به صبر، روزه گرفتن و خویش‌داری دعوت شده‌اند. از جانبی دیگر، دین اسلام اجتماع را به آسان‌گیری در زمینه‌ی ازدواج، توصیه نموده و بهترین ازدواج‌ها را آسان‌ترین آن، می‌داند. پدران و اولیای دختران را توصیه می‌کند که دختران خود را به عقد نکاح کسانی که خواستگاری می‌نمایند و از نظر ایمانی انسان‌های شایسته و صالح‌اند، در آورند؛ تا دختران به گناه و معصیت روی نیاورند. همچنین در امر تعیین مهریه، سخت‌گیر نبوده و

مبالغ هنگفتی را از مرد طلب نکنند، بلکه مهریه را به تناسب توانایی مالی و اقتصادی مرد، در خواست نمایند؛ چون بهترین نکاح‌ها آسان‌ترین آن است. در نهایت، تعدد زوجات و چند همسری را برای نجات انسان‌ها از واقع شدن به گناه و معصیت، با شرط تأمین عدالت، مورد پذیرش قرار می‌دهد.

از سوی دیگر، جوانان را به عفاف و پاکدامنی توصیه نموده و از آنان می‌خواهد که از قرار گرفتن در برخی حالات، اوضاع و احوالی که امکان واقع شدن در گناه و ارتکاب جرایم جنسی می‌رود، دوری اختیار نمایند. و از حرکات و گفتار تحریک‌آمیز، خود را محفوظ دارند و همچنین زنان و دختران را نیز به عفت، پاکدامنی و حفظ حجاب اسلامی که محافظ و سپری است در مقابل شیطان‌ها و فتنه جویان روزگار و آنان را از بسیاری تجاوزات و نگاه‌های انسان‌های کجرو و بوالهوس در حفظ می‌کند، دعوت نموده است.

با وجود پیشینی چنین راهکارهایی از سوی اسلام، اگر انسان‌ها مرتکب رفتارهای غیر اخلاقی و جرمی گردیده و حریم بایدها و نبایدهای دین را مورد تعدی و تجاوز قرار دهند، راهکار آخری و نهایی دین برای مصئونیت انسان‌ها و عدم تعرض به آبرو و حیثیت دیگران و برقراری نظم اجتماعی، در قالب کیفر و مجازات تعیین و مشخص گردیده است.

از این‌رو، آموزه‌ها و احکامی که در شریعت اسلامی برای مبارزه و پیش‌گیری از جرایم جنسی و همچنین ایجاد یک جامعه‌ی مصئون از خطرات و تجاوزات جنسی و در کل جرایم جنسی در نظر گرفته شده است، نسبت به نظام‌های وضعی و انسانی به مراتب بهتر و مؤثرتر بوده و ضامن آینده‌ی خوب‌تر برای فرد و اجتماع انسانی می‌باشد و عدالت و آرامش را در جامعه حکم‌فرما می‌نماید.

در نتیجه می‌توان چنین اذعان نمود که مجازات در اسلام به عنوان آخرین راه‌حل برای اهلی شدن انسانی‌هایی که در صدد ارتکاب جرایم جنسی اند و همچنین مصئونیت اجتماع از تعدی و تجاوز به آبرو و حیثیت افراد، پیش‌بینی شده است. سیاست اسلامی برای مهار و پیش‌گیری از جرایم جنسی، بسیار کارآیی و مؤثریت داشته و دارد. براساس گزارش‌ها، آمار جرایم جنسی به‌ویژه تجاوزات جنسی و زنا به العنف و تجاوز به کودکان در کشورهای اسلامی در مقایسه با کشورهای غیر اسلامی، پایین بوده و همچنین آزار و اذیت زنان و دختران به سطح بسیار محدود به‌مشاهده می‌رسد. این در حالی است که در کشورهایی مانند ایالات متحده آمریکا، ارقام بلندی از آزار جنسی و اذیت خیابانی در رسانه‌ها پخش می‌گردد؛ بگونه‌ای که اگر بگوییم هیچ زنی از آزار و اذیت جنسی در امان نیست، گزافه‌گویی نخواهد بود.

ت) دیدگاه‌ها در مجازات جرایم جنسی

در مباحث آینده، اهداف مجازات‌های جرایم جنسی، با توجه به نظریات و دیدگاه‌های دانشمندان اسلامی، را مورد بحث قرار خواهیم داد.

در باب هشتم کُود جزای کشور، برخی از مصادیق جرایم جنسی مانند؛ تجاوز جنسی، زنا، لواط، قوادی، سوق دادن طفل به انحرافات جنسی، آزار و اذیت زن و طفل، قذف و افترا، تحت عنوان جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی (مواد ۶۴۶-۶۷۳)، مورد توجه و اهتمام قانون‌گذار قرار گرفته و جرم انگاری و جزا انگاری شده است؛ ولی در این بخش به تبیین جرایم و مجازات‌های جنسی می‌پردازیم که در نظام حقوقی اسلام و منابع فقهی مذهب احناف به عنوان جریمه بیان شده است. جرم از منظر فقهی، عبارت از هر رفتاری است که در ازای آن، حد و یا تعزیر وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، مباحثی زیر تنها مواردی جرمی‌ای که در قالب قانون، جرم انگاری و جزا انگاری شده است و به آن، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نیز اطلاق می‌گردد، خلاصه نمی‌شود، بلکه مقصود ما از جرایم جنسی، نوع نگرشی است که مورد توجه دانشمندان و اندیشمندان اسلامی واقع شده است و آن، جرایمی است که در چوکات و محدوده‌ی شریعت اسلامی، به ویژه در فقه حنفی به آن، جریمه گفته شده و مرتکب آن، مستوجب حد و یا تعزیر دانسته شده است. در مجازات جرایم جنسی، اهداف مهم و اساسی نهفته است که برخی از این اهداف به مصالح و منافع اجتماعی تعلق داشته و برخی‌ها نیز مربوط به فرد مجرم است که مرتکب عمل مجرمانه‌ی جنسی شده است. به عنوان مثال، در پرتو تعیین مجازات در جرایم جنسی، اصلاح و بازدارندگی خصوصی، تعلق به شخصیت مجرم داشته، اصلاح و بازدارندگی اجتماعی و حمایت از حیثیت عمومی، ارتباط مستقیم به جامعه دارد و همچنین عدالت ترمیمی به افراد متضرر و مجنی علیه ارتباط پیدا می‌کند؛ از این‌رو، در نوشتار زیر، با توجه به آموزه‌ها و احکام اسلامی، به تحلیل و ارزیابی اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، به‌ویژه مجازات حدی، پرداخته می‌شود.

گفتار دوم: اهداف سزاگرایانه

یکی از اهداف مجازات جرایم جنسی، سزادهی مجرم بیان شده است.

الف) توضیح اهداف سزاگرایانه

اهداف سزاگرایانه‌ی که برخی از مکاتب حقوق جزاء در بستر تاریخ به آن پرداخته‌اند، بحثی است که در اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی می‌توان از آن نام برد. پرسشی که مطرح می‌شود این است که احکام و مقرراتی که در جرایم جنسی، وضع شده است، با منطق سزاگرایی، سازگاری دارد یا نه؟ پاسخ این است که برخلاف باور و اعتقاد برخی اندیشمندان، که مدعی هدف سزادهی صرف در مجازات جنسی هستند، در اسلام صرفاً رویکرد سزاگرایانه مطرح نیست، بلکه اهداف بسیاری در مورد مجازات‌ها متصور است و شاید هم سزا دادن به عنوان یک هدف، در اسلام جایگاهی ضعیفی داشته باشد. چنانچه قرآن مجید در آیات مربوط به تحریم و نکوهش زنا یا فحشا، به جای منطق پیامدگرایی، علاوه بر ذکر معایب و مفساد اجتماعی این اعمال، به قبح ذاتی آن‌ها تأکید می‌کند؛ از این‌رو، حتی اگر فرض شود که می‌توان همه‌ی پیامدهای سوء اجتماعی، بهداشتی، اخلاقی و نسل و نسب و مانند این‌ها را از میان برداشت، قبح ذاتی و حرمت این اعمال همچنان باقی است. پس

مجازات‌های پیش‌بینی شده، هم مبتنی بر همین منطق و صرفاً واکنشی در برابر اعمال غیر اخلاقی است، بی‌آنکه اهداف خاص دیگری مد نظر داشته باشد (نوبهار، پیشین: ۱۵۳). با مطالعه‌ی مجازات جرم زنا، نوعی سزادهی مرتکبان این جرایم، تا اندازه‌ی به چشم می‌خورد؛ ولی نمی‌توان مقوله‌ی سزاگرایی را به عنوان غایت و هدف اصلی، از مجازات‌ها دانست. اهداف سزاگرایانه‌ی صرف، به‌طور کلی در رویکرد غالب در مجازات‌های اسلامی، به‌ویژه مجازات‌های مقرر برای جرایم جنسی، قابل تصور نیست؛ چرا که اعتبار دادن تنها به اهداف سزاگرایانه، نهادهای سقوط مجازات به اثر شبهه، رجوع از اقرار در جرایم مستوجب حد و رجوع شاهدان از شهادت در جرایم مستوجب حدی را، منتفی می‌کند؛ به این مفهوم که در مورد مجازات‌ها در جرایم جنسی، سزادهی صرف مد نظر نیست، بلکه زمانی سزادهی مطرح می‌گردد که رفع موضوع به نزد قاضی و حاکم مسلمان شده باشد. حتی در برخی حالات، بعد از اثبات در حین اجرا و یا قبل از اجرای مجازات نیز ممکن است مجازات بنابر دلایلی، چون رجوع از اقرار، رجوع شاهدان از شهادت، در جرایم مستوجب حد مرفوع گردد.

ب) تبیین اهداف سزاگرایانه

جهت تبیین و روشن شدن بیش‌تر این بحث، به برخی از مواردی که بیانگر عدم گرایش اسلام به سزادهی محض در مجازات مرتکبان جرایم جنسی است، چون شبهات و انواع آن، عفو جرایم مستوجب تعزیر، رجوع شاهدان از اقرار، شرایط اثبات جرایم جنسی مستوجب حد، ظهور برخی اشکالات در حین اجرای مجازات حدی، تداخل جرایم، مرور زمان، تأکید به ستر و گناه پوشی، عفو در جرایم مستوجب تعزیر، چگونگی اجرای مجازات حدی، تعداد اقرارها در جرم زنا و غیره، می‌پردازیم.

۱- شبهات در جرایم مستوجب حد

بدون تردید، زنا از بزرگترین گناهانی شمرده می‌شود که ملت‌های زیادی بر تحریم آن، اتفاق دارند. سبب حد زنا، ارتکاب جرم زنا است، لکن فقیهان اسلامی برای تحقق جرم زنا قواعد و ضوابط دقیقی را وضع کرده‌اند؛ چرا که حدود عموماً جهت حفظ و صیانت از اجتماع مبتنی بر قاعده‌ی درأ و دفع است.

تسامح و گذشت در مجازات از نظر آموزه‌های اسلامی، یک اصل بوده که موجب دفع و سقوط مجازات، به‌ویژه مجازات حدی، می‌گردد. یکی از قواعدی که در فقه جزایی اسلام وجود دارد، قاعده‌ی «درأ» است. مفاد اجمالی قاعده‌ی درأ آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسؤولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد، به موجب این قاعده، بایستی جرم و مجازات را منتفی دانست. این قاعده از نظر حقوق دانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده‌ی «تفسیر به نفع متهم» در حقوق جزای عرفی از جهاتی هم‌تایی دارد (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۴).

واژه‌ی شبهه از نظر مفهومی، به معنای شک، بدگمانی، اشتباه، و التباس درست به نادرست و حق به ناحق و همچنین واقع به موهوم است. شبهه آن است که دو چیز، در اثر مماثلت از همدیگر تشخیص داده نشود. در قرآن مجید آمده است: (حضرت عیسی را نکشتند و به دار نزدند، بلکه کار بر آنها مشتبه شد) (نساء/۱۵۷).

شبهه، به عنوان موضوعی که حدود را در مباحث جرایم جنسی (به خصوص زنا) دفع و ساقط می‌سازد، در فقه احناف به گونه‌ای تفصیلی مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته و از اهمیت به‌سزایی برخوردار است، که به‌طور نمونه و کوتاه برخی از مصادیق آنرا ذکر می‌نماییم. در مجموع شبهه به سه نوع تقسیم شده است: ۱) شبهه در فعل؛ ۲) شبهه در محل؛ ۳) شبهه در عقد.

شبهه در فعل آن است که شخص پیرامون حلیت یا حرمت یک زن اشتباه نموده و با او مجامعت و آمیزش جنسی نماید و یا در برابر مال، خانم خود را طلاق می‌دهد و در خلال عدت - مدت انتظاری - با او رابطه‌ی جنسی برقرار سازد. در این حالت، حد زنا بر او تطبیق نشده و ساقط می‌گردد؛ چون شبهه و اشتباه در فعل واقع شده است.

شبهه در محل آن است که شخص با الفاظ کنایی، زن منکوحه‌ی خود را طلاق نموده؛ ولی بعد از طلاق با او رابطه و آمیزش جنسی را قایل سازد. چون بحث طلاق با استعمال الفاظ کنایی اختلافی بوده و برخی‌ها آنرا طلاق باین نمی‌دانند؛ از این رو، شبهه و اشتباه در محل به‌وجود آمده و حد با شبهه دفع می‌گردد.

شبهه در عقد آن است که شخص، با زنی از محارم خود نکاح نموده و با او آمیزش جنسی می‌نماید و یا با زنی که در حالت عدت شخص دیگری قرار دارد، ازدواج کرده و رابطه‌ی جنسی برقرار سازد. امام ابوحنیفه (رح) در این گونه موارد می‌گوید: چون شبهه در عقد ایجاد شده است، بناءً شبهه در عقد موجب سقوط حد زنا می‌گردد؛ اما یاران (امام ابویوسف و امام محمد) به این نظر اند که شخص مزبور، مستوجب مجازات حد است.

با توجه به مباحث فوق، به این نتیجه می‌رسیم که اسلام در صدد تعذیب و مجازات حدی مرتکبان جرایم جنسی که در آن، کوچک‌ترین شبهه و اشتباه وجود داشته باشد نیست و نهایت تلاش می‌گردد که راه بیرون رفت از سزادهی را جستجو نموده و حدود را با کمترین شبهه و اشتباه مورد دفع قرار دهد.

۲- عدم توانایی از ادعای شبهه

گاهی اوقات متهم جرم جنسی، به‌ویژه جرم زنا مستوجب مجازات حد، در موقعیتی قرار می‌گیرد که نمی‌تواند از نظر گویش اتهام وارد شده را از خود دفع نماید. این حالت نیز شبهه بوده و مجازات حدی از متهم ساقط می‌گردد.

به نظر امام ابوحنیفه (رح): ناتوانی متهم از ادعای شبهه، خود شبهه محسوب می‌گردد، که در نتیجه موجب سقوط مجازات حد است. بنابر این، زانی و زانیه‌ای که گنگ اند، مجازات حد بر آنان تطبیق نمی‌گردد (هر چند با شهادت شاهدان، جرم یرتکابی زنا به اثبات رسیده باشد)؛ زیرا آن‌ها از ادعای شبهه عاجز اند و احتمال دارد که در صورت داشتن قدرت نطق و بیان، شبهه‌ای را ادعا نمایند. به همین ترتیب است، مجنون و دیوانه‌ای که در حال افاقه (بهبود یافتن و دور شدن دیوانگی)، زنا کرده باشند.

همچنین به باور امام (رح): اگر گنگ به اشاره و یا نوشتن به زنا اقرار کند، حد بر او اجرا نمی‌شود؛ زیرا به اقراری اعتبار داده می‌شود که توسط کلام، صورت گرفته باشد نه به اشاره و کتابت. از این رو، اگر گنگ اقرار خود را در ورقه‌ای بنویسد و یا توسط اشاره، به عمل زنا اعتراف و اقرار کند، حد زنا بر او جاری نخواهد شد؛ چون وجوب حد زنا شرعاً معلق به بیان روشن و صریح مطلب است. بیان موضوع در صورتی صریح و روشن خواهد بود که با سخن زدن و گفتار به عمل آید، نه به کتابت و اشاره (الکاسانی، ۱۴۰۲، ج ۷، ۵۰).

۳. ادای شهادت در یک جلسه

بر اساس نظر امام ابوحنیفه (رح)، شاهدان زنا باید در یک جلسه به گونه‌ای دسته‌جمعی ادای شهادت نمایند. ایشان، اجتماع شاهدان در آغاز جلسه قضایی و در شروع ادای شهادت را لازمی و حتمی می‌داند. هرگاه شاهدان به صورت پراکنده در محکمه حضور یافته و یکی پس از دیگری ادای شهادت نمایند، شهادت و گواهی آنان مردود شمرده می‌شود؛ حتی اگر تعداد شاهدان زیاد هم باشد، مستوجب حد قذف گردیده و حد قذف بر آنان تطبیق و اجرا می‌گردد.

اگر برخی از شاهدان در جایگاه شاهدان بنشینند و زمانی که محکمه به شهادت آنان گوش می‌دهد، تعداد شاهدان کامل نباشد و در زمان پرسش از شاهد اول، شاهد دومی وارد محکمه گردیده و در زمان سوال از شاهد دوم، شاهد سومی وارد شود، به این ترتیب شهادت شاهدان پذیرفته نیست و قاذف محسوب می‌گردند (همان، ۴۸).

امام ابوحنیفه (رح) در مورد شهادت شاهدان، به عملکرد حضرت عمر (رض)، استناد می‌جوید: روایت شده است که چون علیه مغیره بن شعبه، سه نفر به نام‌های ابوبکره، نافع و شبل بن معبد، شهادت دادند و (زیاد) شهادت نداد، حضرت عمر (رض) به آن سه نفر، حد قذف را جاری کرد. پس چنانچه ادای شهادت در یک جلسه، شرط لازمی نبوده، نباید آن سه نفر حد زده می‌شدند؛ زیرا ممکن بود در جلسه دیگری فرد چهارمی شهادت بدهد.

۴- لزوم چهار نفر شاهد

شاهدان اثبات جرم زنا باید چهار نفر مرد باشند. چنانچه شاهدان کمتر از چهار نفر شهادت بدهند، شهادت آن‌ها مقبول نبوده و بر اساس قول خداوند (ج) که می‌فرماید: و کسانی که به زنان پاک‌دامن، نسبت زنا می‌دهند و چهار شاهد نمی‌آورند، هشتاد تازیانه بزنید، بر آنان حد قذف اجرا

خواهد شد (نور/۴). در صورتی که معلوم شود هر چهار نفر و یا برخی از شاهدان واجد اهلیت شهادت نبوده اند؛ بگونه‌ای مثال، یکی از آنان فاسق بوده و یا قبلاً علیه او حد قذف جاری گردیده باشد، به باور امام (رح) حد قذف بر شاهدان جاری می‌گردد (اعم از این که اهلیت، پیش از حکم معلوم شود و یا پس از حکم و قبل از اجرای حکم) (الکاسانی، پیشین: ۴۸).

۵- چگونگی نواختن تازیانه

لازم است که تازیانه خشک نباشد تا جرح و تورم ایجاد نکند و همچنین آن قسمت از تازیانه که به جسم محکوم علیه اصابت می‌کند، نباید دارای گره باشد؛ چون این تازیانه، همان اثری را دارد که تازیانه خشک در جسم محکوم علیه ایجاد می‌کند (ابن همام، ۱۴۲۴: ج ۴، ۱۲۶). لازم است تازیانه، فقط یک سر داشته باشد و الاً به تعداد سر، از ضربات حد محسوب می‌گردد. اگر تازیانه دارای دو سر باشد، دو ضربه و اگر سه سر داشته باشد، سه ضربه به حساب می‌آید (همان، ۱۲۶). حتی در مواردی که زنی مرتکب زنا شده، حامله است، باید بعد از وضع حمل در حالتی حد اجرا شود که خوف تلف شدن زن نباشد. نقل شده است که پیامبر اسلام (ص) در باره‌ی بیماری که زنا کرده بود فرمود: صد لیف خرما - پوست درخت خرما - بردارید و یک ضربه به او بزنید (همان، ۱۳۷).

بنابر این، نواختن تازیانه باید به‌منظور تنبیه صورت گیرد، نه تلف کردن و تعذیب مرتکبان.

۶- تداخل مجازات در جرایم جنسی

بحث تداخل مجازات‌ها در جرایم مستوجب حد و تعزیر، یکی از مواردی است که در فقه اسلامی و کود جزای کشور به آن، پرداخته شده است.

تداخل آن است که برخی مجازات‌ها در برخی دیگری داخل شده و شخص مرتکب، تنها مستحق و مستوجب یک مجازات دانسته شود. به‌عنوان مثال: فردی مرتکب زنا شده، ولی جرم وی به اثبات نمی‌رسد، سپس با گذشت زمان برای بار دوم عمل زنا را انجام می‌دهد و مرحله‌ی دوم، به جرم سابق و لاحق خویش اقرار می‌دارد؛ در این حالت مرتکب جرم، به یک مجازات محکوم می‌گردد و حد زنا یک مرتبه بالای او اجرا می‌شود.

شایان یاد آوری است در جرایمی که مجازات حدی در پی دارد، در صورتی که حدود متحد بوده و از یک نوع باشد، تداخل به‌وجود می‌آید، اما در صورتی که حدود متفرقه بوده باشد، تمامی حدود بالای مرتکب جرم حدی، إقامة می‌گردد. مثلاً اگر فردی مرتکب قذف، شرب خمر، سرقت و زنا شده باشد درحالی‌که مرتکب زنا غیر محصن باشد، این حدود یکی در پی دیگری بر مرتکب اجرا می‌گردد (طهماز، ۱۴۱۹: ج ۳، ۲۶۷).

ایجاد نهاد تداخل در اجرای احکام جزایی اسلام، به‌ویژه در جرایم مستوجب حد، نوعی از رأفت، تسامح و گذشت در اجرای مجازات را نشان داده و هدف سزاگرایانه را کم اهمیت‌تر جلوه می‌دهد؛ به این مفهوم که اگر فردی چندین بار در حالی که غیر محصن است مرتکب عمل زنا شده و

در این زمان گرفتار و اقرار به جرم نکرده و شاهدان نیز علیه وی اقامه نکرده؛ ولی با گذشت زمان بار دیگری مرتکب جرم جنسی شده و این بار خودش اقرار و یا علیه او اقامه‌ی شهود گردد؛ در این حال، اصل جمع مجازات در جرایم حدی مطرح نشده، بلکه مرتکب بر اساس آخرین جرم ارتكابی‌اش به مجازات محکوم می‌گردد و صد تازیانه به عنوان مجازات حدی بر او وارد می‌شود. بنابر این، در این زمینه نیز اسلام از رحمت و رأفت کار گرفته و تنها مجازات و کیفر رفتاری را بر مرتکبان جرایم جنسی مقرر می‌دارد که فرد برای آخرین بار مرتکب آن شده است و اعمال گذشته را مورد تسامح و گذشت قرار داده است.

۷- برخی إشکال‌ها در حین اجرای مجازات حدی

برخی راهکارهای دیگر نیز جهت رهایی مرتکب جرم زنا از مجازات در اسلام پیش‌بینی شده است. از منظر فقه احناف، رجوع از اقرار در جرایم مستوجب حد جواز دارد؛ به این مفهوم که مرتکب فعل زنا، که قبلاً به جرم خود اقرار کرده و بر اثر اقرار (که پادشاه ادله‌ی اثباتیه گفته شده است) محکوم به مجازات حدی گردیده است، می‌تواند حتی در حین اجرای مجازات حدی نیز از اقرار خود رجوع و بازگشت نموده و گفتار پیشین خود را تکذیب نماید. در این حال مجازات حدی از او رفع و برداشته می‌شود؛ زیرا در این مورد شبهه به وجود می‌آید و اشتباه، زمینه را برای دفع و درأ حدود آماده می‌سازد. همچنین رجوع شاهدان از شهادت در جرایمی که مستوجب آن، مجازات حدی است، مشروط بر این که به اساس شهادت شاهدان جرم به اثبات رسیده باشد، می‌تواند محلی برای ایجاد شبهه بوده و به اثر آن حتی در حین اجرای مجازات حدی مجازات را توقف و آثار کیفری آنرا خنثی سازد. از این رو، احناف بر این باورند که در حین اجرای مجازاتی که از اثر شهادت شاهدان، جرم آن به اثبات رسیده است، باید شاهدان حضور داشته باشند؛ زیرا امکان این می‌رود که شاهدان از شهادت و گواهی خود رجوع نمایند و این، نقطه‌ای عطفی گردد برای وجود شبهه و در نتیجه، موجبات رهایی مرتکبان از مجازات را فراهم سازد.

نکته‌ای که در خور اهمیت و توجه است این است که در اجرای حدی که مجازات آن رجم می‌باشد و این جرم از رهگذر شهادت شاهدان به اثبات رسیده است، آغازگر مجازات سنگسار باید شاهدان باشند؛ زیرا در صورتی که شهادت و گواهی آنان خلاف حقیقت و واقعیت بوده باشد، احساسات و عواطف بشری و انسانی آن‌ها در بسا موارد، اجازه نمی‌دهد که بر علاوه‌ی شهادت کذب، فرد و یا افراد بی‌گناه را با دست‌های خود به قتل رسانده و به کام نیستی بسپارند و در نهایت، زمینه‌ی شبهه و اشتباه فراهم گردیده و افراد بی‌گناه را از مجازات رهایی می‌بخشد. شایان یاد آوری است این که در حالاتی که شاهدان پیش از اجرا مجازات، فاقد اهلیت شده و یا وفات کرده و یا زانی و زانیه با هم ازدواج کرده باشند، در این موارد نیز به اساس شبهه مجازات حدی ساقط می‌گردد. اگر جرم زنا از طریق اقرار به اثبات رسیده باشد و یکی از مجرمین دیگری را تکذیب نماید، امام ابوحنیفه (رح) بر این نظر است که حد از محکوم علیه ساقط می‌گردد. بنابر این، این رویکردها نسبت به

جرایم جنسی، به‌ویژه جرم زنا بیانگر عدم تمایل و عدم تأکید شریعت اسلامی به گزینه‌ی سزادهی و مجازات بدنی و یا حذف فیزیکی مرتکبان جرایم جنسی است.

۸- تأثیر مرور زمان در مجازات جرایم جنسی

مرور زمان در مورد جرایم مستوجب حد (به استثنای حد قذف) مورد طرح است. تأخیر در ادای شهادت شاهدان، شبهه و اشتباه را ایجاد کرده و موجب سقوط حد می‌گردد. در تحلیل این بحث، فقیهان احناف چنین استناد می‌کنند که شاهدان هنگامی که جرم زنا را مشاهده می‌کنند میان ادای شهادت و مخفی نگه‌داشت آن، اختیار دارند؛ زیرا خداوند (ج) در مورد ادای شهادت به‌خاطر اجر و پاداش می‌فرماید: شهادت و گواهی را برای خدا اداء و اقامه نمایند (طلاق: ۴). همچنین پیامبر اسلام (ص) در مورد مخفی داشتن جرم می‌فرماید: کسی که گناه برادر مسلمان خود را در دنیا می‌پوشاند خداوند (ج) گناهان او را در دنیا و آخرت پنهان می‌کند (امام احمد، جزء ۱: ۱۶۱، حدیث ۷۶۰۱).

از این‌رو، اگر شاهدان، جرم زنا را مشاهده کرده و سکوت اختیار نمایند و به‌این‌منوال مدتی بگذرد، این امر دلالت می‌کند که شاهدان جانب مخفی نگهداشت جرم را بر جانب افشای آن ترجیح می‌دهند. اگر با گذشت مدتی از ارتکاب جرم، شاهدان حضور یافته و گواهی بدهند، این خود نشان دهنده‌ی دشمنی و کینه‌توزی آنان نسبت به فرد و یا افراد بوده و این امر باعث شده است که شهادت دهند؛ لذا در این هنگام بر اساس شهادت شاهدان، تهمت و شبهه ایجاد گردیده و شبهه موجب سقوط حد زنا می‌گردد. اگر عذری موجهی مبنی بر دوری راه یا خطر و غیره، از طرف شاهدان ارایه گردد، شهادت شاهدان إستماع گردیده و مرور زمان بالای سقوط مجازات تأثیری ندارد. البته این، در صورتی است که دلیل اثبات جرم تنها گواهی شاهدان باشد؛ اما اگر دلیل اثبات جرایم حدود، إقرار خود جانی باشد، در این صورت، به استثنای عقوبت شرب خمر، مجازات جرایم دیگر از نظر امام ابوحنیفه (رح) و ابویوسف در اثر مرور زمان ساقط نمی‌شود (نذیر، ۱۳۹۱: ج ۲، ۲۷۹). شایان ذکر است که امام ابوحنیفه (رح) برای تقدم زمان، حد و میزانی قرار نمی‌دهد و تعیین این فاصله‌ی زمانی و وقت مناسب برای ادای شهادت را با توجه به اوضاع و احوال و امکانات شاهد به‌نظر قاضی رسیدگی کننده به موضوع، موکول می‌سازد. لیکن بعضی از فقیهان حنفی مدت آن را یک‌ماه و برخی دیگر، شش‌ماه تعیین کرده اند (الکاسانی، پیشین، ج ۷: ۱۶۵). در نتیجه، مرور زمان در جرم زنا نیز زمینه‌ی شبهه را فراهم ساخته و موجب سقوط مجازات حد می‌گردد.

۹- تکرار إقرار در جرایم جنسی

إقرار در جرایم گوناگون، تأثیراتی متفاوت دارد. دفعات إقرار در جرم زنا (در صورتی که جرم زنا توسط اقرار به اثبات رسد)، موضوع دیگری است که در فقه اسلامی، مورد بحث است؛ طوری که در داستان ماعز اسلمی آمده است: پیامبر اسلام (ص) بعد از چهار مرتبه اقرار، امر کرد که حد زنا

بر او جاری و تطبیق گردد. این، در حالی است که در هر مرتبه، پیامبر اسلام (ص) از ماعز روی برتافته و برایش می‌گوید: برو توبه کرده و از خداوند (ج) آمرزش بخواه و یا حتی برای وی گفت: شاید تو عمل زنا را انجام نداده باشی و در نهایت کیفیت زنا را از ماعز پرسان نمود. در اخیر پیامبر اسلام (ص) امر می‌دهد که مجازات حد را بر ماعز اجرا نمایند و بعد از اقامه و اجرای حد می‌فرماید که ماعز را مانند سایر مسلمانان غسل و تکفین نموده و جنازه بر وی گذارند.

بنابر این، از نظر احناف شرط است که مقرر، در اقرار خود چهار مرتبه اقرار نماید و الا مجازات حد ثابت نگردیده و به اثر شبهه و اشتباه مجازات از او ساقط می‌گردد. نکته‌ای دیگری که در مورد اقرار مجرم، در خور توجه و اهمیت است، این است که در هر مرتبه از اقرار، باید پرسش‌های پیشین از مقرر صورت گرفته و قاضی در مجلس دیگری دوباره پرسش‌های قبلی را مطرح نماید. در نتیجه، امکان دارد که مقرر از اقرار خود رجوع نماید و یا احتمالاً شبهه ایجاد گردد.

۱۰- آگاهی از مجازات در جرایم جنسی

در مورد این که آیا شرط است فردی که مرتکب فعل زنا یا حدی می‌گردد آگاهی و علم به تحریم زنا داشته باشد یا نه، اقوال مختلفی از علما و دانشمندان اسلامی نقل شده است. برخی‌ها به این باورند که اگر مرتکب زنا به حرمت آن، علم نداشته باشد، حد زنا بر او جاری نمی‌شود؛ چون حدود با شبهات دفع می‌گردد. سعید بن مسیب (رض) روایت می‌کند: مردی در یمن مرتکب زنا گردید و حضرت عمر (رض) برای او نوشت: اگر مرد می‌دانست که خداوند (ج) زنا را حرام کرده و با علم به عمل زنا پرداخته باشد، حد را بر او جاری سازید و اگر آگاهی نداشت او را از حرمت زنا با خبر کنید؛ در این حالت اگر مجدداً مرتکب زنا شد حد را بر وی تطبیق نمایید.

بنابر این، با توجه به مباحث فوق، به این نتیجه می‌رسیم که از روح آموزه‌ها و دستورات اسلامی روشن است که اسلام در پی سزادهی مرتکبان جرایم جنسی نبوده، بلکه کوشش بر این است تا جرایم جنسی پیش از اثبات، ستر و پنهان گردد؛ چراکه هرگاه این جرایم مبرهن شود، حیثیت و آبروی انسان‌ها پایمال می‌شود؛ ولی هرگاه جرم به اثبات رسیده باشد و کدام شبهه و اشتباهی نیز موجود نگردد، اجرای مجازات روی اهداف والا و عالی قابل اعمال و تطبیق است که در ادامه از اهداف آن، بحث خواهیم کرد.

گفتار سوم: اصلاح مجرم در مجازات جرایم جنسی

اصلاح و بازپروری مجرم جرایم جنسی، از جمله اهداف اساسی و اصلی است که در اعمال مجازات‌ها مورد نظر می‌باشد. هدف مجازات و کیفر شرعی، از اغراض انتقام جویانه نشأت نمی‌گیرد؛ زیرا مجازات را خداوندی مقرر فرموده است که نهایت لطف، مهربانی و رحمت را نسبت به بندگان خود دارد.

الف) بازداري از دلسوزي در مجازات جرایم جنسی

در آیهی دوم سورهی نور، خداوند(ج) مؤمنان را از رحمت ورزیدن به زانی و زانیه نهی می‌کند و می‌فرماید: رأفت و رحمت شما برای زانی و زانیه موجب معطل قرار دادن حدود خداوندی نگردد (نور: ۲). این نهی هرگز به معنای باز داشتن انسان‌ها از ترحم و رحمت نیست؛ چون بی‌رحمی، وصف انسانی نمی‌باشد، بلکه هدف رأفت در آیه مزبور، ترک حد است؛ به این مفهوم که هرگاه دعوی به نزد سلطان و حاکم اسلامی برده شود، حد باید بر مجرم اقامه گردیده و معطل نشود (ابن کثیر ۱۴۲۰، ج ۳، ۸۷). در حدیثی پیامبر اسلام (ص) می‌فرماید: هرگاه جرایم مستوجب حد در بین خود تان بود، آن‌را مورد عفو قرار دهید (افشا نکنید)؛ اما زمانی که حد به من رسید و نزد من ثابت شد، اجرای آن، برایم واجب و لازم می‌گردد. اکثر مفسران و دانشمندان اسلامی رأفت در آیهی بالا را، به عدم معطل قرار دادن حدود خداوندی و وجوب اقامه‌ی حدود تفسیر نموده اند. چنانکه مجاهد، عکرمه، عطاء، سعید بن جبیر، نخعی و شعبی، نیز از واژه‌ی رأفت، چنین تفسیری را ارایه کرده اند (البغوی، ۱۴۱۷: ج ۶، ۷). روایت شده است که عبدالله بن عمر (رض) بر کنیزی که مرتکب فعل زنا گردیده بود، حد زنا را جاری می‌نمود. او در حالی که اشاره به پا و قسمت پایینی بدن کنیز داشت، برای جالد -کسی که تازیانه می‌زند- گفت: به آن قسمت بدن کنیز تازیانه را وارد کن. پسر عبدالله اعتراض کرده و گفت: خداوند(ج) امر نموده است که در اجرای حد رأفت نکنید، چه گونه بر این کنیز رأفت می‌کنی؟ عبدالله فرمود: آیا می‌خواهید این کنیز را به قتل برسانید؟ خداوند(ج) ما را امر نکرده که او را به قتل برسانیم و لازم نیست که تازیانه را بر سر او بزنیم؛ چون از وارد شدن تازیانه درد احساس می‌نماید (طبری، ۱۴۲۰: ج ۱۹، ۹۱).

بنابر این، منظور از رأفت و رحمت در آیهی ذکر شده این است که مبادا رأفت ورزیدن و عاطفه‌ی مؤمنان، مانع اجرای کیفر و مجازات جرم زنا گردد؛ زیرا رأفت و ترحم ورزیدن بر مجرم از نظر آموزه‌های اسلامی نکوهیده و ناپسند نیست. اسلام خود به مراعات بسیاری از آنچه نوعی ترحم و رأفت می‌باشد، فرمان اکید داده است؛ عدم اجرای حد در هوای گرم و سرد، نهی از تازیانه زدن به سر و صورت و تهی‌گاه مجرم، توجه به بیماری فرد محکوم و اجرای نمادین حد بروی و حتی اجرای حد تازیانه با وجود پوشیدن لباس و پوشاک بر تن مجرم و غیره، از مواردی است که نشان‌دهنده‌ی نهایت رأفت و شفقت دین نسبت به انسان‌ها بوده و ملاحظات انسانی است، که خود، نوعی ترحم و رأفت بر مجرم و مرتکب جرایم جنسی، به‌ویژه مرتکبان زنا است و این تعامل، نشانگر رحمت و مهربانی شریعت اسلام بر انسان‌ها است. نقل شده است که حضرت علی (رض) فرمان داد شخصی که مرتکب عمل جرمی مستوجب حد شده بود را تازیانه بزنند، در حالی که او مرد جامه‌ای قسطانی (دهی است میان ری و ساوه و یا قلعه‌ای است به اندلس) به تن داشت (ألوسی، بی‌تا: ج ۱۳، ۳۱۰).

بنابر این، هدف اصلی در مجازات جرایم جنسی، إصلاح و بازپروری و تربیت مجرم است؛ تا از یک طرف، موجب پند و عبرت خود مرتکب جرم گردیده و از سوی دیگر، سایر انسان‌ها متنبه شده و در پی ارتکاب جرایم جنسی نباشند؛ چرا که یکی از مباحث اساسی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، بحث سودمندی و فایده‌آوری جرم است. مجرم و بزه‌کار وقتی تصمیم به انجام رفتار مجرمانه می‌گیرد که سود و زیان رفتار مجرمانه را به‌طور دقیق، مورد محاسبه قرار دهد؛ چون مجرم، ذهن و اندیشه‌ای محاسبه‌گر و دقیق داشته، مفاد و مضار رفتار مجرمانه‌ی خود را پیش از مرحله‌ی اجرای جرم، سنجش می‌کنند؛ لذا موجب می‌شود تا إصلاح گردیده و دیگر مرتکب عمل جرمی نشوند.

ب) علنی‌بودن مجازات در جرایم جنسی

هرگاه مجازات جرایم جنسی، بر مرتکبان به‌گونه‌ای علنی و در حضور طائفه‌ای از افراد اجرا و عملی شده و دیگران نظاره‌گر صحنه‌ی مجازات بوده و آنرا ببینند و این مجازات را با لذت زودگذر در ارتکاب جرم جنسی مقایسه و سنجش نمایند، طبیعی است که این موضوع سبب إرعاب و پند پذیری و انصراف از ارتکاب جرم در آنان گردیده و موجبات پند پذیری و جرم‌گریزی آنان را فراهم می‌آورد. در نتیجه، آمار و ارقام جرایم جنسی در جامعه کاهش یافته و زمینه‌ی آسودگی خاطر انسان‌های زیادی را به‌وجود می‌آورد و از این رهگذر نظم و آرامش اجتماعی تقویت یافته و انسان‌ها می‌توانند با راحتی به زندگی خود پرداخته و در نهایت آبرو و ناموس آنها در صیانت و امنیت قرار داشته باشد.

گفتار چهارم: بازدارندگی در مجازات جرایم جنسی

یکی از اهداف دیگر در اجرای مجازات، بازدارندگی خصوصی آن است. مجازات‌ها هم پیش و هم پس از ارتکاب جرم، همچون موانعی برای ارتکاب جرم عمل می‌کنند (نوبهار، پیشین: ۱۶۳).

الف) بازدارندگی خصوصی در مجازات جرایم جنسی

هدف بازدارندگی خصوصی، تنها در مجازات و کیفرهای (غیر از اعدام) معنا داشته و در مجازات و کیفرهای اعدام و رجم مفهوم ندارد؛ ولی آنچه قابل تأمل می‌باشد، این است؛ که با توجه به دیدگاه دانشمندان اسلامی، هرچند رجم و اعدام؛ جنبه‌ی بازدارندگی خصوصی در آینده برای مرتکب ندارد؛ زیرا محلی برای بازدارندگی نمی‌ماند؛ ولی در صورت توبه‌ی مجرم و بزه‌کار، خداوند (ج) او را از عقوبت و مجازات آخرتی پاک و میرا می‌گرداند و فرد مزبور به عقوبت و مجازات آخرتی در خصوص جرم جنسی‌اش گرفتار نمی‌شود.

توضیح بازدارندگی خصوصی در مجازات جرایم جنسی

در مجموع، مجازات‌ها در اسلام دارای دو بُعد است: بُعد اول مجازات‌ها دنیایی است، که توسط حاکم و زمامدار اسلامی در روی زمین بالای مرتکبان جرایم اجرا و تطبیق می‌گردد. بُعد دوم، جنبه‌ی آخرتی مجازات‌ها است، که خداوند (ج)، مجرم و گنه‌کاران را در آخرت مورد محاسبه قرار می‌دهد. در داستان ماعز بن مالک اسلمی که در نزد پیامبر (ص) آمده و به جرم زنا اقرار نموده

بود و پیامبر (ص) امر به اجرای حد بالای آن نمودند، آمده است، که پیامبر اسلام (ص) فرمود: همانا ماعز چنان توبه نموده است، که اگر توبه آن، بین گروهی تقسیم گردد، گنجایش همه‌ی آنها را خواهد داشت (امام مسلم، ج ۹، ۶۸، حدیث ۳۲۰۷).

در روایت دیگری آمده است؛ که پیامبر (ص) فرمود: سوگند به آن ذاتی که نفس من در قدرت اوست، ماعز حالا در جوی‌های بهشت در حال شستشوی است (عمر بن احمد، ۲۰۰۴: ج ۸، ص ۲۳۸، حدیث ۳۴۹۱).

در مورد زن غامدیه نیز پیامبر اسلام (ص) می‌فرماید: سوگند به ذاتی که جانم در قدرت اوست، زن غامدیه، چنان توبه نموده است، که اگر صاحب مکس -نام محلی است- این توبه را می‌کردند، مورد آموزش قرار می‌گرفتند (صابونی، بی‌تا: ج ۱، ۳۱۱). در جرایم جنسی که مجازات آن، غیر رجم است، بازدارندگی خصوصی آن زیاد بوده و یکی از اهداف اساسی مجازات را تشکیل می‌دهد. تحمل صد تازیانه در جرم زنا غیر محصن به عنوان مجازات، در حضور جمعی از مؤمنان، مجازاتی است که ارزش ارتکاب لذت رودگذر زنا را نداشته و از جانی، ذلت و خواری‌ای است که مرتکب این جرم، نمی‌تواند به آسانی خواری و ننگ عمل زشت خود را بپذیرد؛ مگر این ذلت و خواری برای افرادی اهمیت ندارد، که از اصول اخلاقی و انسانی بدور بوده، حیثیت و شرف اجتماعی آنان ارزشی نداشته باشد؛ از این‌رو، خداوند (ج) می‌فرماید: باید جمعی از مؤمنان، عذاب و مجازات زانی و زانیه را شاهد و ناظر باشند (نور: ۲)؛ زیرا، این کار، از یک‌طرف زجر زانی و زانیه را به‌دنبال دارد و از سوی دیگر، موجب عبرت دیگران می‌گردد. اجرای تازیانه برای حد زنا غیر محصن در حضور مردم، در راستای بازدارندگی زانی و زانیه مؤثر بوده و از ارتکاب جرم زنا در آینده جلوگیری می‌گردد (ابن کثیر، پیشین: ج ۳، ۸۷).

خداوند (ج) به مجازات زانی و زانیه به حضور و نظارت طائفه‌ای از مؤمنان امر نموده؛ چون هرگاه معصیت و گناه به‌گونه‌ی نمایان ارتکاب شود، مجازات نیز به شکل آشکار و نمایان، به مرحله‌ای اجرا گذاشته می‌شود. چنان‌که در روایتی آمده است: هرکس طور سرّی و پنهانی مرتکب گناهی گردد، باید در خفا توبه کند و کسی که گناه را علنی و نمایان انجام دهد، باید طور علنی توبه نماید (المراغی، بی‌تا: ج ۱۸، ۷۱).

تبیین بازدارندگی خصوصی در مجازات جرایم جنسی

در واقع، هدف از پیش‌بینی کیفر تازیانه، این است که نوعی میان جرم و مجازات تناسب وجود داشته باشد. همان‌گونه که اجزای بدن مجرم، از لذت عمل نا مشروع و غیر قانونی بهره‌مند شده است، اکنون باید با تحمل رنج جسمانی، تاوان کارش را پس دهد. این نوع واکنش به جرم، در نظام‌های کیفری دوران باستان نیز رایج بوده است. در چنین کیفرهایی که امروزه آنرا کیفرهای قیاسی می‌نامند، تأکید بر این بوده است، تا همان عضو یا اعضای مجرم که در ارتکاب جرم دخالت داشته است، تنبیه شود. پیش‌بینی مجازات کور کردن چشم، برای کسی که در جریان اجرای قتل

عمدی برای مرتکب یا مرتکبان دیده‌بانی می‌کرده، یا حتی قطع دست سارق، باتوجه به این که دست به طور طبیعی در جریان عملیات سرقت نقش محوری دارد، مبتنی بر همین نگرش از عدالت کیفری است (نوبهار، پیشین: ۱۶۴).

بنابر این، به درد آوردن تن مجرم و مرتکب بر اساس روایات، هدف اصلی اجرای مجازات در جرایم جنسی نیست، بلکه اجرای تازیانه در جرم زنا به عنوان مجازات، به منظور اصلاح مرتکب جرم و بازگشت آن، به زندگی عادی و دوری از ارتکاب دوباره‌ی جرم است.

هرچند باید در جرم زنا، بر خلاف سایر جرایم حدی، تازیانه بر بدن مرتکب، سخت‌تر وارد گردد؛ اما در کتب فقهی بیان شده است که نباید تازیانه به شدت و سختی بر بدن زانی و زانیه وارد گردد، بلکه به‌طور متعارف و طوری که دست از شانه جدا نگردد وارد شود. همچنین، عدم اجرای حد بر افراد مجرم بیمار، زنان حامله و عدم جواز وارد کردن تازیانه به اندام حساس و حیاتی بدن، چون صورت و اندام تناسلی، اجرا نکردن مجازات حد در هوای خیلی گرم یا سرد و غیره، نشان دهنده‌ی آن است که هدف از تازیانه و اجرای مجازات زنا بر مرتکب آن، تنها وارد ساختن دردی خفیف و متعارف از لحاظ جسمی بر جان مرتکب و متناسب با جرم ارتكابی وی بوده است؛ تا این که زمینه‌ی اهدافی، مانند بازدارندگی عمومی، خصوصی و اصلاح بزه‌کار تأمین و بر آورده گردد. تجارب نشان داده است که اعمال فشار جسمانی و مجازات سخت و طاقت فرسا به تنهایی بر مجرمان و مجرمان، راه حل اصلاح فردی نبوده و زمینه را برای بازپروری و اجتماعی شدن مجرمان را فراهم نمی‌سازد، بلکه نتایج معکوس و غیر قابل باوری را در پی داشته است.

روزانه افراد بسیاری مورد سخت‌ترین مجازات بدنی و جسمی قرار گرفته و با استفاده از وسایل گونه‌گون بر آنها عذاب و شکنجه‌های جانکاه اجرا می‌گردد؛ ولی هر وقت از زیر بار این مجازات رهایی پیدا نمایند، دوباره به جرم و تبه‌کاری روی آورده و حتی مرتکب جرایمی شدیدتر و خطرناک‌تر از پیش می‌گردند. بنابر این، سودمندی و فایده‌مندی مجازات‌ها در شدت و سختی مجازات نیست و این گزینه نمی‌تواند زمینه‌های اصلاح و بازپروری مجرم را فراهم نموده و موجب عدم تکرار جرم و پایین آمدن سطح ارقام و آمار جرایم در جامعه، گردد. در رویکرد مجازات‌های اسلامی نیز دقیقاً این مورد در محراق توجه قرار گرفته است. هرچند مجازات جرم زنا، غیر محصن، صد تازیانه مقرر شده است؛ ولی از نظر جسمی و بدنی آسیب و صدمه‌ی جدی و غیر قابل تحمل بر بدن مرتکب وارد نمی‌گردد؛ اما زجر و شکنجه‌ی معنوی و روحی آن، به مراتب سنگین‌تر و شدیدتر است؛ چون عده‌ی با نگاهی نفرت آمیز و پرسش برانگیز گردهم آمده و صحنه‌ی رقت بار فرد یا افرادی را نظاره می‌کنند که خلاف آموزه‌های اسلامی و خواست اجتماع، عمل جرمی را مرتکب گردیده و حال به سزا و کیفر رفتار غیر اسلامی و خلاف قانونی خود در حضور دیگران، گرفتار می‌باشند.

ب) بازدارندگی عمومی در مجازات جرایم جنسی

شاید بتوان گفت که مهم‌ترین و با ارزش‌ترین هدف مجازات‌ها در جرایم جنسی، بازدارندگی عمومی آن است. در مواردی که کیفر مجازات جرایم جنسی رجم پیش‌بینی شده، عمده‌ترین هدف آن بازدارندگی عمومی بوده و بازدارندگی خصوصی تا اندازه‌ی زیادی منتفی است.

۱- رویکرد تاریخی در بازدارندگی مجازات شدید جرایم جنسی

در بستر تاریخی حقوق کیفری، رویکردهای مختلفی در مورد مجازات اعدام و قصاص، وجود داشته است. گاه مجازات اعدام در بسیاری از جرایم، اعم از جرایم شدید و خفیف به اشکال گوناگون محسوس می‌گردد. در دوره‌ی دیگر مجازات اعدام قانون‌مند و قاعده‌مند گردیده و مطابق مقررات و قرار اجتماعی، در محدوده و چوکات قانون تنظیم می‌گردد و زمانی می‌رسد که اکثر کشورهای غیر اسلامی - و برخی کشورهای اسلامی که نظام آن مبتنی بر اساسات و آموزه‌های شرعی استوار نمی‌باشد - به مبارزه و مقابله با مجازات اعدام پرداخته و آن را خلاف احساس و عاطفه‌ی بشری و انسانی می‌دانند؛ ولی رفته رفته جوامع انسانی به برخی مزایا و اهداف مهم و حیات بخش مجازات اعدام، آگاه گردیده و این مجازات را به عنوان مجازات اصلی به رسمیت می‌شناسند و در نتیجه، در قالب قوانین خود آن را می‌گنجانند؛ طوری که امروزه موافقین مجازات اعدام فزونی یافته و به تعبیر قرآن‌مجید که می‌فرماید: (یا اُولِی الْأَلْبَاب)، به جای توجه و روی آوردن به احساس و عاطفه‌ی بشری به عقل و خرد خود روی می‌آورند و به دعوت هزار و چهارصد ساله‌ی قرآن کریم لبیک می‌گویند.

مجازات زنای محصن (کسی است که قبل از ارتکاب زنا در نکاح صحیح در حالتی که مسلمان، آزاد و بالغ بوده و با دیگری از این طریق، مجامعت و آمیزش جنسی کرده باشد)، رجم است. این که چرا خداوند (ج) مجازات محصن را رجم و از بکر (غیر محصن) را صد تازیانه، مقرر داشته است، پرسشی است که صورت خواهد گرفت. پاسخ این است؛ که محصن کسی است که زمینه‌ی عقد ازدواج و آمیزش در حالی برای وی میسر می‌باشد که مسلمان، بالغ و آزاد بوده است و راه صحیح و مشروع تأمین ضرورت و نیازمندی انسانی خود را درک نموده و می‌تواند از این طریق نیازمندی انسانی و جنسی خود را مرفوع سازد، هرگاه از راه مشروع و قانونی عدول نموده و به‌سوی زنا و جرایم جنسی روی آورد، این خود نشان‌گر انحراف وی از راه راست می‌باشد؛ از این‌رو، سزاوار است تا در برابر این عمل وی، مجازات شدیدتری وجود داشته باشد. برخلاف فردی که تحت تأثیر عوامل بیرونی و درونی واقع گردیده و نمی‌تواند از راه مشروع غریزه‌ی جنسی خود را اِشباع نماید؛ زیرا این فرد تحت فشار میل و خواهشات بی‌امان، فریفته و شیفته‌ی هوس گردیده و مرتکب عمل نامشروع زنا می‌گردد. از نظر طبیعت فعل، نیز تفاوت وجود دارد. محصن کسی است که تجربه و ذوق آمیزش جنسی را قبلاً نموده است و از آن، لذت کافی و بهره‌ی وافیه برده است؛ ولی

غیر محصن چنین نیست؛ زیرا او، از آمیزش جنسی بی بهره بوده است. بنابر این، لازم است که محصن متحمل مجازات بیشتری گردد (ابراهیم، ۱۴۱۲: ج ۴، ۲۴۸۷).

۲- بازدارندگی و شیوهی اجرای مجازات در جرایم جنسی:

شیوهی اجرای مجازات رجم بر مرتکب زنا، با حضور تعدادی از مؤمنین، می‌تواند در راستای دستیابی به هدف بازدارندگی عمومی سودمند و نافع واقع گردد. تأکید قرآن مجید به مشاهده و حضور طایفه‌ای از مؤمنان، بیان‌گر این موضوع است که دیگران از مجازات مرتکب زنا پند و عبرت گرفته و در آینده مرتکب عمل منافی عفت و حیثیت نگردند. طوری که جامعه شناسان کیفری، مشارکت دادن مردم در اجرای مجازات‌ها را، آن گونه که در جوامع باستانی رایج بوده، نوعی مرور دسته جمعی جامعه بر ارزش‌های پذیرفته شده و راهکاری برای تقویت همبستگی ارزیابی کرده اند؛ ولی عده‌ای تأکید دارند که حضور و اشتراک جمعی انسان‌ها، از جمله کودکان و کسانی که نمی‌خواهند و یا نمی‌توانند، صحنه‌ی اجرای مجازات را مشاهده نمایند، در اسلام اجباری و لازمی بوده و این امر، باید بالای افراد تحمیل می‌گردد. البته حضور قشرهای گوناگون، به‌ویژه کودکان در چنین مراسمی، می‌تواند دارای بازتاب‌های منفی و نوعی ترویج خشونت در جامعه باشد. جدا از تحلیل‌های جامعه شناختی، که بدون داوری‌های ارزشی، ابعاد مثبت و منفی چنین پدیده‌ای بررسی می‌شود، برخلاف آنچه تصور می‌شود، آموزه‌های اسلامی چندان بر مشارکت عده‌ی زیادی از مردم در اجرای کیفر یا تماشای اجرای مجازات‌ها تأکید نکرده است (نوبهار، پیشین: ۱۶۶).

چنانکه واژه‌ی طائفه در آیه‌ی ۲ از سوره‌ی نور را، مفسران به تعداد زیادی تفسیر نکرده اند، بلکه برخی‌ها اقل طائفه را یک تن و برخی دیگر دو تن، تعدادی سه تن و بالاخر گروه دیگری چهار تن گفته اند. حضور طائفه (یک، دو، سه، یا چهار تن) به این هدف در قرآن مجید آمده است که مردم مجازات و کیفر مرتکب زنا را مشاهده نمایند و این امر، موجب موعظه و پند مؤمنان باشد. علاوه بر این، استعمال واژه‌ی طائفه به صورت نکره این مطلب را می‌رساند که به مناسب حکم و موضوع، تنکیر در چنین مقامی نشانه‌ی قلت و تصغیر است، نه کثرت و زیادی. نکته‌ی قابل تأمل دیگر در مورد اجرای علنی مجازات زنا، عدم تساهل در اقامه حد است؛ زیرا مخفی کردن مجازات، وسیله‌ی است برای فساد (الزحیلی، ۱۴۲۲: ج ۲، ۱۷۲۸).

بنابر این، هرچند منظور از طائفه، جمع قفیری از مؤمنان نیست، مگر آن که حضور تعداد زیاد مردم در حین اجرای مجازات، می‌تواند بر هدف بازدارندگی اجتماعی فزونی آورده و تعداد بسیاری از انسان‌ها را از اجرای مجازات و چگونگی آن متنبه و آگاه نماید.

۳- تأکید بر اجرای مجازات جرایم جنسی پس از اثبات

روحیه‌ی سخت‌گیری در اثبات جرایم جنسی مستوجب مجازات حد، موردی است که شاید بتوان آنرا تأکیدی بر نقش بازدارندگی عمومی مجازات دانست و از این زاویه، آنرا مورد تحلیل و بررسی عمیق قرار داد. طبیعی است که وفور و زیادی اجرای مجازات در حضور داشت جماعتی از

افراد، به‌ویژه مؤمنان و تکرار عمل مجازات، بدون تردید وصف بازدارندگی عمومی مجازات، که هدف اصلی مجازات می‌باشد، را از بین برده و یک عمل و رخداد عادی تلقی می‌گردد، که ممکن است، روزانه تعدادی بسیاری مورد مجازات قرار بگیرند، بدون این که دیگران احساس خوف و ترس نمایند. از این‌رو، نظام حاکم بر اثبات جرایم، طوری در اسلام تنظیم گردیده است که جرایم، به سختی به اثبات رسیده و مجازات آن، به مرحله‌ی اجرا گذاشته شود؛ زیرا اگر نظام حاکم بر ادله‌ی اثبات جرایم جنسی مستوجب مجازات حد، به‌گونه‌ای طراحی شود که این جرایم به آسانی اثبات و بلافاصله مجازات اجرا و تطبیق شود، دیگر این کیفرها، نه آن قدر خوارکننده اند و نه چندان بازدارند (نوبهار، پیشین: ۱۶۸). پیامبر اسلام (ص) در طول دوران رسالت خود، تنها شش نفر را رجم کرد و دو تن از این شش نفر، زن و مردی یهودی بودند که یهودیان به اختیار خود، حکم کردن در باره‌ی آنان را به پیامبر اسلام (ص) واگذار کرده بودند (جوزی، ۱۹۸۵: ۶۷). بنابر این، مهم‌ترین هدف مجازات در جرایم جنسی را باز دارندگی عمومی تشکیل می‌دهد و اثرات این هدف مهم، زمانی مفید واقع می‌شود که تمامی دستورها و راهکارهای مجازات در پرتو راهکارهای کیفری نظام سعادت بخش اسلام رعایت گردد.

گفتار پنجم: عدالت ترمیمی در مجازات جرایم جنسی

عدالت ترمیمی مقوله‌ای است که دامنه‌ی آن، در اغلب جرایم و مجازات‌ها به‌وضوح به‌نظر رسیده و در برخی حالات در جرایم جنسی نیز قابل بحث است. در زیر، به روشنگری موارد عدالت ترمیمی در جرایم جنسی می‌پردازیم:

الف) امکان عدالت ترمیمی

اصلی که در جرایم جنسی حاکم است، این است؛ که جرایم جنسی از جرایمی است که تنها جنبه‌ی حق الهی داشته و زیان دیده از جرم در این گونه جرایم، مطرح نیست؛ زیرا اکثر جرایم جنسی، با رضایت مجنی‌علیه انجام می‌پذیرد؛ مانند: زنا، لواط، مساحقه و غیره. بنابر این، جبران خساره‌ی شخص متضرر، در این گونه جرایم، متصور نیست؛ ولی نباید فراموش کرد که در برخی حالات در جرایم جنسی نیز عدالت ترمیمی و جبران خساره‌ی زیان دیده از جرم، آنهم در جرایم جنسی می‌تواند، مورد بحث قرار گیرد.

زنا و یا لواط با عُنْف، جرم جنسی است که از یک‌سو، جنبه‌ی حق الهی آن و از جانب دیگر جبران زیان و خساره‌ای عاید از رهگذر ارتکاب آن، که جنبه‌ی حق الناسی و یا حق العبدی موضوع می‌باشد، عرض اندام می‌نماید. از این‌روست، که عدالت ترمیمی پا به عرصه‌ی برخی از جرایم جنسی نیز گذاشته و اجرای مجازات و جبران ضرر و خساره‌ی وارده بر زیان‌دیده از جرم، می‌تواند تسکین‌کننده و آرامش دهنده‌ی دردها و آزاری باشد که از این رهگذر به مجنی‌علیه و یا بستگان او وارد گردیده است و در نتیجه، موجب جبران خساره‌ی مادی و معنوی آنان گردد.

ب) اِلتیام بخشی عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی، فرایندی است که برای درگیر نمودن کسانی که سهمی در یک جرم خاص دارند، به طریق جمعی نسبت به تعیین و توجه به صدمات و زیان‌ها و تعهدات، جهت اِلتیام بخشیدن و راست گردانیدن امور به اندازه‌ی که امکان پذیر است، اقدام نمایند. عدالت ترمیمی، نوعی از عدالت (راجع به امور کیفری) مبتنی بر جبران است؛ به این معنا که در اجرای آن، باید تلاش شود تا آثار و خامت بار جرم و ضرر و زیان‌های ناشی از آن، خواه به صورت کامل یا به گونه‌ای نمادین (سمبلیک)، ترمیم شود (غلامی، ۱۳۹۱: ۸). از این رو، در برخی جرایم جنسی، بر علاوه‌ی جنبه‌ی حق الهی، جبران خساره که جنبه‌ی حق الناسی است، نیز قابل بحث بوده و عدالت ترمیمی می‌تواند به آن پاسخ گو باشد.

رویکرد عدالت ترمیمی - که جنبه‌هایی آن، از دیرباز در آموزه‌های اسلامی مورد تأکید قرار گرفته است - به ما الهام می‌بخشد، تا در تمام احکام و مقررات جرایم جنسی، به جبران خسارت متضرر، همچون اصلی بنیادین، توجه کنیم. این که اغلب جرایم جنسی در عمل ممکن است از نوع تعدی به حق الله باشد، نباید سبب نادیده گرفتن موارد مشتمل بر حق الناس شود (نوبهار، پیشین: ۱۷۱). قانون منع خشونت علیه زن، در فقره‌ی ۳ ماده‌ی ۱۷، مرتکبان جرم تجاوز جنسی را علاوه به مُجازات اصلی، به پرداخت وجه معادل (مهر مثل)، به حیث جبران خساره به مجنی‌علیها، نیز محکوم می‌کند.

بنابر آنچه گذشت، به این نتیجه می‌رسیم که در برخی حالات، جرایم جنسی نیز دارای جنبه‌ی حق العبدی گردیده و لازم است تا از راهکار عدالت ترمیمی استفاده شود و اِعمال مُجازات‌ها توأم با جبران خسارت می‌تواند قوه‌ی فشار بیشتری بر مرتکب و مجرم جرایم جنسی وارد نموده و اهداف بازدارندگی خصوصی و عمومی را تقویت بخشیده و از سوی دیگر، زخم‌ها و حیثیت به باد رفته مجنی‌علیه و بستگانش را از نظر مادی و معنوی اِلتیام بخشد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

اجرای مُجازات در جرایم جنسی، اولین گزینه و انتخاب در اسلام مطمح نظر نبوده، بلکه پیش از اجرای مُجازات بالای مرتکبان جرایم جنسی، راهکارهای مؤثری برای دوری از ارتکاب جرایم مورد تأکید اسلام قرار گرفته است. جوانان در صورت داشتن استطاعت و توانمندی به ازدواج توصیه شده و در صورت عدم توانایی به صبر و روزه‌داری سفارش گردیده اند. اولیای دختران به آسان‌گیری در امر ازدواج دختران شان تشویق گردیده و با برکت‌ترین نکاح‌ها، آسان‌ترین آن از منظر اسلام گفته شده است. حفاظت از دین و اطاعت از احکام و آموزه‌های اسلامی از ضروریات دینی شمرده شده و دوری از مواضع و حالاتی که انسان را به فحشا و ارتکاب جرایم جنسی روبرو می‌گرداند، موردی است که در محراق توجه اسلام قرار گرفته است، حفظ حجاب و پوشش برای

زنان که سپری است در مقابل گرگ صفتان و بی عفتان، ازدواج با بیش از یک زن در صورت تحقق حالات خاص و غیره، مقوله‌ای است که در اسلام ایجاب تأمل و تعمق می‌کند. علاوه بر موارد بالایی ستر و گناه پوشی، تساهل و گذشت در مقابل دیگران، توصیه به امور و کارهای خیر و خیر اندیشی نسبت به سایر انسان‌ها، در اسلام جایگاه ویژه‌ای دارد که از آن، به گونه‌ای مفصل بحث شده است و در نهایت آخرین گزینه برای مبارزه با مرتکبان جرم، مجازات آنان است.

بنابر این، در مجازات‌های اسلامی اعم از مجازات حدی و غیر حدی، اهداف و مقاصد مهمی وجود دارد، که برخی از این اهداف، به گونه‌ای کلی در برگیرنده‌ی تمامی انواع مجازات‌ها می‌گردد و برخی دیگری از این اهداف نیز به مجازات خاصی ارتباط می‌گیرد. در جرایم جنسی، بیش‌تر اهدافی چون: إصلاح و بازپروری مرتکبان، بازدارندگی خصوصی، بازدارندگی عمومی، جبران خسارات مادی و معنوی و اعاده آبرو و حیثیت مجنی‌علیه و... در اسلام مد نظر است.

فهرست منابع

۱. قرآن مجید.
۲. ابن حنبل، احمد؛ مسند احمد بن حنبل، (بیروت، لبنان، دارالکتب العلمیة، ط ۱، سنة ۲۰۰۸).
۳. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر: تفسیر القرآن العظیم، بیروت، دار طیبة للنشر والتوزیع، ط ۲، ۱۴۲۰.
۴. ابن همام، کمال الدین، شرح فتح القدیر (دارالکتب العلمیة، ط ۱، ۱۴۲۴-۱۴۲۶).
۵. البغوی، حسین بن مسعود: تفسیر البغوی، دار طیبة، ط ۴، ۱۴۱۷.
۶. الکاسانی، ابوبکر بن مسعود: بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دارالکتب العربی، ط ۲، ۱۴۰۲.
۷. المراغی، احمد مصطفی: تفسیر المراغی، (دار النشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر) بی‌تا.
۸. النیسابوری، مسلم بن الحجاج: صحیح المسلم، بیروت، المكتبة العصرية، ط ۱، ۱۴۲۲.
۹. ألوسی، شهاب الدین محمود، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم والسبع المثانی، المكتبة الشاملة، بی‌تا. ۱۰. جوزی، ابن قیم: الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة، جده، دارالمندنی، ط ۱، ۱۹۸۵.
۱۱. جولیان وی، رابرتز... و دیگران: مترجمان، زینب فاقری نژاد و... دیگران، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، عوام گرایی کیفری و افکار عمومی (درس‌هایی از پنج کشور)، تهران، نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۲.
۱۲. حامدی، عبدالکریم: مقاصد القرآن من تشریع الاحکام، دار ابن حزم، بی‌تا.

۱۳. الزحیلی، وهبة: تفسیر الوسیط، بیروت، دارالفکر، ط ۱، ۱۴۲۲.
۱۴. صابونی، علی: روائع البیان فی تفسیر آیات الاحکام، ج ۲، مکتبة الشاملة، بی تا.
۱۵. طبری، محمد بن جریر: جامع البیان فی تأویل القرآن، مؤسسة الرسالة، ط ۱، ۱۴۲۰.
۱۶. طهماز، محمد عبدالحمید: الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید (دمشق، دارالقلم، ط ۱، ۱۴۱۹).
۱۷. عمر بن احمد، علی؛ سنن الدار قطنی، (بیروت، لبنان، ط ۱، ۲۰۰۴).
۱۸. غلامی، حسین: عدالت ترمیمی، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، چ ۳، تابستان ۱۳۹۱.
۱۹. ابراهیم، سید قطب: تفسیر فی ظلال القرآن، بیروت، دارالشروق، ط ۱۷، ۱۴۱۲.
۲۰. محقق داماد، سید مصطفی: قواعد فقه ۴ (بخش جزایی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱۵، ۱۳۸۹.
۲۱. نذیر، داد محمد: اساسات حقوق اسلام، کابل، انتشارات رسالت، ج ۲، چ ۴، ۱۳۹۱.
۲۲. نوبهار، رحیم: اهداف مجازات ها در جرایم جنسی - چشم اندازی اسلامی - قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ ۱، زمستان ۱۳۸۹.
۲۳. کُود جزا افغانستان منتشره جریده رسمی شماره (۱۲۶۰) مؤرخ ۱۳۹۶/۲/۲۵.
۲۴. قانون منع خشونت علیه زن منتشره جریده رسمی شماره (۹۸۹) مؤرخ ۱۳۸۸/۵/۱۰.

حقوق جزاء و رعایت حریم خصوصی در افغانستان

فهرست:

چکیده	۹۸
۱ - مقدمه	۹۸
۲ - مفهوم حریم خصوصی	۹۹
۳ - تعریف حریم خصوصی	۱۰۰
۳ - ۱ - نتیجه گیری و تعریف برگزیده	۱۰۰
۴ - نسبت حریم خصوصی	۱۰۱
۵ - مفهوم حمایت از حریم خصوصی	۱۰۱
۶ - مبنای حق حریم خصوصی	۱۰۲
۶ - ۱ - آزادی و استقلال فردی	۱۰۲
۶ - ۲ - آبرو و حیثیت افراد	۱۰۳
۶ - ۳ - نیاز فطری انسان به حریم خصوصی	۱۰۳
۷ - ماهیت حریم خصوصی در نظام های حقوقی	۱۰۴
۷ - ۱ - حق حریم خصوصی به عنوان یکی از حقوق بشر	۱۰۴
۷ - ۲ - حق حریم خصوصی به عنوان یک «حق اساسی»	۱۰۵
۸ - اهمیت حریم خصوصی	۱۰۵
۸ - ۱ - هجوم تکنولوژی بر حریم خصوصی	۱۰۶
۸ - ۲ - گسترش قلمرو دخالت دولت ها	۱۰۶
۹ - تاریخچه حریم خصوصی	۱۰۷
۹ - ۱ - تاریخچه حریم خصوصی در سیستم حقوقی افغانستان	۱۰۷
۹ - ۲ - تاریخچه حریم خصوصی در اسلام	۱۰۸
۹ - ۳ - تاریخچه حریم خصوصی در غرب	۱۰۸
۱۰ - تاریخچه حمایت جزایی در خصوص حریم خصوصی	۱۰۸

چکیده

حریم خصوصی یکی از مهم ترین قلمرو های حقوق و آزادی های اساسی افراد است که مورد حمایت دین، میثاق های بین المللی و حقوق جزای کشورها از جمله افغانستان قرار گرفته است. امروزه این حریم به شکل های گوناگون و با داعیه های مختلف امنیتی، اجرای عدالت و قانون توسط نهادهای رسمی و از سوی افراد با انگیزه های مختلف از انتقام جویی تا اخاذی، مورد تجاوز قرار می گیرد. حقوق جزای کشور ما همگام با دیگر نظامهای جزایی ملی و بین المللی، این حریم را به رسمیت شناخته و از آن حمایت نموده است. اما در مورد اینکه مصداق حریم خصوصی کدام است، حدود و قلمرو آن تا کجاست و چه ضمانت اجرای جزایی برای آن پیشبینی شده، تحقیقی انجام نشده است.

تحقیق حاضر با عنوان «حقوق جزا و رعایت حریم خصوصی در افغانستان»، مصادیق حریم خصوصی و حمایت حقوق جزا از آن و ضمانت اجرای جزایی عدم رعایت آنرا به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع مکتوب، در قالب سه فصل مطالعه و بررسی نموده است. فصل نخست؛ به بررسی مفهوم، اهمیت، تاریخچه و توضیح ضمانت اجرا و حمایت از حریم خصوصی پرداخته و در فصل دوم مصادیق حریم خصوصی از منظر نظام حقوقی افغانستان، مورد بررسی قرار گرفته است و محیط درونی منازل و دیگر اماکن خصوصی، حریم خانواده، روابط، اطلاعات و لوازم شخصی از جمله مصادیق حریم خصوصی در نظام حقوقی افغانستان دانسته شده و در فصل سوم هم، حمایت جزایی در نظام حقوقی افغانستان مورد بحث قرار گرفته است. گرچه در نظام حقوقی کشور ما به منظور حفظ و رعایت حریم خصوصی، ضمانت اجرای مختلفی پیشبینی شده اما ضمانت اجرا های جزایی مسئله مورد بحث این تحقیق است که متأسفانه کشور ما در این خصوص از خلا های قانونی رنج می برد و در پاره ای موارد، علی رغم جرم انگاری رفتار ناقض حریم خصوصی، ضمانت اجرای جزایی برای آن پیشبینی نکرده است.

واژگان کلیدی:

افغانستان، حریم خصوصی، رفتار های مجرمانه، مسئولیت، نقض حریم خصوصی، حقوق جزا، ضمانت اجرای جزایی فردی.

۱ - مقدمه

حریم خصوصی فضای از زندگی هر شخص است که هیچ کس بدون رضایت آن نمی تواند به آن قلمرو داخل شود یا آنرا بازرسی نماید یا هم به اطلاعات آن قلمرو آگاهی حاصل نماید. منازل و اماکن خصوصی، جسم افراد، اطلاعات شخصی و ارتباطات خصوصی از مهم ترین مصادیق حریم خصوصی محسوب میگردند. ورود بدون اجازه به منازل و اماکن خصوصی افراد، بازرسیها و

تفتیشهای بدنی، دسترسی و آگاهی به اطلاعات و ارتباطات شخصی، افشای مسایل خصوصی در رسانه ها و جامعه از مهم ترین مصادیق ورود به حریم خصوصی محسوب میشوند.

در کشور های که واژه حریم خصوصی بصورت علمی و همه جانبه مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته و نتایج آن جنبه حقوقی را حایز و در عمل پیاده گردیده است به پیشرفت های چشمگیری بشری دست یافته اند. متأسفانه در کشور ما افغانستان به این واژه توجه چندانی صورت نگرفته و قانون گذار، در جاگزین نمودن اصول مرتبط به حریم خصوصی در اسناد قانونی از یک طرف حقایق عینی داخلی و کشور های دیگر را در نظر نگرفته است و از طرف دیگر مسایل متعددی را که کشور های پیشرفته به دلایل علمی و عملی جزء حریم خصوصی افراد دانسته و در قوانین نافذ خویش منحصراً مصادیق حریم خصوصی پیش بینی نموده اند، در قوانین افغانستان منحصراً مصادیق حریم خصوصی پیش بینی نگردیده است. در قوانین نافذ کشور اصول مرتبط به حریم خصوصی در یک بخش مستقل گنجانیده نشده است که یک محقق به آسانی بتواند مصادیق و یا اصولی حمایتی از آن حریم خصوصی را استخراج نماید، بلکه برای تشخیص اصول مرتبط حریم خصوصی حمایت از آن در قوانین نافذ کشور بگونه ناچار باید تعریف و مفهوم حریم خصوصی را در نظر گرفته و به وسیله تحلیل و تفسیر به مصادق از مصادیق حریم خصوصی استناد نماید.

۲- مفهوم حریم خصوصی

تا کنون مفهوم واحد و تعریف جامعی از حریم خصوصی که مورد توافق نظر میان متفکران قرار داشته و در حقوق مورد استناد همگان باشد، ارایه نگردیده است. به علاوه مبانی فلسفی، انسان شناختی و جامعه شناختی این مفهوم، چنان متنوع و مورد اختلاف نظر است که دستیابی به یک نظریه واحد را غیر ممکن می سازد. در حقوق و سیاست، از حریم خصوصی به عنوان مفهومی «سیال» یاد می شود که در فرهنگ های مختلف دارای قلمرو های متفاوتی است. برخی هم آن را مفهومی «مبهم» دانسته اند.^۱

با آنکه عبارت «حریم خصوصی» در زبان محاوره و نیز مباحث فلسفی، سیاسی و حقوقی مکرر استعمال می شود، ولی هنوز تعریف متیقن و مشخص از آن ارایه نشده است. مفهوم حریم خصوصی، ریشه های عمیقی در مباحث جامعه شناختی و انسان شناختی دارد که نشان می دهند چگونه در فرهنگهای مختلف برای آن ارزش قابل شده اند. حریم خصوصی مفهومی سیال است که امروزه از جمله آزادی اندیشه، کنترل بر جسم خود، داشتن خلوت و تنهایی در منزل و مکان

^۱ - سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی براساس منابع اسلامی، قم، ناشران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها سمت، چاپ اول، زمستان ۱۳۹۳، ص، ۱۱.

خصوصی، کنترل بر اطلاعات شخصی، رهایی از نظارت های سمعی و بصری دیگران، حمایت از حیثیت و اعتبار خود و حمایت در برابر تفتیش ها و تجسسها و رهگیریها را شامل می شود.^۱

۳- تعریف حریم خصوصی

حریم خصوصی محدوده ای از زندگی شخصی است که به وسیله قانون و عرف تعیین شده ارتباطی با عموم ندارد به نحوی که دخالت دیگری در آن، ممکن است باعث جریحه دار شدن احساسات شخص یا تحقیر شدن وی نزد دیگران به عنوان موجود انسانی شود.^۲

حریم خصوصی فضای هر شخصی است که در آن هیچ کس بدون اجازه و رضایت وی نباید دخالت و تعرض نماید. حریم خصوصی به معنای عام، مصونیت مسکن و مکاتبات را شامل می گردد و در معنای خاص، دیگر ابعاد و جنبه های زندگی خصوصی را در برمی گیرد.^۳

۳- ۱- نتیجه گیری و تعریف برگزیده

بدین سان، از مجموع تعاریف و معیارهای ارایه شده در خصوص حریم خصوصی چنین برمیآید که دو ضابطه برای شناسایی مصادیق مشمول این حریم وجود دارد:

الف: ضابطه نوعی که به موجب آن، برخی جنبه های زندگی انسانها نوعاً یا عرفاً حریم خصوصی آنها محسوب می شود و شخص که مدعی نقض حریم خصوصی در جنبه های مذکور است لازم نیست توجیه کند که چرا دیگران نباید بدون رضایتش به آن جنبه های زندگی اش دسترسی پیدا کنند. ورود به قلمروی از زندگی افراد که نوعاً خصوصی شناخته می شود نقض حریم خصوصی است، مگر آنکه مرتکب اثبات کند مدعی نقض حریم خصوصی به نحو ضمنی یا صریح از حریم اش عدول کرده است.

ب: ضابطه شخصی که به موجب آن، انسانها می توانند برخی جنبه های زندگی خود را که نوعاً یا عرفاً از شمول حریم خصوصی خارج است جزء مسایل شخصی و داخل در قلمرو حریم خصوصی خود اعلام کنند.

بنابر این، می توان حریم خصوصی را به این صورت تعریف کرد: حریم خصوصی قلمروی از زندگی هر فرد است که آن فرد نوعاً و عرفاً یا با اعلان قبلی، انتظار دارد دیگران بدون رضایت وی به

^۱ - انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، تهران، انتشارات، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ دوم، تابستان، ۱۳۹۰، ص، ۱۱.

^۲ - علامه، غلام حیدر، عدالت جزایی در افغانستان، تهران، ناشر محمد ابراهیم شریعتی افغانستان «عرفان» ۱۳۹۰، ص ۱۸۶.

^۳ - مسعودی، نجمان، حقوق و آزادیهای اشخاص در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، کابل، ناشر انتشارات سعید، سال ۱۳۹۴، صص، ۲۱-۲۲.

اطلاعات راجع به آن قلمرو دسترسی نداشته باشند. یا به آن قلمرو وارد نشوند یا به آن قلمرو نگاه یا نظارت نکنند یا به هر صورت دیگری وی را در آن قلمرو مورد تعرض قرار ندهند: منازل و اماکن خصوصی، جسم افراد، اطلاعات شخصی و ارتباطات خصوصی از مهم ترین مصادیق حریم خصوصی هستند. ورود بدون اجازه به منازل و اماکن خصوصی، ایست و بازرسیهای بدنی و تفتیش بدن، رهگیری انواع مکالمات و ارتباطات، دسترسی به اطلاعات شخصی، افشای مسائل خصوصی در جامعه، فضولی در امور دیگران از مهم ترین مصادیق اعمال نقض کننده حریم خصوصی محسوب میشوند.^۲

در سیستم حقوقی افغانستان از حق حریم خصوصی بصورت مشخص تعریفی ارایه نگردیده است اما با در نظر داشت ممنوعیت مداخله در موارد خصوصی پیشبینی شده در مواد (۲۹، ۳۷ و ۳۸) قانون اساسی افغانستان می توان از حریم خصوصی به عبارت ذیل تعریف نمود. (حریم خصوصی قلمرو زندگی هر شخص است که هیچ فردی به شمول دولت نمی تواند بدون رضایت شخص و آنچه به مقتضای قانون باشد به آن مداخله و یا تعرض نماید). جسم، ارتباطات شخصی و مسکن جزء حریم خصوصی افراد پنداشته می شود.

۴- نسبت حریم خصوصی

حریم خصوصی، یکی از حقوق معرفی شده دارای ویژه گی نسبت است. نسبت در اینجا این گونه تبیین و تثبیت شده است:

سیستم های حقوقی مختلف هر کدام بر جنبه های خاصی از این حق تاکید کرده اند و قلمرو آن در هر فرهنگ، نظام اجتماعی یا هر موقعیت متفاوت است، از میان واقعیات مادی و شرایط نسبتا پایدار اجتماعی که تاثیر زیادی بر موازین حریم خصوصی دارند، میتوان به مواردی همچون تراکم جمعیت، درجه تعامل افراد، الگوهای منزل، تقسیم کار، ماهیت خانواده و دیگر روابط اجتماعی اشاره کرد، برای مثال، جوامع شهری در مقایسه با جوامع روستایی و افراد عادی در مقایسه با سیاستمداران، قلمرو حریم خصوصی وسیع تری دارند.^۳

۵- مفهوم حمایت از حریم خصوصی

از آنجاییکه منبع تمامی حقوق، قانون می باشد مفهوم حمایت از حق حریم خصوصی در محدوده ای احکام قانون مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته میتواند، قانون گذاران تمامی کشورها برای تضمین حق وضع شده اصول حمایوی «جزایی و غیر جزایی» پیش بینی نموده اند. یعنی مفهوم حمایت از حق حریم خصوصی را از لحاظ قانونی می توان در بحث ضمانت های اجرایی حق مطروحه خلاصه

^۱ - انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، پیشین، ص ۳۸.

^۲ - همان، ص ۳۹.

^۳ - سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی، براساس منابع اسلامی، پیشین، ص ۲۶.

نمود. حمایت از حق حریم خصوصی در حقیقت یک سلسله اقدامات و تدابیر را به منظور تسلط ذی حق و احترام قایل شدن سایرین نسبت به حق پیش بینی شده مشروعیت می بخشد طبق اصول حمایتی حق حریم خصوصی که در اسناد قانونی کشورها پیش بینی گردیده از یک طرف بعضی از اعمال که حریم خصوصی را مختل ساخته و از این ناحیه بر سلامت جسمی و روحی افراد صدمه وارد می نماید به عنوان عمل جرمی به معرفی گرفته شده و عکس العمل های اجتماعی در قالب اصول جزایی برای مرتکب پیش بینی گردیده است، از طرف دیگر در صورتی که از ناحیه نقض حریم خصوصی برای فردی ضرر «مادی یا معنوی» عاید گردد، قابل جبران بوده و متضرر با استناد حق حریم خصوصی می تواند به منظور جبران ضرر ناشی از نقض حریم خصوص یا رد دلیل که به اساس آن حریم خصوصی اش مورد مداخله قرار میگیرد یا هم بطلان عملی را که سبب نقض حریم خصوصی اش می گردد، داد خواهی نماید. حق حریم خصوصی در سیستم حقوقی افغانستان به عنوان یکی از حقوق اساسی بشری مورد حمایت قرار گرفته و اصول حمایتی جزائی و غیر جزائی در اسناد قانونی جا داده شده است.

۶ - مبنای حق حریم خصوصی

اکنون که با مفهوم حریم خصوصی آشنا شدیم این پرسش مطرح می شود که چرا باید از حریم خصوصی حمایت شود و حقی به نام حق حریم خصوصی مورد شناسایی قرار گیرد. در پاسخ به این پرسش، استدلال های مختلفی ارایه شده است که در مجموع می توان این استدلالها را در سه دسته طبقه بندی کرد. که این سه دسته عبارت اند از:

حمایت حریم خصوصی از آزادی و استقلال فردی.

حمایت حریم خصوصی از آبرو و حیثیت افراد.

نیاز فطری انسان به حریم خصوصی.

۶ - ۱ آزادی و استقلال فردی

حریم خصوصی نه تنها از آزادی و استقلال افراد در قبال هموعان خود و رسانه ها حمایت می کند، بلکه وسیله ای است برای دفاع از آزادی و امنیت فردی در برابر دولت.

در تعریف حریم خصوصی گفته شد قلمروی است که افراد مایل نیستند دیگران بدون رضایت آنها به آن وارد شوند. بنابر این، حریم خصوصی با آزادی و استقلال انسان و حق تعیین سرنوشت خود و در یک کلام، با دفاع از کرامت انسانی رابطه تنگاتنگی دارد که به دو صورت ظاهر می شود:^۱ حریم خصوصی از یک سو فضای لازم برای رشد و تکامل شخصیت افراد را فراهم می آورد و از سوی دیگر، حمایت از حریم خصوصی مانع از آن می شود که اطلاعات راجع به زندگی خصوصی

^۱ - انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، پیشین، ص، ۴۰.

افراد به عنوان وسیله ای برای درهم شکستن آزادی و استقلال انسانها، سلطه یافتن بر آنها و استفاده ابراری از آنها به کار رود.^۱

۶- ۲ آبرو و حیثیت افراد

هر فردی دارای شرافت، عزت، احترام و آبرو است. این مسئله به اندازه ای مهم است که گاه لکه دار کردن شرافت و آبروی افراد می تواند چنان ضربه ای به روحیه فرد وارد کند که تمام زندگی عادی او را دچار بحران کرده و صدمات غیر قابل جبران به وی وارد کند. شرافت و حیثیت افراد نباید مورد تعرض قرار گیرد و دولت باید برای محافظت از حیثیت و شرافت افراد، اقداماتی جدی انجام دهد.^۲

۶- ۳ نیاز فطری انسان به حریم خصوصی

برخورداری از حریم خصوصی نیازی فطری است که ضرورت آن، بدون استدلال عقلی و از طریق شهود قابل درک است. تحقیقاتی که انسان شناسان انجام داده اند کاملاً مؤید این امر است و حتی جانور شناسان نیز اثبات کرده اند که حیوانات نیز به طور غریزی برای حریم خصوصی اهمیت قایل هستند.^۳ داشتن حریم خصوصی و قلمروی که دیگران نتوانند به آن وارد شوند، یک خواست فطری و یک نیاز درونی است که اثبات آن به مستندات بیرونی و اقامه برهان عقلی و یا دلیل نقلی، نیازی ندارد.

در فقه اسلامی از همین مقدمات استفاده شده و مالکیت خصوصی به عنوان یک ضرورت اجتماعی و نیاز روحی اثبات شده است. علامه حلی می گوید: انسان یک موجود اجتماعی است، ولی او نمی تواند مانند حیوانات در یک فضای مشترک با همجنس های خود زیست کند. او نیاز به محیطی اختصاصی دارد که با خانواده در آن آرامش داشته باشد. و اگر اسلام چنین حقی را برای انسان نپذیرد و احیای زمین و مالکیت آن را مجاز نداند، در حقیقت بر آدمی حرج عظیم و سختی طاقت فرسایی، تحمیل کرده است. و البته به اتفاق علما، حرج در شریعت اسلامی منتفی است.^۴ پس واضح است که اگر در زندگی اجتماعی بشر، مالکیت خصوصی، یک نیاز ضروری تلقی شود، حریم خصوصی و حق خلوت، نیازی ضروری تر است و اگر در اختیار نداشتن یک محیط فیزیکی

۱- همان اثر، صص، ۴۱-۴۲.

۲- نوری، عبدالعزیز، حقوق بشر، کابل، انتشارات دانشگاه کاتب، چاپ دوم، بهار ۱۳۹۶، ص ۱۸۳.

۳- انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، پیشین، ص، ۵۱.

۴- سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی، براساس منابع اسلامی، پیشین، صص، ۵۰-۵۱.

خاص، زندگی را طاقت فرسا و تحمل ناپذیر میکند، به طریق اولی محروم بودن از فضای ویژه زندگی کردن که راه آن بر عموم مسدود باشد، زندگی را در تنگنا و فشار قرار می دهد.^۱

۷ - ماهیت حریم خصوصی در نظام های حقوقی

امروزه، برخورداری از حریم خصوصی به عنوان یکی از حقوق بشر در نظام حقوق بشر و به عنوان یک حق اساسی در نظام حقوق اساسی کشورها جایگاه خاصی دارد.

۷ - ۱ حق حریم خصوصی به عنوان یکی از حقوق بشر

حقوق بشر و شکوفایی آن بر اصول پایه گذاری متکی است که بر اساس آن، بشریت می تواند از زندگی شایسته در جلوه های متفاوت برخوردار شود. این اصول که در بادی امر، مولود اندیشه های فلسفی، اخلاقی و دینی می باشد و در آن، سعادت بشری همواره مورد نظر است، در روابط فردی و اجتماعی، نظام حقوقی داخلی و بین المللی را بارور می سازد. برای شناخت این اصول پایه گذار، می توان از ماده (۱) اعلامیه حقوق بشر الهام گرفت که اعلام می دارد: « تمامی افراد بشر آزاد به دنیا می آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند. همه دارای عقل و وجدان می باشند و باید نسبت به یکدیگر با روح برادری رفتار کنند.»^۲

حقوق بشر حقوقی هستند که انسانها به صرف انسان بودن و صرف نظر از جنس، نژاد، قومیت، دین و مذهب دارند. هدف این حقوق، حمایت از شأن و کرامت انسان است. این حقوق بر خلاف حقوق طبیعی ریشه الهی یا طبیعی ندارند و جنبه قراردادی دارند. حقوق بشر حقوقی هستند که در نتیجه ترکیب محاسن مکتب حقوق طبیعی و مکتب حقوق موضوعه ایجاد شده اند. با توجه به مبانی و کارکرد های حریم خصوصی یعنی ممانعت از ابزار شدن انسانها، دفاع از استقلال معنوی و حق تعیین سرنوشت خود و نیز ارتباط قوی که بین حمایت از حق حریم خصوصی و تحقق و شکوفایی سایر حقوق بشر وجود دارد، حق حریم خصوصی در کنوانسیونها و اسناد بین المللی و منطقه ای حقوق بشر پیش بینی شده و اهمیت بسیار یافته است.^۳

اعلامیه جهانی حقوق بشر « ۱۹۴۸ » در مواد (۵، ۱۹ و ۲۰) خویش حق حریم خصوصی را به عنوان حقی که از کرامت انسانی و سایر ارزشهای بنیادین مانند آزادی اجتماعات و آزادی بیان را مورد حمایت قرار داده و در زمینه چنین بیان میدارد.

۱ - همان، ص ۵۱.

۲ - هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادیهای اساسی، تهران، نشر، میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۹۱، صص، ۲۰۴ - ۲۰۵.

۳ - انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، پیشین، ص، ۵۲.

ماده پنجم: «هیچ کس را نمیتوان تحت شکنجه یا مجازات یا رفتاری قرار داد که ظالمانه و یا برخلاف انسانیت و شئون بشری یا موهن باشد.»^۱

۲- حق حریم خصوصی به عنوان یک «حق اساسی»

اعلامیه جهانی حقوق بشر در رابطه به حق حریم خصوصی به عنوان یک حق اساسی در ماده سوم خویش چنین صراحت دارد.

ماده (۳): «هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد».^۲ اهمیت حق بر حریم خصوصی به اندازه ای است که امروزه، تقریباً تمام کشورها حق حریم خصوصی را به گونه صریح یا ضمنی در قوانین اساسی خود پذیرفته اند و دست کم به حق قابل تعرض نبودن مسکن و خصوصی بودن ارتباطات اشاره کرده اند.^۳

در قوانین افغانستان نیز حق حریم خصوصی به عنوان یک حق اساسی مورد حمایت قرار گرفته است که ماده (۲۴) قانون اساسی کشور در زمینه ی آزادی و عدم تعرض به آن چنین صراحت دارد: «آزادی حق طبیعی انسان است این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می گردد، محدودی ندارد. آزادی و کرامت انسان از تعرض مصئون است. دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف می باشد.»^۴

هر شخص در قلمرو حریم خصوصی اش از آزادی برخوردار است مگر اینکه به دیگران ضرری را وارد نماید به عبارت دیگر آزادی در تمامی شئون زندگی جزء حریم خصوصی افراد است و هیچ شخص نمی تواند آزادی دیگران را سلب نماید مگر اینکه مصالح عامه ایجاب نماید.

۸- اهمیت حریم خصوصی

حریم خصوصی به عنوان یکی از مصادیق حقوق شهروندی، از جمله مهم ترین و ملموس ترین حقوق فردی است که هم از منظر شرع مقدس اسلام و هم از نگاه قوانین کشورها و اسناد بین المللی، محترم و مصئون از تعرض است.

انسان موجودی اجتماعی است و همواره تمایل دارد که در میان هموعان خود زندگی کند، با این حال زندگی در اجتماع سبب نمی شود که وی از حق داشتن امور شخصی و خصوصی محروم باشد. حریم خصوصی یکی از اساسی ترین حقوق بشر است که با حفظ مقام انسان و دیگر ارزش هایی که کرامت انسانی را به ارمغان می آورد ارتباط تنگاتنگی دارد و مانع از آن می شود که

^۱ - اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸م مجمع عمومی سازمان ملل متحد، ماده ۵.

^۲ - اعلامیه جهانی حقوق بشر، پیشین، ماده، ۳.

^۳ - انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، پیشین، ص، ۵۳.

^۴ - قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب سال، ۱۳۸۲ هـ ش، ماده ۲۴.

اطلاعات مربوط به زندگی خصوصی به وسیله ای برای اعمال سلطه و استفاده ابزاری از انسان ها تبدیل شود. همچنین این حق ارتباط مستقیمی با آزادی و استقلال انسان و حق تعیین سرنوشت او دارد زیرا فضای لازم را برای رشد و تکامل او فراهم می آورد. در بیان اهمیت این حق همین بس که وقتی فردی به صرف زندگی در اجتماع، نتواند حوزه فردی و مستقلی داشته باشد چگونه می توان از شخصی بودن و شخصیت مستقل وی صحبت کرد و او را صاحب حق و تکلیف دانست.^۱

۱- ۱ هجوم تکنولوژی بر حریم خصوصی

افزایش حساسیت ها، ناشی از افزایش دخالت هایی است که امکان پذیر شده، و این دخالت ها، به دلیل هجوم تکنولوژی بر حریم خصوصی است. تکنولوژی، ورود به حریم خصوصی دیگران را بسیار آسان و سریع کرده است و آنچه که در گذشته، به ندرت و به دشواری، قابل دستیابی بود، با ابزارهای مدرن کنونی، به سهولت و به شکل گسترده در دسترس است. مثلاً کمیسیون اصلاحات حقوقی استرالیا در گزارش سال ۱۹۸۳م، خود در باره حریم خصوصی، برخی از فناوری های نوین را نام برده است که همگان می توانند با سهولت تهیه کرده و برای نقض حریم خصوصی دیگران، مورد استفاده قرار دهند. مثلاً در باره پست می گوید: ابزارهای طولانی و فوق العاده ریز این امکان را فراهم آورده است که نامه های موجود در صندوق های پست را با پیچیدن دور آنها از صندوق خارج کنند، یا با اسپری های خاص می توان متن بعضی نامه ها را نامرئی کرد و بعضی تجهیزات اسکن الکتریکی می توانند با توجه به بسیاری از جوهر های به کار رفته در کاربن ها، متن آنها را شناسایی کنند.^۲

۱- ۲ گسترش قلمرو دخالت دولت ها

پیدایش ابزار های مدرن زمینه حضور جدی تر و فعال تر دولت ها را برای کنترل حریم خصوصی شهروندان فراهم آورده، و آنان را در محاصره چشم ها و گوش های نامرئی قرار داده است. دولت ها معمولاً با توجیهات امنیتی، این اقدامات را انجام می دهند، ولی به هر حال دست آنها برای هر گونه بهره برداری از این ابزار باز است و کمتر می توان رد پای اقدامات آنان را پیدا کرد نمونه ی از این فعالیت ها، استفاده از دور بین های مدار بسته در مکانهای عمومی است. با رهگیری از طریق این دور بین ها و اتصال آن به «نرم افزار چهره شناس» این سیستم می توانند از چهره های افراد در رستوران ها، فروشگاه، ورزشگاه ها و دیگر محل های عمومی، تصویر گرفته و آن را با سوابق موجود تطبیق داده و متخلفان را شناسایی کند.^۳

۱- جوان، صدیقه، مسولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی، پیشین صص، ۱۳- ۱۴.

۲- سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی، بر اساس منابع اسلامی، پیشین، ص، ۳.

۳- سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی بر اساس منابع اسلامی، پیشین، ص، ۴.

۹ - تاریخچه حریم خصوصی

حریم خصوصی را می توان قلمروی از زندگی هر فرد دانست که انتظار دارد دیگران بدون رضایتش به آن قلمرو وارد نشوند یا به اطلاعات آن قلمرو دسترسی نداشته باشند. منازل و اماکن خصوصی، جسم افراد، اطلاعات شخصی و ارتباط خصوصی از مهم ترین عرصه های حریم خصوصی هستند. ورود بدون اجازه به منازل و اماکن خصوصی، ایست و بازرسیها و تفتیشهای بدنی، رهگیری انواع مکالمات و ارتباطات، دسترسی به اطلاعات شخصی، افشای مسایل خصوصی در رسانه ها و جامعه، فضولی در امور دیگران و پاییدن افراد از مهم ترین مصادیق ورود به حریم خصوصی محسوب میشوند. با مطالعه تاریخی نشان می دهد مسئله حریم خصوصی کم و بیش در هر یک جوامع مطرح بوده است.^۱

۹ - ۱ تاریخچه حریم خصوصی در سیستم حقوقی افغانستان

در سیستم حقوقی افغانستان قبل از زمان امان الله خان اسناد قانونی مدون که بتوان یک موضوع را در آن مورد تحلیل و بررسی قرار داد وجود ندارد با مرور مواد نظام نامه اساسی دولت علیه افغانستان بحث حریم خصوصی به شکل کلی نه مورد وار گنجانیده شده است و آزادی شخصی، مصئونیت حریت شخصیه و مصئونیت مسکن و جای را به عنوان حقوق اساسی اتباع افغانستان پیشینی و مورد حمایت قرار داده است. که در ماده (۹) خویش راجع به آزادی مذهب و امور دینی بیان میدارد:

«کافه تبعه افغانستان در امور دینی و مذهبی و نظامات سیاسی دولت علیه خود پابند و مقید بوده آزادی حقوق شخصی خود را مالک هستند».

و ماده (۱۰) نظامنامه مذکور را جمع به مصئونیت آزادی شخصیه افراد چنین صراحت دارد: «حریت شخصیه از هرگونه تعرض و مداخلت مصئون است هیچ کس بدون امر شرعی و نظامات مقننه تحت توقیف گرفته و مجازات کرده نمی شود در افغانستان اصول اسارت بالکل موقوف است از زن و مرد هیچ کس دیگری را بطور اسارت استخدام کرده نمی تواند».^۲

و ماده (۲۰) نظامنامه متذکره مصئونیت مسکن افراد را مورد حمایت خویش قرار داده در رابطه بیان میدارد: «مسکن و جای هر فرد تبعه افغانستان از هرگونه تعرض مصئون و هیچ کس از طرف حکومت و سایر بدون احکام نظامات به خانه شخصی جبرا بلاستیدان داخل شده نمی تواند».^۳

در قانون اساسی زمان ظاهر شاه حقوق و آزادیهای اساسی اتباع افغانستان پیش بینی گردیده است. در ماده (۲۶) آزادی حق طبیعی انسانها دانسته شده است که در زمینه چنین بیان میدارد:

^۱ - انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، پیشین، ص، ۱

^۲ - نظام نامه اساسی دولت علیه افغانستان، مصوب ۱۰ حوت سال ۱۳۰۱ هـ ش، مواد ۹ - ۱۰.

^۳ - همان، ماده ۲۰.

«آزادی حق طبیعی انسان است این حق جز آزادی دیگران و منافع عامه که توسط قانون تنظیم میگردد حدودی ندارد آزادی و کرامت انسان از تعرض مصئون است و انفکاک نمی پذیرد دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف می باشد.....»^۱

۹-۲ تاریخچه حریم خصوصی در اسلام

حریم خصوصی پیش از آنکه در غرب و کنوانسیون ها و اسناد بین المللی حقوق بشر پیش بینی شود، با تاکید بسیار در منابع اسلامی مورد توجه بوده و در آیات متعددی از قرآن مجید، بر لزوم رعایت حریم خصوصی اشخاص تاکید شده است.

در منابع اسلامی احکام متعددی در باره وجوه مختلف حریم خصوصی وجود دارد. تحقیق در منابع حقوق اسلام نشان میدهد که قدمت حمایت از حریم خصوصی منازل، ارتباطات، امور خصوصی و افکار و عقاید شخصی از ۱۴۰۰ سال پیش مورد تاکید اسلام قرار گرفته است در حالی که نخستین جرقه های حمایت جدی از حریم خصوصی به قرون ۱۷ و ۱۸ میلادی بر میگردد. در حقوق کیفری اسلام، حریم خصوصی جسمانی با حمایت های کیفری سنگینی مانند قصاص مورد حمایت قرار گرفته است همین طور، تعیین مجازاتهای حدی برای جلوگیری تعرض به عفت، تعرض به آبرو و حیثیت و تعرض به حریم اموال از مصادیق این حق حمایت نموده است.

۹-۳ تاریخچه حریم خصوصی در غرب

با تولد تفکر سیاسی مدرن در قرون هجدهم و نوزدهم و ظهور جریان های لیبرال و فردگرا، حقوق و آزادی های فردی به عنوان بخش عمده ای از مطالبات شهروندان مطرح گردید به طوری که عدم دخالت در حریم خصوصی شهروندان از سوی دولت ها مهمترین مشخصه یک دولت لیبرال را به خود اختصاص داد. تا قبل از سال ۱۸۹۰ میلادی، مفاهیمی هم چون افتراء افشاء اسرار شغلی و مصونیت مسکن و در مفهوم عامتر، حق مالکیت، تا حدود زیادی مراد از حریم خصوصی به عنوان یک مفهوم حقوقی در مجله حقوقی هاروارد در مقاله ای با عنوان «حق تمتع از خلوت» توسط دو آمریکایی به نامهای «ساموئل» و «لوئیس براندیس» مطرح شد. این حق در قوانین اساسی یا عادی برخی از کشورهای جهان مورد توجه قرار گرفته و در اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ میلادی نیز به رسمیت شناخته شده است.^۲

۱۰- تاریخچه حمایت جزایی در خصوص حریم خصوصی

پشتیبانی و حمایت از شخصیت افراد، نیازمند حمایت از حریم خصوصی اوست. از لحاظ سابقه تاریخی این حریم باید گفت که تحقیقات و مطالعات مردم شناسی نشان می دهد که در تمام جوامع و

^۱ - قانون اساسی افغانستان، مصوب ۹ میزان سال ۱۳۴۳ هـ.ش، ماده ۲۶.

^۲ فصلنامه علمی- ترویجی مطالعات بین المللی پلیس/ سال هفتم/ شماره ۲۹/ بهار ۱۳۹۶/ صص ۲۱۱ الی ۲۱۲.

در تمام زمان ها و دوره ها، حتی در جوامع ابتدایی قواعد اجتماعی وجود داشته است که ورود به اماکن خاصی را محدود می کرده و حضور در اماکن معینی را ممنوع می دانسته است.

رعایت حریم خصوصی در همه کشورها همیشه به یک شکل نبوده و بسته به معیار های از جمله نظام سیاسی حاکم، باورها و اعتقادات مذهبی مردم و در جوامع مختلف و در طول زمان ها متفاوت بوده است^۱ با نگاهی به وضعیت حریم خصوصی در افغانستان قسمیکه قبلا یاد آور گردیده ایم حق رعایت و احترام به زندگی خصوصی یکی از آزادی های بنیادین افراد محسوب می شود که از مفاهیم نظام های توسعه یافته است و با کرامت انسان ها ارتباط تنگاتنگی دارد. بنابراین، مستند به قوانین و مقررات سالهای قبل نظام حقوقی جمهوری اسلامی افغانستان چنین استنباط می گردد که از زمان شاه امان الله الی حکومت شاهی ظاهرشاه در رابطه به حمایت جزایی در خصوص حریم خصوصی موردی به نظر نمی رسد تا ناقضین حریم خصوصی مجازات بدنی و یا مالی شده باشند.

اما در قسمت حمایت جزایی در خصوص حریم خصوصی در دیگر کشور ها بالاخص ایالات متحده آمریکا که خود را مدعی حقوق بشر در دنیا می شمارد باید متذکر شد که حمایت جزایی در خصوص حریم خصوصی بر می گردد به سالهای ۱۹۲۸ میلادی که در حقیقت دیوان عالی کشور ایالات متحده آمریکا در پرونده اولمستید، شنود تلفن افراد توسط پولیس را ناقض حریم خصوصی ایشان ندانست در این پرونده اولمستید متهم به صادرات غیر قانونی مشروبات الکولی به خارج از کشور بود. تنها دلیل علیه متهم نوارهای ضبط شده از صدای متهم در مکالمات تلفنی به حساب می آمد. تفسیر دیوان عالی آن بود که آنچه بوسیله اصلاحیه چهارم، مورد حمایت قرار دارد، فضای فزیکایی افراد است. رویکردی که به ضابطه «حقوق مالکانه» یا «رهیافت تجاوز کارانه» مشهور اند.

برعکس در سال ۱۹۶۷ میلادی دیوان عالی پرونده کتز علیه ایالات متحده ضابطه توقع حریم خصوصی را جایگزین ضابطه قبل نمود. به عبارت دیگر و مطابق تفسیر جدید دیوان عالی، آنچه مورد حمایت اصلاحیه چهارم است، انسان ها بوده و مکان ها تنها به دلیل وابستگی به انسان قابل حمایت می باشند. بنا براین، شنود تلفن ایشان نقض بارز حریم خصوصی محسوب می گردد.

^۱ مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره سوم، پائیز ۱۳۹۳.

اسباب اختلاف فقهاء در احکام زنا

(قسمت اول)

فهرست:

مقدمه	۱۱۰
گفتار اول: مفهوم زنا	۱۱۲
اول: مفهوم زنا	۱۱۲
دوم: مفهوم زنا در فقه از نظر ابن رشد	۱۱۳
گفتار دوم: اختلاف فقهاء در شبهه دافع حد زنا و سبب آن	۱۱۴
اول: مفهوم شبهه	۱۱۴
دوم: اساس مبدأ دفع حدود به شبهه	۱۱۵
سوم: اختلاف فقهاء در شبهه دافع حد زنا و سبب آن	۱۱۷

مقدمه

دین اسلام، احکام اعتقادی، عملی و اخلاقی دارد. احکام اعتقادی آن، شامل الهیات، نبوت و معاد است که هدف اصلی آن، باورسازی و درک سرنوشت حال و آینده انسان میباشد و محور فردی دارد. در کنار اصول اعتقادی، احکام عملی و اخلاقی شریعت اسلامی قرار دارد که هدف اصلی حوزه اخلاق آن، آراستن ظاهر و باطن انسان به فضایل و دور ساختن از رذایل است. می توان گفت که بیشتر جنبه شخصی و درونی دارد؛ هرچند، برخی مسایل اخلاقی در اجتماع نیز موضوعیت پیدا می کند. احکام عملی شریعت اسلامی، حوزه معاملات و عقوبات را احتوا کرده، به عکس اصول اخلاقی، بیشتر بعد اجتماعی دارد و به کثرت در رفتار انسان ها در جامعه بشری، خواسته و ناخواسته و با آگاهی و بدون آگاهی، اجراء گردیده و تکرار می شود. منبع دریافت احکام عملی شریعت اسلامی، کتب فقهی میباشد که از جانب فقهاء با استفاده و استنباط از منابع شریعت اسلامی، تحریر گردیده است. متفکرین اسلامی با انجام این کار، خدمت سترگی را در دین نموده و برای سایرین سهولت آفریدند و از طرف دیگر روش و فنون استنباط را نیز به میراث گذاشتند که به اصول فقه، نامگذاری شده است.

علم فقه و اصول آن، از ارزشمندترین علوم در شریعت اسلامی بوده و بنیانگذار آن، تنها اندیشمندان اسلامی میباشند که امروزه از آن دو علم، غیرمسلمین نیز بهره برده و در حقوق وضعی بیشتر استفاده برده اند.

واضح است که مجتهدین مسلمان در استنباط احکام فقهی از منابع شریعت اسلامی، روش یکسان نداشته اند. هر فقیه برای دستیابی احکام عملی از منابع اجمالی دین اسلام، راهکارهای متفاوت از راهکارهای فقیه دیگر، استفاده کرده است. همین تفاوت راهکارها، سبب بوجود آمدن تعدد مذاهب فقهی اسلامی گردیده است که مذاهب حنفی، مالکی، شافعی، حنبلی از شهرتترین آنها در تاریخ تشریع اسلامی میباشند. این هم واضح است که تفاوت راهکارها در استنباط احکام عملی از منابع شریعت اسلامی، اسبابی دارد که فقهاء و اصولین، اسباب اختلاف فقهاء را گاهی در کتب مستقل، تحت عناوین، فقه خلاف، ادب اختلاف، اسباب اختلاف فقهاء و غیره بررسی کرده و؛ زمانی هم در کتب فقهی در کنار ذکر فروع به این اسباب اشاره نموده اند که این کتب فقهی را فقه مقارن نامیده اند؛ زیرا بررسی اسباب اختلاف فقهاء، نیازمند ذکر فروع از هر مذهب و مقارنه و مقایسه آن فروع با یکدیگر می باشد.

یکی از فقهاء که در فقه مقارن کتاب نوشته، قاضی ابی الولید، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد قرطبی، مشهور به حفید پیرو مذهب امام مالک، رحم الله، بوده، که در سال ۵۲۰هـ ق/ ۱۱۲۶م، در شهر قرطبه تولد گردیده و پس از کسب دانش مدت دوسال قاضی اشبیلیه بوده و در سال ۵۶۳هـ ق، از طرف امیر موحدی ابویعقوب یوسف بن عبدالمؤمن در قرطبه به حیث قاضی توظیف شده و در علم شریعت، فلسفه و طب، سرآمد روزگار خویش بوده و از او در علوم مذکور آثاری زیادی به جای مانده است. مشهورترین آن کتاب «بدایة المجتهد و نهایة المقتصد» می باشد که در باب فقه مقارن نوشته گردیده و در آن اسباب اختلاف فقهاء تذکر یافته است.^۱

بحث اسباب اختلاف فقهاء در کتاب مذکور وسیع بوده، ما صرف اسباب اختلاف فقهاء در کتاب احکام زنا را به گونه مختصر درین نوشتار مورد تحقیق و بررسی قرار می دهیم. موضوع فهم اسباب اختلاف فقهاء، در درک اجتهادات از اهمیت بلند و رفیع برخوردار است. با امعان نظر به اسباب اختلاف فقهی، عمق موضوع اختلافی درک شده و برای فقیه ملکه استنباط به گونه عملی تمثیل می شود. از طرف دیگر، قواعد اصول فقه در ساحه عمل ارزش خود را نمایان می سازد. ضرورت است که طالبان علوم فقهی به تحقیق اسباب خلاف فقهاء ممارست ورزند و از این طریق دانش فقهی خود را بلند ببرند و به نیازهای فقهی مردم در جامعه پاسخ معقول دهند.

^۱. العییدی، حمادی. ابن رشد و علوم الشریعة الاسلامیة. بیروت: دارالفکر العربی، الطبعة الاولی، سال ۱۹۹۱م، صص ۳۵-۴۰.

اسباب اختلاف فقهاء در احکام زنا:

در کتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد این موضوع طی چهار گفتار دنبال میگردد، طوریکه در گفتار اول، پیرامون مفهوم زنا و در گفتار دوم، پیرامون مفهوم اختلاف فقهاء در شبهه دافع حد زنا و سبب آن و در گفتار سوم، پیرامون اصناف زانی ها و مجازاتشان و در گفتار چهارم، دلایل اثبات حد زنا به صورت مختصر بحث شده است

گفتار اول: مفهوم زنا

کلمه زنا مفهوم لغوی و اصطلاحی دارد که در ذیل به گونه مختصر بدان پرداخته می شود.

اول: مفهوم زنا

زنا، کلمه عربی و مصدر است. در لغت اهل حجاز به الف مقصوره و به کسر حرف (ز) به شکل زنی، تحریر می گردد و آنرا فصیح گفته اند؛ مثل: زَنَى الرَّجُلُ، یَزْنِي، زَنَاءٌ؛ یعنی، مرد آمیزش نامشروع کرد/ می کند. به این شکل اسم فاعل آن در عربی، زَانٍ وَجَمْعُ آن، زَنَاءَةٌ؛ مثل، قَاضٍ وَقُضَاءٌ می باشد. در لغت بنی تمیم کلمه مذکور به شکل ممدوده و به کسر حرف (ز) تحریر می شود؛ مثل: زَنَاءُ الرَّجُلِ وَزَنَاءٌ. مفهوم آن در زبان عربی، فجور^۱ و جماع نامشروع^۲ می باشد. در قرآن کریم کلمه زنا، به مفهوم مذکور به کار رفته است؛ الله متعال فرموده است: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَةَ﴾^۳؛ یعنی: به آمیزش جنسی نامشروع نزدیک مشوید. در مقابل زنا، نکاح قرار دارد.

زَنَاءٌ، به فتح حرف (ز) در زبان عربی مفهوم، ضیق^۴ و حبس کننده ادرار را می دهد.^۵ در حدیث شریف آمده است: «لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُكُمْ وَهُوَ زَنَاءٌ»، أي، حَاقِنٌ بَوْلَهُ^۶؛ یعنی: هیچ یکی از شما، در حالت حبس و نگهداری ادرارش، نماز مگزارد.

به ملاحظه مطالب مذکور، کلمه زنا در زبان عربی به شکل الف مقصوره و ممدوده تحریر می شود و معنی آن جدا از مفهوم کلمه زنا به فتح حرف (ز) می باشد. در زبان فارسی می توان آن کلمه را به شکل زنا و با همزه در آخرش به شکل زناء، نوشت و مفهوم آن در هر دو شکل مذکور، مقاربت و آمیزش و همبستری نامشروع جنسی مرد با زن است.

^۱. الزَّيْدِي، مُحَمَّدٌ بْنُ مُحَمَّدٍ. تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين. ناشر: دار الهداية، بـت، ج ۳۸، ص ۲۲۵ و ۲۲۶.

^۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن، تحقيق: صفوان عدنان داودی. دمشق: دارالعلم، سال ۱۴۱۲ هـ. ق، ج ۱، ص ۳۸۴.

^۳. سوره اسراء، آیت ۳۲.

^۴. الزَّيْدِي، مُحَمَّدٌ بْنُ مُحَمَّدٍ. همان، ج ۱، ص ۲۵۸ و ۲۵۹.

^۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. همان، ج ۱، عین صفحه.

^۶. ابن اثیر، المبارک بن محمد الجزری. النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوی و محمود محمد الطناحي. بيروت: المكتبة العلمية، سال ۱۳۹۹ هـ. ق، ج ۲، ص ۷۸۶.

دوم: مفهوم زنا در فقه از نظر ابن رشد

ابن رشد در کتاب مذکور، زنا را چنین تعریف کرده: «فهو كل وطء، وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين»؛ یعنی، زنا از نظر شرع، عبارت از هر جماعی که بدون ازدواج صحیح یا شبهه آن و یا رابطه کنیزی، انجام شده باشد.

در تعریف مذکور، لفظ کل، جنس است، آمیزش در شرمگاه و غیر آن و جماع مشروع و غیر مشروع را شامل می شود. از لحاظ علم منطق، لفظ کل از سور قضیه موجب کلیه^۱ می باشد، به انحصار افراد دلالت میکند، به ماهیت موضوع ربطی ندارد؛ در حالیکه تعریف باید به حدیارسیم باشد. باید نگاشت که ماهیت الفاظ اعتباری بوده، مانع و جامع بودن آن به لفظ کل حاصل می شود. ازین لحاظ تعریف زنا به لفظ مذکور درست به نظر می رسد. لفظ وطء، در آن تعریف، فصل است و منظور از آن مطلق ایلاج ذکر مرد در شرمگاه پیش زن می باشد که به آن آمیزش در غیر شرمگاه؛ مثل: بوسه کردن، تفریخ، مساحقه و آمیزش جنسی در شرمگاه زن با پوشش بزرگ که مانع لذت گردد، خارج می گردد. از منظر دیگر، وطء در تعریف مذکور، جنس می باشد؛ چونکه، مقاربت جنسی بانعوط یا بدون آن، با پوشش ضعیف که مانع لذت نگردد یا بدون آن، بامرده، با غیر مکلف، با غیر مسلمان و لواطت با مرد و یا زن را شامل می شود. لفظ وقع، فعل ماضی بوده و اشاره به تحقق عنصر مادی جرم زنا دارد که توسط طرفین باید انجام شده باشد، آن نیز در تعریف فوق، فصل است که به قید مذکور زمان آینده خارج می شود؛ ولی زمان حال شامل است؛ زیرا که، جرم زنا در شریعت اسلامی از جرایم مطلق بوده و به مجرد دخول ذکر در شرمگاه زن، جرم زنا تکمیل می شود و اکمال آن نیازمند انزال و تحقیق نتیجه نمی باشد، در صورتی که حشفه خارج از مهبل باشد، درین صورت وطء نیست، پس آن حالت را زنا نمی توان گفت؛ چونکه ادخال و اخراج در تقابل همدیگر قرار دارند که اجتماع و ارتفاعشان ناممکن است؛ یعنی، تصور حالت سومی از ادخال و اخراج ذکر در جرم زنا متصور نمی باشد. بدین لحاظ جرم زنا شروع ندارد. جمله، غیر نکاح صحیح، نیز در تعریف مذکور احترازی می باشد که به آن، جماع در نکاح صحیح که دارای جمیع ارکان و شروط شرعی و قانونی عقد ازدواج باشد، آمیزش جنسی با حیوانات و لواطت، خارج می گردد؛ زیرا که حیوان در شرع طرف نکاح بوده نمیتواند و مقعد نیز موضوع نکاح نمی باشد. پس زنا در شرع به جماعی می توان گفت که بدون رابطه شرعی در محل نکاح صحیح، انجام شده باشد. محل نکاح صحیح، شرمگاه پیش زن می باشد. هرگاه جماع در محل نکاح صحیح صورت نگرفته باشد، در شرع زنا نیست. قید مذکور در تعریف فوق، یکی از زیبایی های آن می باشد. جمله، لا شبهه نکاح، در تعریف فوق، نیز احتراز از جماع به شبهه نکاح و ازدواج های فاسد می باشد و آنرا در شرع، زنا نمی نامند.

^۱ نذیر، داد محمد. نگاهی به منطق قدیم. کابل: نعمانی، سال ۱۳۸۸ ه. ش، ص ۹۶.

از قید، لاملک یمین، نیز احتراز از جماع در رابطه کنیزی می باشد که آنرا در شرع، زنا گفته نمی شود.

در تعریف فوق فقیه ابن رشد، رحمه الله، از جماع به شبهه در ملک یمین تذکر نداده است؛ ولی در اختلافات به مثال های آن اشاره کرده است. علت عدم ذکر آن مقارنه مذاهب بوده و تعریف فوق را از نظر مذهبی ارایه نکرده است؛ بلکه خواسته آنرا مصداق زناحدی در همه مذاهب اسلامی قرار دهد. به همین دلیل در ذیل تعریف مذکور، نگاشته: «هذا متفق علیه بالجمله من علماء الاسلام»؛ یعنی: در کل به صرف نظرا از اختلافات، فقیهان اسلامی به تعریف مذکور اتحاد نظر دارند. تعریف مذکور در واقع، معرفی زنا به عنوان جرم حدی می باشد و مفهوم زناى تعزیری را نمی رساند. به این ترتیب میتوان گفت که تعریف جامع نیست. در ذیل تعریف فقیه ابن رشد، رحمه الله، به اختلاف فقهاء در شبهه دافع حدزنا و سبب آن اختلاف، بدون معرفی شبهه پرداخته که به ترتیب مورد مذاقه قرار میگیرد.

گفتار دوم: اختلاف فقهاء در شبهه دافع حدزنا و سبب آن

فقهاء اسلام، اتحاد نظر دارند که شبهه دافع حد زنا میباشد و تعداد آن نیز مشخص نیست و در مصادیق آن اختلاف نظر دارند. فقیه ابن رشد، رحمه الله، بدون اینکه مفهومی از شبهه در فقه، بدست دهد به مثال پرداخته و آنرا از نظر مذاهب فقهی مناقشه کرده است. لازم است که اول نگرشی به مفهوم شبهه داشته باشیم و بعد به توضیح مثالهای موجود در کتاب بدایة المجتهد و نهاية المقتصد و سبب اختلاف فقهاء در آنها توجه گردد.

اول: مفهوم شبهه

کلمه شبه به کسر وفتح حرف (ش) و شبیه، در زبان عربی به معنی مثل و همانند بودن دو چیز می باشد و جمع آن اشباه است. کلمه تشابه، معنی، استواء، برابری، برابر گردیدن و به یکدیگر مانند شدن را می دهد و تشبیه نیز به معنی خلط است. کلمه شبهه، به ضم حرف (ش) به معنی التباس، اختلاط و پوشیدن کار بر کسی می باشد و جمع آن شَبَّة و شبهات است.^۱ بنابراین در موجودیت شبهه درکاری، حق با باطل و حلال با حرام و درست با نادرست و واقع با موهوم التباس و اختلاط پیدامی کند و حکم آن به وضوح و صراحت دانسته نمی شود و نمی توان به صورت قطعی به صواب یا خطا، صحت و یا فساد آن امر مشتبه حکم کرد. شبهه را فقهاء اسلام به مفهوم، مایشبه الثابت و لیس بثبت؛ یعنی: شبهه، چیزی است که به موضوع محقق و روشن همانندی دارد، در واقع محقق

^۱. الزَّيْدِي، مُحَمَّد بن مُحَمَّد. همان، ج ۳۶، صص ۴۱۱-۴۱۳.

نیست.^۱ به عبارت دیگر، شبهه، هوالم یتیقن کونه حراماً أو حالاً؛^۲ یعنی: شبهه، تردید بین امور ناجایز و جایز میباشد. این تعریف در واقع به اثر شبهه اشاره میکند و مبین ماهیت آن نمیشد.

دوم: اساس مبدأ دفع حدود به شبهه

التزام به اصل شبهه در دفع حدود در روایات ذیل تصریح و تاکید شده که مورد بررسی مختصر قرار میگیرد.

۱- حدیث ابن عباس، رضی الله عنهما: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»^۳؛ یعنی: حدود (مجازات مقدر) را به شبهه ها، دفع کنید.

۲- حدیث ابن مسعود، رضی الله عنه: «ادرؤوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم»^۴؛ یعنی: حدود را به شبهه ها دفع کنید. رد کنید قصاص را از مسلمان ها تا آنکه توان دارید.

۱. الکاسانی، علاء الدین. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بیروت: دارالکتاب العربی، سنة ۱۹۸۲م، ج ۷، ص ۳۶.

۲. الجرجانی، علی بن محمد. التعريفات، تحقیق: ابراهیم الایاری. بیروت: دارالکتاب العربی، الطبعة الأولى، سال ۱۴۰۵هـ. ق، ص ۱۶۵.

۳. أخرجه بهذا اللفظ أبو محمد البخاري في "مسند أبي حنيفة" كما في "جامع المسانيد" [۲/ ۱۸۳]، للخوارزمي عن أبي سعيد بن جعفر عن يحيى بن فروخ عن محمد بن بشر عن الإمام أبي حنيفة عن مقسم، عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ادرؤوا الحدود بالشبهات". وأبو سعيد بن جعفر: هو أبا بن جعفر. قال الذهبي في "المغني" [۱/ ۶]، رقم [۴]: أبا بن جعفر كما في "اللسان" كما سيأتي. قال الحافظ ابن حجر في "لسان الميزان" [۱/ ۲۱]: روى عن محمد بن إسماعيل الصانع، أورده الذهبي في "ذيل الضعفاء" فقال: كذاب كذا أورده تبعاً للبناني في "الحافل ذيل الكامل" فإنه أورده ونقل عن ابن حبان أنه قال: رأيته وضع على أبي حنيفة أكثر من ثلاث مائة حديث مما لم يحدث به أبو حنيفة قط. قلت - أي الحافظ - كذا سماه ابن حبان وصحفه وإنما هو أبا بن يهمزة لا بنون ا. هـ. قلت: ويبدو أن للحديث طريق آخر عن ابن عباس فقد رأيت الحافظ السيوطي ذكره في "الجامع الصغير" رقم [۳۱۴]، بلفظ: ادرؤوا الحدود بالشبهات وأقبلوا الكرام عثراتهم إلا في حد من حدود الله تعالى. وعزاه لابن عدي في جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة عن ابن عباس. قال الحافظ ابن حجر في "تخريج أحاديث المختصر" [۱/ ۴۴۷]: وقد وجدت خير ابن عباس في موضع آخر ذكره شيخنا الحافظ أبو الفضل - هو العراقي - رحمه الله في شرح الترمذي قال: وأما حديث ابن عباس فرواه أبو أحمد بن عدي في جزء أخرجه من حديث أهل مصر والجزيرة من رواية ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ادرؤوا الحدود بالشبهات وأقبلوا الكرام عثراتهم إلا في حد". وهذا الإسناد إن كان من بين ابن عدي وابن لهيعة مقبولين فهو حسن ا. هـ..

۴. أخرجه مسدد في "مسنده" كما في "المطالب العالية" [۱۸۶۰]، و"تخريج المختصر" [۱/ ۴۴۳]، كلاهما لابن حجر... قال مسدد: ثنا يحيى القطان عن شعبة عن عاصم عن أبي وائل عن ابن مسعود قال:

۳- حدیث ابوهریره، رضی الله عنه: «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً»^۱؛ یعنی: دفع کنید جزا های حدود را تا آنکه راهی برای دفع آن می یابید.

۴- حدیث عایشه، رضی الله عنها: «ادفعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله؛ فإن الإمام أن يخطئ في العفو، خير من أن يخطئ في العقوبة»^۲؛ یعنی: دفع نمایید حدود را از مسلمان ها تا آنکه توان دارید و اگر راه بیرون رفتی برای آن بود، راهش را باز بگذارید، بی گمان خطای امام در عفو بهتر است از خطای وی در مجازات.

احادیث مذکور مبانی نظری استناد به اصل دفع حدود به شبهات می باشد؛ گرچه در اسناد آنها از لحاظ فنون حدیث مقال وجود دارد؛ ولی، از صدر اسلام تا اکنون از جانب فقهاء مورد عمل

ادروا الحد بالشبهة. قال الحافظ في "تخريج المختصر" [۴۴۳ / ۱]: وهذا موقف حسن الإسناد، قال المناوي في "فيض القدير" [۲۲۸ / ۱]: وبه يرد قول السخاوي طرقه كلها ضعيفة. نعم أطلق الذهبي على الحديث الضعيف ولعل مرادة المرفوع^۱. وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" [۲۵۱ / ۶]، عن القاسم قال: قال عبد الله يعني ابن مسعود رضي الله عنه. وقال: رواه الطبراني من رواية أبي نعيم عن المسعودي وقد سمع من قبل اختلاطه ولكن القاسم لم يسمع من جده ابن مسعود.

۱. أخرجه ابن ماجه [۲ / ۸۵۰]، كتاب الحدود: باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، حدیث [۲۵۴۵]، وأبو يعلى [۱۱ / ۴۶۴]، رقم [۴۴۱۸]، كلاهما من طريق إبراهيم بن الفضل المخزومي عن سعيد المقبري عن أبي هريرة. ولفظ أبي يعلى: ادروا الحدود ما استطعتم. قال البوصيري في "الزوائد" [۲ / ۳۰۳]: هذا إسناد ضعيف إبراهيم بن الفضل المخزومي ضعفه أحمد وابن معين والبخاري والنسائي والأزدي والدارقطني^۱. وقال الحافظ في "تخريج المختصر" [۴۴۳ / ۱]: غريب وإبراهيم بن الفضل مدني ضعيف.

۲. أخرج الترمذي [۴ / ۳۳]، كتاب الحدود: باب ما جاء في درء الحدود، حدیث [۱۴۲۴]، والدارقطني [۳ / ۸۴]، كتاب الحدود والديات، حدیث [۸]، والحاكم [۴ / ۳۸۴]، كتاب الحدود، والبيهقي [۸ / ۲۳۸]، كتاب الحدود: باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، والخطيب في "تاريخ بغداد" [۵ / ۳۳۱]، كلهم من طريق يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة. وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري ويزيد بن زياد ضعيف في الحديث. ورواه وكيع عن يزيد بن زياد ولم يرفعه وهو أصح...^۱. وقال في "العلل الكبير" ص [۲۲۸] رقم [۴۰۹، ۴۱۰]: سألت محمداً عن هذا الحديث؟ فقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. فردّه الذهبي بقوله: قال النسائي: يزيد بن زياد شامي متروك.

قال البيهقي: تفرد به يزيد بن زياد الشامي عن الزهري وفيه ضعيف. ورواه رشدين بن سعد عن عقيل عن الزهري مرفوعاً ورشدين ضعيف^۱. قال البخاري، في يزيد بن زياد الدمشقي: منكر الحديث. ر. ك به كتاب: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج ۴، ص ۱۶۱-۱۶۴.

قرار گرفته اند و مورد قبول امت اسلامی شده اند؛^۱ چونکه احادیث مذکور شاهد یکدیگر می باشند و در معنی آنها احادیث صحیح دیگر نیز وجود دارد که آنها را تقویت می کند. پیامبر، صلی الله علیه وسلم، در وقت اقرار ماعز اسلمی و خانم غامدیه به جرم زنا، آنها را تلقین به رجوع نموده است که این حرص پیامبر، صلی الله علیه وسلم، را به دفع حدود، نشان می دهد و از طرف دیگر دانشمندان فقه اسلامی، مجازات حدود را، جزایهای کامل دانسته اند که جنایت کامل میخوانند و جنایت، زمانی کامل می گردد که در آن هیچ نوع شبهه و شک و وجود نداشته باشد. بدین اساس مجازات حدود را به اندکترین شبهه قابل دفع دانسته اند.

سوم: اختلاف فقهاء در شبهه دافع حد زنا و سبب آن

فقیه ابن رشد حنفی در کتاب مذکور مثال های ذیل را تذکر داده و دیدگاه فقهاء را در مورد آنها به بررسی گرفته و به سبب اختلاف برخی آنها نیز اشاره نموده است که هریک به صورت مختصر، بررسی می گردد.

مثال اول: آمیزش جنسی با کنیزیکه میان جماع کننده و شخص یا اشخاص دیگر مشترک باشد که سهم هریک در آن مشاعی است و قابل افرازمی باشد. امام ابوحنفه و مالک، رحمهما الله، فرموده اند که حد زنا از وی دفع شده و در صورتی که آن کنیز طفل تولد کند، نسبش به جماع کننده الحاق می گردد و آن کنیز قیمت گزاری میشود و جماع کننده سهم سایر شرکاء را باید بپردازد. دلیل اینها، این حدیث است؛ «ادروا الحدود بالشبهات»^۲؛ یعنی، حدود (مجازات مقدر) را به شبهه ها، دفع کنید. مجازات زنا به اتفاق فقهاء از حدود شرعی میباشد. شبهه در اینجا، سلطه ملکیت میباشد که صلاحیت استعمال مملوک را به مالکش میدهد،^۳ از طرف دیگر این صلاحیت مختص به او نیست، دیگران نیز در آن ملکیت شریک اند و ملک هم قابل افراز نیست و جماع کنیز غیر، شرعاً حرام است. بدین لحاظ معلوم شده نمیتواند که که حق خود را استعمال نموده یا از غیر را؟ اینها بعد از اتفاقشان به دفع حد از وطی کننده کنیز مشترک، اختلاف دیدگاه به الزام مهر مثل به اندازه سهمش در آن کنیز، دارند.

بعضی دیگر گفته اند، جماع کننده کنیز مشترک، تعزیر می شود و ابو ثور گفته، در صورت داشتن علم به حرمت جماع با کنیز مشترک، مقاربت کننده جنسی آن، حد کامل با لایش تطبیق گردد. فقیه ابن رشد دلیل اینها را ذکر نکرده است و غالباً دلیل آنها نزدش ضعیف بوده است. به همین لحاظ اینها را بعضی و قول مقابلش را جماعت صفت داده است.

^۱. الجزیری، عبدالرحمن. الفقه علی المذاهب الاربعه. قاهره: دارالغدا الجدید، سال ۱۴۳۴ ه. ق، ج ۵، ص ۷۹.

^۲. تخریج آن در صفحه ۳ ذکر است.

^۳. الجزیری، عبدالرحمن. همان، ج ۵، ص ۷۹.

سبب اختلاف فقهاء در موضوع مذکور را فقیه ابن رشد، داشتن ملکیت مشاعی در آن کنیز دانسته و تحریر داشته، آیا حکم حصه ملکیت شخص جماع کننده در آن کنیز بالای سهمی که مالک آن نیست، غالب می گردد یا برعکس، حکم سهمی که مالک آن نیست، بر حصه ملکیت جماع کننده آن کنیز، غالب می شود؟ چونکه حکم حصه ملکیتش، افاده حلیت را برای جماع کننده آن کنیز می کند و حکم سهمی که مالکش نمی باشد، افاده حرمت جماع را دارد. به همین اساس، فقهای که اعتبار به ملکیتش داده اند، حد زنا را از جماع کننده کنیز مشترک، دفع نموده اند؛ ولی بعضی دیگر، حکم سهمی که مالکش نمی باشد را اعتبار داده حد و یا تعزیر را بر او لازم دانسته اند.

از سبب مذکور دانسته می شود، که این اختلاف ناشی از تعدد نظر در قواعد اصول فقه نبوده است، بلکه اختلاف مذکور از اثر حق ملکیت برخاسته است. بر همه هویدا است که استعمال و استفاده از حق ملکیت، یکی از آثار اساسی آن می باشد. بدین لحاظ، قول فقیهانی که حد را از جماع کننده کنیز مشترک دفع نموده اند، راجع به نظر نویسنده می رسد؛ زیرا، در واقع همین اختلاط دو حکم حلیت و حرمت در موضوع شبهه را بوجود می آورد و باعث دفع حد می شود. مثال دوم: مجاهد، کنیزی را که به غنیمت گرفته شده، قبل از تقسیم و افراز، جماع کند؛ نیز مورد اختلاف فقهاء واقع شده. برخی گفته اند که حد زنا بالای مجاهد مذکور، لازم می گردد و برخی دیگر حد زنا را به علت شبهه ملکیت قابل دفع دانسته اند.

فقیه ابن رشد حنفی، سبب اختلاف فقهاء در موضوع مذکور را عین سبب اختلاف در جماع کنیز مشترک دانسته است. اندک قبل توضیحاتی در مورد آن ذکر گردید، تکرار آن لازم نیست. والله اعلم.

مثال سوم: پدر، کنیز مملوک پسر یا دخترش را جماع کند. جمهور فقهاء گفته اند، حد زنا از وی دفع می گردد. دلایل آنها قرار ذیل است: ۱- حدیث: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»؛^۱ یعنی: تو و مالیت،

^۱. الطحاوی، ابوجعفر احمد بن محمد. شرح معانی الآثار، تحقیق: محمد زهري النجار - محمد سید جاد الحق، من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم کتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي. الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى - ۱۴۱۴ هـ، ج ۴، ص ۱۵۸. قال الزيلعي في نصب الراية: قُلْتُ: رَوَى مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ، وَمِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ، وَمِنْ حَدِيثِ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ، وَمِنْ حَدِيثِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَمِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَمِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ. فَحَدِيثُ جَابِرٍ: رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ فِي "سُنَنِهِ" ۱ حَدَّثَنَا هِشَامُ بْنُ عَمَّارٍ ثَنَا عِيسَى بْنُ يَوْسُفَ ثَنَا يَوْسُفُ بْنُ إِسْحَاقَ بْنِ أَبِي إِسْحَاقَ السَّيِّعِيُّ عَنْ مُحَمَّدَ بْنِ الْمُكَدَّرِ عَنْ جَابِرٍ أَنَّ رَجُلًا، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لِي مَالًا وَوَلَدًا، وَإِنَّ أَبِي يُرِيدُ أَنْ يَجْتَاحَ مَالِي قَالَ: "أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ"، أَنْتَهَى. قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ: إِسْنَادُهُ صَحِيحٌ، وَقَالَ الْمُنْذَرِيُّ: رَجَالُهُ ثَقَاتٌ، وَقَالَ فِي "التَّنْقِيحِ": وَيُوسُفُ بْنُ إِسْحَاقَ مِنْ الثَّقَاتِ الْمَخْرَجَ لَهُمْ فِي "الصَّحِيحِينَ" قَالَ: وَقَوْلُ الدَّارَقُطْنِيِّ فِيهِ: غَرِيبٌ تَفَرَّدَ بِهِ عِيسَى عَنْ يَوْسُفَ لَا يَضُرُّهُ، فَإِنَّ غَرَابَةَ

از آن پدرت میباشد. ۲- حدیث: «لَا يَقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ»^۱؛ یعنی: پدر در مقابل قتل پسرش، قصاص نمی شود. ۳- فقهاء، اجماع کرده اند که دست پدر در سرقت مال پسرش، قطع نمی شود. به همین دلیل فقهاء گفته اند که کنیز جماع شده ملک پسر توسط پدرش، بالای پدر درباردار شدن و نشدن، قیمت گزاری می شود؛ چونکه جماع کنیز مذکور بالای پسرش در شرع حرام شده و این به منزله استهلاك به حساب می رود و در استهلاك ملک پسر، پدر ضامن می باشد. همچنان در جماع کنیز مملوک پسر، ضامن است. ۴- همچنان فقهاء اجماع کردند، در صورتی که پدر، پسرپسر و یا هرکسی را که پسرش ولی آن باشد، به قتل برساند، پسر صلاحیت استیفاء قصاص از پدرش را ندارد.

همین اختلاط حکم سبب ایجاد شبهه می گردد حدیث اولی افاده این را دارد که مال پسر، مال پدر هم است. از این دید، پدر در ملک خود تصرف کرده است. در برابر آن آیات واحادیثی وجود دارد که تصرف در ملک و مال غیر به غیر طیب نفس، جواز ندارد. حداقل احادیث مذکور افاده، دفع حد زنا از پدری که کنیز مملوک پسرش را جماع می کند، دارد.

فقیه ابن رشد، رحمه الله، قول مقابل جمهور فقهاء و نام اصحاب آن قول را ذکر نکرده است، به احتمال زیاد که نزدش مرجوح بوده و اصلاً دلیل صحیح برای آن ندیده است. یکی از آن افراد ابن حزم ظاهری میباشد که ادعای نسخ حدیث؛ انت و مالک لایبک، را توسط آیت میراث نموده است و فقط وقت حاجت پدر را مجزا به سایر نصوص ساخته است.^۲

سبب اختلاف فقهاء؛ در مورد مذکور تعدد ورود نصوص است. الله متعال فرموده است: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾؛^۳ یعنی: ثروت دیگر را به گونه ناحق، مخورید. نیز فرموده است: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَرْوَاحِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾؛^۴ یعنی: (مؤمنان رستگار) افرادی اند که عورت خود را نگهبان اند؛ مگر از همسران یا کنیزان خود. در مورد احادیث متعدد از پیامبر، صلی الله علیه وسلم، نیز روایت شده از جمله حدیث: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنِ طَيْبِ

الْحَدِيثِ وَالْفَرْدُ بِهِ لَا يُخْرِجُهُ عَنِ الصَّحَّةِ. به این حدیث مذکور صحیح است و شواهد کثیر دارد. ر. ک. نصب الراية، ج ۳، ص ۳۳۷.

۱. أخرجه الترمذي في الدييات في باب لا يقتل الوالد بولده ص ۱۹۵ ج ۲، وعند البيهقي في السنن ص ۳۸ ج ۸، وعند الدارقطني في الحدود ص ۳۴۸، وفي المستدرک فيه: ص ۳۶۸ ج ۴، وفي العتق ص ۲۱۶ ج ۲. البانی در ذیل حدیث مذکور در کتاب ترمذی آنرا حدیث صحیح دانسته است و شواهد کثیر دارد. ر. ک. به نصب الراية، ج ۴، ص ۳۳۹.

۲. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد. المحلى. الناشر: دار الفكر، ج ۸، ص ۱۰۵-۱۰.

۳. سوره بقره، آیت ۱۸۸.

۴. سوره مومنون، آیت ۶.

نفس»^۱؛ یعنی: انتفاع و استفاده ثروت شخص مسلمان جواز ندارد؛ مگر به رضا و رغبت (او). وحديث: «لَا يَحِلُّ لِمَرْءٍ أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ يَغْيِرُ نَفْسَ مِنْهُ»؛ قَالَ: وَذَلِكَ لِشِدَّةِ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ»^۲؛ یعنی: برای هیچ شخصی، جواز ندارد که چوب دست برادرش را بدون رضا و رغبت او بگیرد. راوی حدیث ابی حمید ساعدی فرموده است: حکم مذکور در حدیث، به علت سخت گیری است که الله متعال بالای مسلمانان (انتفاع و استفاده) ثروت مسلمان را ناجایز قرار داده است.

آیات و روایات مذکور عام است، والدین و اقارب و غیر آنها را شامل می شود. آیت اول الذکر استفاده و انتفاع از مال غیر به شمول پسر را بدون سبب شرعی، ممنوع ساخته است و آیت بعدی آن به مالک حق می دهد که با کنیز مملوکش همبستری کند و احادیث مذکور استفاده و انتفاع از ملک غیر را بدون رضا و رغبت مالک آن، مجاز نمی داند. مسلم است در شریعت اسلامی هرکس مالی را به طریق مشروع به دست می آورد، ملک شخصی او می باشد و این اصل در مورد مال پسر نیز صدق می کند. در برابر آیات و روایات مذکور، حدیث صحیح: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ»^۳؛ یعنی: تو و مالت، از آن پدرت می باشی؛ قرار دارد که مال پسر را ملک پدر اعلام می دارد. بدین لحاظ جمهور فقهاء بین این حدیث و آیات و روایات قبلی رابطه تعمیم و تخصیص را جاری ساخته و حدیث مذکور را مخصص آن عام ها دانسته اند و حدیث: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ»^۴ را نیز جماهیر فقهاء به گونه عام و مطلق در ملک پسر، سریان نداده اند؛ بلکه آنرا مقید به حالت احتیاج پدر کرده اند و فرج را در حدیث مذکور داخل ندانسته اند، استثناء نموده اند، به دلایل آتی: ۱- در صورت اطلاق حدیث، پسر باید مملوک پدر باشد و لازم آن حجر عبد است؛ در حالیکه اینطور نیست. ۲- در صورت اطلاق حدیث، پسر حق تصرف و استعمال مال دست رنج خود را نباید داشته باشد؛ چونکه ملک پدر است؛ در حالیکه در شریعت اینطور نیست. ۳- در صورت اطلاق حدیث، پسر حق جماع با کنیز مملوک خود را ندارد؛ چونکه ملک پدرش است و جماع با کنیز غیر شرعا مجاز نمی باشد؛ در حالیکه هیچ فقیه این را نگفته است و اجماع در عکس موضوع ثابت است. ۴- در صورت اطلاق

^۱. أخرجه الدار قطني ۲۵/۳، كتاب البيوع رقم ۸۷ والفظ منه، والبيهقي في السنن الكبرى ۹۷/۶، كتاب الغصب: باب لا يملك أحد بالجناية شيئا. در باب احادیث متعدد به الفاظ متقارب روایت شده. ر.ک. تلخیص الحبیر، ج ۳، ص ۱۱۲، حدیث ۱۲۴۹. حدیث مذکور را شیخ البانی در کتاب «إرواء الغلیل فی تخریج أحادیث منار السبیل» در جلد ۵، ص ۲۷۹، صحیح گفته است.

^۲. الطحاوی، ابو جعفر احمد بن محمد. همان، ج ۴، ص ۲۴۱، حدیث شماره ۶۶۳۲. حدیث مذکور را شیخ البانی در کتاب «إرواء الغلیل فی تخریج أحادیث منار السبیل» در جلد ۵، ص ۲۸۰، صحیح الاسناد، گفته است.

^۳. تخریج آن قبلا گذشت.

^۴. تخریج آن قبلا گذشت.

حدیث، در حالت فوت پسر در حیات پدر، اقارب پسر، زوجه و پسرانش، حق ارث در مال او نباید داشته باشند؛ چونکه مال پسر، مال پدر است؛ در حالیکه این موضوع مخالف نص صریح قرآنی می باشد. اینها دلالت دارند که مال پسر، ملک شخصی خودش باشد و پدر صرف در حالت احتیاج حق استعمال را دارد.^۱

دلایل مذکور سبب شده که ابن حزم ظاهری حدیث مذکور را منسوخ و آیت مواریث را ناسخ آن بداند.^۲ این قول وی فاقد دلیل می باشد.

از مطالب فوق دانسته می شود که سبب اختلاف فقهاء درین موضوع ریشه در قواعد اصولی دارد و قاعده تخصیص، عام در آن مطرح است و حتی ابن حزم موضوع نسخ را مطرح ساخته است و فقیه ابن رشد به اینها اشاره نکرده است. از نظر نویسنده دلایل جمهور قوی است و راجع می باشد و قول ابن حزم عاری از دلیل است، چونکه حال حیات شخص با حال وفات او متفاوت است و قاعده میراث در وفات شخص محل دارد. درینجا مباحث لطیف دیگر هم است که از احاطه نوشتار خارج است.

مثال چهارم: شوهر، کنیز مملوک همسرش را جماع کند. فقهاء درین مورد به چهار قول اختلاف کرده اند:

۱- امام مالک، رحمه الله، و جمهور فقهاء فرموده اند که فعل شوهر در صورت مذکور زنا بوده و بالایش حد کامل است و قول حضرت عمر، رضی الله عنه، نیز همین است. به دلیل اینکه آمیزش جنسی مذکور خارج ملک تام، رابطه کنیزی و نکاح و شرکت ملک، انجام شده؛ یعنی، عمل مذکور بدون رابطه شرعی و شبهه رخ داده است و اثر مقاربت غیر شرعی حد زنا است. پس حد زنا به گونه کامل بر شوهر مذکور لازم می گردد.

۲- امام احمد و اسحاق، رحمهما الله، در مقابل قول اول فرموده اند که حد زنا بالای شوهر مذکور لازم نم یباشد و صرف ضمان مدنی برای زوجه دارد؛ یعنی: در صورتیکه کنیز مملوک زوجه با اختیار و رضا با شوهر همبستری کرده باشد، کنیز قیمت گزاری شده و قیمت آنرا شوهر به همسرش تأدیه کند و در صورتی که کنیز مذکور با اجبار و اکراه با شوهر همبستری کرده باشد، شوهر قیمت آنرا به همسرش پرداخته و کنیز مذکور آزاد می باشد. و این قول ابن مسعود، رضی الله عنه، نیز است. دلایلشان اینهاست. ۱- حدیث: «إِنْ كَانَ اسْتَكْرَهَهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَعَلَيْهَا مِثْلُهَا وَإِنْ كَانَتْ طَاوَعَتْهُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهَا»^۳؛ یعنی: پیامبر، صلی الله علیه وسلم، در همجو قضیه فرمود: اگر شوهر، کنیز مملوک همسرش را مجبور کرده، کنیز آزاد و بالای شوهر مانند او است و اگر بدون اجبار با کنیز مذکور، جماع کرده

۱. الطحاوی، ابو جعفر احمد بن محمد. پیشین، ج ۴، ص ۱۵۹.

۲. ابن حزم، أبو محمد علی بن أحمد. پیشین، ج ۸، ص ۱۰۵-۱۰۸.

۳. الطحاوی، ابو جعفر احمد بن محمد. پیشین، ج ۳، ص ۱۴۵.

باشد، بالای شوهر، همانند کنیز مذکور لازم است که به زوجه اش بپردازد. ۲- حدیث: «المرأة تنكح لأربع لجمالها ولحسبها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»؛^۱ یعنی: زن را به یکی ازین چهار صفت به ازدواج گرفته می شود، یا به مالش، یا نسبش، یا به زیبای اش و یادینداری اش، پس صاحب دینداری را انتخاب کن و دستت خاک آلود باد (منظور دعای خیر است). ذکر مال در حدیث مذکور شبهه را ایجاد می کند، چونکه کنیز هم مال زوجه می باشد. ۳- قول کسانی که زن را از جانب شوهر در ثلث دارای او یا بیشتر از آن محجور علیها، می دانند؛ قول مذکور را تقویت می کند.

۳- قول دیگر اینست که بالای شوهر مذکور خواه محصن باشد یا خیر، صرف صد دره است. فقیه ابن رشد، صاحب این قول و دلیلش را ذکر نکرده است و به نظرش دلایل شان ضعیف بوده است. و این قول حنابل^۲، رحمهم الله، است و دلیل شان فیصله نعمان بن بشیر، رضی الله عنه، امیر کوفه می باشد که فرموده: «لَأَقْضِيَنَّ فِيهَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إِنْ كَانَتْ أَحْلَتْهَا لَهُ جَلْدَتُهُ مِائَةً وَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَحْلَتْهَا لَهُ رَجَمَتْهُ»؛^۳ یعنی، نعمان بن بشیر در مورد جماع شوهر با کنیز مملوک همسرش فرمود: حتما در آن قضیه به مثل فیصله رسول الله، صلی الله علیه وسلم، حکم می کنم؛ اگر همسرش اذن جماع با کنیزش را به شوهرش داده باشد، صد دره می زنم و اگر اذن نداده باشد، سنگسارش می کنم. همین صد دره زدن نعمان بن بشیر، رضی الله عنه، در مذهب احناف تعزیری است.

۴- قول چهارم اینست که بالای شوهر مذکور صرف تعزیر است. فقیه ابن رشد اصحاب این قول و دلیلشان را نیز ذکر نکرده است. ظاهرا اشاره به مذهب احناف دارد؛ چونکه فقهاء احناف صرف در ادعای شبهه حلیت و گمان شوهر به داشتن سهم در مال همسر و یا اذن همسر که آنرا شبهه الاشتباه در موضع اشتباه خوانده اند، شوهر مذکور را قابل تعزیر دانسته اند؛ ولی در صورت عدم

۱. أخرجه البخاري ۱۳۲/۲۹، كتاب النكاح: باب الأكفاء في الدين، حديث ۵۰۹۰، ومسلم ۱۰۸۶/۲، كتاب الرضاع: باب استحباب نكاح ذات الدين، حديث ۱۴۶۶/۵۳، وأحمد ۴۲۸/۲، والدارمي ۱۳۳/۲-۱۳۴، كتاب النكاح: باب تنكح المرأة على أربع، وأبو داود ۵۳۹/۲، كتاب النكاح: باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين، حديث ۲۰۴۷، وابن ماجه ۵۹۷/۱، كتاب النكاح: باب تزويج ذات الدين، حديث ۱۸۵۸، وأبو يعلى ۴۵۱/۱۱، رقم ۶۵۷۸، وابن حبان ۴۰۴۴-الإحسان، وأبو نعيم في الحلية ۳۸۳/۸، والدار قطني ۳۰۲-۳۰۳، كتاب النكاح: باب المهر، حديث ۲۱۲، والبيهقي ۷۹/۷-۸۰، كتاب النكاح: باب استحباب التزويج بذات الدين من حديث أبي هريرة. ر.ك، تلخيص الحبير، ج ۳، ص ۳۰۹، حديث شماره ۱۴۸۲.

۲. الجزيري، عبد الرحمن. پیشین، ج ۵، ص ۸۷.

۳. الطحاوی، ابو جعفر احمد بن محمد. همان، ج ۳، ص ۱۴۵.

ادعای شبهه و علم به تحریم جماع و عدم اذن همسر، حدزنا را بر شوهر مذکور لازم دانسته اند.^۱ شبهه در اینجا ارتباط به گمان شوهر دارد که سهم در مال همسرش دارد. سبب اختلاف فقهاء درین قضیه نیز تعدد نصوص و روایات است که از پیامبر، صلی الله علیه وسلم، و اقوال صحابه، رضی الله عنهم، نقل گردیده است. اصحاب قول چهارم، حدیث مستند قول دوم را نسخ شده دانسته اند.^۲ از اینکه موضوع کنیز داری در حال حاضر منتفی است، به این لحاظ از تبصره بیشتر خودداری می شود.

مثال پنجم: جماع با زنی که به زنا اجاره گرفته شده، خواه زن آزاد باشد یا کنیز. جمهور فقهاء به شمول صاحبان از مذهب احناف، حدزنا را بر واطی مستاجر واجب و لازم می دانند و به عموم آیات و روایات وارده در جرم زنا استناد کرده اند که فرق بین زنا در بدل اجره و غیر آن در آنها وارد نشده و به اضافه آن، عقد اجاره در شرع و عرف سبب اباحت فرج نیست. نزد امام ابوحنیفه، رحمه الله، حد زنا از واطی مستاجر دفع می گردد و قابل تعزیر است؛ به دلایل ذیل: ۱- «أن امرأة أصابها جوع فأتت راعيا فسألته الطعام فأبى عليها حتى تعطيه نفسها قالت فحشي لي ثلاث حثيات من تمر وذكر أنها كانت جهدت من الجوع فأخبرت عمر فكبر وقال: مهر، مهر، كل حفنة مهر ودرأ عنها الحد»^۳؛ یعنی: زنی در بیابان گرسنه شده بود و نزد گله بان آمد و غذاء خواست و شبان سرباززدان آن تا اینکه با او آمیزش جنسی کند، زن گفت: سه مشت از خرما برایم داد (جماع کرد)؛ و آن زن در گرسنگی شدید قرار گرفته بود و موضوع به عمر، رضی الله عنه، رسانده شد و تکبیر گفت و فرمود: هر مشت خرما مهر آن زن است و حد زنا را از آن زن دفع کرد. مثلی که عمر، رضی الله عنه، فعل زن مذکور را اجاره محاسبه کرده است. ۲- عقد اجاره در ذات خود تملیک منفعت است، و منافع بضع نیز منفعت می باشد، پس در عقد شبهه موجود گردید و حکم متعه را به خود می گیرد و در متعه حدزنا نیست به اتفاق فقهاء و دیگر اینکه الله متعال مهر را در قرآن کریم، اجره^۴ خوانده است. بهتر است که این موضوع را نزد امام مذکور به شبهه عقد ربط داد. سبب اختلاف فقهاء در مورد مذکور، فعل عمر، رضی الله عنه، در مورد قضیه مطروحه فوق الذکر است. امام ابوحنیفه، رحمه الله، از آن برداشت اجاره را نموده و حد را دفع کرده و شبهه به عقد محاسبه نموده؛ اما جمهور فقهاء آنرا بر حالت اکراه و اضطرار آن زن حمل نموده اند و اجاره ندانسته اند و شبهه را صالح برای دفع حد زنا در همچو قضیه نمی دانند.

^۱. الطحاوی، ابوجعفر احمد بن محمد. پیشین، ج ۳، ص ۱۴۸.

^۲. الطحاوی، ابوجعفر احمد بن محمد. همان، ج ۳، ص ۱۴۵-۱۴۸.

^۳. الصنعانی، ابوبکر عبدالرزاق بن همام. مصنف عبد الرزاق، تحقیق: حبیب الرحمن الاعظمی. بیروت:

المکتب الإسلامی، الطبعة الثانية، سال ۱۴۰۳ ه. ق، ج ۷، ص ۴۰۷، اثر شماره ۱۳۶۵۳.

^۴. ﴿فَاتَّوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، سوره نساء، آیت ۲۴.

البته باید نگاشت مذهب جمهور فقهاء نظر به قوت استدلال آنها نزد اکثر فقهاء به شمول ابن رشد راجح است^۱ و نظرمخالف آن ضعیف و مرغوب میباشد؛ چونکه در صورت عقد اجاره بر منافع بضع سبب شبهه گردد، حدود تعطیل خواهد شد و درب فساد باز می گردد و عملاً در اجتماع اکثر زناها در بدل اجره واقع می شود.

در صورتی که زن برای زنا به اجاره گرفته نشده باشد؛ بلکه به منظور خدمت و آشپزی به اجره گرفته شده باشد، با مرد جماع کند، نزد جمیع فقهاء به اتفاق نظر حدزنا بر هر دو تطبیق می شود.^۲ مثال ششم: فقیه ابن رشد در اخیر به این جمله نوشته: «وبالجملة فالانکحة الفاسدة داخلة في هذا الباب»؛ یعنی: در کل، نکاح های فاسد در باب دفع حدزنا به شبهه داخل است.

نکاح بدون شاهد، نکاح بدون ولی، نکاح متعه، نکاح تحلیل، نکاح شغار، نکاح مجوسی، نکاح با خواهر زنی که در عدت طلاق باین باشد و نکاح پنجم در عدت طلاق باین زن چهارم، نکاح های فاسد میباشند؛ زیرا که فقهاء در صحت و عدم صحت آنها اختلاف نظر دارند و همین اختلاف نظر سبب بروز شبهه گردیده و حدزنا از عاقدین در نکاحهای مذکور دفع میشود. و در نکاح های که تحریم آنها اتفاقی است؛ مانند، نکاح با محارم خواه از نسب باشد یا رضاع یا صهر و نکاح زوجه و معتده غیر، نکاح زن پنجم، نکاح جمع بین دو خواهر و یا جمع بین زن و عمه یا خاله اش و نکاح مطلقه ثلاثه قبل از ازدواج با مرد دیگر، همبستری شود، از نظر جمهور فقهاء حدزنا بر طرفین لازم می گردد^۳ و معمول به و راجح هم است؛ ولی نزد امام ابوحنیفه، رحمه الله، نظر به شبهه عقد، حد زنا در آنها دفع می شود و تعزیر قابل اعمال میباشد. نظر مرجوح است.

سبب اختلاف هم در موضوع مذکور محل عقد نکاح است. از نظر امام ابوحنیفه، رحمه الله، مطلق زن چه نکاح حرام باشد یا حلال، محل عقد نکاح است که درینصورت عدم محرم بودن شرط صحت عقد نکاح می شود، نه رکن؛ ولی از نظر جمهور فقهاء، زنی که نکاحش در شرع حلال باشد، محل عقد نکاح است و محرمات دایمی و مجمع علیه محل عقد نکاح نمی باشد؛ چونکه به لحاظ فقدان رکن، عقد نکاح اصلاً افاده حکم را نمی کند.^۴

^۱. الجزیری، عبدالرحمن. پیشین، ج ۵، ص ۸۴. کذا فی فتح القدیر، ج ۴، ص ۱۵۰.

^۲. الجزیری، عبدالرحمن. همان، ج ۵، ص ۸۴.

^۳. عوده، عبدالقادر. بررسی تبیی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی، مترجم: حسن فرهودی نیا. تهران: یادآوران، ج ۴، ص ۳۴.

^۴. زحیلی، وهبه. الفقه الاسلامی وادلتہ. کویت: رشیدیہ، ب-ت، ج ۷، ص ۵۳۵۵.

بررسی تطبیقی عقد مقایضه در قوانین مدنی افغانستان ایران و مصر

فهرست:

۱۲۶	مقدمه
۱۲۶	فصل اول: مفاهیم و کلیات
۱۲۶	مبحث اول: تعریف عقد مقایضه در حقوق و فقه:
۱۲۶	گفتار اول: تعریف عقد مقایضه در حقوق:
۱۲۷	گفتار دوم: تعریف عقد مقایضه در فقه:
۱۲۸	مبحث دوم: تعریف مقایسوی عقد مقایضه در قانون مدنی افغانستان، مصر و ایران:
۱۲۹	گفتار دوم: مقایسه عقد مقایضه در قانون ایران و افغانستان:
۱۳۰	فصل دوم: ممیزات، وجوه اشتراک و افتراق عقد مقایضه از بیع:
۱۳۰	مبحث اول: ممیزات عقد مقایضه:
۱۳۰	گفتار اول: جمع شدن صفت بایع و مشتری در یک عقد:
۱۳۱	گفتار دوم: زمان و مکان تسلیم در عقد مقایضه:
۱۳۱	گفتار سوم: غبن فاحش در عقد مقایضه طبق قوانین مدنی افغانستان و ایران:
۱۳۲	مبحث دوم: تمییز بیع از مقایضه:
۱۳۲	گفتار اول: تمییز بیع از مقایضه در حقوق ایران:
۱۳۲	گفتار دوم: تمییز بیع از مقایضه در حقوق مصر و افغانستان:
۱۳۳	گفتار سوم: سریان احکام عقد بیع بر مقایضه:
۱۳۴	گفتار چهارم: وجوه اشتراک عقد بیع و مقایضه:
۱۳۴	بند اول: رکن اول- تراضی؛
۱۳۴	بند دوم: (اشیای تبادله شده) موضوع و یا محل؛
۱۳۵	بند سوم: سبب در عقد مقایضه:
۱۳۵	گفتار پنجم: آثار عقد مقایضه:
۱۳۶	گفتار ششم: وجوه افتراق عقد مقایضه از عقد بیع:

مقدمه

مقایضه در حقیقت همان شکل ابتدائی بیع است. درست در زمانی که مبادله مال با پول رایج نبود و پیش از آنکه ضرب سکه به وجود آید تمام معاملات مردم اولیه را مقایضه تشکیل میداد. به تدریج حالتی پیش آمد که شخص با وجودی که به کالای دست داشته اش نیازی نداشت؛ همچنان به کالای دیگری نیز نیازمند نبود و ضرورت این پیش آمد که جای کالا را پول یا سکه و یا هم سند با ارزش بگیرد. ولی با آنهم مقایضه هنوز هم در بسیاری از کشورها کاربرد داشته و قوانین بعضی کشورها این نوع عقد را به عنوان عقد معین پذیرفته و احکام مربوط به این نوع عقد را در قوانین خود جا داده اند. قانون مدنی افغانستان مقایضه را به عنوان عقد معین پذیرفته و آن را نوعی بیع دانسته است. این که آیا می توان مقایضه را نوعی بیع محسوب نمود؟ یا این که احکام مقرر در بیع آیا در مقایضه هم قابل رعایت است یا خیر؟ و این که آیا طرفین عقد مقایضه از آدرس التزامات بائع در مقایضه مکلف اند یا از آدرس التزامات مشتری؟ در این نوشته خواهم کوشید تا در حد وسع پاسخ مسئله فوق را دریابم و طی دو فصل موضوع متذکره تحریر گردیده که در فصل اول مفاهیم و کلیات و در فصل دوم ممیزات، وجوه اشتراک و افتراق عقد بیع با عقد مقایضه مورد بحث قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: مقایضه، بیع، متقایض، ثمن، مشتری، جنس.

فصل اول: مفاهیم و کلیات

در این فصل تعاریف ارائه شده از عقد مقایضه از نگاه حقوق و فقه مورد بررسی قرار گرفته و همچنان جهت وضاحت بیشتر و تبیین ابعاد آن، تعاریف عقد متذکره با توجه به حقوق مصر، ایران و افغانستان به گونه ای مقایسوی مطرح شده است.

مبحث اول: تعریف عقد مقایضه در حقوق و فقه:

گفتار اول: تعریف عقد مقایضه در حقوق:

بند اول: مقایضه در لغت: مقایضه مصدر باب مفاعله از ریشه قیض به معنای مبادله کردن، عوض دادن، رد و بدل کردن، معاوضه و مبادله است و به دو طرف عقد مقایضه، (مقایض) گویند. بند دوم: مقایضه در اصطلاح: در حقوق عبارت از عقدی است که مورد تبادل در آن کالا باشد، چنانکه در آن کالایی را با کالایی دیگر معاوضه و مبادله کنند. به عبارت دیگر مقایضه عبارت از بیع کالا به کالا (السلعه بالسلعه) است.^۱

قاموس اصطلاحات حقوقی در صفحه ۲۳۸ مقایضه را این گونه تعریف میکند «نوعی از عقد بیع که طی آن جنس در برابر جنس مورد معامله قرار می گیرد».^۲

^۱ - مسعود انصاری و دکتر محمد علی طاهری-، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد سوم- ق-ی، انتشارات محراب، چاپ اول ۱۳۸۴ صفحه ۱۹۴۰-۱۹۴۱.

گفتار دوم: تعریف عقد مقایضه در فقه

مقایضه معامله کالا به کالا را گویند.^۳

نویسنده کتاب مغنی المحتاج تحریر داشته که « اذا بیع الطعام بالطعام إن كان جنسا اشترط الحلول والمماثلة و التقابض قبل التفرق، او جنسین كحنطه و شعیر جاز التفاضل، واشترط الحلول و التقابض »

هرگاه طعام در مقابل طعام فروخته شود؛ اگر جنس باشد همزمانی، مماثلت و تقابض قبل از جدایی شرط است، یا فروختن دو جنس (مختلف) مثل گندم و جو که در این صورت تفاضل و زیادی جواز داشته و همزمانی و تقابض در این صورت شرط است.

فقهاء از مبادله جنس به جنس به عنوان بیع یاد نموده اند و آن را با شرطی صحیح می دانند که اتحاد طرفین در مجلس، مماثلت و تقابض پیش از جدایی صورت بگیرد؛ یعنی در یک مجلس. در غیر آن در اشیای مماثل زیادت را ربا و سود دانسته و ناجایز می دانند. مگر اینکه مبیع از دو جنس مختلف باشد مثل مبادله گندم و جو، ولی باز هم اتحاد طرفین در مجلس و تقابض را شرط دانسته اند.

بر همین منوال اکثر فقهاء مقایضه یا مبادله جنس به جنس را بیع دانسته اند و قانون مدنی ما به تبعیت از فقه، یک تعریف فقهی از مقایضه بدست داده است.^۱

ابو بکر محمد بن احمد بن سهیل الرخسی الحنفی متوفی ۴۹۰ هـ در کتاب المبسوط خویش بیع را نوعی از اقسام تجارت مشروع دانسته و در مقابل ربا که حرام است، قرار می گیرد. وی با استناد به حدیث مشهور نزد اهل سنت به روایت ابی حنیفه که چنین ذکر شده: « طلا در مقابل طلا مثل به مثل و دست به دست و تفاضل حرام است » مماثلت و تقابض را شرط دانسته، در غیر آن، آن را حرام میدانند. دقیقا آنچه در فقه اندر این باب ذکر شده همان مقایضه است که تحت نام بیع آمده و از آدرس حلیت و حرمت به آن نگاه شده است. با وجود آن ابن عباس در این مورد به جواز

^۲ پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان، قاموس اصطلاحات حقوقی، پوهنتون کابل پوهنهی حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول ۱۳۸۷.

^۳ جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه این سینا نشر خواجه، آبان ماه ۱۳۴۶، واژه یا اصطلاح (۵۳۹۷) صفحه ۶۷۶.

^۱ للشیخ شمس الدین محمد بن الطیب الشریسی به اهتمام محمد خلیل غینانی، مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، الجزء الثانی، دارالمعرفه بیروت لبنان، چاپ دوم ۱۴۲۵ هـ — ۲۰۰۴ م کتاب از شافعی مذهب است.

تفاضل بر خلاف جمهور فقها نظر داده است. استناد ابن عباس به حدیثی از بخاری است که نبی صلی الله علیه و سلم فرموده « لا ربا الا فی النسیه»^۲

قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۰۳۶ چنین تصریح کرده است: « بیع عین به پول بیع مطلق و بیع پول به پول بیع صرف و بیع عین به عین مقایضه شناخته میشود» و ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی در تعریف عقد مقایضه آورده است « مقایضه عبارت است از بیع جنس به جنس» به نظر میرسد که قانون مدنی افغانستان در تعریف مقایضه و تقسیم بندی آن در زیرمجموعه

بیع از فقه تبعیت کرده است. چنانچه منطوق مواد متذکره از مقایضه به عنوان بیع یاد کرده در حالیکه در علم حقوق بیع همان مبادله عین در مقابل پول است که قانون مدنی افغانستان این نوع بیع را به اعتبار موضوع تحت عنوان بیع مطلق تعریف کرده است. اینکه تقسیم بندی مبحث بیع در قانون مدنی ما از فقه اقتباس شده جای شک و تردیدی نیست و به عنوان نمونه کتاب الموسوعه الفقهیه الکویتیه اثر وزارت اوقاف و شئون اسلامی کویت (بیع را از دو لحاظ تقسیم بندی نموده؛ اول از لحاظ مبیع، بیع به اعتبار موضوع مبادله (مبیع) به چهار نوع تقسیم میشود. ۱- مبادله عین در برابر پول که مشهورترین نوع آن است. ۲- بیع سلم: بیع شی مؤجل به ثمن معجل. ۳- بیع صرف: مبادله پول به پول. ۴- بیع مقایضه: (هو المبادله العین بالعین) مقایضه مبادله جنس با جنس است.)^۳

در فقه از مبادله مال در مقابل پول که مصداق اصلی بیع است؛ به عنوان مشهورترین نوع بیع یاد شده در حالیکه در علم حقوق بیع همان یک مصداق دارد که مبادله مال در مقابل پول است. ماده ۴۸۲ قانون مدنی مصر در تعریف مقایضه آورده است « المقایضه عقد به یلتزم کل من المتعاقدين، ان ینتقل الی الآخر، علی سبیل التبادل، ملکیت مال لیس من النقود» مقایضه عبارت از عقدی است که هر یک از متعاقدين ملتزم می گردند تا ملکیت مالی را که نقد (پول) نیست به صورت تبادل، به دیگری انتقال بدهند.^۴

مبحث دوم: تعریف مقایسوی عقد مقایضه در قانون مدنی افغانستان، مصر و ایران:

گفتار اول: مقایسه تعریف عقد مقایضه در قانون مدنی افغانستان و مصر:

السرخسی الحنفی ابی بکر محمد بن احمد، المبسوط، جلد یازدهم، ناشر: مکتبه رشیدیة کوئته سرکی^۲ (ب- ت) رود،

^۳ وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیه- کویت، موسوعه الفقهیه الکویتیه، جلد نهم سال ۱۴۲۵ هـ - ۲۰۰۵ م.

^۴ عبدالرزاق احمد السنهوری، بیروت- لبنان- الوسیط فی شرح القانون المدنی- العقود التي تقع علی الملكیه- البیع و المقایضه- الجزء

لرابع- (ب.ت) دار احیاء التراث العربی صفحه ۸۵۵

مقایسه ماده ۴۸۲ در قانون مدنی مصر با ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی افغانستان نشان می‌دهد که قانون‌گذار افغان در ترجمه کوتاهی نموده و اختصار تعریف، از جامعیت آن کاسته است. علاوه بر آن ذکر واژه (بیع) در متن ماده، تقریباً بیع و مقایضه را در هم آمیخته است. به نظر می‌رسد که قانون‌گذار افغان بر خلاف قانون‌گذاران مصر و ایران، تفاوتی میان بیع و مقایضه قائل نبوده و به تبعیت از فقه، مقایضه را نوعی بیع محسوب کرده است، ماده (۱۰۳۶) قانون مدنی ما قابل ملاحظه است. با وجود شباهت‌های وافر که در این دو نوع عقد وجود دارد اما، هر دو دارای یک ماهیت نبوده و عقود جداگانه می‌باشند. که هر کدام در حصار خود احکام جداگانه و خاصه خود را داشته و نیز در اثرات خود متفاوت می‌باشند. با آنهم احتمال این هم می‌رود که قانون‌گذار افغان به لحاظ کثرت وجوه اشتراک در میان بیع و مقایضه از آن به عنوان بیع جنس به جنس یاد نموده است.

گفتار دوم: مقایسه عقد مقایضه در قانون ایران و افغانستان:

قانون مدنی ایران در ماده ۴۶۴ تحت عنوان معاوضه چنین تصریح کرده است: «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد.» و در ماده ۴۶۵ تصریح می‌کند «در معاوضه، احکام خاصه بیع جاری نیست.»^۲

«دکتر کاتوزیان در کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی در شرح مواد فوق تحریر داشته: «۱- در صورتی که کالایی با پول مبادله شود قاعده عرفی آن را بیع می‌داند نه معاوضه. ۲- در صورتی که مبادله دو کالا با مبلغی سرانه انجام می‌شود، معیار تمیز معاوضه از بیع قصد مشترک دو طرف است. ۳- در معاوضه ممکن است یکی از دو عوض یا هر دو عین باشد یا منفعت یا حق مالی. ۴- در معاوضه نیز خیار غبن ایجاد می‌شود. ۵- تلف مبیع بیش از قبض در معاوضه نیز عین حکم در بیع را دارد.»

۶- خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن از جمله مقررات ویژه عقد بیع است که در معاوضه راه ندارد.

۷- معاوضه سهم شریک ملک با مال دیگر سبب ایجاد حق شفع نمی‌شود.»^۱

دکتر پرویز نوین و دکتر عباس خواجه پیری در کتاب شان بنام حقوق مدنی (۶) به وجود تفاوت‌ها و شباهت‌های میان بیع و معاوضه اشاره کرده اند که از جمله تمایزها، معوض، جائز و داشتن قصد را به عنوان شباهت‌ها برشمرده و احکام خیارات خاصه بیع که خیار مجلس، حیوان، خیار تاخیر

^۲ قانون مدنی با آخرین اصلاحات زیر نظر دکتر محمد حسین شهبازی به کوشش سید عباس حسینی نیک - مجمع علمی و فرهنگی مجد

^۱ ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ یازدهم پائیز ۱۳۸۴، نشر میزان، صفحه ۳۴۶.

ثمن، اخذ به شفعه و تلف مبیع یا ثمن قبل از قبض را جزء تفاوت معاوضه با بیع دانسته اند البته با اضافه اینکه خیار غبن را نیز به علت برهم خوردن دو ارزش که طرفین معاوضه در نظر داشتند؛ در معاوضه نیز پذیرفته اند.^۲

با مقایسه احکام عقد مقایضه در قانون مدنی افغانستان و ایران چنین به نظر می‌رسد که تفاوت قابل ملاحظه‌ای در زمینه میان قوانین دو کشور وجود دارد؛ به نحوی که مقایضه در قانون افغانستان یکی از جمله انواع بیوع دانسته شده و از بدیهیات است که علاوه بر احکام خاصه عقد مقایضه، تمامی احکام عقد بیع نیز بر آن جاری و ساری می‌باشد. در حالیکه طبق قانون مدنی ایران، و صراحت ماده متذکره فوق، احکام خاصه بیع در مورد مقایضه قابل تطبیق نمی‌باشد. و نقطه قابل تذکر دیگر این است که قانون ایران از عقد مقایضه تعریفی نسبتاً جامع به دست داده در حالیکه در قانون کشور دست-کم تعریفی از این عقد به نظر نمی‌رسد.

فصل دوم: ممیزات، وجوه اشتراک و افتراق عقد مقایضه از بیع

از این که مقایضه طبق قانون مدنی افغانستان نوعی از انواع بیوع مختلفه دانسته شده و از جهتی ممیزات فراوانی با عقد بیع داشته لذا در این فصل وجوه اشتراک و افتراق بیع از مقایضه و ممیزات خاصه عقد مقایضه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

مبحث اول: ممیزات عقد مقایضه:

گفتار اول: جمع شدن صفت بایع و مشتری در یک عقد:

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی تصریح می‌کند که هر یک از متعاقدين در عقد مقایضه نسبت به آنچه تسلیم نموده بایع و نسبت به آنچه اخذ نموده مشتری شمرده میشود. لزوماً که قانونگذار افغان مقایضه را نوعی از بیع می‌دانسته از همین جهت به جمع شدن صفت بایع و مشتری در یک شخص تصریح میکند. چنین برداشت می‌شود که هر یک از متعاقدين در عقد مقایضه به وجایب خود من حیث بایع من وجه و به حیث مشتری من وجه مکلف اند، البته که چنانچه در مبحث بعدی به آن اشاره خواهیم کرد، طرفین عقد مقایضه لزوماً از آدرس بایع به تعهدات خود مکلف خواهند بود و التزامات مشتری کمتر در عقد مقایضه مطمح نظر است. این در حالی است که در عقد بیع (بیع مطلق) یکی از جانبین صفت بایع و دیگری صفت مشتری را احراز می‌کند و به اعتبار کسب این صفات هر کدام در برابر دیگری، وجایب، التزامات و مکلفیت‌های مخصوص خود را دارند که وجایب و تعهدات شان در قانون تصریح شده است.

^۲ پرویز نوین و عباس خواجه پیری حقوق مدنی (۶) عقود معین (یک)، چاپ دوم ۱۳۸۲، کتابخانه گنج دانش، صفحات ۱۵۴-۱۵۵.

گفتار دوم: زمان و مکان تسلیم در عقد مقایضه

در عقد مقایضه، تسلیمی هر یک از متبادلین همزمان صورت می گیرد و این مورد نیز به تبعیت از فقه شده است. چنانچه احناف در عقود صرف و مقایضه به تسلیمی همزمان نظر داده اند. کتاب الموسوعه الفقهيہ الكويتیہ در شماره ۶۳ صفحه ۳۸ تحریر داشته «ذهب الحنفیه الى ان المتعاقدين یسلمان معا تسویه بدینهما فی العینیه و الدینیه» یعنی اینکه آنچه بر آن عقد صورت گرفته (مبیع) همزمان تسلیم می شود به اعتبار تسویه دین هریکی، در مبادله عین به عین (مقایضه) و دین به دین (صرف) البته این حالت در صورتی است که اشیاء مبادله شده هر دو عین باشد.^۱ به نظر میرسد که مکان عقد مقایضه نیز همانند بیع است؛ چون احکام بیع تا آنجا که با طبیعت عقد مقایضه موافق باشد تطبیق می گردد.

گفتار سوم: غبن فاحش در عقد مقایضه طبق قوانین مدنی افغانستان و ایران

الف: در قانون مدنی افغانستان به طور صریح از مسئله غبن فاحش در عقد مقایضه تذکر نرفته اما، به نظر می رسد که مسئله غبن فاحش در حقوق ما مطرح نمی شود و دست کم اگر این مسئله را به توان در مواردی تصور کرد؛ در جای است که تفاوت قیمت دو شی به پول سنجش میشود یعنی تکمیل قیمت یکی از اشیای تبادله شده به ثمن میشود، بناء میتوان غبن فاحش را در همان قسمت تفاوت قیمت تصور کرد که به نحوی تفاوت قیمت، حکم ثمن را می گیرد و غبن فاحش در جای که ثمن در میان باشد؛ مطرح میشود.

ب: در حقوق ایران، دکتر سید حسن امامی به این عقیده است که در عقد معاوضه متعاملین اغلب رعایت تناسب ارزش دو مورد را نمی نمایند و تعادل در معاملات معوض نظیر بیع و اجاره در عقد معاوضه لحاظ نمیشود. به این لحاظ به اساس نحوه انعقاد عقد معاوضه، آن را به دو گونه تقسیم نموده است.

متعاملین در معاوضه ارزش مالی هر دو شی را در نظر می گیرند و مثلاً با شی خارجی همانند پول می سنجند. مثلاً کسی موتر خود را به مقابل اثاثیه منزل عوض میکند و یا کسی محصولات زعفران خود را در مقابل گندم تبادله میکند و ارزش هر کدام را میداند. در این نوع تبادله اگر کسی در تبادله منظور اشتباه کند، میتواند به اثر غبن عقد را فسخ کند. متعاملین در معاوضه، تعادل بین دو مورد را از حیث ارزش مالی و تناسب آن دو با یکدیگر در نظر نمی گیرند و بر اساس نفعی که از مال بدست آمده می تواند کسب کند اقدام به معاوضه می کند. در این صورت تصور غبن نمی توان

□ وزارت الاوقاف و الشئون الاسلامیه کویت، موسوعه الفقهيہ - الكويتیہ، جلد نهم ۱۴۲۵ هـ - ۲۰۰۵ م، صفحه ۳۸.

نمود؛ زیرا، غبن با ارزش مالی و تناسب خارجی مورد سنجیده میشود نه نفع متعاملین. این نوع معاوضه، معاوضه حقیقی است)^۱

مبحث دوم: تمیز بیع از مقایضه

گفتار اول: تمیز بیع از مقایضه در حقوق ایران

تمیز بیع از معاوضه به قصد مشترک دو طرف است اگر آنان خواسته باشند که دو چیز را بی هیچ امتیازی با هم مبادله کنند، توافق آنان تابع قواعد معاوضه است و هرگاه چنین اراده کنند که یکی از دو عوض مبیع و دیگری بهای آن باشد، قراردادی که بسته میشود بیع است. ولی هنوز این اشکال باقی است، که اگر در قراردادی که تنظیم میشود نامی از بیع یا معاوضه برده نشود چگونه میتوان به خواست واقعی دو طرف پی برد و آیا اماره ای دادرس را در این تحلیل یاری می کند؟ داوری عرف و اعتماد به طور غالب این اماره را در ذهن می پرورد: در موردی که اشخاص در برابر حکم عرف سکوت می کنند، نشانه آن است که خواست آنان با آنچه متداول است تفاوت ندارد. پس، هنگامی که اراده ها به صراحت بیان نمیشود و در ماهیت عقد اختلاف وجود دارد، دادرس باید ملاکی را که عرف در تمیز بین بیع و معاوضه پذیرفته است رعایت کند: مبادله کالا را به پول بیع بدانند و مبادله کالا به کالا را معاوضه.^۲

گفتار دوم: تمیز بیع از مقایضه در حقوق مصر و افغانستان

(عقد بیع به مبادله شی در مقابل نقود (پول) گفته می شود و نقود همان ثمن است، اما مقایضه مبادله شی به شی است که هیچ کدام آن نقد نیست.

ما در بیع مبیع و ثمن را پیدا می کنیم در حالیکه در مقایضه ثمن وجود ندارد و دو مبیع وجود دارد؛ به این نحو که هر یک از اشیای تبادله شده در حکم مبیع است.

مقایضه عبارت است از مبادله حق به حق؛ بناءً اگر حق به عمل مبادله شود یا به امتناع از عمل و یا اگر عمل به عمل مبادله شود یا عمل به امتناع از عمل؛ مثل اینکه کسی زمینی را به شخص دیگر بدهد برای اینکه او هم از عملی معین امتناع کند یا عمل کند، این عقد مقایضه نیست بلکه عقد غیر مسمی است همچنان مقایضه می بایست در حق غیر نقدی باشد؛ پس نقود و یا پول در عقد مقایضه داخل نمیشود. با آنهم نقود (پول) وقتی در عقد مقایضه داخل میشود که برای برابری باشد (solute) آنهم در جائیکه اشیای تبادله شده در تقدیر متعاقبین ارزش متفاوت داشته باشد. چنانچه

۱- دکتر سید حسن امامی به نقل از دانشنامه حقوق خصوصی جلد سوم- ق- ی، انتشارات محراب، چاپ اول ۱۳۸۴ صفحه ۱۹۴۰

۲- ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی- درسهای از عقود معین، چاپ هفتم ۱۳۸۴، تهران کتابخانه گنج دانش، صفحه ۲-۳.

ماده (۱۱۷۲) قانون مدنی در مورد چنین تصریح نموده است: (هرگاه اشیاء متبادل در عقد مقایضه از نظر متعاقدين دارای قیمت های متفاوت باشد تعویض مقدار تفاوت به پول نقد جواز دارد). مثل اینکه حویلی کسی (۱۰۰۰۰۰۰۰) افغانی قیمت داشته باشد و به یک زمینی تبادله کند که قیمت آن (۹۰۰۰۰۰۰) افغانی باشد، با در نظر داشت ارزش املاک، نفر اول مستحق معدل (تفاوت قیمت) که مبلغ (۱۰۰۰۰۰۰) باشد، میشود. در این مورد اختلاف آراء وجود داشته و دست کم سه نظریه مطرح گردیده است.

یکم) گروه اول گفته اند که به نیت متعاقدين رجوع می کنیم، اگر اراده بیع بوده پس بیع است و اگر نیت بیع نبوده مقایضه است.

دوم) گروه دوم گفته اند که اگر تفاوت قیمت از اصل قیمت شی بالا بود پس عقد بیع است و اگر کمتر بود عقد مقایضه است.

سوم) گروه سوم گفته اند که عقد مقایضه است مگر اینکه تفاوت قیمت (معدل) که برای تکمیل قیمت شی مد نظر گرفته شده از قیمت شی بالاتر باشد. به این اعتبار، این شی مکمل برای برابری قیمت قرار گرفته نه اینکه تفاوت قیمت شی را تکمیل کرده باشد، بناء عقد در این قسم حالت ها بیع است. دکتر سنهوری رای سوم را صحیح پنداشته است.

گفتار سوم: سران احکام عقد بیع بر مقایضه

احکام بیع تا آنجا بر مقایضه تسری داده می شود که طبیعت مقایضه اجازه دهد. این مورد در ماده ۴۸۵ قانون مدنی مصر تصریح شده ولی در قانون مدنی ما چنین ماده ای به چشم نمی خورد اما، از نص ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی ما که چنین تصریح نموده: (هر یک از اجناس متبادل در عقد مقایضه حکم مبیعه را داشته شروط مبیعه در آن اعتبار داده میشود. در حال وقوع منازعه در مورد تسلیم داد و ستد اجناس مذکور همزمان صورت می گیرد) میتوان چنین حکمی استنباط نمود که احکام بیع تا آنجا که مقتضای طبیعت مقایضه باشد بر عقد مقایضه نیز جاری است.

قانون مدنی ایران احکام خاصه بیع را از مقایضه استثناء کرده نظیر خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تاخیر ثمن؛ ولی چنین استثنایی در قانون مدنی ما پیش بینی نشده و از اطلاق مواد فصل و باب عقد مقایضه چنین برداشت میشود که تمامی احکام مقرر در بیع همانند انتقال ملکیت، تسلیمی، زمان و مکان عقد، ضمان تعرض، ضمان استحقاق، ضمان عیوب پوشیده، بیع ملک غیر، بیع نائب برای خود، بیع در حین مرض موت و سایر احکام آن تا حدودی که با ماهیتو طبیعت عقد مقایضه موافق باشد در عقد مقایضه نیز تطبیق میشود. گرچند مواد (۱۱۷۳، ۱۱۷۴، ۱۱۷۵) قانون مدنی افغانستان در مبحث عقد مقایضه تا حدودی به مبحث استحقاق و عیب مبیعه و مصارف عقد پرداخته است.

گفتار چهارم: وجوه اشتراک عقد بیع و مقایضه

بند اول: رکن اول- تراضی؛

مقایضه همانند بیع عقد رضایی است و با ایجاب و قبول منعقد و تکمیل میشود؛ لذا، شکلی خاص در عقد مقایضه شرط نیست. بناء ارکان عقد مقایضه همانند بیع، تراضی- محل (موضوع) و سبب است. به عنوان نمونه موارد زیر قابل توجه است؛

یکم) وجود تراضی محض در عقد مقایضه شرط نیست؛ بلکه، لازم است تا رضایت طرفین صحیح نیز باشد و تراضی وقتی صحیح است که از (شخص) دارای اهلیت صادر شده باشد و اهلیت در مقایضه همان نفس اهلیت در بیع است. همچنان تراضی صحیح نیست مگر اینکه از عیوب خالی باشد مثل اشتباه، فریب و غبن و اکراه.

دوم) حدود ولایت ولی، وصی و قیم در عقد مقایضه عینا همان چیزی است که در بیع مراد میشود. مواد ۱۱۵۵ الی ۱۱۵۸ قانون مدنی افغانستان قابل دقت است.

سوم) خیار رویت در مقایضه همانند بیع است و همچنان مقایضه به شرط تجربه و چشیدن نیز همانند بیع درست است. ماده (۱۰۶۰) قانون مدنی افغانستان در این مورد چنین تصریح نموده: «۱» در بیع مشروط به تجربه مشتری میتواند مبیعه را قبول یا رد نماید در آن صورت بایع مکلف است امکان تجربه را به مشتری فراهم نماید اگر مشتری مبیعه را رد نماید باید عدم قبولی خود را در خلال مدت معینه اعلان کند. در حال عدم تعیین مدت، بایع مدت معقول را تعیین می نماید سکوت مشتری با وجود قدرت تجربه در خلال مدت مذکور قبول تلقی میشود. «۲» بیع مشروط به تجربه بیع معلق به شرط واقف بوده و آن عبارت از قبول مبیعه است، مگر اینکه از اتفاق یا احوال چنین معلوم شود که بیع معلق به شرط فاسخ است) و ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی چنین تصریح نموده: (در بیع مشروط به دانستن ذائقه، مشتری میتواند مبیعه را قبول یا رد کند. اعلان قبول مبیعه در خلال مدتی که به اتفاق یا عرف تعیین شود، صورت می گیرد. بیع از تاریخ اعلان قبولی نافذ شمرده میشود.) با توجه به مواد فوق، در عقد مقایضه مشروط به تجربه، مقایض می بایست امکان تجربه را فراهم کند و در قبول و عدم قبول، طرف عقد، همانند بیع مشروط به تجربه، مجاز است. و همچنان مقایضه مشروط به دانستن ذائقه نیز همانند بیع است.

بند دوم: (اشیای تبادله شده) موضوع و یا محل؛

در محل یا موضوع عقد مقایضه همه آنچه در بیع شرط است رعایت میشود چرا که طبق ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی افغانستان، هر یک از اشیای تبادله شده در حکم مبیع است. لذا؛ شرط است که:

یکم) شی تبادله شده موجود باشد؛

دوم) معامله شی متنازع فیها در عقد مقایضه نیز قبل از فیصله محکمه درست نیست؛

سوم) وکیل در عقد مقایضه، مال موکل را با مال خودش تبادله نکند؛

چهارم) شی مورد تبادل به نحو کافی تعیین باشد؛

پنجم) شی مورد تبادل صالح برای معامله باشد؛

ششم) موضوع تبادل مشروع باشد؛

هفتم) شی مورد تبادل ملکیت تبادل کننده باشد؛ لذا مقایضه ملک غیر مثل بیع ملک غیر قابل ابطال است بخاطر مصلحت طرف مقابل؛

هشتم) اشیای که به صورت وزنی، پیمانه ای و عددی تعیین میشود، در عقد مقایضه درست است و همچنان جواز دارد تعیین شی که تبادل میشود از طریق دیدن به چشم؛ چنانچه در بیع چنین است؛ نهم) اگر شی مورد تبادل مشاع باشد تبادل آن درست است همانند اینکه در بیع درست است؛

دهم) مقایضه در مرض موت همانند بیع در مرض موت است؛

یازدهم) مقایضه وارث در مال ترکه قبل از تسویه دیون، همانند این است که به وسیله بیع در آن تصرف کرده باشد؛

دوازدهم) حکم مقایضه شخصی که محجوز و یا مفلس است همانند حکم تصرف شان در مال خود به طریق بیع است.

بند سوم: سبب در عقد مقایضه

شرط است که سبب در عقد مقایضه موجود و همچنان مشروع باشد؛ چنانچه در عقد بیع چنین است.

گفتار پنجم: آثار عقد مقایضه

آثار مترتب بر مقایضه عینا همان آثاری است که بر بیع مترتب میشود البته از حیث التزامات بایع نه از حیث التزامات مشتری. بنا براین هریک از تبادل کنندگان ملزم میشوند به انتقال ملکیت به طرف مقابل، چنانچه ملزم به تسلیمی اند و همچنان ضمان تعرض، استحقاق و عیوب مخفی بر دوش شان است.

انتقال ملکیت در عقد مقایضه در اشیای منقول و معین با الذات به مجرد اتمام عقد مقایضه صورت می گیرد و اشیای منقول معین با النوع به افراز و جدا کردن و در عقارات با تنظیم سند.

لذا انتقال ملکیت در عقد مقایضه نیز همانند بیع است و همه احکام آن جاری میشود.

همچنان تسلیمی اشیای تبادل شده در وقت انجام عقد مقایضه باید صورت گیرد و در مورد زمان و مکان تسلیم نیز احکام بیع جاری است.

و حکم زیادت و نقصان در مقدار شی در عقد مقایضه و نیز تلف مبیع عین همان چیزی است که در بیع جاری است. به عنوان مثال ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی تصریح میکند که بایع از نقص مبیعه حسب مقتضای عرف مسئول می باشد. بناء در عقد مقایضه نیز طرفین بنا بر التزاماتی که از آدرس تعهدات بایع متوجه شان است؛ از نقص جنس در عقد مقایضه حسب اقتضای عرف مسئول هستند.

همچنان اگر یکی از طرفین، شی تبادله شده را تسلیم نکرد، حق فسخ برای طرف مقابل محفوظ است و نیز اینکه اگر یک طرف به تعهد خود عمل نکرد طرف مقابل حق فسخ و مطالبه جبران خساره را دارد.

همچنان طرفین در عقد مقایضه حق حبس شی را دارند و هر دو طرف به ضمان تعرض و استحقاق ملزم اند.

گفتار ششم: وجوه افتراق عقد مقایضه از عقد بیع:

احکام بیع متعلق به ثمن و التزامات مشتری مرتبط به ثمن، در عقد مقایضه تسری نمی کند چون این احکام با طبیعت عقد مقایضه متعارض است.

به اعتبار اینکه ثمن در عقد مقایضه مطرح نیست بناء احکام متعلق به ثمن در عقد مقایضه محل ندارد؛ ولی هرگاه عنصر نقد (پول) در عقد مقایضه داخل شد (چنانچه در معدل یا تفاوت قیمت اشیای تبادله شده مطرح میشود)

احکام ثمن فقط بالای همین معدل یا تفاوت قیمت ها تطبیق میشود؛ با آنهم تا جای که معارض عقد مقایضه قرار نگیرد.

با توجه به موارد فوق، وجود ثمن و اینکه تعیین و یا قابل تعیین و اینکه جدی باشد و احکام غبن فاحش در بیع، در عقد مقایضه محل تطبیق ندارد. به علت اینکه اصلاً ثمن در عقد مقایضه مطرح نیست و لزوماً غبن فاحش هم در قیمت شی رخ میدهد و چنانچه قبلاً یاد آور شدیم که در عقد مقایضه تنها مبیع و مبیع وجود دارد.

علاوفاً احکام متعلق به التزامات مشتری راجعه به ثمن همانند وفاء به ثمن و مکان پرداخت آن، در عقد مقایضه محل ندارد.

همچنان که احکام متعلق به ثمر مبیع و نشو و نما و مصارف آن و احکام حبس مبیع و فسخ عقد به علت عدم پرداخت ثمن و یا عدم تسلیم و یا عدم انتقال ملکیت (عقار) در عقد مقایضه تسری و تعمیم داده نمیشود.

بناءً به اعتبار اینکه ثمن در عقد مقایضه وجود ندارد مسائل ذیل مرتب می شود؛

بیعانه و استرداد آن؛ ماده (۵۳۱) قانون مدنی افغانستان قابل ملاحظه است. یعنی اینکه در عقد مقایضه به دلیل عدم رد و بدل پول بین طرفین عقد و اینکه جنس در مقابل جنس قرار می گیرد؛ بناءً بیعانه و احکام مربوط آن که در ماده ۵۳۱ قانون مدنی افغانستان پیش بینی شده، به نظر می رسد که قابل تطبیق نیست.

بحث قسط و تقابل بیع با قسط؛ لذا احکام مندرج ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی در مورد مقایضه قابل تطبیق نیست.

صورت تقابل بیع وفا در عقد مقایضه عادتاً رخ نمی دهد؛ احکام مواد ۱۱۳۶ الی ۱۱۵۱ قابل دقت است.^۱

شفعه در مقایضه نیست؛ البته این مورد بیشتر در حقوق مصر و ایران مطرح می گردد چون حقوق کشورهای ذکر شده عقد مقایضه را بیع نمی دانند، در حالیکه، ماده ۲۲۲۳ قانون مدنی افغانستان تصریح نموده: (شفع بعد از بیع و در حال موجودیت اسباب موجب آن، ثابت میشود. با توجه به این ماده و ماده ۱۱۷۱ قانون مذکور که مقایضه را بیع جنس به جنس دانسته است؛ لذا مقایضه در زیر مجموعه احکام بیع به تبعیت از فقه قرار گرفته و لزوماً که شفع در آن مطرح میشود و از جهتی، طبق ماده ۲۲۲۶ قانون مدنی مواردی که در آن شفع ایجاد نمیشود برشمرده شده است.

و مقایضه مشمول نهی ماده متذکره نیست. ولی بنا به آنچه در فوق تذکر رفت، مقایضه عقد معین است و لزوماً بیع به معنای متداول در علم حقوق نیست؛ در کل تقسیم بندی بیع بر اساس فقه در قانون ما، تقسیمات فقهی و حقوقی را در هم آمیخته و حتی عرف جامعه ما، به تبادل یک جنس به جنس دیگر، خرید و فروش (بیع) نمی گویند بلکه آن را عوض و یا مبادله می گویند. بناء به نظر میرسد که در عقد مقایضه احکام شفع جاری نمی شود و نیز اینکه شفیع در تمامی حقوق و و جابج خود قائم مقام مشتری قرار گرفته و به پرداخت ثمن مکلف است؛ در حالیکه ثمن در عقد مقایضه مطرح نیست و و جابج طرفین در عقد مقایضه از آدرس تعهدات بایع مطرح میشود.

ماده ۴۸۴ قانون مدنی مصر تصریح کرده که: (مصارف عقد مقایضه و سایر مصارف را طرفین به طور منصفه متحمل میشوند مگر اینکه توافق به خلاف آن شده باشد). ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی ما، بعینه ترجمه ماده ۴۸۴ قانون مدنی مصر است.

هرگاه در عقد مقایضه قیمت اشیای تبادل شده متفاوت باشد در تقدیر مصارف تنظیم سند آیا کدام قیمت مدار اعتبار است؟

آیا هر دو شی قیمت گذاری میشود و محصول تنظیم سند شرعی و قانونی از هر کدام جدا گانه گرفته میشود؟ آیا از هر دو شی تبادل شده یک محصول اخذ میشود؟

قاعدتا در تنظیم سند در بیع بات قطعی یک طرف ملکیت است و طرف دیگر آن قیمت آن که از سوی جانبین تصریح و از طرف اهل خبره نیز قیمت گذاری می شود و براساس قانون محصول محاکم و مقررات موجود در بخش ترتیب وثایق، مصارف و یا محصول ترتیب سند قاعدتا به دوش کسی است که سند به مفاد آن ترتیب میشود و در عقد مقایضه که هر دو جانب ذینفع هستند؛ مصارف عقد به طور منصفه است اما اینکه قیمت گذاری کدام شی از اشیای تبادل شده مدار اعتبار

۱- عبدالرزاق احمد السنهوری، بیروت- لبنان- الوسیط فی شرح القانون المدنی- العقود التي تقع علی الملكية- البیع و المقایضه- نظره عامه فی عقد المقایضه الجزء الرابع- (ب.ت) دار احیاء التراث العربی صفحات ۸۵۵-۸۶۷

است معلوم نیست. ممکن است راه حل آن را چنین بیان نمود که قیمت هر دو شی تعیین و از مجموع قیمت، مصارف تنظیم سند سنجش و هر دو طرف مکلف به پرداخت محصول شوند. نتیجه گیری:

از مجموعه مباحث فوق چنین نتیجه گیری می شود که، عقد مقایضه به عنوان عقد مسمی در قانون مدنی افغانستان شناخته شده و در نظام حقوقی ما مورد شناسایی قرار گرفته است. البته در بسای نقاط کشور ما هنوز هم مبادله مال به مال پر رنگ است و دست کم در نقاط دور دست کشور، عمده معاملات مردم را مبادله جنس به جنس تشکیل می دهد و حتی در مواردی مهریه زنان نیز اجناس قرار گرفته و نیز در حالات انحلال ازدواج نیز تقاضای زن از بدل مهر، بعضاً نوعی از جنس و یا مواشی است و به این لحاظ، پیش بینی احکام عقد مقایضه حد اقل اگر در جوامع دیگر رنگ باخته است ولی در جامعه ما یک ضرورت است به دلیل اینکه مقایضه را قانون گذار افغان نوعی از اقسام بیع دانسته، در تعریف آن نیز، بیع جنس به جنس تصریح نموده است. حالانکه بیع در معنای متعارف حقوقی، همان مبادله مال به پول است و حتی در عرف نیز، هرگاه کسی مال خویش را با مالی دیگر غیر از پول، مبادله کند؛ نمی گوییم که وی مال اش را فروخته است. بلکه، می گوییم او مال خویش را عوض کرده یا مبادله کرده است. به نظر نگارنده، قانون گذار افغان با توجه به شرایط کشور و حساسیت های مذهبی موجود هنگام وضع قانون، در اکثریت احکام مقرر در قانون مدنی، مباحث فقهی را لحاظ نموده و تقریباً نیم نگاه فقهی-مذهبی در احکام قانون مشاهده می شود. مسائل قابل تامل و مکث که از تعریف عقد مقایضه ناشی شده و قرار گرفتن این عقد، در زیر مجموعه تقسیمات بیع نیز ناشی از نگرش فقهی است. در همه حال، به اعتبار اینکه در عقد مقایضه، انتقال ملکیت ضمان تعرض و استحقاق و الترامات با بیع و بعضاً مشتری من وجه و نیز سایر احکام مقرر در عقد بیع، مطرح است و همچنان وجود وجوه مشترک عقد مقایضه با بیع (بیع مطلق)، ممکن است قانون گذار افغان را بر آن واداشته تا آن را نوعی بیع محسوب کند.

به هر صورت، به نظر می رسد که در عقد مقایضه احکام خاصه بیع خصوصاً آنچه در مورد ثمن و التزامات مشتری از ناحیه وفاء به ثمن و مکان پرداخت آن می باشد، جاری نیست. منابع و مواخذ؛

السرخی الحنفی ابی بکر محمد بن احمد، المبسوط، جلد یازدهم، ناشر: مکتبه رشیدیہ کوئته سرکی رود، (ب- ت)

الشربی شیخ شمس الدین محمد بن الطیب به اهتمام محمد خلیل غینانی، مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، الجزء الثانی، چاپ دوم ۱۴۲۵ هـ - ۲۰۰۴ م دارالمعرفه بیروت لبنان. انصاری مسعود و دکتر محمد علی طاهری-، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد سوم- ق- ی، انتشارات محراب، چاپ اول ۱۳۸۴

پرویز نوین و عباس خواجه پیری، حقوق مدنی (۶) عقود معین (یک)، چاپ دوم ۱۳۸۲، کتابخانه گنج دانش

دکتر محمد حسین شهبازی به کوشش سید عباس حسینی نیک، قانون مدنی با آخرین اصلاحات - مجمع علمی و فرهنگی مجد(ب.ت)

کاتوزیان- ناصر- دوره مقدماتی حقوق مدنی- درسهای از عقود معین، چاپ هفتم ۱۳۸۴، تهران کتابخانه گنج دانش.

کاتوزیان ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ یازدهم پائیز ۱۳۸۴، نشر میزان..

لنگرودی جعفری، محمد جعفر- ترمینولوژی حقوق، کتابخانه این سینا نشر خواجه، آبان ماه ۱۳۴۶.

وزاره الاوقاف و الشئون الاسلامیه کویت، موسوعه الفقهیه- الکویتیه، جلد نهم ۱۴۲۵ هـ - ۲۰۰۵

قاموس اصطلاحات حقوقی، پوهنتون کابل، چاپ اول ۱۳۸۷ پوهنځی حقوق و علوم سیاسي

قانون مدنی افغانستان- جریده رسمی ۳۵۳ مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ وزارت عدلیه، دولت جمهوری افغانستان. نشرات وزارت عدلیه(ب.ت)

مبنای حق سکوت متهم در قوانین افغانستان

فهرست مطالب:

۱۴۰	مقدمه :
۱۴۱	گفتار اول : مفهوم حق سکوت
۱۴۳	گفتار دوم : مبنای حق سکوت
۱۴۴	گفتار سوم : آثار حق سکوت
۱۴۵	نتیجه گیری :

چکیده:

حقوق دفاعی متهم عبارت است از مجموعه ای از امتیازات و امکاناتی که در اختیار متهم قرار می گیرد تا در پرتو آن حقوق و منافع وی تامین گردد. از مصادیق بارز این دسته از حقوق متهم، رعایت حق سکوت وی در کلیه مراحل محاکمه است. رعایت حق سکوت، منافع جامعه را در روند کشف جرم و تعقیب مجرم به خطر می اندازد و عدم رعایت آن نیز موجب تحدید حقوق مسلم متهم، در جریان محاکمه منصفانه می شود، ولی با توجه به آموزه های حقوق بشری و قرائت های نوین از اصل براءت، امروزه نمی توان در رابطه با تعقیب و به مجازات رسانیدن متهم گشاده دستی کرد. عجز دستگاه قضایی از جمع آوری دلایل جرم و به اثبات رساندن جرایم و ناآگاهی علیه مظنون، فی نفسه موجب ناعادلانه شدن دادرسی نمی گردد. حق سکوت در مقابل مقامات قضایی ایجاب می نماید که این حق به او اعلام شود. متهمی که از حق سکوت استفاده می کند را نمی توان تحت فشار قرار داد تا لب به سخن بگشاید و محاکمه عادلانه مانع تجویز چنین عملکردی است.

مقدمه :

حق سکوت عبارت از حقی است که مظنون و متهم نه تنها در مرحله گرفتاری بلکه در مرحله تحقیق و مراحل محکمه ثلاثه نیز این حق را دارا می باشند. مطابق قانون اجرای جرایم و قانون اساسی افغانستان مظنون و متهم دارای این حق هستند. حق دارند سکوت اختیار نمایند و از هرگونه بیان امتناع ورزند گرچه توسط پولیس و مقامات قضایی تحت باز پرس قرار گیرند.

اشخاصیکه تحت ظن و اتهام از جانب ارگانهای عدلی و قضایی قرار می گیرند در جریان پروسه ای رسیدگی یک سلسله حقوق قانونی دارند که در قوانین ملی و استندرد های بین المللی حقوق ایشان به رسمیت شناخته شده است. پرسش بسیار بنیادی که درینجا مطرح میشود اینست که منشا و آثار حق سکوت چیست؟ ویا میتوان چنین سوال مطرح کرد، چرا اساسا متهم سکوت اختیار کند؟ به عبارت دیگر، انگیزه متهم از سکوت چه می تواند باشد؟ برای پاسخ به این پرسش ها می توان به انگیزه های مختلفی اشاره کرد. برای مثال، علت سکوت می تواند اعتراض متهم به فرایند انجام تحقیقات مقدماتی محاکمه باشد؛ بدین توضیح که، اگر متهم احساس کند که مقام قضائی حقوق وی را اعم از حق داشتن وکیل یا عدم طرح پرسش های تلقینی و ... رعایت نمیکند، ممکن است در مقام اعتراض به این شیوه عمل سکوت اختیار کند. ممکن است در فرض نادری بتوان علت سکوت را احساس شرم متهم به دنبال ارتکاب جرم شدید دانست که نمی تواند یا نمی خواهد صحنه ارتکاب آن را بازگو کند. ممکن است علت سکوت وی داشتن تصور غلط از نتیجه سکوت باشد؛ به این اعتبار که، تصور کند در صورت سکوت، مقام قضائی باید به نفع وی اظهارنظر کند. تحقیق هذا دارای سه گفتار مفاهیم و کلیات و آثار و منشا حق سکوت است.

گفتار اول: مفهوم حق سکوت

حق سکوت به این معنی است که متهم حق دارد تا در برابر سوالات ارائیه شده از طرف مراجع عدلی و قضایی از دادن پاسخ امتناع ورزد. درین گونه موارد مراجع عدلی و قضایی حق ندارند متهم را مجبور به ارائیه پاسخ نمایند آنها وظیفه دارند تا در مدت صورت امتناع یا عدم ارائیه پاسخ از طرف متهم موضوع را ثبت محضر مرتبه نمایند مراجع ذیربط تحقیق نیز مکلفیت دارند تا برای اثبات اتهام وارده به سراغ ادله دیگری بروند.^۱

حق سکوت در نظامهای حقوقی جهان متفاوت است اما در نظام حقوقی افغانستان مظنون و متهم نظر به قانون از حق سکوت در هر سه مرحله برخوردار اند.^۲

جزء ۷ ماده ۷ قانون اجراءات جزایی و ماده ۱۵۰ قانون اجراءات جزایی در رابطه به حقوق مظنون متهم و مسؤل حق العبد در مراحل مختلف تعقیب عدلی چنین مشعر است:

- ۱- استفاده از حق سکوت و امتناع از هرگونه اظهارات.
- ۲- متهم میتواند در برابر سوالی که از وی صورت میگیرد، سکوت اختیار نماید. موضوع سکوت و امتناع از جواب در محضر درج میگردد.
- ۳- سکوت متهم در حکم بیان وی نمیشد.

^۱. ستانکزی، محمد ظریف، علم، حقوق مظنون و متهم، سال ۱۳۹۱. کابل، ص ۱۵.

^۲. همان، ستانکزی، ص ۱۵.

۴- اظهار اقرار و شهادتی که از متهم یا شهود به وسیله تطمیع . تهدید . تخویف یا اکراه حاصل گردیده باشد. اعتبار ندارد

الف) در جریان گرفتاری

ب) در جریان تحقیق

ج) در جریان محکمه

الف) از جمله حقوق مظنون در حین گرفتاری و یا بعد از آن داشتن حق سکوت است . و باید این حق برایش تفهیم گردد و بیان شود که هر اظهاری اگر در جریان گرفتاری مینماید بعداً همان اظهار وی بر خلاف او استعمال خواهد شد .

در اصل حق سکوت تضمین برای عدم اخذ اعتراف به اکراه مادی یا معنوی از مظنون میباشد. چون حالت گرفتاری یکی از موارد مرحله کشف جرم میباشد و در مرحله کشف جرم که اساس و تهداب منی پروسه قضایی را میگذارد هرگاه دراین مرحله اجراءات قانونی صورت گیرد مراحل بعدی (تحقیق . تعقیب و محاکمه) که به آن استوار بوده درست پیش برده میشود و اگر احیاناً مرحله کشف درست و قانونی اساس گذاشته نشود مراحل بعدی که به آن بنا یافته منحرف میگردد و هدف عمده که باید هیچ بی گناهی بی موجب مجازات و هیچ گنهکاری از چنگال قانون فرار ننماید بر آورده نمی گردد.

ب) حق سکوت عبارت از حقی است که مظنون و متهم نه تنها در مرحله گرفتاری دارد بلکه در مراحل تحقیق و مراحل محاکم ثلاثه نیز این حق را دارا میباشد .

اگر چه حق سکوت در قانون اساسی به صراحت تذکر نیافته است . بلکه از دلالت مواد ذیل قانون اساسی استنباط میگردد.

ماده ۲۹ قانون اساسی :

تعذیب انسان ممنوع است هیچ شخص نمیتواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب ، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزاء باشد به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد .

ماده ۳۰ قانون اساسی :

اظهار اقرار و یا شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه بدست آورده شود اعتبار ندارد. اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت ادراک عقل در حضور محکمه با صلاحیت.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی جزء (ز) فقره ۳ بیان میدارد:

هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هرنوع اتهام علیه وی از تضمینهای حد اقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد .

مجبور ساخته نشود که علیه خویش شهادت بدهد یا به جرم خویش اعتراف نماید .

ج (مظنون در جریان گرفتاری و تحقیق می تواند از حق سکوت خویش استفاده نماید به همان قسم متهم در جریان محکمه نیز از حق سکوت خویش استفاده میتواند^۱ .

ماده ۱۵۰ قانون اجراءات جزایی افغانستان فقره اول

۱- سکوت متهم:

متهم میتواند در برابر سوالی که از وی صورت میگیرد . سکوت اختیار نماید موضوع سکوت و امتناع از جواب در محضر درج میگردد.

متهم میتواند که بر اساس حق سکوت به سوالات محکمه جواب ندهد^۲.

جز (ز) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

۲- متهم مجبور نشود

متهم مجبور نشود که علیه خود شهادت دهد و یا به مجرم بودن اعتراف نماید .

تمام موادی قانونی که فوقاً تذکر یافت دال بر اثبات حق سکوت در جریان محاکمه است و هرگاه بحث از محاکمه عادلانه می نمائیم باید حقوق متهم در جریان محاکمه و قبل از آن رعایت گردد که حق سکوت هم از حقوق مهم متهم در جریان محاکمه میباشد که در این قسمت نیز تاکید بیشتر به تامین عدالت شده است . و متهم نباید مجبور گردد که علیه خود شهادت بدهد .

گفتار دوم : مبنای حق سکوت

۱ _ اصل برائت ذمه :

متهم تا زمانی که به حکم قطعی محکمه محکوم علیه قرار نگرفته باشد بری الذمه دانسته میشود . لذا از شخص دارای برائت الذمه هر نوع استسفار و پرسش بدون رضایت وی امر غیر موجه و نادرست تلقی میشود و اگر خود وی مایل به پاسخ دادن نباشد نمیتوان وی را مجبور به این عمل کرد.

۲ _ اصل آزادی اختیار و اراده :

تا زمانی که شخص با اراده خود و یا داشتن آزادی کامل اعتراف یا اقرار به عملی نکند اخذ هر نوع اعتراف و اقرار نزد وی جبری و دارای ارزش و اعتبار قانونی نمیباشد . نمیتوان چنین اعتراف یا اقرار را دلیل اثبات جرم دانست.^۳

۳ _ اصل الینه علی المدعی :

نظر به این قاعده وظیفه اثبات به دوش شخصی است که ادعا مینماید و در قضایای جزایی اصل بر این است که وظیفه اثبات به اتهام به عهده ای مستنطق یا خائنوال است . لذا متهم مکلف نیست تا بی گناهی خود را ثابت نماید و یا اینکه برای بی گناهی خود دلیل بیاورد^۱ .

۱. همان، استانکزی، ص ۹.

۲. همان، ستانکزی، ص ۲۷.

۳. اشرف رسولی، شرح قانون اجراءات جزایی، سال ۱۳۹۴، ص ۳۱۵.

۴ _ هیچ کس مجبور نیست تا بر ضد خود وادار به ارائه دلیل شود یا به عبارت دیگر خود را مجرم ثابت نماید

گفتار سوم : آثار حق سکوت

استنباط های خلاف از سکوت متهم اثر مستقیمی برحق سکوت وی دارند. اگر سکوت متهم علیه وی تفسیر شود، این امر متهم را برای پاسخ دادن به پرسش ها تحت فشار خلاف حق قرار خواهد داد و در واقع، می توان گفت که استنباط خلاف سکوت متهم است.^۱ نمی توان به متهم گفت که هم حق سکوت دارد و هم در صورت سکوت، سکوت وی علیه او تفسیر خواهد شد. الزام متهم به پاسخ دهی به پرسش ها و نقض حق سکوت وی این اثر را هم خواهد داشت که ممکن است متهم برای منحرف کردن ذهن پولیس یا مقام قضائی از حقیقت امر، مطالبی غیرواقعی و دروغین را بیان کند که با محترم شمردن سکوت وی این تالی فاسد هم منتفی خواهد شد. نباید تصور کرد که با الزام متهم به پاسخ گویی و در واقع نادیده گرفتن حق سکوت وی می توان راه را برای فرار متهم از پی گرد و مجازات بست، بلکه تنها با انجام تحقیقات کامل و جمع آوری دقیق دلایل می توان چنین راه گریزی را بست. مقام قضائی یا پولیس باید بدون اتکاء به اظهارات متهم در این فکر باشد که چگونه می تواند اتهام را اثبات کند. زیرا، بالاترین فرض آن است که متهم به ارتکاب جرم اقرار میکند. در این حالت، بحث موضوعیت یا طریقت داشتن اقرار مطرح می شود و با توجه به اینکه قاضی محکمه جزائی باید سرانجام به اقناع وجدانی برسد و نمی تواند فقط بر اساس اقرار وی تصمیم بگیرد، اتکاء به اقرار اثر مهمی نخواهد داشت. افزون بر آن، اقرار تنها راه اثبات اتهام نیست و دادرس باید در پی دلایلی باشد که بتوان آنها را به طور عینی ارزیابی کرد. نمی توان گفت که متهم بی گناه چیزی برای پنهان کردن ندارد یا دلیلی برای ترس ندارد. زیرا، هر متهمی هر چند بی گناه ممکن است بخواهد چیزی را پنهان کند دیگران علیه وی استفاده کند. برای مثال، ممکن است اطلاعاتی را پنهان کند یا ترس آن را داشته باشد که در صورت بیان حقیقت، از طرف دیگران در معرض آسیب قرار گیرد یا حتی ممکن است از روی سادگی مطالبی را اظهار کند که نوعی اقرار به ارتکاب جرم انگاشته شود. بنا بر این، هر شخصی با ملاحظه اوضاع و احوال مربوط به خود تصمیم می گیرد. متهم با سکوت خود همه تکلیف اثبات را بر عهده خائنوال قرار می دهد. اساسا تکلیف اثبات همه رکن های تشکیل دهنده جرم بر عهده خائنوال است. از این رو، می توان گفت در مواردی که تکلیف اثبات به اثبات چیزی ندارد حق سکوت متهم در معرض خطر قرار میگیرد.

^۱. همان، رسولی، اشرف، ص ۳۱۵.

^۲. <http://www.simpodf.com>.

در اصل میشود نتیجه گرفت که آثار سکوت در جزا انکار است . و در قانون مدنی قسم است که نکول میشود و ماده ۲۷۲ قانون اصول محاکمات مدنی.^۱

نتیجه گیری :

یکی از مولفه های محاکمه عادلانه، حقوق دفاعی متهم است که به عنوان مجموعه ای از امتیازات و امکاناتی است که در اختیار متهم قرار می گیرد تا در پرتو آن حقوق و منافع وی تامین شود. حقوق دفاعی متهم به عنوان یکی از ابعاد گسترده ی پیش بینی شده برای متهم، به موجب رعایت اصل برائت یا فرض بی گناهی است. یکی از ابعاد حقوق دفاعی متهم، حق سکوت است. حق سکوت متهم موافق با اصول حقوق بشر است . احترام به حق سکوت متهم به لحاظ دست آوردهای وسیع حقوق بشری و قرائت های نوین بر گسترش قلمرو اصل برائت، از افق های روشن استحقاق افراد از رفتارهای انسانی و هماهنگ با کرامت و جایگاه والای انسان است. رعایت حق سکوت متهم در کلیه مراحل گرفتاری تحقیق و محاکمه، به موجب رعایت رفتارهای انسانی و کرامت مدار بشری به فرد متهمی که هنوز جرم وی به اثبات نرسیده، از جمله تضمین های بنیادی برای قانونمند کردن کیفر تحمیلی با رعایت معیار انسانی و بشری است. حداکثر خطای فرد متهم، جرم ارتكابی اوست که با رعایت اصل قانونی بودن جرم و اصول حاکم بر اثبات و مستند ساختن عمل مجرمانه به وی، با کیفری مواجه هستیم که باید در حق او صادر و اجراء شود. پس تردیدی نیست که اگر بتوان از روش های قانونی و عادلانه در اثبات جرم و تحمیل مجازات به وی بهره گرفت، نباید این حق را به خود داد که از رعایت حداقل مولفه های محاکمه عادلانه سر باز زنیم.

فهرست منابع :

قانون اجراءات جزایی مصوب ۱۳۹۳.

محمد ظریف، علم، استانکزی، حقوق مظنون و متهم، کابل اسد ۱۳۹۱ هـ ش

قانون پوه، محمد اشرف رسولی شرح و توضیح قانون اجراءات جزایی، سال ۱۳۹۴

محمود آخوندی، آئین دادرسی کیفری، جلد پنجم، سال ۱۳۹۱.

محمد علی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، سال ۱۳۹۱.

^۱. قانون اصول محاکمات جزایی، ۱۳۹۳.

اجمالی از فعالیتها

در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

گزارش فعالیتهای قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

۱. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری از تاریخ (۱/۷/۱۳۹۹ الی ۳۰/۷/۱۳۹۹) تعداد (۳۵) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (۷۵) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی ، اخذ رشوت ، اختلاس ، حیازت غیر قانونی سلاح ، تزویر و غدر گرفتار شده و از این تعداد (۱۶) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (۵۹) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال ۲۶ نفر.
 - حبس یک سال الی پنج سال ۱۴ نفر .
 - حبس پنج سال الی پانزده سال ۱ نفر.
 - محکومین جرایم نقدی ۱۸ نفر.
 - مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (۴۶۹۰۷) دالر آمریکائی میشود.
- جدول شماره (۱) بیانگر آمار محکومین محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری**

در ماه میزان سال ۱۳۹۹ است

شماره	توضیح	تعداد قضایه	تعداد تعلیم	برائت	تعداد محکوم	تصمیم قضائی				
						تعداد محبوس به حبس تنفیذی				
						یک سال تا یک سال و یک ماه	۵ - ۱ سال	۱۵ - ۵ سال	محکومین جرایم نقدی	جرمیه نقدی
۱	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	۱۲	۲۴	۴	۲۰	۷	۲		۱۱	۹۹۳۴
۲	اخذ رشوت	۱۲	۲۲	۲	۲۰	۸	۷		۵	۳۴۷۶۶
۳	اختلاس	۴	۷		۷	۴	۱	۱		
۴	تزویر	۴	۱۸	۹	۹	۵	۳		۱	۹۰۹
۵	غدر	۱	۱	۱						
۶	حیازت غیر قانونی سلاح	۱	۳		۳	۱	۱		۱	۱۲۹۸
	مجموعه	۳۵	۷۵	۱۶	۵۹	۲۶	۱۴	۱	۱۸	۴۶۹۰۷

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (۵) دوسیه قرار قضائی صادر و آنها را غرض تکمیل خالاهای تحقیقاتی^۱ و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

جدول شماره (۲) بیانگر قرار های قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

ولایت کابل در ماه میزان سال ۱۳۹۹ است

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار	مرجع مربوط
				خلا و نواقص	
۱	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	۲	۷	۲	خارنوالی
۲	اختلاس	۲	۲	۲	خارنوالی
۳	اخذ رشوت	۱	۱	۱	خارنوالی
مجموعه					۵

۲. نمونه های از خلاصه احکام صادره محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

ولایت کابل

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۴

محکومیت رئیس انکشاف دهات ولایت میدان وردک به جرم اخذ رشوت

شرکت ساختمانی عنوانی ریاست مبارزه با جرایم سنگین فساد اداری عارض گردیده که در یکی از قرار داد های حفظ و مراقبت قوماندانی امنیه ولایت میدان وردک در بدل بیست و هفت میلیون افغانی طور داوطلب برنده اعلان گردیده بودم بعد از مدتی قرارداد فوق توسط اداره امور ریاست جمهوری بسته و بعدا به اساس حکم دولت دوباره بعد از نظر هیئت ریاست احیا و انکشاف دهات ولایت میدان وردک به مبلغ فوق الذکر حکم تائید داده شد ولی مسئولین انکشاف دهات برایم گفته اند که وقتی برای شما مبلغ بیست و هفت میلیون را تائید می نمایم که مبلغ یک و نیم میلیون افغانی برای ما پرداخت نمایند در صورتی که به ما پول ندهید ارزش کار را مبلغ هشت میلیون افغانی تائید می نمایم . بعدا از عرض عارض ریاست مبارزه با جرایم سنگین وزارت امور داخله پس از صحت و سقم موضوع طی یک پلان منظم به گرفتاری بالفعل رئیس انکشاف دهات ولایت میدان وردک اقدام می نمایند که در نتیجه موصوف را در کارته مامورین در داخل یک موتر رو بروی یک هوتل گرفتار می نمایند و در جریان تلاشی بدنی مبلغ یک میلیون افغانی از قبل نشانی شده بدست آمده و متهم گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد . قضیه وارد محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۴ به حضور داشت طرفین قضیه به اتفاق آرا متهم رئیس انکشاف دهات ولایت میدان وردک را در قضیه اخذ رشوت مبلغ یک میلیون و پنجصد هزار افغانی طبق بند ۶ فقره ۱ ماده ۳۷۱ ، فقره ۱ ماده ۳۷۵ ، فقره ۱ ماده ۳۸۵ با رعایت مواد ۲۱۱ و ۲۱۴ کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت ده سال و یکماه حبس تنفیذی و جزای نقدی معادل و جه رشوت وانفصال از وظیفه ، و در قضیه حیازت غیر مجاز یک میل سلاح کمری طبق مواد ۵۳۶، و ۵۴۵

کود جزا به پرداخت جزای نقدی مبلغ سی و پنج هزار افغانی و مصادره سلاح بدست آمده محکوم به مجازات نموده است از اینکه در جرایم فوق الذکر وحدت هدف که جرایم مذکور را باهم جمع نماید موجود نبود طبق ماده ۷۵ کود جزا به تطبیق هر دو جزای محکوم بهای فوق الذکر بالایش حکم گردید.

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۶

محکومیت معتمد نقدی ریاست عقیدتی وزارت دفاع ملی به جرم اختلاس

از جانب ریاست تفتیش داخلی سر مفتشیت وزارت دفاع ملی هیئتی توظیف گردیده که امور مالی سال های ۱۳۹۸ الی ۱۳۹۹ ریاست عقیدتی و فرهنگی وزارت را بررسی نماید که بعد از بررسی هیئت موظف در جمع معتمد نقدی ریاست عقیدتی و فرهنگی وزارت دفاع ملی جمعا مبلغ (۳۱۲۰۸۷۳) افغانی قید بود که از جمله اسناد مبلغ (۱۲۲۸۵۷۸) افغانی بنابر عوامل مختلف نا تکمیل و یا مجرای داده نشده و در رابطه به مبلغ (۱۸۹۲۲۹۵) افغانی هیچ نوع اسناد ارایه کرده نتوانسته است. هیئت تفتیش لادرکی پول متذکره را اختلاس تشخیص نموده و قضیه به محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل راجع و محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۶ خویش بحضور داشت طرفین قضیه متهم معتمد نقدی ریاست عقیدتی و فرهنگی ستر درستیز وزارت دفاع ملی را در قضیه اختلاس مبلغ (۱۹۹۲۲۹۵) افغانی مطابق حکم فقره ۴ ماده ۳۹۳، ۳۹۱، فقرات ۱ و ۲ ماده ۳۹۸ با رعایت مواد ۲۱۱، ۲۱۳ و ۲۱۴ کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت هفت سال و ششماه حبس تنفیذی، رد وجه اختلاس شده و انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکوم به مجازات نموده است.

• نمونه های از خلاصه احکام صادره محکمه ابتدائیه اختصاصی رسیدگی با جرایم سنگین فساد اداری

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۴

محکومیت کارمندان ستاک مرکزی همرا بایکتن از کارمندان وزارت صحت عامه به جرم اخذ رشوت

شرکت اسپید هولو گرام طی عریضه این نگاشته که قرار داد تهیه (۳۰۰۰۰۰) دانه خرسک محافظتی کرونا را فی دانه به مبلغ (۳۸۱) افغانی بعد از تائیدی و منظوری مقام ریاست جمهوری و اداره تدارکات ملی با وزارت صحت عامه عقد نموده است که طبق قرار داد مذکور میبایست سی فیصد پول از جمع قرار داد قبل از تسلیمی جنس از جانب وزارت صحت عامه به شرکت قرار دادی پرداخته میشد که مسولین وزارت صحت عامه طبق قرار داد عمل ننموده و هیچ مقدار پول به شرکت پراخت نکرده است. و به اساس قرار داد مذکور به تعداد (۳۰۰۰۰۰) دانه خرسک طبق مشخصات قرارداد از تاریخ عقد قرارداد الی مورخ ۲۰۲۰/۶/۱۱ از جانب نماینده شرکت به وزارت صحت عامه تسلیم داده شده و از موظفین ستاک مرکزی وزارت صحت عامه سند رسید

اخذ گردیده است. یکن از کارمندان وزارت صحت عامه در بدل دادن پول قرار داد مذکور از نزد نماینده شرکت ابتدا مبلغ (۳۰۰۰۰۰) دالر امریکایی رشوت و بعدا مبلغ (۱۰۰۰۰۰) هزار دالر امریکایی مطالبه کرده که بالاخره به مبلغ (۸۰۰۰۰) دالر امریکایی رشوت موافقت شده طوریکه مبلغ (۳۰۰۰۰) هزار دالر امریکایی را بعد از تکمیل نمودن اسناد پرداخت پول قرار داد مذکور از جانب مسولین وزارت صحت عامه و متباقی مبلغ (۵۰۰۰۰) هزار دالر امریکایی آنرا بعد از بر آمدن پول قرار داد مذکور از نزد حکومت بیردازد که بلاثر عریضه و هدایت لوی خاړنوالی هیئت موظف ریاست و نماینده ریاست امنیت ملی و قوماندانی امنیه ولایت کابل داخل اقدام شده و مبلغ (۲۹۰۰۰) دالر امریکایی را نشانی شد نموده تا به کارمند صحت عامه بیردازد که در زمینه فورم راپور رسید از جانب مدیریت راپور رسید ترتیب و امضاء هیئت معاینه، تشریح و کنترول اخذ وبدون مهر در نزد مدیر راپور نگهداری و از تسلیمی ان الی اخذ رشوت مورد نظر خود داری صورت گرفته تا اینکه بعد از سپری شدن مدت بلاثر هدایت سرپرست ستاک مرکزی راپور رسید متذکره بدون مهر به شخص کارمند صحت عامه تسلیم داده شده تا باتسلیمی راپور رسید به شرکت قرار دادی از شرکت مذکور رشوت اخذ نماید. زمانیکه کارمند صحت عامه با اسناد مورد معامله به دفتر شرکت مراجعه می نماید بدلیل فاقد مهر بودن اسناد به دفتر خویش به تماس شده و یکی از کارمندان شرکت به دفتر سرپرست آمریت ستاک مرکزی جهت مهر اسناد مراجعه و بعد از مهر، ان اسناد را به دفتر شرکت دوباره می آورد کارمند صحت عامه بعد از خروج از دفتر شرکت از جانب هیئت موظف گرفتار و در نتیجه تلاشی بدنی از نزد وی مبلغ (۲۹۰۰۰) دالر امریکایی بدست آمده که با کاپی آن مطابقت داشته و یکسان بوده و متهمین به ارگانهای عدلی وقضایی معرفی میگردند. قضیه محول محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم سنگین فساد اداری گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۴ خویش به اتفاق آرا بحضور داشت طرفین قضیه سرپرست آمریت ستاک مرکزی را در اتهام مطالبه رشوت مبلغ (۳۰۰۰۰۰) دالر امریکایی طبق هدایت فقره ۶ ماده ۳۷۱ و فقره ۲ ماده ۳۷۵ و با در نظر داشت ماده ۷۵ کود مذکور به مدت ده سال و یک ماه حبس تنفیذی و انفصال از وظیفه و کارمند وزارت صحت عامه رابه اتهام وساطت در رشوت مبلغ فوق الذکر و فق فقره ۶ ماده ۳۷۲، ماده ۳۷۳، فقره ۲ ماده ۳۷۵ رعایت بند ۷ و ۸ فقره ۲ ماده ۲۱۳ و فقره ۴ ماده ۲۱۴ کود جزا و ماده ۲۳۷ قانون اجراءات جزایی از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت سه سال حبس تنفیذی و انفصال از وظیفه محکوم به جزا نموده است و نیز وفق فقره ۱ ماده ۳۸۵ کود جزا با رعایت فقره ۲ ماده ۶۸ کود جزا متهمین کارمند صحت عامه، سرپرست آمریت و مدیر راپور رسید ستاک مرکزی را به پرداخت مبلغ سه صد هزار دالر امریکایی جزای نقدی معادل وجه رشوت طور تضمین مکلف ساخته و یک سیت موبایل مطابق به ماده (۱۸۲) کود جزا مصادره و سه تن دیگر از متهمین در اتهام شراکت در اخذ

رشوت، طبق هدایت ماده (۲۳۵) قانون اجراءات جزایی نسبت فقدان دلایل الزام بری الذمه دانسته شده اند

گزارش فعالیتهای قضائی محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

(۱) گزارش

محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری از تاریخ (۱۳۹۹/۷/۱ الی ۱۳۹۹/۷/۳۰) تعداد (۱۷) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (۲۸) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظيفی، اخذ رشوت، تزویر و اکتساب غیر قانونی سلاح گرفتار شده و از این تعداد (۳) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (۲۵) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یکسال الی پنج سال ۹ نفر.
- حبس پنج سال الی پانزده سال ۱ نفر.
- محکومین جرایم نقدی ۱۵ نفر.

مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (۱۶۷۵۸) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (۳) بیانگر آمار اجراءات محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

در ماه میزان سال ۱۳۹۹ است

شماره	نوع قضیه	تعداد متهم	برائت	تعداد محکوم	تصمیم قضائی			
					تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
					تعداد محکومین به حبس نقدی	تعداد محکومین به حبس ۱-۵ سال	تعداد محکومین به حبس ۵-۱۰ سال	تعداد محکومین به حبس ۱۰ سال و بیشتر
۱	سوء استفاده از صلاحیت وظيفی	۹	۲	۱۳	۳			۷۰۱۲
۲	تزویر	۳	۱	۷	۴			۴۵۴
۳	اخذ رشوت	۴		۴	۲	۱		۸۸۹۲
۴	اکتساب غیر قانونی سلاح	۱		۱				۴۰۰
مجموعه		۱۷	۳	۲۵	۹	۱	۱۵	۱۶۷۵۸

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (۵) دوسیه قرار قضائی صادر و آنها را غرض تکمیل خالاهای تحقیقاتی^۱ و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

جدول شماره (۴) بیانگر قرار های قضایی محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری در ماه میزان سال ۱۳۹۹ است

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار	
				خلا و نواقص	
۱	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	۳	۱۸	۳	خارنوالی
۲	اخذ رشوت	۲	۲	۲	خارنوالی
مجموعه		۵	۲۰	۵	

۲. خلاصه نمونه های از احکام صادره محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری حکم ۱۳۹۹/۷/۲۸

محکومیت خارنوال تحقیق ولسوالی کهمرد ولایت بامیان به جرم اخذ رشوت

یکتن از باشندگان ولسوالی کهمرد ولایت بامیان به ریاست خارنوالی عمومی کنترول و مراقبت عارض و تحریر داشته که خارنوال تحقیق ولسوالی کهمرد ولایت بامیان در رابطه به قتل یکتن که در جریان جنگ های تنظیمی از سوی اشخاص دیگری به قتل رسیده ، دوسیه قتل را در سال ۱۳۸۷ علیه من تحرک کرده است و تمام اسناد و شواهد نمایانگر بی گناهی ام در این قضیه میباشد و از من مطالبه رشوت مینماید از اینکه من دهقان کار هستم و توان پراخت پول را ندارم و در قضیه قتل بی گناه میباشم از مقام ریاست کنترول و مراقبت لوی خارنوالی خواهشمندم تا قضیه را مورد پیگرد قانونی قرار دهد که ریاست کنترول و مراقبت جهت اخذ هدایت در زمینه اجراءات نموده و همراه با هیئت موظف و نماینده حوزه دهم امنیتی پولیس داخل اقدام شده و مبلغ دوصد هزار افغانی پول اوپراتیفی را نشانی و بدسترس شخص همکار قرار داده و بعد از پروسه کشفی و مستند سازی متهم بالفعل با پول متذکره تو سط هیئت موظف گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه با فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۳ خویش در حضور داشت طرفین قضیه متفقاً متهم خارنوال تحقیق ولسوالی کهمرد ولایت بامیان را در قضیه اخذ رشوت مبلغ دو صد هزار افغانی طبق حکم بند (۵) فقره (۱) ماده (۳۷۱)، فقره (۱) ماده (۳۷۵) و فقره (۱) ماده (۳۸۵) کود جزا با رعایت احکام مواد (۲۱۱ و ۲۱۳) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی اش به مدت پنج سال و یک ماه حبس تنفیذی و جزای نقدی معادل و جه رشوت و انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است . اما قضیه نسبت عدم قناعت طرفین قضیه محول محکمه استیناف جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۸ خویش با اتفاق آراء بحضورداشت طرفین قضیه طبق حکم ماده (۵۴) قانون تشکیل وصلاحیت قوه قضائیه فیصله

مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۳ محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل را تأیید نموده است .

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۳

محکومیت مدیر جنایی قوماندانی امنیه ولسوالی بگرامی کابل به جرم سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی

به اساس اطلاعات قبلی جداگانه یکتن از باشندگان ولسوالی بگرامی مبنی بر مطالبه مبلغ (۱۰۰۰) دالرامریکایی در بدل رهائی برادرش و نیز مطالبه یکصد هزار افغانی رشوت توسط مدیر مبارزه با جرایم جنایی ولسوالی بگرامی در مقابل برداشتن پوسته افزا شده توسط یک تن از زورمندان بالای زمین شخصی شان موظفین مدیریت عمومی تحقیقات جرایم سرحدی ریاست عمومی مبارزه با جرایم جنایی بعد از ترتیب پلان در حضورداشت نمایندگان خانونوالی وزارت امورداخله ، خانونوالی تحقیق جرایم ، خانونوالی استیناف ولایت کابل، نماینده ریاست عمومی مبارزه با جرایم جنایی وقوماندانی امنیه ولسوالی بگرامی ولایت کابل، متوسل به عملیات گردیده اند، برای باراول مبلغ (۱۰۰۰) دالر پول اوپراتیفی نشانی شد را توسط هیئت در اختیارهمکارقرار داده اما به نسبت (افشا) شدن موظفین گرفتاری توسط منسوبین قوماندانی ولسوالی بگرامی موفق به گرفتاری وی نگردیده اند. بعداً (۱۰۰۰۰۰) یکصد هزارافغانی توسط هیئت نشانی شده و دردسترس شخص عارض قرار داده می شود که مدیر مبارزه به جرایم جنایی پول را اخذ در زیر میز اشپزخانه و در پشت یخچال دفتر خویش پنهان می نماید و هنگام خروج از دفترش توسط هیئت گرفتاری توقف داده شده اما نامبره به همکاری محافظ اش وبه استفاده از ازدحام وبلدیت در ساحه از محل فرار می نماید. ولی بعداً گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد . قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی ۱۳۹۸/۵/۶ به حضور داشت طرفین قضیه و وکیل مدافع متهم مدیر جنایی قوماندانی امنیه ولسوالی بگرامی کابل را در قضیه سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی مبنی بر اخذ مبلغ یکصد هزار افغانی از نزد متضرر قضیه طبق حکم ماده (۴۰۳) کود جزا به پرداخت جزای نقدی مبلغ دوصد پنجاه هزار افغانی به خزینه دولت وطرده از مسلک وانفصال از وظیفه محکوم به مجازات و در قضیه مطالبه رشوت مبلغ یک هزار دالرامریکایی، تجاوز علیه موظف خدمات عامه وفرار در حین گرفتاری نسبت عدم موجودیت دلایل الزام طبق صراحت ماده (۲۳۵) قانون اجراءات جزایی و ماده (۵) کود جزا بری الذمه شناخته شده است. قضیه نسبت عدم قناعت خانونوال موظف قضیه به محکمه استیناف رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل راجع گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۳ خویش بحضورداشت طرفین قضیه به اتفاق اراء مطابق ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فیصله مورخ ۱۳۹۸/۵/۶ محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل را در قسمت سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی تشدیداً تعدیل و استینافاً حکم شده که متهم مدیر

جنایی اسبق قوماندانی امنیه ولسوالی بگرامی کابل در قضیه سوء استفاد از صلاحیت وظیفوی مبنی بر اخذ رشوت مبلغ یکصد هزار افغانی از نزد متضرر قضیه طبق حکم ماده (۴۰۳) کود جزا و فقره (۴) ماده (۲۱۸) کود مذکور به پرداخت جزای نقدی مبلغ سه صد هزار افغانی به خزینه دولت، طرد از مسلک و انفصال از وظیفه محکوم به مجازات و در قضایای مطالبه رشوت مبلغ یک هزار دالر امریکایی، تجاوز علیه موظف خدمات عامه، فرار و مقاومت حین گرفتاری نسبت عدم موجودیت دلایل الزام طبق صراحت ماده (۲۳۵) قانون اجراءات جزایی ماده (۵) کود جزا بری الذمه شناخته شده است .

گزارش فعاليتهاي قضائي محکمه استیناف رسیدگی به جرایم امنیت عامه ولایت بلخ

۳. گزارش

محکمه استیناف رسیدگی به جرایم امنیت عامه ولایت بلخ از تاریخ (۱/۴/۱۳۹۹) الی ۱۳۹۹/۷/۳۰ تعداد (۸) دوسیه جرمي مربوط به جرایم ناشي از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائي قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (۹) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی ، اخذ رشوت و تزویر گرفتار شده و به مجازات هاي مختلف حبس محکوم گردیده اند. و از این تعداد (۲) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (۷) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات هاي مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یکسال الی پنج سال ۵ نفر.
- محکومین جرایم نقدی ۲ نفر.
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (۱۹۴۷) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (۵) بیانگر آمار محکومین محکمه استیناف رسیدگی به جرایم امنیت عامه ولایت بلخ

تصمیم قضائي									
شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد مجرمین	جنسیت	تعداد محکومین	تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
						یک ماه الی یک سال	۱-۵ سال	۵-۱۰ سال	جریمه نقدی
۱	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	۱	۲	۱	۱				۱۲۹۸
۲	اخذ رشوت	۴	۴		۴		۴		
۳	تزویر	۳	۳	۱	۲		۱		۶۴۹
	مجموعه	۸	۹	۲	۷		۵		۱۹۴۷

• نمونه های از خلاصه احکام صادره محکمه استیناف رسیدگی به جرایم امنیت عامه ولایت بلخ

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۴

محکومیت کارمند آمریت صحت محیطی ریاست صحت عامه ولایت بلخ به جرم اخذ رشوت

معاون شرکت سمرقند به نسبت اخذ جواز شرکت آب معدنی و تصدیق از صحت و سقم موضوعات محیط زیستی به ریاست صحت عامه ولایت بلخ مراجعه نموده و ریاست مذکور مدت یک ماه اسناد وی را قید نموده و چند بار داکتر صحت محیطی به شرکت آمده و گفته که جای شرکت شما مناسب نیست باید پول بدهید تا جواز کار شما را بدهم موضوع مستند سازی شده و مبلغ پنجاه هزار افغانی از طریق همکار به شخص موصوف تادیه و هیئت موظف گرفتاری به تعقیب وی حرکت نموده بلاخره در مقابل گلسازی های تعمیر لیس به باختر متهم مذکور متوقف و در جریان تلاشی بدنی مبلغ پنجاه هزار افغانی پول از قبل نشانی شده از جیب وی دریافت و متهم به ارگانه های عدلی و قضایی معرفی میگردد. قضیه وارد دیوان رسیدگی بجرایم امنیت عامه محکمه ابتدائیه ولایت بلخ گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۶/۱۷ به حضور داشت طرفین قضیه به اتفاق آرا متهم را در قضیه اخذ رشوت مبلغ پنجاه هزار افغانی به مدت دو سال و شش ماه حبس تنفیذی به شمول ایام نظارت و توقیفی و به پرداخت مبلغ پنجاه هزار افغانی جزای نقدی معادل وجه رشوت به خزانه دولت و طبق فقره ۲ ماده ۳۷۵ کد مذکور به انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است اما قضیه نسبت عدم قناعت طرفین قضیه محول دیوان رسیدگی بجرایم امنیت عامه محکمه استیناف ولایت بلخ گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۴ خویش به اتفاق آرا و با کسب صلاحیت از حکم ماده ۵۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و طبق هدایت فقره ۳ ماده ۲۶۷ قانون اجرات جزائی فیصله دیوان رسیدگی بجرایم دیوان امنیت عامه محکمه ابتدائیه شهری ولایت بلخ را نسبت خطاء در تطبیق قانون و نتیجه گیری غیر واقعی از قضیه نقض نموده و استینافاً متهم را در قضیه سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی طبق هدایت فقره ۱ ماده ۴۰۳ به پرداخت مبلغ یکصد هزار افغانی جزای نقدی محکوم به جزا نموده و هکذا طبق فقره ۲ ماده ۴۰۳ کد مذکور به انفصال از وظیفه وی نیز اصدار حکم نموده است.

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۷

محکومیت منسوبین مدیریت جنائی قوماندانی امنیه ولایت بلخ به جرم اخذ رشوت

بلاثر ورقه عرض یک خانم در خصوص تجاوز جنسی بالایش عنوانی مدیریت جرایم جنائی قوماندانی امنیه ولایت بلخ، قضیه نسبتی تحت کار آمریت حل مشکلات خانوادگی مدیریت جنایی قرار گرفته و در رابطه به اینکه متهم از پیگرد قانونی فرار و علیه وی دوسیه جزائی ترتیب نگردد در بدل این کار دو تن از خارنمنان از نزد برادر متهم سی هزار افغانی رشوت مطالبه می نمایند که برادر متهم موضوع را به مدیریت داخلی قوماندانی امنیه اطلاع داده و خواهان رسیدگی ان شده که مدیریت متذکره مبلغ (۲۷۵۰۰) افغانی را نشانی و به دسترس شخص قرار داده تا اینکه مبلغ

متذکره را به رشوت گیرنده ها تسلیم داده و بعد از طرف هیئت گرفتاری و به حضور داشت خانونال موظف گرفتار و پول از قبل نشانی شده از عقب میز و چوکی دفتر دریافت میگرد ، قضیه جهت غور و بررسی به دیوان جرایم امنیت عامه محکمه ابتدائیه شهری ولایت بلخ ارجاع گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۵/۱۸ خویش به حضور داشت طرفین حقیقی قضیه به اتفاق آرا متهمین را در قضیه اخذ مبلغ (۲۷۵۰۰) افغانی رشوت طبق فقره ۳ ماده ۳۷۱ کدود جزا و با در نظر داشت ماده ۵۸ کدود مذکور هر واحد بمدت دوسال و یکماه حبس تنفیذی به شمول ایام نظارت و توقیفی شان محکوم به مجازات نموده است و هکذا طبق ماده ۳۸۵ کدود جزا با در نظر داشت ماده ۶۸ کدود مذکور هر واحد را به مبلغ ۲۷۵۰۰ افغانی جزای نقدی معادل وجه رشوت و طبق فقره ۲ ماده ۳۷۵ کدود جزا به انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است . اما قضیه نسبت عدم قناعت متهمین محول دیوان جرایم امنیت عامه محکمه استیناف ولایت بلخ گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۷ خویش با اتفاق آرا و با کسب صلاحیت از حکم ماده ۵۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و طبق هدایت فقره ۱ ماده ۲۶۷ قانون اجراء جزایی فیصله دیوان رسیدگی جرایم امنیت عامه محکمه ابتدائیه ولایت بلخ را تأیید نموده است.

در راستای مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

الف: گزارش اجراآت قضائی محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر
۱. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (۱۳۹۹/۷/۱ الی ۱۳۹۹/۷/۳۰) تعداد (۱۳۰) 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 (۱۹۷) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (۱۰) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت یافته و (۱۸۷) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یکماه الی یکسال ۲ نفر .
- حبس ۱ سال الی ۵ سال ۶۳ نفر .
- حبس ۵ سال الی ۱۵ سال ۷۴ نفر.
- حبس ۱۵ سال الی ۲۰ سال ۲۹ نفر .
- حبس ۲۰ سال الی ۳۰ سال ۱۹ نفر .

همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر حکم به محو مقدار (۱۷۰۱۱،۸۴۱) کیلوگرام مواد مخدر و (۱۱۳۴،۵) لیتر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

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

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تعداد متهم	برائت	تعدادات محکوم	تصمیم قضایی				
							تعداد محبوس به حبس تنفیذی				
							حبس	حبس	حبس	حبس	حبس
۱	مت امفتمین	۷۰	۳۰۱۰۰۴۷	۹۰	۷	۸۳		۳۲	۳۵	۱۳	۳
۲	هیروئین	۲۶	۵۸۸۰۸۸۵	۴۸		۴۸		۱۲	۱۴	۷	۱۵
۳	مورفین	۶	۷۲۰۹۳	۷		۷		۱	۴	۱	۱
۴	چرس	۱۲	۳۸۳۴۰۲۸۸	۲۴	۲	۲۲		۱	۱۸	۳	
۵	تریاک	۳	۸۹۰۵	۴		۴		۱	۱	۲	
۶	بنگدانه	۴	۱۲۰۴۴	۹		۹		۹			
۷	تابلیت K	۴	۷۰۵۳۷	۹	۱	۸		۴	۲	۲	
۸	تیزاب	۱	۷۳۰۶۵۴	۱		۱				۱	
۹	مشروبات الکولی	۴	۱۱۳۴۰۵ Lt	۵		۵	۲	۳			
مجموعه		۱۳۰	۱۷۰۱۱۰۸۴۱	۱۹۷	۱۰	۱۸۷	۲	۶۳	۷۴	۲۹	۱۹

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

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۳

سیزده سال حبس به اتهام حیازت مقدار (۲۸۰) گرام مت امفتمین

پرسونل حوزه چهارم امنیتی پولیس مبارزه با مواد مخدر ولایت کندهار به اساس معلومات قبلی فردی را که در ساحه حوزه چهارم مواد مخدر را بالای معتادین بفروش میرساند تثبیت و یکتن همکارا توظیف نموده تا ذریعه پول نشانی شده مقدار مواد مخدر را از وی خریداری نماید که بالاخره شخص همکار با شخص فروشنده در تماس شده و وی را به ساحه ده خواجه مربوط ناحیه چهارم میخواهد و فروشنده با یک خریطه پلاستیکی بوزن (۲۸۰) گرام مواد مخدر تحت نام مت امفتمین به محل تعیین شده می آید و حین تسلیم دهی مواد مخدر به منبع و اخذ پول نشانی شده بالفعل دستگیر و به جرم خویش اعتراف نموده و مواد مخدر متذکره را متعلق به یکی از باشندده گان ناحیه دوازدهم شهر کندهار میداند که در نتیجه فروشنده با صاحب اصلی مواد مخدر در تماس شده و برایش میگوید که مواد مخدر را فروخته ام پول انرا در کجا برای تسلیم نمایم.

صاحب اصلی مواد میگوید که در خانه تسلیم میشوم هئیت گرفتاری به همکاری فروشنده مالک مواد مخدر را نیز از منزلش گرفتار می نمایند. قضیه محول محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده و در جلسه قضائی منعقدۀ مورخ ۱۳/۷/۱۳۹۹ به اتفاق آرا و به حضور داشت حقیقی طرفین قضیه هر دو تن از متهمین به اتهام حیازت مقدار (۲۸۰) گرام مت امفتامین از ابتداء ایام نظارت و توقیفی وفق هدایت بند ۵ ققره ۲ ماده ۳۰۳ کود جزا هر واحد بمدت ده سال و ششماه حبس و در خصوص فروش مواد مخدر بالای معتادین طبق مدۀ ۳۱۱ کود مذکور هر واحد بمدت یکسال و شش ماه حبس و مالک مواد مخدر در خصوص استخدام طبق ماده ۳۱۰ کود جزا بمدت یکسال و یکماه حبس تنفیذی طوری محکوم بمجازات شده اند که طبق ماده ۷۵ کود جزا جزای های داده شده در خصوص مالک مواد مخدر مجموعاً مدت ۱۳ سال و یکماه حبس تنفیذی قابل تطبیق و تنفیذ میباشد و در خصوص فروشنده مواد مخدر مجموعاً مدت ۱۲ سال حبس تنفیذی قابل تطبیق و تنفیذ دانسته شد و همچنان طبق ماده ۳۲ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر به مصادره مبلغ ۱۰۰۰۰ کلداری پاکستانی و دو سیت مبائیل معه سیمکارت های آن و طبق ماده ۱۹ قانون مذکور به محو مواد مخدر بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است .

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۶

هجده سال حبس به اتهام قاچاق مقادیر (۱۱۵،۸۴) کیلو گرام چرس ، (۲،۳) گرام مت امفتامین و (۵) گرام چرس

یک شبکه قاچاقبران مواد مخدر در ولایت ننگرهار تحت کار کشفی و اپراتیفی اداره اطلاعات و تحقیقات قرار داشته، در جریان تحقیقات کشفی اطلاعات مواصلت نموده که یکتن از قاچاقبران مواد مخدر و فروشنده تابلت K ، مواد مخدر چرس و مواد کیمیاوی را بطور عمده خریداری و در شهر جلال آباد بطور پرچون توسط اشخاص و افراد خویش بالای معتادین به فروش میرسانید و چندین تن از موظفین خدمات عامه ولایت ننگرهار با فروشنده در ارتباط بودند و با استفاده از صلاحیت وظیفوی خویش زمینه فروش تابلت K و چرس را به شکل پرچون (پوری) فراهم مینمودند بناء شماره سیم کارت شخص فروشنده مطابق قانون تحت استراق سمع قرار میگيرد که در نتیجه توسط موظفین اداره اطلاعات و تحقیقات به همکاری قوماندانی کابل گیت دو نفر همراه با قاچاقبر مواد مخدر با یکعراده موتر کرولا از دروازه پلچرخ کابل گرفتار می شوند . بعداً هئیت موظف باساس اطلاعات موجود منزل و دوکان خورا که فروشی فروشنده مواد مخدر را در ناحیه هفتم شهر جلال آباد مورد تلاشی قرار میدهند که در نتیجه مقدار ۱۱۵/۸۴ کیلوگرام چرس ، اسلحه و مهمات ، مبلغ سیزده لک کلداری پاکستانی، پنجاه هزار افغانی ، بتعداد ده سیت مبائیل های مختلف النوع و یکعراده موتر سایکل کشف و ضبط میگردد . و بتعقیب قضیه سه تن متهمین دیگر نیز گرفتار می شوند قضیه به محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر راجع

گردیده محکمه در جلسه قضائی مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۶ به اتفاق آرا و به حضور داشت حقیقی طرفین قضیه متهم فروشنده را به اتهام قاچاق مقدار ۱۱۵/۸۴ کیلوگرام چرس از ابتداء ایام نظارت و توقیفی وفق هدایت بند ۷ فقره ۱ ماده ۳۰۵ کود جزا بمدت ده سال حبس تنفیذی و در خصوص اتهام ۲,۳ گرام مت افتمامین طبق بند ۱ فقره ۲ ماده ۳۰۳ کود مذکور بمدت ۹ ماه حبس تنفیذی و در خصوص اتهام ۵ گرام چرس وفق هدایت بند ۱ فقره ۱ ماده ۳۰۵ با رعایت ماده ۷۵ کود مذکور به پرداخت پنج هزار افغانی جزای نقدی که طبق ماده ۷۳ کود جزا جزای شدید مدت ده سال حبس بالایش قابل تنفیذ می باشد و در خصوص اتهام استخدام طبق ماده ۳۱۰ کود جزا بمدت پنج سال حبس تنفیذی و در خصوص فروش مواد مخدر بالای معتادین طبق ماده ۳۱۱ کود مذکور بمدت سه سال حبس و در خصوص حیات سلاح و مهمات طبق ماده ۵۳۶ کود جزا به پرداخت مبلغ شصت هزار افغانی محکوم بمجازات شد که طبق ماده ۷۵ کود مذکور مجازات داده که جمعاً هجده سال می شود یکی بی دیگر به شمول جزای نقدی مبلغ ۶۵۰۰۰ افغانی بالایش قابل تطبیق و تنفیذ است و متهم دیگر به اتهام حیات مقدار ۲,۳ گرام مت افتمامین از ابتداء ایام نظارت و توقیفی طبق بند ۱ فقره ۲ ماده ۳۰۳ کود جزا بمدت ۹ ماه حبس تنفیذی و در خصوص اتهام مقدار ۵ گرام چرس طبق بند ۱ فقره ۱ ماده ۳۰۵ کود جزا و رعایت ماده ۷۵ کود مذکور به پرداخت مبلغ پنج هزار افغانی جزای نقدی و در خصوص اتهام معاونیت در قاچاق مقدار ۱۱۵/۸۴ کیلوگرام چرس طبق بند ۷ فقره ۱ ماده ۳۰۵ و رعایت ماده ۵۹ کود جزا با در نظر داشت مواد ۲۱۸ و ۲۱۹ کود مذکور بمدت هفت سال حبس تنفیذی محکوم شد که طبق ماده ۷۵ کود مذکور جزاهای داده شده که جمعاً هفت سال و ۹ ماه حبس تنفیذی و مبلغ ۵۰۰۰ افغانی جزای نقدی می شود بالایش قابل تطبیق و تنفیذ است سه تن دیگر از متهمین در قضیه معاونیت در قاچاق مقدار ۱۱۵/۸۴ کیلوگرام چرس طبق بند ۷ فقره ۱ ماده ۳۰۵ کود جزا رعایت ماده ۵۹ با در نظر داشت مواد ۲۱۸ و ۲۱۹ کود مذکور هر واحد بمدت هفت سال حبس تنفیذی محکوم بمجازات گردیده و یک تن دیگر از متهمین به اتهام امتناع از اطلاع دهی طبق ماده ۴۸۰ کود جزا بمدت دو سال حبس تنفیذی محکوم بمجازات شد. و همچنان یکعراده واسطه نوع کرولا ، یکعراده موتر سایکل طبق ماده ۳۰۸ کود جزا و مبالغ ۱۳ لک کلداری پاکستانی ، ۸۶۳۲۰ افغانی ، ۱۰۰ دالر امریکائی و ۲۰ سیت مبائیل های مختلف النوع بدست آمده معه سیمکارتهای آن طبق ماده ۳۲ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ، سلاح و مهمات بدست آمده از منزل قاچاقبر طبق ماده ۴۵۴ کود جزا مصادره گردیده و ۳ میل تفنگچه بدست آمده از نزد موظفین خدمات عامه به قطعه مربوط ایشان قابل استرداد دانسته شد و طبق ماده ۱۹ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر به محو مقدار مواد مخدر بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است .

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

۱. گزارش

محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (۱۳۹۹/۷/۱ الی ۱۳۹۹/۷/۳۰) تعداد (۱۱۳) 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 (۱۵۶) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (۷) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت یافته و (۱۴۹) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند .

- حبس ۱ سال الی ۵ سال ۵۴ نفر.
- حبس ۵-۱۵ سال ۵۲ نفر.
- حبس ۱۵-۲۰ سال ۳۴ نفر..
- حبس ۲۰-۳۰ سال ۹ نفر .
- همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر حکم به محو مقدار (۹۲۶۰۳،۲۸۸) کیلوگرام مواد مخدر و (۱۰۲۸،۶۵۴) لیتر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (۱۱۱۸۷) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (۲) بیانگر اجراءات قضایی محکمه استیناف اختصاصی مبارزه با مسکرات و مواد

مخدر طی ماه میزان سال ۱۳۹۹

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تصمیم قضائی			
				تعداد منتهم	برائت	جزای نقدی	تعداد محکوم
تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محبوس به حبس تعلیمی	تعداد محبوس به حبس تعلیمی	تعداد محبوس به حبس تعلیمی	تعداد محبوس به حبس تعلیمی	تعداد محبوس به حبس تعلیمی	تعداد محبوس به حبس تعلیمی	تعداد محبوس به حبس تعلیمی
۱	مت امقنامین	۵۴	۱۰۹،۶۶	۶۷	۳	۴۰۹۰	۶۴
۲	هیروئین	۲۵	۲۵۰،۱۰۵	۳۸	۱	۳۲۰۲	۳۷
۳	مورفین	۶	۱۴۷،۹۱۵	۶		۲۵۹	۶
۴	تریاک	۱۰	۳۶۰	۱۰		۱۶۸۸	۱۰
۵	چرس	۶	۲۳۵۵،۸۰۸	۱۱	۳	۱۹۴۸	۸
۶	مواد کیمیای	۳	Lt۲۴۲،۶۵۴	۶			۶
۷	تابلیت k	۲	۰،۸	۶			۶
۸	مشروبات الکولی	۳	۷۸۶ Lt	۴			۴
۹	بنگدانه	۴	۸۹۳۷۹	۸			۸
مجموعه		۱۱۳	۹۲۶۰۳،۲۸۸	۱۵۶	۷	۱۱۱۸۷	۱۴۹

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

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۸

شانزده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (۱,۴۹۰) کیلو گرام مت افتماین

موظفین مدیریت مبارزه با مواد مخدر قوماندانی امنیه ولایت کندهار به اساس معلومات قبلی پیرامون اینکه یکتن در ساحه لوی و یاله شهر کندهار مقدار شیشه را غرض فروش در موتر تکسی انتقال می دهد ازینکه مشخصات تکسی و انتقال دهنده قبلاً معلوم بود موظفین موتر را در ساحه پمپ شاه ولی کوت تثبیت کرده ، حین رسیدن هیئت گرفتاری، متهم ذریعه تکسی مربوط خودش به سمت حوزه (۱۲) حرکت نموده که از طرف هیات گرفتاری تعقیب بالاخره در ساحه جاده عمومی فامیلی حوزه (۱۲) از طرف هیئت گرفتاری متوقف گردیده که حین توقف موتر شخص انتقال دهنده از موتر پائین و پا به فرار نهاده از زیر دامن خود یک خریطه پلاستیکی را کشیده و در حال فرار به زمین انداخته بالاخره در فاصله (۵۰) متری موتر دستگیر و از داخل خریطه پلاستیکی مقدار (۱,۴۹۰) کیلو گرام مواد مخدر تحت نام شیشه دریافت و متهم با واسطه حامل مواد مخدر دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۴ بحضور حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آراء متهم را در قضیه انتقال مقدار (۱,۴۹۰) کیلو گرام مت افتماین طبق بند (۵) فقره (۲) ماده (۳۰۳) کود جزا به مدت (بیست سال و هفت ماه و بیست و دو روز) حبس تنفیذی محکوم و مطابق ماده (۷۷۹) کود جزا بمصادره واسطه نوع سراچه و طبق ماده (۳۲) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکر بمصادره یک سیت مبايل معه سیم کارت های آن و طبق ماده (۱۹) قانون متذکره به محو مقدار (۱,۴۹۰) کیلو گرام مت افتماین بدست آمده اصدار حکم گردید اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم قضیه محول محکمه اختصاصی استیناف جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۸ به اتفاق آراء و بحضور داشت حقیقی طرفین متکی به ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و ماده (۲۶۷) قانون اجراءات جزائی فیصله محکمه ابتدائیه را تعدیل و استینافا متهم را در قضیه قاچاق مقدار (۱,۴۹۰) کیلو گرام مت افتماین طبق بند (۵) فقره (۲) ماده (۳۰۳) کود جزا با رعایت ماده (۸۳) کود جزا بمدت (شانزده سال و دو ماه) حبس محکوم و هکذا بمصادره اشیای مندرج فیصله فوق الذکر طبق ماده (۳۲) قانون مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات و یکعراده واسطه نوع سراچه طبق ماده (۷۷۹) کود جزا اصدار حکم نموده است.

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۸

پنج سال حبس به اتهام قاچاق مقدار ۱۶ کیلو گرام تریاک

قطعه خاص قوماندانی امنیه ولایت بدخشان به اساس اطلاع شخص همکار مبنی بر اینکه یکتن از باشندگان قریه ولسوالی درایم به قاچاق اسلحه و مواد مخدر مبادرت میورزد موظفین متذکره طبق

پلان منظور شده با حضور داشت نماینده خاړنوالی منزل شخص را مورد تفتیش قرار داده که در نتیجه مقدار (۱۶) کیلو گرام مواد مخدر نوع تریاک، یک میل سلاح کمری معه یکعدد شازور و پنج فیر مرمی و یکعدد سلاح چره ئی بدون نمبر معه دو عدد شازور خالی کشف و بدست آمده به اتهام آن مالک منزل گرفتار میگردد و نظر به تشریح وزن خالص مواد مخدر بدست آمده مقدار (۱۶) کیلو گرام و نتیجه تست لابراتواری آن تریاک مثبت تثبیت گردیده و متهم به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد. قضیه محول محکمه اختصاصی ابتدائیه مبارزه با مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۶/۲۵ بحضور داشت حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آرا متهم را در قضیه قاچاق مقدار (۱۶) کیلو گرام تریاک طبق بند (۶) فقره (۱) ماده (۳۰۴) و رعایت مواد (۲۱۳ و ۲۱۴) کود جزا بمدت (پنج سال) حبس و در قضیه کشت و زرع خشخاش موازی نیم جریب زمین طبق فقره (۲) بند (۲) ماده (۳۰۱) کود جزا به مدت دو سال حبس محکوم نموده که با رعایت ماده (۷۳) کود جزا مدت (پنج سال) حبس بالایش قابل تطبیق و تنفیذ دانسته شده و در قضیه حیازت غیر قانونی یک میل سلاح کمری نوع بریتا طبق ماده (۵۳۶) کود جزا بمبلغ (۳۰۰۰۰) افغانی جزای نقدی و هکذا طبق ماده (۵۴۵) کود جزا بمصادره یک میل سلاح نوع بریتا و یک عدد شازور و پنج فیر مرمی آن و طبق ماده (۱۹) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات به محو مقدار (۱۶) کیلو گرام تریاک بدست آمده اصدار حکم و یک میل سلاح چره ئی مطابق ماده (۵۲۹) کود جزا که شامل سلاح ناریه نبوده متکی به حکم ماده (۱۳۸) قانون اجراءات جزائی قابل استرداد به مالک اش دانسته شد. اما قضیه نسبت عدم قناعت طرفین قضیه محول محکمه اختصاصی استیناف رسیده گی به جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۸ به اتفاق آراء و بحضور داشت حقیقی طرفین متکی به حکم ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و ماده (۲۶۷) قانون اجراءات جزائی فیصله مورخ ۱۳۹۹/۶/۲۵ محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه با مسکرات و مواد مخدر را تأیید نموده است.