

قضاء



دستري محكمي نشراتي ارگان

خپرونکي: دخپرونو رياست

د امتياز خاوند: ستره محکمه

د ليکنی هيئت

پوهنوال عبدالقادر عدالتخواه

دوکتور عبدالملک "کاموي"

دوکتور عبدالله عطائي

قضاوتپوه برات علي مټين

قضاوت پوه حضرت گل حسامي

قضاوتپوه غوث الدين مستمند غوري

قضاوتمل عنايت الله حافظ

مسئول مدير: محمد صديق ژوبل

پته: دافغانستان داسلامي جمهوري دولت ستره محکمه

تېلفون: 2302263 2300361

دیزاین او کمپوز: وحيدالله "اسديار"

publication@supreme court.gov.af

www.supreme court.gov.af



فهرست مطالب:

از متحال‌مال های ستره محكمه.....	2
د اسلامي شريعت موخي (مقاصد).....قضاوت‌مل عنايت الله حافظ	9
احكام قصاص و ديّات در شريعت اسلامي.....قضاوت‌پوه مستمند غوري	14
داسلامي فقهي بنسټونه.....قضاوت‌پوه حسامي	28
مصادر قانون.....دوكتور عبدالله عطائي	34
بررسی فقهي و حقوقي نيابت در عقد.....قضاوت‌مل نجم الدين واثق	38
عقد باطل و فاسد از دیدگاه فقه حنفي و قانون مدني.....قضاوت‌مل عبدالباري	
خُرداد.....	44
بررسی صحنه جرم و شواهد بيولوژيكي.....قضاوت‌پيار بختياري	59
بررسی مسؤليت جزايي ناشي از عمل غير.....امدادالله پاکنهاد غياثي	85
حق مالکيت از دیدگاه های مختلف.....سيد شمس العارفين سادات	102
د جزا کود له نظره د غلا(سرقت) جرم.....پوهندوی محمد ولي اميني	115
حکميت و ميانجيگري.....سيد احمد کوثر	127
سوء استفاده از حق در مسؤليت مدني.....فريد صديقي	134
اجمالي از فعاليتها در راستای مبارزه با فساد اداري و مواد مخدر.....	141

دارالانشاء شوراي عالي:

مقام محترم شوراي عالي ستره محكمه در جلسه مؤرخ 1398/11/8 هدايت فرموده بودند تا (رياست عمومي تدقيق و مطالعات ستره محكمه با اشتراك يك نفر نماينده وزارت محترم عدليه و يك نفر نماينده از بخش عوايد وزارت محترم ماليه در قسمت جنبه تطبيقي ماده هفتم قانون محصول محاكم منتشره جريده رسمي شماره (1333) مؤرخ 1397/12/18، نظر شانرا ابراز و به يكي از جلسات بعدي شوراي عالي تقديم نمايند) حسب هدايت، رياست محترم عمومي تدقيق و مطالعات در مورد ذيلاً ابراز نظر نموده اند.

((1- وزارت محترم ماليه در ولايت كابل و ولسوالي هاي مربوطه آن و همچنان در ساير ولايات كشور و ولسوالي هاي مربوط آن در خصوص جمع آوري عوايد محاكم و به خصوص در زمينه اخذ محصول ثبت عرايض اعتراض و اقامه دعوي، تدابير اتخاذ

و به مسئولین جمع آوری عواید هدایت خواهند فرمود تا در قسمت جمع آوری عواید و محصولات ناشی از خدمات محاکم توجه جدی نمایند تا عواید محاکم و ادارات مربوط به قوه قضائیه از درک محصولات قانونی قابل تادیه، واضح و آشکار باشد و به گونه شفاف به خزینه دولت تحویل گردد.

2- در محلاتیکه خدمات بانکی موجود و فعال میباشد، تعرفه تحویلی پول محصول و سایر عواید محاکم توسط محرر یا کارمند مسئول محکمه، به شخص مؤدی تسلیم داده شود و مؤدی مذکور پول محصول قابل تادیه را در بانکهای مربوط به حساب عواید محکمه تحویل نموده و آویز تحویلی آن را (رسید) به محکمه مربوط تقدیم نماید.

3- با وجود اینکه آویز های تحویلی (رسید) توسط مؤدی به محاکم و ادارات مربوط آن تقدیم می گردد، به منظور شفافیت هرچی بیشتر، بانک ها نیز موضوع تحویلی پول را رسماً به محکمه یا اداره مربوطه خبر دهند.

4- در محلاتی که بانک ها عملاً فعالیت ندارند، همچنان محاکم و ولسوالی های که با مراکز ولایات مربوط فاصله زیاد دارند به منظور رفع سرگردانی مراجعین، پول محصول و سایر عواید محاکم و ریاست های مربوط، به صورت فزیکتی توسط محرر محکمه یا مامور اداری مربوط و به اساس هدایت رسمی رئیس یا مسئول محکمه یا اداره مربوط اخذ و در جمع محرر یا مامور مسئول اداره قید گردد پول مذکور در مدت پانزده روز و حد اکثر یکماه توسط محرر محکمه یا مامور مسئول ذریعه تعرفه رسمی به حساب عواید محکمه در بانک تحویل و آویز تحویلی آن (رسید) اخذ گردد.

5- آویز های تحویل پول (رسید) که توسط مؤدی به محاکم تقدیم می گردد همچنان آویز های تحویلی پول که توسط محرر از مؤدی اخذ میگردد و به بانک تحویل میشود در اسناد مربوط محاکم نصب و در دفاتر مربوط محاکم و ادارات مربوطه رسماً معامله گردد.

6- برای اینکه در جمع آوری پول محصول و عواید محاکم و ریاست های مربوط که نظر به نبود بانک ها، محصول توسط محرر یا مامور مسئول به طور فزیکتی اخذ میگردد شفافیت به وجود آید، در کوتاه مدت لازم است تا ریاست محترم مالی و اداری ستره محکمه کار شیوه تخنیکتی مشخص را ترتیب و به مقام ستره محکمه تقدیم نماید.

7- در دراز مدت لازم است ریاست محترم مالی و اداری ستره محکمه به همکاری ادارات مربوط وزارت محترم مالیه و بانک ها، راهکار مشخص را ترتیب نمایند تا پول محصول و سایر عواید ناشی از خدمات محاکم قوه قضائیه توسط محاکم به صورت فزیکتی اخذ نگردد، بلکه به آسان ترین شیوه آن توسط شخص مؤدی به حساب ستره محکمه در بانک ها تحویل و در زمینه شفافیت بیشتر تأمین گردد.

این بود نظر که با در نظر داشت نظریات نماینده گان مراجع ذیربط فوق الذکر ترتیب شده ، احتراماً پیرامون موضوع تقدیم گردید هرچه هدایت باشد موجب تعمیل است.))

حینیکه تفصیل جریان موضوع توأم با اصل نظر تدقیقی در جلسه مؤرخ 1399/5/7 مقام محترم شورایعالی مطرح و طی تصویب شماره (205) هدایت ذیل صدور یافت.

((نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید است به جمیع محاکم و مراجع مربوط متحدالمال 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 اجراء مقتضی و قانونی بعمل میآورند.

متحدالمال شماره (601-675) مورخ 1399/6/4

دارالانشاء شورای عالی:

بالاثر نامه شماره (613) مورخ 1399/5/5 ریاست محترم عمومی منابع بشری ستره محکمه، یادداشت در مورد صلاحیت های حوزوی محاکم ابتدائیه احوال شخصیه، تجارتی و دیوان های امنیت عامه حوزه های دوم و سوم شهرکابل و محاکم غصب املاک دولتی بشرح ذیل مواصلت ورزیده است:

((در مورد: تغییر در ساختار تشکیل محاکم ابتدائیه احوال شخصیه، تجارتی و دیوان های امنیت عامه حوزه های دوم و سوم ولایت کابل و محاکم اختصاصی غصب املاک دولتی.

اول - محکمه ابتدائیه احوال شخصیه

در تشکیل سال 1399 ریاست محکمه ابتدائیه احوال شخصیه استیناف کابل با ترکیب دیوان های الف، ب و ج) ایجاد و صلاحیت موضوعی و حوزوی شان به ترتیب آتی تثبیت گردیده است.

1-دیوان (الف) رسیدگی به قضایای احوال شخصیه ولایت کابل.
نواحی اول، دوازدهم، هفتم، هشتم، شانزدهم، نوزدهم و ششم .

همچنان شامل ولسوالی های: سروبی، خاکجبار، بگرامی، موسهی و چهارآسیاب میباشد.

2-دیوان (ب) رسیدگی به قضایای احوال شخصیه ولایت کابل.
نواحی دوم، چهارم، نهم، دهم، یازدهم، پانزدهم و هفدهم.

همچنان شامل ولسوالی های: میرپچه کوت، کلکان، ده سبز و قره باغ میباشد.

3-دیوان (ج) رسیدگی به قضایای احوال شخصیه ولایت کابل.
نواحی سوم، پنجم، سیزدهم، هجدهم و بیست و یکم.

همچنان شامل ولسوالی های: گلدره، شکرده، استالف، فرزه و پغمان میباشد.

دوم- محکمه ابتدائیه تجارتی کابل

در تشکیل سال 1399 محکمه استیناف کابل با ترکیب دیوانها و صلاحیت های ذیل ایجاد گردیده است:

1-دیوان (الف) شامل صلاحیت های حوزوی محکمه قبلی (الف)

2-دیوان (ب) شامل صلاحیت های حوزوی محکمه قبلی (ب)

3-دیوان (رسیدگی به قضایای بانکی و مالیاتی) شامل صلاحیت های رسیدگی به تمام قضایای بانکی و مالیاتی در سطح شهر و ولسوالی های ولایت کابل.

سوم - دیوان های امنیت عامه.

در تشکیل سال 1399 حوزه های دوم و سوم، دیوان های رسیده گی به قضایای امنیت عامه ایزاد گردیده و در حدود صلاحیت های حوزوی حوزه های مربوط فعالیت مینمایند که نیاز به تقسیمات حوزوی مجدد را ندارد.

چهارم - محکمه اختصاصی غصب املاک دولتی:

1- مطابق تشکیل سال 1399 زون های محکمه اختصاصی رسیدگی به قضایای غصب املاک دولتی لغو گردیده است.

2- در تشکیل سال 1399 محکمه اختصاصی رسیدگی به قضایای غصب املاک دولتی در محدوده شهر و ولسوالی های کابل ایجاد گردیده است، محکمه متذکره قضایای غصب زمین های دولتی که ده جریب یا بیشتر از آن را احتوا نماید اعم از اینکه بالای آن ساختمان اعمار گردیده باشد یا خیر مورد رسیدگی قرار میدهد.

3- در کابل قضایا کمتر از ده جریب و در سایر ولایات تمام قضایا غصب املاک دولتی طبق تشکیل توسط دیوانهای ابتدائیه و استیناف حقوق عامه مورد رسیده گی قرار میگیرد.))

یادداشت فوق طی پیشنهاد به جلسه مورخ 1399/5/7 مقام محترم شورایعالی ستره محکمه تقدیم در نتیجه قرار تصویب شماره (211) هدایت ذیل صدور یافت:

((متن پیشنهاد نائید است، طی متحدالمال به جمیع محاکم تعمیم گردد.))

مراتب مندرج تصویب شماره فوق بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط طور متحدالمال اخبار میگرد تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نموده و وفقاً اجراء مقتضی و قانونی بعمل آرند.

متحدالمال شماره (676-750) مؤرخ 1399/6/5

دارالانشاء شورای عالی:

استدائیه شماره (68بر54) ریاست محترم دیوان جزاء مقام ستره محکمه در رابطه به دعوی حق العبدی قصاص مواصلت ورزیده که محتوی ذیل را افاده مینماید:

((طوریکه قوانین نافذه کشور من جمله قانون اجراء جزائی مطالعه میگردد فقره(2)

ماده (189) آن در مورد چنین صراحت دارد «در جرایم قتل و جرح که موجب آن

قصاص یا دیت باشد به مدعی حق العبد فرصت داده شود که در محکمه قبل از رسیدگی

به دعوی خرنوال دعوی حق العبدی(قصاص) را اقامه نماید» و فقره (3) ماده متذکره

چنین بیان میداردکه «دعوی جزائی حق العبدی در محاکم جزائی مربوط و دعوی

جبران خساره توأم بدعوی خرنوال در عین محکمه جزائی دایر میگردد» بالترتیب فقره

(4) ماده متذکره چنین صراحت دارد« مدعی حق العبد نمی تواند بعد از صدور حکم

جزائی از طرف محکمه ابتدائیه، دعوی جبران خساره را در مراحل استینافی اقامه نماید

در این صورت مدعی حق العبد میتواند بعد از صدور حکم قطعی (جزائی) در زمینه

دعوی جبران خساره را در محکمه مدنی مطابق قواعد مربوطه اقامه نماید» البته محکمه

مدنی محول الیها بعد از قطعیت حکم جزائی بدعوی مدنی مبادرت ورزد با توجه به

عبارات و مدلولات فقرات متذکره حالات و احکام جداگانه را احتوا می کند بویژه

فقره(2) آن که رسیدگی دعوی قصاص رابطور مشخص قبل از اقامه دعوی جزائی

خارنوال در پیشگاه محکمه جزائی پیشبینی کرده و آنرا منحیث تکلیف قانونی محاکم جزاء دانسته است اما فقرات (3و4) اقامه دعوی حق العبدی جبران خساره توأم بدعوی جزائی در عین محکمه جزائی و در صورت عدم توأم در سایر دعوی حق العبدی جبران خساره را به محکمه مربوطه مدنی ابتدائیه هدایت داده و پیشبرد دعوی جزائی را بدون دعوی مدنی جبران خساره صراحت بخشیده در مسئله مورد بحث فقره (2) ماده (189) ق.ا.ج رعایت شده و به منصوص تصریح شده جنبه تطبیقی آن عملی به نظر میرسد انحصار آن به دیوان جزاء بدون صراحت قانونی رجحان نخواهد داشت افزون برین مطابق صراحت ماده (546) کود جزاء و فقره (2) ماده (197) قانون اجراءات ج. در مرحله استیناف رسیدگی بدعوی جزائی محدود و مشروط نگردیده چه حکم قصاص در مسئله مورد بحث منجانب محکمه ذیصلاح اصدار یافته مستوجب مراحل محاکماتی سه گانه می باشد و محکمه استیناف در محل و موقعیت خود بر حکم محکمه ابتدائیه رسیدگی نموده تقید آن بدیوان مدنی باعث اخلال متن فقره (2) ماده (189) قانون اجراءات ج. و قدامت رویه محاکم در زمینه خواهد شد.))

مطلب مورد استهداء جنساً غرض ابراز نظر بریاست عمومی تدقیق و مطالعات محول گردید که مدققین قضائی در مورد ذیل ابراز نظر نموده اند.

((طبق محتوی و ترکیب متن فقره (2) ماده (189) قانون اجراءات جزائی در مورد جرایم قتل و جرح که موجب آن قصاص یا دیات باشد محکمه ذیصلاح برای رسیدگی آن، محکمه جزائی میباشد زیرا متن بعدی آن «محکمه قبل از رسیدگی به دعوی خارنوال به مدعی حق العبدی فرصت میدهد» میباشد و تقید محکمه به (قبل از رسیدگی به دعوی خارنوال) نشان میدهد که مراد از محکمه که به دعوی حق العبدی رسیدگی مینماید همان محکمه است که به دعوی خارنوال رسیدگی مینماید و آن محکمه جزائی می باشد و در فقره (3) ماده متذکره که جبران خساره را علیحده از دعوی جزایی حق العبدی تذکر نموده و در حالت توأم با دعوی خارنوال در عین محکمه جزایی دایر میگردد و هم در فقره (4) در بین سایر دعاوی صرف دعوی جبران خساره را اختصاص داده که مدعی حق العبد نمیتواند بعد از صدور حکم جزایی از طرف محکمه ابتدائیه دعوی جبران خساره را در مراحل استینافی اقامه نماید و بعد از صدور حکم قطعی در زمینه دعوی جبران خساره را در محکمه مدنی مطابق قواعد مربوط اقامه نماید، علت آن این است که دعوی حق العبدی دو نوع است یکی جزایی و دیگر آن مدنی میباشد که دعوی جزایی حق العبدی در همه حالات در محکمه جزایی رسیدگی میشود مثل قصاص و دیات اما دعوی مدنی حق العبدی مثل جبران خساره در صورت عدم توأمیت با دعوی جزایی در محکمه مدنی رسیدگی میشود.

به نظر ما در رسیدگی دعاوی حق العبدی جرایم قتل و جرح که موجب آن قصاص یا دیات باشد دیوان های جزایی محاکم ذیصلاح میباشد و موضوع دعوی حق العبدی که در فقره (4) ماده (189) قانون اجراءات جزایی ذکر گردیده دعاوی جبران خساره بوده که جنبه مدنی دارد و صلاحیت رسیدگی آن در صورتیکه در محکمه ابتدائیه توأم با دعوی جزایی اقامه نه شده باشد بعد از صدور حکم قطعی جزایی از صلاحیت محاکم مدنی

میباشد که در این صورت نه فقره (2) ماده (189) قانون اجراءات جزایی مختل می گردد و نه قدامت رویه قضائی.))

حینیکه تفصیل جریان موضوع توأم با اصل نظر تدقیقی در جلسه مؤرخ 1399/4/3 مقام محترم شورایعالی مطرح و طی تصویب شماره (164) هدایت ذیل صدور یافت.

((نظر ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات تأیید 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 گردید البته آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نموده عندالموقع مطابق آن اجراءات مقتضی و قانونی بعمل میاورند.

متحدالمال شماره (751-825) مؤرخ 1399/6/16

دارالانشاء شورای عالی:

قبلاً استهدائیه شماره (1302) مورخ 1395/11/12 ریاست ارتباط محاکم وزارت محترم امور داخله حسب ذیل واصل آمده بود.

((طوریکه مقام عالی آگاهی دارند مواد (334 الی 342) قانون اجراءات جزائی در مورد رهائی مشروط احکام صادر نموده است که از چندین سال بدینسو احکام مواد مورد نظر با در نظر داشت شرایط آن از طرف محابس، خانونالی ها و محاکم محترم تطبیق گردیده و میگرد اما محکمه محترم استیناف ولایت هرات به دلیل عدم امکان تحقق شرایط رهائی مشروط جزء (3) ماده (335) قانون اجراءات جزائی مبنی بر اینکه "دست بند مراقبتی الکترونیکی" در افغانستان مورد استعمال نبوده بدین ملحوظ از اصدار احکام مربوطه به رهائی مشروط اباً میورزند در حالیکه در محابس افغانستان مخصوصاً در ولایت هرات واجدین شرایط رهائی مشروط مطابق مواد قانون متذکره وجود دارند.

طوریکه مقام عالی بهتر میدانند تطبیق احکام رهائی مشروط فواید زیاد به اداره محبوسین و خانواده های آنها دارد که باید طبق احکام قانون از آن مستفید گردند.

بناءً در مورد دست بند مراقبتی الکترونیکی که در محکمه استیناف ولایت هرات مانع تطبیق احکام رهائی مشروط قرار گرفته است احتراماً طالب هدایت میباشیم.))

که در زمینه ریاست محترم تدقیق و مطالعات حسب ذیل ابراز نظر نموده اند.

((استهدائیه فوق الذکر در مورد رهائی مشروط که طبق فقره (3) ماده (335) قانون

اجراءات جزائی نسبت نبود دست بند مراقبتی الکترونیکی محاکم به خاطریکه شرایط رهائی مشروط متحقق نیست در اجرای آن حکم نمی کند به ملاحظه استهدائیه متذکره ما

مدققین قضائی بدین نتیجه رسیدیم:

از اینکه محکمه در تصمیم خود مبنی بر رهائی مشروط مکلف به ذکر شروط مندرج فقره (3) ماده (335) قانون اجراءات جزائی گردیده که یکی از آن شروط، دست بند

مراقبتی الکترونیکی است لذا امتناع محاکم در نبود شرایط متذکره بر جا بوده اگر ادارات اجرائی میخواهند که محبوسین از مزایای رهائی مشروط مستفید گردند باید تمام

شرایط را فراهم نمایند.))

نظر فوق ریاست محترم تدقیق و مطالعات در جلسه مورخ 1396/1/18 شورایی عالی مطرح و در زمینه تصویب شماره (42) مبنی بر تأیید نظر تدقیقی صادر که در آن زمان به مرجع مستهدی اخبار گردید.

اکنون با در نظر داشت عمومیت موضوع بالاثر پیشنهاد ریاست دارالانشاء، مقام محترم شورایی عالی ستره محکمه در جلسه مورخ 1399/1/5 مبنی بر تعمیم تصویب نمبر فوق هدایت فرمودند.

بدینوسیله مصوبه (42) مورخ 1396/1/18 مقام محترم شورایی عالی ستره محکمه بعموم محاکم استیناف ولایات و مراجع ذیربط طور متحدالمال تعمیم میگردد، البته آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر کنند تا مطابق آن اجراءات نمایند.

متحدالمال شماره (4031-3427) مؤرخ 1399/6/1

آمریت عمومی اداری قوه قضائیه:

موضوع: در مورد قاچاق مواشی به خارج از کشور
مکتوب شماره (5573) مورخ 1399/5/22 ریاست امور حقوقی، تقنینی و قضائی، معاونیت نظارت و حراست از قانون، ریاست عمومی اداره امور ریاست جمهوری ا.ا، که اصل آن به وزارت محترم مالیه صادرشده ذریعه صادره شماره (726) مورخ 1399/5/29 آمریت اسناد و ارتباط، ریاست تحریرات مقام بشرح ذیل توصل ورزیده است.

((مکتوب شماره (1476 بر 864) مورخ 1399/4/29 اداره محترم ارگان های محل به این اداره واصل و نگاشته اند که مکتوب شماره (67) مورخ 1399/4/24 ریاست دفتر ولایت محترم پکتیکا پیرامون قاچاق گوسفند از طریق راه های فرعی و اصلی به کشور پاکستان موصلت ورزیده و طی آن نگاشته که بعضی وقت قاچاقبران گوسفند از جانب ارگان های کشفی و امنیتی دستگیر و از طرف مراجع عدلی و قضائی بنابر عدم موجودیت هدایت واضح پیرامون موضوع، رها می گردند.

پیرامون موضوع احتراماً نگاشته می شود؛ ماده یکصد و هشتاد و چهارم قانون گمرکات چنین صراحت دارد: فقره (1) انجام فعالیت های ذیل به مفهوم این ماده قاچاق شناخته شده و مرتکب آن طبق احکام این قانون مجازات می گردد.

- بند (1) ماده متذکره: "دخول یا خروج اموال از قلمرو گمرکی کشور مغایر احکام این قانون و سایر اسناد تقنینی گمرکی به منظور فرار یا اجتناب از بازرسی یا نظارت گمرکی."

- بند (6) ماده متذکره: "بارگیری، تخلیه و انتقال اموال، مسافری و وسایل سفری مربوط از یک وسیله نقلیه به وسیله نقلیه دیگر در محل غیر مجاز، بدون اجازه مامورین گمرک."

- همچنان قابل یادآوری است که ماده یکصد و هشتاد و ششم قانون گمرکات در مورد مجازات قابل تطبیق بر قاچاق را پیشبینی نموده است از قبیل جریمه و ضبط (مال).

بنابراین، وزارت محترم مالیه طبق احکام قانون گمرکات با همکاری پولیس تدابیر قانونی اتخاذ نموده و جلو ارسال مواشی از طریق راه های غیرقانونی به خارج از کشور را گرفته و همچنان ارگان های محترم عدلیه و قضائی مکلف بر اجرای وظایف و مکلفیت های قانونی خویش می باشند. بنابراین، از ارگان های محترم عدلیه و قضائی متمنی ایم که طی متحد المال به تمام بخش های مربوطه خویش هدایت واضح دهند تا در عرصه رسیده گی به این مشکل تعلل نه ورزیده و مکلفیت های قانونی خویش را انجام داده و از چگونگی اجراءات خویش این اداره را اطمینان داده، ممنون سازند.

مراتب واصله شماره فوق طور متحدالمال به تمام محاکم استیناف ولایات و مرکز نقلاً ارقام گردید، با در نظر داشت محتویات آن اجراءات قانونی را مرعی بدارید.

لیکنه: قضاوتمل عنایت الله حافظ

د اسلامي شریعت موخي (مقاصد)

(21)

فهرست:

- لسم مطلب: د موخو ډولونه د شرعي حکم، ثواب او عقاب له پلوه 9
- لومړی: هغه مصلحتونه چې لاسته راوړل يې واجب دي 10
- دوه يم: هغه مصلحتونه چې لاسته راوړل يې مستحب دي 10
- درېيم: هغه مصلحتونه چې لاسته راوړل يې مباح دي 11
- يوولسم مطلب: د موخو ډولونه د دوام او پرېکون له پلوه 11
- دوولسم مطلب: د موخو ډولونه د صادرېدو د ځای له پلوه 11
- لومړی: د شارع موخي 11
- دوه يم: د مکلف موخي 11

لسم مطلب: د موخو ډولونه د شرعي حکم، ثواب او عقاب له پلوه

دغه ویش العز بن عبدالسلام رحمه الله کړی، چې په اړه يې د نوموړي شاگرد امام قرافي رحمه الله وايي: چېرته چې امرونه وي هلته مصلحتونه دي، لکه څرنګه چې چېرته نواهي (منع) وي هلته فساد وي، نو که چېرته مصلحت په خپله ادنی پوری کي وي، مستحبوالی پري مرتب کېږي او که چېرته په خپله اعلی پوری کي وي، واجبوالی پري مرتب کېږي، بیا همدا شان مصلحت پوری په پوری پورته کېږي او مستحبوالی هم

ورسره پورې په پورې پورته کېږي چې خپلې لورې پورې ته چې د وجوب اندې پورې ده ځان رسوي او په ورته توګه زموږ له نظره ياده چاره په فساد کې هم د پلي کېدو وړ ده.¹

خو دلته موږ يواځې د مصلحتونو د لاسته راوړلو حکمونه په لاندې توګه بيانوو: لومړی: هغه مصلحتونه چې لاسته راوړل يې واجب دي ددې موخو لاسته راوړل ځکه واجب دي، چې په دې کې ستر مصلحتونه شتون لري، چې په درې ډوله دي، افضل مصلحتونه، متوسط مصلحتونه او فاضل مصلحتونه.² ياد مصلحتونه هغه مصلحتونه دي چې په کولو کې يې ثواب او په نه کولو کې يې عقاب دی، چې په لاندې دوه ډوله دي:

الف: فرض کفايي په مکلفينو چې د کومو حکمونو يادول لازمي شوي، له هغو څخه د نورو اضافي حکمونو يادول فرض کفايي دي، لکه د قنوی مرتبې ته رسېدل، د جهاد، ستر امامت او شهادت د حکمونو او مسایلو زده کړه، د امامانو او حاکمانو سره مرسته کول او همدا شان د قرآنکريم حفظول.³

ب: فرض عين په مکلفينو باندې د اړينو شرعي حکمونو زده کړه فرض عين ده، لکه د لمونځ، روژې، حج او عمرې د حکمونو زده کړه.⁴ د واجبو مصلحتونو مرتبه د تل لپاره د هغوي لاسته راوړل دي، که هرڅومره د هغوي مرتبه را ټيټه شي، موږ يې هماغه ټيټې پورې د مصلحتونو ته رابښکته کوو چې مستحبوالی دی.⁵ چې بنيابي همدغه ډول مصلحتونه له ضروري موخو څخه مراد وي، اما دلته د يوې قاعدې بيانول اړين دي چې وايي: هر ضروري واجب دی اما هر واجب ضروري نه دی.⁶

دوه يم: هغه مصلحتونه چې لاسته راوړل يې مستحب دي دا هغه مصلحتونه دي چې الله جل جلاله د خپلو بندګانو د خبر لپاره مستحب ګرځولي، چې د واجبو مصلحتونو څخه را بښکته د مصلحتونو اعلى مرتبه همدا ده، اما د يادې مرتبې ټيټه مرتبه که له چا څخه د لاسه ووتله، نو بيا د مباح مرتبې سره برابريږي.⁷ ياد مصلحتونه هغه دي چې په کولو کې يې ثواب او په نه کولو کې يې عقاب نه شته، چې په لاندې دوه ډوله دي:

الف: سنت کفايي لکه سلام اچول، اذان او اقامت کول، پرنجي کوونکي ته یرحمک الله ويل او داسې نور... ب: سنت عين

لکه د غوره شوو ورځو روژې نيول، د اخترونو لمونځونه او د ناروغ پوښتنه کول.¹

1 أنوار البروق، للقرافي، ۱۳۶/۳.

2 وګوره! قواعد الأحكام، ۷۵/۱.

3 مخکينی مرجع، ۷۱/۱.

4 عيني مخکينی مرجع.

5 مخکينی مرجع، ۷۷/۱.

6 وګوره! مقاصد الشريعة الاسلامية عند العز بن عبدالسلام، ۱۵۱.

7 قواعد الأحكام، ۷۷/۱.

ښايي همدغه ډول مصلحتونه له حاجياتو څخه مراد وي.

درېيم: هغه مصلحتونه چې لاسته راوړل يې مباح دي

دا هغه مصلحتونه دي چې کول او نه کول يې سره برابر او ښايي له تکميلاتو او تحسينياتو څخه همدا مراد وي.²

وروسته له پورته بيان څخه اړينه ده چې دېته هم اشاره وکړم، چې واجب مصلحتونه پر مستحبو او مستحب پر مباحو لومړيتوب لري او کله چې يې ترمنځ ټکر راشي واجبو ته په مستحبو او مباحو باندې لومړيتوب ورکول کېږي، همدا شان که چېرته د مستحبو او مباحو ترمنځ ټکر راشي، مستحبو ته پرې لومړيتوب ورکول کېږي، لکه څرنګه چې فرض عين پر فرض کفایي او سنت عين پر سنت کفایي باندې لومړيتوب لري.

يوولسم مطلب: د موخو ډولونه د دوام او پرېکون له پلوه

مصلحتونه د هغوي د ګټې د دوام او نه دوام له پلوه تل پاتې مصلحتونو او لنډ مهاله مصلحتونو ته ویشل کېږي، چې له تل پاتې مصلحتونو څخه موخه هغه دي چې ګټه يې دايمي او يا د اوږدې مودې لپاره وي، لکه وقف، ځکه وقف ترهغې دوام کوي ترڅو چې شتون ولري او د لنډ مهاله مصلحتونو څخه موخه هغه دي چې ګټه يې د لږ وخت لپاره وي، لکه عادي خبر او ښېګڼه.

خو کله چې د تلپاتې مصلحت ټکر د لنډ مهالي سره راشي، تلپاتې مصلحتونو ته پرې لومړيتوب ورکول کېږي.

دوولسم مطلب: د موخو ډولونه د صادرېدو د ځای له پلوه

موخي د صادرېدو د ځای له پلوه د شارع او مکلف مصلحتونو ته په لاندې توګه سره ویشل کېږي:

لومړۍ: د شارع موخي

دا هغه سپېڅلي او سترې موخي دي چې شارع يې له خپلو امرونو او نواهيوو ترشا لري، چې الله جل جلاله د هغې د لاسته راوړلو اراده لري، چې هغه د مصلحتونو لاسته راوړل او د فسادونو لري کول دي.³

امام خادمي بيا يادې موخي داسې تعريفوي: هغه مقاصد چې الله جل جلاله د هغوي قصد د وحي په نازلولو، د شريعت په وضع کولو او د حکمونو په بيانولو سره کړی د شارع موخي بلل کېږي، چې په ټوله کې د غه موخي د مصلحتونو په لاسته راوړلو، د فسادونو په دفع کولو او د الله جل جلاله په بندګۍ او پېروۍ کې په ښه توګه ننداره کېږي.⁴

دوه يم: د مکلف موخي

ټولې هغه موخي او نيتونه چې مکلف يې د خپلې وينا، کړنې او تصرفاتو تر شا لري د مکلف موخي بلل کېږي او د يادو موخو په وسيله د کړنې د صحت، فساد او بطلان ترمنځ توپير رامنځته کېږي او هم ترې روښانه کېږي چې کړنه بندګۍ ده، سوداګريزه راکړه ورکړه يا نکاح ده، دا هم ترې ثابتېږي چې چاره ديانتې ده او که قضائي، په ورته

1 مخکينۍ مرجع، ۷۴/۱.

2 مقاصد الشريعة الإسلامية عند العز بن عبد السلام، ۱۵۱.

3 المقاصد عند ابن تيمية، ۱۲۳.

4 المقاصد الشريعة، ۸۴/۱ او الاجتهاد المقاصدي، ۳۹/۱.

توگه دا هم تري په لاس راځي چې آيا ياده چاره او کړنه د شريعت سره برابره ده او که ورسره په ټکر کې ده.¹

دکتور بدوي بيا يادي موخي داسې تعريفوي: هغه اهداف چې يو مکلف يې د خپلو تصرفاتو، اعتقاداتو، ويناوو او کړنو څخه لري د مکلف موخي بلل کېږي، چې د هغوي په وسيله صحيح قصد له فاسد او عبادت له عادت څخه جلاوالی مومي او هم تري دا لاسته راځي چې دغه چاره يواځې الله جل جلاله لره ده او که ځان بنودنه ده.²

د مکلف د موخو څېړنه ددې لپاره دېره اړينه ده چې په حکم کې ژوره اغېزه لري، ځکه که چېرته د مکلف نيتونه او موخي د شارع له موخو او ارادې او د راغلو نصوصو او لارښوونو سره برابري او د هغوي په رڼا کې وي، نو بيا پرې د صحيحوالي حکم کېږي او دنياوي او اخروي پايلې پرې تحقق مومي، خو کله چې يې نيتونو او موخو د شارع له موخو او ارادې سره مخالفت او ټکر درلوده، نو پرته له شکه پرې د فساد او بطلان حکم کېږي، چې له گناه او سزا څخه به هم خالي نه وي.³

د مکلف موخي د شارع له موخو سره د اړيکې له پلوه لاندې ډولونو ته ويشل کېږي:

۱- که د مکلف موخي او کړنې د شارع له موخو سره د کړنې او قصد له پلوه برابري وي، لکه لمونځ، روژه، صدقه، حج او عمره چې د دوي په کولو سره د الله جل جلاله، له امرونو څخه د پېروي او د واجبو او مستحبو د اداء کولو اراده لري، يا ددې لپاره د شپې په ځينې برخه کې خوب کوي چې په نوره پاتې برخه کې عبادت وکړي، ددې لپاره خوراک کوي چې جهاد او نورو طاعاتو لپاره تقويه شي، زنا، شراب او نورې بدې کړنې ددې لپاره پرېږدي چې موخه يې د الله جل جلاله له امرونو څخه پېروي وي، نو بيا په دې کې کومه ستونزه نشته چې په کړنو يې د صحت حکم وشي.⁴

۲- د مکلف موخي او کړنې د شارع له موخو سره په قصد کې مخالفت ولري، لکه د واجباتو پرېښودل، د حرامو سرته رسول او د دروغو شهادت ورکول، په داسې حال کې چې په دې پوه وي چې دا هرڅه د شارع له موخو سره مخالفت لري او بيا يې هم ورته ملا تړلي وي، نو پرته له شکه پرې د بطلان حکم کېږي.⁵

۳- د مکلف موخي او کړنې د شارع له موخو سره په کړنو کې برابري وي اما په قصد کې ورسره مخالفې وي، په داسې حال کې چې مکلف په دې علم و نه لري چې زما کړنې د شارع له موخو سره په کړنو کې برابري دي، لکه د خپلې ښځې سره کوروالی په دې گمان چې پردی ده، نو دا سړی د الله جل جلاله په نزد د خراب نيت له کبله گناهگار دی، اما د مخلوق په نزد ځکه گناهگار نه دی چې د کوم فساد مرتکب شوی نه دی او نه يې کوم مصلحت پرېښی دی، يا لکه څوک چې يو تن په دې نيت مړ کړي چې معصوم الدم دی او وروسته بيا روښانه شي چې پر همدې مقتول يې د وینې پور درلوده.⁶

۴- د مکلف موخي او کړنې د شارع له موخو سره په کړنو کې برابري وي اما په قصد کې ورسره مخالفې وي، پداسې حال کې چې دا په دې پوه وي چې زما کړنې د شارع له موخو سره برابري دي، لکه څوک چې د ځان ښودنې او ددې لپاره لمونځ کوي چې دنيا

1 المقاصد الشريعة، ۸۴/۱.

2 المقاصد عند ابن تيمية، ۱۲۳.

3 وگوره! المقاصد الشريعة، للخدامي، ۸۶/۱.

4 وگوره! الموافقات، ۳۴/۳. او قواعد الأحكام، ۲۵۸/۱.

5 الموافقات، ۳۴/۳.

6 مخکينی مرجع، ۳۴/۳.

ترلاسه او خلک يې عزت وکړي، چې ددې حکم له مخکيني ډول څخه ځکه سخت دی چې په دې کې رياء، نفاق او د الله جل جلاله د حکمونو اړول دي.¹

۵- د مکلف موخي او کړنې د شارع له موخو سره په کړنو کې مخالفې او په قصد کې ورسره برابري وي او دی په دې پوه وي چې کړنې يې د شارع له موخو سره مخالفت لري، لکه دنوو عبادتونو رامنځته کول په ښه نیت سره، چې دا چاره د مبتدعینو کار دی او داسې کړنې د عمومي دلایلو له کبله چې په دې برخه کې راغلي دي بډې گڼل شوي دي.²

۶- د مکلف موخي او کړنې د شارع له موخو سره په کړنو کې مخالفې او په قصد کې ورسره برابري وي او دی په دې پوه نه وي چې کړنې يې د شارع له موخو سره مخالفت لري، چې په دې حالت کې لاندې دوه حالتونه متصور دي:

لومړۍ حالت:

که دې ته وگورو چې په قصد او نیت کې ورسره برابري دي، ځکه چې د کړنو د سموالي او نه سموالي تله نیت دی او دا چې کړنې يې د شارع له موخو سره مخالفې دي نو هغه له قصد او علم څخه پرته دي، نو باید چې کړنې يې صحیح وگڼل شي. دوه یم حالت:

که دې ته وگورو چې کړنې يې د شارع له موخو سره عملاً مخالفې دي او له بل پلوه په یواځې نیت سره دده قصد د شارع قصد متحقق کړی نه دی، بلکې یواځې فعل يې متحقق کړی، چې هغه هم مخالف دی له شارع سره، نو دلته امتثال او پېروي رامنځته نه شوه، نو کړنې يې صحیح نه گڼل کېږي.

نو لومړې ډلې له معاملاتو پرته، د قصد لوري ته لومړیتوب ورکړی او دوه یمې ډلې بیا په مطلق ډول فساد ته لومړیتوب ورکړی او هره هغه کړنه يې باطله او فاسده بللې چې د شارع له موخو سره مخالفه وي، که څه هم قصد يې ورسره برابر وي.

¹ خپله مخکینی مرجع.

² مخکینی مرجع، ۳/۳۷.

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

پیوست به گذشته

احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی

فصل دوم

فهرست:

14.....	(احکام) دیت در مادون نفس «آرش»
	مبحث اول
15.....	انواع جنایات بر مادون نفس
	مبحث دوم
16.....	آنچه که از انواع جنایات در مادون نفس، در دیت یا ارش واجب میگردد.
	مبحث سوم
16.....	ارش های که اندازه آن ها در جنایت بر مادون نفس معلوم است
16.....	مطلب اول
19.....	مطلب دوم
20.....	مبحث چهارم
24.....	مبحث پنجم
25.....	مبحث ششم

(احکام) دیت در مادون نفس «آرش»

509- تمهید و روش تحقیق:

دیت در مادون نفس عبارت است از مالی که بر خود جانی یا عاقله وی لازم میگردد تا جهت تعویض از تجاوز بر مادون نفس، به مجنی علیه بپردازد. فقهاء طوری که آن را دیت می گویند، (آرش) نیز می نامند، ولی وقتی که آن را دیت بگویند، مقید به مادون نفس است جهت آنکه از دیت نفس تمیز گردد، زیرا دیت نفس غالباً به صورت مطلق و بدون قید نفس ذکر میگردد.

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

(ارش) گاهی شریعت مقدار آن را تعیین کرده است که آن را ارش مقدر گویند، و گاهی مقدار آنرا تعیین نکرده و آن را مفوض به تعیین قاضی نموده است که از طریق (حکومت عدل) صورت میگیرد و این نوع را ارش غیر مقدر می نامند. ارشی که در جرایم تجاوز بر مادون نفس، برای مجنی علیه داده می شود، با نظر داشت نوعیت تجاوز و جسامت آن و با توجه به صدمه که به بدن مجنی علیه رسانده است، گاهی مقدار آن به اندازه دیت کامل یا بیشتر از آن و یا کمتر از آن است. لذا غرض احاطه به موضوعات این فصل ما آن را به مباحث آتی تقسیم می نمائیم:

مبحث اول- انواع جنایات بر مادون نفس.
مبحث دوم- آنچه که از این انواع دیت یا ارش در آن واجب میگردد.
مبحث سوم- ارش های مقدر در مادون نفس.
مبحث چهارم- ارش های غیر مقدر و چگونگی تعیین مقدار آن ها.
مبحث پنجم- ارش زن مسلمان.
مبحث ششم- آنچه را که عاقله جانی از دیت یا ارشی که بر او واجب گردیده است متحمل می شوند.
مبحث هفتم- دیت و ارش نسبت به غیر مسلمان.

مبحث اول

انواع جنایات بر مادون نفس

510- نوع اول:

این نوع شامل ایانت اطراف یعنی قطع اعضای بدن می شود، مانند قطع دست، پای و آنچه که جاری مجرای اطراف است. بنابر آن این نوع: قطع دست، پای، انگشتان، ناخن، بینی، زبان، ذکر (آلت تناسلی)، بیضه ها، گوش، لب، کشیدن چشم ها، قطع پلک های چشم، مژگان، قلع و کسر دندان ها و حلق موی سر، ریش، ابرو ها و بروت، همه را شامل می شود.

511- نوع دوم:

از بین بردن منافع اطراف با وجود بقای خود آنها است، مانند از بین بردن شنوائی با وجود بقای خود گوش، مثل از کار انداختن و فلج ساختن دست با وجود بقای خود دست.

512- نوع سوم:

نوع سوم، عبارت است از شجاج و شامل این ها است: حارصه، دامعه، دامیه، باضعه، متلاحمه، سمحاق، موضحه، هاشمه، منقله، آمه و دامغه و مامعانی این شجاج ها را و مواضع آنها را در بدن مجنی علیه، در جای که از قصاص در مادون نفس صحبت نموده ایم قبلاً بیان کردیم.

513- نوع چهارم:

جراح (زخم ها) است و بر دو نوع است: جایفه و غیر جایفه: جایفه عبارت است از زخمی که تا به جوف میرسد. موضعی که جراحت از آنها به جوف نفوذ می کند، عبارت اند از صدر (سینه)، پشت، شکم، پهلوی ها و مقعد. در زخم دست ها و پاها جایفه نیست. زخم های غیر جایفه عبارت اند از جراحت های که به جوف نمی رسند مثل زخم دست ها و پاها.

مبحث دوم

آنچه که از انواع جنایات در مادون نفس، در دیت یا ارش واجب می‌گردد.

514- در تجاوز بر مادون نفس، دیت یا ارش واجب می‌گردد:

ما انواع تجاوزات و جنایات بر مادون نفس را ذکر کردیم، هرگاه جانی مرتکب یکی از انواع آن گردد، هر نوعی که باشد، دیت بر جانی یا بر عاقله وی واجب می‌گردد، البته این در صورتی است که جانی آن را از روی خطا مرتکب شده باشد، یا اینکه عمداً مرتکب شده باشد در حالیکه شروط وجوب قصاص که ما آن شروط را در مبحث قصاص در مادون نفس یاد کردیم، تحقق نیابد.

هم چنان در جنایتی که عمد و خطا در آن مساوی باشند، دیت یا ارش واجب می‌گردد؛ زیرا اجرای قصاص در آن امکان پذیر نیست. مانند جایفه در جراحات و نظایر آن که در بحث قصاص در مادون نفس و شرایط وجوب آن به تفصیل از آن صحبت کردیم.

مبحث سوم

ارش های که اندازه آن ها در جنایت بر مادون نفس معلوم است

515- تمهید و روش تحقیق:

ارش های مقدره و معینه در تجاوز بر مادون نفس، گاهی به مقدار دیت کامل یعنی به اندازه دیت نفس است و گاهی این ارش ها بیشتر از دیت کامل و یا کمتر از آن است، این امر نظر به نوع تجاوز و موضع آن و از جهت از بین بردن منفعت عضو با آنکه صورت آن باقی می ماند، فرق می کند.

بنابران این مبحث را به نحو آتی به دو مطلب تقسیم می نمائیم:

مطلب اول- ارش های مقدره در نابود ساختن اطراف یا از بین بردن منفعت آنها.

مطلب دوم- ارش های مقدره در شجاج و مجروحیت ها.

مطلب اول

ارش های مقدره در نابود ساختن اطراف یا از بین بردن منفعت آن ها.¹

516- اولاً- بیان آن عده ارش های که در آن ها دیت کامل واجب می‌گردد:

در تجاوز بر اطراف (اعضای بدن) مجنی علیه بر نحوی که منفعت مقصوده از طرف یعنی عضو بدن مجنی علیه را به طور کامل از بین برد و آن را بیکاره نماید و این امر به دو صورت واقع می شود:

(اول) نابود ساختن طرف - یعنی قطع عضو بدن است.

(دوم) از بین بردن منفعت عضو بدن با آنکه از حیث صورت ظاهری عضو باقی می ماند، مثل از بین برون بینائی چشم با آنکه خود چشم ها بجای شان باقی می مانند اما بینائی ندارند.

517- اعضای که در قطع آنها یا در از بین بردن منفعت آنها دیت کامل واجب می‌گردد:

اعضای که در قطع آنها یا در از بین بردن منفعت آنها دیت کامل واجب می‌گردد، سه نوع اند:

(نوع اول) آن عده اعضای است که نظیر آنها دیگر در بدن وجود ندارد.

¹ - البدایع، ج 10، ص 4793 و مابعد آن، المغنی، ج 8، ص 1 و مابعد آن.

(نوع دوم) اعضای است که دوتا از آنها در بدن موجود اند.
(نوع سوم) عبارت اند از اعضای که چار تا از آنها در بدن وجود دارند.
518- (أ) بیان آن نوعی که در بدن یکی بوده و نظیری دیگری ندارد:
مراد به این نوع عضوی است که مثل دیگری برای او در بدن نیست و شش عضو را در بر میگیرد:

(اول) بینی است، خواه قسمتی از آن بریده شده باشد یا به طور کامل قطع کرده شود یا تنها مارن بینی را قطع کند و مراد از مارن قسمت های نرم بینی است.
(دوم) زبان است، خواه آن را به تمامی آن قطع نماید، یا مقداری از آن را قطع نماید که به طور کلی سخن گفتنش را از بین ببرد.
(سوم) ذکر (آله تناسلی) است، خواه همه آن را بریده باشد، یا تنها حشفه (قسمتی از سر) آن را قطع کند.

دلیل بر وجوب دیت در قطع این اعضا، حدیثی است که از سعید بن مسئب (رض) روایت کرده اند که رسول اکرم (ص) فرمود: «در قتل نفس دیت است و در قطع ذکر (آلت تناسلی) دیت است و در بریدن بینی دیت است و در بریدن نرمه بینی دیت است.»
از طرف دیگر در قطع این اعضا منفعت مقصوده آنها را عاطل و باطل ساخته است و هم چنان در برخی از آنها حسن و جمال را از بین برده است مانند بینی، زیرا مقصود از بینی بوی کردن و حسن و جمال است، دیگر اینکه اتلاف عضوی از این اعضا تباه کردن جنس منفعتی است که از آنها گرفته می شود، زیرا در بدن انسان عضوی دیگری نیست که جای آن را پر کند در حالیکه از بین بردن منفعت جنس، هم مانند اتلاف نفس انسان است. چنانچه ابن قدامه حنبلی در کتاب المغنی گفته است.

(چهارم) به همین گونه است، مهره پشت، در صورتیکه مجنی علیه در اثر ضرب کوز پشت گردد یا اینکه به سبب وارد آمدن ضربه آب منی از آن قطع گردد.
(پنجم و ششم) مجرای بول و مجرای غایط از زن است. هرگاه شخصی زنی را چنان ضربی وارد کرد که منجر به افضای وی گردید طوری که بول و غایط خود را نگهداشته نمیتوانست. (دیت کامل واجب میگردد).

519- (ب) آن عده اعضای که به این اعضای ششگانه اضافه می شوند:
لازم است که عقل نیز به این اعضای شش گانه اضافه گردد. در صورتی که مجنی علیه در اثر تجاوز جانی، عقل خود را از دست بدهد و دیوانه شود، فقهاء گفته اند که در از بین بردن منفعت عقل طوری که تجاوز جانی منجر به جنون مجنی علیه گردد، دیت کامل واجب میگردد. ابن قدامه از وجوب دیت در این حالت تذکر داده است و در این مسأله اختلافی هم وجود ندارد.¹

520- آن عده اعضای که در بدن دوتا از آنها وجود دارد:
در قطع اعضای که دوتا از آنها در بدن موجود است مانند قطع هردو دست، یا از بین منفعت آن ها، دیت کامل واجب میگردد و این امر شامل هردو چشم، هردو گوش، هردو لب و ابروها نیز میشود. البته در صورتیکه موی ابرو از بین برده شود و دوباره بر نیاید. هم چنان شامل هردو پستان، هردو نوک سر پستان ها و هردو بیضه ها نیز میگردد.

¹ - المغنی، ج 10، 37.

در مسأله وجوب دیت کامل در صورت قطع این اعضاء یا از بین بردن کلی منفعت آن ها اختلافی وجود ندارد.

دلیل در این باره حدیثی است که از سعید بن مُسَیَّب (رض) روایت کرده اند که پیامبر (ص) فرمود: «در بریدن هردو گوش دیت لازم است، در هردو چشم دیت است و در هردو پای دیت است.»

دیگر اینکه در قطع هردو عضو از اعضای ذکر شده، نابود ساختن جنس منفعت از این اعضا است، مانند نابود ساختن منفعت بینائی در دو چشم، یا قلع آنها، یا نابود ساختن کامل حسن و جمال است، چنانچه در بریدن هردو گوش و از بین هردو ابروها که دیگر نرویند، جمال از بین میرود.

هرگاه کسی از این اعضای دوگانه یکی را داشته باشد، مانند کسیکه یک چشم سالم دارد و یک چشم دیگرش را از دست داده است، پس وی در اتلاف چشم باقیمانده خویش، دیت کامل را مستحق میگردد.

521- (ج)- آن عده از اعضاء که چار تا از آن ها در بدن وجود دارد:

هم چنان در آن عده از اعضای که چار تا از آنها در بدن وجود دارد، مانند پلک های هردو چشم و مژه های هردو چشم، در صورت اتلاف آن ها دیت کامل واجب میگردد.

522- در قطع مجموعی انگشتان دیت کامل است:

در قطع همگی انگشتان هردو دست یا انگشتان هردو پای - یعنی قطع مجموعی آن ها، دیت کامل لازم می آید، هرگاه جانی انگشتان هردو دست مجنی علیه یا انگشتان هردو پایش را به صورت مجموعی قطع نماید، بر او دیت کامل واجب میگردد.

522- (مکرر) دوم: در بیان تعدد دیت کامل:

گاهی برای مجنی علیه دو دیت یا سه دیت یا چهار دیت کامل واجب می شود و مراد ما از تعدد دیت کامل همین مطلب است و این مسأله به علت موجبات آن است، این مطلبی است که امام کاسانی حنفی در کتاب بدایع خود آن را ذکر کرده است و برای مدلل ساختن قول خویش به روایتی استدلال جسته است که از سیدنا عمر بن خطاب (رض) نقل کرده اند که آن حضرت (رض) بر شخصی که مردی را مورد ضرب قرار داده بود که در اثر آن عقل خود و بینائی خود را از دست داده و سخن گفته نمیتوانست و از قدرت بر جماع کردن نیز باز مانده بود، چهار دیت را حکم فرمود.

علاوه بر این جانی، منافع مطلوب از این اعضا را به طور کامل نابود کرده است، لذا این عمل به سبب تعدد موجبات دیت، مستوجب تعدد دیت گردیده است.

هم چنان امام کاسانی بر شخصی که زنی را طوری افضاء نماید که به سبب آن بول و غایط خود را گرفته نتواند، دو دیت کامل را واجب دانسته است، زیرا جانی، منفعت مطلوب از عضو را که عبارت از مجرای بول و مجرای غایط زن است، به طور کامل از بین برده و نابود کرده است.

523- سوم: آنچه که در آن بیشتر از دیت کامل واجب میگردد:

هیچ چیزی از یک جنس بدن نیست که در آن بیشتر از دیت کامل واجب گردد، به استثنای دندان ها، زیرا در هر دندانی، پنج شتر، یعنی نصف عشر (پنج فی صد) دیت کامل است و عادتاً انسان دارای سی و دو دندان است، لذا در کندن همه دندان ها یا از بین بردن منفعت آنها، یک صد و شصت شتر دیت لازم می آید، در حالیکه این مقدار بیشتر از دیت کامل قتل نفس است، زیرا دیت نفس عبارت است از صد شتر.

ابن قدامه حنبلی قول کسی را که میگوید در کندن همه دندان های انسان فقط یک دیت کامل واجب میگردد، گرچه دندان های کنده شده سی و دو دندان هم باشد، رد کرده و گفته است که: حدیث روایت شده از رسول اکرم (ص) میرساند که ایشان حکم فرموده اند به واجب گشتن پنج شتر در دیت هر دندان، در حالیکه در مقابل نص شرعی هیچ گونه اجتهاد و قیاسی جایز نیست.¹

524- چهارم: آنچه که در آن نصف دیت کامل واجب میگردد:

در نابود ساختن عضوی که دوتا از آن در بدن وجود دارد، یا از بین بردن کلی منفعت آن، مانند قطع یک دست، یا از بین کلی منفعت آن، نصف دیت کامل واجب میگردد.

هم چنان در ائتلاف دو عضو یا از بین بردن منفعت آن ها از آن عده اعضای که چهارتا از آن ها در بدن موجود است، مانند ائتلاف دو پلک چشم ها یا از بین بردن منافع آن ها، نصف دیت کامل واجب میگردد.

525- پنجم: آنچه که در آن نصف دیت کامل واجب میگردد:

در قطع عضو از آن اعضای که چار تا از آن ها در بدن موجود است مانند پلک ها و مژه های چشم یا از بین بردن کلی منفعت آن ها ربع دیت کامل واجب میگردد.

526- ششم: آنچه در آن ربع دیت کامل واجب میگردد:

در قطع یک عضو از آن جمله اعضای که در بدن انسان ده تا از آن ها وجود دارد، یا از بین بردن کلی منفعت آن، عشر (ده درصد) دیت کامل واجب میگردد.

مطلب دوم

آرش های مقدره در شجاج (زخم های سر و صورت) و جراحت ها²

527- یکم: آرش موضعه:

موضعه عبارت از زخمی است که در ناحیه سر یا صورت در موضع استخوان های آن واقع شده باشد، اندازه آن تا آن حد است که به استخوان رسیده باشد. اهل علم اجماع کرده اند که آرش آن مقدر و معلوم است، به دلیل اینکه در نامه نبی کریم (ص) برای عمرو بن حزم (رض) آمده است: «وفی الموضحة خمس من الابل» رواه ابوداود و الترمذی. یعنی در موضعه دیت پنج شتر است. این حدیث را ابوداود، نسائی و ترمذی روایت کرده اند و این تقدیر در آرش موضعه را از ابوبکر (رض) و عمر (رض) نیز روایت کرده اند و به همین قول اند حنابل، حنفیه، شافعی و فقهای بلاد دیگر.

این مقدار آرش موضعه است، خواه موضعه خورد باشد یا کلان، خواه ظاهر باشد یا پوشیده در زیر موی سر یا در زیر موی صورت، فرق و تفاوتی در آرش آن به میان نمی آید.

528- دوم: هاشمه:

در مورد آرش زخم هاشمه (زخمی که استخوان را می شکند)، تعیین مقداری به ما نرسیده است و بیشتر چیزی که به ما رسیده قول اهل علم است مبنی بر اینکه آرش هاشمه مقدر است به ده شتر و این مقدار از زید بن ثابت (رض) روایت شده است و به این قول اند حنابل، شافعی، ثوری و حنفیان نیز به همین نحو گفته اند. ولی آنان هاشمه

¹ - المغنی، ج 8، ص 1-2.

² - المغنی، ج 8، ص 42 و مابعد آن.

را به مقدار عشر دیت از جنس در اهرم تعیین کرده اند. برخی از آنان گفته اند: ارش هاشمه مقدر نیست، زیرا در مورد آن نه سنتی وجود دارد و نه اجماعی. ابن قدامه برای مقدر بودن ارش هاشمه به ده شتر استدلال نموده است به اینکه این قول زید بن ثابت (رض) است و کسی مانند او به رأی خود نمی گوید. پس حمل بر توقیف (امری که مربوط به شارع است) می شود، همان گونه که در این مسأله از صحابه کسی را سراغ نداریم که با حضرت زید بن ثابت (رض) مخالفت کرده باشد، لذا این امر اجماع نیز پنداشته می شود.

529- سوم- منقله (زخمی که استخوان را بعد از شکستن آن از جای خودش به جای دیگر نقل میدهد):

ارش آن به اجماع اهل علم، پانزده شتر است. در نامه نبی کریم (ص) برای عمرو بن حزم این گونه تصریح یافته است: «وفی المنقله خمس عشره من الابل» یعنی در منقله دیت آن پانزده شتر است.

530- چهارم- امه (زخمی که به پرده مغز سر میرسد):
ارش آن ثلث (یک سوم) دیت کامل است به قول عامه اهل علم، بدلیل فرمان نبی کریم (ص) در نامه عمرو بن حزم (رض): «وفی المأمومه ثلث الدیه» و در زخم مأمومه ثلث دیت واجب میگردد. از ابن عمر (رض) مثل این از پیامبر (ص) نیز روایت شده است.

531- پنجم- دامغه (زخمی که به مغز سر میرسد):
ارش آن همان است که در امه میباشد. حنابله به این مسأله تصریح کرده اند.
532- ششم- جایفه:

جایفه زخمی است که در بدن که تا به جوف بدن میرسد و در آن ثلث دیت کامل است این قول عامه اهل علم است و از آن جمله اند: حنابله، حنفیان، فقهای مدینه و غیرهم. دلیل این قول حدیث رسول خدا (ص) در نامه عمرو بن حزم است: «وفی الجائفه ثلث الدیه» در جایفه ثلث دیت لازم میگردد. از ابن عمر (رض)، از پیامبر (ص) مثل آن را نیز روایت کرده اند.

533- در دیگر جراحات بدن به استثنای جایفه ارش مقدری نیست:
ابن قدامه حنبلی گفته است: در جراحات های بدنی که بدون قطع اعضا و کسر استخوان ها باشد، به استثنای جایفه، ارشی مقدری را علم و آگاهی نداریم.¹

مبحث چهارم

ارش های غیر مقدره برای جنایات مادون نفس و چگونگی تعیین مقدار آن ها²
534- مراد از ارش غیر مقدر چیست؟

مراد ما از ارش غیر مقدر آن مالی است که برای مجنی علیه در تجاوزی که بر مادون نفس بر او صورت گرفته است از طریق (حکومت عدل) یا مطلق (حکومت) تعیین میگردد. زیرا شریعت جبران خساره وارده بر او را تعیین نکرده است.

535- قاعده در مورد آنچه که در آن ارش غیر مقدر واجب میگردد:
اساس و قاعده در باره آنچه که در آن ارش غیر مقدر، واجب میگردد و در نتیجه به امری تعلق میگیرد که آن را به (حکومت عدل) یا (حکومت) نام گذاری کرده اند،

¹ - المغنی، ج 8، ص 47-48.

² - المغنی ج 8، ص 56 و مابعد آن.

عبارت است از هر گونه تجاوز بر مادون نفس که در آن قصاص و ارش مقدری نیست، پس در خصوص آن (حکومت عدل) واجب می شود. یعنی ارشی است غیر مقدر که مقدار آن توسط همین حکومت عدل تعیین می گردد تجویز این قاعده از آن خاطر است که اصلاً جنایات وارد آمده بر محل معصوم حتماً باید مجازاتی را در پی داشته باشد تا مرتکب جانی منزجر گردد، یا جبران ضرر وارده بر مجنی علیه اعمال گردد.

وقتی که قصاص غیر ممکن باشد، پس ناچار باید جبران کننده باشد تا محلی را که بر آن تجاوز واقع شده است جبران خساره نماید. از انجای که شریعت برای این جرم تعویضی را مقدر نکرده است و ارشی را مقرر نفرموده است پس این بدان معنی است که شریعت آنرا به قاضی مفوض کرده است البته به طریقه که ما آن را ذکر خواهیم کرد. چون ما آنچه را که در آن ارش مقدر است، ذکر کردیم این بدان معنی است که در ما عداوت آنها ارش غیر مقدر واجب می گردد، یعنی به همان گونه که فقهاء آن را تعبیر می کنند، (حکومت عدل) است. مگر در مورد جنایاتی که ارش مقدری ندارند. فقهاء اختلاف نظر دارند، برخی از فقهاء قسمتی از این جنایات را از جمله جنایاتی می شمارند که دارای ارش مقدره هستند، وقتی که امر بدین گونه است، پس ما در ذیل چگونگی تعیین ارش های غیر مقدر را بیان خواهیم کرد و آنکه به بیان جنایاتی می پردازیم که بر وجه اتفاق در میان فقهاء (حکومت عدل) در مورد آن ها به اجرا در می آید و هم چنان وجه اختلاف در بین فقهاء را در این زمینه بیان خواهیم کرد.

536- چگونگی تقدیر و تعیین ارش غیر مقدر:

تعیین ارش غیر مقدر، از طریق حکومت عدل صورت می گیرد. بدین گونه که مجنی علیه قیمت گذاری می گردد که گویا وی غلامی است که هیچ جنایتی بر بالای او نشده است یعنی صحیح و سالم است و باز دوباره قیمت گذاری می شود در حالیکه بر وی جنایتی واقع شده بوده و از آن صحت یاب گردیده است و آنکه نقصان قیمت وارد آمده را از قیمت اولی محاسبه می نمایند که همین تفاوت قیمت، ارش وی محسوب می گردد. مثلاً قیمت وی در وقت صحتش ده هزار بوده و بعد از تجاوز بر او و جور شدنش از صدمه وارده، قیمتش به نه هزار تنزل یافته است. پس فرق در میان هر دو قیمت عدد یک است و به نسبت آن به سوی اصل قیمت آن $\frac{1}{10}$ یک در ده است لذا وی مستحق عشر دیت خود می باشد.

537- چه کسی حکومت عدل را انجام می دهد؟:

کسانی که به این (حکومت) می پردازند یعنی به تعیین ارش غیر مقدری که آن را مجنی علیه مستحق می شود، عبارت اند از اهل خبره که توسط قاضی در صورتیکه منازعه جنایتی که ارشی مقدری ندارد به نزد او برده شود، توظیف می گردند، یا از طریق موافقت جانی و مجنی علیه اهل خبره بر گزیده می شوند تا این (حکومت) را انجام دهند، زیرا این گونه جنایات بر مادون نفس، حق العید بدان ها تعلق می گیرد، لذا مجنی علیه می تواند برای گرفتن حق خویش از جانی به قاضی مراجعه کند، و قاضی به انتخاب جانی و مجنی علیه به توظیف اهل خبره اقدام نماید، و در صورتیکه جانی و مجنی علیه بر سر انتخاب و گزینش اهل خبره اختلاف ورزند و جور نیابند قاضی خودش به گزینش اهل خبره می پردازد، چنانچه برای مجنی علیه جواز دارد که با جانی بر انتخاب کسی که این (حکومت) را انجام دهد، بدون رجوع به قاضی، انتخاب نماید ولی این کار باید به التزام به چگونگی اجرای (حکومت) از حیث تقویم (قیمت گذاری) بر نحوی که فقهاء ذکر کرده اند، همراه باشد.

538- چگونگی (حکومت عدل) در زمان حاضر:

چون حکومت عدلی را که فقهاء برای تعیین ارش غیر مقدری که مجنی علیه آن را مستحق می گردد ذکر کرده اند، مبنی بر آن است که آنان مجنی علیه را فرض می کنند که او غلام است الی آخر آنچه که آن را تذکر داده اند.

اما از انجای که در زمان حاضر (که بساط بردگی برچیده شده است)، غلامی پیدا نمی شود پس تعیین قیمت مجنی علیه با وجود انهدام بردگی، تعیینی است بی فایده که مراد فقهاء از حکومت عدل گرچه بر وجه تقریب هم باشد، تحقق نمی یابد.

بنابر آن، چون مقصود، تعیین ضرر وارده بر مجنی علیه و معرفت تعویض مناسب برای این ضرر است، پس من بر این نظرم که تعیین ضرر وارده بر مجنی علیه و تعیین تعویض مناسبی که مستوجب آن است، به اهل خبره و اگذار شود بر مبنای آنکه تعیین تعویض (ارش) منسوب به دیت نفس مجنی علیه باشد، مانند اینکه گفته شود: ارش این جنایت بر مجنی علیه در مادون نفس، عبارت است از عشر دیت وی در نفس و مانند آن.

539- جنایاتی که در آنها حکومت عدل است:

جنایات بر مادون نفس که در آنها حکومت عدل است، عبارت اند از آن عده جنایاتی که در آنها قصاص و ارشی مقدره نیست. در ذیل عده از آنها را با توجه و اشاره به اختلاف فقهاء در مورد آن ها که آیا ارشی مقدره دارند یا از جمله ارش های غیر مقدره هستند، تذکر می دهیم.

540- اولاً- بعضی از شجاج ها:

(حارصه) عبارت است از جراحتی که پوست را می شگافد بطور اندک که خون از آن ظاهر نمی شود (بازله) جراحتی است که از آن خون فرو میریزد یعنی که خون از آن سیلان می کند و این را دامیه و دامعه نیز می نامند، بعد از آن (باضعه) است و آن عبارت از زخمی است که بعد از شگافتن پوست بدن، گوشت بدن را نیز می شگافد، سپس (متلاحمه) است و آن عبارت است از جرحی که گوشت بدن را گرفته باشد، یعنی در گوشت بدن داخل شده باشد و این دخول زیاد باشد تا حدی که از باضعه زیاده تر باشد اما به اندازه (سمحاق) نرسد.

پس از آن (سمحاق) است. و عبارت است از مجروحیتی که به پرده نازکی میرسد که بر بالای استخوان است.

در این انواع پنج گانه شجاج، (حکومت عدل) است، نزد اکثر اهل علم، مانند حنابله، مالکیان، حنفیان، اوزاعی و غیر ایشان. به خاطر اینکه ارش های مقدره در باره آنها نیست، در حالیکه قیاس آنها به شجاج های دیگر درست نمی باشد.

541- دوم- جروحاتی که در مورد آنها ارش های مقدره نیست:

این جراحات عبارت از زخم های است که در سایر قسمت های بدن غیر از سر و صورت بوده باشد که جراحات سر و صورت را شجاج می نامند اما این جراحات غیر از شجاج اند و ارشی مقدری برای آنها نیست و هم چنان هم مانند آن جراحتی که ارشی دارند، نیز نمی باشند، پس در باره آنها (حکومت عدل) است. مانند زخم های قسمت هردو سرین، سینه ها و ابروها که در هیچ یکی از آنها ارشی مقدری نیست، لذا در زمینه حکومت عدل واجب می گردد.

542- سوم- پهلوی و ترقوه¹:

در مورد پهلوی و ترقوه بنا به رأی مشهور از شافعیان، حکومت عدل است. این قول حنفیان، امام مالک و ابن المنذر است. زیرا در باره آنها ارشی مقدری نیامده است در حالیکه مقدر بودن ارش تنها موقوف به امر شرع شریف است، از انجای که از طرف شرع در زمینه چیزی مقدر نشده است، لذا در مورد واجب است که به حکومت عدل محول گردد.

حنبلیان گفته اند: در زخم پهلوی یک شتر و در ترقوه دو شتر است، این قول را از برخی صحابه و تابعین روایت کرده اند. ابن قدامه استدلال کرده است به اینکه این قول از عمر بن الخطاب (رض) و زید بن ثابت منقول است.

543- چهارم- موی سر، موی ریش و موی ابرو ها:

امام مالک، امام شافعی و ابن المنذر بر این باورند که در این نوع از موها در صورتیکه منجر به عدم دوباره رویدن موی در سر زن یا مرد یا در ریش مرد و یا در ابرو های آنها گردد، حکومت عدل است، این گروه استدلال کرده اند به اینکه در اتلاف این موی ها بر وجهی که بعد از اتلاف دوباره نرویند، اتلاف جمال آنها بدون اتلاف منفعت آنهاست، پس چنانچه در نفس دیت واجب میگردد، دیتی نیست. چون در مورد آنها ارشی مقدری وجود ندارد، لذا در باره آنها ارش غیر مقدر یعنی حکومت عدل واجب است.

حنفیان و حنبلیان به این مذهب رفته اند که در این ها دیت کامل واجب میگردد، و مراد ما از دیت کامل، دیت نفس است برای مجنی علیه حسب ذکورت و انوثت (مرد بودن و زن بودن) و دین وی.

ثوری نیز به قول حنفیان و حنبلیان رفته است (یعنی مذهب وی نیز همین است). از علی (رض) و زید بن ثابت (رض) روایت کرده اند که آنها در مورد موی ها گفته اند: در مورد این ها دیت واجب است. دلیل این قول آن است که موی در زنان و مردان جمال کامل شمرده می شود، هم چنان ریش در مرد نیز جمال کامل اوست در حالیکه نابود کردن کامل جمال، کمال دیت را موجب میگردد، چنانچه در اتلاف گوش کر و ناشنوا و بینی که قدرت بوئیدن را ندارد، دیت کامل است، از طرف دیگر نابود ساختن جمال این موی ها هم مانند جنس منفعت اعضای است که تقویت (از بین بردن) آنها موجب دیت کامل می شود، و چیزی که این ها را با هم جمع می کند تا اینکه یک نوع حکم را به خود بگیرند اظهار شرف و کرامت انسانی است و اعتبار جمال نابود کرده شده بالاتر از تقویت منافع اعضاء است. در نتیجه وقتی تقویت کامل اعضاء، کمال دیت را موجب میگردد، پس تقویت کامل جمال بطریق اولی موجب دیت کامل می شود، این بر خلاف موی ها سایر اعضای بدن است، چون در آنها جمال کامل نیست، زیرا آن موی ها برای مردم آشکار نمی شود، و دیدنی نیست، پس تقویت آنها دیت کامل را واجب نمی سازد. دلیل دیگر اینکه در خصوص ابرو ها باید گفت که ابرو ها در بدن منفعت دارند زیرا موی ابرو ها با وجود جمال مانع رسیدن عرق به چشم ها و باعث پراگنده شدن آن میشود، به همان گونه که پلک های چشم هم دارای جمال اند و هم دارای منفعت چونکه چشم ها را از رسیدن اذیت محفوظ نگه میدارند.

1 - ترقوه: یا چنبر، یک جفت استخوان نسبتاً باریک و نسبتاً بلندی است که دو سر هر یک دارای انحناى مخالفی است و در بالای قفسه سینه در هر دو طرف بدن بطور افقی قرار دارند که از یک سر به کتف و از سر دیگر به استخوان جناغ متصل می شوند. (لغت نامه دهخدا) (مترجم).

544- قول راجح و برتر در مورد موی ها:

طوری که برای ما واضح میشود، قول راجح و برتر قولی است که در این موی ها حکومت عدل را واجب میداند، زیرا در ایجاب دیت کامل که مقدار آن کم نیست، زیاده روی در تسویه فوات این موی ها با فوات جنس منفعت اعضای است که در فوات جنس منفعت آن ها دیت کامل واجب می شود.

545- در مورد دست شل، چشم نابینا و دندان سیاه شده:

دست شلی که منفعت آن از بین رفته است، چشمی که بینایی اش را از دست داده ولی صورت آن بر جای است و مانند صورت چشم سالم است و دندان سیاه شده که منفعت آن از بین رفته با وجود آنکه صورت آن بر جای است، در ائتلاف این اعضا در نزد حنفیان حکومت عدل است در یکی از دو روایتی از امام احمد بن حنبل و بقول مسروق، زهری، مالک، شافعی، ابی ثور، و ابن المنذر نیز حکومت عدل است.

دلیل این قول آن است که واجب گردانیدن دیت کامل به سبب آنکه منفعت آنها قبلاً از بین رفته است، امکان پذیر نیست در حالیکه ارشی مقدری هم برای آنها نیست، لذا در مورد ائتلاف آنها حکومت عدل واجب میگردد.

امام احمد در روایت دیگری که از او کرده اند، به این مذهب رفته است که در ائتلاف اعضای مذکور ثلث دیت آن ها لازم می شود - ثلث دیت آنها که سالم باشند - این قول از عمر بن خطاب (رض) و مجاهد، روایت شده است و اسحاق نیز به همین حکم قایل است.

دلیل این قول حدیثی است که عمرو بن شعیب (رض) از پدرش و از پدر کلانش روایت کرده و گفته است: «و پیامبر صلی الله علیه وسلم، در چشمی نابینایی که در جای خود است، در دست شلی که قطع کرده شود و در دندان سیاه شده که کنده شود، به ثلث دیت هر یک از آنها حکم صادر فرمودند».

این حدیث را نسائی روایت کرده است و ابوداود آن را در مورد چشم روایت نموده و آن را به طور مختصر آورده است.

ابن عباس (رض) روایت کرده است که: (عمر بن الخطاب (رض) در مورد چشم نابینایی که برکنده شود، دست شلی که قطع کرده شود و دندان سیاهی که کشیده شود، به ثلث دیت هر یک از آنها حکم کردند).

چنین به نظر میرسد که صاحبان قول اول که قایل به وجوب حکومت عدل، در باره این اعضا هستند، حدیثی را که نسائی و ترمذی روایت نموده اند، نزد ایشان ثابت نشده است. لذا به طرف (حکومت عدل) رفته اند، همان گونه که در مورد آنچه که در آن ارش مقدری نیست، حکومت عدل واجب میگردد.

مبحث پنجم

آرش زن مسلمان¹

546- آرش زن مسلمان، نصف ارش مردم مسلمان است:

آنچه را ما از مقادیر ارش های مقدره ذکر کردیم تنها برای مرد و به نسبت دیت اوست، هرگاه در این تجاوزات، مجنی علیها زن مسلمان باشد، پس ارش وی به نصف مقدار ارش مرد است، زیرا دیت وی نصف دیت مرد است، و این امر مشمول تمام

¹ - البدایع، ج 10 ص 4796، المغنی ج 8 ص 797، و مابعد آن، الأم للشافعی ج 6 ص 92، هدایه المجتهد ج 2 ص 55.

حالاتی است که ما به ذکر آنها از حالات تجاوز بر مادون نفس و آنچه که از ارش های مقدره و ارش های غیر مقدره (حکومت عدل) واجب میگردد پرداختیم. این مذهب حنفیان، شافعیان، ابن سیرین، ثوری، لیث، ابن ابی لیلی، ابن ابی شبرمه و ابن المنذر است و از علی بن ابی طالب رضی الله عنه نیز روایت شده است. دلیل این قول آن است که چون دیت نفس زن، به مقدار نصف دیت مرد است، پس واجب است که ارش آن در تجاوزات بر مادون نفس مثل قطع اعضای بدن و از بین بردن منافع آنها و سایر جراحات نصف ارش مرد باشد.

547- مذهب حنبلیان و موافقین ایشان:

حنابله به این باورند که ارش های زن در مادون نفس، مساوی ارش های مرد در مادون نفس است تا به حد ثلث، یعنی تا به حدی که به ثلث کامل دیت مرد برسد و در مازاد از ثلث، ارش زن، نصف ارش مرد است.

این حکم را از عمر بن خطاب رضی الله عنه، پسر ایشان و زید بن ثابت (رض) روایت کرده اند. سعید بن المسیب، عمر بن عبدالعزیز، زهری، ربیعہ و امام مالک نیز بر همین حکم قایل اند.

ابن قدامه برای این حکم به حدیثی استناد نموده است که عمرو بن شعیب آن را از پدرش و پدر کلانش روایت کرده است که رسول اکرم (ص) فرموده اند: «عقل المرأة مثل عقل الرجل-ای دیتها-حتی يبلغ الثلث من دیتها» ترجمه: دیت زن، نصف دیت مرد است تا آنکه مقدار آن تا به ثلث دیت وی برسد.

این حدیث را نسائی روایت کرده است.

ابن قدامه، بعد از ذکر این حدیث گفته است: این حدیث نص به شمار می رود نص بر هر چیزی که مغایر آن باشد، ترجیح دارد، دیگر اینکه در این حکم صحابه (رض) اجماع دارند زیرا خلاقی از ایشان در این خصوص نقل نشده است مگر از حضرت علی بن ابی طالب (رض) و ما به ثبوت این مخالفت از ایشان آگاهی نداریم.

از طرف دیگر در مادون ثلث دیت، مذکر و مؤنث با هم مساوی اند، به دلیل غره جنین (دیت جنین)، زیرا در غره جنین، مذکر و مؤنث جنین فرقی ندارند و باهم مساوی میباشند، به جهت آنکه موجب اسقاط جنین (غره) است و غره کمتر از ثلث دیت کامل- دیت مرد- است طوری که انشاءالله تعالی بعد از این آن را ذکر خواهیم کرد.

اما اگر ارش زن، بالغ بر ثلث دیت کامل مرد باشد، آیا در این صورت نیز با مرد مساوی است؟ طوری که در کمتر از ثلث (دیت کامل مرد) با مرد مساوی بود، نزد حنبلیان دو قول است ابن قدامه حنبلی، قولی را ترجیح داده است که ثلث را در مساوات ارش مرد و زن داخل نمیداند و به عدم دخول آن قایل است.

مبحث ششم

آنچه را که عاقله جانی از دیت یا ارشی که در جنایت بر مادون نفس که

بر وی واجب گردیده است، متحمل می شوند.¹

548- اتفاق و اختلاف در بین فقهاء:

¹ - البدایع ج 7 ص 322-323، مغنی المحتاج ج 4 ص 98، کشاف القناع ج 4 ص 38، المغنی ج 7 ص 768-777، شرح الخرشی ج 8 ص 44-45، المدونة الكبرى للإمام مالک ج 4 ص 480، جواهر الکلام فی فقه الجعفریه. من کتاب الریات.

فقهاء بر این امر اتفاق دارند که عاقله-عاقله جانی- از طرف جانی متحمل آنچه می شوند که از دیت یا ارش در جنایت مادون نفس بر وجه خطاء و مانند آن بر وی واجب گردیده باشد، ولی ایشان در تعیین مقدار ارشی که بر جانی لازم می‌گردد و باید عاقله جانی آن را متحمل شوند، اختلاف ورزیده اند.

549- اقوال فقهاء در مورد آنچه که عاقله جانی از جای وی متحمل می شوند: حنفیان بر این نظر اند که عاقله جانی ارشی را که بر وی واجب گردیده باشد در صورتیکه مقدار آن نصف عشر دیت باشد یا بیشتر از آن متحمل می شوند و در کمتر از آن متحمل نمی شوند.

در نزد حنابله، لازم است ارشی که بر جانی واجب گردیده باشد تا آنکه عاقله آن را از جای وی بپردازند، به اندازه ثلث دیت کامل باشد. نزد امام مالک، لازم است ارشی که بر جانی واجب گردیده است به مقدار ثلث دیت جانی یا ثلث دیت مجنی علیه باشد.

نزد شافعیان و مذهب جعفری، عاقله متحمل آن می شوند، خواه کم باشد یا زیاد بدون ضرورت به تعیین مقدار ارشی که بر جانی در جنایت بر مادون نفس واجب گردیده است.

550- عاقله چگونه آنچه را که بر جانی واجب گردیده است می پردازند: هرگاه در جنایت بر مادون نفس، دیت کاملی بر جانی، واجب گردیده باشد، پرداخت آن بر عاقله در اقساط سه ساله است، چنانچه در دیت نفس نیز همین حکم است در هر سالی یک سوم آن را ادا می کنند.

هرگاه در جنایت بر مادون نفس، مقدار ارش کمتر از ثلث دیت باشد، می بینیم: در صورتیکه مقدار آن به اندازه ثلث دیت کامل بود، پرداخت آن در آخر سال اول واجب می‌گردد، نه بصورت حال.

در صورتیکه مقدار ارش به اندازه نصف دیت کامل باشد، مانند دیت دست، ثلث دیت کامله در آخر سال اول و باقیمانده آن در آخر سال دوم داده می شود. اگر ارشی واجب شده، بیشتر از دو ثلث دیت کامل باشد، مانند دیت هشت انگشت، دو ثلث آن در سال اول و سال دوم، هر ثلثی در آخر آن سال داده می شود، باقیمانده آن در آخر سال سوم اداء می‌گردد.

اگر واجب در مادون نفس، بیشتر از دیت کامل باشد، مانند دیت تمامی دندان های مجنی علیه، پس در هر سالی ثلث آن داده می شود.

هرگاه جنایت بر مادون نفس بر بالای دو نفر صورت گرفته باشد، پس برای هر یکی از مجنی علیهما به نحوی که تفصیل دادیم، در حصه خود وی بر عاقله جانی دیت لازم می‌گردد که باید آن را متحمل شوند.

551- چه وقتی جانی خودش بدون عاقله خود ارش را متحمل می شود: هرگاه ارش مجنی علیه کمتر از مقدار ارشی باشد که عاقله بر حسب آنچه که فقهاء شرط کرده اند، خود جانی به تنهایی خود و بدون سهمگیری عاقله آن را متحمل شده و می پردازد.

552- آیا در ارشی که بر جانی واجب می‌گردد، خودش نیز با عاقله یکجا می شود: هرگاه ادای آنچه که بر جانی واجب گردیده است بر عاقله لازم گردد، آیا خود جانی با عاقله اش در پرداخت ارش به مجنی علیه داخل می‌باشد؟

در این مسأله بر قولی از فقهاء واقف نیستم، ولی ایشان در مسأله قتل خطا و تحمل عاقله برای تحمل دیت از آن بحث کرده اند.

برخی گفته اند: جانی با عاقله به مانند یکی از آنها داخل میشود. برخی دیگر گفته اند: جانی با عاقله داخل نمی باشد و ما این را قبلاً ذکر کرده ایم.¹ کسانی که به عدم دخول جانی در پرداخت دیت با عاقله قایل اند، استدلال کرده اند به اینکه چون بر جانی کفاره قتل خطا لازم میگردد، این مجازات برای او کافی است در حالیکه غالباً کفاره قتل خطا بیشتر از قسط دیتی است که بر وی واجب گردیده است.

بر اساس این استدلال و با توجه به اینکه در جنایت بر مادون نفس بر جانی کفاره لازم نمی گردد، زیرا کفاره تنها در جنایت بر نفس واجب میگردد. و در جنایت بر مادون نفس واجب نمی آید، مرا این طور به نظر میرسد که در اعتداء و تجاوز بر مادون نفس، جانی در پرداخت ارش یا دیتی که بر وی واجب گردیده است برای مجنی علیه، با عاقله یکجا میباشد. از روی قیاس بر قول فقهای که قایل به دخول جانی با عاقله اش در تحمل دیت نفس هستند، به این نتیجه میرسیم که دخول جانی با عاقله، قول همه فقهاء می باشد.

¹ - فقره (482)

ليکونکی : دوکتور عبدالکریم زیدان
ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامي

داسلامي فقهي بنسټونه

پنځم فصل

پنځم دليل ، استحسان

فهرست:

28	 پنځم دليل ، استحسان
206-	د استحسان تعريف :
208-	د استحسان لپاره مثالونه
209-	د استحسان انواع (ډولونه)
210-	لومړۍ – له نص سره استحسان (يعنې هغه استحسان چې مستند يې نص دی)
211-	دوهم ، په اجماع سره استحسان
212-	درېيم – په عرف مستند استحسان
213-	څلورم – په ضرورت (اړتيا) سره استحسان

- 214- پنځم - په مصلحت سره استحسان 32
 215- شپږم - په خفي قياس سره استحسان 32
 216- د استحسان حجيت 32

206- د استحسان تعريف :

استحسان په لغت كې ديو څيز دښه او غوره انگيرلو په معنا دى او هم پر هغه څه اطلاق كيږي چې انسان ورسره مينه لري او ورته ليوالتيا پيدا كوي كه څه هم دا چاره د نورو په نزد ناوړه هم وي .

په اصطلاح كې دهغه په تر او زيات تعريفونه شتون لري ، ¹ له هغې جملې بزودي وايي : استحسان له يو قياس څخه دهغه ځنې د پياوړي قياس په موجب عدول او انصراف دى ، يا ديو قياس تخصيص له هغه ځنې په پياوړي دليل سره دى .

فقيه حلواني حنفي وايي : (استحسان په قرآن يا سنت او اجماع كې د قياس پريښوول (ترك كول) دي له هغه ځنې دخورا پياوړي دليل دشتون په خاطر .)

امام كرخي له حنفي علما وو څخه وايي : (استحسان دا دى چې انسان په هغه شان سره چې ديوې مسالې په نظايرو كې يې حكم وركړى دى ، د هغې مسالې لپاره حكم ورنه كړي ، بلكې دحكم خلاف نوموړي نظاير دهغه لپاره ثابت كړي ، دهغه دليل په استناد سره چې دهغه لومړني حكم له وركولو ځينې دعدول غوښتونكى دى .)

ابن العربي مالكي د هغه په تعريف كې وايي : (استحسان دهغه دليل دشتون په خاطر د استثنا او رخصت له لارې ددليل دمقتضا دترك دترجيح په معنا دى چې د لومړي دليل له ځينو مقتضياتو سره تعارض لرى) .

ځينو حنبلينانو هم د هغه په تعريف كې ويلي دي : (استحسان يوخاص شرعي دليل ته په پام سره دهغه له نظايرو څخه ديوې مسالې دحكم دڅنگ ته كولو په معنا دى .)

207- ددي تعريفونو له جملې ځينې دا پايله په لاس راځي چې : له استحسان څخه موخه له يوجلې قياس ځينې يوخفي قياس ته عدول يا له يوكلې اصل څخه ديوې جزېې مسالې استثنا كول دي هغه دليل ته په پام چې مجتهد پرې ډاډ ترلاسه كوي او ددي استثنا يا عدول غوښتونكى دى .

كه چيرې يوه مسأله د مجتهد مخې ته راغله چې دهغې په تر او دوه قياسه په شخړه كې و او لومړى قياس څرگند او ديوټاكلې حكم غوښتونكى و ، خودوهم قياس خفي او دبل حكم غوښتونكى و او دمجتهد په فكر كې يو دليل رامينځته شو چې پرلومړي قياس د دوهم قياس دغوره والي يا دخفي قياس په غوښتنه دجلي قياس له غوښتنې څخه دعدول غوښتونكى و ، په هغه صورت كې ، دا عدول يا هغه ترجيح ، هماغه استحسان دى .²

او كوم دليل چې د دې عدول غوښتونكى دى هم ، د استحسان وجه نوميزي د استحسان د سند په معنا او كوم حكم چې په استحسان سره ثابتيزي ، مستحسن حكم يا دجلي قياس پر خلاف ثابت حكم بلل كيږي . همدارنگه كه چيرې يوه مسأله مجتهد ته وړاندې شوه چې تريوې عمومي قاعدې لاندې راتله يا دا چې يوكلې اصل پرې احاطه درلوده او مجتهد يوخاص دليل وموند چې له كلي اصل څخه د دې جزئې مسالې د استثنائغوښتونكى

1 - روضة الناظر و جنة المناظر ج 1 ص 407 او له هغې وروسته ، الامدى ج 4 ص 209 او له هغې وروسته ، كشف الاسرار ، ج 4 ص 1132 ، المسودة ، ص 455

2 - احناف ، هم دارنگه ، خفي قياس چې د جلي قياس په مقابل كې قرار لري هم استحسان او د دې تسميې (نومونى) په تحليل كې وايي چې : دا قياس ، له ظاهري قياس څخه پياوړى دى ، نو عمل پرې منلى او ښه غوره دى . و . ك : التوضيح ج 2 ص 82 كشف الاسرار ج 4 ص 1123

يا بل حکم ته دهغه دنظاير و لپاره له ثابت شوي حکم ځيني دهغي مسألي دڅنگ ته کولو غوښتونکی و دهماغه خاص دليل په خاطر چې د مجتهد په ذهن کې رامینځته شوی دی ، په هغه صورت کې ، دا عدول د هماغه استحسان استثنا ده او کوم دليل چې دهغه غوښتنه کړيده ، د استحسان وجه ، يعنی دهغه سند دی او کوم حکم چې په هغه سره ثابتېږي هم ، مستحسن حکم ، يعنی دقياس پر خلاف ثابت شوی حکم دی او قیاس ، په دې ځای کې هماغه کلي اصل يا عمومي قاعده ده .

208- د استحسان لپاره مثالونه

الف : په حنفي فقه کې يو له مقرر و احکامو څخه ، ارتفاقي حقوق دي لکه دکرنيزو ځمکو لپاره دخړوبولو ، مسيل او مرور حق . دا حقوق ، که چيرې د بيع په عقد کې ذکر نه شي ، په بيع کې نه داخليږي ، د مبيع جزء نه حسابېږي اوس که چيرې ځمکه وقف شي پرته له دې چې په عقد نامه (تړون) کې دا حق ذکر شي ، آيا په دې ځای کې هم هماغه حکم شتون لري يانه ؟ احناف وايي : د قیاس پر بنسټ ، دا حقوق د بيع په عقد کې نه داخليږي ، خو د استحسان پر مینا ، داخليږي .

دمطلب توضیح دا چې : دکرنيزو ځمکو وقف د دوو قیاسونو تر شمول لاندې قرار نیسي :

لومړی ، قیاس يې پر بيع ، دوهم ، قیاس يې پر اجاره . لومړی مورد ذهن ته خورا څرگند او مخکې کېدونکی دی ، ځکه د بيع او وقف مشترک قدر دا دی چې په دواړو کې ، ملک د مالک له ملکیت څخه بهر کېږي او ددې جلي قیاس غوښتنه هم دا ده چې که چيرې ارتفاقي حقوق په عقد نامه کې ذکر نه شي ، دا حقوق ، د بيع په عقد کې د موجود حالت په څير ، په وقف کې هم د ځمکې په پيروي په وقف شوي مال کې نه داخليږي .

دوهم قیاس ، يعنی پر اجارې دهغي قیاس ، پردې مبتنی دی چې هم وقف او هم اجاره د مال له عين څخه د انتفاع د مالکیت افاده کوونکي ده او د اصل مال تملک نه افاده کوي ، دا ، خفي قیاس دی او پر ذهن نه تر مخه کېږي ، بلکې يوڅه تأمل ته اړتيا لري او غوښتنه يې دا ده چې په دې ځای کې هم د اجارې دعقد په څير ، ارتفاقي حقوق په تبعي صورت په وقف کې داخليږي پرته له دې چې په عقد نامه کې پر موضوع نص اېښودلو ته کومه اړتيا هم وي .

په دې ځای کې که چيرې مجتهد پر جلي قیاس ، خفي قیاس غوره و بولي ، دا استحسان دی او وجه ، يعنی سند يې دا دی چې : خفي قیاس له جلي قیاس څخه خورا پياوړی تأثیر (اغيز) لري ، ځکه – لکه څرنگه چې یادونه يې وشوه – له وقف ځيني موخه ، له موقوف څخه انتفاع (گټه اخيستل دی) نه د اصل مال تملک ، او څرنگه چې انتفاع له ارتفاقي حقوقو پرته معناملری لازم ده چې دا حقوق هم ، د اجارې غوندې ، په تبعي صورت په وقف کې داخل شي .

ب : له يوکلي اصل ځيني ديوي جزئي مسألي د استثنا کولو له مثالونو څخه په خيريه چارو کې د وصيت جايزوالی دمحمجور عليه شخص له خوا د سفاقت (سفیه توب) په دليل دی ، چې دا وصيت استحساناً جايز دی ، په داسې حال کې چې قیاس دهغه په نه جواز دلالت لري ، همدارنگه ، د ده وقف پخپله د ده پرنفس استحساناً جايز دی ، خو قیاس دهغه د نه جواز غوښتونکی دی ، په دې دوو مسألو کې د دې استحسان توضیح دا ده چې : عمومي قاعده د محجور عليه سفیه د مال د خونديتيا به په موخه ، حکم کوي چې د ده تبرعات (بخشونه) صحيح دي ، خو په خيريه چارو کې د ده وصيت له دې عمومي قاعدې ځيني مستثنی شوی دی ، ځکه وصيت يوازي د وصيت کوونکي له

مړينې وروسته دی چې دمالکیت افاده کوي او وقف هم د وصیت په څیر دی او دسفیه مال ورته خوندي کوي ، نو دا استثنای ددې عمومي قاعدې په موخه کې کوم اغیزنه بندي.

209- داستحسان انواع (ډولونه)

لکه هماغسې چې په مثالونو کې ذکر شول ، استحسان کله کله له یوکلې اصل څخه ډیوې جزئي مسألې استننا کول اوکله کله پر جلي قیاس د یوخي قیاس ترجیح ده ، او دا د استحسان تقسیم (ویش) هغه څه ته په پام سره ؤ چې استحسان ترې عدول کړی او هغه څه چې دهغه په لوري یې عدول موندلی دی ، خو ځینې وختونه هم ، د استحسان دمستند یا دلیل له مخې بابهغه څه چې په فقهي کتابونو کې د استحسان وجه نومیري ، هغه ته گوري اوله دې کبله ، استحسان په لاندې انواعو ویشل کیږي :

210- لومړی – له نص سره استحسان (یعنی هغه استحسان چې مستند یې نص دی)

دارنگه دی چې : له شارع څخه یوخاص نص ډیوې جزئي مسألې په تړاو وارد شي چې یوحکم دهغې جزئي مسألې لپاره وغواړي چې هغه حکم د داسې حکم مخالف وي چې – د عمومي قواعدو دغوښتنې پربنسټ – دهغې مسألې دنظایرو لپاره ثابت شوی دی ، چې په دې صورت کې ، د دې جزئي مسألې نص له هغه حکم ځینې چې دکلي اصل دغو ښتنې پربنسټ دهغې مسألې دنظایرو لپاره ثابت شوی دی ، مستثنی کوي ، دمثال په توگه : (په بیع کې) عمومي قاعده اوکلي اصل ، په معدومه بیع کې د بطلان غوښتونکی دی ، خوسلم ، چې دهغه څیز بیع ده چې د عقد پرمهال دپلورونکې سره شتون نه لري – په یوه نص سره استننا شویدی او دا نص ، دسترخښتن تعالی جل جلاله له رسول صلی الله علیه وسلم څخه روایت دی چې ویې فرمایل : (من اسلف منکم فلیسلف فی کیل معلوم و وزن المعلوم الی اجل معلوم) .

ژباړه : له تاسو څخه هغه چا چې پورکاوه باید پورې په پیمانه کې معلوم اوپه وزن کې معلوم اوتریو محدود او مشخص وخت پورې وي) .
مثال یې هم د شرط خیار دی ، دا کار استحساناً دهغه دجواز په تړاو په سنت کې د نص دورود په دلیل ، تردریو ورځو پورې جایز دی ، او دا خیار ، په عقودو کې د موجود کلي اصل څخه استننا ده چې دعقودو دقطعییت بیانوونکی دی .

211- دوهم ، په اجماع سره استحسان

لکه د استصناع عقد ، چې استحساناً جایز دی ، په داسې حال کې څرنگه چې پر معدوم عقد دی ، قیاس دهغه دنه جواز غوښتونکی دی او یوازې له عمومي قاعدې ځینې دهغه په استننا سره دی چې جایز گڼل شوی دی ، داستحسان وجه هم ، په دې ځای کې ، دا ده چې د خلکو ترمنځ (او په عرف کې) دا ډول معامله رواج لري او څوک یې منکرشوي هم نه دي او له دې کبله ، دا یوه اجماع ده .

همدارنگه لکه د یومعلوم اجرت (مزد) په مقابل کې حمامونو ته ننوتل ، چې عمومي قاعده دهغه په فساد حکم کوي ، ځکه په حمام کې د استفاده کوونکي دمکث موده او هغه اندازه اوبه چې نوموړی یې هلته مصرفوي مجهولي دي ، خوڅرنگه چې په عرف کې یې رواج درلودلی اوڅوک یې منکرشوي هم نه دي استحساناً او له عمومي قاعدې څخه یې په استننا سره جایز دی ، او دا یوه اجماع گرځیدلی ده .

212- درېم - په عرف مستند استحسان

لکه دهغه منقولو اموالو په څير چې په عرف کې وقف کيږي لکه کتاب او لوبښی (ظرف) او داسې نور. له فقهاوو څخه د يوې ډلې په نظر ، دوقف په تړاو له عمومي اصل ځينې په استثنا سره ، چې د نوموړي اصل مطابق ، وقف بايد ابدی وي او له دې امله ، وقف يوازې په عمار (غيرمنقولو اموالو) کې صحيح دی ، نه په منقولو اموالو کې او دنوموړو منقولاتو وقف د جواز دليل هم ، يوازې په عرف کې دهغه جريان درلودل دي .

213- څلورم - په ضرورت (اړتيا) سره استحسان

لکه پرلباس د مينيازو (ادرار) د څاڅکوله پاشل کيدو څخه عفو او په معاملاتو کې له ناڅيزه زيان ځينې عفو ، له هغو څخه دليري کيدو دنه امکان په خاطر . همدارنگه ، لکه د دې په څير چې استحساناً دارتيا او له خلکو ځينې دستونزو د دفع کولو له مخې ، هغه څاه گانې چې په هغو کې نجاست لويږي ، له هغوڅخه ديوي ټاکلي اندازې اوبو په ويستلو او بهرکولو سره ، تطهير (پاکي) شي .

214- پنځم - په مصلحت سره استحسان

د مثال په توگه ، مشترک اجير (لکه گندونکي) (خياط) - دخلکو دکالپو په تړاو چې له ده ځينې تلف کيږي ضامن دی ، مگر دا چې دا چاره ديوقاهر قدرت په اثر پيښه شوې وي چې دهغي دفع کول يا ترې ليري کيدل غيرممکن وي ، حال دا چې عمومي اصل حکم کوي په دې چې مشترک اجير به يوازې دتيري يا تقصير په صورت کې ضامن وي ، ځکه نوموړی امين دی ، خو د فقهاوو ډيری ډلې فتوا ورکړې ده چې : دخلکو دمصلحت د ساتنې لپاره د هغوی له اموالو څخه په ساتنه اوژمنو ته د وفا په سستيدلو او دخیانت خپریدلو او د ديني اسبابو کمزوري کيدلو ته په پام سره ، استحساناً ضمان پري واجب دی .

215- شپږم - په خفي قياس سره استحسان

لکه په عقد نامه کې پراړتفاقي حقوقو له نص ايښودلو پرته دکرنيزو ځمکو د وقف په تړاو وړاندیني مثال کې ، همدارنگه ، دښکاري الوتونکو دخورو او اوبو دپسڅوردې په پاکوالي (طهارت) حکم ، چې په دې مثال کې ، جلي قياس - يعنی د څيروونکو حيواناتو دخورو او څښاک دپسڅوردې دهغه قياس - دهغه په نجسوالي حکم کوي ، خو فقها ، د انسان دخورو او څښاک دپسڅوردې پرپاکوالي دهغه دقياس په اعتبار ، دهغه په پاکوالي قايل شويدي ، ځکه دا الوتونکي په خپلو مښوکوسره چې له پاکو هډو کو څخه دي او به څښي او دا يو خفي قياس دی او له دې کبله ، په هغه حکم پر استحسان مبتني دی¹

216- د استحسان حجيت

ډيري علماوو په استحسان عمل کړی دی او هغه يې د احکامو له دلایلو څخه يو دليل گڼلی دی ، خوځينې نور ، لکه شافعيه ، له هغې ځينې منکرشوي دي ، حتی له امام شافعي رحمه الله څخه نقل شوی دی چې ويلی يې دي : (استحسان ، لذت پلټنه او له هوا او هوس ځينې پيروي ده) اوهم يې ويلی دي : (هرڅوک چې استحسان وکړی ، په تشريع يې لاس پورې کړی دی)².

¹ - ځينو دا مثال له اړتيا (ضرورت) سره د استحسان لپاره مثال گڼلی دی او دا خبره پياوړې وجه هم لري .

² - الامدی ج4 ص209.

ظاهره دا ده چې داستحسان دلفظ اطلاق ، دخينو فقهاوو په نزد دهوا او هوس له مخي د تشريع معنا تداعي كړيده اوپه دې دليل ، هغوى هم ترې انكار كړى دى اوپر هغو دقايلانو په نزد كي د استحسان حقيقت ورته نه ؤ روبښانه او له هغه څخه موخه يې نه ده درك كړې اوله همدې ځايه يې گمان كړى دى چې استحسان له دليل پرته تشريع ده او په همدې دليل، پر هغه يې يرغل وروړى او دهغه پرضدي خبري كړي دي . ټول علما د نظر اتفاق لري چې له دليل پرته استحسان ، دليل نه گڼل كيږي او پردې ډول استحسان هم د استحسان دمخالفانو انكار — كه وكولاى شو هغه استحسان ونوموو — تعبيريږي ، ځكه استحسان پر هغه دقايلانو پرنزد — لكه څرنگه چې دهغه په حقيقت پوه شولو- پريو دليل ډبل دليل له ترجيح پرته بل څه نه دى او ددې وړتيا هم نه لري چې دارنگه يو څيز دعلماوو د اختلاف ځاى وگرځي (او په استحسان كي يوداسي څيز شتون نه لري چې د دې صلاحيت ولري چې د شخړې ځاى وگرځي).¹

له دې سره سره ، زمونږ ترجيح په دې ده چې پرنص مبتني (ولاړ) استحسان سره ثابت شوى حكم په نص سره ثابت شوى حكم وبولو نه په استحسان سره ، خو احناف هغه اصطلاحاً استحسان بولي او په اصطلاح كي هم هيڅ كومه مناقشه شتون نه لري .
نور بيا

¹ - التلويح على التوضيح ج 2 ص 81

مصادر قانون

كد كردن قوانين

فهرست:

تعريف كد :	34
مطلب دوم	36
فقه و قضاء در قوانين جديد	36
كششهای مختلف در قوانين جديد :	36
مدرسه - كششهای - سكونی:	36
فقه و قضاء در قانون جديد انگلستان :	36

این فرع را به دو مطلب تقسیم میکنیم :

مطلب اول:- نظریه كد كردن. **مطلب دوم:- تاریخ كد سازی قوانین.**

مطلب اول:- نظریه كد :

تعريف كد :

كد عبارت از جمع آوری قواعد قانونی مختص به فرعی از فروع قانون پس از ترتیب و رفع تناقضات و خلاها در یک مدونه است " Code " که از سوی هیأت قانونگذاری به شکل قانون صادر می شود، چه مصدر آن قواعد قانونی بوده و چه هم مجموعه قواعد عرفی باشد.

البته دائره نیازمندی به وجود " كد " پس از انتشار كششهای اشتراکی و كثرت قوانین گسترده تر شد زیرا مشکل می نماید كه دست اندركاران قانون همه قوانین صادره را جمع و احتوا نمایند گذشته از آنكه با صادر شدن قوانین متعدد دريك مجال احتمال تعارض میان آنها را افزایش میدهد. بدین لحاظ مقتضی آن است كه احكام متعلق به هر فرعی از فروع قانون دريك مدونه جمع آوری شود.

خوبیها و عیوب كد :

كد قانون برخلاف سایر قوانین مورد انتقادات شدیدی قرار گرفته اما قبل از توضیح این اعتراضات باید به این سؤال پاسخ داد كه چرا كد قانونی - برخلاف دیگر قوانین - مورد انتقاد قرار گرفته و خصوم آن در صدد بیان عیوب و خطرات آن بیرون شده اند؟

گفتنی است كه سبب اساسی این اعتراضات اهمیت بزرگ و خطرات احتمال كد از حیث ایجاد هیبت و تقدس بر آن است، كه شاید این دو عامل سبب انجماد قانون و عقب ماندن آن از حرکت و پیشرفت جامعه گردد، امری كه با وظیفه قانون در منافات است. این انتقاد همانند انتقادات دیگری وارد است كه در واقع شمارش این انتقادات خود در وصف

نیکوئیهای کد است. اما دیری نگذشت که خصوم کد دانستند که ایراد اعتراض – جمود – به جا نبوده و بر همه گان واضح شد که قانون میتواند در سایه کدها نیز به اضافه سایر امتیازات آن مرونت و سلامت خود را نیز نگهداری کند و با ظهور چنین نتیجه دیگر کدهای قانونی خصوصی ندارند، و به جا است که این موضوع را به گونه ذیل توضیح دهیم :

صادر شدن کدهای قانونی فرانسه پس از انقلاب کبیر آن " در سالهای 1804 – 1810 " شهرت جهانی یافته و بسیاری از کشورهای دیگر تلاش کردند به اثر گامهای فرانسه قدم بگذارند. این کدها نظر به تلاشهای عظیمی که در وضع و ترتیب و صیغه بندی آن به کار رفته بود حالتی از هیبت و احترام و تقدس را به خود گرفت، زیرا این کدها در عوض موارد قانونی پراکنده و متعارض از عظمت ترتیب درست، صیغه بندیهای منضبط تعبیرهای جامع و آسان و فوائد بزرگ قانونی برخوردار بود که میتوانست علائق قانونی را در مواد آسان، فهما و واضح بیان کند، لذا جای تعجب نبود از آنکه امت فرانسه این کار جدید " کدها " را اثر زنده تلقی کنند که با گذشت زمان نمی میرد و برای همیشه باید احکام آن مورد احترام و تقدس بوده و جز در حالات ضرورتهای شدید نباید به آن دست برد، همچنانکه جای تعجب نیست که فقه فرانسه به آن باور شود که "کد" یگانه مصدر قواعد قانون بوده و همانند کتاب منزل و مقدس است که همه علم قانون را در خود گنجانیده و راه حل همه مشکلات زندگی است. و این دیدگاه فقه به نصوص "کد" به آن رسانید که تفسیر آن نیز تفسیر تحت اللفظی بوده و فقیه پیوسته به دنبال فهمیدن اراده وضع کننده گان " کد " باشد.

و آنگاه که تیپو " thibaut " فقیه معروف آلمان تجربه کامیاب فرانسه را ملاحظه کرد دعوت داد تا قوانین آلمان نیز همانند فرانسه ساقینی " کد " شود. " savigny " فقیه بزرگ آلمان در جلو این دعوت ایستاده و طی نامه مشهور آن در سال "1814" شهروندان خود را از ضررهای " کد " بر حذر نمود، نامه که در واقع میلاد مذهب جدیدی در طبیعت قانون است که بعدها به مذهب – تحول تاریخی – معروف شده است. این موضع " ساقینی " جز نتیجه طبیعی مذهب قانونی آن نبود، زیرا منطق این مذهب بر آن است " مذهب تحول تاریخی " که بنا به قواعد قانون را در قالبهای جامد و خشک نصوص قرار داد که حرکت و نشاط آن را مسئول کرده مرونت و سلامت آن را به انجماد تبدیل کند، و بهتر آن است که قواعد قانونی را از هرگونه قید و شرطی رها نموده تا بتواند وفق نیازمندیهای زمان گسترش کند.

اما اگرچه این نظریه " ساقینی " صدور کدهای قانون آلمان را در حدود یک قرن به تأخیر انداخت، اما واقع تجربی ایجاد کدهای قانون برعکس نظریه " ساقینی " بود زیرا کدهای قانونی آلمان در سال 1900 صادر گردید تا کشور را از حیث قانونی یک دست نماید. و در پاسخ به سؤال وارد که چرا نظریات مخالفین " کد " ناکام شد؟ باید گفت که هراس مخالفین " کد " از انجماد قانون بود که با واقع عملی ثابت گردید که آن اندیشه به جای نبوده به خصوص که تصور مقدس دانستن کد با تأثیر ضرورتهای عملی بازنگری قوانین از بین رفت زیرا فقه فرانسه در سایه " مدرسه شرح بر متن " متیقن شد که از ساحه های واقع زندگی به دور افتاده و چاره ای جز با همکاری با قضاء ندارد، از آن بود که به مصادر دیگری قانون اعتراف کرده، و نصوص کدها را وفق ضرورتها به شرح و تفسیر گرفته و از قانون گذار خواست تا هنگام ضرورت به کار قانونگذاری بپردازد. و بدین سان " کد " توانست مرونت و توان خود را در هم رکابی با تحولات

زندگی ثابت کند، موضعی که سبب شد کسی با " کد کردن قوانین " مختلف، مخالفتی نداشته و برعکس همه فقهاء به منظور توسعه جوامع و وهم گامی با تحولات عصر خواهان کد شدن قوانین و نو آوری در آن شدند.

مطلب دوم

فقه و قضاء در قوانین جدید

کششهای مختلف در قوانین جدید :

وجود فقه و قضاء در قوانین جدید به حسب کششها و توجهات هر قانونی فرق دارد اما همه قوانین جدید در یکی از کششها و تأثرات سکسونی، ویا رومانی وارد است، بدان معنا، در هر جاییکه قانون انگلستان وجود داشته باشد همانند کشورهای بریتانیه، آمریکا، استرالیا، جنوب آفریقا، هندوستان و دیگر کشورهای متأثر از قانون انگلستان در آنجا کششها و تأثرات سکسونی نیز وجود دارد. که در این مدرسه فقه جایگاه بزرگی نداشته بلکه قضاء است، که از مهم ترین مصادر رسمی قانون به حساب می رود. درحالیکه کششها و تأثرات رومانی در کشورهای نظام " جرمن " همانند آلمان، اتریش، هالند، سویزرلند وجود دارد که برعکس قضاء در آن جایگاه بزرگی نداشته و از مصادر رسمی قانون به حساب نمی رود.¹ بلکه قضاء در این نظام "جرمن" مصدر تفسیری قانون می باشد.

درحالیکه فقه در این نظام به مصاف قضاء رسیده، و اگر مصدر رسمی قانون هم نمی باشد، اما به عنوان مصدر تفسیری از جایگاه بلندی برخوردار است، پس فقه و قضاء در این کشورها دارای جایگاه یکسان بوده و هر دو مصدر تفسیری قانون به حساب می روند، اگرچه عده از فقهای این مدرسه قضاء را به عنوان یکی از مصادر رسمی قانون میدانند.

بدین سان قانون انگلستان به عنوان ممثل کششهای سکسونی، و قانون فرانسه را به عنوان ممثل کششها رومانی انتخاب کرده و نقش هریک از فقه و قضاء را در تکوین و وجود قانون مصر توضیح میدهم:

مدرسه - کششهای - سکسونی:

فقه و قضاء در قانون جدید انگلستان :

آنچنانکه توضیح یافت فقه در تکوین و وجود قانون انگلستان اثری ندارد، اگرچه شواهدی وجود دارد که قانون دانان انگلستان نوعاً به فقه اهتمام ورزیده و فقهای همانند، بویوک، دایسی، هولند، و انسون، تدریس قانون در پوهنتونها - دانشگاه ها - را به گونه ای تدریس فقه در آورده اند، اما با آنهم فقه در قانون انگلستان تأثیر چندانی نداشته و تا کنون هم قانون انگلستان از ساخت و نتاج قضاء و قانون گذار است. و طوریکه قبلاً یادآور شدیم، " قانون عام " و " قانون عدالت " درهم آمیخته و محاکم انگلستان با اختلاف درجات آن، که محاکم لوردها، محکمه استئناف، و محاکم ابتدائیه - درجه اول - است این قانون واحد را تطبیق میکنند، لهذا قاعده برآن است که حکم مجلس لوردها، بر خود این مجلس و دیگر محاکم انگلستان الزام آور است، به عبارت دیگر حکمی را

¹ - در قانون سویس نصی وجود دارد که میگوید : در صورتیکه قاضی نص واجب التطبيقی را بر قضیه مطرح بروی نیابد در آن قضیه بگونه ای حکم میکند که گویا خود آن قانون گذار بوده، و از وی خواسته شده باشد که قاعده قانونی را برای قضیه مطرح شده وضع کند. اما قانونی را که قاضی در چنین حالتی وضع میکند فقط بر همان قضیه فعلی تطبیق میشود، و از آن تجاوز نمیکند.

که مجلس لوردها صادر میکند، خود قانونی است که بر قضایای همانند مورد تطبیق بوده، و همه محاکم درجه اول، و محاکم استئناف، و مجلس لوردها به آن پای بند بوده، و عدول از حکم آن جز با قانون دیگری ممکن نمی باشد، همچنانکه احکام محاکم استئناف بر خود این محاکم و بر محاکم درجه اول به عنوان قانون بر همه قضایای همانند واجب التطبیق است.

اما احکامی را که محاکم درجه اول - ابتدائیه - صادر میکند اینگونه احکام بر محاکم بالاتر استئناف، و لوردها نیز الزام آور است مگر آنکه یکی از دو شرط وجود داشته باشد.

شرط اول :- در صورتیکه حکم محکمه ابتدائیه با قانون، و عدالت مخالفت داشته باشد.
شرط دوم :- در صورتیکه حکم محکمه ابتدائیه خیلی قدیمی شده و مردم مطمئن نباشند که حالت صدور حکم و مقتضیات آن تاکنون باقی مانده باشد.¹

بدین سان حدود احترام قضاء وفق قانون انگلستان واضح گردیده تا حدی که محاکم انگلستان سوابق قضائی را قانون واجب التطبیق میدانند. و هرگاه که قضای انگلستان به این سرحد از اهمیت و عظمت بود، سوابق قضائی انگلستان در مجلدات بزرگی "law Reports" جمع آوری گردیده، که قانون دانان انگلستان به آن مراجعه میکنند، "بگونه ای که قانون دانان فرانسه به نصوص قانون وضعی فرانسه مراجعه میکنند" بالاخص که این سوابق قضائی از نگاه تاریخی به قرن سیزدهم میلادی برمیگردد.

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

بررسی فقهی و حقوقی نیابت در عقد قسمت اخیر

فهرست:

38	مطلب سوم: انتهای عقد وکالت
38	اول: در صورت عزل وکیل توسط مؤکل
39	دوم: در صورت تنفیذ عمل موضوع وکالت
39	سوم: در صورت انتهای مدت معین
39	چهارم: فوت وکیل
39	پنجم: فوت مؤکل
39	ششم: زوال اهلیت وکیل و یا مؤکل
40	پیشنهادهات
41	مراجع و مصادر:

مطلب سوم: انتهای عقد وکالت

طبق فقه¹ و قانون مدنی عقد وکالت در حالات ذیل منتهی می گردد:

اول: در صورت عزل وکیل توسط مؤکل

در صورتی که مؤکل وکیل را عزل نماید، عقد وکالت منتهی می شود. از دیدگاه فقهی حنفی (رح) برای صحت عزل وکیل از وکالت دوش شرط، ضروری پنداشته می شود:

- وکیل باید بداند که مؤکل، او را از وظیفه اش سبک دوش کرده است تا از تصرفاتی که موجب ضمانت مالی و پولی می گردد از قبیل: دفع ثمن و تملیک میبعه اجتناب نماید.

- حق مؤکل باید به وکالت متعلق نباشد. پس اگر حق غیر مؤکل به وکالت متعلق باشد مؤکل وکیل را از وکالت عزل کرده نمی تواند. مگر، آن که صاحب حق رضایت خود را اظهار دارد. مانند این که کسی شخصی دیگری را مبنی بر فروختن زمین یا خانه ای که گرو کرده است وکیل می گرداند تا دین مرتهن را اداء نماید پس در این حالت از آنجایی که حق غیر مؤکل، یعنی حق مرتهن به وکالت تعلق گرفته است تا آن که مرتهن راضی نشود مؤکل نمی تواند وکیل اش را از وکالت معزول نماید. یا شخصی مبنی بر طلاق نمودن خانمش کسی دیگری را وکیل می سازد پس در این صورت شوهر جز به رضایت خانم نمی تواند وکیل را از وکالت معزول کند.

¹ . الحصفکی، علاء الدین بن علی، الدر المختار علی متن تنویر الابصار، مصر مطبعة البانی الحلبي، ج 4، ص 434.

ماده (1521) مجله الأحكام در این مورد تصریح می نماید که: «مؤکل صلاحیت دارد که وکیل خود را از وکالت عزل نماید. اما، اگر حق دیگری به وکالت تعلق گیرد، مؤکل وکیل را عزل کرده نمی تواند. چنانچه هرگاه مدیون مال خود را به رهن بدهد و حین عقد رهن یابعد از آن هنگام حلول مهلت دین، دیگری را به فروش رهن وکیل تعیین نماید. پس، راهن مؤکل وکیل مذکور را بدون رضای مرتهن عزل کرده نمی تواند.» یا وجود این، «هرگاه مؤکل وکیل را عزل کند، الی وصل خبر عزل، وکیل بر وکالت باقی می ماند و تا آن زمان تصرف وی صحیح می باشد.»¹ در مورد عزل وکیل قانون مدنی از مجله الأحكام پیروی نموده است. ماده (1607) قانون مدنی که ترجمه ماده (1521) مجله الأحكام است در این مورد تصریح می نماید که: «مؤکل می تواند هر وقتی خواسته باشد وکیل خود را از وکالت عزل نماید به شرط این که موضوع را به وکیل ابلاغ نماید. مگر، این که به وکالت حق غیر تعلق گرفته باشد در آن صورت مؤکل بدون قبولی شخصی که وکالت به نفع او عقد شده، نمی تواند وکالت را مقید یا منتهی سازد.»²

دوم: در صورت تنفیذ عمل موضوع وکالت

در صورتی تنفیذ عمل موضوع وکالت توسط وکیل. زیرا، عقد بدون موضوع می گردد. به عنوان مثال، اگر موضوع وکالت خرید و فروش شی، اجاره، دعوی در مورد شی معین و... باشد، در صورت اجرای این اعمال توسط وکیل وکالت منتهی می گردد.

سوم: در صورت انتهای مدت معین

در صورتی که وکالت برای مدتی معین باشد، با انتهای این مدت وکالت نیز ختم می شود. به عنوان مثال، اگر شخصی دیگری را جهت فروش حیوان، خانه و موترخویش در مدت معین وکیل تعیین نموده باشد، در صورت ختم این مدت، وکالت نیز منتهی می شود.

چهارم: فوت وکیل

در صورت فوت وکیل نیز وکالت منتهی می شود. زیرا، مؤکل به اعتبار شخصیت وکیل عقد را با او منعقد می نماید ورثه در وکالت قایم مقام وکیل نمی گردد، مگر این که واجد شرایط باشند.

پنجم: فوت مؤکل

وکالت به موت مؤکل نیز منتهی می شود.

ششم: زوال اهلیت وکیل ویا مؤکل

در صورت زوال اهلیت وکیل ویا مؤکل مانند: مجنون شدن آنها وکالت منتهی می شود. ماده (1606) قانون مدنی که اقتباس از فقه است در این مورد تصریح می نماید که: «وکالت در یکی از احوال ذیل منتهی می گردد: 1- در حالت اتمام عملی که وکالت در آن صورت گرفته. 2- در حالت انتهای مدت معینه وکالت. 3- در حالت وفات وکیل یا مؤکل. 4- در حالت زوال اهلیت وکیل یا مؤکل.»³ در همه این حالات وکیل مکلف است اعمالی را که شروع نموده است، به مرحله برساند که از خطر اتلاف نجات یابد.

¹ . مجله الاحکام، ماده 1521.

² . وزارت عدلیه. قانون مدنی، ماده 1607.

³ . وزارت عدلیه. قانون مدنی، ماده 1606.

ماده (1608) قانون مدنی که ترجمه ماده (717) مجلة الأحكام است در این مورد تصریح می نماید که: «در تمام حالات انتهای وکالت وکیل مکلف است اعمالی را که شروع نموده به مرحله برساند که از خطر اتلاف برکنار ماند.¹»
نص این ماده بیان می نماید که اگر موضوع وکالت انجام نشده باشد، علی الرغم عزل و یا انتهای مدت عمل را به مرحله برساند که مصالح مؤکل صدمه نه بیند. اما، اگر وکیل وفات نماید و یا اهلیت خود را از دست بدهد، هر چند وکالت قابل توارث نیست، ورثه متوفی مشروط بر این که واجد اهلیت باشند و نیز وظیفه آنها وکالت باشد، باید عمل را تاجای انجام دهند که مصالح مؤکل صدمه نبیند.

پیشنهادهات

1- قانون مدنی افغانستان از ماده (534-541) خویش موضوع (نیابت در عقد) را در طی (8) مواد، مورد بحث قرار داده، ولی در هیچ یکی از مواد آن نیابت را تعریف نکرده است.

2- قانون مدنی افغانستان از ماده (268-288) موضوع (ولایت) را در طی (20) مواد، مورد بحث قرار داده، ولی در هیچ یکی از مواد متذکره ولایت را تعریف نکرده است.

3- قانون مدنی افغانستان از ماده (289-318) موضوع وصایت را در طی (29) مواد، مورد بحث قرار داده، ولی هیچ یکی از مواد آن وصایت را تعریف نکرده است.

4- قانون مدنی افغانستان از ماده (319 - 322) موضوع قیمومیت (قیم) را در طی (4) مواد مورد بحث قرار داده، ولی، در هیچ یکی از مواد آن "قیم" یا "قیمومیت" را تعریف نکرده است. بناً پیشنهاد می گردد که قوه مقننه دولت جمهوری اسلامی افغانستان در حین بازنگری قانون مدنی نافذ کشور به اسرع وقت با استفاده از کتب معتبر فقه حنفی شریعت اسلامی، تعریف مشخص از (نایب، ولی، وصی و قیم) در طی یک یک ماده قانونی ارائه نمایند. تا اینکه خلای قانونی آن مرفوع گردد.

5- قانون مدنی افغانستان نسبت به سایر قوانین موضوعه در کشور پیچیدگی ها و اغلاق در الفاظ و عبارات دارد. زیرا؛ که اکثر موضوعات آن از کتاب (مجلة الأحكام العدلیه) ترجمه شده است که کتاب مذکور ریشه عمیق در شریعت اسلامی بخصوص در فقه حنفی دارد. اساس و مصدر شریعت اسلام به زبان عربی بوده و اکثر کلمات قانون مدنی در حالیکه معادل آن در زبان های ملی کشور ما موجود بوده بعینه بدون رعایت اصول ترجمه، درج مواد قانون مذکور شده است، که هر خواننده نمی تواند به آسانی از آن مفهوم بگیرد. که می توان به موارد آن اشاره کرد:

- در ماده (508) قانون مدنی، چنین آمده است «عقد به صیغه استقبال وقتی منعقد می گردد که عاقدین قصد انشاء عقد را با این صیغه نموده باشند» در ماده فوق دو کلمه: «استقبال و انشاء» بکار رفته، و هر دوی آنها کلمات عربی بوده اند، در حالیکه معادل آنها در زبان فارسی - دری موجود بوده که: استقبال، معنی آینده و انشاء، معنی انجام را افاده می کند.

- در ماده (689) قانون مذکور، چنین تذکره عمل آمده «خیار عیب، بمرگ متصرف الیه ساقط نگردیده و ورثه قایم مقام او شناخته می شود» در ماده فوق واژه «متصرف

¹ همان، ماده 1608.

الیه "بکار رفته، درحالیکه معادل آن در زبان فارسی این جمله "مشتري ايکه مال فروخته شده را در تصرف خود درآورد" جای داده می شد، معانی به ذهن خواننده روشن تر می شد.

- به همین قسم در ماده (707) قانون مذکور، که چنین صراحت دارد «اصل در کلام معنی حقیقی آنست ...، مگر اینکه اراده معنی حقیقی متعذر باشد.» مطلب اینکه در ماده متذکره کلمه "تعذر" بکار رفته، که آن واژه عربی بوده، درحالیکه معادل این کلمه در زبان فارسی - دری "دشوار" را معنی می دهد، باطلاق کلمه دشوار در ماده فوق، اکثراً مشکل خوانندگان این قانون حل خواهد شد.

- در ماده (1924) قانون مدنی، چنین تذکر به عمل آمده «هرگاه دیوار مشترک مقاومت خود را از دست داده و خوف انهدام آن موجود باشد...» در ماده مذکور از کلمه "انهدام" تذکر به عمل آمده، درحالیکه این واژه عربی بوده، بارعایت اصول ترجمه، مترجم که معادل یک کلمه را در زبان فارسی موجود باشد، نباید اصل کلمه را به جای خود نقل نماید، که معادل آن کلمه "از بین رفتن است" استعمال می نمود. و غیره... بناءً در کل ضرورت احساس می شود که یک هیأت خبرر مشتمل از علماء (فقهاء) و حقوق دانان از طرف قوه مقننه کشور تشکیل گردد و تفسیر ماده به ماده آنرا از ابتدا تا انتها با ذکر مثال واضح، و تکمیل نمایند، تا اینکه فلسفه وجودی قوانین که همانا آگاهی شهروندان از قوانین کشور می باشد، تحقق پیدا کرده و هرافغان باسواد ما، با مطالعه آن برداشت کلی و جزئی از هر مواد آن را داشته باشد.

مراجع ومصادر:

قرآن کریم.

اول) کتب حدیث

1. البخاری، محمد بن اسمعیل، صحیح البخاری، کراچی: قدیمی کتاب خانه، 1961.
2. البیهقی، ابوبکر احمد بن احمد، السنن الکبری، دار الفکر، ب.ت.
3. السجستانی، ابوداود سلیمان بن الاشعث، سنن ابوداود، پشاور: مکتبه الحقایقه، ب.ت.
4. الشیبانی، ابو عبدالله احمد بن حنبل، مسند امام احمد بن حنبل، دار الفکر، ب.ت.
5. القزوینی، ابو عبدالله محمد بن یزید، سنن ابن ماجه، کراچی: قدیمی کتابخانه، ب.ت.
6. القشیری، مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحیح المسلم، کراچی: قدیمی کتابخانه، 1956.
7. المقفّیسی، الإمام الحافظ أبي محمد عبد الغني بن عبد الواحد. عمدة الأحكام من کلام خير الأنام مما اتفق عليه الشیخان، البخاری و مسلم، ترجمه: محمد زمان زمانی، ب.ت. دوم) کتب فقه

1. ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز. ردالمختار علی الدر المختار، الطبعة الثانية. القاهرة: مطبعة المصطفی البانی الحلبي، ب.ت.
2. ابن رشد، ابوالولید محمد بن احمد. بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة، ب.ت.
3. ابن رشد، ابوالولید محمد بن أحمد. البیان و التحصیل الشرح و التوجيه و التعلیل المسائل المستخریة، تحقیق د/ محمد حجی و آخرون، الطبعة الثانية، بیروت، 1388.
4. ابن قدامة، موفق الدین ابو محمد بن عبدالله بن احمد بن محمد. المغنی لابن قدامة، مصر: دار الکتب العربی، 1983.
5. ابن نجیم، المصری، زین الدین بن ابراهیم بن محمد. البحر الرائق شرح کنز الدقائق و منحة الخالق، الطبعة الثانية، بیروت - لبنان، ب.ت.
6. ابن عربی، محمد بن عبدالله. احکام القرآن، ب.ت: عطا، محمد عبد القادر، دار الکتب العلمیه، بیروت - لبنان، چاپ سوم، 1424 هـ - 2003 م.

7. الأتاسی، محمد خالدو ابنه محمد طاهر. شرح مجلة الاحكام العدلیه، 1353 هـ ش.
8. الحصفکی، علاء الدین بن علی. الدر المختار علی متن تنویر الابصار، مصر: مطبعة البانی الحلبي، ب-ت.
9. الزحيلي، وهبة الفقه الاسلامي وادلته، الطبعة الرابعة، دمشق: دار الفكر، ب-ت.
10. الزحيلي، وهبة فقه خانواده درجهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، 1385 هـ ش.
11. النیسابوری، أبو بکر محمد بن إبراهیم بن المنذر. الإجماع، دراسة وتحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى 1425 هـ / 2004.
12. الزرقاء، احمد مصطفى. المدخل الفقهي العام، دمشق دار الفكر للطباعة والنشر وتوزيع، 1946.
13. السرخسی، شمس الدین ابوبکر محمد بن ابی سهل. المبسوط، تحقيق خليل محی الدین المیس، الطبعة الأولى، بیروت: دار الفكر، 1421 هـ / 2000 م.
14. السنهوری، عبدالرزاق. الوسیط، الطبعة الثالثة، بیروت: منشورات الحلبي، 2000 م.
15. الطحاوی، أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة. المختصر فی الفقه، مصر: مطبعة دار الكتاب العربي، ب-ت.
16. الکاسانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، کراچی: ایچ - یم، سعید کمپنی، 1910.
17. المرغینانی، علی ابن ابی بکر بن عبدالجلیل. الهدایة شرح بداية المبتدی، پاکستان، ب-ت.
18. الشافعی أبو عبد الله محمد بن إدريس. الأم للشافعی، الناشر: دار المعرفة - بیروت، سنة النشر: 1410 هـ / 1990 م.
19. مرغینانی، علی بن أبی بکر بن عبد الجلیل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدین. بداية المبتدی، ناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة ب - ت.
20. القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري. الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد مادیک الموريتاني، نشر: مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400 هـ / 1980 م.
21. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية. الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية الكويتية، طبع الوزارت، 1324.
22. الكرّمی، مرعى بن يوسف بن أبی بکر. غاية المنتهى، الجزء الثانية، الطبعة الأولى، دمشق، المكتبة الإسلامية، ب - ت.
23. سید سابق. فقه السنة، ترجمه محمود ابراهيمی، انتشارات محمد سقر، 1371 هـ ش.
24. موسی، محمد یوسف. أحكام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، طبعة الجديده، کابل انتشارات نعمانی، 1385.
25. مغنیه، محمد جواد. احوال شخصیه، ترجمه وتبیین جزء دوم الفقه علی مذاهب الخمسة، مترجمان: داکتر محمد مصطفى جبار و حمید مسجد سرائی، طبع دوم، نشر میزان، تهران، 1388 هـ ش.
26. الجزیری، عبدالرحمن. الفقه علی المذاهب الاربعه، المكتبة التجارية الكبرى، توزيع دار الفكر: بیروت - لبنان، 1973.
27. نذیر، داد محمد. اساسات حقوق اسلام، چاپ، چهاردهم، کابل انتشارات حامد رسالت، 1396.
28. ژوبل، محمد عثمان. مجموعة قواعد فقهی مجلة الأحكام، کابل انتشارات ستره محكمه، مطبعة بهیر، 1381 هـ ش.

(سوم) کتب حقوقی

1. دریز، غلام محی الدین. حقوق اسلام، ساز مان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه (سمت) مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، چاپ اول، 1382.
 2. کاتوزیان، دوکتور ناصر. حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، 1383 ه. ش.
 3. کاتوزیان، دوکتور ناصر. حقوق مدنی: عقود ذنی (عقود معین) (4)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، 1382 ه. ش.
 4. ماری نوئل بشله، ژوبل، محمد عثمان، متین، برات علی و آخرون. بوره حقوق وجایب، جلد اول عقود، طبع دوم، 2011 م انتشارات مرکز تعلیمات قضائی ستره محکمه ج.ا.ا.
 5. نذیر، داد محمد. حقوق فامیل در شریعت اسلامی و قانون مدنی افغانستان، جزء اول، چاپ دوم، انتشارات حامد رسالت کابل، 1395 ه. ش.
 6. نذیر، داد محمد. حقوق فامیل در شریعت اسلامی و قانون مدنی افغانستان، جزء دوم، چاپ دوم، انتشارات حامد رسالت کابل، 1396 ه. ش.
 7. نخبه، غلام مصطفی. حقوق وجایب - اعمال حقوقی - وقایع حقوقی، چاپ اول، انتشارات سید حسیب الله، کابل، 1395 ه. ش.
 8. ستانگزی، نصر الله. اصول محاکمات مدنی، چاپ پنجم، انتشارات سعید، 1397 ه. ش.
 9. عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق فامیل (2) حقوق اطفال، چاپ چهارم، انتشارات سعید، بهار 1394 ه. ش.
 10. عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق وجایب (2) عقود معین، چاپ سوم، انتشارات سعید، بهار 1395 ه. ش.
 11. عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق وجایب (1) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ انتهای اثبات و جیبه، چاپ پنجم انتشارات سعید، 1395 ه. ش.
 12. عبدالله، نظام الدین. شرح قانون مدنی افغانستان حقوق فامیل (1) روابط زوجین، چاپ چهارم انتشارات سعید، 1394 ه. ش.
 13. صفائی، سید حسین، قاسم زاده، سیدمرتضی. حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران، انتشارات مهر، 1381 ه. ش.
 14. صفائی، دکتر سید حسین. دورمقدماتی حقوق مدنی اشخاص و اموال، چاپ بست و یکم نشر میزان، 1395 ه. ش.
 15. نهاد حقوقی گلوبل رایتیس. رهنمود وکلای مدافع، چاپ دوم، کابل، 1391 ه. ش.
 16. رضائی، ابراهیم. حقوق خانواده بر اساس قانون مدنی و قانون احوال شخصیه اهل تشیع، چاپ اول، نشر واژه خزان 1396 ه. ش.
 17. رسولی، عبدالحسین. حقوق مدنی اشخاص و محجورین در حقوق افغانستان، انتشارات فرهنگ، چاپ اول، مطبعة کاروان، کابل، بهار 1393 ه. ش.
 18. مجلس عالی وزراء. تعلیماتنامه وصایت، مصوب 16 دلو 1335.
 19. سیمینار رؤسای محاکم ولایات افغانستان. قواعد مربوط به وصایت و حفظ اموال صغار و محاسبه آن با اوصیاء مصوب سیمینار 1350.
- چهارم) کتب فرهنگ
1. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی، أبو الفضل، جمال الدین. لسان العرب، ناشر: دار صادر - بیروت، طبع سوم 1414.
 2. انصاری مسعود و طاهری. دکتور محمد علی. دانشنامه حقوق خصوصی، دوره سه جلدی، انتشارات محراب فکر، 1384 ه. ش.
 3. دهخدا، علی اکبر. لغت نامه دهخدا، چاپ خانه دانشگاه تهران، 1343 ه. ش.
 4. لنگرودی، دوکتور جعفر. ترمینولوژی حقوق، شهران انتشارات گنج دانش، چاپ دوازدهم، 1381 ه. ش.

5. فیروز آبادی، مجد الدین أبو طاهر محمد بن یعقوب. القاموس المحيط، تحقیق مؤسسة الرساله، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بیروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ -
6. الزبیدی، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسینی. تاج العروس من جواهر القاموس، ناشر: دار الهدایة، تحقیق: مجموعه از محققین، لبنان، الطبعة: الرابعة، ب- ت. پنجم) کتب قوانین
1. وزارت عدلیه. قانون اساسی، جریده رسمی (818) 6/دلو 1382.
2. وزارت عدلیه. قانون مدنی، جریده رسمی (353) 15/10/1355.
3. وزارت عدلیه. کودجزا، جریده رسمی (1260) 25/2/1396.
4. وزارت عدلیه. قانون وکلای مدافع، جریده رسمی (934) 26/قوس/1386.
5. وزارت عدلیه. قانون احوال شخصیه اهل تشیع، جریده رسمی (988) 5/5/1388.
6. وزارت عدلیه. قانون اصول محاکمات مدنی، جریده رسمی (722) 31/ /1369.
7. وزارت عدلیه. قانون اصول محاکمات تجارتی، جریده رسمی (17) 1343.
8. وزارت عدلیه. قانون اجراءات جزای، جریده رسمی (1132) 15/2/1393.
9. وزارت عدلیه. ضمیمه شماره (1) اساس نامه انجمن وکلای مدافع، منتشره 7/5/1387.
10. وزارت عدلیه. طرز العمل توزیع جواز فعالیت وکالت دفاع.

نویسنده: قضاوتمل عبدالباری «خُرداد»

عقد باطل و فاسد از دیدگاه فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان

فهرست:

چکیده.....	45
مقدمه.....	45
2. مفهوم عقد باطل و فاسد.....	46
1. 2. عقد باطل.....	46
3. تمییز عقد فاسد از عنوان های مشابه.....	48
4. عوامل بطلان و فساد.....	49
1. 4. بطلان.....	49

51	 آثار عقود باطل و فاسد
51	 1. بطلان
52	 2. فساد
52	 1. 2. قبل از قبض
53	 2. 2. بعد از قبض
54	 6. موانع فسخ عقد فاسد
56	 7. نتیجه

چکیده

نظام حقوقی افغانستان افزون بر ضمانت اجرا های باطل و غیر نافذ، قاعده عام دیگر را مبتنی بر فقه حنفی با عنوان «فاسد» شناسایی و تأیید کرده است که سبب می شود بطلان در نظام حقوقی این کشور دارای مراتب باشد و در مواردی که عقد قابل اصلاح است، از بطلان آن جلوگیری شود و روابط حقوقی طرفین تداوم داشته باشد. واژگان کلیدی:

باطل، غیر نافذ، فاسد، فقه حنفی، قابل ابطال.

مقدمه

نظامهای حقوقی قواعدی را بر روابط حقوقی اشخاص حاکم کرده اند تا بتوانند صحت وقوع روابط حقوقی را تضمین کنند و بر رعایت نکردن قواعد نیز آثاری را ایجاد نمایند. اما نوع تضمین صحت روابط حقوقی ممکن است از نظامی به نظام حقوقی دیگر متفاوت بوده، دارای شدت و ضعف باشد. یکی از ضمانت اجرای اصلی تخلف از شرایط صحت انعقاد و اعتبار عقود، بطلان است که در تمام نظامهای حقوقی وجود دارد. برخی از سیستمهای حقوقی نیز افزون بر بطلان، بطلان نسبی یا قابل ابطال را پذیرفته اند که به این ترتیب، به نوعی مراتبی را برای بطلان قائل شده اند. نظامهای حقوقی مبتنی بر قواعد اسلامی نیز اصلی ترین قاعده تخلف از انعقاد صحیح عقود را بطلان معرفی کرده اند که به معنی فساد نیز دانسته میشود و به این ترتیب، هر دو اصطلاح بطلان و فساد يك معنا می یابند. همچنین عدم نفوذ یا موقوف (قانون مدنی افغانستان) پیش بینی شده که نوعی وضعیت واسطه ای میان عقود صحیح و باطل است و محدود به موارد خاص بوده، به صورت محدود قابلیت اجرا دارد. با این حال، برخی از مذاهب اسلامی، ضمانت اجرای دیگری را با عنوان «فساد» که خفیف تر از بطلان است، در نظر گرفته اند و آن را متفاوت با بطلان و موقوف میدانند که به عنوان يك قاعده و ضمانت اجرا، محدوده اجرای وسیعتری را نسبت به غیر نافذ و بطلان نسبی دارد.

قانون مدنی افغانستان نیز از هر دو عنوان باطل (مانند مواد 613 تا 619) و فاسد (مانند مواد 620 تا 636) نام برده است، اما متفاوت با یکدیگر پیشبینی کرده است. به این ترتیب، تحلیل تطبیقی مفهوم عقد فاسد و عقد باطل در نظام حقوقی افغانستان میتواند قابل توجه باشد. وانگهی، از آنجا که قانون مدنی که برگرفته از فقه اسلامی است. بر این اساس، در این بررسی در صدد پاسخ به این پرسشها هستیم که آیا قاعده «فاسد» در نظام حقوقی افغانستان میتواند به عنوان قاعدهای عام، ضمانت اجرای تخلف از شرایط قانونی برای انعقاد و اعتبار عقود باشد؟ آیا نظام حقوقی افغانستان با شناسایی عقد فاسد، نوعی مراتب را برای پیش از بطلان در نظر گرفته است؟

2. مفهوم عقد باطل و فاسد

2.1. عقد باطل

لغت «باطل» معانی مختلفی همچون بیهوده، بیفایده، ناراست، سقوط حکم، دروغ و ناحق دارد (معین، 1378 ص 191) که در ترکیب با «عقد» به معنای عقدي است که نسبت به طرفین اثری ندارد (السنهوري، 2004 ج 1، ص 397). به عبارتی، عقد باطل به دلیل خللی که دارد، شارع و قانونگذار آن را تأیید نمیکنند و در حکم عدم بوده، مانند هیچ است که اثری بر آن مترتب نمیشود (السنهوري، 1997 ج 4، ص 71، 61؛ شاهباغ، 1376 ج 1، ص 35؛ حائری و علی اکبری، 1389 ص 6 و 7). در واقع هیچ تغییری به عنوان يك امر اعتباری در حقوق و تکالیف دو طرف به وجود نمیآورد و ماده 365 قانون مدنی نیز بر همین معنا دلالت دارد (کاتوزیان، 1388 ص 323)؛ اگر چه ممکن است به عنوان يك امر مادی اثری را به دنبال داشته باشد. در اصل عقد باطل به دلیل نداشتن رکن یا ارکان، بی اعتبار و بی اثر است و قابلیت تبدیل به عقد صحیح را ندارد (الغریانی، 2002 ج 3، ص 349؛ قنوتی وحدتی شبیری، 1379 ج 1، ص 107)؛ به همین دلیل تمام مذاهب اسلامی خلل در رکن را از اسباب بطلان دانسته اند و در این خصوص اختلافی ندارند. قانون مدنی افغانستان نیز عقد باطل را به عقدي که در اصل (رکن) و وصف (شروط متعلق به رکن) مشروع نیست، تعریف کرده است¹، سپس تأکید میکند که اجازه در عقد باطل اثر ندارد. در نظام حقوقی افغانستان، عقد باطل به معنای هیچ است و به دلیل خلل در ارکان عقد و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی، قابل جبران نیست و دو طرف نمیتوانند با تراضی آن را اصلاح کنند. اما اگر در مواردی برخی آثار فرعی نیز در نظر گرفته نشود، میتواند مخالف با مصالح اجتماعی باشد. لذا در برخی از قوانین افغانستان ممکن است عقد باطل دارای آثار فرعی باشد، مانند در قانون مدنی افغانستان در ماده 619 با آنکه عقد باطل را بدون اثر قانونی میداند، اما به عنوان يك حادثه مادی در مواردی واجد آثار فرعی دانسته است که در صورت نقص یا تلف عوضین در عقد باطل، متصرف را ضامن میداند (عبدالله، 1390 ص 164).

2.2. عقد فاسد

لغت «فاسد» دارای معانی متعدد است؛ از جمله تباه، معیوب، باطل، گمراه (معین، 1378 ص 460) خراب، گندیده و پوسیده (جر، 1380 ص 1573) که در ترکیب با عقد، عبارت از عقدي است که از حالت سلامت به حالت ناسالم در آمده (نمله، 1999 ص 404) و قابلیت انتفاع از آن از بین رفته است. عقد فاسد در اغلب مذاهب اسلامی همان معنای عقد باطل را دارد و تفاوتی میان باطل و فاسد وجود ندارد (تبریزی، 1377 ج 1، ص 61؛ شاهرودی، 1408 ق، ص 158؛ مغنیه، بیتا، ج 3، ص 17؛ الجزیری، 2005 ج 2، ص 2005؛ السبکی، 1991 ج 2، ص 498؛ نمله، 1999 ص 413؛ الغریانی، 2002 ج 3، ص 204). از دیدگاه فقهایی مذاهب اسلامی، عقد هنگامی صحیح است که مطابق فرمان شارع بوده، تمام ارکان و شروط را دارا باشد. اما اگر مخالف فرمان شارع باشد، فاسد و باطل خواهد بود و در اینکه نهی شارع در ذات باشد یا وصف، فرقی نیست (حکیم و بکری، 1980 ص 119؛ شاهرودی، 1408 ق، ص 158). بنابراین، عقد فاسد (باطل) عقدي است که اسلام آن را نهي نموده،

¹ - ماده 613 قانون مدنی افغانستان: «عقد باطل آن است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد».

اثری بر آن مترتب نمیشود؛ اگر چه قبض نیز در آن عقد تحقق یافته باشد، چرا که حرام نمیتواند طریقی برای تملک باشد (السابق، 1971 ج 3، ص 103). هر آنچه در اصل ممنوع شده باشد، در وصف نیز ممنوع است و بر هیچیک اثری مترتب نمیشود؛ به خصوص که در قرآن نیز فرقی میان باطل و فاسد مسلم نیست، چرا که باطل چیزی است که در حقیقت به وجود نیاید و خداوند نیز شیئی را که حقیقتاً به وجود نیامده است، فاسد میداند (نمل، 1999 ص 416).

بر خلاف دیدگاه اغلب مذاهب اسلامی، حنفیه میان باطل و فاسد تفکیک قائل شده است (الجزیری، 2005 ج 2، ص 126؛ السبکی، 1991 ج 2، ص 498؛ عبدالله، 1390 ص 164؛ السنهوری، همان، ص 103)؛ همچنین زبدیه نیز به پیروی از حنفیه، باطل را متفاوت با فاسد میداند (القراله، 2003 ص 233). تفکیک یاد شده که از معنای لغوی نیز حاصل میشود، گویای معیوب یا خراب بودن است که اصطلاحاً در شیء مورد نظر تغییر حالت حادث شده، از حالت سلامت به ناسالم تغییر یافته است (نمل، 1999 ص 404). اما عین همچنان موجود است؛ چنانکه گوشت در اثر فساد قابل استفاده نخواهد بود، اما همچنان باقی است؛ بر خلاف باطل که وجود ندارد. معنای یاد شده از فاسد بر تعریف فقهایی حنفی از عقد نیز تأثیر گذاشته است و آنها عقد باطل را عقدي میدانند که در رکن یا شروط متعلق به آن خلل باشد؛ یعنی اصلاً مشروع نباشد. فاسد نیز عقدي است که در اصل مشروع بوده، فقط در وصف مشروع نباشد (عبدالله، 1390 ص 164)؛ به نحوی که متعاقدين اهلیت حقوقی داشته، صیغه عقد نیز صحیح باشد، در مبیع خللی نباشد، اما عقد دارای وصفی باشد که شرع آن را نهی کرده است؛ مانند بیع ربوی که عقد در اصل منعقد شده است، اما در وصف که عقد اقتضای زیادی را در عوض دارد، مشروع نیست و سبب فساد عقد میشود که فساد یاد شده برخلاف مصلحت است. اما اگر عامل فساد یعنی زیادی موجود حذف گردد، تبدیل به عقد صحیح میشود؛ یعنی در ذات صحیح است، ولی در بعضی اوصاف خارجی آن خلل وجود دارد (کاشف الغطاء، 1422 ج 5، ص 308) که این اوصاف خارجی در برخی موارد قابل حذف اند. به همین دلیل، عقد فاسد بین باطل و صحیح قرار میگیرد؛ مانند عقد غیر نافذ، چرا که تحت شرایطی میتواند با فسخ تبدیل به باطل و با قبض یا حذف شرط فاسد تبدیل به صحیح گردد (ماده 626 قانون مدنی افغانستان).

به هر حال، بر اساس دیدگاه فقهایی حنفیه، عقد فاسد و باطل با توجه به تفاوت اصل و وصف، متفاوت با یکدیگرند. برای تبیین بهتر تفاوت اصل و وصف میتوان گفت که اصل عبارت است از رکن مانند ایجاب و قبول¹، به علاوه شروط متعلق به رکن مانند وجود متعاقدين، توافق ایجاب و قبول و قابلیت معقود علیه برای حکم عقد که در صورت نبود آن باعث از بین رفتن اصل عقد، یعنی بطلان میشود. اما وصف عبارت است از شروط متعلق به صحت عقد؛ مانند غرری یا ربوی نبودن عقد، قابل تعیین بودن موضوع عقد، نبود شرط فاسد در آن و موارد دیگر مانند عقد اکراهی از دیدگاه برخی فقهایی حنفی (السنهوری، پیشین، ص 122 و 123) که قانون مدنی افغانستان نیز از آن پیروی نموده و در ماده 560 آن را فاسد معرفی کرده است. از دیدگاه فقهایی حنفی، عقد صحیح عبارت است از عقدي که در اصل و وصف مشروع 1. اغلب فقهایی حنفی رکن عقد را عبارت از ایجاب و قبول (صیغه عقد) میدانند (آناسی، بیتا، 7؛ عبدالله،

1390 ص).

عبارت از ایجاب و قبول (صیغه عقد) میدانند (أتاسی، بی تا، 7؛ عبدالله، 1390 ص 59) باشد که اگر رکن یا شروط متعلق به آن غیر مشروع باشد، اصلاً منعقد نشده، تأثیری در ملکیت ندارد و باطل خواهد بود. بر اساس همین تفکیک اصل و وصف است که گفته شده، عقد باطل در اصل و وصف غیر مشروع است، اما عقد فاسد به دلیل وجود رکن منعقد است، ولی در اوصاف خلل دارد (الزحیلی، 1985 ج 4، ص 354؛ حکیم و بکری، 1980 ص 119؛ السنهوری، همان، ص 103). شایان ذکر است که فقهای حنفی در عبادات فرقی بین فاسد و باطل نمیگذارند؛ به این دلیل که عبادات تعدد محض هستند و حکم شارع به غیر اطاعت امثال نمیباید و مخالفت با آن مقصود را از بین میبرد، لذا ذمه مکلف با عبادت فاسد بری نشده و مانند این است که عبادات انجام شده باطل بوده است. اما در معاملات اولاً مقصود از بین نمیروند، دوم اینکه هدف از آن مصالح بندگان در دنیا بوده است و فرصت اصلاح همچنان وجود دارد و به این دلیل تا هنگامی که خلل در حقیقت و ماهیت نباشد، علتی برای از بین رفتن وجود ندارد (نمله، 1999 ص 415؛ السنهوری، همان، ص 105).

همچنین در خصوص حکم «نکاح فاسد»،¹ حنفیه دو حالت را در نظر گرفته اند؛ در صورتی که نکاح فاسد قبل از نزدیکی باشد، مانند عبادات است که فساد در آن در حکم باطل است (السنهوری، همان، ص 106؛ نمله، 1999 ص 414). اما در صورتی که در اثر نکاح فاسد نزدیکی صورت گرفته باشد، برخی از آثار نکاح صحیح بر آن برقرار میشود؛ مانند مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه (الموصلی الحنفی، 2005 ص 190؛ السنهوری، همان، ص 72) که ماده 97 قانون مدنی افغانستان به آن پرداخته است: «(1) ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم نکاح باطل است. (2) هرگاه بعد از ازدواج فاسد دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه ثابت میگردد.» با این حال، در نکاح باطل حتی در حالت دوم، هیچ اثری مترتب نمیشود (ماده 95 قانون مدنی افغانستان).

3. تمییز عقد فاسد از عنوان های مشابه

حنفیه معتقد است که با وجود رکن و شروط آن، عقد منعقد میشود، اما از انعقاد عقد همواره صحت آن لازم نميآید؛ یعنی گاهی عقد صحیح منعقد میشود و گاهی فاسد. در صورت فساد، عقد موجود است؛ چرا که عقدي مانند بیع از سوي واجدين اهلیت با ایجاب و قبول آنها، یعنی رکن، منعقد میشود (البغدادی، 1997 ص 78؛ أتاسی، بی تا، ص 5؛ نمله، 1999 ص 414) اما دارای اثر و اعتبار نیست و ملکیت حاصله نیز معصیت آور است (الموصلی الحنفی، 2005 ص 184؛ السنهوری، همان، ص 109) و همین نکته وجه مشترك آن با عقد باطل و افتراق آن با صحیح است و انعقاد آن از آغاز وجه اشتراك با صحیح و وجه افتراق آن با باطل است.

عقد فاسد به دلیل وجود شرعی و نه مادی (السنهوری، همان، ص 109، 110، 119)، افزون بر اینکه میتواند تحت شرایطی تبدیل به عقد صحیح گردد، حق فسخ را

1 - از دیدگاه حنفیه، عقد نکاح هنگامی فاسد است که شرط صحت آن رعایت نشده باشد؛ مانند حضور نداشتن شهود، ازدواج موقت، جمع بیش از چهار زوجه، جمع بین زوجه و عمة زوجه و همینطور بین زوجه و خاله او و ازدواج با زن منکوحه (ر.ک. الزحیلی، 1985 ج 7، ص 47؛ الکاسانی، بی تا، ج 6، ص 9-29)

نیز برای طرفین ایجاد میکند تا از وجود خارج گردد؛ مانند ماده 626 قانون مدنی¹ به این ترتیب، عقد فاسد در دسته عقود صحیح و باطل قرار نمیگیرد و عقدي بینابین و با خصوصیات خاص میباشد (البغدادی، 1997 ص 78؛ الکاسانی، بی تا، ج 9، ص 16). به همین دلیل، برخی فساد عقد را با قیاس به مراتب بطلان برخی نظامهای حقوقی غربی، یکی از مراتب بطلان در نظر گرفته اند (السنهوری، همان، ص 103). اما با نهاد عقود قابل ابطال در برخی نظامهای حقوقی مانند فرانس؛ متفاوت است؛ چراکه عقود قابل ابطال عقود صحیح و دارای آثار قانونی هستند و صرفاً در راستای رعایت مصالح برخی از اشخاص امکان ابطال وجود دارد (السنهوری، همان، ص 195). همچنین با وجود اینکه عقد غیر نافذ و فاسد از خصوصیت بینابینی برخوردار است، اما عقد فاسد با غیر نافذ یا موقوف تفاوت دارد؛ چرا که اولاً حنفی ها نیز عقد موقوف را به عنوان نهادهای مستقل پیشبینی کرده اند. دوم اینکه عقد موقوف عقدي صحیح است و با انضمام اجازه مالک به کمال میرسد؛ درحالی که عقد فاسد با اجازه قابل تصحیح نیست² و توأم با نهي شرعي معصیت است. سوم، عقد غیر نافذ عقد صحیح است و قبض راهی برای تملك نیست؛ اما در عقد فاسد، در برخی موارد بعد از قبض یا رفع فساد امکان تصحیح وجود دارد (ابن نجیم، بی تا، ص 278). چهارم، عقد موقوف در صورت اجازه ندادن ذینفع، رد میشود، اما عقد فاسد فسخ میگردد. پنجم، عقد غیر نافذ برای رعایت مصالح برخی از اشخاص است؛ در حالی که عقد فاسد به دلیل رعایت ممنوعیت های شرعی است. ششم، با توجه به مصادیق فساد، عقد فاسد بیشتر از این قابلیت برخوردار است که در مرتبه ای پیش از بطلان قرار بگیرد به عبارت دیگر، عقد غیر نافذ بیشتر به عقد صحیح نزدیک است، در صورتی که فاسد بیشتر به بطلان نزدیک میباشد.

4. عوامل بطلان و فساد

4.1. بطلان

نظام حقوقی افغانستان بطلان عقد را به عنوان ضمانت اجرای اصلی رعایت نکردن احکام شرعی و قواعد مربوط به نظم عمومی پذیرفته است و در خصوص عامل بطلان در ماده 609 قانون مدنی میگوید: «عقدي که رکن یا شرطی از شرایط آن موجود نباشد، باطل پنداشته میشود» سپس در ماده 613 در تفکیک عقد باطل از فاسد میگوید: «عقد باطل آن است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد» با اینکه بسیاری از حنفیه، رکن عقد را تنها ایجاب و قبول دانسته³ (ر.ک. الزحیلی، 1985، ج 4، ص 347؛ أتاسی، بی تا، ص 7) مواردی همچون وجود طرفین و موضوع عقد را از شروط متعلق به رکن میدانند، قانون مدنی افغانستان در مواد 505 به بعد رکن عقد را رضا، اهلیت عقد، موضوع عقد و سبب میداند که نبود هر یک عامل بطلان عقد خواهد بود.

4.2. فساد

عقد فاسد در فقه حنفی و به تبع آن قانون مدنی افغانستان، عقد فاسد با باطل متفاوت است و عوامل فساد با عوامل بطلان تفاوت دارد. بطلان به دلیل نبود رکن یا اصل و

1 - ماده 626 قانون مدنی افغانستان: «هریک از طرفین عقد یا ورثه شان میتوانند عقد فاسد را فسخ نمایند، مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد».

2 - ماده 627 قانون مدنی افغانستان: «اجازه بر عقد فاسد اثر قانونی نداشته و تنازل از حق فسخ، جواز ندارد».

3 - البته برخی دیگر از فقهای حنفی، ارکان عقد را عاقدین، صیغه و موضوع میدانند (الزحیلی، 1985، ج 4، ص 4).

شرایط متعلق به آن است، اما عوامل فساد خلل در اوصاف عقد است که علل به وجود آورنده آن می‌تواند ناشی از ذات عقد یا شرط باشد. ماده 628 قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه فساد در نفس عقد موجود شود، طرفین قبل و بعد از قبض می‌توانند، فسخ نمایند» فساد در نفس عقد ناشی از اموری است که همراه و همزمان با تشکیل عقد ایجاد می‌شود؛ برای مثال، به دلیل نبود رضایت و رغبت، عقد فاسد می‌شود و این فساد ناشی از خود عقد است (الزحیلی، 1985، ج 4، ص 406؛ مصداق آن می‌تواند عقد اکراهی یاد شده در ماده 560 قانون مدنی باشد. این ماده مقرر می‌دارد: «عقد شخص تهدید شده به صورت فاسد منعقد می‌گردد. هرگاه بعد از رفع تهدید، شخص تهدید شده به صورت صریح یا ضمنی به آن اجازه دهد، عقد صحیح می‌گردد» با آنکه در فقه حنفی نیز اجازه در عقد فاسد راه ندارد و به دلیل نهی شارع از آن اصولاً باید فسخ گردد، اما رضایت بعد از اکراه نزد احناف مؤثر است. حنفی‌ها معتقدند فساد در این مورد برای صیانت از مصالح خاص است، نه مصالح عام (الزحیلی، 1985، ج 4، ص 406)؛ لذا اجازه بعد از اکراه صحیح است. شایان ذکر است که برخی از علمای حنفی، مانند امام زفر، به دلیل متوقف بودن بر اجازه، عقد اکراهی را عقد موقوف میدانند (الکاسانی، بی‌تا، ج 12، ص 39؛ الزحیلی، 1985، ج 4، ص 380؛ السنهوری، همان، ص 121)؛ چرا که حق بایع است نه حق شرعی، بر خلاف موارد دیگر که حق شرعی است. در موقوف اختیار بین قبول و فسخ می‌باشد؛ در حالی که در فاسد فقط حکم بر فسخ است و این تکلیف شرعی هر یک از طرفین است (ابن نجیم، بی‌تا، ص 279؛ السنهوری، همان، ص 110). اما در سایر موارد مانند فساد ناشی از ربا که در نفس عقد موجود شده، به علت نهی شارع به دلیل از بین رفتن مساوات عوضین که بر خلاف حکم شارع در تراضی داشتن در تجارت است، اجازه بی‌اثر خواهد بود (الزحیلی، 1985، ج 4، ص 407؛ سرخسی، بی‌تا، جزء 24، ص 55). بنابراین، روشن می‌شود که عقد موقوف یا غیر نافذ با فاسد متفاوت است. عقد موقوف عقد صحیح است بدون قبض، اما فاسد بعد از قبض و یا رفع فساد ممکن است صحیح گردد. عقد موقوف با افزودن جزء متمم کامل شده، قدم در عرصه نفوذ می‌گذارد، اما فاسد در اصل اصلاح پذیر و قابل تصحیح نبوده، یک صورت ظاهری از عقد دارد که اصولاً طرفین عقد باید آن را فسخ و از معصیت دوری کنند (ابن نجیم، بی‌تا، ص 278). لذا با آنکه عقد فاسد و غیر نافذ در آغاز منعقد هستند و وجود دارند، اما عقد فاسد به دلیل نهی شارع معصیت آور است و باید طرفین آن به دنبال فسخ آن باشند، نه اجازه آن (ماده 627 قانون مدنی افغانستان). همچنین موقوف عقد صحیح است و فاسد غیر صحیح که این موضوع باعث تفاوت میان فاسد و موقوف می‌شود.

از دیدگاه حنفی‌ها، شروط به سه دسته صحیح، فاسد و باطل تقسیم می‌شوند (الموصلی الحنفی، 2005، ص 187) که شروط فاسد به دلیل اتصال به اصل یا رکن عقد می‌توانند باعث فساد عقد گردند. قانون مدنی افغانستان نیز مبتنی بر فقه حنفی در ماده 610 شرط فاسد را چنین بیان داشته است: «شرط غیر مناسب با عقد یا شرطی که عقد مقتضی آن نبوده یا حکم عقد را مؤکد نگرداند، همچنان شرطی که موافق با تعامل جاریه نبوده و یا در آن فریب به کار رفته باشد، فاسد پنداشته می‌شود». البته باید شرط در ضمن عقد باشد و اگر بعد از عقد گذاشته شود، موجب فساد عقد نمی‌گردد، بلکه لازم است به آن وفا شود (حیدر، بی‌تا، ص 371). تأثیر شرط فاسد بر عقد ممکن است با توجه به نوع آن متفاوت باشد که عبارت‌اند از: وجود شرط فاسد مانند زیادی در عوض، و در عقود

معاوضی مانند انواع بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و مانند آنها موجب فساد عقد میشود (الزحیلی، 1985، ج 4، ص 381؛ المصري، 1997، ج 1، ص 127) زیرا شرط فاسد در تعارض با مبنایی است که طرفین برای آن به انعقاد عقد پرداخته اند. ماده 622 قانون مدنی افغانستان نیز با پیروی از فقه حنفی میگوید: «در عقود معاوضی (معاوضی)، تعلیق و اقتران عقد، به شرط فاسد جواز نداشته و در اثر چنین شرطی عقد فاسد پنداشته میشود.»

شرط فاسد در عقودی که در آنها تعادل عوضین شرط نیست و به صورت تبرعی یا غیر معاوضی و غیر مالی منعقد میگردند، بی اثر بوده (الزحیلی، 1985، ج 4، ص 381) شرط فاسد موجود، ملغی تلقی خواهد شد. اما اگر شرط فاسد باعث تعلیق عقد شده باشد، نه تنها خود شرط ملغی خواهد بود، بلکه باطل کننده عقد نیز میشود (المصري، 1997، ج 1، ص 127). ماده 623 قانون مدنی نیز تصریح کرده است: «در صورت اقتران عقود غیر معاوضی به شرط فاسد، عقد صحیح بوده، شرط ملغی میباید. تعلیق شرط فاسد موجب بطلان آن میگردد.»

شرط فاسد در عقودی که از دسته «اسقاطات محض 1» هستند؛ مانند نکاح و طلاق بدون مال، اجرا نکردن حق شفعه، ابرام دین، عفو قصاص و آزاد کردن برده، بی اثر بوده، در صورت وجود شرط فاسد، به هر ترتیب فقط باعث بی اعتباری خود شرط میشود (الموصلی الحنفی، 2005، ص 186؛ المصري، 1997، ج 1، ص 127) و تأثیری در عقد نخواهد داشت. ماده 624 قانون مدنی میگوید: «عقودی که اسقاطات محض شناخته شود، با وجود تعلیق آن به شرط مناسب یا غیر مناسب، منعقد گردیده و یا اقتران آن به شرط فاسد صحیح پنداشته میشود، شرط در این صورت ملغی میگردد.»

شرط فاسد در عقود توثیقی مثل کفالت، حواله و رهن، همچنین در «اطلاقات 2» مانند وکالت و مانند آن هیچ اثری نداشته، عقد صحیح است و شرط فاسد بی اعتبار و بدون اثر تلقی میشود (المصري، 1997، ج 1، ص 127). ماده 625 قانون مدنی مقرر میدارد: «عقودی که اطلاعات شناخته شود، تعلیق آن به شرط مناسب و شروط فاسد صحیح بوده، شرط فاسد ملغی پنداشته میشود.»

با وجود نمونه های یاد شده، از دیدگاه فقهایی حنفی شروط فاسدی که میان مردم متعارف بوده و از نظر آنها موجب فساد نمیشود، اگر در ضمن عقد معاوضی شرط شود، صحیح است و باعث فساد نمیگردد (الجزیری، 2005، ج 2، ص 128)؛ به دلیل اینکه ضمانت اجرای فساد عقد برای حفظ مصلحت جامعه است.

5. آثار عقود باطل و فاسد

5.1. بطلان

تمام مذاهب اسلامی عقد باطل را غیر منعقد میدانند و به همین دلیل آثاری را بر آن مترتب نمیدانند. لذا اگر در اثر عقد باطل عوضین تسلیم شده باشد، هر يك ميتوانند

1 - منظور از اسقاطات، عقودي هستند که با هدف اسقاط حق منعقد شده، فرقی میان معوض بودن یا نبودن نیست. اما اگر در مقابل عوض نباشد، به آن اسقاطات محض میگویند و اگر معوض باشد، آن را اسقاطات دارای معنای معاوضه مانند خلع در طلاق و دیه در عفو از قصاص میگویند (ر.ک. الکاسانی، بی تا، ج 5، ص 80؛ ج 12، ص 42 و 71).

2 - منظور از اطلاعات، عقودي هستند که برای شخص ممنوع التصرف، صلاحیت تصرف را میدهد؛ مانند وکالت، وصایت و اجازه دادن برای صغار ممیز به عمل تجارت و قضا (ر.ک. الکاسانی، بی تا، ج 9، ص 9).

استرداد آنها را بخواهند و اگر تسلیم نشده باشد، الزام به تسلیم مقدور نیست، به دلیل اینکه رابطه ای شکل نگرفته است (شعاریان و قربان زاده، 1391 ص 50). البته ممکن است در مصادیقی آثار فرعی از عقد باطل حادث شود (السنهوری، 2004 ج 1، ص 401) که به معنای تأیید وجود و تشکیل عقد باطل نیست؛ مانند آثار مادی که از آن ناشی میشود و مانند مسئولیت متصرف مال در قبایل تلف یا نقصان آن که با عنوان مقبوض به عقد فاسد قابل بررسی است (مادة 619 قانون مدنی افغانستان).

5. 2. فساد

با آنکه از دیدگاه فقهایی حنفی عقد فاسد معصیت آور است و طرفین باید مدام در پی فسخ آن باشند و نمیتواند ایجاد کننده مالکیت باشد، اما تحت شرایطی دارای آثاری میشود که بسته به اینکه قبل از قبض یا پس از آن باشد، متفاوت است:

5. 2. 1. قبل از قبض

همان گونه که بیان شد، عقد فاسد، عقد نهی شده از سوی شارع است و انعقاد آن همواره با معصیت همراه است. لذا در فقه گفته شده است که طرفین باید دائم در پی فسخ آن باشند و از آلودگی موجود در آن پرهیز نمایند و قانون مدنی افغانستان نیز در مادة 627 بر آن تأکید کرده است. همچنین گفته شده است که افعال گناه آلود باعث گسترش فساد در جامعه میشوند، لذا قاضی نیز در صورت آگاهی از آن میتواند عقد را فسخ کند (السنهوری، 1997 ج 4، ص 111؛ آتاسی، بی تا، ص 60)؛ چرا که حق شرعی است و اجرای عقد نیز توأم با معصیت خواهد بود. به همین دلیل، تا قبل از قبض برای عقد فاسد به هیچ وجه نمیتواند اثری متصور شد. چنانکه در باطل هیچ اثری قابل تصور نیست، زیرا اگر عقد فاسد قبل از قبض دارای اثر باشد، باعث ایجاد تناقض میگردد؛ چرا که از يك سو به این معناست که عقد لازم است و طرفین متعهد به اجرای آن هستند، اما از سوی دیگر عقد نهی شده است و طرفین باید مدام در پی فسخ آن باشند (الکاسانی، بی تا، ج 9، ص 54-53؛ الزحیلی، 1985 ج 4، ص 494؛ القراله، 2003 ص 235). دوری از این تناقض اقتضا میکند که برای عقد فاسد قبل از قبض، اثری متصور نباشد.

قانون مدنی افغانستان نیز به پیروی از فقه حنفی تا قبل از قبض، عقد فاسد را مانند باطل بی اثر دانسته، قبض آن را نیز باعث افاده مالکیت نمیداند؛ گرچه عقد فاسد از نظر انعقاد موجود است. لذا در مادة 636 قانون مدنی افغانستان آمده است: «عقد فاسد نتایج عقد قانونی را در پی ندارد؛ در مادة 621 نیز چنین بیان شده است: «عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمیکند، مگر اینکه قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد». بنابراین، تا قبل از قبض، مبيع در مالکیت بايع است و اگر تلف شود از حساب او رفته است و اگر از سوی مشتری یا در يد او از بین برود، با آنکه تأثیر عقد صحیح را ندارد، اما به عنوان يك حادثه، ضامن خواهد بود (مادة 636 قانون مدنی افغانستان). از این نظر تا قبل از تنفیذ، همیشه قابل فسخ است؛ حتی اگر این حق به ورثه منتقل شده باشد که در آن صورت همانند عقد باطل بوده و لازم است عوضین باز گردانده شوند¹. البته اگر فساد بر طرف شود، مانند از الة ربا و یا اسقاط شرط فاسد، به عنوان عقد صحیح بر طرفین الزامآور خواهد بود (السنهوری، همان، ص 110). مادة 626 قانون مدنی نیز

1 - مادة 373 مجلة الاحكام: «إذا فسخ البيع الفاسد فإن كان البائع قبض الثمن كان للمشتري ان يحبس المبيع الى ان يأخذ الثمن و يسترده من البائع»

تصریح دارد که هر يك از طرفین عقد یا وراث آنها میتوانند عقد فاسد را فسخ نمایند؛ مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد. لذا تا هنگامی که عقد فاسد فسخ نشده است، برابر ماده 627 قانون مدنی، اجازه بر آن اثری ندارد و کمتر از فسخ نیز مجاز نیست.

5. 2. 2. بعد از قبض

حنفی ها بر اساس روایتی میگویند، عقد فاسد بعد از قبض افاده ملکیت میکند¹ (البغدادی، 1997 ص 78)، اما این ملکیت فاسد بوده، انتفاع از عین مملوك مباح و قانونی نیست؛ چرا که انتفاع از عین مورد معامله در عقد فاسد به استقرار فساد می انجامد که فعلی حرام خواهد بود. این موضوع در فقه حنفی بدون اختلاف پذیرفته شده است. از این نظر که عقد فاسد است، قابض باید قیمت یا مثل را بپردازد، نه مسمی را (الکاسانی، بی تا، ج 9، ص 55، السنهوری، همان، ص 114). این پیش بینی از این نظر است که در شرایطی مانند بیع یا هبه، بر اثر قبض، عقد فاسد غیر قابل فسخ میشود (الزحلی، 1985، ج 4، ص 497)؛ لذا قانون مدنی در ماده 631 میگوید: «قبض در عقد فاسد، ملکیت قابل فسخ را افاده نموده و انتفاع از آن را افاده نمیکند». در ماده 371 مجلة الأحكام العدلیه نیز بیع فاسد به وسیله قبض، مفید حکم میگردد؛ یعنی قبض با اجازه باعث ملکیت شده، اگر مال نزد قابض تلف شود، ضمان لازم میشود و اگر مال از نوع وزنی باشد، مثل، و اگر قیمی باشد، باید قابض قیمت روز قبض را به مالک بدهد. البته در عقد فاسد ناشی از اکراه، صرف قبض باعث انتقال مالکیت نمیشود و باید اجازه نیز بر آن وارد شده باشد؛ چرا که در عقد اکراهی، اصل که عبارت از ایجاب و قبول باشد، وجود دارد، اما رضایت در آن وجود ندارد که با الحاق اجازه به آن، صحیح میگردد (سرخسی، بی تا، جزء 24، ص 99 و 55). به این دلیل که اصولاً رضا شرط صحت است، نه شرط حکم، و فقدان شرط صحت باعث از بین رفتن حکم نمیشود و با وقوع رضا، فساد رفع میشود؛ البته در عقودي که فساد در آنها مربوط به حق الناس باشد، نه حق شرعی مانند حرمت ربا (الکاسانی، بی تا، ج 12، ص 38).

باید توجه داشت که بر پایه فقه حنفی، قبض به عقد فاسد مشابه غصب دانسته شده است و غاصب را ضامن میدانند، از این رو از ضمان منافع یادی نشده است؛ چرا که حنفی ها غاصب را ضامن منافع نمیدانند، اما مبیع بر اثر عقد فاسد و قبض آن را ضمانت میکنند (ر.ک. الکاسانی، بی تا، ج 12، ص 26-15).

با توجه به اینکه مالکیت بایع در بیع یا مالک در سایر عقود به وسیله عقد فاسد از بین نمیرود، به این ترتیب حق شفعه نیز وجود نخواهد داشت؛ به این دلیل که حق بایع در استرداد مبیع قطع نشده است، مگر آنکه حق فسخ ناشی از فساد از بین رفته باشد (السنهوری، همان، ص 109). همانگونه که در بیع خیاری شفعه جاری نمیشود که قانون مدنی به پیروی از ماده 1026 مجله در بند شش ماده 2226 اشاره کرده است: «در

1 - حنفی ها دلیل افاده ملکیت در عقد فاسد بعد از قبض را حدیث بریره میدانند که آمده است: هنگامی که عایشه خواست کنیزی به نام «بریره» را بخرد، مالک آن از فروش خود داری کرد؛ مگر اینکه ولاء با او باشد. عایشه با این شرط بریره را خرید و سپس آزاد کرد و ماجرا را با رسول خدا در میان نهاد. ایشان عتق را صحیح، اما شرط یعنی ولاء را باطل دانستند. میگویند این عمل که پیامبر عتق را که تصرف در ملک غیر است، با وجود فساد بیع به دلیل شرط فاسد جایز دانسته، دلیلی بر صحت تصرفات در عقد فاسد است و این مطلب را اثبات میکند که عقد فاسد پس از قبض ایجاد ملکیت میکند؛ و گر نه عایشه نمیتوانست در ملک غیر تصرف و کنیز دیگری را آزاد کند (حنفی، 2005، ص 184).

موارد آتی شفع نیست 6- ... در بیعی که در آن بایع خیار شرط داشته باشد. مگر این که بایع خیار را ساقط نموده و بیع لازم گردد.»

بنابراین، در عقد فاسد حتی با قبض مالکیت منتقل نمیشود و مالکیت ناشی از عقد فاسد از نوع خاص است و ویژگی مالکیت مطلق ناشی از عقد صحیح را ندارد و تحت شرایطی مالکیت قابل فسخ است (السنهوری، همان، ص 113، 114)؛ این شرایط عبارت اند از: اول اینکه قبض باید با اجازه بایع صورت گرفته باشد. اگر قبض بدون اجازه باشد، مالکیت ثابت نمیشود؛ چرا که در عقد فاسد نوعی رضایت و رغبت وجود ندارد و به وسیله اجازه رضایت و رغبت به وجود میآید و عقد فاسد منقلب میگردد. ماده 621 قانون مدنی نیز تصریح میکند: «عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمیکند، مگر اینکه قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد»؛ چرا که قبض در عقد فاسد به منزله قبول در بیع صحیح است (سرخسی، بی تا، جزء 25، ص 35) چنانکه فسخ قبل از قبض به منزله خود داری از ایجاب و قبول است (الکاسانی، بی تا، ج 9، ص 53). همچنین، اگر مالک در عقد فاسد اجازه دهد، اجازه در حکم انشا است و بیع فاسد افاده ملکیت میکند؛ آنچنان که نقش اجازه در اکراه است (الکاسانی، بی تا، ج 12، ص 39-38). در صورت سکوت، جمهور معتقدند که افاده ملکیت نمیکند، اما حنفیه اعتقاد بر افاده ملکیت دارد. همچنین اگر بدون اجازه قبض گردد، متصرف غاصب به شمار خواهد آمد؛ لذا لازم است که تصرف با اجازه باشد (حیدر، بی تا، ص 97). دوم اینکه عقد شامل شرط خیار نباشد. همانگونه که شرط خیار در عقد صحیح ثابت میشود، در عقد فاسد نیز ثابت گردیده، با بودن آن ملکیت حاصل نمیشود (السنهوری، همان، ص 114؛ ابن نجیم، بی تا، ص 204)؛ چرا که با وجود خیار، عقد نافذ اما غیر لازم بوده، حق رجوع برای دارنده نیز باقی خواهد بود که ماده 650 قانون مدنی به این مطلب اشاره دارد: «هرگاه عقد طبیعتاً موجب الزام یکی یا طرفین عقد نگردد یا در آن خیار فسخ برای یکی از طرفین عقد موجود باشد، عقد نافذ غیر لازم پنداشته میشود»؛ مانند خیار شرط در ماده 652 خیار تعیین در ماده 662¹، خیار عیب در ماده 682 و خیار رؤیت در ماده 676 قانون مدنی.

6. موانع فسخ عقد فاسد

چنانکه گفته شد، طرفین عقد فاسد، مکلف به فسخ آن هستند و این حق فسخ همچون حق شرعی است؛ حتی اگر قاضی نیز به آن علم یابد، باید عقد را فسخ کند (السنهوری، همان، ص 111، 110؛ القرآله، همان، ص 238 و 237). رضایت و اذن طرفین نیز نمیتواند مسقط فسخ باشد. با این حال، حنفی ها مصادیقی را بیان کرده اند که وجود آنها میتواند باعث سقوط حق فسخ گردد و در ماده 372 مجله نیز آمده است که در اینجا اشاره میشود:

1. خارج شدن مبیع از مالکیت مشتری میتواند مانع فسخ باشد؛ چرا که تصرف مشتری ثانوی، تصرف جایز بوده، تصرف در ملک خود تلقی میشود (الزحیلی، 1985، ج 4، ص 497). لذا اگر مشتری مبیع را به شخص ثالثی بفروشد، تصرف او صحیح است و این عقد به دلیل تعلق حق الناس به آن، نمیتواند از سوی مشتری اول و ثالث فسخ شود

1 - حنفی ها بیع یکی از اشیای معین را جایز میدانند که در این صورت طرفین عقد میتوانند یکی از آنها را انتخاب کنند که به آن «خیار تعیین» گفته میشود (ر.ک. الزحیلی، 1985، ج 4، ص 525؛ الکاسانی، بی تا، ج 6، ص 12 و 80).

(الموصلی الحنفی، 2005 ص 185). قانون مدنی افغانستان نیز در ماده 632 به این موضوع پرداخته است: «هرگاه قبض کننده در عقد فاسد، مال قبض شده را به شخص ثالث عقد نماید، حق فسخ ساقط می‌گردد. در این صورت مالک اصلی میتواند، اعاده معقود علیه را از شخص ثالث مطالبه نماید. همچنان شخص ثالث میتواند، قیمت یا مثل معقود علیه را از قبض کننده مطالبه کند». البته برخلاف این ماده در فقه، مالک نمیتواند به ثالث مراجعه نماید؛ به این دلیل که بر اساس عقد صحیح مالک شده است (السنهوری، همان، ص 115) و ضمان بر مثل یا قیمت است که باید از قابض مطالبه شود. برای انتقال مالکیت به عنوان مسقط حق فسخ در عقد فاسد، رعایت شرایطی لازم است که عبارت اند از (السنهوری، همان، ص 116): عقد دوم باید صحیح باشد؛ اگر باطل یا فاسد باشد، مانع فسخ نخواهد بود. عقد دوم نباید حاوی خیار برای بایع باشد؛ در غیر اینصورت، در مدت خیار، عقد دوم مانع فسخ عقد فاسد اولی نمیشود، به این دلیل که با وجود خیار، به دلیل غیر لازم بودن عقد، ملکیت مبیع به مشتری منتقل نشده است. عقد بیع دوم برای بایع عقد فاسد اول نباشد؛ در غیر اینصورت، عقد دوم مانع حق فسخ عقد اول یعنی عقد فاسد نمیشود. عقد بیع اول بر اثر اکراه ایجاد نشده باشد که در غیر اینصورت، مکره میتواند هر نوع تصرف مشتری را از بین ببرد؛ چرا که حق فسخ بایع در عقد اکراهی قطع نشده است. این همان وجه تمایز فاسد بر اثر اکراه و سایر موارد میباشد. البته مشروط بر اینکه امکان نقض تصرفات مشتری باشد؛ به این دلیل که اولاً در بیع دوم حق به مشتری تعلق گرفته که این حق الناس نسبت به حق الله یا حق شرعی مقدم است. دوم اینکه عقد اول اصلاً مشروع و وصفاً نامشروع بوده است؛ در حالی که عقد دوم اصلاً و وصفاً مشروع و صحیح میباشد. به همین دلیل ماده 561 قانون مدنی میگوید: «نفاذ عقود شخص تهدید شده به اجازه وی بعد از رفع تهدید موقوف نبوده، قبض مبیعه ملکیت فاسد را افاده مینماید. در چنین حالت هر نوع تصرف غیر قابل نقض صحیح بوده، شخص تهدید شده در مطالبه قیمت روز تسلیم یا قیمت روز تصرف مخیر میباشد.»

2. تغییر صورت مبیع و برای مثال تبدیل پارچه به لباس، از موانع فسخ عقد فاسد است و ماده 635 قانون مدنی نیز به آن تصریح کرده است: «هرگاه مال قبض شده تغییر شکل نماید، فسخ باطل و قیمت روز قبض مال لازم میگردد»؛ مانند سکه طلا که مشتری به بیع فاسد مالک شده و آن را تبدیل به انگشتر کرده است که در این مثال، عقد فاسد بر اثر تغییر شکل مبیع دیگر قابلیت فسخ را نخواهد داشت. در فقه، ضمانت قبض مبیع ناشی از عقد فاسد به غصب تشبیه شده است؛ با این حال، این تشبیه به معنای یکسان بودن قواعد راجع به ضمان حاکم بر غصب و مقبوض به عقد فاسد در فقه نیست؛ برای مثال، در غصب، و در حالتی که در زمین غصب شده بنایی ساخته شده باشد، این بنا مانع استرداد نیست و مالک میتواند تخریب بنا و استرداد زمین را مطالبه کند. اما در عقد فاسد، تغییر شکل مبیع با بنایی ساختمان در آن، مانع فسخ شده، مشتری ضامن پرداخت قیمت زمین در زمان قبض خواهد بود (السنهوری، همان، ص 117، 119). شایان ذکر است که بر اساس ماده 633 قانون مدنی و برگرفته از فقه، اگر تغییر در اثر زیادی ناشی از اصل، اعم از متصل و منفصل باشد، مانع از فسخ نیست و باید که همراه مبیع باز گردانده شود. همچنین اگر این تغییر، نقصان باشد، مانع فسخ نمیشود (السنهوری، همان، ص 118).

3. از بین رفتن مبیع نیز میتواند از موانع فسخ باشد که در این صورت، بایع باید قیمت یا مثل را مطالبه نماید؛ همچنان که در غصب چنین است. به این دلیل که در عقد فاسد، قبض یا تلف آن موجب تضمین قیمت روز قبض میشود (الموصلی الحنفی، 2005 ص

19). تغییر ناشی از نقصان، مالک را مخیر میکند به فسخ و اعاده مال همراه با جبران خسارت (الکاسانی، بی تا، ج 9: 32) یا قبول معامله. اما اگر نقصان ناشی از عمل خود مالک باشد، این نقصان معنایی جز استرداد ندارد. ماده 634 قانون مدنی نیز تصریح دارد که «هرگاه تغییر در مال قبض شده بر اثر نقصان صورت گرفته باشد، صاحب مال میتواند مال مذکور را با جبران خسارت مطالبه نماید. مگر اینکه نقص ناشی از عمل مالک باشد». همچنین اگر نقصان ناشی از آفات سماوی باشد نیز مانع فسخ نمیشود (السنهوری، همان، ص 117، 118).

4. قابلیت تبعیض مبیع میتواند مانع فسخ شود. اگر در قسمتی از عقد فاسد قابل تجزیه، فساد نباشد، مشتری میتواند مال را تملک کرده، از آثار قانونی آن بهره مند شود؛ فرقی نمیکند که عامل فساد در نفس عقد باشد یا آنکه ناشی از شرط فاسد. ماده 630 قانون مدنی فقط در خصوص شرط فاسد پیشبینی کرده است که «صاحب شرط فاسد میتواند با تمسک جزء صحیح عقد، شرط را ساقط و تنفیذ عقد را از طرف مقابل مطالبه نماید. طرف مقابل نمیتواند بعد از اسقاط شرط، فسخ عقد را مطالبه کند. جزء صحیح عقد وقتی ظاهر میگردد که به حیث عقد مستقل درآید».

5. انصراف دارنده شرط میتواند عقد فاسد را تبدیل به عقد صحیح کند. اگر سبب فساد ناشی از شرط فاسد بوده و بر اساس ماده 622 قانون مدنی، عقد فاسد از عقود معاوضی باشد، شخصی که به نفع او شرط شده است، میتواند از حق شرط خود انصراف دهد، در این صورت حق فسخ ساقط شده، عقد به صحیح تبدیل میشود (السنهوری، پیشین، ص 110)؛ مانند اینکه أجل یا خیاری را که باعث فساد شده، ذینفع آن را اسقاط نماید که این امر نشانه رضایتی است که پیش از این وجود نداشت، چرا که این حق دارنده شرط است که از حق خویش صرف نظر کند یا خیر. البته لازم است که شرط فاسد باعث تعلیق در عقد غیر معاوضی نشده باشد که در غیر اینصورت، خود عقد نیز باطل خواهد بود.

7. نتیجه

در نظام حقوقی افغانستان نیز قاعده اصلی به عنوان ضمانت اجرای رعایت نکردن شرایط اساسی در انعقاد عقود، در کنار نهاد موقوف، بطلان است. اما بر پایه فقه حنفی، قاعده دیگری با عنوان «فساد» در نظر گرفته شده است که میان عقد صحیح و باطل قرار میگیرد و دارای قواعدی گسترده است؛ چنانکه در نظام حقوقی کشورهای غربی مانند فرانسه، عقد باطل نسبی یا قابل ابطال دارای قواعدی گسترده است. نظام حقوقی افغانستان با شناسایی و تأیید عقد فاسد متفاوت از باطل، برای بطلان عقود مراتبی را در نظر گرفته است که میتواند راهکاری مناسب در راستای حفظ روابط حقوقی اشخاص باشد و در مواردی که امکان رفع برخی تخلفات ناشی از رعایت نکردن شرایط اساسی حاکم بر انعقاد عقود وجود دارد، از بطلان عقود جلوگیری شود؛ یعنی بسته به اینکه اهمیت رعایت قواعد حاکم بر انعقاد عقود به چه میزان باشد، ضمانت اجرای آنها نیز متفاوت است. برای مثال هنگامی که در متن یا بر اثر شرط، ضرری متوجه یکی از طرفین باشد، با حذف ضرر بتوان از بطلان عقد جلوگیری کرد، یا در صورتی که موضوع عقد تعیین نشده، اما پس از انعقاد امکان تعیین باشد، بتوان از بطلان عقد جلوگیری به عمل آورد.

با توجه به اینکه برخی نظامهای حقوقی برای بطلان عقود مراتبی را در نظر گرفته اند تا در گام نخست، از بطلان عقود جلوگیری شود؛ یعنی پیش از بطلان، نهاد

واسطه‌های گسترده‌تر از غیر نافذ وارد نظام حقوقی گردد تا از این طریق بتوان به تداوم روابط قراردادی کمک کرد. اصرار بر پذیرش مفهوم عقد فاسد نیست؛ چرا که برخی از احکام آن و از جمله حکم مقرر در ماده 631 قانون مدنی افغانستان غیر قابل پذیرش است و با اصول حقوقی همخوانی ندارد و به لسان سنه‌وری عجیب به نظر میرسد (السنه‌وری، همان، ص 110)؛ اما تردیدی هم نیست که تدوین قاعده‌های عام در موضوع ضمانت اجرای قراردادی، میتواند به انسجام نظام حقوق قراردادهای مدنی و تجاری کمک کند. به همین دلیل، پیشنهاد میشود که قاعده‌ای عام با توجه به کلیات مربوط به عقود فاسد و قابل ابطال تدوین گردد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

1. جُر، خلیل (1380). فرهنگ لاروس. ترجمه حمید طبیبیان، ج 2، تهران، انتشارات امیرکبیر، چ یازدهم.
2. حائری شاهی‌باغ، علی (1376). شرح قانون مدنی. ج 1، تهران، کتابخانه گنج دانش.
3. حائری، حسن و علی اکبری بابوکانی، احسان (1389). «عقد باطل (فاسد) در فقه امامیه و عامه، حقوق ایران و مصر»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، ش 2، ص 24-5.
4. ساکت، محمد حسین (1371). حقوق شناسی. مشهد، ترجمه و نشر نخست.
5. شهیدی، مهدی (1385). اصول قراردادها و تعهدات. تهران، مجد، چ چهارم.
6. طالب احمدی، حبیب‌الله (1384). «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران». فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره 9، ش 3، ص 145-162.
7. عبدالله، نظام الدین (1390). شرح قانون مدنی افغانستان. کابل، انتشارات سعید.
8. قنوتی، جلیل و وحدتی شبیری، حسن و عبدی پور، ابراهیم (1379). حقوق قراردادها در فقه امامیه. ج 1، تهران، سمت.
9. کاتوزیان، ناصر (1388). قواعد عمومی قراردادها. ج 2، تهران، سهامی انتشار، چ اول.
10. محسنی، سعید و قبولی درافشان، محمد مهدی (1389). «مفهوم و آثار بطلان نسبی». مجله دانش و توسعه، سال هفدهم، ش 33، صص 246-270.
11. معین، محمد (1378). فرهنگ فارسی. تهران، انتشارات فرهنگ نما.
12. شعاریان، ابراهیم، قربان زاده، محمد (1391). مطالعه تطبیقی عقد باطل و عقد فاسد. کانون وکلای دادگستری، پاییز و زمستان 1391، سال هشتم، ش 27 و 28، صص 37-58.
- ب) عربی
13. ابن نجیم، زین الدین (بی تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق. قاهره، دارالکتاب الاسلامی، الطبعة الثانی.
14. أناسی، محمد خالد (بی تا). شرح المجله. المجلد 2، کویت، المكتبة الرشیدیة.
15. بن علی بن محمد النملة، عبدالکریم (1999). المهذب في علم أصول الفقه المقارن. الرياض، مكتبة الرشد.
16. توحیدی تبریزی، محمدعلی (1377ش). مصباح الفقاهه. المجلد 1، قم، مکتبه الداوری.

17. الجزيري، عبدالرحمن (2005). الفقه علي مذاهب الاربعه. ج 2، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الاولى.
18. حكيم، عبدالمجيد و بكري، عبدالباقى (1980). الوجيز في نظريه الالتزام في القانون المدني العراقي. الوزارت التعليم العاليه.
19. حيدر، علي (بي تا). درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. بيروت، دار الكتب العلميه.
20. الزحيلي، وهبه (1985). الفقه الاسلامي و أدلته. المجلد 4 و 7، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانيه.
21. السابق، السيد (1971). فقه السنه. المجلد 3، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى.
22. السبكي، تاج الدين (1991). الاشباه و النظائر. دار الكتب العلميه، بيروت، الطبعة الأولى.
23. السرخسي، أبوبكر محمد بن أبي سهل (بي تا). المبسوط. بيروت، دار المعرفه.
24. السنهوري، عبدالرزاق (1997). مصادر الحق في الفقه الاسلامي. المجلد 4، بيروت، دار احياء التراث العربي و مؤسسه التاريخ العربي.
25. - (2004). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. المجلد 1، بيروت، دار احياء التراث العربي. الطبعة الأولى
26. الشاهرودي، سيد علي الحسيني (1408ق). محاضرات في الفقه الجعفري. قم، دار الكتاب الاسلامي.
27. عاملي، سيد جواد (1419ق). مفتاح الكرامه. المجلد 12، قم، نشر اسلامي.
28. الغرياني، الصادق عبدالرحمن (2002). مدونة الفقه المالكي و أدلته. المجلد 3، بيروت، مؤسسة الريان.
29. القدوري الحنفي البغدادي، الشيخ أبي الحسن (1997). مختصر القدوري في الفقه الحنفي. بيروت، دار الكتب العلميه.
30. القراله، محمد ياسين (2003). «موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الاسلاميه دراسه مقارنه بقانون الأحوال الشخصيه الاردني و القانون المدني». مجله مؤته للبحوث و الدراسات، المجلد 18، رقم العدد 7.
31. الكاساني، علاء الدين (بي تا). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (نسخه الكترونيكي) المجلد 12-6.
32. كاشف الغطا، محمدحسين (1422ق). تحرير المجله. المجلد 5، تهران، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية.
33. محمد صالح الظفيري، مريم (2002). مصطلحات المذاهب الفقهيه. بيروت، دار بن حزم.
34. المصري، ابن نجيم (1997). البحر الرائق. المجلد 1، بيروت، دار الكتب العلميه، الطبعة الأولى.
35. المصطفى الحنفى، عبدالله بن محمد (2005). الاختيار لتعليل المختار. بيروت،

ترجمه: قضاوتيار محمد الياس بختيارى
 كتاب بيولوژى عدلى نوشته ريجارد لى.

(Richard Li, FORENSIC BIOLOGY, New York USA, CRC Press, 2015)

بررسی صحنه جرم و شواهد بیولوژیکی

فهرست:

59	1- حفظ صحنه جرم
60	1-2 شناسایی شواهد بیولوژیکی
63	1-3 جستجو
70	1-4 مستند سازی
71	1-5 زنجیره حفاظت شواهد chain of custody
72	1-6 جمع آوری شواهد بیولوژیکی
73	1-7 علامت گذاری شواهد
73	1-8 بسته بندی و حمل و نقل
77	1-9 بررسی نهایی و خروج از صحنه جرم
79	1-10 بازسازی صحنه جرم

تحقیقات عدلی شامل شواهد بیولوژیکی است که معمولاً از صحنه جرم آغاز می شود. روند تحقیقات صحنه جرم شامل حفظ امنیت صحنه، مستندسازی، جمع آوری و حفظ شواهد فزینی است. بررسی صحنه جرم نیاز به تلاش و کار گروهی دارد. به هر یک از اعضای تیم باید وظایف مشخصی اختصاص یابد (تصویر ۱).

1-1 حفظ صحنه جرم

بررسی صحنه جرم با پاسخ اولیه به صحنه آغاز می شود (تصویر ۲). امنیت و محافظت از صحنه گام های مهمی در بررسی صحنه جرم است (تصاویر ۳ الی ۶) و این کار معمولاً توسط اولین افسر پاسخ دهنده که وارد صحنه می گردد، انجام می شود. ورود پرسونل مربوطه که اجازه ورود به صحنه جرم را دارد باید در یک فورم ثبت شود (تصویر ۷). مظنونین، شاهدان و قربانیان زنده باید از صحنه جرم خارج شوند. اگر قربانی زخمی شده باشد، باید تحت مراقبت های صحی قرار داده شود. اعضای تیم بررسی صحنه جرم برای جلوگیری از آلودگی شواهد باید از وسایل مناسب استفاده نمایند.

پوشش و وسایل ایمنی شامل: ماسک صورت یا سپر، عینک ایمنی، لباس یکبار مصرف، دستکش، روکش کفش و کلاه می گردد (تصاویر ۸ و ۹). قرار گرفتن در معرض مایعات بدن ممکن است در هنگام بررسی صحنه جرم رخ دهد. یک محقق می تواند در معرض مایعات بدن از طریق غشاهای مخاطی، پوست و صدمات سوزنی قرار بگیرد (به خصوص هنگام بررسی صحنه آزمایشگاه مخفی مواد مخدر). بنابراین، برای محافظت از پرسونل از عوامل بیماری زای آلوده به خون مانند ویروس ایدز¹، ویروس

¹ . human immunodeficiency virus (HIV)

هپاتایت B (HBV) و ویروس هپاتایت C (HCV)، پاتوژن های سل آئروزول عفونی؛ و سایر مواد زیست محیطی باید از اقدامات ایمنی استفاده شود.

1-2 شناسایی شواهد بیولوژیکی

بررسی اولیه باید برای ارزیابی شواهد احتمالی انجام شود. به خصوص شناسایی شواهد نقش مهمی در حل یا تعقیب قانونی جرایم دارد. اولویت شواهد بالقوه در صحنه های جرم باید براساس میزان ارتباط هر یک از موارد برای حل قضیه ارزیابی شود. باید به شواهد ردیابی برای قضیه اولویت داده شود. به عنوان مثال، شواهد مربوط به « corpus delicti » از بالاترین اولویت برخوردار می باشد. « corpus delicti » یک اصطلاح لاتینی است به معنای «جرم». در حقوق غربی، این امر در درجه اول به این اصل اشاره دارد: برای اینکه یک شخص محکوم گردد، لازم است تا وقوع جرم ثابت شود.



به نقلیه معمولاً مجهز به وسایل و
تر انگشت و کیت های جمع آوری
سوزر برای ذخیره مواد کیمیای و
(© Richard C. Li).

تصویر ۲- وسیله نقلیه صحنه
لوازم مورد نیاز محققان در
DNA است. علاوه بر این،
یک هود بخار فشرده برای



Courtesy of H.

تصویر ۳- نوار انسداد
wster.

تصویر ۴- افسر پولیس از صحنه جرم حفاظت می کند. (© Richard C. Li.)



تصویر ۵- صفحه حریم خصوصی صحنه جرم و چادر صفحه (بالا) و چادر (پایین) وسایل مفیدی برای محافظت از شواهد یا بدن از مشاهده توسط پرسونل غیرمجاز، است. (© Richard C. Li.)



تصویر ۶- سد راه اندازی شده است تا جمعیت را از فاصله صحنه جرم دور نگه دارد. (© Richard C. Li.)

در تحقیقات علوم عدلی از طریق شواهد فزیکتی نیز اثبات می شود که شخص مرتکب جرم شده است. به عنوان مثال، زمانی که فردی مفقودالثر است، معمولاً تحقیقات مربوط به افراد مفقودالثر آغاز می شود. اگر در صحنه جرم جسد یا خون مقتول (تصویر ۱۰) در جریان تحقیقات کشف شود، می توان یک دوسیه قتل را تهیه کرد و یک مظنون را به جرم قتل متهم نمود. همچنین به شواهدی باید دست یافت که بتواند ارتباطاتی مانند ارتباط قربانی با مرتکب را برقرار نماید. به عنوان مثال، موارد یافت شده در تصرف یک مجرم ممکن است با یک قربانی مرتبط باشد. این امر همچنین در مورد شواهد انتقالی مبتنی بر اصول نظریه انتقال که به عنوان اصل تبادل لوکارد یاد می شود، بوده و بیانگر اینست که انتقال متقابل شواهد هنگامی رخ می دهد که مرتکب هرگونه تماس فزیکتی با یک شی یا شخص دیگری داشته باشد (تصاویر ۱۱ تا ۱۴). بنابراین، شواهد ردیابی مانند موها و الیاف ممکن است از مرتکب به قربانی یا برعکس منتقل شود. این مسئله توضیح می دهد که چرا بررسی مرتکبان و وسایل آنها به طور کامل برای دریافت شواهد اهمیت دارد. به همین ترتیب، قربانیان و وسایل آنها باید به همین دلیل مورد بررسی قرار گیرد.

همچنین می توان ارتباط قربانی و مرتکب را با صحنه جرم برقرار کرد. خون یافت شده متعلق به یک مجرم یا قربانی در صحنه جرم میتواند چنین ارتباطی را برقرار نماید (تصویر ۱۵). علاوه بر این، انتقال متقابل شواهد از صحنه های جرم ممکن است برای ارتباط مظنون یا قربانی با صحنه جرم مورد استفاده قرار گیرد. مرتکب ممکن است یک *modus operandi* (MO) منحصر به فرد را ارائه دهد. *Modus operandi* اصطلاح لاتینی است که معمولاً در تحقیقات جنایی به کار می رود و به الگوی خاصی از خصوصیات و نحوه ارتکاب یک جرم اشاره دارد. به عنوان مثال، ریچارد کوتینگام، یک قاتل زنجیره ای معروف به «قاتل نیم تنه»، که سر و اندام قربانیانش را از بدن جدا کرده و با خود می برد و تنه (بدن بدون سر و دست و پا) آنها را در صحنه جرم رها می کرد. او سپس اتاق ها را قبل از فرار از صحنه های جرم آتش می زد. شواهدی که اطلاعاتی را در مورد MO ارائه می دهد برای تحقیقات نیز حیاتی است. یک MO منحصر بفرد می تواند برای دوسیه های مرتکب زنجیره ای ارتباطی برقرار کند.

تصویر ۷- نمونه ای از فورم ثبت برای مستند سازی کارمندان مجاز در صحنه جرم. (© Richard C. Li.)

برخی تحقیقات به جستجوی موارد خاصی از قبیل لکه های بیولوژیکی، بقایای انسانی و تمام شواهد مربوطه نیاز دارد. جستجو معمولاً دارای یک هدف خاص است. بنابراین، استفاده از الگوهای جستجو می تواند مفید باشد، به خصوص در مواردی که صحنه های جرم وسیع و در فضای باز موقعیت داشته باشد.





الگم ۱۰- تصویر ۹- دستکش یکبار مصرف (سمت چپ) و دستکش با دستبند کشیده شده (راست) (© Richard C. Li.) ۱۸

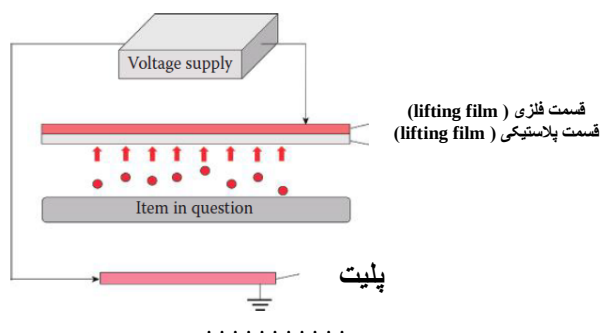
مرتکب نیز باید جستجو شود. در جستجوی لکه های بیولوژیکی معمولاً از دستگاه هایی مانند منبع نور متناوب (ALS) استفاده می شود. تصاویر ۲۱ و ۲۲ را ببینید. یا با استفاده از فیلترهای خاص، یک طول موج خاص از نور یا طول موج مورد نظر را تولید می کند. مواد بیولوژیکی مانند خون ، مایع منی و لعاب دهان تحت تابش نور فلورسنت ALS قرار می گیرند که می تواند مکان یابی شواهد بیولوژیکی را تسهیل نماید.



تصویر ۱۰- مستندات عکاسی از لکه های خون روی لباس (© Richard C. Li.)



تصویر ۱۱- دستگاه بلند کردن گرد و غبار الکترواستاتیک می تواند برای دریافت شواهد احتمالی مانند ردپاها و مسیرهای تایر استفاده شود (© Richard C. Li.) .



تصویر ۱۲- اجزای اصلی دستگاه بلند کردن گرد و غبار الکترواستاتیک (electrostatic dust print lifting device) (lifting film) در بالای آیت question همراه با قسمت پلاستیکی در بالای سطح آن و قسمت فلزی در مقابل آن قرار می گیرد. یک پلیت زمینی مستقیماً روی زمین قرار می گیرد. (lifting film) و پلیت زمینی به دستگاه منبع تغذیه وصل می شوند. پس از روشن شدن ولتاژ شارژ، چارچ استاتیک ذرات گرد و غبار را از سطح به قسمت پلاستیک (lifting film) منتقل می کند. (© Richard C. Li.)



تصویر ۱۳- دستگاه دیود (LED) با شدت بالا برای قرار دادن مدارک در صحنه جرم ، به ویژه در برجسته سازی شواهد مانند موها، الیاف و چاپ کفش موثر است (© Richard C. Li).



(© Richard C. Li.)

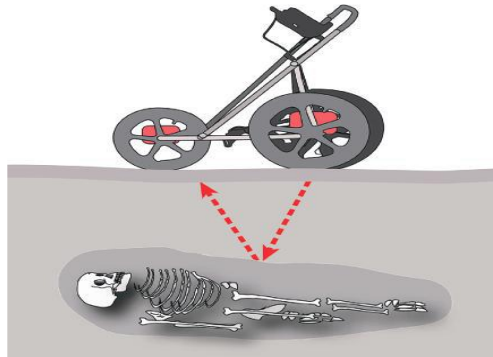


تصویر ۱۵- دریا (Li.)

تصویر ۱۶- الگوی جستجوی شبکه ای برای صحنه جرم در فضای باز. این روش محققان را قادر می سازد تا شانس در جستجوی شواهد استخوانی انسان درون شبکه هستند. (© Richard C. Li.)



تصویر ۱۷- الگوی جستجوی خطی برای صحنه جرم در فضای باز. (Courtesy of H. Brewster)



تصویر ۱۸- با استفاده از رادار نافذ زمین (GPR) برای یافتن قبرهای مخفی قربانیان قتل. GPR از امواج الکترومغناطیسی ساطع شده از فرستنده استفاده می کند که توسط گیرنده برای پیدا کردن قبرهای مخفی و اشیاء دفن شده مانند سلاح های تعبیه شده در خاک استفاده می شود. تصاویر شواهد بالقوه به طور معمول با حرکت آنتن دستگاه GPR بر روی سطح زمین به دست می آیند. (© Richard C. Li.)



تصویر ۱۹- استفاده از سگهای cadaver-sniffing برای هشدار دادن به محققان در مورد وجود اجساد دفن شده. بوی حاصل از تجزیه بدن انسان ممکن است توسط سگهای مذکور حس شود. پدهای جذب بو بوی بقایای تجزیه شده را برای چند روز جذب و حفظ کنند. پس از زدن پدها بر روی سگ کاداور ممکن است وجود بقایای دفن شده انسان را نشان دهد یا ممکن است بیانگر این باشد که بقایای انسان یک بار در آن مکان دفن شده است. اما مشخص نیست که این روش قابل اعتماد است. (© Richard C. Li.)



تصویر ۲۰- سگ ردیابی برای جستجوی مظنونین. سگ ردیابی می تواند صحنه جرم اخیر که ممکن است فرد مظنون در نزدیکی صحنه باشد، می توان از سگ ردیابی استفاده کرد. یک سگ ردیابی می تواند بطور بالقوه رایحه ای را که از وسایل در صحنه جرم باقی مانده است دنبال و مظنون را در همان نزدیکی پیدا کند. (© Richard C. Li.)



موها و الیاف فراهم می

تصویر ۲۲- منابع نور
کند. (© Richard C. Li.)



(© Richard C. Li.)

Automobile Backing Card

Case # _____	Year/Make: _____
Address of Incident: _____	Model: _____
Prints lifted by: _____	Color: _____
Badge # _____	Tag state # _____
Type of crime: _____	VIN # _____
Victim name: _____	
Suspect name: _____	
Location of prints lifted: _____	
Lift # _____	

Circle Number Where Prints Found

3	4	5	6	7	8
2	17	18	19	9	10
1					
16	15	14	13	12	11

☐ Front Windshield ☐ Rear Window ☐ Windows

Date: _____ Case No. _____

Offense: _____

Victim: _____

Address of Incident: _____

Location of Prints Lifted: _____

Prints Lifted By: _____

Badge No. _____

Lift No. _____

SKETCH AND/OR REMARKS

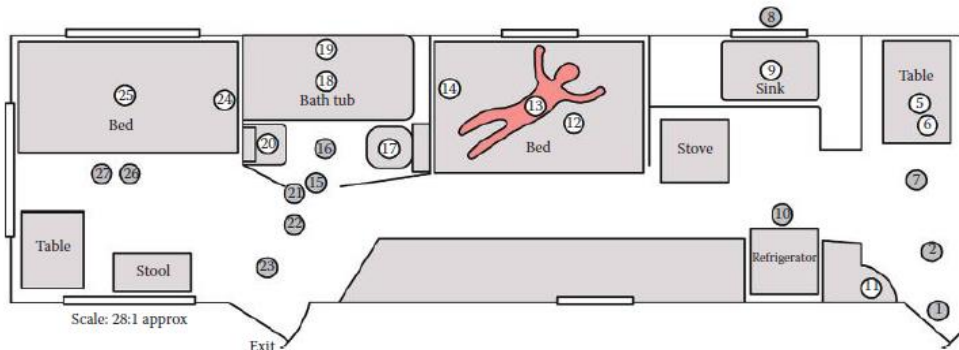
Place Prints on Reverse Side

SPKX FORM-503S • 800-857-876X

تصویر ۲۳- نمو
Li.)

تصویر ۲۴- نمونه ای از سند کروکی صحنه جرم. (© Richard C. Li.)

علاوه بر این، آزمایش های گذشته و ریجینت های تقویتی می توانند برای تسهیل جستجوی صحنه جرم استفاده شوند (فصل ۱۲). این معرف ها قادرند تا شواهد بیولوژیکی را کشف و شناسایی کنند. این آزمایش ها بسیار ساده، سریع و حساس هستند. بنابراین می توانند در صحنه های جرم مورد استفاده قرار گیرند. به عنوان مثال، آزمایشهای فنل فتالین و گرین لوکومالاکسیت^۱ می توانند برای تشخیص شواهد خون استفاده شوند.



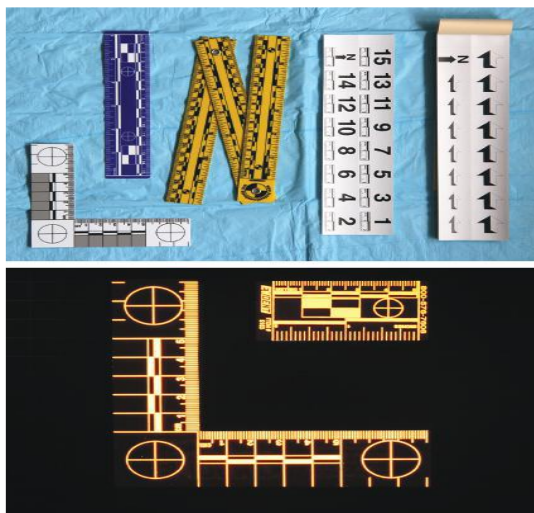
تصویر ۲۵- اسکیچ مبتدیسازی محل های اثر انگشت. (© Richard C. Li.)

مسلح قابل مشاهده نباشد. از ریجینت های تقویت شده مانند لومینول و فلورسین که به دلیل واکنش با مواد بیولوژیکی خاص، به ترتیب در برابر واکنش کیمیاوی و نور فلورسنت ساطع شده، استفاده می شود. علاوه بر این، ریجینت های تقویت شده می توانند شواهد حاوی خون ضعیف مانند اثر انگشت خونی، اثرپا و سایر شواهد دارای تماس فیزیکی مانند علائم کشیدن در خون را تشخیص دهند. با این حال، باید احتیاط کرد زیرا این ریجینت ها معمولاً برای خون خیلی خاص نیستند. برخی از مواد مانند سفید کننده، فلزات مختلف و گیاهان نیز ممکن است با آزمایش ها و ریجینت های تقویتی واکنش های کیمیاوی نشان دهند. در این موارد، شواهد جمع آوری شده با تجزیه و تحلیل آزمایشگاهی آزمایش می شوند.



تصویر ۲۶- سیستم تصویربرداری ماوراء بنفش (RUVIS) برای مبتدیسازی نمای نزدیک از شواهد مانند اثر انگشت پنهان. (© Richard C. Li.)

^۱. phenolphthalin and leucomalachite green tests.

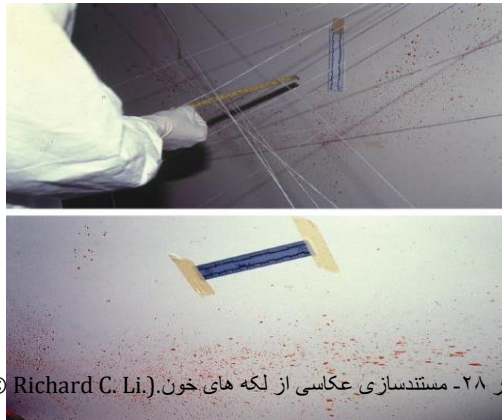


تصویر ۲۷- مقیاس ها برای مستند سازی عکاسی. مقیاس های منظم (بالا) را می توان با منابع نوری قابل مشاهده استفاده کرد. مقیاس های فلورسنتس (پایین) را می توان برای مستندسازی فلورسنتس شواهد پس از رفتار خاص، مانند تقویت کیمیاوی، با استفاده از منابع نوری متناوب مورد استفاده قرار داد. (© Richard C. Li.)

اخیراً، ابزارهای قابل حمل و قدیمی قابل توسعه ای تولید شده اند که قادر به بررسی سواب های باکال و شواهد بالقوه دیگر برای تولید پروفایل DNA در محل هستند (تصویر ۲۳). این یک فرآیند کاملاً خودکار است که از فناوری Rapid DNA (فصل ۸) در آن استفاده می شود و می تواند در مدت ۲ ساعت توسط یک محقق صحنه جرم آموزش دیده یا یک افسر پلیس انجام شود. این وسایل ممکن است ابزار جدیدی را برای تسریع در شناسایی مظنونین و توسعه تحقیقات در صحنه فراهم کند. علاوه بر این، این فناوری می تواند ماموران پولیس را قادر سازد تا به سرعت تشخیص دهند که آیا این جرایم حادثه جداگانه است یا بخشی از جرایم زنجیره ای است که توسط یک مرتکب ارتکاب یافته است، مانند دوسیه های سرقت و آتش سوزی زنجیره ای. همچنین می توان از آن برای شناسایی بقایای انسانی در حوادث دسته جمعی استفاده کرد.

1-4 مستند سازی

شرایط موجود در صحنه جرم، شامل قسمت های منحصر به فرد شواهد و صحنه کلی، باید مستند باشد تا بتواند اطلاعات حیاتی را برای محققان و محاکم فراهم سازد. متداول ترین روش های مستندسازی، ترسیم کروکی و گرفتن عکس و فیلمبرداری است. کروکی برای بازتاب موقعیت ها و روابط مکانی اشیاء و اشخاص با مقیاس اندازه گیری است. یک محقق معمولاً ابتدا یک کروکی ابتدایی را تهیه می کند و بعداً آن را به کروکی نهایی تبدیل می کند (تصاویر ۲۴ و ۲۵). اگر لکه های خون در صحنه وجود داشته باشند، باید بر روی نمونه های لکه خون تأکید شود. قبل از دست زدن و جابجایی شواهد، باید از آنها با نماهای مختلف عکس گرفته شود: نمای کلی صحنه، نمای متوسط که موقعیت ها و روابط اشیاء را نشان می دهد و نمای نزدیک نمایش جزئیات شواهد (تصویر ۲۶).



تصویر ۲۸- مستندسازی عکاسی از لکه های خون. (© Richard C. Li.)

عکس ها همچنین باید از دستگاه اندازه گیری مانند مقیاس (تصویر ۲۷) استفاده کنند تا اندازه اشیاء مانند لکه های خون یا علایم دندان گرفتگی را به دقت نشان دهد. می توان با قرار دادن یک خط کش در مجاورت شواهد از آنها عکس گرفت (تصویر ۲۸) را ببینید). از یک ورق ثبت عکس می توانید برای ثبت ترتیب زمانی عکس های صحنه جرم و برای توجه به شرایط فیلمبرداری و هرگونه اطلاعات مربوطه دیگر استفاده کنید (تصویر ۲۹). مستندات مشابه در صورت لزوم باید برای فیلم های ویدئویی تهیه شود. علاوه بر این، می توان از یادداشت های نوشتاری یا ضبط شده صوتی استفاده کرد. یادداشت ها باید شامل اطلاعات کامل و دقیق از بررسی صحنه جرم مانند شماره قضیه، هویت اعضای تیم بررسی صحنه جرم و توضیحات مربوط به صحنه یا موارد دیگر (به عنوان مثال، مکان، اندازه و شکل) باشند. علاوه بر این، هرگونه اخلال در شواهد موجود در بررسی صحنه جرم باید ذکر شود.

1-5 زنجیره حفاظت شواهد chain of custody

اطلاعات حفاظت هنگامی که مدارک توسط پرسونل مربوطه انتقال داده می شود، باید به ثبت برسد. معمولاً در فورم حفاظت باید شواهد مشخص که مستندسازی شده اند باید درج گردد (تصویر ۳۰). هر شخصی که حفاظت شواهد را بعهده دارد باید سند حفاظت را امضاء نماید. یک فورم حفاظت ناقص ممکن است بیانگر دستکاری شدن و یا آلودگی شواهد باشد. در نتیجه چنین شواهدی ممکن است در محکمه قابل قبول نباشد.

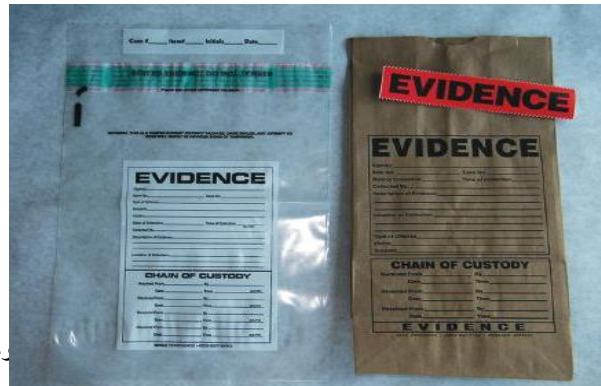
Photography Log				
Date:	Case Number:	Criminalist		
Roll #	Film Type & ASA			
Exposure	Aperture	Shutter	Camera	Description
1				
2				
3				
4				
5				
6				
7				
8				
9				
10				
11				
12				
13				
14				
15				
16				
17				
18				
19				
20				
21				
22				
23				
24				
25				
26				
27				
28				
29				
30				
31				
32				
33				
34				
35				
36				
37				
38				
39				
40				
41				
42				
43				
44				
45				
46				
47				
48				
49				
50				

تصویر ۲۹- فورم عکاسی صحنه جرم. (© Richard C. Li.)

6-1 جمع آوری شواهد بیولوژیکی

پس از تکمیل اسناد صحنه جرم، می توان جمع آوری شواهد را آغاز کرد. اقلام کوچک یا منقول شواهد، مانند چاقوهای خون آلود را می توان جمع آوری کرد و به آزمایشگاه ارسال نمود (تصویر ۳۱). اقلام بزرگ یا غیرمنقول شواهد (تصویر ۳۲) را می توان جمع آوری و ارسال نمود. مثلاً قسمت هایی از دیوار که در آنجا قطرات خون ریخته شده است. جدول ۱ و تصاویر ۳۳ تا ۳۸ مجموعه ای از تکنیک های جمع آوری شواهد را خلاصه و نشان می دهد. مراقبت ویژه برای جمع آوری شواهد بیولوژیکی در شرایط ذیل ضروری است:

- شواهد نمونه لکه های خون: مستندات کامل لکه های خون در صحنه جرم قبل از جمع آوری کاملاً مهم است. لکه های خون می تواند به ویژه در بازسازی صحنه جرم مفید باشد.



وجود در بسته بندی

تصویر ۳۰



گردیده (بالا)

تصویر ۳۱ -

- تجزیه و تحلیل چندگانه شواهد: اگر تجزیه و تحلیل های چندگانه برای یک مورد خاص از شواهد مورد نیاز است، باید تجزیه و تحلیل های غیر مخرب اولین بار انجام شود. به عنوان مثال قبل از جمع آوری خون برای تجزیه و تحلیل DNA، باید اثر انگشت خونین برای تجزیه و تحلیل جزئیات خطوط جمع آوری شود.
- شواهد ردیابی: شواهد اثری مانند موها و الیاف می توانند در شواهد قطرات خون موجود باشند و باید شناسایی و به درستی جمع آوری شوند.
- سمپل های کنترولی: سمپل های کنترول باید از ناحیه کنترول (مثلاً ناحیه غیرقابل مراقبت در نزدیکی لکه جمع آوری شده) جمع آوری شوند.
- اندازه لکه: تکنیک های DNA عدلی مبتنی بر واکنش زنجیره ای پلیمرز (PCR) بسیار حساس هستند و امکان تجزیه و تحلیل موفقیت آمیز از لکه های خونی بسیار کوچک را فراهم می کنند. تمام لکه های خون حتی اگر به سختی قابل مشاهده باشند، باید در صحنه جرم جمع آوری شوند.
- شواهد مرطوب: شواهد مرطوب قبل از بسته بندی باید (بدون حرارت) خشک شوند تا از تخریب پروتئین ها و اسیدهای نوکلئیک که برای آزمایش های سولوژیکی و DNA عدلی استفاده می شود، جلوگیری گردد.

1-7 علامت گذاری شواهد

علامت گذاری شواهد به منظور شناسایی ضروری است به طوری که حتی می توان سالها بعد آن را به سرعت شناخت (تصویر ۳۹). مسایل ابتدایی یک محقق، شماره اشیاء و شماره قضیه معمولاً در علامت درج می شوند. اطلاعات را می توان در علامت، برچسب متصل به اشیاء یا به طور مستقیم بر روی شواهد پوشاک مشخص کرد. علامت گذاری شواهد نباید در میان سوراخ مرمی یا لکه های بیولوژیکی باشد تا از تداخل علامت در تجزیه و تحلیل جلوگیری شود.

1-8 بسته بندی و حمل و نقل

بسته بندی برای محافظت و حفظ شواهد در نظر گرفته شده است. همه شواهد باید از آلودگی های احتمالی در امان باشند و برای جلوگیری از هرگونه آسیب در هنگام حمل و نقل، از وسایل شکننده محافظت شود. برای محافظت از شواهد بیولوژیکی در برابر تخریب در هنگام حمل و نقل باید از قرار گرفتن آنها در معرض حرارت و رطوبت جلوگیری کرد. روشهای مختلف برای بسته بندی شواهد وجود دارد.

جدول ۱- روش های جمع آوری شواهد بیولوژیکی

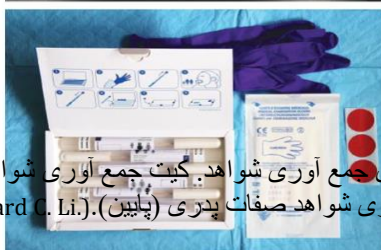
نوع شواهد	وضعیت	روش جمع آوری	پروسیجر
خون	خشک	سوآب	در سطوح غیر قابل جذب بهتر است؛ سوآب استریل را به آرامی با اب مقطر یا استریل مرطوب کنید و هنگام چرخش روی لکه را مالش دهید. اجازه دهید تا خشک شود. در ابتدا ترکیبی از سوآبینگ مرطوب و به دنبال آن یک سوآبینگ خشک (که هر دو سوآب ارائه شده است) توصیه می شود.
		برش نمودن	لکه خون را از شی مورد نظر برش نمایید.
		تراشیدن	لکه خون را با استفاده از یک تیغ صاف داخل ورق صاف تراش نموده و

			داخل جعبه مخصوص جمع آوری کنید.	
برداشتن			برای سطوح غیر قابل جذب کار می کند. از نواری برچسب استفاده کنید که در آزمایش DNA برای برداشتن لکه هیچگونه اختلال ایجاد نمی کند. لکه برداشته شده باید با یک تکه از پوشش برچسب پوشانده شود.	
جمع آوری تمام محتویات			اگر شی مورد نظر حاوی سمپل خون باشد آنرا جمع آوری کنید چون سوآب دشوار است و نیاز به آزمایش های متعدد دارد.	
سوآب			سمپل خون را با قسمت پخته ای سوآب جذب کنید. لکه باید روی نوک غلیظ شود و بگذارید تا خشک شود.	
ورق FTA		مربوط	برای جمع آوری خون مایع از یک پیپت یکبار مصرف استریل استفاده کنید. آنرا بر روی کاغذ FTA قرار دهید؛ بگذارید تا خشک شود.	
جمع آوری خون وریدی		منبع سمپل خون مایع	خون را در یک تیوب purple-topped vacutainer که حاوی مواد ضد انعقاد کننده مانند اسید اتیلن دی آمینتراستریک (EDTA) باشد جمع آوری کنید. در یخچال بگذارید اما هرگز یخ نزن.	
همانند روش های جمع آوری خون		خشک یا مربوط	همانند پروسیجر جمع آوری خون است.	
جمع آوری تمام محتویات		گاندوم	گاندوم را با گره زدن ایمن نموده و در یک طرف در یخچال قرار دهید. در اسرع وقت به آزمایشگاه ارسال نمایید.	
کیت تجاوز جنسی		منی	کیت استاندارد برای جمع آوری شواهد بیولوژیکی از بدن یک قربانی شامل سوآب ها، اسلایدهای میکروسکوپی و پاکت ها.	
کیت استاندارد مظنون		شرایط مختلف	کیت استاندارد برای جمع آوری شواهد بیولوژیکی از بدن یک قربانی شامل سوآب ها، اسلایدهای میکروسکوپی و پاکت ها.	
همانند روش های جمع آوری خون		مایع واژن قربانی	غالباً از ناحیه شرمگاه یا انگشتان دست مظنون جمع آوری می شود.	
همانند روش های جمع آوری خون		خشک یا مربوط	غالباً از یک محل دندان گرفتگی یا ناحیه شرمگاه قربانی جمع آوری می شود.	
کاغذ فیلتر		لعاب دهان	سمپل لعاب دهان را روی سطح مشخص شده کاغذ فیلتر قرار دهید. اجازه دهید تا خشک شود.	
برداشتن			به روش برداشتن به بخش خون مراجعه کنید.	
انتقال		موهای سر و شرمگاه	از انبر برای انتقال مو روی یک تکه کاغذی که قابلیت چند لایه شدن را داشته باشد استفاده کنید.	
جارو			در صورت لزوم می توان از جاروی برقی استفاده کرد. به طور کلی توصیه نمی شود.	
قطع کردن		ناخنها و ضایعات انگشت	برای گذاشتن ناخن ها روی کاغذ تمیز، از گیره استفاده کنید. سمپل ها را در پاکت های مخصوص بسته بندی کنید.	
خراشیدن			قسمتهای زیر ناخن را روی کاغذ تمیز بکشید. سمپل ها را در پاکت های مخصوص بسته بندی کنید	
منجمد کردن در جعبه		استخوان ها	اگر خون موجود نباشد جمع آوری کنید؛ استخوان را با مفر آن اگر موجود باشد جمع آوری نمایید؛ استخوان قیرغه و مهره ها ترجیح داده می شوند؛ سمپل ها را در یک جعبه قرار داده و اگر مربوط باشد منجمد نمایید.	
جعبه		دندان	در صورت امکان دندانها را همراه با خمیر دندان جمع آوری کنید	
منجمد کردن در جعبه		انساج و اعضا	اگر خون موجود نباشد، جمع آوری کنید. سمپل را در یک ظرف قرار داده و منجمد نمایید.	
مختلف		سمپل های دیانابیس DNA	برای جمع آوری سمپل ها از افراد دستگیر شده یا محکومین و یا هر دو، پروتوکل حوزه قضایی را دنبال کنید	

منبع:

Fisher, B., Techniques of Crime Scene Investigation, 7th edn., 2004, CRC Press, Boca Raton;
Lee, H.C. et al., Henry Lee's Crime Scene Handbook, 2001, Academic Press, San Diego;
.National Institute of Justice

توجه: سمپل هایی که نیاز به یخچال یا انجماد دارند ذکر شده است. نمونه های دیگری نیز ممکن است در حرارت اتاق ذخیره شوند. شواهد خشک باید در یک ماده متخلخل مانند کاغذ (پاکت، کیف، جعبه) بسته بندی شود، همانطوریکه در متن شرح داده شده است.



تصویر ۳۳- کیت های جمع آوری شواهد. کیت جمع آوری شواهد تجاوز جنسی (بالا). کیت جمع آوری شواهد صفات پدری (پایین). (© Richard C. Li.)





تصویر ۳۵- سواب نمودن ناخن دست برای دریافت شواهد. سواب های ناخن غالباً از افرادی جمع آوری می شود که درگیر مبارزه در جرایم خشونت آمیز و نفوذ دیجیتالی در قضایای تجاوز جنسی هستند. سواب های ناخن به طور جداگانه از هر دو دست نمونه برداری می شود. (© Richard C. Li.)

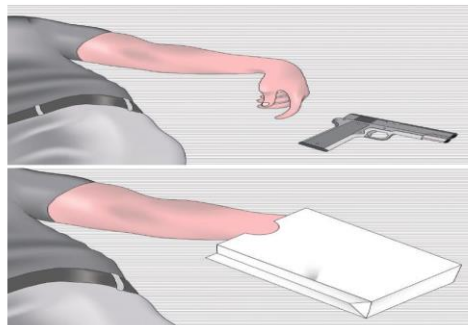
بسته به نوع شواهد دریافت شده (تصاویر ۴۰ تا ۴۲) ملاحظات کلی مربوط به بسته بندی شواهد قرار ذیل است:

- **شواهد دریافت شده از منابع مختلف:** برای جلوگیری از انتقال شواهد از منابع مختلف، قسمت هایی از شواهد را نباید در یک بسته واحد قرار داد. با این حال، اگر این قسمت ها در کنار هم پیدا شوند، می توان شواهد را در یک جعبه واحد بسته بندی نمود.

- **پیچاندن شواهد:** پیچاندن لباس ها، به خصوصی وسایلی که مملوء از لکه های خون مرطوب است، می تواند شواهد را از یک قسمتی از پوشاک به قسمت دیگر آن منتقل نماید. اگر یک پوشاک خشک و بزرگ پیچانده شود، باید یک تکه کاغذ صاف بین قسمت های مختلف پوشاک قرار داده شود تا از تماس مستقیم بین قسمت های مختلف پوشاک جلوگیری شود، از این طریق انتقال شواهد پیشگیری می شود.

- **بسته بندی شواهد:** پاکت نامه ها ، کیسه ها و جعبه هایی که از مواد متخلخل مانند کاغذ ساخته می شوند برای بسته بندی شواهد بیولوژیکی خشک مناسب هستند. شواهد خون آلود و خشک در کیسه های پلاستیکی یا جعبه های مخصوص شواهد مرطوب نباید گذاشته شود.

- **شواهد مایع:** تیوب های حاوی مایع مانند خون نباید منجمد شوند زیرا حجم مایع در دمای انجماد منبسط می شود و این انبساط ممکن است منجر به تخریب آن شود. تیوب ها را باید در کیسه های پلاستیکی قرار داد تا از ریختن آن در صورت تخریب تصادفی جلوگیری شود. شواهد مایع باید به سرعت جمع آوری و به آزمایشگاه ارسال گردد.



تصویر ۳۶- کیسه های دستی برای محافظت از دست شخص متخلف در اتهام خودکشی. بقایای فیر را پس از فیر می توان در دست شخص دریافت نمود (در بالا) کیسه های دستی، استفاده از کیسه های کاغذی و نوارهای رابری، باعث می شود تا

بقایای فیر هنگام انتقال جسد از بین نرود. (پایین) (© Richard C. Li.)

- شواهد ردیابی: همه این شواهد را باید در یک پاکت (تصویر ۴۳) بسته بندی کرد.

مدارک بسته بندی شده باید به درستی با توصیف شواهد برچسب زده شده و با نوار شواهد مهر گردد. برای شخص در ابتدا بسته بندی شواهد اهمیت دارد و تاریخ بین مهر نشان دهنده اعتبار آن می باشد (تصویر ۴۴). هنگامی که کیسه مهر شده باز شده باشد نباید آنرا برش کرد. بجای آن قسمت دورتر از مهر موجود برش و دهانه ای ایجاد شود. پس از تکمیل تجزیه و تحلیل، بسته بندی مدارک باید باز شود. جدول ۱ مراحل اضافی بسته بندی شواهد را خلاصه نموده است.

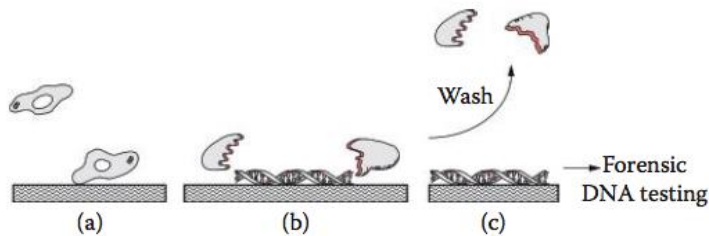
9-1 بررسی نهایی و خروج از صحنه جرم

در جریان بررسی نهایی، باید گفتگو با کلیه اعضای تیم بررسی صحنه جرم انجام شود تا همه ابعاد جستجو کاملاً بررسی شود. مهم اینست که اطمینان حاصل شود.



تصویر ۳۷- کارتهای خون معمولاً برای جمع آوری شواهد خون از یک منبع شناخته شده مانند مظنون یا قربانی استفاده می شود (بالا). برای ایجاد پانچ کارت خون جهت استخراج DNA می توان از حفره دستی استفاده کرد. سمپل خون جهت ذخیره سازی روی کارتهای خونی خشک می شود (پایین). (© Richard C. Li.)

C. Li.)



تصویر ۳۸- استفاده از ورقه فیلتر Flinders Technology Associates برای جمع



EVIDENCE
CRIME SCENE UNIT

DATE 12/18/99

CRIME: Homicide

LOCATION: 444 Rogers Ave

EVIDENCE TYPE: 1. Victim's clothes + 2. Control Samples

LOCATION RECOVERED: IN Street

VOUCHER # K112468

CSU RUN # 7912518

BT # 13179

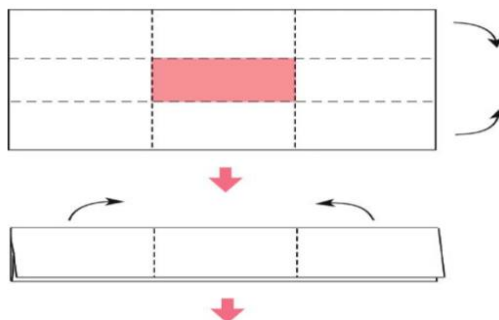
PCS # 21

CSU INVEST. 5653

ASSIGN: [redacted] 444

The image shows a white padded envelope and a red 'FIRST CLASS' label. The envelope is addressed to 'Mr. J. Edgar Hoover, U.S. Department of Justice, Washington, D.C. 20535'. It features a 'NO POSTAGE' stamp and a 'FIRST CLASS' label. The envelope is marked with 'NO POSTAGE' and 'FIRST CLASS'.

C Li)



تصویر ۴۳- یک نمونه druggist's fold در گیسست فولد. شواهد ردیابی باید در وسط کاغذ (قسمت رنگی) گذاشته شود. (© Richard C. Li.)



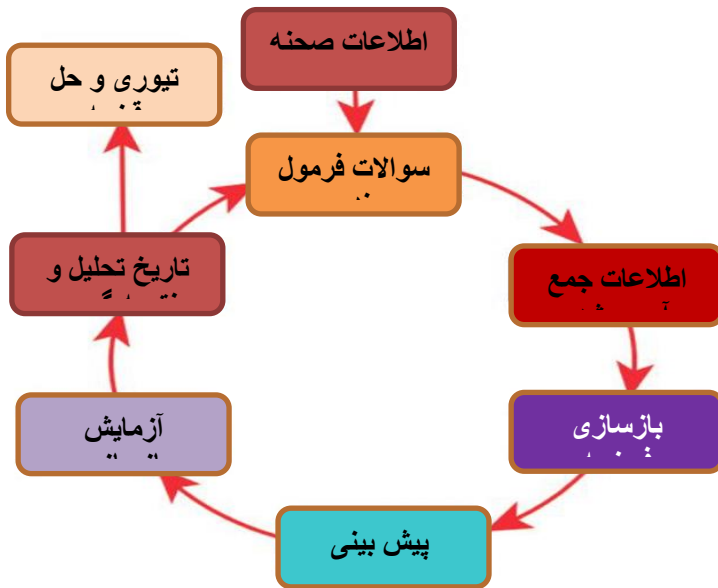
تصویر ۴۴- علامت گذاری مناسب برای شواهد مهر شده. توجه داشته باشید که بسته بندی شواهد یک زمان صحنه جرم به بیرون می شود و در مکانی متفاوت از مهر باز می گردد. (© Richard C. Li.) از دست نرفته یا نادیده گرفته نشده است. کلیه اسناد و مدارک شامل زنجیره حفاظت باید کامل باشد و همه مدارک باید جمع آوری، بسته بندی، مستند سازی و علامت گذاری شوند. عکس هایی از وضعیت نهایی صحنه باید گرفته شود. پس از تکمیل بررسی نهایی، می توان از صحنه جرم خارج شد. ورود مجدد به صحنه جرم بعد از ترک کردن صحنه ممکن است به تجویز جستجو نیاز داشته باشد. اسناد مربوط به خروج از صحنه جرم معمولاً شامل زمان و تاریخ خروج است و افرادی که از آنجا بیرون شده اند.

10-1 بازسازی صحنه جرم

بازسازی صحنه جرم، فرآیند علمی تعیین توالی وقایع و اقداماتی است که قبل، حین و یا بعد از وقوع جرم یک جرم انجام شده است. بازسازی مبتنی بر اطلاعات مشاهدات صحنه جرم و آزمایش از مایشگاهی شواهد فیزیکی انجام می شود. روند کلی علمی در بازسازی معمولاً شامل چندین مرحله است. روند الکترونیکی معمولاً با تدوین سؤالات مربوط به مشکلاتی که باید حل شوند آغاز می شود. سؤالات ممکن است به توضیح مشخصات جرم مربوط باشد، به عنوان مثال «موقعیت تیرانداز در هنگام وقوع تیراندازی کجا بوده است؟»، «مقتول در هنگام فیر کجا موقعیت داشته است؟» و «مسافت تیرانداز با مقصد چقدر بوده است؟» به منظور انجام یک بازسازی صحنه جرم، کلیه اطلاعات مفید برای بررسی مانند عکس، فیلمبرداری، یادداشت ها، کروکی،

گزارش کالبد شکافی و گزارش های تجزیه و تحلیل شواهد بدنی جمع آوری می شود. سپس فرضیه ای بر اساس اطلاعات بدست آمده ساخته می شود که می تواند وقایع و اقدامات درگیر در یک جرم را توضیح دهد. مرحله بعد، پیش بینی هایی است که پیامدهای منطقی فرضیه را تعیین می کند. یک یا چند پیش بینی برای آزمایش انتخاب شده است. فرضیه الکترونیکی با انجام آزمایش های بازسازی آزمایش می شود. یک نمونه از آزمایش بازسازی، بازسازی نمونه خون در جرائم خشونت آمیز است (فصل 2). نمونه های دیگر بازسازی ممکن است شامل مسیر و تیراندازی، شکستگی شیشه و بازسازی تصادف باشد. مرحله نهایی، تجزیه و تحلیل اطلاعات تجربی و نتیجه گیری است. اطلاعات آزمایشی تجزیه و تحلیل می شوند تا ببینند فرضیه صحیح است یا خیر. علاوه بر این، تحلیل و تفسیر شواهد فزیک، اظهارات شاهد و اطلاعات تحقیقاتی نیز باید مورد توجه قرار گیرد.

اگر نتایج آزمایش مطابق با این فرضیه باشد، نظریه ای را می توان تدوین کرد که هدف آن ارائه اطلاعات ارزشمندی برای تحقیقات و تعقیب بعدی قضیه است. گاهی متخصصان علوم عدلی ممکن است دریافت کنند که این فرضیه مغایر با نتایج آزمایش است. در آن صورت، برای شروع فرآیند بازسازی دیگری، باید یک فرضیه جایگزین ساخته شود. تصویر ۴۵ روند علمی بازسازی صحنه جرم را نشان می دهد.



منابع و مآ

Acke
depositi
for crim

ile tool
95.

Adderley, R. and J.W. Bond, e e effects of deprivation on the time spent examining crime scenes and the recovery of DNA and ngerprints. J Forensic Sci, 2008, 53(1): 178–182.

Barash, M., A. Reshef, and P. Brauner, e use of adhesive tape for recovery of DNA from crime scene items. J Forensic Sci, 2010, 55(4): 1058–1064.

Benschop, C.C., et al., Post-coital vaginal sampling with nylon ocked swabs improves DNA typing. *Forensic Sci Int Genet*, 2010, 4(2): 115–121.

Bond, J.W. and C. Hammond, e value of DNA material recovered from crime scenes. *J Forensic Sci*, 2008, 53(4): 797–801.

Brownlow, R.J., K.E. Dagnall, and C.E. Ames, A comparison of DNA collection and retrieval from two swab types (cotton and nylon ocked swab) when processed using three QIAGEN extraction methods. *J Forensic Sci*, 2012, 57(3): 713–717.

Buck, U., et al., Accident or homicide—Virtual crime scene reconstruction using 3D methods. *Forensic Sci Int*, 2013, 225(1–3): 75–84.

Byard, R.W., et al., “Murder-suicide” or “murder-accident”? Di culties with the analysis of cases. *J Forensic Sci*, 2010, 55(5): 1375–1377.

Castello, A., F. Frances, and F. Verdu, Solving underwater crimes: Development of latent prints made on submerged objects. *Sci Justice*, 2013, 53(3): 328–331.

Chen, T., et al., A rapid wire-based sampling method for DNA pro ling. *J Forensic Sci*, 2012, 57(2): 472–477. Clarke, M., Alleged rape: An appeal case. *J Forensic Leg Med*, 2008, 15(1): 32–36.

Courts, C., B. Madea, and C. Schyma, Persistence of biological traces in gun barrels—An approach to an experimental model. *Int J Legal Med*, 2011, 126(3): 391–397.

Crispino, F., Nature and place of crime scene management within forensic sciences. *Sci Justice*, 2008, 48(1): 24–28.

Durnal, E.W., Crime scene investigation (as seen on TV). *Forensic Sci Int*, 2010, 199(1–3): 1–5.

Edelman, G., I. Alberink, and B. Hoogeboom, Comparison of the performance of two methods for height estimation. *J Forensic Sci*, 2010, 55(2): 358–365.

Eldredge, K., E. Huggins, and L.C. Pugh, Alternate light sources in sexual assault examinations: An evi- dence-based practice project. *J Forensic Nurs*, 2012, 8(1): 39–44.

Fisher, B., *Techniques of Crime Scene Investigation*, 7th edn., 2004. Boca Raton, FL: CRC Press.

Gokdogan, M.R. and J. Bafra, Development of a sexual assault evidence collection kit— e need for stan- dardization in Turkey. *Nurse Educ Today*, 2010, 30(4): 285–290.

Gosnell, J., Case three: Collection of evidence in a murder investigation. *Clin Lab Sci*, 2008, 21(2): 124–125. Gunasekera,

R.S., A.B. Brown, and E.H. Costas, Tales from the grave: Opposing autopsy reports from a body exhumed. *J Forensic Leg Med*, 2012, 19(5): 297–301.

Hammer, U. and A. Buttner, Distinction between forensic evidence and post-mortem changes of the skin. *Forensic Sci Med Pathol*, 2012, 8(3): 330–333.

Hollmann, T., R.W. Byard, and M. Tsokos, e processing of skeletonized human remains found in Berlin, Germany. *J Forensic Leg Med*, 2008, 15(7): 420–425.

Hornor, G., et al., Pediatric sexual assault nurse examiner care: Trace forensic evidence, ano-genital injury, and judicial outcomes. *J Forensic Nurs*, 2012, 8(3): 105–111.

Hulse-Smith, L. and M. Illes, A blind trial evaluation of a crime scene methodology for deducing impact velocity and droplet size from circular bloodstains. *J Forensic Sci*, 2007, 52(1): 65–69. Ingemann-Hansen, O. and A.V. Charles, Forensic medical examination of adolescent and adult victims of sexual violence. *Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol*, 2013, 27(1): 91–102.

Ingemann-Hansen, O., et al., Legal aspects of sexual violence—Does forensic evidence make a difference? *Forensic Sci Int*, 2008, 180(2–3): 98–104.

Jina, R., et al., Recovering of DNA evidence a er rape. *S Afr Med J*, 2011, 101(10): 758–759.

Kaliszan, M., et al., Striated abrasions from a knife with non-serrated blade—Identi cation of the instrument of crime on the basis of an experiment with material evidence. *Int J Legal Med*, 2011, 125(5): 745–748. Komar, D.A., S. Lathrop, and S. American, e use of material culture to establish the ethnic identity of victims in genocide investigations: A validation study from the American Southwest. *J Forensic Sci*, 2008, 53(5): 1035–1039.

Larkin, B.A.J., et al., Crime scene investigation III: Exploring the e ects of drugs of abuse and neurotransmitters on bloodstain pattern analysis. *Anal Methods*, 2012, 4(3): 721–729.

Lee, H.C. and C. Ladd, Preservation and collection of biological evidence. *Croat Med J*, 2001, 42(3): 225–228.

Lee, H.C. and E.M. Pagliaro, Forensic evidence and crime scene investigation. *J Forensic Invest*, 2013, 1(1): 1–5.

Lee, H.C., T. Palmbach, and M.T. Miller, Henry Lee's Crime Scene Handbook, 2001. San Diego: Academic Press. Lee, H.C., et al., Guidelines for the collection and preservation of DNA evidence. *J Forensic Ident*, 1991, 41(5): 13.

Ma, M., H. Zheng, and H. Lallie, Virtual reality and 3D animation in forensic visualization. *J Forensic Sci*, 2010, 55(5): 1227–1231.

Marchant, B. and C. Tague, Developing ngerprints in blood: A comparison of several chemical techniques. *J Forensic Ident*, 2007, 57(1): 76–93.

Matte, M., et al., Prevalence and persistence of foreign DNA beneath ngerails. *Forensic Sci Int Genet*, 2012, 6(2): 236–243.

Mennell, J., e future of forensic and crime scene science. Part II. A UK perspective on forensic science education. *Forensic Sci Int*, 2006, 157(Suppl 1): S13-S20.

Morgan, J.A., Comparison of cervical os versus vaginal evidentiary findings during sexual assault exam. *J Emerg Nurs*, 2008, 34(2): 102-105.

Mulligan, C.M., S.R. Kaufman, and L. Quarino, e utility of polyester and cotton as swabbing substrates for the removal of cellular material from surfaces. *J Forensic Sci*, 2011, 56(2): 485-490.

National Institute of Justice. Using DNA to solve cold cases, Special Report, 2002. Washington, DC: US

Department of Justice, Office of Justice Programs, Washington, DC, 2002.

Newton, M., e forensic aspects of sexual violence. *Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol*, 2013, 27(1): 77-90.

Nikolic, S. and V. Zivkovic, A healed bony puzzle: An old gunshot wound to the head. *Forensic Sci Med Pathol*, 2013, 9(1): 112-116.

Nunn, S., Touch DNA collection versus rearm ngerprinting: Comparing evidence production and identi- cation outcomes. *J Forensic Sci*, 2013, 58(3): 601-608.

Oliva, A., et al., State of the art in forensic investigation of sudden cardiac death. *Am J Forensic Med Pathol*, 2011, 32(1): 1-16.

Oliver, W.R. and L. Leone, Digital UV/IR photography for tattoo evaluation in mummified remains. *J Forensic Sci*, 2012, 57(4): 1134-1136.

Osterkamp, T., K9 water searches: Scent and scent transport considerations. *J Forensic Sci*, 2011, 56(4): 907-912. Porta, D., et al., e importance of an anthropological scene of crime investigation in the case of burnt remains in vehicles: 3 case studies. *Am J Forensic Med Pathol*, 2013, 34(3): 195-200.

Pringle, J.K., J.P. Cassella, and J.R. Jervis, Preliminary soilwater conductivity analysis to date clandestine burials of homicide victims. *Forensic Sci Int*, 2010, 198(1-3): 126-133.

Ribaux, O., et al., Intelligence-led crime scene processing. Part I: Forensic intelligence. *Forensic Sci Int*, 2010, 195(1-3):10 16.

Ribaux, O., et al., Intelligence-led crime scene processing. Part II: Intelligence and crime scene examination. *Forensic Sci Int*, 2010, 199(1-3): 63-71.

Rios, L., J.I. Ovejero, and J.P. Prieto, Identification process in mass graves from the Spanish Civil War I. *Forensic Sci Int*, 2010, 199(1-3): e27-e36.

Rutty, G.N., A. Hopwood, and V. Tucker, e e ectiveness of protective clothing in the reduction of potential DNA contamination of the scene of crime. *Int J Legal Med*, 2003, 117(3): 170-174.

Sakelliadis, E.I., C.A. Spiliopoulou, and S.A. Papadodima, Forensic investigation of child victim with sexual abuse. *Indian Pediatr*, 2009, 46(2): 144–151.

Sansoni, G., et al., Scene-of-crime analysis by a 3-dimensional optical digitizer: A useful perspective for forensic science. *Am J Forensic Med Pathol*, 2011, 32(3): 280–286.

Schmidt, A., Crime scene investigation approach to sudden cardiac death. *J Am Coll Cardiol*, 2013, 62(7): 630–631.

Schyma, C., B. Madea, and C. Courts, Persistence of biological traces in gun barrels after fatal contact shots. *Forensic Sci Int Genet*, 2013, 7(1): 22–27.

Sharma, L., V.P. Khanagwal, and P.K. Paliwal, Homicidal hanging. *Legal Med*, 2011, 13(5): 259–261.

Shaw, J. and R. Campbell, Predicting sexual assault kit submission among adolescent rape cases treated in forensic nurse examiner programs. *J Interpers Violence*, 2013, 28(18): 3400–3417.

Shuttlewood, A.C., J.W. Bond, and L.L. Smith, The relationship between deprivation and forensic material recovered from stolen vehicles: Is it affected by vehicle condition and tidiness? *J Forensic Sci*, 2011, 56(2): 510–513.

Smith, P.A., et al., Measuring team skills in crime scene investigation: Exploring ad hoc teams. *Ergonomics*, 2008, 51(10): 1463–1488.

Solla, M., et al., Experimental forensic scenes for the characterization of ground-penetrating radar wave response. *Forensic Sci Int*, 2012, 220(1–3): 50–58.

Taroni, F., et al., Whose DNA is this? How relevant a question? (a note for forensic scientists). *Forensic Sci Int Genet*, 2013, 7(4): 467–470.

Tackera, J.D., et al., Forensic evidence collection and DNA identification in acute child sexual assault. *Pediatrics*, 2011, 128(2): 227–232.

Trombka, J.I., et al., Crime scene investigations using portable, non-destructive space exploration technology. *Forensic Sci Int*, 2002, 129(1): 1–9.

Uzun, I., et al., Identification procedures as a part of death investigation in Turkey. *Am J Forensic Med Pathol*, 2012, 33(1): 1–3.

Verdon, T.J., R.J. Mitchell, and R.A. van Oorschot, Swabs as DNA collection devices for sampling different biological materials from different substrates. *J Forensic Sci*, 2014, 59(4): 1080–1089.

Wahlsten, P., V. Koiranen, and P. Saukko, Survey of medico-legal investigation of homicides in the city of Turku, Finland. *J Forensic Leg Med*, 2007, 14(5): 243–252.

Walter, B.S. and J.J. Schultz, Mapping simulated scenes with skeletal remains using differential GPS in open environments: An assessment of accuracy and practicality. *Forensic Sci Int*, 2013, 228(1–3): e33–e46.

Westen, A.A., R.R. Gerretsen, and G.J. Maat, Femur, rib, and tooth sample collection for DNA analysis in disaster victim identification (DVI): A method to minimize contamination risk. *Forensic Sci Med Pathol*, 2008, 4(1): 15-21.

Wiegand, P., et al., Transfer of biological stains from different surfaces. *Int J Legal Med*, 2011, 125(5): 727-731.

Winskog, C., Underwater disaster victim identification: the process and the problems. *Forensic Sci Med Pathol*, 2012, 8(2): 174-178.

Yoon, D.Y., Newsmaker interview: Yoon Duk Yong. Crime scene investigation: the sinking of the Cheonan. Interview by Dennis Normile. *Science*, 2010, 328(5984): 1336-1337.

Zeren, C., et al., A case of a serial sexual offender: the first ever report from Turkey. *J Forensic Leg Med*, 2012, 19(7): 428-430

ترتیب کننده: امداد الله پاکستانیاد غیائی

بررسی مسؤلیت جزایی ناشی از عمل غیر در فقه و کوء جزای افغانستان (قسمت اخیر)

فهرست:

86	مبحث دوم: رویکرد مسؤلیت در فقه
87	مطلب اول: مسؤلیت مدنی ناشی از حیوانات
89	مطلب دوم: مسؤلیت ناشی از اشیاء
102	حق مالکیت از دیدگاه های مختلف

- گفتار پنجم: کسب ملکیت به سبب ازدواج 102
 گفتار ششم: اشکال دیگر انتقال ملکیت 103
 گفتار هفتم: اقسام و انواع حق ملکیت 104
 گفتار هشتم: حق مالکیت معنوی 110
 گفتار نهم: حقوق ملکیت در قوانین بین المللی 111

مبحث دوم: رویکرد مسئولیت در فقه

از مطالعه و بررسی نظام مسئولیت در حقوق اسلامی و ملاحظه نظر فقها و دانشمندان اسلامی بر می آید که مبنای مسئولیت مدنی و جزایی در فقه فقط بر یک مبنا استوار نبوده است. بلکه در موارد مختلف و با توجه به موقعیت های گوناگون درجه مسئولیت متفاوت است. اصل مسئولیت در فقه بر مبنای اتلاف استوار می باشد. البته لازم به ذکر است که فقها اتلاف را به اتلاف به مباشرت و اتلاف به تسبیب تقسیم می نمایند و برای هر کدام شرایطی برای ایجاد مسئولیت لازم می دانند مثلاً در اتلاف به مباشرت تنها فعل ارتكابی و ضرر وارد آمده مهم است و رابطه سببیت در این جا خیلی پیچیده نیست. بلکه آنچه را که اینجا می توان رابطه سببیت نامید همان رابطه علیت می باشد، در حالی که در اتلاف به تسبیب رابطه سببیت مهم می باشد چرا که اگر این رابطه وجود نداشته باشد نمی توان مسئولیت را اعمال نمود. و همچنین نقش اراده نیز در این دو نوع اتلاف مستقیم و غیر مستقیم متفاوت است. در اتلاف مستقیم اگر متلف اراده نداشته باشد باز هم مسئول است ولی در اتلاف غیر مستقیم در صورت وجود مباشر سببی که اراده نداشته باشد مسئول شناخته نمی شود. در اتلاف مستقیم تقصیر شرط نیست ولی در اتلاف غیر مستقیم تقصیر شرط است. و می توان گفت که در این نظام حقوقی جبران خسارت زیان دیده بیش از مکافات دادن به عامل آن مورد توجه است. قانونگذار هیچ ضرری را جبران نشده باقی نمی گذارد هر چند که عامل ورود آن مقصر نیز نباشد. منتهی نکته ای را که بایستی توجه داشت این است که ضرر در صورتی جبران می شود که ناروا و غیر عادلانه باشد. لزوم ناروایی ضرر در بیشتر موارد ایجاب می کند که وارد کننده زیان مقصر باشد و گاه نیز بدون تقصیر هم این شرط تحقق می یابد. در حقوق اسلام همین اندازه که در نظر عرف بتوان اضرار ناروایی به کسی نسبت داد او ضامن جبران خسارت می شود و در این راه وضع روانی و جسمی این عامل سهم ناچیز دارد. جایی هم که مبنای ضمان تقصیر است این مفهوم جنبه نوعی دارد و معیار داوری درباره آن نظر عرف است. چنانکه هر گاه امین مرتکب عملی شود که نوع آن تعدی و تفریط به حساب می آید، مسئولیت پیدا می کند، هر چند که از لحاظ او کار ناشایست و قابل سرزنشی انجام نشده باشد.¹

گاه دست یافتن بر مال دیگری، به دلیل تجاوز عمدی غاصب به حق دیگری، ضمان می آورد. و گاه نیز بی آنکه هیچ تقصیری متوجه متصرف باشد، قانون او را مسئول حفظ مال و رد آن به مالک قرار می دهد و رابطه سببیت بین کار و تلف را نیز ندیده می گیرد و حتی گاه شخص بدون اینکه مال دیگری را مستقیم یا غیر مستقیم تلف نماید و یا بر مال دیگری دست یابد با توجه به اینکه در ملک و حقوق خود تصرف می نماید. اگر ضرری از این ناحیه به دیگری وارد آید برخی از فقها بر طبق قاعده لاضرر، عامل

1- قرضاوی، یوسف. (1382 ه ش)، دیدگاه های فقهی معاصر، ترجمه: احمد نعمتی، ب ج، نشر: احسان، ص 453.

ضرر را مسئول جبران خسارت می‌دانند و لا ضرر را نیز بر یکی از اسباب ضمان اضافه می‌نمایند. این اختلافات نشانه آن است که در زمینه مسئولیت مدنی، فقها به اجرای عدالت واقعی و رعایت انصاف بیشتر از احترام بر اصل و منطق توجه داشته‌اند. آنان دریافته‌اند که روابط انسانها چنان تنوع دارد که محال است همه مظاهر آن را در سایه یک اصل قرار داد. و با مطالعه تطبیقی در حقوق فعلی می‌توان این طور اثبات نمود که فقه اسلامی یک فقه پویا می‌باشد. چرا که آن چه در حقوق غرب برای مبنای مسئولیت به عنوان تئوری بحث و مطرح می‌شود در حقوق اسلام پذیرفته و پیاده شده است. نه تنها آن نظریات در این جا وجود دارد، بلکه همه آنها را در جای خودشان لازم می‌داند. مثلاً در تسبیب تقصیر را شرط می‌داند و در تقصیر نیز به جنبه عرفی و نوعی آن بیشتر توجه می‌کند و این برابر با نظر تقصیر متعارف در حقوق غرب می‌باشد. از طرف دیگر در موارد مسئولیت بر مبنای ائتلاف مستقیم و مباشرت بیشتر با نظریه خطر نزدیک می‌شود آن چرا که در حقوق غرب به عنوان نظریه تضمین حق ارائه شده است در فقه نیز مسئولیت عینی غاصب را پذیرفته است. و آن چه که در حقوق امروزی در حقوق برخی از کشورها به عنوان سوء استفاده از حق و یا استفاده بدون جهت مطرح می‌شود. در فقه نیز تحت عنوان لاضرر و لاضرار بحث شده است. و مزیت و برتری نظریات فقها در مبنای مسئولیت این است که همه نظریات را پذیرفته‌اند ولی هر یک از آنها در جای مخصوص قابل اعمال می‌دانند.¹

مطلب اول: مسئولیت مدنی ناشی از حیوانات

هر شخص در برابر حفاظت از اشیاء و حیوان خویش درحالات ذیل مسؤول پنداشته می‌شود.

مسئولیت محافظ حیوان از ضررهای ناشی از عمل حیوان مسئولیت محافظ ساختمان در برابر انهدام بناء محافظ ادوات میخانیکی یا اشیایی که حفاظت از آنها نیازمند تلاش خاص است در مقابل ضررهای ناشی از این اشیاء.

هر شخص که مسئولیت نگهداری اشیاء و حیوان را به عهده دارد باید نهایت سعی و تلاش خود را در امر نگهداری آنها به خرج دهد. زیرا در صورت متضرر شدن فرد ثالث مکلف به جبران خساره بوده و مسؤول می‌باشد.

مالک وقتی مسؤول جبران خساره عائد از حیوان می‌گردد که عدم اتخاذ احتیاط لازم از طرف، برای جلوگیری از وقوع حادثه ثابت گردد.

هرگاه مالک، حیوان را در حال رساندن ضرر به مال غیر دیده و آنرا جلوگیری ننماید و از عیب حیوان آگاه بوده و آنرا محافظت نکرده باشد، مسؤول پنداشته می‌شود.

از مفاد مواد مزبور استنباط می‌گردد که مسئولیت شخص در برابر محافظت از حیوان زمانی تحقق می‌یابد که شخص عهده دار مراقبت از حیوان بوده و حیوان موجب متضرر شدن فرد دیگر شده باشد.

و شخص مذکور احتیاط لازم برای جلوگیری از عمل ننموده باشد، و یا اینکه شخص از عیبی که حیوان دارد طور مثال یک شخص گاو دارد و این گاو افراد را به شاخ خود میزند، بناً صاحب این گاو از عمل مضره حیوان خود آگاه است باز هم آنرا محافظت لازم نمی‌نماید پس از اعمال حیوان خود مسؤول می‌باشد.

¹ - شیرتبار، گل برآر زاده، 1387،، بررسی اصول و مبانی فقهی مسئولیت مدنی، نشر: دانشگاه: دانشگاه تهران،

شخصی که مسئولیت حفاظت سامان آلات الکترونیکی را به عهده دارد در صورت وارد شدن ضرر توسط آلات مزبور به غیر مسوول پنداشته می‌شود، مگر اینکه ثابت نماید که ضرر وارده خارجی بوده و یا بدون مداخله وی و یا از کدام حادثه غیر مترقبه و یا ناشی از اسباب مجبره بوده است.

چنانچه ماده 797 قانون مدنی افغانستان چنین بیان می‌دارد: (شخصیکه حالات تخنیکه یادیدگراشیای را در اختیار داشته باشد که جلوگیری از تولید ضرر آنها مستلزم توجه خاص باشد، در صورت وقوع ضرر از اشیاء و آلات مذکور، مسئول شناخته می‌شود.

مگر اینکه ثابت نماید در جلوگیری از وقوع ضرر احتیاط کافی را بکار برده است. احکام خاصیکه در زمینه بعداً وضع گردد نیز رعایت می‌گردد).

همچنان محافظ عمارت گرچه مالک آن عمارت هم نباشد از ضررهاییکه به اثر انهدام عمارت تحت محافظت اش به دیگران می‌رساند مسوول پنداشته می‌شود، اگر چه انهدام جزئی هم باشد. تنها زمانی مسوول شناخته نمی‌شود که ثابت نماید که انهدام تعمیر به سبب اهمال در صیانت نبوده و یا اینکه انهدام به اثر کهنه بودن و فرسوده بودن عمارت صورت گرفته می‌باشد. چنانچه ماده 795 قانون مدنی افغانستان این موضوع را چنین بیان نموده است:

فقره اول - محافظ عمارت گرچه مالک آن نباشد، از ضرر ناشی از انهدام یا آنکه انهدام جزئی باشد، مسئول پنداشته می‌شود. مگر اینکه ثابت گردد که انهدام به سبب اهمال در صیانت نبوده یا به اثر کهنه بودن عمارت یا عیب آن صورت گرفته است.

فقره دوم - اگر شخصی از ناحیه عمارت شخص دیگری مواجه به خطر باشد، می‌تواند اتخاذ تدابیر لازم را جهت دفع خطر از مالک آن مطالبه نماید، در صورت عدم اقدام مالک، اومی تواند بعد از حصول اجازه محکمه، بحساب مالک باتخاذ چنین تدابیر اقدام نماید).¹

همچنان اگر محافظ ثابت نماید که سبب خارجی در ایجاد ضرر نقش داشته است در این صورت اشتباه در محافظت نفی می‌گردد. یعنی ثابت نمودن سبب خارجی یگانه وسیله است که قانون آنرا غرض نفی خطا و اشتباه مورد قبول قرار داده است.

مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء وقتی محقق می‌شود که تثبیت گردد ضرر وارده از اشیایست که شخص نگهداری آنرا به عهده داشته است. ثانیاً شی تحت حفاظت شخص مسوول بالفعل قرار دارد.

ثالثاً فرد مسوول وظیفه نگهداری آن اشیاء را به عهده داشته باشد که حیوان است. همانطور که هر فرد می‌تواند در اموال خود، هرگونه دخل و تصرفی که خواسته داشته باشد، می‌تواند از حیوانات متعلق به خود نیز به هر روشی که مد نظرش بود، استفاده کند.

مراقبت از حیوانات ضروری است، این در حالی است که استفاده از حیوانات برای مقاصد مختلف، نباید منجر به ورود ضرر و زیان به سایر افراد شود. هرفردی وظیفه دارد مراقبت از حیوانات و اقدامات لازم را انجام دهد تا مانع از ورود صدمه و آسیب از ناحیه حیوان متعلق به خود به سایرین شود. وی با بیان اینکه کوتاهی از انجام این وظیفه باعث ایجاد مسئولیت برای وی خواهد شد، افزود: در این صورت مالک حیوان باید خسارات وارده را جبران کند.

منظور از مسئولیت ناشی از اشیاء مسئولیت جبران زبانی است که به وسیله اشیاء بی جان به بار می‌آید و مقصود از مسئولیت ناشی از حیوانات مسئولیتی است که به علت

1 - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ص 167.

عمل حیوانات برای مالک یا متصرف آنها ایجاد می‌شود. این گونه مسئولیت در نظام حقوقی افغانستان بر خلاف حقوق فرانسه اصولاً تابع قواعد و شرایط عمومی مسئولیت مدنی است ولی اولاً قانون گذار قواعد ویژه‌ای را در این خصوص مقرر کرده است که توجه جداگانه به آنها لازم است و ثانیاً در مواردی خاص قواعد عمومی مسئولیت مدنی نادیده گرفته شده است مثل مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه زمینی.

مسئولیت ناشی از اشیاء و حیوانات را می‌توان به چند گفتار تقسیم کرد: مسئولیت ناشی از اشیاء بی جان، مسئولیت ناشی از مالکیت و نگاهداری حیوان، مسئولیت متصرفین املاک نسبت به املاک مجاور، مسئولیت رانندگان و دارندگان وسایل نقلیه و مسئولیت تولید کنندگان و عرضه کنندگان کالاها و خدمات.

مطلب دوم: مسئولیت ناشی از اشیاء

هرگاه دیوار یا بنایی که ساقط شده متعلق به صغیر یا مجنون باشد ولی او ضامن است و اگر بنای مذکور از بناهای عمومی و دولتی باشد، متولی و مسئول آن ضامن است. باید توجه داشت که منظور از تمکن اصلاح یا خراب کردن در این ماده تمکن مالی نیست، بلکه مقصود امکان و فرصت متعارف است.

همچنین مواد 516 درباره خسارت ناشی از اشیایی که انسان بر روی دیوار یا بالکن قرار می‌دهد: ماده 507 این قانون درباره حفر گودال یا ریختن چیز لغزنده در معبر رهگذران ماده 517 در مورد خسارت ناشی از خراب شدن بنا یا بالکن منزل و امثال آن و ماده 508 در خصوص کندن چاه یا گذراندن چیز لغزنده در ملک خویش در همین زمینه قابل توجه است: در همه این مواد شخص در صورتی مسئول است که مرتکب تقصیر شده باشد.

ماده 897 کود جزا

تحلیل مواد قانونی: تخلفات مربوط به املاک، اموال و حیوان‌ها در کود جزا کشور چنین تبیین شده است:

اشخاص ذیل به جزای نقدی از پنج هزار تا ده هزار افغانی، محکوم می‌گردند:

- 1- شخصی که بدون حق در زمین آماده شده برای زراعت، یا کشت شده یا در زراعت درو نا شده دیگری توسط حیوان یا بدون آن، عبور و مرور کند.
- 2- شخصی که بدون حق در زمین یا باغ دیگری رمة یا سایر حیوان‌ها را بچراند یا بگذارد که در آن بچرد.
- 3- شخصی که سنگ یا مواد سخت دیگر یا کثافات را به وسایط نقلیه یا خانه یا بنا یا باغ یا احاطه ملک غیر پرتاب نماید.
- 4- شخصی که در نهر، جوی، حوض و یا در دیگر مجاری آب، ادوات یا اشیای را بیاندازد که بوسیله آن، آب بازی اشخاص اخلاخل گردد یا مجاری آب تنگ شود.

تحلیل و شرح

تعریف جرم در ماده فوق نظربه تعدد رفتارها، یک تعریف واحدی برای جرائم مندرج آن ماده صورت نگرفته، اما مصادیق آن چنین بر شمرده می‌شوند: 1- عبور و مرور کردن شخص توسط حیوان یا بدون آن به غیر حق در زمین آماده شده برای زراعت، یا کشت شده یا در زراعت دروناشده دیگری

- 2- چراندن رمة یا سایر حیوان‌ها از سوی شخص بدون حق در زمین یا باغ دیگری 3- پرتاب کردن سنگ یا مواد سخت دیگر یا کثافات به وسایط نقلیه یا خانه یا بنا یا باغ یا احاطه ملک غیر از سوی شخصی 4- انداختن ادوات یا اشیایی از سوی شخص در نهر،

جوی، حوض ویا در دیگر مجاری آب که به وسیله آن، آب بازی اشخاص اخلاص گردد یا مجاری آب تنگ شود.

عنصر قانونی

عنصر قانونی جرائم مندرج این ماده نص ماده می باشد. درخصوص عنصر مادی جرائم مرتکبه سه جزء اول این ماده برای مرتکب رفتارهای جرمی شامل سه جزء اول این ماده از سوی قانون گذار کدام مشخصات خاصی در نظر گرفته نشده بلکه شامل هر شخصی است که دارای شرایط عام مسئولیت جزایی باشد.

عنصر مادی هر یک از این سه جزء ماده، عارت است از: «عبور و مرور کردن شخص توسط حیوان یابدون آن به غیر حق در زمین آماده شده برای زراعت، یا کشت شده یا در زراعت دروناشده دیگری» و «چرانیدن رمة یا سایر حیوان ها از سوی شخص بدون حق در زمین یا باغ دیگری» و «پرتاب کردن سنگ یا مواد سخت دیگر یا کثافات به وسایط نقلیه یا خانه یا بنا یا باغ یا احاطه ملک غیر از سوی شخصی».

این جرائم به طور مطلق ذکر شده و به شکل گیری نتیجه و رابطه سببیت ضرورت ندارند یعنی برابر است این رفتارهای جرمی ضرری به زمین آماده شده برای زراعت، یا کشت و زراعت دروناشده، زمین یا باغ و... برساند ویا نرساند، در هر صورت، جرم ارتکاب یافته است. از قیود متعدد متن جزء 1، صورت های متفاوتی از وقوع جرم، فهمیده می شود: شخص یکجا با حیوان، این عبور و مرور را انجام داده باشد ویا شخص به تنهایی مرتکب آن شده باشد. این دو حالت در وقتی جرم شمرده می شوند که عبور و مرور بدون حق صورت گرفته باشد، اگر عبور و مرور کننده در آن زمین و کشت، حق ارتفاق داشته باشد در آن صورت این عمل وی جرم محسوب نمی شود. از سوی دیگر موضوع جرم هم متعدد است: موضوع جرم، زمین آماده شده برای زراعت، یا زمین کشت شده ویا هم زراعت درو نشده است.

عبارت «عبور مرور» در کود جزا پنج بار در موارد و مصادیق مختلف جرمی، مانند سرحدات، پل و پلچک، کشت و زراعت درو نشده، ذکر گردیده و جزاهای مختلف بر آنها وضع گردیده است.

از قیود متعدد متن جزء 2، هم صورت های متفاوتی از وقوع جرم، فهمیده می شود: شخص رمة را در زمین یا باغ دیگری ویا سایر حیوان ها را در زمین یا باغ دیگری بچرانند یا بگذارد که در آن بچرد. این دو حالت در وقتی جرم شمرده می شوند که چرانیدن رمة یا سایر حیوان ها بدون حق صورت گرفته باشد، اگر این چرانیدن در آن زمین و باغ به اساس کدام حقی صورت گرفته باشد، در آن صورت این عمل وی جرم محسوب نمی شود. از سوی دیگر موضوع جرم هم متعدد است: موضوع جرم، یا زمین است ویا باغ.¹

رمة عرفا به مجموعه ای از بزها و گوسفندان اطلاق می شود در حالی که «سایر حیوان ها» اشاره ای است به مجموعه ای از حیوان های بزرگتر مانند گاو، گاو میش و... که بنام گله حیوان ها هم یاد می شود، اما در قاموس آندراج به مجموعه گوسفند هم اصطلاح «گله» به کار رفته است.

چرانیدن رمة یا سایر حیوان ها در زمین یا باغ دیگران، یکی از موضوعاتی است که در طول تاریخ مورد بحث بوده و جرم انگاری گردیده است. قرآن کریم داستان دعوای

1 - شرح کود جزا، جلد چهارم، کابل، نشر: بنیاد آسیا، ص 649.

صاحب رمه و صاحب مزرعه رابه ماخیلی زیبا نقل نموده و مفسرین، فیصله حضرت سلیمان (ع) را نسبت به فیصله حضرت داود (ع) در زمینه، منصفانه‌تر جلوه داده‌اند. و همچنان از قیود متعدد متن جزء 3 نیز صورت‌های متفاوتی از وقوع جرم، فهمیده می‌شود: شخصی که سنگ را به وسایط نقلیه یا خانه یا بنا یا باغ یا احاطه ملک غیر پرتاب نماید یا مواد سخت دیگر و یا کثافات را.

عنصر معنوی

عنصر معنوی این جرائم عبارت است از: قصد عام شخص مبنی به ارتکاب رفتارهای جرمی شامل سه جزء اول این ماده، قانون گذار به اهمیت ملکیت توجه داشته و این امر را که ملکیت اشخاص از هر نوع تعرض مصون است به طور جدید پیگیری نموده است؛ و هرگاه مرتکب رفتارهای مندرج این ماده را با وجود علم به عدم مالکیت و عدم داشتن حق، انجام دهد، عنصر معنوی تحقق می‌یابد.¹

کشتن یا مجروح نمودن حیوان

ماده 898 کود جزا:

شخصی که به سبب خطاء حیوان ملکیت غیر را بکشد یا مجروح نماید، به جزای نقدی پنج هزار افغانی، محکوم می‌گردد.

تعذیب یا مثله نمودن حیوان اهلی

ماده 899:

شخص در یکی از حالات ذیل به جزای نقدی از پنج هزار تا ده هزار افغانی، محکوم می‌گردد:

1- در صورتی که حیوان اهلی یا الفت گیرنده را بیرحمانه تعذیب یا مثله یا به وسیله دیگر با آن معامله² سوء نماید.

2- در صورتی که حیوان سواری یا بارکش را فوق طاقت بار نماید یا حیوان مریض، زخمی یا معیوب را که طاقت کار را نداشته باشد، بکار اندازد.

جنگانیدن حیوان‌ها و پرندگان

ماده 900:

شخصی که به جنگانیدن حیوان‌ها (سگ، قوچ، شتر) یا پرندگان (خروس، کبک، بونه) و امثال آن مبادرت ورزد، به جزای نقدی ده هزار افغانی، محکوم می‌گردد.²

(مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد: لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشاء ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود). بدین ترتیب در خصوص مسئولیت ناشی از حیوان نیز قانون گذار مبنای تقصیر را برگزیده است و تنها در صورتی مالک یا متصرف حیوان را مسئول به شمار آورده که در حفظ حیوان تقصیر کرده و احتیاط‌های لازم را به عمل نیاورده باشد.

به نظر می‌رسد این ماده مربوط به نگاهداری حیواناتی است که به صورت متعارف توسط اشخاص نگاهداری می‌شوند. نگاهداری حیوانات خطرناکی مانند شیر و پلنگ یا مار سمی به خودی خود غیر متعارف است و اگر خساراتی از نگاهداری آنان به بار آید

1 - همان، ص، 649.

2 - وزارت عدلیه، مصوبه 1398/11/26، ص 245.

نگاهدارینده مسئول است. به دیگر سخن نگاهداری این گونه حیوانات غیر متعارف، تقصیر به شمار می آید و به داشتن تقصیر دیگری نیاز نیست. در انتهای ماده مزبور نیز حکم موردی آمده که در آن حیوان به وسیله عمل شخصی تحریک شده و ضرری به بار آورده باشد، در این صورت تحریک کننده حیوان مسئول است چون ضرر مستند به تقصیر اوست.

همچنان (متصرف هر حیوانی که از احتمال حمله آن آگاه است باید آن را حفظ نماید و اگر در اثر تقصیر او حیوان مزبور به دیگری صدمه وارد سازد ضامن است) البته منوط نمودن مسئولیت به آگاهی از حال حیوان در ظاهر با مفهوم نوعی تقصیر ناسازگار است: زیرا چنان که گفته شد آگاهی و قابلیت انتساب روانی، جزو عناصر تشکیل دهنده تقصیر نیست و رفتار شخص با انسان متعارف سنجیده می شود ولی در این ماده آگاهی شخص مالک مورد توجه قرار گرفته است.

برای رفع این ایراد و انطباق این ماده با اصول و قواعد می توان چنین گفت: ملاک تشخیص علم صاحب حیوان نسبت به خطر حمله و آسیب رساندن آن حیوان نوعی است. به عبارت دیگر چون ارزیابی ذهن و درون افراد و احراز علم شخصی آنها دشوار است برای احراز آگاهی یا عدم آگاهی از معیار نوعی و عرفی استفاده می شود. بنابراین چنانچه قرائن و شواهد بیرونی، آگاهی نوعی و عرفی برای اشخاص ایجاد کند، صاحب حیوان نیز عالم به وضع حیوان تلقی می شود.

انتهای ماده مزبور نیز مقرر می دارد: (ولی اگر از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده و عدم آگاهی ناشی از تقصیر او نباشد ضامن نیست). قسمت اخیر این ماده با قواعد عمومی سازگار است و روشن است چنانچه کسی مثلاً سگ بزرگی را که خطر حمله به دیگران در آن هست نگاهداری نمائیم می تواند به این بهانه که از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده در حالی که به طور متعارف خطر حمله حیوان آشکار بوده از مسئولیت شانه خالی کند. همچنین نمی تواند با این دفاع که به لحاظ وضعیت جسمانی خویش و قدرت زیاد سگ هنگام حمله او به دیگران توان حفظ و نگاهداری آن را ندارد ولی تمام تلاش خود را به کار بسته از مسئولیت رهایی یابد. زیرا در چنین حالتی که شخص می داند هیچ گاه توان حفظ حیوان را ندارد و نمی تواند مانع حمله او به دیگران شود صرف نگاهداری حیوان عمل غیر متعارف و تقصیر اوست. به همین دلیل تبصره 1 ماده مزبور تصریح می کند: (نگهداری حیوانی که شخص توانایی حفظ آن را ندارد تقصیر محسوب می شود) پس اگر صاحب حیوان از حال حیوان آگاه است و توانایی حفظ آن را هم داشته لیکن به طور اتفاقی و غیر منتظره در حادثه پیش آمده قادر به نگاهداری آن نبوده ضامن نیست. موبد این نظر آن است که این ماده از فقه گرفته شده و فقها دلیل عدم مسئولیت مالک حیوان را عدم تقصیر او عنوان کرده اند.

هرگاه شخصی با اذن کسی که حق اذن دارد وارد منزل یا محلی که در تصرف اوست گردد و از ناحیه حیوان یا شیء که در آن مکان است صدمه و خسارت ببیند، اذن دهنده ضامن است، خواه آن شیء یا حیوان قبل از اذن در آن محل بوده یا بعداً در آن قرار گرفته باشد خواه اذن دهنده نسبت به آسیب رسانی آن علم داشته باشد خواه نداشته باشد...)). این ماده نیز مانند بسیاری دیگر از مواد قانون از فقه گرفته شده است و مستند به روایاتی است که چندان قوی نیستند ولی فقها به ضعف آنها توجه نکرده و ظاهراً همه آنها چنین فتوایی داده اند در حالی که طبق قاعده اگر صاحب خانه به طور معمول و متعارف اقدام به حفظ و نگهداری حیوان نماید و به رغم همه تلاش های متعارف و بدون علم به آسیب رسانی

حیوان، میهمان آسیب ببیند نباید اذن دهنده را مسئول دانست چون تقصیری مرتکب نشده است. به اعتقاد برخی از استادان حقوق قانون گذار در این مورد مسئولیت محض را برای اذن دهنده مقرر کرده است که با اثبات بی تقصیری نیز از عهده او برداشته نمی‌شود. دلیل عقلی مسئولیت محض در این مورد می‌تواند آن باشد که اثبات تقصیر مالک حیوان بسیار دشوار است و در نتیجه اگر مسئولیت مبتنی بر تقصیر باشد در بسیاری از موارد خسارت زیان دیده بدون جبران باقی می‌ماند، به همین دلیل قانون گذار مسئولیت محض را مقرر کرده است. البته ایرادی که به نظر می‌رسد آن است که قانون گذار اذن دهنده را مسئول تلقی نموده است در حالی که ممکن است اذن دهنده مالک حیوان نباشد. به نظر می‌رسد از آنجا که مسئولیت محض و بدون تقصیر خلاف اصل است باید حکم این ماده را تنها ناظر به حالتی دانست که اذن دهنده مالک حیوان است. البته اگر اذن دهنده علم به آسیب رسانی حیوان داشته باشد مقصر است و طبق قواعد عمومی باید مسئول شناخته شود.

با وجود این می‌توان گفت در ماده مزبور در فرض عدم علم مسئولیت مبتنی بر اماره تقصیر است، یعنی قانون گذار فرض می‌کند که در این گونه موارد اذن دهنده مقصر و مسئول است مگر اینکه عدم تقصیر او به اثبات برسد. این نظر با قاعده عمومی مسئولیت مبتنی بر تقصیر نیز تعارضی ندارد. به همین دلیل تبصره ماده مزبور مقرر می‌دارد: ((در مواردی که آسیب مستند به مصدوم باشد مانند آنکه وارد شونده بداند حیوان مزبور خطرناک است و اذن دهنده از آن آگاه نیست و یا قادر به رفع خطر نمی‌باشد، ضمان منتفی است)). در واقع در این موارد با اثبات آگاهی وارد شونده خلاف اماره تقصیر به اثبات می‌رسد.

و همچنان فقها می‌گویند که هر گاه کسی که سوار حیوان است آن را در معابر عمومی یا دیگر محلهای غیر مجاز متوقف نماید در مورد تمام خسارت‌هایی که آن حیوان وارد می‌کند و مستند به فعل شخص مزبور می‌باشد ضامن است و چنانچه مهار حیوان در دست دیگری باشد مهار کننده به ترتیب فوق ضامن است. این ماده با مبنای تقصیر سازگار است چون این ماده شامل موردی نمی‌شود که حیوان در جای مجاز متوقف شده و بی احتیاطی به سوار حیوان منسوب نیست. این ماده نیز با توجه به فقه تدوین شده است و فقها درباره کسی که سوار حیوان است و در این حالت حیوان به دیگری خسارت وارد می‌کند اقوال مختلفی ابراز داشته‌اند.

برخی از فقها گفته‌اند اگر حیوان در جایی اعم از مجاز و غیر مجاز متوقف شود راکب حیوان مسئول خسارات ناشی از حیوان است، چه این خسارت با حرکت پاهای جلوی ایجاد شده باشد، چه ناشی از حرکت پاهای عقبی حیوان باشد. این حکم مورد تصریح و تأیید همه فقها نیست و خلاف اصل مسئولیت و ضمان بر مبنای تقصیر است. البته اگر توقف حیوان در محل عمومی یا غیرمجاز باشد چون ایجاد خطر در محل‌های عمومی یا غیرمجاز قابل پیش بینی است و انسان متعارف حیوان را در مکان عمومی یا غیر مجاز متوقف نمی‌کند، سوار حیوان مقصر و مسئول خسارات است. همین نظر هم در بعضی کتب فقهی مورد پذیرش قرار گرفته است. گفتنی است که منظور این ماده کسی است که در حالی که بر حیوان سوار است آن حیوان را در جایی متوقف می‌نماید، زیرا علاوه بر اینکه از ظاهر ماده این معنی استفاده می‌شود در اصول فقه گفته شده است که اطلاق راکب نسبت به کسی که فعلاً سوار بر حیوان است حقیقت است و اگر سابقاً سوار

بوده حقیقتاً وی راکب نیست و اصل نیز آن است که کلمات را بر معانی حقیقی حمل کنیم.

چرایی مسئولیت ناشی از حیوان متصور است. چراکه حیوان نیز می‌تواند باعث ورود خسارت به دیگران شود. این خسارت گاه به اشخاص و گاه به اموال وارد می‌شود. خسارت وارد به اشخاص مانند دندان گرفتن و یا لگد زدن و خسارت به اموال مانند لگد کردن یا چریدن حیوان در مزرعه دیگران نمونه‌هایی از خسارت ناشی از حیوان است.

همچنین خسارت ناشی از حیوان ممکن است به لحاظ توقف یا حرکت او باشد.¹ مقصود از مبنای مسئولیت، عنصر یا متغیری است که با وجود آن، مسئولیت قابل توجیه است و بدون آن متغیر دلیل مهم وقائع کننده‌ای برای مسئولیت جبران خسارت وجود ندارد.

در واقع در مبنای مسئولیت به این پرسش پاسخ داده می‌شود که چه چیزی مسئولیت شخصی به نام دارنده یا متصرف حیوان را در مقابل شخص دیگری به نام زیان دیده را توجیه می‌کند. آیا چنین مسئولیتی منوط به این است که وارد کننده زیان دچار تقصیر شده باشد و در واقع تکلیف وارد کننده زیان به جبران خسارت و حق زیان دیده برای گرفتن خسارت از چنین تقصیری ناشی می‌شود یا باید در جستجوی معیار دیگری مانند مسئولیت محض یا مسئولیت مطلق بود که منوط به اثبات تقصیر نیست.²

اصل طبیعی در زندگی انسان آن است که تنها کسی باید مسئولیتی برای جبران را بپذیرد که در رفتار خود از معیار و حالت متعارف خارج شود به عبارتی همواره تقصیر شرط اصلی مسئولیت مدنی بوده است و از گذشته تقصیر از بنیادی‌ترین و در عین حال از قدیمی‌ترین مفاهیم در بحث مسئولیت مدنی بوده است. مبنای اولیه در مسئولیت مدنی ناشی از حیوان نیز است و مسئولیت بدون تقصیر حالت استثنایی دارد. فلذا در قانون مدنی و در مواد مختلف قانون در فروش مسئولیت ناشی از حیوان با استناد به این مبنا مسئولیت مالک یا متصرف قابل توجیه است.

درفقه اسلامی در باب دیات به ضمان مالک حیوان، راکب، عبدف قاند، سائق، و حتی مسئولیت ناشی از حیوان در شب و روز پرداخته است. در ادامه به فراخور موضوع اشاره می‌شود. مثلاً در مورد مسئولیت صاحبان حیوان آمده مالک حیوان در شب، ضامن خسارت ناشی از حیوان به مزرعه دیگری است، لیکن در روز ضامن نمی‌باشد. اساس این تفاوت، مربوط به تقصیر است که مالک زراعت در روز نسبت به زراعت خویش روا داشته است، زیرا او موظف بوده که در روز مزرعه خویش را از آفات و هجوم حیوانات نگهداری کند، پس کوتاهی در این امر تقریباً موجب عدم مسئولیت صاحب حیوان است، لیکن در شب مالک حیوان می‌بایست حیوان را در محل مناسب (مانند اصطبل) نگهداری نماید، فلذا در ضرر به وجود آمده از جانب حیوان، صاحب آن را مقصر می‌دانند و تقصیر مبنایی مسئولیت اوست.³

1 - نیازی، محمد عباس، (1396 ه ش)، بررسی مسئولیت مدنی ناشی از حیوانات مورد استناد در عملیات ها، کابل، دانشگاه آزادی اسلامی، ص 55.

2 - همان، ص 56.

3 - نیازی، محمد عباس، همان اثر، ص 57.

اگر حیوان، با دست به کسی آسیب برساند و یا با دهنش دندان بگیرد، کسیکه بر حیوان سوار است، ضامن است. اگر کسی را با دم یا پایش بزند، شخصی که بر آن سوار است، ضامن نمی‌شود.¹

از دیدگاه ابوحنیفه و مالک گفته‌اند: هرگاه دو سوار باهم تصادم کردند و برخورد نمودند و هر دو مردند بایستی هریک از آنها دیه دیگری را بپردازد و دیه هر دو دیه بر عاقله است. اما شافعی گفته است هریک باید نصف دیه دیگری را بپردازد چون هریک از آنها با عمل خود ور فیتش گشته شده است.

ضمانت صاحب حیوان = صاحب حیوان ضامن اعمال آن است. هرگاه حیوان شخصی با دست یا پا یا دهانش چیزی آسیب برساند، صاحب آن حیوان، ضامن می‌باشد و باید غرامت آن را بپردازد و این قول شافعی و ابن ابی لیلی و ابن شبرمه است. مالک و لیث و اوزاعی گفته‌اند: اگر سوار یا افسارکش یا راننده حیوان، بوسیله زدن یا حرکتی، حیوان را بدین عمل وادار نکرده باشد، ضامن آن نیست اگر سببی در کار باشد و یکی از اشخاص فوق، حیوان را به تلف کردن چیزی واداشته باشد، آن شخص حکم تلف کننده را دارد.

چنانچه صاحب حیوان بعد حیوان را بارتکاب جنایت موجب قصاص وادارد، باید از صاحب حیوان قصاص بعمل آید، چون در این صورت، حیوان بمنزله آلت و وسیله ارتکاب جنایت صاحبش می‌باشد، پس صاحبش مرتکب جنایت عمدی شده است. و اگر حیوان بدون قصد و اراده عمدی صاحبش، موجب پیش آمدن جنایت شد، اگر موجب دیه باشد دیه بر عاقله است و اگر مالی به وسیله حیوان تلف شود، غرامت آن از مال جانی که حیوانش مرتکب جنایت شده است پرداخت می‌گردد.

ابوحنیفه می‌گوید: اگر کسی سوار بر حیوانی باشد و آن حیوان با پاهایش انسانی را لگد بزند و بیمرد دیه‌ای ندارد، چون سوار نمی‌تواند پشت سر خود را کنترل کند، لیکن اگر حیوان با دستهایش موجب تصادم یا آسیبی بشود، سوار ضامن می‌باشد، چون او می‌تواند حیوان را از جلو کنترل کند و آن را از آن کار منصرف سازد. و گفته است هرگاه کسی حیوانی را می‌راند و از آن زمین یا لگام یا باری و چیزی افتاد و به انسانی برخورد کرد، راننده حیوان ضامن می‌باشد و باید غرامت و توان آن را بپردازد.²

هرگاه حیوانی گریخت و بمالی یا انسانی، در شب یا در روز، آسیب رساند، صاحب حیوان ضمانتی بعهده ندارد، چون در آن تعدی و قصدی نداشته است.

هرگاه کسی سوار بر چهارپائی شد و مردی دیگر آن چهار پا را زد یا سیخنک زد و انسانی را زیر دست و پا گرفت یا جفتک و لگد زد، یا رم کرد و با کسی تصادم کرد و اوراکشت، سوار ضامن نیست، بلکه خسارت و توان بعهده کسی است که حیوان را زده یا سیخنک نموده یا رم داده است. اگر چهار پا خود آن شخص تحریک کننده را لگد زد و مرد خونس هدر می‌باشد، چون خودش سبب آن کار بوده است و سوار تقصیری ندارد.

اگر چهارپا سوار را در اثر تحریک آن شخص به زمین زد و کشت، خونبها و دیه مقتول بر عاقله شخصی تحریک کننده است. هرگاه چهارپائی در سر راه خود، شاشیدیا مدفع انداخت و راه می‌رفت و شخص دیگری در اثر آن پایش لغزید، و هلاک شد، صاحب حیوان ضامن نیست حتی اگر آن را نگاه داشته بود، باز هم ضامن نیست.

1 - الهی، محمد عاشق، (1374 ه ش)، شرح قدوری، ترجمه: استاد غلام الدین، نشر: میوند، ص 473.

2 - سابق، سید (1374 ه ش)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیم، نشر: رسالت، ص 607.

افسارکش و سوار و راننده چهارپایان خسارت آن چهار پا هستند. هرگاه کسی افسار حیوان را در دست داشته باشد، یا کسی بر آن سوار باشد یا کسی آن را براند و با چیزی تصادم کرد و بدان ضرر رساند، آن شخص ضامن زیان و ضرر عملی است، که حیوان وارد کرده است. حضرت عمر کسی را که اسبش را می راند و شخصی را زیر پا گرفت و کشت، محکوم به پرداخت دیه و خونبها نمود. ظاهریه می گویند در هیچیک از این حالات این اشخاص ضامن نیستند، چون پیامبر (صلی الله علیه وسلم) گفت: (جرح العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفی الرکاز الخمس) 1 آسیب حیوان و افتادن در چاه آب و آسیب دیدن در معدن هدر می باشند و در معدن و گنجینه و دقینه خمس می باشد. این سخن ظاهریه وقتی درست می باشد، که چهار پا افسارکش و سوار و راننده نداشته باشد که در این صورت با جماع علما چیزی را که حیوان تلف کند، برای آن ضمانتی وجود ندارد.

ضمانت نسبت به حیوانی که نگه داشته شده و متوقف می باشد. اما حیوانی که متوقف است اگر بچیزی آسیب رساند، بقول ابوحنیفه (ره) صاحبش ضامن خسارت آن می باشد حتی اگر صاحبش آن را در جای خویش و محل مناسب نیز بسته باشد، باز هم ضامن می باشد از نعمان بن بشیر روایت است که پیامبر (صلی الله علیه وسلم) گفت: «من وقف دابة فی سبیل من سبل المسلمین أو فی سوق من أسواقهم فأوطات بید او رجل فهو ضامن» 2 هرکس چهارپائی را در یکی از راههای مسلمین متوقف سازد یا در یکی از بازارها نگه دارد و آن چهارپا کسی را با دست یا پا لگد زد یا آسیب رساند شخص صاحب آن ضامن می باشد. دارقطنی این حدیث را روایت کرده است. امام شافعی گفته است اگر چهارپا را بنحو شایسته و در محل مناسب متوقف کرده و نگه داشته بود ضامن نیست و اگر چنین نباشد ضامن است.

ضمانت نسبت به کشت و زرع و میوه ها و چیز هائی که حیوانات تلف می کنند جمهور علما از جمله مالک و شافعی و اکثر فقهای حجاز می گویند: اگر حیوان در روز کسی یا مال غیر را تباہ سازد، صاحب حیوان ضامن نیست زیرا در عرف و عادت مردم، صاحبان باغها و بستانها در روز از آنها محافظت می کنند و صاحبان حیوانات عرفاً و عادتاً در روز آنها را آزاد می گذارند و شب ها آن ها را به خوابگاه برمیگردانند، پس کسی که با این عادت و عرف عمومی مخالفت می کند از راه و رسم مردم خارج شده و خود سبب تضییع مال خود شده است. البته این وقتی است که مالک حیوان همراه آن نباشد و اگر خود مالک همراه حیوان باشد او ضامن چیزی است که حیوان تلف کرده است، خواه سوار بران باشد یا آن را براند و یا زمام و افسار آن را بدست داشته باشد یا نزدیک آن ایستاده و خواه آن را با پا یا دست یا دهان تلف کند.

آنان بحدیثی استدلال کرده اند که امام مالک از ابن شهاب و او از حرام بن سعید بن المحیصه روایت کرده است که: شتر براء بن عازب داخل بستان مردی شده بود و زیان

1 - بخاری، محمد بن اسماعیل. (1375). صحیح البخاری، ج 1-2، ناشر: قدیمی کتب خانه، ص 183.

2 - الدارقطنی، 1380 أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي، باب فی أحكام الاتلاف، جز هشتم، نسخه عربی، حدیث نمبر 2245.

و خسارتی ببار آورده بود پيامبر (صلی الله عليه وسلم) حکم کرد باینکه صاحب باغ و بستان موظف است، در روز از بستان و باغ خود، مواظبت و محافظت کند و اگر چهارپایان در شب چیزی را تباه کنند و تلف نمایند، صاحبان آنها ضامن می‌باشند. ابو عمر بن عبدالبر گفت: این حدیث اگرچه "مرسل" است ولی مشهور می‌باشد. پیشروان حدیث آن را "مرسل" دانسته و افراد مورد اعتماد آن را روایت کرده اند و فقهای حجاز بدان عمل کرده و آن را پذیرفته‌اند. در مدینه نیز بدان عمل کرده‌اند. و کافی است که اهل مدینه و باقی اهل حجاز بدان عمل کرده باشند.¹

سحنون از علمای مالیکی گفته است، این حدیث برای مدینه و امثال آن صادق است، که باغها و بستانهایشان جداگانه هستند و محصورند و اما در جاهایی که کشتزارها بهم پیوسته هستند و مانع ندارند و همچنان باغهایی که دیوار ندارند و بهم پیوسته هستند، صاحبان چهارپایان ضامن چیزهایی می‌باشند، که چهارپایانشان تلف می‌کنند، خواه در روز و خواه در شب باشد. علمای حنفیه گفته‌اند اگر مالک حیوانات همراه آنها نباشد چه شب باشد یا روز ضامن آنها نیستند بخاطر همان حدیثی که قبلاً نقل شد: " جرح العجماء جبار" 2 علمای حنفیه همه اعمال حیوانات را قیاس بر جرح = زخم" آن‌ها کرده‌اند.

مسئولیت ناشی از حیوان از روزگار کهن در جوامع بشری مطرح بوده است. هر چند فروعی از این مسئولیت که یکی از اقسام مسئولیت ناشی از اشیاء است در برخی از قوانین مطرح شده، اما مورد پژوهش مستقلی در حقوق کشورمان واقع نشده است و با توجه به استفاده از حیوانات در جوامع شهری و قریه‌ها این مقاله به مطالعه تطبیقی مبنای مسئولیت ناشی از حیوانات در فقه و حقوق برخی از کشورهای اسلامی و فرانسه و انگلیس پرداخته است. همچنین مصادیقی از مسئولیت ناشی از حیوان، مانند فرار یا گم شدن حیوان، در قوانین کشور پیش بینی نشده است، بنابراین سعی شده است با رجوع به فقه و حقوق تطبیقی، مسئول در این فروع مشخص شود. نتیجه‌ای که حاصل شد آن است که این مسئولیت همیشه مبتنی بر تقصیر مالک یا متصرف حیوان نیست و مبنای دیگر مانند مسئولیت محض و تعهد به ایمنی نیز در مسئولیت مدنی ناشی از حیوان حاکم است و در خسارت ناشی از حیوانات در شهر یا قریه‌ها مستندات طرح مسئولیت به شاروالی ارائه شد و پیشنهاد توزیع مسئولیت به نحو «تضامنی» میان مسئولین در فروعی داده شد.

مالکیت یا تصرف بر اشیاء در «فقه» به طور کلی اگر مالک یا متصرف حیوان از حیوان محافظت نموده باشد یا از حالت غیرطبیعی آن آگاه نبوده باشد ضامن نمی‌باشد. این مفهوم در قانون مدنی و مجازات اسلامی بیان شده است و مبنای اصلی در مسئولیت ناشی از حیوان در حقوق کشور «تئوری تقصیر» است اما مواردی از قبیل تحریک حیوان و اذن ورود به محلی که در آن حیوان وجود دارد، از مبنای تئوری تقصیر پیروی نشده و به ترتیب اماره تقصیر و تعهد به ایمنی برای برانگیزنده و اذن دهنده در نظر گرفته شده است. بیان شد صرف مالکیت حیوان مسئولیت را نمی‌باشد. در حقوق مصر فرض تقصیر برای مسئولیت «محافظ» بیان شده است. و در حقوق فرانسه نیز مالک یا متصرف جز با اثبات فورس ماژور نمی‌تواند از مسئولیت مبری گردد. و در حقوق انگلیس نیز دانستیم که تئوری تقصیر بنای مسئولیت ناشی از حیوانات اهلی است و مبنای مسئولیت محض

¹ سابق، سید. همان اثر، ص 609.

1. بخاری، محمد بن اسماعیل، همان اثر، ص 183.

در خصوص حیوان خطرناک مجری است. در انتهای مباحث فروضی که در حقوق کشور بیان شده است بررسی شد و آن فرار حیوان یا گم شدن حیوان است که به نظر می‌رسد تنها در صورتی که بتوان فرار و گم شدن را مستند به تقصیر مالک یا متصرف نمود او مسئول است. و با توجه به مستندات ارائه شده امکان طرح مسئولیت شاروالی یا دهیاری در خسارات ناشی از حیوانات در شهر یا قریه‌ها وجود دارد. و امکان طرح «مسئولیت تضامنی» ناشی از حیوان در حقوق کشور بیان شد. به عنوان نمونه حضرت علی رضی الله عنه می‌فرماید: صاحب حیوان، آسیب‌های حیوان را ضامن است وقائد، سائق و سواره نیز ضامن هستند» یعنی آسیبی که پای حیوان رساند، بر عهده ای سائق است و آسیبی که دست حیوان می‌رساند، بر عهده سواره وقائد است.¹

مراقبت از حیوان مالک در نگهداری از حیوان کوتاهی کرده یا مرتکب تقصیر شده باشد، مسئول است، ادامه داد: در اینجا برای مالک فرض تقصیر نیز پیش بینی شده و آن زمانی است که شخص، مالک یا متصرف حیوانی باشد که توانایی حفظ آن را ندارد. جبران ضرر و زیان ایجاد شده به وسیله حیوان، بر عهده مالک و متصرف وی با بیان اینکه در مواردی، شناسایی مالک یا متصرف حیوان، کارچندان ساده‌ای نیست، گفت: برای شناسایی مالک یا متصرف حیوان مانند اشیای دیگر باید اقدام کرد. در صورتی که حیوان دارای شناسنامه بوده و مشخصات مالک، در آن درج شده باشد، تشخیص مالک آسان است. اما در بیشتر مواقع و به خصوص در کشور ما چنین امکانی وجود ندارد بنابراین در چنین شرایطی ضروری است متصرف حیوان و شخصی را که از آن استفاده می‌کند، به دلیل ارتباط نزدیکی که با حیوان دارد، مالک دانست.

بنابراین در زمان ایجاد ضرر، این مالک یا متصرف است که باید نبود سلطه و عدم تسلط را حسب مورد اثبات کند. هر چند وجود تحقق فعل زیان‌آور و غیرمشروع برای تحقق مسئولیت ضروری است اما نمی‌تواند کافی باشد. قانونگذار در ماده ۵۲۳ می‌گوید: هرگاه شخصی با اذن کسی که حق اذن دارد، وارد منزل یا محلی که در تصرف او است، شود و از ناحیه حیوان یا شیئی که در آن مکان است، صدمه و خسارت ببیند، اذن‌دهنده ضامن است، خواه آن شیء یا حیوان قبل از اذن در آن محل بوده یا بعداً در آن قرار گرفته باشد و خواه اذن‌دهنده نسبت به آسیب‌رسانی آن علم داشته یا نداشته باشد. همچنین طبق تبصره این ماده، در مواردی که آسیب مستند به مصدوم باشد مانند آن که وارد شونده بداند حیوان مزبور خطرناک است و اذن‌دهنده از آن آگاه نیست یا قادر به رفع خطر نباشد، ضمان منتفی است.

چنانچه مهار حیوان در دست فرد دیگری باشد مهارکننده ضامن است: هرگاه کسی که سوار حیوان است، آن را در معابر عمومی یا دیگر محل‌های غیرمجاز متوقف کند، در مورد تمام خسارت‌هایی که آن حیوان وارد می‌کند و مستند به فعل شخص مزبور بوده، ضامن است و چنانچه مهار حیوان در دست دیگری باشد مهارکننده به ترتیب فوق ضامن خواهد بود. وی ادامه داد: از این ماده چنین استنباط می‌شود که چون به طور معمول صاحب حیوان می‌تواند آن را مهار کند، اگر خسارتی وارد شد، به این معنا است که او در حفاظت کوتاهی کرده و به همین دلیل قانونگذار برای صاحب‌خانه، تقصیر را فرض کرده است مگر اینکه اثبات شود یک عامل خارجی و پیش‌بینی نشده در این میان دخیل بوده است.

1 - بجنوردی، سید محمد بن حسن، (1401 ه ق)، قواعد فقهی دانشگاهی، تهران، نشر: انتشارات فارسی، ص 58.

درفقه موارد اینچنینی نیز به این موضوع اشاره می‌کند که مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد اما در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر شود، فاعل آن عمل مسئول خسارت وارده خواهد بود.¹

نتیجه گیری

از آنجاکه ثابت و میرهن است مسئولیت مدنی و جزایی از عمل غیر، را به چند صورت تقسیم می‌شود ما در اینجا چند مورد خاص یعنی دو مورد آنرا مورد توجه قرار می‌دهیم: مسئولیت جزایی عمل غیر به معنای آنچه است و مسئولیت جزایی از عمل غیر به معنای آنچه باید باشد. در حالت نخست صحبت از بودن‌ها و ارزش‌های موجود در یک نظام حقوقی است، اما در حالت دوم صحبت از باید بودن‌ها و هنجارهایی است که می‌تواند به تحقق بهتر عدالت جزایی کمک نماید. در رویکرد ارزشی و توصیفی شاهد این هستیم که در مواردی آنچه اصولاً نمی‌تواند مسئولیت مدنی و جزایی از عمل غیر شناخته شود به عنوان مسئولیت مدنی و جزایی از عمل غیر در نظر گرفته شده است. به عنوان مثال، رویکردی که قانون‌گذار افغانستان در ماده‌ها آنرا مورد بررسی قرار داده است اساساً یک مسئولیت جزایی از عمل غیر نیست و نمی‌توان آن را در این قلمرو قرار داد.

حقیقت آن است که مفهوم مسئولیت جزایی از عمل غیر با حکم مندرج ماده 790 و 791 قانون مدنی و موارد مشابه تطابق بیشتری دارد. زمانی می‌توان گفت فردی به خاطر رفتار دیگری دارای مسئولیت جزایی است که خود در وقوع آن جرم سهم مستقیمی از طریق ارتکاب قصور یا تقصیر نداشته باشد.

به عبارت دیگر، اگر مسئولیت جزایی مبتنی بر قصور و تقصیر باشد یک مسئولیت جزایی شخصی و موافق اصول و قواعد است. بدیهی است در گروهی که از اساس نامشروع تلقی می‌شود هیچ گاه نمی‌توان انتظار نظارت رئیس گروه بر اعضای آن را داشت؛ زیرا چنین انتظاری به معنای مشروعیت بخشیدن به موجودیت آن گروه است و حال آنکه نباید چنین باشد.

در همین رابطه باید توجه داشت که اگر فردی از دیگری مثل یک ابزار استفاده کرده باشد در همین مسئولیت جزایی

او از نوع مسئولیت جزایی شخصی است ولی این مسئولیت هرگز به خاطر قصور در نظارت یا تقصیر در نتیجه نخواهد بود.

در اینجا مسئولیت جزایی شخصی مبتنی بر انتساب طبیعی اعمال است نه مبتنی بر انتساب قانونی اعمال! با این توضیحات بدیهی به نظر می‌رسد که مواردی از قبیل مسئولیت جزایی مبتنی بر نمایندگی نیز نمی‌تواند از نوع مسئولیت مدنی و جزایی از عمل غیر باشد، اما بر عکس مواردی مثل مسئولیت جزایی ناشی از قتل ارتكابی در جریان ارتکاب یک جرم شدید یا مسئولیت جزایی در چارچوب یک مشارکت جنایی مشترک هر چند غیر عادلانه به نظر می‌رسند می‌توانند مصادیقی از مسئولیت مدنی و جزایی از عمل غیر به شمار آیند.

مسئولیت ناشی از حیوان از روزگار کهن در جوامع بشری مطرح بوده است. هر چند فروشی از این مسئولیت که یکی از اقسام مسئولیت ناشی از اشیاء است در برخی

¹ - جعفری، مجتبی. (1396ه ش)، مسئولیت اندیشی در مفهوم مسئولیت جزایی از عمل غیر، دوره 6، شماره 20، ص 201.

از قوانین مطرح شده، اما مورد پژوهش مستقلى در حقوق کشورمان واقع نشده است و با توجه به استفاده از حیوانات در جوامع شهری و قریه‌ها در این مقاله به مطالعه همه جانبه مبنای مسئولیت ناشی از حیوانات در فقه و قانون پرداخته است. همچنین مصادیقی از مسئولیت ناشی از حیوان، مانند فراریا گم شدن حیوان، در قوانین افغانستان پیش‌بینی نشده است، بنابراین سعی همه جانبه شد تا با رجوع به فقه و حقوق، مسئول در این فروض مشخص شود. نتیجه‌ای که از مطالب بحث شده حاصل شد آن است که این مسئولیت همیشه مبتنی بر تقصیر مالک یا متصرف حیوان نیست و مبنای دیگر مانند مسئولیت محض و تعهد به ایمنی نیز در مسئولیت مدنی ناشی از حیوان حاکم است و در خسارت ناشی از حیوانات در شهر یا قریه‌ها مستندات طرح مسئولیت شهرداری یا دهیاری ارائه شد. پیشنهاد توزیع مسئولیت به نحو «تضامنی» میان مسئولین در فروضی داده شد. در کل می‌توان گفت که نتیجه‌ای که از این پژوهش حاصل شد این دریافت مؤلفه‌های مسئولیت مدنی و جزایی ناشی از عمل غیر، حیوان، شیء است که با توجه به مواد قانون مدنی و کود جزا قبول زحمت نموده معلومات مفید ارائه شود. چنانچه ما دریافتیم که هر شخصی باید جوابگوی اعمال خود باشد، این اصل حقوقی در آیات شریفه سوره اسراء و 18 سوره مبارکه فاطر در قرآن کریمه بیان شده است. فقط مربوط به مجازات اخروی نیست و در زندگی اجتماعی نیز به این اصل استناد شده است و فعل زیان بار به اعتبار فاعل مستقیم به فعل شخص و فعل غیر و فعل شیء یا حیوان قابل تقسیم است در مورد فعل حیوان و شیء، خسارت از فعل مستقیم حیوان و وضع خاص اشیاء (مانند ساختمان و...) تولید می‌شود اما در واقع دارنده یا متصرف آنها مانند کمک گران مسئولیت را می‌پذیرند. چرا که عدم اراده در حیوانات باعث شده مالک یا متصرف این اموال در صورتی که زیانی از آنها به سایرین وارد شود مسئول شناخته شود. در گذشته حیوانات را نیز مسئول می‌دانستند، اما امروزه این فقط «اشخاص» هستند که می‌توانند از لحاظ مدنی مسئول شناخته شوند.

بنابراین دامنه مسئولیت شخص به اشخاص تحت امر و هدایت او مانند مسئولیت کارفرما در قبال عمل کارگر و آموزگار در مقابل افعال دانش آموزان و به اشیاء یا حیوانات تحت مالکیت یا تصرف وی نیز تسری می‌یابد و آنچه مدنظر این مقاله است، موضع اخیر یعنی مسئولیت ناشی از مالکیت یا تصرف بر حیوانات است. از منظر حقوق مسئولیت مدنی، حیوان و شیء بی جان در یک ردیف هستند.

در واقع حیوان را شیء جاندار می‌داند که در آغاز صنعتی شدن، گمان می‌شد انسان از انرژی میکابیکی حیوانات بی نیاز شده است و این موجودات را فقط برای تغذیه و تهیه برخی از پوشاک و اشیاء تزئینی پرورش می‌دهد، اما دیری نپایید که انسان از حیوانات به عنوان مونس و همدام استفاده کرد و برای درمان بیماری‌های جسمی و روحی مانند افسردگی به حیوانات روی آورد و هم اکنون نگهداری از حیوانات خانگی به صنعت در جهان تبدیل شده است.

چنانچه ما شاهد آنیم که در تقویم جهانی یک روز برای موجودات جاندار در نظر گرفته شده است.

این مقاله سعی کرد برای این سؤالات پاسخی تطبیقی دهد که آیا صرف مالکیت مسئولیت آور است یا تصرف حیوان سبب ضمان است؟ یا بنای مسئولیت ناشی از حیوان در صورتی احراز می‌گردد که کمک گران در نگهداری از حیوان کوتاهی کرده باشد یا

مسئولیت امدادگر مطلق است؟ و در تعارض قاعده احسان با قاعده ضمان ناشی از ائتلاف مال غیر وحدیث رفع، کدام یک مقدم است تبیین نموده است.
و در آخر مقاله خود را به این گفته‌ای الله سبحان « وَمَا أُوْتِیْتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا » خاتمه می‌دهیم.

منابع و ماخذ

ابوالحمد، عبدالحمید. (1352 ه ش)، حقوق اداری، تهران: دانشگاه تهران.
احمدی، حمید. (1385 ه ش)، سوء استفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی، تهران: مقاله دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
احمدی، حمید. (1385 ه ش)، جزوه درس مسئولیت مدنی، تهران: دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه.

امامی، سیدحسن. (1378 ه ش)، حقوق مدنی، جلد 1، تهران، نشر: انتشارات اسلامی.
بخاری، محمد بن اسماعیل. (1375 ه ش) صحیح البخاری، ج 1-2، ناشر: قدیمی کتب خانه.
بجنوردی، سید محمد بن حسن، (1401 ه ق)، قواعد فقهی دانشگاهی، تهران، نشر: انتشارات فارسی.

پرا دل، ژان. (1381 ه ش)، تاریخ اندیشه‌های جزایی، ترجمه: علی حسین نجفی، چ 2، تهران، نشر: سمت.

جعفری، مجتبی. (1396 ه ش)، مسئولیت اندیشی در مفهوم مسئولیت جزایی از عمل غیر، دوره 6، شماره 20.

دهخدا، علی اکبر (1339)، لغت نامه، تهران، نشر: دانشگاه تهران، بی چا.
رستی، ولی. (1388 ه ش)، مسئولیت مدنی، مقاله دوره کارشناسی ارشد، نشر: علمی و پژوهشی.

سابق، سید. (1371 ه ش)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ تیریز، نشر: سقر، جلد سوم.

شیرتبار، گل برادر زاده. (1387 ه ش)، بررسی اصول و مبانی فقهی مسئولیت مدنی، نشر: دانشگاه: دانشگاه تهران.

عامر، حسین. (1956 م)، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقديه، نشر: مصر.
عبدالله، نظام‌الدین. (1394 ه ش) شرح قانون مدنی افغانستان، نشر: سعید.
فیروز آبادی، محمد بن یعقوب. (بت)، قاموس محیط، محل نشر: بیروت، نشر: دار الفکر.
قرضاوی، یوسف. (1382 ه ش)، دیدگاه‌های فقهی معاصر، ترجمه: احمد نعمتی، ب ج، نشر: احسان.

کاتوزیان، ناصر. (1379 ه ش)، وقایع حقوقی، تهران، نشر: انتشارات دادگستر.
کاتوزیان، ناصر. (1380 ه ش)، قواعد عمومی قراردادها، ج 4، تهران، نشر: برنا.
لنگرودی، محمدجعفر. (1378 ه ش)، ترمینولوژی حقوق، تهران، نشر: گنج دانش.
مخلص، عبد الرؤف. (1381 ه ش)، تفسیر انوار القرآن، چاپ اول، جلد 6، چاپ دقت معین، محمد. (1362 ه ش)، فرهنگ معین، ج 3، تهران: نشر: امیرکبیر.
مهدی، محمد. (1396 ه ش) مبانی مسئولیت مدنی از فعلشی و حیوان، پژوهش‌های حقوقی تطبیقی.

نیازی، محمدعباس. (1396 ه ش)، بررسی مسئولیت مدنی ناشی از حیوانات مورد استفاده در عملیات ها، کابل، دانشگاه آزادی اسلامی.

قوانین

قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان.

قانون مدنی، وزارت عدلیه، رسمی جریده، کابل: مطبوعه صنعتی احمد، 1388.

کود جزای افغانستان مصوب سال/11/1396/26.

شرح کود جزا، جلد چهارم، کابل، نشر: بنیاد آسیا.

نویسنده: سید شمس العارفین “سادات”

حق مالکیت از دیدگاه های مختلف

قسمت اخیر

فهرست:

102	گفتار پنجم: کسب ملکیت به سبب ازدواج
103	گفتار ششم: اشکال دیگر انتقال ملکیت
104	گفتار هفتم: اقسام و انواع حق ملکیت
110	گفتار هشتم: حق مالکیت معنوی
111	گفتار نهم: حقوق ملکیت در قوانین بین المللی

گفتار پنجم: کسب ملکیت به سبب ازدواج
وقتی زوجی ازدواج می کنند، شوهر باید طبق قوانین مهر زن را بپردازد. میزان مهر از طریق مذاکره بین دو خانواده تعیین می شود. موارد مربوط به ازدواج در قانون مدنی تنظیم شده و مشخص می کند که مهر باید در عقد ازدواج گنجانیده و ذکر شود. مهر

دارایی شخصی است که بدون هیچ شرطی بنام زن ثبت شده و زن را از تمامی حقوق مالکیت برخوردار می کند. اگر عقد بدون مهر صورت گیرد، زن هرگاه بخواهد میتواند آن را مطالبه کند و محکمه باید شوهر را وادار به ادای آن کند.¹ براساس قانون مدنی مهر می تواند در دو مرحله داده شود. بخش اول که فوراً پرداخته می شود² یعنی به هنگام عقد زوجین و بخش باقیمانده بعد ها پرداخته میشوند³ یا وقتی که زن مطالبه کند. مهر مؤجل در عقد ازدواج معمولاً به عنوان قرضی که ادا خواهد شد، ذکر می شود.

همانطور که در فوق ذکر شد، اگر شوهر قبل از پرداخت مهر به زنش بمیرد، مهر بخشی از متروکه متعلق نشده و قبل از محاسبه هزینه های متوفی فوراً به زن داده می شود.

گفتار ششم: اشکال دیگر انتقال ملکیت

قانون مدنی در زمینه اشکال دیگری از انتقال مؤقت یا محدود که به عنوان «مالکیت ناقص» شناخته می شود را نیز به رسمیت می شناسد.

الف. بیع جائز (خرید مؤقت)

وقتی که قطعه ی زمین یا مال برای مدت مشخص در اختیار فردی قرار می گیرد و بعد از مدت معین زمین یا مال به علاوه مقدار پول نقد پس گرفته می شود. این ملک می تواند در طول دوره ی تصرف توسط متصرف با اجازه ای مالک اجاره داده شود، اما قابل فروش نیست. طرفین اصلی قرار داد میتوانند قرار داد را تمدید کنند. اما هیچکدام نمیتوانند بطور یک جانبه قرار داد را لغو کنند. بنابراین فردی که پول را قرض داده است از موضعی قدرتمند تصرف مالکانه در ملک برخوردار است، حتی وقتی که قرض تا حدودی پرداخته شده باشد و می تواند به ملک با ارزش بالاتر دست یابد.

ب. اجاره

زمین و ملک را میتوان تا مدت سه سال اجاره داد و به هنگام نیاز تمدید کرد. در طول این مدت متصرف از حقوق اختصاصی خود برخوردار است. در قانون اساسی 1382 به خارجیان نیز حق اجاره ی زمین و ملک داده شده است.⁴

ج. کرایه

زمین و ملک را میتوان تا یکسال کرایه داد و در صورت لزوم تمدید کرد. کرایه می تواند بطور سالانه و یا با موافقت طرفین تغییر کند. براساس قانون مدنی افغانستان کرایه امکان اجاره فرعی را فراهم نمی آورد. اگر چه این قید غالباً در عمل مراعات نمی شود.

د. مالکیت شرطی

املاک می تواند تحت اداره مؤقت دولت قرار گیرد چه در صورتیکه فرد از ملک به عنوان وثیقه برای قرض از بانک دولتی، استفاده می کند یا در مواردی که فرد کشور را ترک کرده باشد، در هر دو صورت دولت می تواند از ملک استفاده کند، آن را اجاره یا

¹ کانرفولی، همان اثر. ص 73.

² مهر معجل.

³ مهر مؤجل.

⁴ وزارت عدلیه، قانون اساسی. جریده رسمی، شماره 41 (کابل: مطبعه دولتی، 1382) ماده 41: اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت اموال عقاری را ندارند. اجاره عفار بمنظور سرمایه گذاری. مطابق باحکام قانون مجاز می باشد. فروش عفار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و به موسسات بین المللی که افغانستان عضو آن باشد. مطابق به احکام قانون. مجاز می باشد.

کرایه بدهد. (غالباً به کارمندان دولت) اما باید به هنگام پرداخت قرض یا بازگشت به کشور به فرد بازگردانده شود.

هـ. خرید زمین و املاک دولتی

یک فرد بی خانه در صورت اثبات نداشتن خانه می تواند یک قطعه زمین از شاروالی بخرد.¹ این کار فقط یکبار صورت می گیرد و در صورتیکه آن زمین بر اساس مشخصات و زمان بندی رسمی برای ساخت خانه مورد استفاده قرار نگیرد. مسئولین میتوانند آن را پس بگیرند. خریدار باید از چند بخش شاروالی اجازه رسمی بگیرد. و طرحی برای ساخت خانه مورد نظر ارائه کند. قیمت کامل خرید باید در عرض چند ماه پرداخت شده و حد اقل چهل در صد خانه باید در عرض سه سال ساخته شده باشد در غیر اینصورت مالکیت به دولت برمیگردد.

گفتار هفتم: اقسام و انواع حق ملکیت

ملکیت به دو قسم است:

الف- ملکیت تام

ب- ملکیت ناقص

الف- ملکیت تام

عبارت از ملکیت خود شی و منفعت آن است و یا به عبارتی دیگر ملکیت تام آنست که ملکیت به ذات یک شی و منفعت آن هر دو واقع شده باشد.

این نوع ملکیت مطلق بوده که صاحب آن قدرت و اختیار هر نوع تصرف را در شی مملوک داراست. ملکیت تام توسط اسباب ذیل کسب شده می تواند: بیع، هبه، وصیت، میراث، شفعه، ازدواج.²

ب- ملکیت ناقص

آن ملکیت است که تنها به ذات یک شی واقع شده و یا تنها به منفعت آن تعلق می گیرد. گویا ملک ناقص یک جز از ملک تام می باشد. مهمترین اسباب ملک ناقص چهار است که عبارتند از:

1. وقف

2. اجاره

3. عاریت

4. وصیت

در این حالات مالک مال، اصل ملک را مالک بوده و جانب مقابل منفعت آن را که در هر دو صورت ملکیت ناقص بوده بعضاً تصرفات برای شان جواز نمیدهد. مثلاً استفاده کننده نمی تواند مال را بفروش برساند و هکذا صاحب جنس هم در مدت که مالی را غرض استفاده به جانب داده است، حق استفاده از آن مال را ندارد.

مهمترین خواصی که ملکیت تام را از ملکیت ناقص تمیز میدهد، قرار ذیل است:

اول: از نگاه تقید گذاری

ملک ناقص هر گونه قید را به اوصاف زمان و مکان قبول کرده می تواند. مثلاً شخصی که موترش را به دیگری اجاره میدهد، استفاده ای او را به سوار شدن به موتر مقید

¹ نوشین یاورى هلن کورت شهره رجب ادف. ترجمه نصیر الله ستانکزی. مشاور عبدالسلام. مطالعه ای مقدماتی مسائل مربوط به اجاره زمین شهری در افغانستان.

² کانزفولی، رهنمای حقوق ملکیت در افغانستان. (پشاور: چاپ خیبر میل، 2005) ص 72.

میسازد. لذا استفاده کننده مجبور است قید و شرط نوع استفاده را مراعات نماید و موثر را تنها برای سوار شدن بکار برده در موارد دیگر از آن کار نگیرد وگرنه مسؤول دانسته می شود. همچنان شخصی که کتابش را بردیگری به عاریت داده است. می تواند در آن قید مدت زمان را بیافزاید و نیز کسی که چند جلد کتاب هایش را وقف مینماید، حق دارد قید مکان را در آن گذاشته و بگوید در مکان معینی (مثلاً در کتابخانه ای پوهنتون بلخ) گذاشته شود. این قیود در ملک ناقص قابل اعتبار است و برعکس در ملکیت تام هیچ نوع از این قیود مورد قبول واقع نمی شود.

دوم: از نگاه توارث (میراث)

در ملک ناقص ویا ملک توارث وجود ندارد. ولی اگر شخص زمین یا خانه را بر دیگری به اجاره داده است. بعد از مرگ اجاره گیرنده یا استفاده کننده ورثه ای و ی نمیتوانند از بین زمین و خانه استفاده نمایند، مگر به اجازه ای اجازه دهنده که معنی عقد جدید را دارد.

همچنان کسی دیگری که موتري به عاریت داده است در حال فوت مستفید ورثه ی آن حق ندارد از موثر استفاده نماید. البته دلیل معقول این حکم این است که وراثت یک چیز موجود را به ورثه انتقال میدهد. چون در عقد اجاره و عاریت متوفی صرف از منفعت شی استفاده مینماید و اصل مال ملکیت دیگری است، بناً بعد از وفات شخص مستفید، عقد از بین میرود. لذا انتقال آن به ورثه امکان ندارد.

برخلاف آن چون ملک تام وجود مستقل دارد، توارث را میپذیرد و بعد از مرگ ملکیت به ورثه انتقال می کند.

سوم: از نگاه تضمین

کسی که منفعت ناشی از ملکیت متعلق به اوست در صورت هلاک مال بدون تعدي (تجاوز) و تفصیر مسؤول دانسته نمی شود. چه نوع تعویض در بدل آن به صاحب مال بر آن لازم نیست ولی اگر هلاک شدن اصل مال توسط تعدي و تفصیر شخص مستفید صورت گرفته باشد لازم است خساره مالک جنس را جبران نماید.

چهارم: از نگاه مصارف

مصارف جنس و مالی که از آن استفاده به عمل میآید، در صورتیکه استفاده رایگان باشد به دوش شخص مستفید و در صورتی که استفاده در مقابل عوض باشد مصارف مال بدوش مالک اصلی مال بوده است. هکذا اگر شخص موثرش را به دیگری به عاریت داده است. مصارف تیل و روغنیات آن بدوش استفاده کننده و اگر موثر را اجاره داده است مصارف بدوش اصل مالک است، مگر در صورتیکه قرار داد و تعهد جانبین موضوع را طور دیگری پیش بینی کرده باشد.

پنجم: انتهای وقت انتفاع

چون حق انتفاع دایمی نبوده از جمله حقوق مؤقت دانسته می شود، لذا عوامل ذیل می تواند این حق را خاتمه بخشد.

۱. وفات مالک جنس

در صورتیکه استفاده از راه عاریت یا اجاره صورت گرفته باشد، بنابراین اگر شخص مالش را به دیگری به اجاره و عاریت داده است وفات کند، ورثه ای او حق دارند عقد را فسخ کرده مال را واپس بدست بیاورند. مشروط بر اینکه شخص مستفید از آن ضرر بزرگ نبیند.

۲. وفات مستفید

در این نیز حق انتفاع قطع گردیده، ورثه ی استفاده کننده حق استفاده را از دست میدهد، زیرا این حق وراثت را نمیپذیرد.

۳. انتهای مدت معین انتفاع

مثلاً اگر شخص وصیت کرده که دیگری در خانه اش برای یک مدت معین سکونت نماید، بعد از مدت حق سکونت ساقط می شود. هم چنان عقد عاریت و اجاره در انتهای مدت قرار دارد از بین میرود.

ج- مقیدات حق ملکیت

قانون مدنی درباره قیودات ملکیت احکامی دارد که در این جا از چند ماده آن بصورت خلاصه متذکر میشوم.¹

1. (هرگاه به مالک حق غیر تعلق بگیرد، مالک نمی تواند در آن طوری تصرف نماید که موجب ضرر غیر گردد، مگر به اجازه ای صاحب حق.² متعاقباً در ماده بعدی خود در مورد ضرر وارده چنین حکم می کند: (ضرر فاحش قدیم باشد یا جدید، از بین برده می شود).³

در مورد ضرر قدیم قاعده فقهی وجود دارد که احکام ماده ی قانون را تصدیق می کند (الضرر اریکون قدیم) یعنی ضرری که از قدیم رایج و معمول بوده به قدامت خود باقی مانده نمی تواند. و ضرر فاحش لازم است، زوال یابد. ولو که ضرر مذکور قدیم هم باشد. مثلاً چاه فاضل آب خانه ای شخصی در راه عام و یا جوی عام بوده که سبب ضرر عام میگردد. در این صورت چاه فاضل آب شخص مذکور گرچه از قدیم هم باشد، بند میگردد. که در قانون مدنی نیز در مورد مقیدات ملکیت چنین تذکر رفته است:

(مانع شدن روشنی بطور کلی از خانه ضرر فاحش شمرده می شود. هیچ کس نمی تواند چنان بنای اعمار نماید که کلکین خانه همجوار را مسدود ساخته و بطور کلی مانع روشنی آن گردد. در صورت احداث چنین بنا همجوار می تواند رفع ضرر را در صورت امکان و در غیر آن از بین بردن بنا را برای رفع ضرورت مطالبه نماید).⁴

2. شخصی که اعمارت را بنا می کند، باید آن را طوری اعمار نماید که از کلکین اعمارت قدیمه همجوار متضرر نگردد.⁵

3. شخصی که به مصرف خود منبع آبیاری یا مجرای فاضل را بمنظور آبیاری اراضی خویش احداث مینماید، اشخاص دیگر بدون اجازه ی وی حق انتفاع را از آن ندارد.⁶

4. مالک اراضی که بواسطه ی آلات یا بهره زمین خود را آبیاری مینماید، در حالیکه حق جریان آب را بر اراضی غیر نداشته باشد، نمی تواند مالک زمین مذکور را به جریان آب خود مجبور گرداند.⁷

5. هرگاه شخص حق جریان آب را بر زمین دیگری داشته باشد، مالک زمین مذکور نمی تواند مانع جریان آب او در زمین خود گردد.¹

1 بنگربده: قانون مدنی. از ماده ۱۹۰۴ الی ۱۹۳۴.

2 قانون مدنی. ماده ۱۹۰۵.

3 قانون مدنی. ماده ۱۹۰۶.

4 قانون مدنی. ماده ۱۹۰۸.

5 قانون مدنی. ماده ۱۹۰۹.

6 قانون مدنی. ماده ۱۹۱۱.

7 قانون مدنی. ماده ۱۹۱۲.

6. همجوار نمی تواند، همجوار دیگر را با اعمار دیوار یا چیزی دیگری در داخل حدود ملکیت او ملکیت سازد. همچنان نمی تواند او را بدادن قسمت از دیوار یا قسمتی از زمینی که دیوار بر آن بنا شده و ادار سازد.²

هر مالک زمین مکلف است که حدود زمین خود را با مصرف مشترک توسط دیوار معین سازند. در این مورد قانون مدنی چنین متذکر می شود که:

(هریک از مالکین اراضی همجوار می تواند طرف دیگر را با تعیین حدود در اراضی اتصال یافته یکدیگر مجبور سازند. مصارف تعیین حدود بین طرفین مشترک می باشد.)³ دیوار مشترک بین دو نفر بدون اجازه طرف دیگر ساخته شده نمی تواند و همچنان بنایی دیگر بر آن دیوار افزوده نمی شود. مشروکات دیوار مشترک میتوانند به اندازه شریک خود چوب یا دیگر استنادیه مانند چپله ای تاک را بگذارند. مشروط بر اینکه از مقاومت دیوار تجاوز نکنند. در صورتیکه دیوار مشترک رو به انهدام باشد، هر یک از طرفین میتوانند آن دیوار را از بین ببرند. و نصف مصارف مشترک و نصف قیمت زمین که دیوار بر آن واقع است از طرف هریک از همجوار پرداخته می شود. و همجوار حق ندارد بطرف همجوار خود در مسافه ای کمتر از یک متر کلکین داشته باشد.⁴

و همچنان همجوار می تواند کلکینچه را در برابر زمین همجوار داشته باشد. و هکذا روشن دان باید از سطح اتاق بیشتر از قامت انسان ارتفاع داشته و منظور از آن جریان هوا و داخل شدن روشنی باشد جواز دارد. طوریکه دیدن از آن عادتاً بر عمار همجوار ممکن نباشد، اندازه مسافه در آن شرط نیست.

بعضی ها عادت دارند که در خانه ای خود دستگاه های تیل کشی، نجاری و امثال آن را تأسیس کنند این حق مسلم آنهاست. به شرطی که همسایه ای همجوار از آن متضرر نگردد. و یا احداث چاه در صحن حویلی منزل حق مسلم صاحب خانه است اما حفر چاه در نزدیکی دیوار همسایه قطعاً جواز نیست. غیر از اشخاص که طوری مشترک از حق ملکیت استفاده می کنند که به آنها لازم است که از حق خود طوری استفاده نمایند که به حق دیگر ضرر وارد نگردد. اصلاح و ترمیم ملکیت مشترک از طرف شرکاء به اندازه حصه خودشان جایز است.

مالکین مشترک مصارف رسمی ملکیت مشترک خود را مشترکاً می پردازند مانند محصول آب و برق. بعضاً مالکین مشترک میتوانند به ملکیت مشترک خاتمه بدهند. مثلاً دو برادر که در یک خانه زندگی می کنند صلاحیت دارند که یکی از این ها قیمت خانه را پرداخته و صاحب اصلی آن خانه گردد.

د. ملکیت طبقات منازل

درباره ملکیت طبقات منازل در ماده 1978 الی 1984 قانون مدنی مطالب ذیل درج گردیده است.

هرگاه یکی مالک طبقه ی بالا و دیگری مالک طبقه ای پائین باشد، مالک طبقه ای بالا حق استقرار را بر سقف پائین داشته و سقف پائین ملکیت مالک طبقه ی پائین شناخته می شود. مالک طبقه ی بالا از سقف آن بصورت معتاد حق استفاده را دارد. همچنان مالک

1 قانون مدنی. ماده ۱۹۱۳.

2 قانون مدنی. ماده ۱۹۲۸.

3 قانون مدنی. ماده ۱۹۲۱.

4 قانون مدنی. ماده ۱۹۲۹.

طبقه اي پائين بر مالک طبقه ي بالا اين حق را دارد که سقف او را محافظت و صيانت کند و بر آن خرابي را وارد نسازد.¹

اگر دروازه ي مدخل طبقه بالا و پائين يکي باشد، مالکين هر دو طبقه حق استعمال آن را بصورت مشترک دارند و هيچ يک ديگري را از استفاده از آن منع کرده نمی تواند. هرگاه مالک طبقه ي پائين ملکيت خود را به شکلي از اشکال تخريب نمايد به تجديد بنا به صورت جبري مکلف شناخته می شود.²

هرگاه مالک طبقه ي پائين عمارت، طبقه ي مذکور را تجاوزاً تخريب نمايد به تجديد بنا بصورت جبري مکلف می باشد.³

هرگاه طبقه اي پائين عمارت بدون فعل مالک آن منهدم گردد، به عمارت آن مکلف نمی باشد. اگر مالک منزل پائين از اعمار مجدد آن امتناع ورزد و مالک طبقه ي بالا به اجازه مالک طبقه ي پائين يا به اجازه محکمه به اعمار آن بپردازد، می تواند مصارف اعمار را از مالک طبقه اي پائين حاصل نمايد.

اگر مالک طبقه ي بالا بدون اجازه ي مالک طبقه اي پائين يا بدون اجازه محکمه به اعمار اقدام کند، حق مراجعه را بر مالک طبقه اي پائين منحصر به قيمت بها می باشد. قيمت به اساس نرخ گذاري اهل خبره به قيمت روز اعمار تعيين می شود، نه به قيمت روز مراجعه.

مالک طبقه اي بالا نمی تواند بدون اجازه مالک طبقه اي پائين در بالاي منزل بناي جديد اعمار يا به ارتفاع منزل خود اقدام کند، مگر اينکه ثابت شود عمل مذکور به طبقه اي پائين ضرر عايد نمی کند. در اين صورت می تواند بدون اجازه به اعمار يا ارتفاع آن اقدام کند.

اشيا که موضوع حق ملکيت انسانها را تشکيل ميدهند، به دو گروپ تقسيم ميشوند:

۱. اموال منقول به عباره ي ديگر ملکيت منقول

۲. اموال غير منقول يا ملکيت غير منقول

هـ- ملکيت منقول

۱. موضوع ملکيت منقول را اشياي تشکيل ميدهد که از يک جا به جاي ديگر قابل انتقال باشد همچنان منابع زير زميني بعد از استخراج حالت اشياي منقول را به خود می گيرد. ولي قبل از آن غير منقول است.

۲. انتقال حق ملکيت توأم با تسليم گيري صورت می گيرد. چنانچه در عقود بيع همين که بايع و مشتري به توافق ميرسند، و بايع به تسليمي مال به مشتري حاضر می شود و مال مورد نظر مشتري را به وي ميدهد. انتقال ملکيت منقول صورت می گيرد. همچنان انتقال ملکيت منقول توسط هبه نيز عملي شده می تواند.

۳. يک شخص و قتيکه يک مال منقول را با حسن نيت از شخص ديگر تسليم می گيرد، مالک آن می شود. هرچند تسليم دهنده مالک آن نباشد مگر در صورتیکه ادعاي اشخاص سوم به آن مال ظاهر گردد. اين موضوع به تسليم گيرنده مال ارتباط نمی گيرد.

۴. ملکيت منقول از طريق ذوايدي هم از يک شخص به شخص ديگر انتقال يافته می تواند.

1 قانون مدنی. ماده ۱۹۷۹.

2 قانون مدنی. ماده ۱۹۸۰.

3 قانون مدنی. ماده ۱۹۸۱.

5. شخصیکه مال بی صاحب را پیدا می کند، در همان لحظه مالک آنست.
6. حیوان و یا پرنده ای شکاری به هر صورت که بگریزد و شکاری در پی تعقیب آن نشود مال بی صاحب تلقی میگردد. هم چنان یک حیوان اهلی دفعه‌ای وحشی شده رو به فرار مینهد. این چنین حیوان هم بی صاحب است ولی به خاطر باید داشت که زنبورهای عسل که روزانه خود برای جمع آوری شیر ی گل ها به باغ ها پرواز می کنند و دوباره به لانه ی خود بر میگردند، مال بی صاحب گفته نمیشوند.
7. اگر یک شخص چنان مال منقول را می یابد که مفقود شده باشد و صاحبش آن را جستجو نماید. یابنده ی مال باید مال مذکور را به صاحبش برساند و هرگاه به یافتن صاحب مال توفیق نیابد، باید از نگاه انسانیت آن مال را به یکی از ادارات رسمی تسلیم نماید و هكذا یافتن یک مال در محل سکون یا اداره ای رسمی تابع عین قواعد است.
8. اشیای قیمتی که در زیر زمین دفن است و تصادفاً از یک جایداد غیر منقول شخص پیدا می شود، یعنی استخراج میگردد، حالت مال منقول را بخود می گیرد. و چنین مال قیمتی را دفینه میگویند. دفینه ها نظر به قواعد دولت مال شخص یابنده نبوده، بلکه به دولت تعلق می گیرد و دولت ها با گرفتن دفینه یابنده را مورد مکافات قرار میدهند.
9. شخصی که یک مال منقول را به هر شکل که بدست آورده باشد و مدت پنج سال آن را به این عنوان که بگوید من مالک آن هستم نزد خود نگهدارد، صاحب آن پیدا نشود در اثر مرور زمان مالک آن مال می شود.
10. ملکیت منقول تا زمانی که مالک اش آن را ترک ندهد و از طرف شخص دیگر اکتساب شود از بین نمیرود.

ی- ملکیت غیر منقول

برحسب اساسات حقوقی موضوع ملکیت غیر منقول را اشیایی تشکیل میدهد که در جای خود ثابت است و انتقال آن از یک جا به جای دیگر ممکن نیست. اموال غیر منقول این ها اند:

1. اراضی
2. عموم حق های که در اسناد محکمه طور دایمی قید و سجل شده باشد. مثلاً سرای، اپارتمان، منازل و غیره.
3. معادن تا وقتی که استخراج نشده باشد.
4. برای ثبت شدن غیر منقول شرط است که ملکیت آن توسط محکمه توثیق گردد. یعنی تابع یک وثیقه شود که بنام قبالة یاد می شود. روی هم رفته شخصیکه از طریق میراث، اشغال استملاک و مصادره یا اعلام محکمه قبل از توثیق محکمه غیر منقول را تصاحب می کند، به صفت ضمنی مالک آن می شود. اما شرط است که با گرفتن سند رسمی این مسئله را قاطعیت بخشد. برعکس شخص مذکور تصرف مالکانه را بر آن مال داشته باشد.
5. اگر یک شخص بلافاصله و بلامنازعه یک جایداد غیر منقول را که ثبت محکمه هم نیست مدت 20 سال در اختیار داشته باشد، می تواند مطالبه ی وثیقه را از دولت نماید و یا غیر منقول که مالک آن از روی دفاتر محکمه تثبیت شده نمی تواند و یا مالک آن بیست سال قبل فوت شده و از طرف محکمه بنام غایب بودن او حکم شده باشد، نیز عین حکم را دارد.

6. اموال غیر منقول که بی صاحب بوده ولی منافع عامه در آن متصور باشد، ملکیت دولت محسوب می شود. همچنان تپه ها، کوه ها، چشمه های آب متعلق به دولت گفته می شود و مال هیچ کسی نیست.
7. شخصی که یک جایداد غیر منقول را از طریق هبه بدست می آورد می تواند تسجیل آن را از مالکش مطالبه نماید. همچنان این شخص غیر منقول را که بوسیله اشغال و استملاک و یا اعلام محکمه به تصرف خود می آورد حق مطالبه ای وثیقه را از محکمه مربوط دارد.
8. حق های غیر منقول وقتی زایل میشوند که آثار موجودیت آنها از دفاتر محکمه تصفیه گردد. به عباره دیگر قبایله های آنها از بین برده شود.
9. استملاک غیر منقول توسط قانون صورت می گیرد.

گفتار هشتم: حق مالکیت معنوی

تا چند دهه پیش، مرادوات تجاری به اموال مادی منحصر می شد. به تبع آن، نظام حقوقی نیز با توجه به اموال مادی تنظیم شده بود و در آن از امور مربوط به اموال فکری سخنی به میان نیامده بود. پس از درک اهمیت حقوق مالکیت فکری در پیشبرد علم، فرهنگ، هنر و صنعت، و ورود فزاینده آن به حوزه تجارت، نظامهای حقوقی، با اموالی مواجه شدند که مخلوق ذهن و اندیشه آدمی است و سرشت غیر ملموس دارد. به دنبال این مواجهه، نظام حقوقی با سؤالات مختلفی روبرو شد که می توان آنها را در دو دسته طبقه بندی کرد: یک دسته به ماهیت این اموال مربوط می شود و هدف از طرح آنها، شناخت چیستی اموال فکری است، سؤالاتی از قبیل: اینکه حقوق مالکیت فکری چیست و شامل چه موضوعاتی می شود؟ حقوق مالکیت فکری، چه اوصاف و مشخصه هایی دارد؟ چه آثاری بر این اموال مترتب است؟ دارنده این اموال چه حقوقی دارد؟ دسته دیگر، به جایگاه این اموال مربوط می شود و هدف از طرح آنها، تبیین وضعیت حقوق مالکیت فکری، در نظام حقوقی موجود می باشد، سؤالاتی از قبیل اینکه: آیا این اموال در تقسیم بندی حقوق مالی به حق عینی و دینی قرار می گیرند یا نه؟ رابطه پدیدآورنده و پدیده فکری در کدامیک از قالبهای رابطه شخص با اموال (مالکیت، حق انتفاع یا حق ارتفاق) قرار می گیرد؟ آیا تقسیم بندی اموال، به مثالی و قیمی در مورد این اموال هم کاربرد دارد؟

با تصویب مقررات خاص در زمینه مالکیت صنعتی، ادبی و هنری به بعضی از این سؤالات پاسخ داده شده است، لیکن از آنجا که مقررات مزبور به ماهیت اموال فکری و همچنین جایگاه آنها در حقوق اموال اشاره نکرده است، بحث درباره ماهیت و جایگاه اموال فکری اهمیت فراوان دارد.

حقوق مالکیت معنوی (Intellectual Property Rights)، عمدتاً به موضوعاتی می پردازد که زائیده فکر و اندیشه انسان است و مرتبط با آفرینش های ذهنی اوست. به بیان دیگر، موضوع این مالکیت ذاتاً غیرقابل لمس و عبارت از وجهی از دانش و اطلاعاتی است که در محصولات فیزیکی یا روند تولید آن ها تجلی یافته است.

این نوع حقوق از نظر تاریخی کم سابقه اند. درحالیکه حقوق دینی و عینی سابقه ی طولانی دارند و به حقوق روم میرسند. مؤلف یک اثر ادبی یا هنری و غیره حق دارد که از جهت مالی از حق خود بهره مند گردد. می تواند نفع مالی ببرد و حتی منافع قابل ملاحظه یی بدست آورد، مثل اجازه انتشار کتاب، اجازه فروش صفحات پر شده ای موسیقی، فروش تابلوهای نقاشی. اینها همه حقوق انحصاری است که صاحبان آن دارند.

همچنین مخترع در زمینه ای اختراعات علمی یا فنی می تواند پروانه ای اختراع بگیرد. این استفاده از این قبیل آثار فکری است. این حقوق را حقوق معنوی میگویند. هرچند که منشأ منافع مالی است.

حقوق بازرگانان و صاحبان صنایع در بهره مندی از مؤسسه و عنوان آن و علامت و طرح و مدل که در اداره ثبت شرکت ها به ثبت رسانده اند.

چون موضوع این حقوق یک شی مادی نیست در ذیل حقوق عینی قرار نمی گیرند. ثانیاً: علیه یک یا چند شخص معین اعمال نمیشوند بلکه علیه کلیه اشخاصی قابل استناد هستند به همین جهت در ذیل حقوق دینی قرار نمی گیرند.

ثالثاً: این حقوق متضمن یک انحصار در بهره برداری هستند و یک حق انحصاری و مانع غیر میباشند. بهمین جهت گفته می شود حق مالکیت علمی، ادبی از نوع حق مالکیت معنوی است. این حقوق بوسیله ی قوانین مختلف مثل قانون مؤلفان، قانون ثبت علائم تجاری و غیره حمایت میشوند.¹

گفتار نهم: حقوق ملکیت در قوانین بین المللی

حق افراد جهت بهره برداری صلح آمیز از ملکیت شان توسط قانون اساسی افغانستان و اعلامیه جهانی حقوق بشری به رسمیت شناخته شده است. هم چنان افغانستان عضو میثاق های است که حق مالکیت و ملک را محترم شمرده اند. این میثاق ها مشتمل بر میثاق بین المللی حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی² - میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی³ است.

برخی از معاهدات حقوق بشر صرفاً به جای «ملکیت» به مالکیت «تصاحب» اشاره مینماید. با اینحال همانطوریکه ناظران این میثاق ها هر دو واژه را به جای یکدیگر بکار برده و در بردارنده هر دو معنی و مفهوم است. حقوق بین المللی حق ملکیت افراد نسبت به دارائی های شان را به رسمیت میشناسد و از آنها در برابر مداخله خود سرانه و غیر قانونی به حریم خصوصی شان حمایت می نماید. هرکس حق دارد از سرپناه مناسب برخوردار گردد. تمام افراد حق بهره برداری صلح آمیز از ملکیت شان را دارا بوده و هیچ کس نباید خودسرانه و غیر قانونی از ملکیت و دارائی شان محروم گردند.

حق مالکیت، حق کاملاً مطلق و یا فسخ ناشدنی نیست. دولت می تواند تحت شرایط خاص مانند ضرورت منافع عامه به آن، این حق را محدود سازد. با این وجود، هر مداخله یی باید از نظر قوانین ملی و بین المللی کاملاً قانونی باشد و «توازن منصفانه ای» میان منافع عامه و حق مالک عمار در نظر گرفته شود. دلیل دخالت نیز باید معین گردد و مداخله مناسب با آن هدف قانونی باشد.

مداخله شاید موجه باشد و فرضاً به دلایلی مانند امنیت ملی، نظم اجتماعی و رفاه عمومی صورت گیرد. با اینحال اگر چنین عملی بطور تبعیض آمیز صرفاً نسبت به یک گروه نژادی و یا قوم خاص اعمال شود، مسلماً بی تناسب بوده و تجاوز محسوب می شود.

¹ سید جلال مدنی. کلیات و مبانی علم حقوق (تهران: انتشارات پایدار، 1382) ص 230 و 231.

² ماده 11 میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشورهای طرف این میثاق حق هرکس را به داشتن سطح زندگی کافی برای خود و خانواده اش شامل خوراک، پوشاک و مسکن کافی همچنین بهبود مداوم شرایط زندگی به رسمیت میشناسد.

³ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ماده 17: هیچکس نباید در زندگی خصوصی و خانواده و اقامتگاه یا مکاتبات مورد مداخلات خودسرانه (بدون مجوز) یا خلاف قانون قرار گیرد و همچنین شرافت و حیثیت او نباید مورد تعرض غیر قانونی واقع شود.

التزام به «تناسب» همچنین جبران ملک متصرفه، بویژه زمانی که شخصی از ملکیت خود محروم شده باشد، را میطلبد.

بنا به اصل تناسب هرچه میزان مداخله وسیع تر باشد به همان پیمان به توجیه بیشتر نیاز است. فرضاً محروم ساختن کسی از دارایی و یا محدود ساختن دسترسی به آن مداخله بزرگتری نسبت به صرف کنترل بهره برداری از آن محسوب می شود. بنابراین ایجاد «توازن منصفانه و عادلانه» در هر مداخله متفاوت است و باید هر مورد را جداگانه تصمیم گرفت.

زمانیکه مداخله ی به حقوق ملکیت شخص صورت می گیرد، اشخاص مورد نظر حق دارند تا بشکل منصفانه و عامه توسط محکمه ای با صلاحیت، مستقل، بیطرف و در موجودیت ضمانت های اجرایی استماع گردند. بنابراین حق مالکیت باید با «حق محاکمه ای عادلانه» همراه باشد.

هرجا که شخص بطور خود سرانه از حقوق ملکیت خود محروم گردد، او مستحق جبران خسارت وارده توسط محکمه ی با صلاحیت است. چنین محرومیت های غالباً در زمان درگیریهای مسلحانه بوقوع میپیوندد و یا در زمان جنگ های داخلی بوقوع میپیوندند و مردم مجبور به ترک منطقه و زمین و خانه ای خود شده و املاک شان را نمیتوانند کنترل نمایند. چنین محرومیت های را میتوان جز نقض حق آزادی حرکت و اسکان نیز محسوب کرد. کمیته ای حقوق بشر نیز تبیین مینماید که: "حق بازگشت پناهنده گان اساسی ترین حق آنهایی است که در صدد بازگشت داوطلبانه اند. این سند هم چنان دلالت به منع کوچ اجباری و انتقال اهالی بشکل توده یی به دیگر کشورها می نماید.

جمع بندی

مهمترین حق و حقوقی که برای انسان ها بالایی اشیای موجود در جامعه شان می باشد، همانا حق ملکیت است.

چنانچه از تعریف حق ملکیت هویدا است که: حق ملکیت برای انسانها اجازه میدهد تا بالایی شی که خود حاکم آنها بوده و در اختیار و دسترسی آنها قرار دارد و به هر طوری که دلشان بخواهد از آن شی استفاده نمایند به شرطی که موجب ضرر برای دیگران نگردد.

برای اینکه این حق مهم «حق ملکیت» دستخوش تجاوز و سوء استفاده نگردد تحت حمایت قوانینی که در جوامع بشری نافذ گردیده قرار داشته و حدودی برایش قایل اند. چنانچه این قوانین بدین منظور یعنی عدم سوء استفاده از حق ملکیت توسط اشخاص دیگر بعضی قواعد و دستورالعمل های را نافذ نموده که همه انسانها را از سوء استفاده باز میدارد. و این حق آنها را تحت حمایت قرار میدهد. طوریکه در ماده 40 قانون اساسی افغانستان سال 1382 چنین تذکر یافته است: "ملکیت از تعرض مصون است."

هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی شود، مگر در حدود احکام قانون ملکیت هیچ شخص بدون احکام قانون و فیصله محکمه با صلاحیت مصادره نمی شود... " همچنان همین موضوع در ماده 1902 قانون مدنی افغانستان به شرح زیر آمده است:

(ملکیت هیچ کس از دست او کشیده نخواهد شد، مگر به موجب قانون)
این حمایت که از حقوق ملکیت در قوانین افغانستان صورت گرفته در تمامی جوامع بشری نیز تحت قوانین مختلف مورد حمایت قرار گرفته است.

میثاق این ادعا، حمایت از حق ملکیت توسط حقوق بین الملل، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین المللی حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی و غیره و غیره، بوده اند.

چنانچه حقوق بین الملل حق ملکیت افراد نسبت به دارائی هایشان را به رسمیت می شناسد و از آنها در برابر مداخله خودسرانه و غیر قانونی به حریم خصوصی و یا خانه شان حمایت می نماید. (هرکس حق دارد از سرپناه مناسب برخوردار گردد، تمام افراد حق بهره برداری صلح آمیز از ملکیت شان را دارا بوده و هیچ کس نباید خودسرانه و غیر قانونی از ملکیت و دارائی اش محروم گردد).

اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز در ماده 17 خود این حق را مورد حمایت قرار داده و چنین بیان میدارد:

1. برای هر شخص منفرداً یا بطور جمعی حق مالکیت داده شده است.
 2. احدي را نمیتوان خود سرانه از حق مالکیت محروم نمود.
- در کل دریافتیم که «حق ملکیت» در افغانستان و در سطح جهان از اهمیت به سزائی برخوردار است.
- اما ناگفته نباید گذاشت اینکه حق ملکیت مورد حمایت قوانین هم قرار دارد، بعضاً جهت جلوگیری از سوء استفاده نسبت به آن، در همین قوانین قیوداتی نیز وضع گردیده تا بتواند استفاده درست، معقول و بجا از این حق، صورت گیرد.
- چنانچه در قانون مدنی در زمینه حکمی وجود دارد و آن اینکه:
- هرگاه به ملک حق غیر تعلق بگیرد، مالک نمی تواند در آن طوری تصرف نماید که موجب ضرر غیر گردد...¹

منابع و مأخذ

1. جعفری، لنگرودی محمد جعفر (1362)، مقدمه عمومی علم حقوق.
2. حسن عمید (1356)، فرهنگ عمید، تهران: انتشارات امیر کبیر.
3. دهخدا علی اکبر، لغت نامه دهخدا، جلد 18، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
4. اصفهانی، ابوالقاسم حسن بین محمد راغب، المفردات فی غریب القرآن، تهران: انتشارات مکتبه مرتضویه، بی تا.
5. کاتوزیان، ناصر (1364)، مقدمه علم حقوق، چاپ هفتم، تهران: انتشارات اقبال.
6. امامی، سیدحسن (1364)، حقوق مدنی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات اسلامی.
7. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (1363)، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
8. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
9. محقق داماد، سید مصطفی (1374)، قواعد فقه بخش مدنی (2)، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت، ص 256.
10. معین، محمد (1382)، فرهنگ فارسی معین، جلد چهارم، تهران: انتشارات امیر کبیر.
11. جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، چاپ پنجم.
12. صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد اول.
13. عویس، موسوعه الفقه الاسلامی المعاصر، الجزء الثالث.
14. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (1378)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش.
15. سید جلال الدین مدنی. کلیات و مبانی علم حقوق (تهران: انتشارات پایدار، 1382).

¹ قانون مدنی، ماده 1905.

16. جعفري لنگرودي، محمد جعفر. حقوق اموال. تهران: انتشارات گنج دانش 1373.
17. عتيقي، "شفعه در فقه اسلامي؛ مجله اي حقوق. کابل: مطبعه ي دولتي 1354.
18. کانرفولي، رهنماي حقوق ملکیت در افغانستان. چاپ اول، پاکستان: خيرپرس پشاور 2005.
19. کاتوزيان، ناصر. ايقاع. چاپ اول، تهران: انتشارات يلدا 1370.
20. وزارت عدليه. قانون مدني افغانستان، جريده اي رسمي. چاپ دوم، کابل: مطبعه ي دولتي 1355.
21. وزارت عدليه، قانون اساسي افغانستان، جريده ي رسمي. چاپ دوم، کابل: مطبعه ي دولتي 1382.
22. مدني، سيد جلال الدين. مباني و کلیات علم حقوق. چاپ هفتم. تهران: انتشارات پايدار، 1382.

لیکونکی: پوهندوی محمدولی امینی

د جزاکود له نظره د غلا(سرقت 1) جرم

فهرست:

115	نچور:
116	سریزه :
116	۱- د سرقت دمفهوم پیژندنه :
117	۲- د سرقت جرم خصوصي جوړونکي عناصر:
122	۳- د سرقت ډولونه او جزاگانې
127	مهم اخستن ځایونه:

نچور:

انسان په طبیعي ډول د مال د کسب او لاس ته راوړلو غریزه لري، ددې غریزې د اشباع لپاره ټاکل شوې شرعي او قانوني لارې چارې شتون لري. اسلامي شریعت او وضعي قوانین د مشروع مالونو ملاتړ کوي. په ټولنه کې بیلایل مدني او جزایي قوانین د وگړو د مالونو او ملکیتونو څخه حمایت او ملاتړ کوي، په دې اړه جزایي ضمانتونه خورا مهم دي. د افغانستان په جزایي نظام کې د مال پر وړاندې تیری بیلایل جرمي عنوانونه لري چې په دې مقاله کې یوازې د غلا (سرقت) جرم څیړل کیږي.

په اصل کې غلا یو حدودي جرم دی خو چې شرعي شرایط یې بشپړ نشي د اسلامي شریعت د حنفي فقهی سره سم مجازات کیږي، د جزاکود له ۶۹۹ مادې نه تر ۷۱۰ مادې پورې د غلا جرم څخه بحث کوي، د ۶۹۹ مادې دویمه فقره تعزیري غلا تعریفوي. د غلا د جرم موضوع مال دی، مال باید منقول او منقوض وي، غیر منقول مال د غلا د جرم موضوع نه جوړوي ځکه د مال لیږد او انتقال ددې جرم د تحقق لپاره اساسي شرط دی، مال باید د بل چا وي او غل یې باید په پټه (مخفی) توگه واخلی که چا پردی مال په ښکاره او علني ډول سره یووړ دا غلا نه گڼل کیږي بلکې نور جرمي اعمال منځ ته راځي، د مشاع (گډ) مال د غلا کولو په اړه واحد نظر شتون نه لري. د جزاکود د غلا جرم لپاره د حالاتو سره سم بیلایلي جزاگانې ټاکلي دي، دې حالاتو ته په پام سره د غلا جرم په دری ډوله ویشلای شو چې لومړی یې مشدده یا جنایت، دویم یې عادي یا جنحه او دریم یې مخففه یا قباحت سرقت دی، د غلا په جرم کې د غلا د ارتکاب وخت، ځای، د جرم د ارتکاب اسباب او وسایل، د غلو تعداد، د غلا شوی مال ډول او قیمت او د تهدید او اکراه څخه گټه اخیستل ددې جرم د مجازاتو پر شدت او خفت باندې ځانگړې اغیزه لري.

۱. سرقت اصلاً عربي کلمه ده چې په پښتو ژبه کې ورته (غلا) او دری ژبه کې ورته (دزدی) ویل کیږي، په دې دلیل چې د افغانستان په حقوقی نظام کې اکثرأ فقهی او عربي اصطلاحات کارول شوي دي، نو له دې امله د جزا قانون، جزاکود او نورو جزایي قوانینو د غلا لپاره هم په پښتو او هم په دری ژبو کې د "سرقت" اصطلاح کارولې ده. موږ هم د غلا لپاره همدا اصطلاح (سرقت) وټاکله.

سریزه :

انسان د ټولنیز او پېچلی جوړښت لرونکی موجود په توګه د بېلابېلو غریزو لرونکی دی چې د هغوی څخه یوه یې هم دمالونو او ګټو داکتساب او لاس ته راوړلو غریزه ده. اسلامي شریعت ددې غریزې " دمال اکتساب اوځب " اشباع کول او خړوبول د مشروع او قانوني لارو څخه نه یوازې دا چې روا یې بولي بلکې دمال او ملکیت لاس ته راوړل او دهغوی نه انتفاع او دګټو اخیستلو ملاتړ کوي او د مصونیت او خونديتوب لپاره یې جزایي ضمانتونه وضع کړي دي. د افغانستان اساسی قانون څلویښتمه ماده ملکیت له تیري او تعرض نه خوندي ګڼي او حکم کوي چې هیڅوک له قانونی لارو پرته د ملکیت له ترلاسه کولو او په هغه کې له تصرف کولو نه محرومېږي. په ټولنه کې بېلابېل مدني او جزایي قوانین د وګړو د مالونو او ملکیت حمایت او ساتنه کوي د بېلګې په توګه ، دمال غصب د مدني قانون په لومړۍ کتاب کې د (حق) د عنوان لاندې یو مضر فعل ګڼل شوی او همدې قانون د (56 نه تر 773) مادو پورې د هغه نه بحث کړي او مالک ته یې د مغصوبه مال بیرته ورسپارل د غصب د مدني ضمانت په توګه بیان کړی دي. خو یوازې مدني ضمانتونه کافی ندي، بلکې د مالونو او ملکیتونو د خونديتوب او ملاتړ لپاره جزایي ضمانتونه خورا اړین دي. له همدې امله د افغانستان په جزایي نظام کې د اموالو او ملکیتونو د ساتنې او ملاتړ په موخه هر ډول تیري او تعدی چې د وګړو مالونو، ملکیتونو او ګټو ته ضرر او تاوان ورسوي جرم ګڼل شوي او بېلابېل مجرمانه عنوانونه ورته کارول شوي دي لکه سرقت ، غصب، په امانت کې خیانت ، اختلاس او داسې نور . په دې مقاله کې به یوازې د غلا (سرقت) جرم د جزا کود له نظره وڅیړل شي.

۱- د سرقت دمفهوم پېژندنه :

سرقت عربي کلمه ده چې د غلا ، غلاکولو او غلا کیدو په معنی ده¹ سرقت په حقیقت کې حدودي جرم دی خو کله چې د حد لازم شرایط او قیود بشپړ نشي په هغه صورت کې تعزیر ته را ټیټیږي او د جزاکود په اساس مجازات کیږي ځکه د جزا کود دویمې مادې د حکم پر بنسټ ، داکود تعزیري جرمونه او جزاګانې تنظیموي او د حدودو، قصاص او دیت مرتکبین د اسلامي شریعت د حنفي فقهې د حکمونو سره سم مجازات کیږي. د جزا کود د ۶۹۹ مادې دویمه فقره پدې اړه داسې حکم کوي: « که چیرې د سرقت په جرم کې د حد د اقامې شرایط بشپړ نشي یا په یو ډول نه یو ډول د سرقت د حد جزا ساقطه شي، مرتکب تعزیراً ددې فصل له حکمونو سره سم، مجازات کیږي ».

په حقوقي اصطلاح کې بېلابېل تعریفونه لري. د ۱۳۵۵ کال دجزا قانون د ۴۵۴ مادې دویمه فقره سرقت داسې تعریفوي : ددې قانون په مقصد که شخص د غیر ملکیت منقول او منقول مال په پټه توګه واخلې غل شمارل کیږي .

پورته تعریف ته په کتو سره سرقت له څلورو عناصرو څخه جوړ شوي:

دمال اخیستل،

مال باید منقول وي ،

مال باید منقول (قیمت لرونکی) وي ،

مال باید په بل چاپوړي اړه ولری.

¹ . فرهنگ، حسین ، فرهنگ فارسی معین

د جزاکود د (۶۹۹) مادي لومړۍ فقره غلا(سرقت) داپول تعريفوي: «سرقت له رضايټ پرته د تملک په مقصد دغير ملکيت منقول مال له اخيستلو څخه عبارت دی.» پورته تعريف ته په کتو سره سرقت له لاندې عناصرو څخه جوړيږي :

- دمال اخيستل ،
- مال بايد منقول وي،
- مال د مالک له رضايټ نه پرته اخيستل شوی وي،
- مال د تملک په نيت اخيستل شوی وي.

۲- د سرقت جرم خصوصي جوړوونکي عناصر:

هرجرم د عمومي متشکله عناصرو (قانوني ، مادي او معنوي عناصرو) سربيره خصوصي متشکله عناصرو ته اړتيا لري. د سرقت جرم خصوصي عناصر عبارت دي له :

۱. د سرقت قانوني عنصر: د جزاکود له (۶۹۹ مادي) نه تر (۷۱۰) مادي پوري سرقت جرم گنلۍ، د سرقت بيلابيل ډولونه يې بيان کړی او سزاگانې(مجازات) يې ورته ټاکلي دي.

۲. د سرقت مادي عنصر : مادي عنصر د يو جرمي عمل اجرا کول يا کم له کمه د هغه په اجرا باندې اقدام کول دي . دا عنصر په حقيقت کې جرمي عمليات او د مجرم مادي کړنې بيانوي . مادي عنصر په اختصاصي جزايي حقوقو کې د فوق العاده اهميت لرونکی دی ، ځکه د يو جرم توپير د بل مشابه جرم سره د همدې عنصر په وسيله سره ممکن دی د بيلگي په توگه، سرقت ، په امانت کې خيانت ، اختلاس او داسې نور ټول د مال پروراندې جرمونه دي او د ټولو هدف ، ماهيت او انگيزه يوشان ته ده، په حقيقت کې د مالونو پروراندې ټول جرايم يو ډول غلا (سرقت) گڼل کيږي خو هريوې بيل جرمی وصف ، ځانگړنې، متشکله عناصر، ځانگړی ماهيت او بيلابيل مجازات لري، خوبياهم ډير کله داسې وي چې ددې جرمونو ترمنځ توپير او بيل والی ستونزمن ښکاري، د مشابه جرمونو تر منځ د توپير او بيل والي يا ځينې وسيلې د جرم مادي عنصر دی ځکه يو جرم له مادي او اجرايي پلوه ځانگړی فعل ته اړتيا لري چې همدا فعل بيا په بل جرم کې خپل ماهيت له لاسه ورکوی مثلاً د غلا په جرم کې د مال اخيستل او وړل د سرقت د تحقق اساسي شرط دی خو د غصب په جرم کې د مال اخيستل او وړل (انتقال) ممکن ندی ځکه چې غصب دغير منقول اموالو پروراندې واقع کيږي لکه ځمکه او تعمير. دقيقاً د زنا، لواط ، مساحقي او تفخيذ جرمونه دانگيزې هدف او ماهيت له نظره ټول يو شانته دي او څه خاص توپيرنلري ، خو له فقهي او جزايي نظره هر يوې بيل جزايي احکام لري مثلاً زنا حد دی اما پاتې نور يې حد نه گڼل کيږي . د پورتنيو جرمونو د تصنيف او تفکيک معيار د جرم مادي عنصر دی چې په حقيقت کې د جرم وصف او ډول ټاکي.

د سرقت جرم دماضي عنصر په هکله د څو ټکو بيانول اړين بريښي ترڅو دا جرم په ښه توگه وپېژندل شي اوله نورو مشابه جرمونو لکه غصب ، په امانت کې خيانت ، اختلاس او چور سره يې توپير وشي .

۱. د مال اخيستل :

د غلا جرم يوازي د مال په وړاندې منځ ته راځي ، د انسان تېښتول او پټول د امام ابوحنيفه، امام شافعي او امام احمد له نظره سرقت نه گڼل کيږي ځکه په اوسنی عصر

کې د انسان پیر او پلور د غلام په توګه او د مال په څیر شتون نلري^۱. د مال اخیستل او دهغه وړل د سرقت جرم اصلي برخه جوړوي. د سرقت د مادي عنصر د منځ ته راتلو لپاره، غل(سارق) باید پردی مال واخلي او د مالک له حيازت نه یې بهر کړي یعنې د مال اخیستل دوه برخې لري، یوه داچې مال را واخلي یا یې په لاس راوړي او بل دا چې مال باید له ځان سره یوسی او د مالک له تصرف او حيازت نه یې خارج کړي. که غله یوازې مال په لاس کې واخیست یا یې د حرز په دننه له یوځای نه بل ځای ته ولیرد او نه نو پدې صورت کې د جرم مادي عنصر ((د مال اخیستل)) ندې پشپړ شوي ځکه مال نه دې انتقال شوي او د مالک له تصرف او حيازت نه ندې خارج شوي. د مال اخیستل هغه وخت د غلا (سرقت) جرم مادي عنصر بشپړوی چې د مال اخیستلو او ورته کولو سربیره، مال د مالک له حيازت او تصرف څخه خارج او انتقال کړای شي له همدې امله سرقت یوازې د منقولو مالونو په اخیستلو پورې محدود دی او غیر منقول مال د سرقت جرم موضوع نشي کیدای ځکه په غیر منقول مال کې د مال اخیستل (انتقال) ممکن ندی.

د مال په اخیستلو او انتقال سره د مال حيازت هم انتقال مومي چې د هغه پر بنا مال د مالک (مجنی علیه) له حيازت او تصرف نه خارجيږي او دسارق یا هر بل چا حيازت او تصرف ته داخلېږي.

د مدني قانون ۲۲۵۶ ماده حيازت داسې تعریفوي:

«حيازت داسې واقعي حالت دی چه د یو چا د سلطې څخه پر یوه شی یا دا چه په شی باندې د حقوقو څخه یو حق لری په دې صفت سره چه شخص دشی مالک دی یا په شی باندې د حق خاوند دی، پیدا کیږی».

پورته بحث ته په کتو سره چې د سرقت د تحقق لپاره یې د مال اخیستل او دهغه مادي او فزیکي انتقال اړین بللي، د مال د انتقال سره د هغه حيازت او تصرف هم د مال د مالک له واک څخه وځي.

که چیرې چا د بل کس مال واخیست او له منځه یې یووړ یا یې خراب کړ یا یې وسوځاوه خو دځان سره یې انتقال نکړ، دا ډول کرنې سرقت نه ګڼل کیږي، بلکې نور جرمي عناوین لکه د مال تخریب او اتلاف ورته وبل کیږي. توپیر نلري چې مجنی علیه پر غلا شوي مال باندې مادي تصرف ولری که حقوقي یا کامل تصرف ولری یا ناقص، همدا شان شرط ندی چې سارق دې مال له ځانګړی ځای څخه اخیستی وی بلکې که مال له عامه ځای یا دښتې او بیابان څخه هم واخیستل شي سرقت منځ ته راتلی شي^۲ لکه دبل متعلق حیوانات چې له دښتې یا غره نه دغلا په نیت بوتل شي، همدا راز لازمه نده چې غل غلا شوی مال لیري ولیردوي یا یې په کور یا بل ځای کې پټ وساتي دا چې دبل چا مال دهغه له تصرف او حيازت نه خارج کړل شي، سرقت بشپړګڼل کیږي^۳ که څه هم غلا شوي مال وروسته تخریب کړي، لیرې یې واچوي یا یې هم بل چا ته ورکړي.

د مال د اخیستلو او انتقال لپاره کومه ځانګړې وسیله نده قید شوې، کیدای شي غل یې په خپلو لاسونو انتقال کړی یا یې د بل چا په وسیله یا مرسته تر لاسه کړی او یا یې هم د حیواني یا میخانیکي قوې پرمټ لاسته راوړي لکه د سپي، بیزو، فیل، روبات او داسې نورو پر مټ.

۱. نذیر، دادمحمد، حقوق جزای اختصاصی اسلام، ۱۴۴ مخ

۲. غلامي، حسین، حقوق جزای اختصاصی افغانستان، ۱۴۴ مخ

۳. هماغه

کله ناکله کیدای شي د مال اخیستل په خطايي ډول يا د اشتباه له امله منځ ته راشي ، د بيلگي په توگه ډير کله زده کړيالان(محصلين) خپل مېابلونه د درس ضبطولو لپاره د استاد د ميز په سر ږدي، د درس په پای کې يو څوک چې فکر کوي چې ده هم هلته خپل تلفون ايښی وو، د بل چا تلفون را اخلي او له ځانه سره يې وړي ياد اچي پيرودونکی د هغې نه د يوه کيلو چای پرځای د دوه کيلو چايو خلطه په اشتباهي ډول جگوي او ځان سره يې وړي، په دغو ټولو حالاتو کې د جرم مادي عنصر (د مال اخیستل) بشپړ شوی دی خو د معنوی عنصر د نقصان (د قصد نشتون) له امله جزايي مسئوليت نلري.

۲- مال بايد په پټ (مخفي) ډول اخیستل شوي وي:

د سرقت په جرم کې بايد مال په پټه (مخفي)توگه واخیستل شي، که مال په علني او ښکاره ډول واخستل او يووړل شي دا عمل سرقت نه گڼل کيږي بلکه د چور او چپاول يا غارت جرم منځ ته راځي، ځکه خفيه يا پټ والي د سرقت جرم تر ټولو لويه مميزه او ځانگړنه ده .

د ۱۳۵۵ کال د جزا قانون د ۴۵۴ مادي دوېمه فقره د مال خفيه اخیستل د سرقت د تحقق لپاره شرط گڼي خو د خفيه يا پټ اخیستلو تعريف يې ندی کړي، د همدی قانون د ۴۵۶ مادي لومړۍ فقره حکم کوي چې که څوک د وسلې په استعمال د اکراه يا تهديد په اثر د غلا مرتکب شي په اورډحبس محکوميږي. ددې مادي څخه معلوميږي چې سرقت په ښکاره او علني ډول هم واقع کيدای شي، حال دا چې د ۴۵۴ مادي دويمه فقره شرط بولي چې مال بايد په پټه توگه اخیستل شوی وي. داسي ښکاري چې د ۴۵۴ مادي دوېمه فقره د ۴۵۶ مادي له لومړۍ فقرې سره په ټکر او تناقض کې واقع ده، ځکه دوېمې فقرې سره په ټکر او تناقض کې واقع ده د ۴۵۴ ته شوی وی حکم سره په تناقض کې واقع ده، ځکه د ۴۵۴ مادي دوېمه فقره د مال مخفي اخیستل د سرقت جرم له شرايطو څخه بولي خو د ۴۵۶ مادي لومړۍ فقره يو ډول علني سرقت بيانوي.

د جزا کود د ۶۹۹ مادي په لومړۍ فقره کې چې د سرقت جرم تعريف شوي ، په هغه کې د مال خفيه يا پټ اخیستل شرط ندی گڼل شوي. همدا راز د همدې کود (۷۰۳) ماده حکم کوي هغه شخص چې د اکراه يا وسلې د استعمال په تهديد سره د سرقت مرتکب شي ، د طويل حبس په اکثر حد محکوميږي .که د جزا کود پور تنېو دوو مادو ته ځير شو په وضاحت ښکاري چې دا کود د سرقت د تحقق لپاره د مال مخفي يا په پټه اخیستل شرط نه بولي. د خفيه والي نه مرام دادی چې مجنی عليه د غله له لوری د مال په اخیستو باندې علم ونلری او غل کو ښښ کوي چې د مجنی عليه او خلکونه په پټه مال واخلي او انتقال يې کړی.

۳ . غلاشوي مال بايد منقول او متقوم وی .

د ۱۳۵۵ کال د جزا قانون د سرقت په تعريف کې د مسروقه مال منقول والي او متقوم والي شرط گڼي^۱ خو دجزا کود د سرقت په تعريف کې يوازي د مال منقول والي ذکر کړی او متقوم والي يې ندی ذکر کړي^۲ ، شايد ددې علت به دا وي چې په دې کود کې د مال کلمه ذکر شوی او کله چې يوشی مال وي نو طبعاً اقتصادي او مالي ارزښت(قيمت) به لری او که قيمت ونلری نو مال نه گڼل کيږي^۳. د مدني قانون ۴۷۲ ماده مال داسي

۱ . د جزا قانون د ۴۵۴ مادي دوېمه فقره

۲ . د جزا کود د ۶۹۹ مادي لومړۍ فقره

۳ . امامي، سيدحسين، حقوق مدنی، لومړی جلد، ۱۳۶۳

تعریفوي: (مال ، عبارت د عین یا هغه حق څخه دی چه د خلکو په نزد مادی قیمت ولری)

په هر حال دا چې قانون د متقوم کلمه استعمال کړې وي یا یې نه وي استعمال کړې خو دا شرط حتمي دی چې غلا شوي مال باید متقوم وي، له شرعي نظره، شراب ، د خوگ غوښه ، د موسیقي آلات او د مردار شوي حیوان پوست مال نه گڼل کیږي او متقوم ندي نو ځکه د هغوي غلا کول سرقت نه گڼل کیږي.

مال باید منقول وي :

د غلا جرم یوازي د منقول مال په وړاندې واقع کیږي او غیر منقول مالونه د سرقت د جرم موضوع نشي کیدای ځکه د سرقت په تعریف کې دا قید ذکر شو چې مال باید واخیستل شي ، انتقال شي او د ځای پرځای کیدو وړتیا ولری. غیر منقول مال د اخیستلو او انتقالولو وړتیا نلري نو ځکه د سرقت موضوع نه تشکیلوي خو د غیر منقول مالونو په وړاندې نور جرمي عنوانونه پکار وړل کیږي لکه غصب، ویجاړی (تخریب) او داسي نور.

په عام ډول ټول مالونه په دوه برخو ویشل کیږي، لومړی منقول اموال ، دویم غیر منقول اموال .

منقول اموال هغه دي چې د یوځای نه بل ځای ته دلیرد او انتقال وړ وي ، لکه قلم ، کتابچه، موټر ، تلفون ، میز ، څوکی، زراعتی محصولات او داسي نور .

غیر منقول اموال هغه دي چې د یوځای څخه بل ځای ته د انتقال وړ نه وي لکه ځمکه ، تعمیر او معادن . غیر منقول اموال د عمار په نامه هم یادېږي . د مدني قانون ۴۷۸ ماده عمار داسي تعریفوي: « عمار عبارت له هغه شیانو څخه دی چی ثابت اصل لری او وړه راوړه یې بی د تلفیدو ممکن نه وی» .

ددغه دوه ډوله مالونو (منقول او غیر منقول) سربیره یو بل ډول مالونه شتون لري چې په حقیقت کې منقول دي ولی د انسان د فعل په وسیله غیر منقول گرزي یا دا چې د غیر منقول مالونو تابع شوي دي ، لکه ور او کرکې چې د ودانۍ پر دیوالونو کې نصب شوي یا بوټي او ونې چې پر ځمکه کرل شوي دي، تعمیراتي توکي لکه شگې، څښتې ، سمټ او لرگي چې هر یوې په ابتدا کې منقول دي خو چې کله ترې ودانې جوړې شي بیا غیر منقول گڼل کیږي.

د افغانستان مدني قانون ۴۷۹ ماده دا ډول شیان هم غیر منقول گڼي: " کوم منقول شیان چی مالک یی د عمار د استفادی د پاره تخصیصوی هغه هم عمار گڼل کیږی" که د مالونو پورتنۍ ویشنې ته څیر شو په ډاگه کیږي چې دا تقسیمات په مدني برخه کې د بحث وړ دي او په جزایي برخه په ځانگړی ډول د سرقت په جرم کې د مدني قانون د ۴۷۹ مادې حکم عملي نه گڼل کیږي^۱.

هر هغه شی چې دلیرد او انتقال وړ وی ولوکه تخریب شی یا زیان و مومي د سرقت موضوع جوړولی شي د بیلگې په توگه د ورونو ، کرکېو ، د برښنا د مزو او په ودانۍ او ځمکه کې د نصب شویو او غزول شویو شیانو وړل او پټول عرفاً د سرقت لوبه برخه جوړوي پدې اساس ویلی شو چې له جزایي نظره غیر منقول مال هغه دی چې په طبیعي ډول د انتقال او لیږد وړ نه وي لکه ځمکه او معادن .

د مال بل ډول ویش د مال مادي او معنوي ویش دی .

^۱ . غلامی، حسین، حقوق جزای اختصاصی افغانستان، ۱۵۱ مخ

مادي مال هغه دی چې خارج او مادي وجود ولري ، دوزن او جسم لرونکی وي او دلمس او لیدلو وړوي .

معنوی مال هغه دی چې د مادي مال ځانګړتیاوي ونه لري اما مالي او اقتصادي ارزښت لري لکه پور ، منفعت ، رهن، فکري او معنوی مالکیت، که څه هم دمدني قانون ۴۷۲ مادي دواړه ډوله ((مادي او معنوي)) ارزښت مال ګڼلي دی خو دا پوښتنه پیداکيږي چې آیا سرقت یوازي د مادي مالونو پر وړاندې واقع کیږي او که د معنوي مالونو په وړاندې هم واقع کیدای شي ؟

ددې پوښتنې په ځواب کې باید وویل شي چې په حقیقت کې د معنوي مالونو پر وړاندې سرقت نه واقع کیږي ځکه د سرقت د منځ ته راتلو لپاره د مال انتقال او لیرېدول اساسي شرط دی خو معنوي مال اصلاً مادي او ظاهري شکل نه لري او انتقال یې ناشونی دی. کله ناکله د معنوي مالونو (حقوقو) پر وړاندې تیري ته ادبي سرقت یا ادبي غلا ویل کیږي چې دا یوه مجازي او غیر حقیقي اصطلاح ده چې هیڅ کله سرقت نه ګڼل کیږي^۱، د معنوي مالونو د ساتنې او خونديتوب لپاره بیل او ځانګړي قوانین شتون لري چې په دې قوانینو او د جزا په کود کې ورته ځانګړي جرمي عنوانونه ټاکل شوي دي، لکه د مؤلف، مصنف ، هنرمند او څیړونکي د حقوقو د ملاتړ قانون ((کاپي رایت)) او د مخترع او مکتشف د حقوقو د ملاتړ قانون. همدا شان د جزا کود د دویم کتاب د نهم باب اووم فصل له ۷۴۲ مادي څخه تر ۷۴۸ مادو پورې د فکري ملکیتونو پر حقوقو د تجاوز څخه بحث کوي.

۴ . غلا شوی مال باید دبل چا ملکیت وي :

د سرقت جرم د منځ ته راتلو لپاره دا شرط اړین دی چې غلا شوي مال باید د بل چا (غیر) ملکیت وي که چا خپل مال یا لا مالک مال واخیست او ځان سره یې انتقال کړ، دا عمل غلا نه ګڼل کیږي، ځکه په لومړۍ حالت کې سړی دمال پر وړاندې د مالکیت حق لري چې د هغه په اساس په مال کې هر ډول مالکانه تصرف کولای شي. په دویم حالت کې مال اصلاً مالک نه لری چې له شرعي او قانوني پلوه د بی مالک مال اخیستل او تصاحب کول هیڅ ستونزه نه لري. د مدني قانون ۱۹۰۰ ماده ملکیت داسې تعریفوي: «ملکیت داسې حق دی چې د هغی په مقتضی شی د شخص د ارادي او تسلط لاندې واقع کیږي . یوازي مالک کولی شي چه د قانون د حکمونو په حدودو کې د هغی استعمال ، ګټه اخیستل او هره نوعه مالکانه تصرف ته اقدام وکړي».

که چا خپل مال د غلا په قصد سره د بل چانه واخیست خو نه پوهیده چې دا مال په حقیقت کې د بل چا نه د میراث یا وصیت په واسطه ده ته انتقال شوي، بیا هم سرقت نه ګڼل کیږي ځکه نوموړی د مال مالک دی او په دې مال کې هر ډول مالکانه تصرف کولی شي.^۲

دلته پوښتنه پیداکيږي چې د مشاع یا ګډ مال غلا کول ، سرقت ګڼل کیږي که نه ؟ په لومړۍ ګام کې باید مشاع مال تعریف کړو. د مدني قانون ۱۹۳۵ ماده مشاع (شریک) مال داسې تعریفوي: «که د یوه عین ملکیت د دوه نفرو یا د هغوي څخه د زیاتو ترمنځ شریک وي نو هر یو دخپلي حصې په اندازی د هغی څخه د ګټی اخیستلو حق لري او کولی شي په هغه کې داسې تصرف وکړی چه بل شریک ته ورڅخه ضرر

۱ . غلامی، حسین، حقوق جزای اختصاصی افغانستان، ۱۵۱ مخ

۲ . غلامی، حسین، حقوق جزای اختصاصی افغانستان، ۱۵۴ مخ

ونه رسېږي. همدا رنگه که د شریک عین اندازه معلومه وه نو په شریکه توگه د هغی خرڅول ، استثمار او استعمال جواز لری ، خوپدی شرط چه د نورو شریکانو حقوقوته ضرر ونه رسیږی» .

د اسلامي شریعت له نظره د مشاع مال پټول د حد د تطبیق وړ نه گړخی^۱ اما له حقوقي پلوه د مشاع مال د پټولو په اړه دوه نظره موجود دي^۲ لومړی نظر دادی چي د مشاع مال اخیستل ، سرقت نه گڼل کیږي، ځکه اخیستونکی په هغه مال کي شریک دی نو پدې اساس مشاع مال د نوموړي(غله) پر وړاندې د بل چا(غیر) ملکیت نه گڼل کیږي. دویم نظر دا دي چي د مشاع مال اخیستل سرقت گڼل کیږي، ځکه مشاع مال د ټولو شریکانو گډ ملکیت دی او په گډ مال کي هر شریک ته په مستقل ډول ملکیت ندي ثابت . داسي بریښی چي دویم نظر تر ډیره بریده منطقي او مؤجه دی ، ځکه له یوې خوا شریک په مشاع مال کي مطلق مالکیت نلري او له بلې خوا د مدني قانون (۱۹۳۵) مادي ته په کتو سره د مشاع مال مالکان په مشاع مال کي د داسي تصرف او لاس و هني حق نه لري چي نور شریکان تري زیانمن شي.

۳- د غلا(سرقت) جرم معنوي (رواني) عنصر:

سرقت د عمدي جرمونو له ډلې څخه دی نو اړینه ده چي سارق په عمدي او قصدي ډول غلا کړي وي. د سرقت د معنوي عنصر د تحقق لپاره دوه ډوله قصد پکار دی، یو عام قصد او بل خاص قصد . په سرقت کي دا دی چي سړی پردی مال په ارادي او قصدي ډول واخلي. خاص قصد دا دی چي اخیستونکی(غل) پردی مال د تصاحب او تملک په نیت واخلي، نو که چا د بل مال د خپل مال په گمان واخیست یایي د بل چا مال د ټوکی او ځوروني په ډول واخیست او یا یي په یو ډول نه یو ډول په خطا او اشتباه سره د بل مال واخیست،سرقت نه گڼل کیږي ځکه قصد او عمد په کي شتون نه لري.

۳- د سرقت ډولونه او جزاگانې

که څه هم د جزا کود د سرقت ډولونه په واضح توگه ندي بیان کړي خو ددې جرم بیلابیل حالتونه او د هغوي مادي شکلونه یي بیان کړي او هر یوه ته یي د حالاتو سره سم جزاگانې ټاکلي دي. په عام ډول د سرقت په جرم کي د جرم د ارتکاب وخت،ځای، د جرم د ارتکاب وسایل او اسباب، د غلو تعداد، د غلاشوي مال ډول او کیفیت او د تهدید او اکراه څخه گټه اخیستل، هغه ټکي دي چي د سرقت جرم دروندوالي(شدت) او سپکوالي(خفت) ټاکي.

پورته ټکو ته په کتو سره، سرقت د جزا په کود کي په لاندې دری ډوله ویشل شوی دی:

۱- مشدده (جنایت) سرقت:

دا ډول سرقت د جزا د شدت او خفت له پلوه تر ټولو شدید ډول دی چي د حالاتو سره سم په اوږده (طویل) حبس باندي محکومیږي له همدې کبله مو دا ډول سرقت په دې مقاله کي د جنایت په نوم نومولی دی .

مخکي لدې چي د مشدده سرقت مختلف حالات او د هر حالت جزا بیان کړو لازمه بولو چي د سرقت د تشدد اسباب یا عوامل بیان کړو، ځکه قانون د ځانگړو حالاتو او دلایلو په پام کي نیولو سره دا ډول سرقت، مشدد یا جنایت گڼلی دی. لاندې ټکي د سرقت د تشدد عوامل په گوته کیږي:

۱ . نذیر، دادمحمد، حقوق جزای اختصاصی اسلام، ۱۵۴ مخ

۲ . غلامی، حسین، حقوق جزای اختصاصی افغانستان، ۱۵۵ مخ

۱. د سرقت د ارتکاب وخت: د سرقت د ارتکاب وخت یو له هغو عواملو څخه دی چې سرقت د شدت لوري ته بیايي. د جزا کود د (۷۰۲) مادي لومړۍ فقره حکم کوي چې که سرقت د لمر پریوتلو او ختلو تر منځ (د شپې) واقع شي ، نو دا ډول سرقت مشدده سرقت گڼل کیږي، دلته مقنن د شپې د کلمې پر ځای د لمر پریوتلو او ختلو اصطلاح استعمال کړي ده چې حقیقتاً موخه یې شپه ده خو د لمر پریوتلو او لمر ختلو قید لا ډیر ښه ، دقیق او د اختلاف نه خلاص عبارت دی ، د شپې کلمه د عرف له نظره اختلاف منځ ته راوړی شي ، ځینې خلک شپه د تیاري د پیل کیدونه بیا دسپیده داغ د رڼا پورې بولی اوځینې بیا بل ډول تعبیر لري. ددې منطق چې د شپې لخوا غلا کول ولي مشدد سرقت یا جنایت گڼل کیږي دادی چې معمولاً شپه د سکون او آرام لپاره پیدا شوی او خلک په خپلو خصوصي حریمو کې استراحت او آرام کوي او غالباً د ځان د دفاع او مال ساتنې لپاره ډیره توجه او پام نه وي موجود او برعکس د جرم ارتکاب د شپې د آرامتیا، خلوت او تیاري نه په ګټه اخیستو سره آسانه کیږي .

۲. د سرقت د ارتکاب ځای : د سرقت ځای یا مکان د سرقت د تشدد له عواملو څخه گڼل کیږي. د جزا کود د (۷۰۲) مادي د څلورمې فقرې د حکم پر اساس، که غلا له مسکوني ځای یا له هغه ځای نه چې د استوګنې لپاره چمتو شوی یا د هغه له ملحقاتو څخه وشي نوددغو دریو ځایونو څخه هر یو کولای شي چې د غلا سزا مشدده کړي. پورته مادي ته په پام ، قانون دری ځایونه په ځانګړی ډول سره د سرقت د تشدد عوامل ګڼي چې عبارت دي له: مسکوني یا استوګنیز ځای ، هغه ځای دی چې د استوګنې لپاره چمتو شوی وي او د مسکوني ځای ملحقات.

مسکوني ځای هغه ځای ته ویل کیږي چې ذاتاً د سکونت لپاره ځانګړی شوی وي لکه کور ، میلمستون ، روغتون او زندان^۱، هغه ځایونه چې په اصل کې د سکونت لپاره نه وي جوړ شوي لکه هټی ، نانوايي ، شرکت او کارخونې ولی ځینې خلک لکه ساتونکي یا کارکوونکي چې د اړتیا له مخې هلته (استوګن وي) دا ډول ځایونه هم مسکوني گڼل کیږي .

د استوګنیز ځای شکل ، ډول او کارول شوي څیزونه مهم نه دی ، یوازې دا چې عرف هغه استوګنیز وګڼي نو مسکن گڼل کیږي، د کوچیانو لپاره خیمې او د بزگرانو او باغوانانو لپاره د لبنټو او وښو څخه جوړې شوې څیرې یا کوډلې، مسکن گڼل کیږي.

د قانون موخه له هغه ځایونو څخه چې د استوګنې لپاره چمتو شوي داده چې دا ډول ځایونه په اصل کې د استوګنې په موخه ځانګړي شوي دي خو اوس څوک په کې استوګن ندي ، لکه هغه کورونه چې د کرایې ورکولو په موخه خالي ساتل شوي ، یا هغه کورونه چې په سړو او شنو ځایونو کې د تفریح لپاره جوړ شوي او مالکان یې یوازې د جمعې یا رخصتۍ په ورځو کې له هغو څخه ګټه اخلي .

دریم ځای چې قانون د هغه ځای نه غلا کول په مشدده حال کې شامل کړی دی، هغه د مسکوني محل ملحقات دي ، دلته د ملحقاتو مراد په استوګنیز ځای پورې تړلي او ور پورې ځایونه دي ، لکه د کور احاطه ، په کور پورې تړلي باغچه ، د حیواناتو د ساتنې ځای ، پخلن ځای . حجره او د میلمنو خونه یا بیتک .

پورتنيو دریو ځایونو ته د غلا په نیت هر ډول ننوتل د مشدده سرقت د منځ ته راتلو لپاره کافی ندي، بلکې هغوي ته ننوتل باید په ځانګړی ډول سره وي. د جزا کود د (۷۰۲)

۱. غلامی، حسین، حقوق جزای اختصاصی افغانستان، ۱۵۹ مخ

مادي څلورمه فقره مسكوني محل ته ننوتل هغه وخت مشدده سرقت گڼي چې د ديوال څخه په پورته كيدو يا د ديوال په سوري كولو يا دروازي يا كركۍ په ماتولو يا د ساختگي كلي گانو يا په هر بل ډول سره ترسره شوي وي . نو كه غل مسكوني ځاى ته د پورتنيو لارو څخه پرته په بله وسيله لكه د خلاصۍ دروازي له لارې ننوت نوپه هغه صورت كې سرقت مشدد نه گڼل كيږي او د عادي يا ساده سرقت د عنوان لاندې راځي ځكه د جزا كود (۷۰۰) هغه غلا چې د ديوال څخه دپورته كيدو يا دهغه د سوري كولو يا دروازي او كركۍ د ماتولو له لارې نه وي واقع شوي، ولو كه د پورتنيو دريو ځايونو څخه هم وي، عادي يا ساده سرقت گڼي او په متوسط حبس محكوميږي .

۴ . د سلاح لرل : كه غلو د غلا كولو په وخت كې له ځان سره سلاح لرله ، دا حالت د سرقت جرم مشدد حالت گڼل كيږي . د جزا كود د (۷۰۲) مادي د لومړۍ فقرې درېيم جزء او (۷۰۴) ماده يوازي د سلاح ليږد (حمل) كافي گڼي شرط نه دى چې د غلا په ترسره كولو كې دې له سلاح څخه كار اخيستل شوي وي، قانون د سلاح نوم په عام ډول ذكر كړى چې نارپه سلاح لكه كلاشينكوف او توپانچه(تفنگچه)، غير نارپه سلاح لكه چاره، چاقو او برچه په كې شامليږي. همدا شان توپير نلري چې نوموړې سلاح قانوني جواز لري او كه نه.

۴ . د غلو تعدد : كه سرقت د دوه تنو يا له هغو نه زياتو كسانوله لوري واقع شي د (۷۰۲) مادي د لومړۍ فقرې د دويم جزء او د (۷۰۴) مادي د حكمونو پر بنسټ مشددگڼل كيږي، داځكه چې د سارقينو(غلو) تعدد د جرم واقع كيدل اسانه كوي او هر ډول مقاومت په اسانه له منځه وړي ، همدا شان د غلو تعدد او د هغوي ترمنځ اتفاق د هغوي د خطرناك حالت بيانوونكى دى .

۵ . دوسلي په استعمال سره اكراه يا تهديد . د جزا كود د (۷۰۳) مادي د حكم سره سم، هغه څوك چې د وسلي په كارولو او گواښولو سره د غلامرتكب شي دا ډول سرقت مشدد گڼل كيږي . پورتنۍ حكم ته په كتو سره هر ډول تهديد او اكراه د سرقت د تشدد سبب نه گرځي بلكه يوازي هغه اكراه او تهديد مرام دى چې د وسلي د استعمال په وسيله سره منځ ته راغلي وي، نو كه غله د چا لاسونه او پښې وتړلي او د سلاح څخه پرته يې د هغه مال يووړ، مشدد سرقت نه گڼل كيږي ځكه د وسپلې په واسطه تهديد صورت ندي موندلي.

۵ . له پوځي يونفورم څخه گټه اخيستل : د جزا كود د (۷۰۲) مادي د لومړۍ فقرې د پنځم جزء د حكم سره سم، كه چيرته څوك له نظامي جامو يا د عامه خدمتونو د نورو موظفينو له لباس څخه په گټه اخيستو يا د تزوير شوي امر په واسطه پدې ادعا سره چې د دولت د واكمنو مقاماتو له خوا صادر شوى، غلا وكړى، دا ډول سرقت مشدده سرقت گڼل كيږي، ددې منطق دادى چې له نظامي جامو يا غلطو او درواغينو القابو څخه ناوړه گټه اخيستل د خلكو د غولولو او فريب وركولو وسيله ده اوله بلي خوا پوځي يونفورم د خلكو پر وړاندې خپل باور او اعتماد له لاسه وركوي .

د مشدده (جنايت) سرقت مجازات
كه څه هم د جزا كود د مشدد يا جنايت سرقت لپاره په عام ډول سره اوږد (طويل) حبس ټاكلى خو د مختلفو حالاتو په پام كې نيولو سره يې د طويل حبس بيلابيلي مودي ورته ټاكلي دي چې په لاندې ډول بيانېږي:

۱. د وسلې په استعمال سره د اکراه یا تهدید له امله سرقت: د جزا کود د (۷۰۳) مادي د حکم سره سم هغه شخص چې د اکراه یا د وسلې د استعمال په تهدید سره د سرقت مرتکب شي ، د اوږد یا طویل حبس په اکثر حد (۱۶) کلونو محکومېږي. که چیرته د اکراه له امله ضرب یا ټپ رامنځ ته شي ، مرتکب په ۲ درجه دوام حبس محکومېږي.
 ۲. له لاندې حالاتو څخه هر یو یې د سرقت جرم مشدده حالت ګڼل کېږي او د جزا کود د (۷۰۲) مادي د حکم سره سم مرتکب یې په طویل حبس محکومېږي .
 - الف – سرقت د لمر پریوتلو او ختلو تر منځ واقع شوي وي
 - ب – د دوه تنو یا هغو څخه د زیاتو په واسطه واقع شوي وي
 - ج – وسله په کې لیرېډول (حمل) شوي وي .
 - د – سرقت مسکوني ځای یا هغه ځای ته چې د استوګنې لپاره چمتو شوي یا د هغه له ملحقاتو څخه یوه ته، د دیوال څخه د پورته کېدو یا د دیوال دسوري کولو په وسیله یا د دروازي یا کرکې په ماتولو یا د ساختګۍ کلي ګانو په استعمال سره، واقع شوي وي.
 - ه – سرقت له نظامي جامو یا دعامه خدمتونو د نورو موظفینو له جامو څخه په ګټه یا د تزویر شوي امر په واسطه یا په بله حيله آمیزه وسیله سره واقع شوي وي
 - و- سرقت د کارګر له لورې کار فرما ته د ضرر په نیت واقع شوي وي.
۳. د څو مشدده حالاتو یوځای کیدل :
- که چیرته دوه یا له دوو څخه زیات کسان د لمر پریوتلو او ختلو ترمنځ ، پداسې حال کې چې له هغو څخه یوه په ظاهره یا پټه توګه وسله له ځان سره حمل کړی وي او په مسکوني ځای یا هغه ځای کې چې د استوګنې لپاره چمتو شوی وي ، د سرقت مرتکب شي ، د جزا کود د (۷۰۴) مادي د حکم سره سم له اوو کلونو څخه زیات په طویل حبس محکومېږي .
۲. عادی (جنحه) سرقت :
- په دا ډول سرقت کې هغه مشدده حالات چې په لومړۍ ډول سرقت (مشدده یا جنایت) کې مطرح و ، موجود نه وي او قانون په عام ډول ورته متوسط حبس ټاکلی دی ځکه مو ورته د جنحی سرقت نوم غوره کړ.
- دلاندې حالتونو نه هر یو یې عادی ((جنحوي)) سرقت بلل کېږي او مرتکب یې په ترتیب سره د جزا کود د (۷۰۰ ، ۷۰۱ او ۷۰۵) مادو دحکمونو سره سم په متوسط حبس محکومېږي:
- الف : هغه څوک چې مسکوني ځای یا هغه ځای ته چې د استوګنې لپاره چمتو شوی یا د هغه ملحقاتو نه یوه ته په داخلیدو سره د سرقت مرتکب شي.
- ب : هغه څوک چې عامه مالونه یا هغه مالونه چې د عامه استفادې په مقصد ځانګړی شوي دي یا په عبادت ځایونو پورې اړوند مالونه یا تاریخي آثار یا د بریښنا، ګاز ، اوبو د تاسیساتو وسایل یا نقلیه واسطه په غیر مجازه توګه واخلي .
- ج : هغه څوک چې هغه آلات یا وسایل چې په تلفوني یا انټرنټي اړیکو کې یا هغه وسایل چې د بریښنا یا ګاز یا نفتو په انتقال کې کارول شوي وي غلا کړي .
- د : هغه څوک چې عبادت ځای ته په داخلیدو سره دسرقت مرتکب شي ، د جزا کود د (۷۰۸) مادي د حکم سره سم په متوسط حبس چې د دریو کلونو څخه لږ نه وي محکومېږي .
- ۳ – مخففه (قباحت) سرقت :

دا ډول سرقت تر ټولو خفیف ډول دی او د شدت او خفت له لحاظه د جرمونو په طبقه بندی کې د قباحت درجه لری. په عام شکل سره ددې ډول سرقت لپاره قصیر حبس یا نقدی جریمه ټاکل شوې ده.

لاندې حالتونه، مخففه یا قباحت سرقت گڼل کیږي:

الف- هغه څوک چې د نقلیه واسطې نمبر پلیټ سرقت کړي، د جزا کود د ۷۰۶ مادې د حکم سره سم په قصیر حبس محکومیږي.

ب- هغه څوک چې غله یا هغه کرنیز محصولات چې تر اوسه رپیل شوي یا ټول شوي نه وی، غلا کړي، د جزا کود د ۷۰۷ مادې د حکم سره سم دغلا شوي مال د بیې په دوه چنده نغدي جزا محکومیږي.

ج- که چیرې د سرقت په جرم کې، د یاد شویو مشدده حالاتو څخه یو یې هم موجود نه وي یا د مسروقه مال بڼه له پنځو زره افغانیو څخه لږه وي، د جزا کود د ۷۰۹ مادې د حکم سره سم، مرتکب په قصیر حبس یا له لسو زرو څخه تر شپیتو زرو افغانیو پورې په نغدي جزا محکومیږي.

د یادولو وړ ده چې د افغانستان په جزایي نظام کې د سرقت په جرم کې د ټاکل شویو جزاگانو سربیره، د غلا شوي مال استرداد حتمی دی، که چیرته مال موجود نه وي نو د هغه مثل یا بڼه به ورکول کیږي.

د جزا کود د (۱۴) مادې لومړۍ فقره او دهمدې کود (۷۱۰) ماده په ترتیب سره پدې هکله داسې بیانوي:

۱۴ ماده: ۱- هغه شخص چې ددې قانون له حکمونو سره سم مجازات کیږي، که یې د جرم له لارې کوم مال لاس ته راوړی وي، مالک ته د عین مال په ردولو او که مال موجود نه وي د هغه د مثل یابې په رد محکومیږي.

۷۱۰ ماده: پدې فصل کې په ټولو درج شوو حالاتو کې محکمه سارق پر پیشبینی شوي جزا برسیره د مسروقه مال د ورځې په نرخ، دهغه مثل یا بیې په رد هم محکومیږي.

پاڼه:

انسان د بیلابیلو غریزو لرونکی موجود دی چې د هغوي څخه یوه بی د مالونو او گټو د اکتساب او لاس ته راوړلو غریزه ده. اسلامي شریعت او وضعي قوانین له مشروع او قانوني لارو څخه د مال او منفعت د لاس ته راوړلو ملاتړ کوي او د خونديتوب لپاره یې جزایي ضمانتونه وضع کړي دي، د افغانستان په جزایي نظام کې د مال د خونديتوب او ملاتړ په موخه هر ډول تیږی او تعدي چې د خلکو مالونو ته تاوان ورسوي جرم گڼل شوی او بیلابیل جرمي عنوانونه ورته ټاکل شوي دي چې یو یې د غلا(سرقت) جرم دی. غلا په اصل کې حدودي جرم دی خو چې کله د حد لازم شرایط بشپړ نشي په هغه صورت کې تعزیر ته را ټیټیږي او د جزا کود په اساس مجازات کیږي، د ۱۳۵۵ کال د جزا قانون د ۴۵۴ مادې دویمې فقرې د غلا پر ځای د غله تعریف کړی دی خو د جزا کود د ۶۹۹ مادې لومړۍ فقرې بیا د غلا جرم په بڼه توگه تعریف کړی دی.

د غلا د جرم موضوع مال دی، مال باید منقول او متقوم وي، غیر منقول مال د غلا موضوع نه جوړوي ځکه د مال لیږد او انتقال د غلا جرم د تحقق لپاره اساسي شرط گڼل کیږي، همدا شان د هغو څیزونو اخیستل او وړل چې مالي او اقتصادي ارزښت ونه لري لکه د غره کاني، بوتې او خاورې غلا نه گڼل کیږي. مال باید د بل چا وي او غل په هغه کې برخه یا حق ونه لری، دمشاع یا گډ مال په اړه دوه نظرونه شتون لري یو داچې د گډ مال اخیستل د هغه چا له لوري چې په مال کې گډ دی غلا نه گڼل کیږي، بل

نظر دادي چي د گډ مال اخيستل او وړل کټ مټ غلا گڼل کيږي. همدارنگه مال بايد په پټه(مخفي) توگه واخيستل شي، که چا پردی مال په ښکاره او علني ډول سره يووړ دا عمل غلا نه گڼل کيږي بلکي نور جرمي اعمال منځ ته را ځي. غلا د عمدي جرمونو له ډلي څخه ده نو لدې امله د جنايي قصد شتون په کي حتمي گڼل کيږي. د جزا کود د غلا جرم لپاره د حالاتو په پام کي نيولو سره بيلابيلي جزاگانې ټاکلي دي لکه نغدي جزا، لنډ مهاله، منځ مهاله او اوږد حبس. د غلا د ارتکاب وخت، ځای، د غلا د ارتکاب اسباب او وسايل، د غلو تعداد، د غلا شوي مال بيه او د غلا په موخه د تهديد او اکراه څخه کار اخيستل ددې جرم د مجازاتو پر شدت او خفت باندې ځانگړي اغيزه لري. د غلا په جرم کي د ټاکل شويو جزاگانو سربيره د غلا شوي مال استرداد حتمي دی، که چيري غلا شوي مال موجود نه وي بيا به د هغه مثل يا بيه ورکول کيږي.

مهم اخستن ځايونه:

- ۱- غلامی، حسين، حقوق جزای اختصاصی افغانستان، د ماکس پلانک لارښود، لومړی چاپ، د مقابصوی عامه او نړيوالو حقوقو دپيارتمنت، د ۱۳۹۰ کال د غويي مياشت.
- ۲- عوده، عبدالقادر، التشریع الجنایی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، المجلد الاول و الثاني، بيروت، دارالکاتب العربی، ب - ت.
- ۳- صادقي، مير محمدحسين، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه اموال، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶ کال.
- ۴- پاده، ابراهيم، حقوق کيفری اختصاصی، دريم چاپ، انتشارات تهران، تهران پوهنتون، ۱۳۵۲ کال.

ترتيب کننده : سيداحمد (کوثر)

حکمت و میانجیگری

فهرست:

فصل دوم	
مرور مختصری بر تطور تاریخی حکمت	128
مبحث اول : حکمت در تمدن های قدیم	128
مبحث دوم : حکمت در تمدن اسلامی	128
مبحث سوم : حکمت در عصر حاضر	129
مبحث چهارم : قدامت قضاء و تحکیم	130

فصل سوم

- حکمت و نظام های مشابه آن 131
 مبحث اول : فرق میان تحکیم و قضاء 131
 مبحث دوم : فرق میان تحکیم و صلح 132
 مبحث سوم : فرق میان حکمت و وکالت 132
 مبحث چهارم : فرق میان حکم و اهل خبره (خبیر) 133

فصل دوم

مرور مختصری بر تطور تاریخی حکمت

مبحث اول : حکمت در تمدن های قدیم

روند تحکیم با رشد و ترقی امروزه اش پیشینه تاریخی و قدیمی دارد که در همه تمدن های بشری نشانه های از حل و فصل منازعات از طریق تحکیم نقل گردیده است ، در دهه اول قرن گذشته در جنوب عراق لوحه سنگی به زبان آشوری کشف گردیده که در آن پیمان صلحی حک گردیده بود که در قرن سی و یکم قبل از میلاد میان دولت های لجش (تلو) امروزی و اوما (شهری که امروز آثار آن به نام جوحی جوخه یاد می شود) به امضاء رسیده بود و در یکی از بند های آن چنین توافق صورت گرفته بود که : هرگونه منازعه بعدی در مورد سرحدات دو کشور با ید از طریق حکمت حل و فصل گردد . یونانی ها مجلسی تحکیم دایمی به نام (امفیکتیونی) داشتند که منازعات بین دولت های کوچک یونانی را حل و فصل می نمود .

رومی ها نیز در معاملات و قوانین خصوصی شان از تحکیم به حیث یکی از روش های حل منازعات استفاده نموده ، شخصی بنام (بریتور) ادعاهای طرفین منازعه را شنیده و آن را ثبت می کرد سپس قضیه را جهت حل و فصل به قاضی یا حکمی پیش می کرد که اطراف منازعه او را انتخاب می کردند.¹

مبحث دوم : حکمت در تمدن اسلامی

دین مقدس اسلام در جزیره عربی ظهور نمود ، جزیره ایکه نظام قبیله ای با همه عادات و تقالیدش بر آن حاکم بود ، هر قبیله حاکمی داشت که به رجاحت عقل ، قوه درک ، صدق ، مروت و تحقق عدالت در فیصله و احکام متصف بوده و غالباً همین حکام و بزرگان قبایل بدون اینکه قوانین نظامی داشته باشد ، آن طوریکه خود مناسب می دانستند نزاع های افراد قبیله را حل و فصل می کردند ، در پهلوی شیوخ قبایل افراد دیگری نیز که به مراتب بلندی از قوت درک و فهم و روش نیکو در حل منازعات و اصدار فیصله های پسندیده شهرت یافته بودند به حکمت میپرداختند . که میتوان از حکمت پیامبر بزرگوار اسلام صلی الله علیه وسلم هنگام بناء کعبه و نهادن حجر الاسود در مکان مخصوص آن به حیث یکی از مشهورترین دآوری های آن وقت یاد آوری کرد که باعث ختم نزاع و جلوگیری از وقوع جنگ میان قبایل قریش گردید .

بعد از ظهور اسلام نیز حکمت به حیث یکی از وسایل و روش های حل نزاع در جامعه مسلمانان تداوم یافته قضایا و نزاعات زیادی توسط دآوری و حکمت حل و فصل گردید ، که نمونه های از آن را در مشروعیت حکمت یاد آوری نمودیم .

- الدوری ، عبدالرحمن ، عقدالتحکیم فی الفقه الاسلامی والقانون الوضعی : 33 - 41 ، الزیانی ، ضحی ابراهیم ، شرط التحکیم فی العقود المدنية ، ص 10 - 14 پوهنتون قاهره ،¹

این روند همزمان با پیشرفت تمدن اسلامی و تطور و توسعه تدریجی فقه اسلامی ادامه یافته فقهاء و قضاوت مسلمانان در نوشته های خویش در عصور مختلف اسلامی از تحکیم و داوری به حیث یکی از روش های حل منازعه یاد آوری نموده احکام آنرا در لابلای کتاب ها و متون فقهی شان درج نمودند ، طوریکه اغلب مراجع فقهی و قضائی اسلامی از بحثی روی موضوع حکمت و ذکر احکام آن خالی نیست .

در آخر دور خلافت اسلامی یعنی عصر خلافت عثمانی که توجه خاصی به تشریع قوانین و تقنین موضوعات فقهی گردیده و در نتیجه آن مجله الاحکام العدلیه به حیث اولین مرجع قانونی و فقهی اسلامی در سال 1286هـ ق (1869 م) به نشر رسید ، حکمت نیز در آخرین فصل آن ضمن یازده ماده درج و بحث گردید .

که این مرجع قانونی سالیان متمادی حتی بعد از سقوط اسفناک خلافت عثمانی در کشورهای مختلف اسلامی نافذ بود ، تا اینکه بعضی از کشورهای اسلامی رفته رفته به تصویب قوانین خاص حکمت یا درج آن ضمن قوانین دیگری اقدام نمودند که در حال حاضر قوانین اکثریت کشورهای اسلامی از ذکر و تنظیم امور حکمت خالی نیست .

مبحث سوم : حکمت در عصر حاضر

در عصر حاضر داوری یا حکمت یکی از مهمترین وسایل و روش ها برای حل منازعات ملی و بین المللی دانسته می شود ، کنفرانس های متعددی میان کشورهای جهان تدویر یافته ، اساسات ، قواعد و اصول نظام داوری پایه گذاری شد که به تعقیب آن اکثر کشورهای نظام تحکیم را طی قوانین خاص وجداگانه و یا ضمن قوانین دیگری تنظیم و صادر نمودند .

روی آوری به تحکیم و داوری در حل منازعات در اواخر قرن هژدهم میلادی ، بین کشورهای جهان بیشتر گردیده یکی از مشهورترین دعوای که توسط محکمه تحکیم جنیف حل و فصل گردید ، قضیه کشتی (الباما) بود که در سال 1871 میلادی نزدیک بود باعث ایجاد درگیری میان ایالات متحده و برطانیا گردد .

توجه جهانی برای تنظیم قوانین حکمت و تنفیذ احکام صاره آن باعث آن گردید تا جامعه ملل پروتوکول جنیف در مورد تحکیم را در سال 1924 میلادی پیشنهاد نماید ، که نسبت عدم تأیید تعداد لازم از کشورهای نافذ نگردید ، متعاقبا در سال 1928 میلادی (پیمان عمومی تحکیم) با اجماع کشورهای عضو جامعه ملل به تصویب رسید .

در سال 1958 میلادی کنفرانسی به اشتراک 46 کشور از کشورهای عضو جامعه ملل متحد در مورد به رسمیت شناختن و تنفیذ احکام داوری کشور اجنبی منعقد گردیده ، نتایج و مصوبات آن به نام (پیمان سال 1958 نیویورک) شهرت یافت .

به تعقیب آن تعداد مؤسسات جهانی ویژه برای تحکیم و داوری افزایش یافته ، اتاق های تجارت جهانی و سائراگان های ملی و بین المللی به تأسیس مراکز و انجمن های حکمت و داوری پرداختند که از جمله مشهورترین آنها میتوان مراکز ذیل را یاد آوری کرد :

- 1 - محکمه تحکیم باریس ، به سرپرستی اتاق تجارت بین المللی icc
- 2 - محکمه تحکیم لندن ica
- 3 - جمعیت تحکیم امریکا aaa
- 4 - مرکز منطوقی قاهره برای تحکیم تجارتي بین المللی
- 5 - مرکز تحکیم بین المللی دبی diac

به طور خلاصه ، عصر حاضر عصر تحکیم دانسته شده ، روند داوری در عرصه های مختلف داخلی ، بین المللی ، تجارتی مدنی و غیره پیشرفت های قابل ملاحظه و چشمگیری داشته است .¹

مبحث چهارم : قدامت قضاء و تحکیم

اکثر دانشمندان حقوق برین باوراند که روند تحکیم در حل منازعات جوامع بشری اسبقیت داشته تحکیم مقدم تر از قضاء است .²

زیرا قضاء و نظام قضائی زمانی در جوامع بشری وسعت یافت که مردم به اصدار و تنظیم قوانین روی آورده عصور استبداد قوی و گرفتن حقوق بازور بازو پایان یافت ، اما این دیدگاه غالباً توسط آن عده از دانشمندان حقوق مطرح می گردد که علوم حقوقی و قانونی را از دیدگاه محض حقوقی و تاریخی آن مطالعه نموده ، بدون دخیل ساختن دیدگاه دینی و بینش اسلامی صرفاً بر مصادر و مراجع غیر اسلامی چون آثار یونانی ها و رومی ها و تطور تدریجی جامعه انسانی در این کشورها اعتماد می نمایند . گذشته ازین بعضی از نویسندگان و حقوقیون مسلمان نیز به تایید این نظریه پرداخته برین استدلال نموده اند که در دوره جاهلیت و قبل از ظهور اسلام در جزیره العرب نظام قضائی و قانونی وجود نداشته ، منازعات شان از طریق حکمت حل و فصل می گردید

اما یک نگاه زود گذر به آیات قرآن کریم این اولین و مقدس ترین مرجع شرعی ، قانونی و عملی مسلمانان که خداوند متعال ما را به ایمان آوردن به آن مشرف و مفتخر ساخته است ، بطلان نظریه اسبقیت تحکیم بر قضاء را ثابت می سازد .

زیرا در می یابیم که تاریخچه جوامع بشری با همه ساختار ، تشکیلات و تمدن آن به دوره های جاهلیت و یا قرون وسطی و قدیمی منتهی نگردیده بلکه تا زمان پیدایش پدر بشریت یعنی حضرت آدم علیه الصلوة والسلام امتداد می یابد ، و آن حضرت خود یکی از پیامبران الله متعال و از جمله انبیاء علیهم الصلوة والسلام بود .

بناء همان طوریکه خداوند متعال به بندگان خبر میدهد که هدف از خلقت آدم علیه السلام و اولاده اش خلافت روی زمین و عمران آبادی این کره خاکی تا هنگام زوال آن است ، و بدین منظور برای ایشان دساتیر و قوانینی را توسط پیامبران خویش جهت تنظیم و ترتیب امور زندگانی و تحقق مصلحت های شان نازل فرمود ، که این فرستادگان خداوند متعال خود وظیفه قضاوت و حکم میان مردم را نیز به عهده داشتند .

چنانچه خداوند متعال در مورد رسالت انبیاء علیهم الصلوة والسلام می فرماید
النَّاسُ أُمَّةٌ وَاحِدَةٌ قَبَعَتْ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَ مُنْذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ³

ترجمه : مردم ابتدا امت و گروه واحدی بودند (تا اینکه⁴ توحید را ترک نموده به شرک و بت پرستی رو آورند) پس خداوند پیامبران و انبیاء را بشارت دهنده گان و بیم

- الدورى ، دكتور عبدالرحمن ، عقد التحكيم فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، ص 70 - 75 ، چاپ اول ، دارالفرقان 1422 هـ 2002 م ، عمان ، الاردن . و اتفاق التحكيم كآثر مانع لقضاء الدولة : محمد حلمى عبد الحميد زيدان ، 32 - 39 ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 1429 هـ . 2008 م .¹

- الزيانى ، ضحى ابراهيم ، شرط التحكيم فى العقود المدنية ، ص 2 ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة .²

3

- سورة البقرة 213⁴

دهندگان فرستاده ، کتاب بر حق را بالایشان نازل فرمود تا میان مردم در آنچه که اختلاف می نمایند حکم و فیصله نمایند .

و خطاب به حضرت داود علیه السلام می فرماید : **يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ** **إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ**¹

ترجمه : ای داود ما ترا خلیفه خود در روی زمین گردانیدیم ، پس میان مردم به حق حکم نما و هوای نفس را پیروی مکن که ترا از راه خدا گمراه می کند .

و خطاب به حضرت محمد صلی الله علیه وسلم می فرماید : **وَأَنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ** **يَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ**²

ترجمه : و میان ایشان (اشاره به همه مردم اعم از عرب و عجم مشرک و کتابی) به آنچه که خداوند بالایت نازل نموده است حکم نما و هوای نفس شانرا پیروی مکن ، و ازینکه ایشان (اشاره به یهود) بعضی از احکام را که خداوند نازل نموده است ، کتمان نموده حق را تدلیس نمایند بر حذر باش .

بناء از محتوای نصوص قرآنی فوق بر می آید که قضاء یکی از وظایف انبیاء علیهم الصلوٰة والسلام بوده ایشان مکلف بودند تا منازعات میان قوم و امت خویش را حل و فصل نمایند که این قضاوت شان مبنی بر شریعت ، کتاب و یا صحایف خاصی بود که بالایشان نازل و یا به متابعت از آن مکلف گردیده بودند .

و این خود دال برین نظریه است که قضاء مقدم تر از تحکیم است نه بر عکس آن .

فصل سوم

حکمت و نظام های مشابه آن

ازینکه از حکمت به حیث یکی از وسایل جاگزین نظام قضائی در حل منازعات استفاده می گردد ، پس لازم است تا فرق های اساسی حکمت و سیستم های مشابه آن چون قضاء و صلح را شناسائی کرد ، همچنان اهل خبره طرف دیگری هستند که در قضایای پیچیده و مبهم نظام قضائی را در رسیدن به عدالت همکاری می نماید ، کمک خواستن شخص از اشخاص دیگری جهت پیشبرد امور و مسئولیت های شخصی و یا وکیل گرفتن با تعیین حکم برای حل نزاع چه فرقی را دارد ، اینها موضوعاتی است که درین فصل می خواهم به شرح و شناسائی آنها بپردازیم .

مبحث اول : فرق میان تحکیم و قضاء

قضاء و تحکیم هر دو وسیله و نظامی برای حل منازعات و قطع خصومات مردم است که با وجود شباهت با همدیگر در بعضی از نقاط ، اختلافات و تفاوت های عمده باهم دارند که اینک مختصراً به ذکر آن می پردازیم :

1 - قضاء یکی از وظایف رسمی و عامه ، و به اصطلاح فقهاء از ولایات عامه است ، اما حکمت وظیفه رسمی و عامه شمرده نمی شود .

- سوره ص 26¹

- سوره المائدة 49²

- 2 - قضاء حق تدقیق ، تأیید و تنفیذ حکم را دارد ، اما حکم این صلاحیت را در باره حکم قضائی ندارد
 - 3 - اختصاص مکانی (صلاحیت حوزه وی) در قضاء حتمی است ، اما مراکز تحکیم میتوانند قضایای خارج از محدوده حوزه وی شان را نیز حل و فصل نمایند .
 - 4 - در نظام قضائی ، قضات مقید به قوانین نافذه کشور های هستند که در آن وظیفه قضائی را انجام میدهد ، اما اطراف دعوی میتوانند حکم را مکلف سازند تا دعوای شانرا در مطابقت با قانون کشور اجنبی دیگری حل و فصل نماید .
 - 5 - اطراف دعوی حق عزل قاضی را ندارند ، اما در حکمت میتوانند قبل از صدور حکم ، حکم را عزل نمایند .
 - 6 - اصول و اجراءات نقض و طعن احکام قضائی ، بالای احکام حکم قابل تطبیق نبوده ، در اغلب قوانین وضعی حکم حکم قطعی و واجب التنفیذ است .
 - 7 - معاش و اجرت قاضی از طرف دولت ، و حق الزحمه حکم ها توسط اطراف نزاع پرداخته می شود .
 - 8 - اطراف دعوی نمی توانند قاضی را به زمانی مقید سازند تا در خلال آن حکمش را صادر نماید ، اما بدین منظور حکم را مقید به مدت معینی ساخته میتوانند .
- مبحث دوم : فرق میان تحکیم و صلح
- 1 - اطراف نزاع در اداره و پیشبرد جریان صلح نقش محوری و قوی دارند ، اما در تحکیم عملیه پیشبرد حکمت و اصدار فیصله به دست حکم بوده ، اطراف نزاع نقش ضعیف دارند .
 - 2 - قرار یا فیصله مصلح به موافقت اطراف نزاع صادر گردیده و در اغلب حالات تنازلات متقابل از طرفین دعوی صورت می گیرد ، اما حکم در فیصله اش حق را به ذی حق به شکل کامل آن ثابت نموده رضایت طرفین دعوی در حکم صادر شده اهمیتی ندارد .
 - 3 - فیصله صلح بعد از تصدیق محکمه و دادن قابلیت تنفیذ به آن مورد تطبیق و تنفیذ قرار می گیرد ، اما فیصله های حکمت خصوصا تحکیم رسمی (مراکز یا انجمن های تحکیم) مانند حکم قاضی - در قوانین بعضی کشور ها - سند تنفیذی شمرده شده بدون تصدیق محکمه قابل تطبیق است .
- مبحث سوم : فرق میان حکمت و وکالت
- 1 - وکیل برای مصلحت و منفعت مؤکلش سعی و تلاش می نماید ، در حالیکه تلاش حکم برای شناختن حق و تأمین عدالت میان طرفین دعوا بوده مصلحت شخصی طرفین نزاع را در نظر ندارد .
 - 2 - وکیل تابع مؤکل بوده ملزم است تا تصرفات وکیلانه خویش را برای مؤکلش اطلاع داده جوابگو باشد ، اما حکم همانند قاضی مستقل بوده تابع کسانی که تعیینش نموده اند نیست و اگر بی طرفانه عمل نکند مستحق عزل است .
 - 3 - اعمال قانونی را که وکیل انجام میدهد ، غالبا حل کننده نزاع نمی باشد ، بر عکس حکم عملی را انجام میدهد که نزاع را حل و فصل می نماید .
 - 4 - وکیل زمانی مستحق مزد و مکافاتش می شود که عمل مکلف شده به آنرا بدون رسانیدن ضرر به مؤکلش انجام دهد ، و الا ملزم به تعویض مؤکلش می باشد ، اما حکم اگرچه فیصله را صادر کند که به ضرر یک یا هر دو طرف دعوی باشد ، باز هم حق الزحمه اش را مستحق می گردد .

5 - وکیل حق دارد تا از عمل وکالت در هر زمانی که بخواهد منصرف گردد ، اما حکم قبل از انجام وظیفه اش نمی تواند حکمت را ترک نماید ، جز در موارد خاصی که قانون برایش مجاز میدانند .

6 - نظر به قواعد تحمل مسئولیت ، حکم برخلاف وکیل اگر اشتباهی را در انجام ادای حکمت مرتکب می گردد مسئولیت جزائی و تعویضی ندارد .

مبحث چهارم : فرق میان حکم و اهل خبره (خبیر)

1 - خبیر یا اهل خبره کسی است که در یک بخش از بخش های علمی و یا فنی تخصص و درایت عالی داشته به جزئیات آن وارد باشد ، اما حکم شخصی است که از جانب اطراف دعوی و یا محکمه جهت حل منازعه تعیین می گردد ، و باید در موضوع نزاع مهارت داشته باشد .

2 - خبیر صلاحیت إصدار فیصله برای حل نزاع را نداشته ، صرفا نتیجه تحقیق فنی و تخصصی اش را در مورد دعوی به محکمه تقدیم می کند ، اما حکم بصورت قاطع نزاع را با قرار و فیصله اش حل و فصل مینماید ، اگرچه طرفین دعوی به قرار حکم رضایت نداشته باشند .

3 - خبیر غالبا برای رسیدن به هدفش بر تجربه و معلومات شخصی خود متکی بوده به آراء و معلومات اطراف دعوی جز در مواردی معینی که وظیفه اش تقاضا کند نیازی ندارد .

درحالیکه حکم برای اصدار قرار یا حکمش به اسناد و معلومات اطراف دعوی ضرورت جدی داشته حکمش را به اساس همان معلومات صادر می کند .

4 - خبیر را میتوان معاون قاضی و حکم را مشابه قاضی شمرد .

منابع و مأخذ

القرآن الکریم

1 - ابن عابدین ، ردالمختار ، جلد هشت ، چاپ اول : 1419 هـ ق دار احیاء التراث العربی ، بیروت

2 - تفسیر نور

3 - زحیلی ، محمودیه ، الفقه الاسلامی و ادلته ، جلد نهم ، دار الفکر ، بیروت ، لبنان

4 - سنن ابی داود ، کتاب الادب ، باب تغیر الاسم ، چاپ اول 1969 م

5 - عسقلانی ، ابن حجر ، فتح الباری ، جلد هفتم ، دار المعرفه ، بیروت

6 - فیروزآبادی ، قاموس محیط ، ج 2 چاپ 1 : 1417 هـ ق دار احیاء التراث العربی ، بیروت

7 - قانون حکمت تجارتی افغانستان ، 1385 هـ ش

8 - الدوری ، عبدالرحمن ، عقد التحکیم فی فقه الاسلامی و قانون الوضعی ، چاپ 1 دار الفرقان 1422 هـ ق

9 - الزیانی ، ضحی ابراهیم ، شرط التحکیم فی العقود المدنیه ، کلیه الحقوق جامعه القاہرہ

10 - الهیثمی ، مجمع الزوائد ، ج 4 چاپ 2 ، 1967 م دار الکتاب العربی بیروت لبنان

ترتیب: فرید صدیقی

سوء استفاده از حق در مسئولیت مدنی

فهرست:

134	 مقدمه
	فصل اول
135	1-1 مبحث اول: سوء استفاده از حق مالکیت:
135	2-1-1 گفتار اول:
136	2-1-2 گفتار دوم: منع از سوء استفاده از حق مالکیت
136	2-1-3 گفتار سوم: منع مالک از سوء استفاده در تصرفات مادی
138	2-1-4 گفتار چهارم: منع مالک از سوء استفاده در تصرفات حقوقی
138	2-1-5 گفتار پنجم: منع مالک از سوء استفاده از حق رد عین مال از غاصب
138	2-1-6 گفتار ششم: منع منتفع از سوء استفاده از حق انتفاع و ارتفاق

مقدمه

اصطلاح سوء استفاده از حق، کنایه از این حقیقت بوده که در پس پرده عبارات قانون، روحی نهفته است که باید همه آثار قانون با توجه به آن بررسی شود. این روح را اصول کلی حقوق، ندای اخلاق و اهداف اقتصادی و اجتماعی ایجاد حق، نامگذاری کرده اند. اشخاص در اجرای حقوقی که متون قوانین به آنان داده است، آزادی کامل ندارند و نمی توانند اهداف شیطانی و ضد اجتماعی خود را در پناه حق، مباح جلوه کنند. به بیان دیگر همانگونه که حدود خارجی حق را قوانین معین میکنند، حدود داخلی و شیوه اجرای آن را نیز اصول دیگری مقرر میدارد که تجاوز از این حقوق را سوء استفاده از حق مینامیم (کاتوزیان، 1385، ص 105) مهمترین مصداق این قاعده حالتی است که هدف اصلی صاحب حق، استفاده از آن به هدف اضرار غیر باشد. مصداق دیگر این قاعده در جایی است که استفاده از حق با مصالح اجتماعی مورد نظر آن مغایر باشد و در واقع نوعی خطا یا تقصیر تلقی میشود که میتواند مبنای مسئولیت قرار گیرد. محاکم فرانسه این قاعده را در سه حالت زیر قابل جریان می دانند: 1 - شخص در اجرای حق مرتکب تقصیر شود. 2- شخص قصد اضرار یا تدلیس نسبت به دیگران داشته باشد 3- شخص حقی را علیه هدف اجتماعی آن به کار گیرد (رهپیک، 1382، ص 67) در منابع فقهی نزدیکترین قاعده به منع سوء استفاده از حق، قاعده لاضرر است. اما به طور کلی مفهوم لاضرر عام تر از منع سوء استفاده از حق است. این اصطلاح در حقوق اروپایی در کشورهای رومن ژرمنیک تأسیس شده است. در کامنلا بر طبق نظری که هم اکنون در انگلیس و آمریکا غلبه دارد، صاحب حق میتواند به هر صورت و با هر اندیشه ای تا

جایی که از حدود قانون و مفاد اختیار خود تجاوز نکند، حق را به کار برد (کاتوزیان، 1385، ص 103) این توصیفها نشان میدهد که قاعده سوءاستفاده از حق، محدود به یک باب معین از قبیل حقوق قراردادها یا رابطه املاک مجاور نیست بلکه در همه مباحث حقوقی از جمله حقوق بین الملل خصوصی قابل اعمال است. در هر جا که اعمال یک حکم قانونی یا قاعده حقوقی به انتخاب و اراده اشخاص وابسته است، امکان انحراف قاعده از مبانی و اهداف اولیه وجود دارد.

فصل اول

1-1 مبحث اول: سوء استفاده از حق مالکیت:

1-1-2 گفتار اول:

مصادیقی از حقوق عینی که برای صاحب آن امکان سوء استفاده از حق وجود دارد،

نبودن هرگونه غرض و منظور عقلانی و صرفاً از روی هوی و هوس مبادرت به تصرفاتی می کند اصولاً جوازی براین نوع تصرفات در صورتیکه مستلزم اضرار به غیر باشد وجود ندارد، قاعده تسلیط در اینجا حاکم نیست که برای محدود کردن آن از قاعده لا ضرر استفاده شود بنابراین، استعمال حق وفق شرایط قانونی و یا قراردادی ولی خارج از ضوابط عرفی که با اضرار به غیر توأم باشد، داخل در قلمرو بحث بوده و در صورت اثبات، موجب محدودیت اجرای حق و یا سلب آن خواهد شد اصل آزادی اراده درانجام هر گونه تصرفی درحق، ایجاب می کند که صاحب حق بتواند بطور مطلق از این حق استفاده کند، ولی در صورت ورود ضرر به دیگری و اثبات تقصیر، به دلیل تعارض قاعده لا ضرر با قاعده تسلیط، صاحب حق از اجرای آن منع می شود اگر شخص، حق خویش را باهدف اضرار به دیگری انجام دهد و به عبارتی دیگر قصد او از اجرای حق نفع و یا دفع ضرر شخصی نباشد از استعمال حق منع می شود، نحوه منع در حقوق مدنی به اشکال مختلف در قانون مدنی مشخص شده است بطوریکه یکی از مهمترین موارد استفاده از این نظریه، در اثبات مسئولیت مدنی و الزام صاحب حق به جبران خسارات وارده به شخص متضرر می باشد از نظر برخی از حقوقدانان خارجی جایی که سوء استفاده شروع می شود، حق به انتها می رسد خروج از حق دو نوع است، خروج صریح از حدود حق، و خروج با سوءاستفاده از حق به نظر پلانپول حقوقدان فرانسوی سوءاستفاده از حق همان خروج از حدود حق است (السنهوری، ع، 1998، ص 951).

بر مبنای دیدگاه فوق، حق و تقصیر قابل جمع نبوده و در جایی که از حق سوء استفاده می شود حق نامشروع بوده و صاحب حق مجاز به استفاده از آن نمی باشد قلمروی این نظریه در خصوص تصرفات مشروع و قانونی است که به دلیل استفاده حق خارج از حدود و ضوابط عرفی منجر به اضرار غیر شده است. قصد اضرار یکی از مهمترین معیارهای تشخیص سوء استفاده محسوب می شود

و ایجاد ضرر به دیگری بدون رعایت اهدافی که در اجرای حق برای دارنده مدنظر مقنن بوده، نظیر فقدان منفعت شخصی برای صاحب حق در استعمال آن و یا دفع ضرر از مصادیق اثبات وجود قصد اضرار و سوء استفاده از حق می باشد اگر هدف از استعمال حق توسط مالک، فقط غرض ورزی و اضرار به دیگری باشد

، علیرغم مباح بودن انجام آن از نظر قانونی به علت سوءاستفاده ممانعت می شود، تصرفات نامشروع و یا تصرفاتی که انجام آن ذاتاً ضرری به دیگران نمی رساند ولی به دلیل بی مبالاتی و یا بی احتیاطی و یا نقض مقررات آمره موجب ورود خسارت به دیگری می شود (بند 10، 11 و 12 ماده 4 کود جزا 1. و به اساس ماده 9 و 776 ق مدنی، مرتکب مسئول جبران خسارت وارده می باشد).

از نظر شرعی، تصرفی که صرفاً به قصد اضرار بوده و یا نفع و ضرری برای مالک این تصرف متصور نباشد، حرام است زیرا تسلط به ملک خود مثل ضرر از مفاهیم عرفی است و اگر شرع تسلط و تصرف مالک را تنفیذ کرده است در همان حدودی است که عرف می پذیرد و بدیهی است که عرف رفتار بیهوده و یا صرفاً زیان آور کسی را مجاز نمی دارد (محمدی، ا، قواعد فقه، 1382، ص 175)

2-1-2 گفتار دوم: منع از سوء استفاده از حق مالکیت

به استناد قاعده تسلیط مالک می تواند هر گونه استفاده مادی و حقوقی در ملک خود داشته باشد محدوده قاعده تسلیط در چارچوب قانون و قرارداد بوده و همچنین این تصرفات باید متعارف و عقلایی باشد تنها در مواردی نمی توان به این قاعده استناد کرد که تصرف به دلیل خاص به جهت رعایت حق افراد و حق منهی عنه باشد» (گرژی، ا، 1387، ص 169)

آزادی مالک به اساس ماده 1914 ق م ا در استفاده حق به شکل انسان متعارف برای رفع نیاز و یا به اساس ماده 784 ق م و 127 کود جزا دفع ضرر یا دفاع مشروع می باشد، البته در صورتی که تصرفات نا متعارف معارضه ای با قاعده لاضرر نداشته باشد، اصل تسلیط حاکم بوده ولی در مواردی که استعمال حق برخلاف ضوابط عرفی و صرفاً به قصد اضرار به دیگری باشد، از حق مزکور سوء استفاده شده است، هر چند که در تصرفات مادی، اثر سوء استفاده از حق الزام مالک به جبران خسارت می باشد ماده 776 ق. مدنی.

ولی در صورت تصرفات حقوقی که به قصد اضرار باشد، عمل مذکور غیر نافذ اعلام می شود

مهمترین مصداق این قاعده، حالتی است که هدف اصلی صاحب حق، استفاده از آن به هدف اضرار به غیر می باشد.

البته، ممکن است در این حالت، اغراض فرعی مشروعی نیز وجود داشته باشد؛ ولی هدف مسلط و عمده، ضرر زدن به دیگری است. بطور مثال، کسی در زمین خود چاهی را حفر کند تا آب زیر زمینی همسایه اش را استخراج کند»

منع سوء استفاده از حق در نظریه های حقوقی و مفاهیم قرآنی: بنظر می رسد با توجه به قوانین خاص مربوط به اخذ جواز برای خفر چاه برای مالک حق چنین تصرفی وجود ندارد و موضوع سوء استفاده از حق منتفی خواهد بود. لذا برای تعیین حدود اعمال نظریه مذکور در این زمینه، منع از سوء استفاده از تصرفات مادی و حقوقی، بطور مجزا مطالعه می شود.

2-1-3 گفتار سوم: منع مالک از سوء استفاده در تصرفات مادی

منع مالک در تصرفات مادی که به ضرر دیگری باشد، در روایات نیز ملاحظه میشود، صاحب دیوار بدون این که نیازی به خراب کردن آن داشته باشد به

قصد اضرار به همسایه آن را خراب کند، باید دوباره آن را بسازد زیرا رسول خدا ص فرمود لا ضرر ولا ضرار (عبداللہی، ع، 1388، ص، 245) ملاک احراز قصد اضرار به غیر، انحراف مالک از سلوک و رفتار یک انسان متعارف می باشد، به عنوان مثال اگر شخصی درختانی را در زمینش بکارد به قصد اینکه مانع نور به همسایه شود، در استعمال حق مالکیت سوء استفاده کرده است (السنهوری، 1998، ص، 957). با عنایت به پیچیده شدن روابط اجتماعی، استفاده از این نظریه در محدود کردن بسیاری از تصرفات مالک ضروری می می باشد.

سوء استفاده از حق نه تنها موجب مسئولیت مدنی است، بلکه زیان دیده می تواند، علاوه بر جبران خسارت، از بین بردن منبع ضرر و جلوگیری از ادامه خسارت را نیز از محکمه طلب کند، در مورد قاعده لا ضرر که در ماده 776 قانون مدنی مطرح شده، فقط قسمتی از ماده مذکور را می توان با سوء استفاده از اختیارات قابل قیاس دانست، زیرا ماده مزبور می گوید کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم ضرر به همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر باشد» (عرفانی، م، 1390).

در مواردی که تصرف مالک در مال خود به موجب نص خاصی منع نشده است و تصرف اصولاً جزء لوازم حق و از لحاظ نوعی داخل در قلمرو اعمال حق است، مالک نباید در مال خود تصرف غیر متعارفی کند که با هدف ایجاد مزاحمت و یا اضرار باشد، در تمامی موارد مشابه در کلیه تصرفات مادی مالک که ضرر به دیگری باشد، ماده 776 ق م قابل اعمال خواهد بود لازم به ذکر است که ورود ضرر به غیر، همیشه با مسئولیت مالک ملازمه ندارد تصرفات متعارف و مشروعی که سواستفاده از حق نشده باشد، موجب ضمان مالک نخواهد شد هر چند که به دیگری ضرر وارد شود از دیدگاه برخی از فقهای امامیه عمد مالک یا ظن او بر اضرار تقصیر برای تحقق ضمان کافی است یعنی تصرف از قدر حاجت تجاوز کند بدون اینکه علم و ظن به اضرار داشته باشد مالک مسئولیتی نخواهد داشت (کاتوزیان 1369، ص، 215).

معیار ماده 776 ق م در خصوص احراز سوء استفاده مالک، در سایر تصرفات مادی مالک نیز قابل تطبیق است به عنوان مثال گود برداری مالک در ملک خود و رها کردن عملیات ساختمانی مشمول ماده 776 قانون مدنی است که همسایه متضرر می تواند از طریق محاکم حقوقی اقدام نماید.

در تصرفاتی که مالک بدون نیاز شخصی و از روی هوی و هوس در ملک خود تصرف می کند و موجب ضرر دیگری می شود این نوع استفاده اماره احراز قصد اضرار می باشد و به دلیل حکومت قاعده لا ضرر، اصل تسلیط محدود می شود و طبق ماده 776 قانون مدنی عامل زیان مکلف به جبران خسارت است.

اگر مالک نتواند رفع نیاز و یا دفع ضرر را ثابت کند و تصرف مالک زیانبار باشد به دلیل سوء استفاده از حق مسئول جبران خسارت می باشد و در بعضی از موارد نیز محکمه می تواند حکم به از بین رفتن منبع ضرر داده و یا از ادامه تصرفات مالک ممانعت نماید

4-1-2 گفتار چهارم: منع مالک از سوء استفاده در تصرفات حقوقی
هر نوع تصرف حقوقی مالک به موجب اصل تسلیط مجاز بوده ولی در صورت احراز قصد اضرار به دلیل تعارض این تصرفات با قاعده لاضرر، غیر نافذ اعلام میشود مهمترین مصادیق سوء استفاده از تصرفات حقوقی در خصوص وقف مال و یا انتقال مال به دیگری به قصد اضرار به طلبکاران می باشد

تصرفات حقوقی وصیت به قصد اضرار به وارثین می باشد، چنانکه وارثین تنگدست باشند و توانایی جسمی و مالی اداره زندگی خود را نداشته باشند و موصی مبادرت به وصیت اموال خود به دیگران نماید.
از نظر قانون مدنی اصولاً وصیت مازاد بر ثلث غیر نافذ می باشد و بنظر می رسد با عنایت به اینکه، موصی حق وصیت بر مازاد بر ثلث اموالش را ندارد و در صورت وصیت بر مازاد این عمل غیر نافذ می باشد، امکان سوء استفاده در آن منتفی می باشد.

5-1-2 گفتار پنجم: منع مالک از سوء استفاده از حق رد عین مال از غاصب
یکی از آثار ضمان ناشی از غصب، الزام غاصب به رد عین مال به مالک می باشد، حق استرداد
عین مال در صورت بقای عین، برای مالک شناخته شده است به موجب قانون مدنی

غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید در مواردی که از این حق مالک سوء استفاده کند، از اجرای آن جلوگیری شده و قاعده الزام غاصب به استرداد عین مال در این موارد اعمال نمی شود چنانکه هر گاه مالک در مقام سوء استفاده از این حق خویش برآید و به منظور اضرار به غاصب، یا اخاذی به گرفتن عین مال خود و خرابی بنا اصرار ورزد، دادگاه می تواند درخواست نامتعارف او را نپذیرد (کاتوزیان، ن، 1369 ص 385)
در واقع در مواردی که مالک در اجرای این حق، قصد اضرار به غاصب داشته باشد، چنانکه عمل او غیر متعارف بوده و موجب ورود ضرر جانی و یا مالی شود، در صورتی که امکان جبران ضرر از طریق دیگر امکان پذیر باشد در خواست رد مال پذیرفته نمی شود و بنظر می رسد، محاکم می توانند با استناد به قانون مدنی، شیوه دیگری برای جبران خسارت مالک از قبیل الزام غاصب به دادن قیمت و یا مثل معین نمایند

6-1-2 گفتار ششم: منع منتفع از سوء استفاده از حق انتفاع و ارتفاق
استفاده از حق انتفاع و ارتفاق در محدوده قانون و قرارداد در صورت عدم قصد اضرار، حتی اگر منجر به ورود ضرر به غیر شود، منتفع مسئول زیانهای وارده نخواهد بود. ولی اگر از دیدگاه عرفی در اجرای حق سوء استفاده شده باشد، باید در اجرای حق محدودیت ایجاد شود.

پس هر گاه حق مذکور بدون رعایت ملاک های عرفی مورد استفاده قرار گیرد، چنان که استفاده از حق برای اضرار به دیگری اعم از مالک موضوع حق و غیر مالک باشد، ضامن خواهد بود چنان که در حدیث سمره موضوع، قصد اضرار دارنده حق عبور در ملک دیگری بوده که باتردهای بی موقع باعث سلب آرامش صاحب ملک شده بود که به فرموده پیامبر (ص) دستور منع شخص سوء استفاده

کننده، داده شد. به عنوان مثال اگر حق انتفاع سکونت در خانه ای باشد منتفع تنها می تواند با خانواده اش در آن زندگی کند ولی حق نگهداری حیوانات را ندارد (کاتوزیان، ن، 1378، ص 216).

اگر استفاده قانونی باشد ولی هدف ضرر زدن به دیگری است، ضمانت اجرایی منع، ایجاد ضمان و در مواردی منع از استفاده می باشد در این زمینه روایاتی وجود دارد، این روایات دو دسته اند،

روایاتی که بیانگر وجوب رفع سبب ضررند و روایاتی که حاکی از ضامن بودن شخص از بابت ضرر است (لطفی، ا، 1385، صص 26-27).

حقی که منتفع دارد در چارچوب قانون و قرارداد با وجود اضرار مالک منعی ندارد ولی اگر به قصد اضرار مالک استعمال شود، منتفع ضامن جبران خسارت وارده می شود

نتیجه گیری

در قانون مدنی، نظریه سوء استفاده از حق به عنوان یک نظریه عمومی مطرح نشده است و در دعاوی مطروحه توسط متضرر به دلیل ورود ضرر ناشی از استعمال غیر متعارف حقوق عینی، مبنای صدور رای قاعده لاضرر می باشد و استفاده از این نظریه در اجرای حقوق عینی بیشتر در محدوده قانون مدنی می باشد ولی در سایر مصادیق نیز میتوان این نظریه را استنباط کرد و یکی از این موارد، منع از سوء استفاده از سایر حقوق عینی مانند حق ارتفاق و حق انتفاع می باشد که در صورت سوء استفاده منتفع و اضرار به مالک، ضامن تضررات مالک می باشد.

ضابطه قانون مدنی در شناخت قصدآزار وادیت در این موارد تعدی از رفتار یک انسان متعارف می باشد، هرچند این نظریه با استقراء در مقررات قانون مدنی در نحوه اجرای حقوقی نظیر حق مالکیت و حق ارتفاق و انتفاع قابل استنباط می باشد ولیکن ضروری است این نظریه به عنوان یک نظریه مستقل در قانون مدنی مطرح شده و ضابطه تشخیص سوء استفاده از حق معین گردد چنان که تجاوز از رفتار یک انسان متعارف در استعمال حق یکی از معیارهای احراز قصد اضرار می تواند تلقی شود نظر به اینکه معیار سوء استفاده از حق در قانون مدنی زیاده تر معین نشده و از هیچیک از مواد یادشده نیز این معیار بدست نمی آید، ضروری است، مبحث مستقلی به سوء استفاده از حق تخصیص داده شده و محدودیت های اجرای حق در صورت وجود قصد اضرار مشخص شود با عنایت به تکامل اجتماعی و پیچیده شدن روابط خصوصی، تعرض صاحب حق به حقوق دیگران به دلیل مشخص نبودن معیار های تشخیص سوء استفاده افزایش یافته است و مقررات فعلی در قانون مدنی نمی تواند مانع از استعمال حق به قصد اضرار بغیر در زمینه اجرای حقوق عینی شود قانون گذار با در نظر گرفتن محدوده عرفی و مبنای ایجاد حق، بایستی معیار های سوء استفاده را بیان نماید تا از برخورد سلیقه ای در تشخیص مصادیق سوء استفاده از حق ممانعت شود مشخص شدن معیار های عرفی و قانونی تشخیص سوء استفاده از حق به نفع صاحب حق نیز خواهد بود، در نتیجه هیچ کس نمی تواند بدون دلیل و با تمسک به سوء استفاده از حق موجب سلب آزادی اشخاص در استفاده از حقوق قانونی شود با توجه به اینکه این نظریه از قوانین کشورهای خارجی ناشی می شود، بومی سازی مقررات

مذکور می تواند در تضمین حقوق صاحبان حق و مصونیت سایر اشخاص از آسیبهایی ناشی از سوء استفاده از حق موثر واقع شود.

فهرست منابع

الف: قرآن کریم

ب: کتب

السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، جلد اول، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، چاپ سوم، 1998.

عبداللهی، عبدالکریم، قواعدی از فقه، تهران، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، 1388.

کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران، نشر دادگستر، چاپ دوم، 1378.

کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، جلد اول، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، 1386.

گرچی، ابوالقاسم، مبانی حقوق اسلامی، تهران، انتشارات مجد تهران، چاپ اول، 1387.

لطفی، اسدالله، قواعد فقه، مدنی، تهران، نشر سمت، 1 چاپ پنجم، 1385.

محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، 1382.

ج: قوانین

قانون مدنی افغانستان جریده رسمی شماره (353) 1355/10/15

کود جزا افغانستان جریده رسمی شماره (1260) 1395/12/14

اجمالی از فعالیتها

در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

گزارش فعالیتهاي قضائي محكمه ابتدائيه مبارزه با جرایم ناشي از فساد اداری

1. گزارش

محكمه ابتدائيه مبارزه با جرایم ناشي از فساد اداری از تاریخ (1399/6/1) الي 1399/6/31 تعداد (16) دوسیه جرمي مربوط به جرایم ناشي از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائي قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (39) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی ، اخذ رشوت ، اختلاس ، اخاذی های غیر قانونی ، تزویر و اکتساب غیر قانونی سلاح گرفتار شده و از این تعداد (4) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (35) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات هاي مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال 6 نفر.
 - حبس یک سال الی پنج سال 15 نفر .
 - محکومین جرایم نقدی 14 نفر.
 - مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (12740) دالر آمریکائی میشود.
- جدول شماره (1) بیانگر آمار محکومین محکمه ابتدائيه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه سنبله سال 1399 است

شم اره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	تعداد برائت	تعداد محکوم وم	تصمیم قضائی			
						تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
						یک ماه الی یک سال حبس	5 - 1 سال حبس	5 - 15 سال حبس	جریمه نقدی
1	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	3	3		3		2		1363
2	اخذ رشوت	7	12	1	11	3	3		5314
3	اختلاس	2	3		3	2			155
4	تزویر	1	4		4				1818
5	اخاذی های غیر قانونی	2	16	3	13		10		3701
6	اکتساب غیر قانونی سلاح	1	1		1	1			389
مجموعه		16	39	4	35	6	15		12740

همچنان محكمه متذکره طی این مدت در مورد (12) دوسیه قرار قضائی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

جدول شماره (2) بیانگر قرار های قضائی محکمه ابتدائيه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

در ماه سنبله سال 1399 است

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار	
				خلا و نواقص	مرجع مربوط
1	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	5	19	5	خارنوالی
2	اختلاس	2	10	2	خارنوالی
3	اخذ رشوت	3	3	3	خارنوالی
4	اخاذی غیر قانونی	1	3	1	خارنوالی

5	تذویر	1	2	1	خارنوالی
مجموعه	12	37	12		

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

حکم مورخ 1399/6/19

محکومیت کارمند اداری لوی خارنوالی به جرم وساطت در رشوت

یکتن از باشندگان ولایت بلخ طی عریضه خویش عنوانی ریاست خارنوالی کنترول و مراقبت تحریر داشته که دوسیه نسبیتی برادر در خارنوالی استیناف ولایت بلخ تحت رسیدگی بوده و فعلا دوسیه تحت رسیدگی ریاست خارنوالی جزای عمومی نزد یکتن از خارنوالان قرار دارد وقتی نزد خارنوال موظف قضیه مراجعه نمودم تا از نتیجه دوسیه آگاه شوم خارنوال برایم گفت که همراهی مدیر اداری ما صحبت کن برایت همه چیز را میگوید زمانیکه نزد مدیر اداری ریاست خارنوالی جزای عمومی مراجعه نمودم گفت که خارنوال موظف در بدل قناعت نمودن قضیه مبلغ (۵۰۰) دالر امریکایی از نزدت مطالبه کرده بعد از چانه زنی های زیاد به مبلغ (۴۰۰) دالر امریکایی قناعت نمودم. بنابر عریضه عارض و هدایت لوی خارنوالی موضوع تحت بررسی خارنوالی کنترول مراقبت قرار گرفته که بعد از ترتیب پلان، مسولین آن اداره به شمول نماینده ریاست (062) امنیت ملی به گرفتاری شخص رشوت گیرنده اقدام عملی نمود که مبلغ (400) دالر امریکایی را بعد از نشانی شد به دسترس متضرر قضیه قرار میدهد نخست شاکي تماس تلفیونی برقرار و چگونگی پرداخت پول و محل آنرا مشخص ساخته و رشوت گیرنده متضرر را به دفتر کاری خویش داخل بلاک خارنوالی خواسته و بعد از مدت ده دقیقه دو باره از دفترش خارج شده که همزمان هیئت گرفتاری بداخل دفتر مذکور گردیده که در همین موقع متهم پول داده شده را از داخل جیب واسکت خویش کشیده و به داخل جعبه میز کاری اش گذاشته که در جریان تلاشی محل مبلغ (400) دالر امریکایی نشانی شده از داخل جعبه میز موصوف بدست هیئت موظف گرفتاری قرار گرفته و متهم را تحت توقیف قرار داده اند. قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه رسیده گی به جرایم ناشی از فساد اداری و ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1399/6/19 خویش در حضور داشت خارنوال موظف قضیه و با رعایت ماده (212) قانون اجراءات جزایی متهم مامور اداری خارنوالی جزای عمومی را در قضیه وساطت رشوت مبلغ (400) دالر امریکایی طبق حکم بند (۳) فقره (۱) ماده (۳۷۱) با رعایت ماده (۳۷۲) کود جزا و فقره (۱) ماده (۳۷۵) و فقره (۱) ماده (۳۸۵) کود مذکور به شمول ایام نظارت و توقیفی بمدت یکسال حبس تنفیذی و جزای نقدی معادل و جه رشوت و انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است.

حکم مورخ 1399/6/24

محکومیت آمر و عضو کشف حوزه دوازدهم پولیس شهر کابل به جرم اخذ رشوت

یکتن از باشندگان ناحیه دوازدهم شهر کابل طی ورقه عرض خویش به ریاست مبارزه با جرایم سنگین فساد اداری عارض و تحریر داشته که یک باب منزل سه اتاقه ام در مربوطات ناحیه دوازدهم موقعیت دارد به منظور حفاظت و نگهداری از خانه، اجناس و اموال خویش یکتن را در بدل مبلغ ده هزار افغانی معاش ماهوار به صفت نگهبان توظیف نموده بودم تقریباً یک ماه قبل مواد تعمیراتی از جمله گادر، چپرکت، سولر، و سایر اجناس از منزل ام سرقت و مفقود گردیده که مسولیت متوجه نگهبان میباشد آمر و معاون کشف جرایم حوزه متذکره در بدل ارسال اوراق قضیه به مراجع

نیصلاص مبلغ (30000) افغانی طور رشوه مطالبه می نماید. متعاقبا ریاست مبارزه علیه جرایم سنگین وزارت امور داخله به اساس ورقه عرض عارض طی یک پلان منظم کشفی در چهاراهی محمد داود خان مربوط ناحیه دوازدهم شاروالی کابل متهم را در حضور داشت خانونال موظف و هیئت گرفتاری حین اخذ مبلغ (30000) افغانی پول اوپراتیفی که قبلا نشانی شده بود بالفعل دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی می نمایند. قضیه وارد محکمه ابتدائیه رسیده گی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1399/6/24 در حضور طرفین قضیه متفقا هر یک امر کشف حوزه دوازدهم امنیتی پولیس شهر کابل و عضو آمریت کشف حوزه متذکره را در قضیه اخذ رشوت مبلغ (30000) افغانی طبق حکم بند (3) فقره 1 ماده 371 و فقره 2 ماده 375 و فقره 1 ماده (385) کود جزا با رعایت احکام مواد (213 و 215) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی شان هر واحد بمدت یک سال و شش ماه حبس تنفیذی، جزای نقدی معادل و جه رشوت و انفصال از وظیفه و یک فرد ملکی را در قضیه وساطت رشوت مبلغ سی هزار افغانی طبق حکم بند 3 فقره 1 ماده 372 و ماده 385 کود جزا با رعایت ماده (373) کود مذکور به مدت نه ماه حبس تنفیذی و جزای نقدی معادل وجه وساطت رشوت محکومین به مجازات نمود.

گزارش و فعالیتهاي قضائي محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری (1) گزارش

محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری از تاریخ (1399/6/1) الی (1399/6/31) تعداد (9) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (21) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی، اخذ رشوت، اختلاس، اخاذی های غیر قانونی، تزویر و اکتساب غیر قانونی سلاح گرفتار شده و از این تعداد (1) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برانیت حاصل و (20) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات هاي مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یکماه الی یکسال 5 نفر.
- حبس یکسال الی پنج سال 8 نفر.
- محکومین جرایم نقدی 7 نفر.
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (7725) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (3) بیانگر آمار اجراءات محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

در ماه سنبله سال 1399 است

ردیف	نوع قضیه	تعداد متهم	براد ت	تعداد محکوم	تصمیم قضائی			
					تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
					15-5 سال حبس	5-1 سال حبس	محکومین کارانه تنفیذی	تاریخ تقدیم
1	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	4	14	14	1	7	6	7012
2	اختلاس	2	1	1	1			
3	اخذ رشوت	2	2	2	2			259
4	اکتساب غیر قانونی سلاح	1	2	2	1		1	454
5	اخاذی های غیر قانونی	1	1	1	1			
	مجموعه	9	21	20	5	8	7	7725\$

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (4) دوسیه قرار قضایی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است. جدول شماره (4) بیانگر قرار های قضایی محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

در ماه سنبله سال 1399 است

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار خلا و نواقص	مرجع مربوط
1	اخذ رشوت	1	1	1	خارنوالی
2	تزویر	2	8	2	خارنوالی
3	اخاذی ها غیر قانونی	1	1	1	خارنوالی
مجموعه		4	10	4	

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

حکم مورخ 1399/6/26

محکومیت دو تن از ساتنمنان تصدی ملی محافظت عامه وزارت داخله به جرم سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی

بتاریخ 1398/6/26 یکتن از ساتنمنان اسبق منسوب قوماندانی مفرزه کمپنی انجلیک سایت خوست مربوط تصدی ملی محافظت عامه وزارت امور داخله به ریاست امنیت عمومی داخلی وزارت امور داخله اطلاع می دهد که بتاریخ 1398/6/18 از بست قوماندانی مفرزه کمپنی انجلیک مقیم در ولایت خوست به طور غیر قانونی در حالیکه بالای وظیفه خویش حاضر بودم منفک گردیدم و مجدداً قوماندانی قطعه متذکره مقیم سایت پکتیا همراهی بنده موافقه نموده اند. اکنون ساتنمن نماینده قوماندانی مفرزه کمپنی انجلیک در کابل مبلغ (15000) افغانی در بدل تعین بستی ام مطالبه می نماید. موظفین مدیریت امنیتی داخلی بعد از دریافت اطلاع داخل اقدام گردیده و ساتنمن همراه با سرباز منسوب قطعه متذکره را هنگام اخذ مبلغ (13000) افغانی پول اپراتیفی نشانی شده بالفعل گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی مینماید که قضیه وارد به محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/11/5 خویش بحضور داشت طرفین قضیه متفقاً متهم ساتنمن محافظت عامه را در قضیه سوء استفاده از موقف و وظیفوی طبق حکم ماده (403) کود جزا با رعایت احکام مواد (213 و 215) کود مذکور و متهم دیگر را در قضیه شراکت متذکره طبق حکم ماده (403) کود جزا با رعایت حکم ماده (58) کود جزا با در نظر داشت احکام مواد (213 و 215) کود مذکور هر واحد به جزای نقدی مبلغ هفتاد - هفتاد هزار افغانی انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکومان به مجازات نموده است اما قضیه نسبت عدم قناعت خارنوال دوسیه به محکمه استیناف رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل محول گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1399/6/24 درحال حضورداشت طرفین قضیه و مساعد حقوقی به اتفاق آراء حسب هدایت ماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فیصله مورخ 1398/11/5 مصدوریه محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل را تائید نموده است.

حکم مورخ 1399/6/26

محکومیت معاون تولى سوم و قوماندان بلوک تولى سوم حوزه چهارم امنیتی پولیس کابل به جرم ممانعت از تطبیق عدالت

به اساس عریضه یکفرد عنوانی اداره مراقبت قضایی ستره محکمه مبنی بر مطالبه مبلغ (250000) افغانی در قبال کاهش ده سال حبس متهم قضیه امنیت داخلی و خارجی در مرحله تمیز هیئت اداره مراقبت قضایی توظیف می گردد و ذریعه استعلام نمبر (27) مورخ 1398/2/1 آن اداره همرا با نماینده قوماندانی امنیه کابل به ساحه حوزه چهارم امنیتی پولیس غرض گرفتاری شخص پول گیرنده می روند رشوه گیرنده شخص عارض را به ساعت 11:45 دقیقه قبل از ظهر مورخ 1398/2/1 در یک هوتل واقع سلیم کاروان خواسته و مبلغ متذکره را از نزدش گرفته و برای پسر خاله خود تسلیم و به وی هدایت می دهد تا به پسرش تسلیم نماید و پسر خاله اش پول را برای پسرش میدهد و پسرش همرا با پول به طرف منزل فرار می نماید. هیئت بعد از گرفتاری متهم به طرف خانه اش میروند تا پسرش را نیز گرفتار نمایند اما در نزدیکی درب منزل متهم خانم و اعضای فامیل وی که طبقه اناث بودند بالای هیئت حمله نمودند و مانع گرفتاری پسر متهم شده و وی را در داخل منزل مخفی نمودند و هیئت به نسبت نبود پولیس اناثیه و خارنوال نتوانسته اند داخل منزل مظنون شوند و نماینده قوماندانی امنیه ولایت کابل که در ترکیب هیئت حضور داشته قبل از اینکه هیئت به جوار درب منزل متهم برسد با مسئولین حوزه چهارم امنیتی هماهنگی نموده و در همین اثناء سه تن منسوبین حوزه متذکره با رنجر پولیس همراه داماد متهم که هیچ نوع مسئولیت وظیفوی در حوزه چهارم ندارد نشسته در سبیت رنجر پولیس به محل می آیند. هیئت گرفتاری با نشان دادن کارت های هویت خویش به منسوبین حوزه چهارم خود را معرفی نموده و از ایشان خواهان کمک و اقدام به گرفتاری مجرم فراری می شوند اما آنان به حرف های هیئت گرفتاری اعتنایی نکرده بلکه از داماد متهم حمایت نموده و بالای هیئت گرفتاری حمله ور گردیده و حتی به خاطر اینکه صحنه مستند سازی نشود بالای تصویر بردار اداره مراقبت قضایی حمله نموده و مانع تصویر برداری صحنه می گردد و همچنان همکار هیئت را دست بند زده و به رنجر بالا می نمایند و وقتی که هیئت مانع می شوند سرباز با سلاح کلاشینکوف خود فیر می نماید. هر سه منسوب حوزه چهارم با هیئت گرفتاری در گیر شده و به این ترتیب زمینه فرار مظنون را فراهم می نمایند و قضیه جهت حل فصل به محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل راجع گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی مورخ 1399/5/15 خویش به حضورداشت طرفین قضیه متهم معاون تولى سوم حوزه چهارم و قوماندان بلوک تولى سوم حوزه چهارم امنیتی پولیس کابل را در قضیه استعمال قوه و تهدید جهت ممانعت از تطبیق عدالت طبق بند 4 فقره 1 ماده 461 کود جزا و رعایت مواد 213 و 215 کود مذکور به مدت شش، شش ماه حبس تنفیذی. و متهم دریور حوزه مذکور را در قضیه استفاده غیر قانونی سلاح ناریه طبق مواد 540 و 14 کود جزا و رعایت مواد 213 و 215 کود مذکور به پرداخت جزای نقدی مبلغ چهل هزار (40000) افغانی و جبران خساره مبلغ چهل و هفت اعشاریه هفت (47.7) افغانی قیمت دو فیر مرمی محکومین به مجازات نموده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت خارنوال قضیه وارد محکمه استیناف رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1399/6/25 خویش با اتفاق اراء درحال حضورداشت طرفین قضیه طبق حکم ماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فیصله مورخ 1399/5/15 محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری معاون تولى سوم و قوماندانی بلوک تولى سوم حوزه چهارم امنیتی پولیس کابل را در قضیه استعمال قوه و تهدید جهت ممانعت

از تطبیق عدالت طبق بند (4) فقره (1) ماده (461) کود جزا بشمول ایام نظارت بمدت یکسال و شش ماه - یکسال شش ماه حبس تنفیذی و سرباز حوزه مذکور را در قبال قضیه استعمال قوه و تهدید جهت ممانعت از تطبیق عدالت طبق بند (4) فقره (1) ماده (461) کود جزا بشمول ایام نظارت و توقیفی بمدت یکسال و یکماه حبس تنفیذی، در قبال قضیه استعمال غیر قانونی سلاح ناریه طبق مواد (540) و (14) کود مذکور بمدت یکسال و ده روز حبس تنفیذی و جبران خساره مبلغ (7،47) چهل و هفت اعشاریه هفت افغانی قیمت دو فیر مرمی محکومین به مجازات نموده است از اینکه ارتکاب جرایم متهم سرباز به هدف واحد بوده و طوری جمع شده که تجزیه را قبول نمی کند طبق حکم ماده (73) کود جزا شدید ترین جزا که همانا یکسال و یکماه حبس تنفیذی و جبران خساره متذکره می باشد بالای متهم قابل تنفیذ و تطبیق است.

در راستای مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

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

1. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (1399/6/1) الی (1399/6/31) تعداد (97) دوسیه مربوط به انواع مواد مخدر را مورد رسیدگی قضائی قرار داده و در مورد آنها فیصله های لازم صادر نموده است. در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (141) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (4) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت یافته و (137) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس 1 سال الی 5 سال 68 نفر .
 - حبس 5 سال الی 15 سال 39 نفر.
 - حبس 15 سال الی 20 سال 21 نفر .
 - حبس 20 سال الی 30 سال 8 نفر .
 - یک نفر محکوم به جزای نقدی مبلغ 389 دالر امریکایی.
- همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر حکم به محو مقدار (94179,465) کیلوگرام و (588) لیتر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

جدول شماره (1): آمار اجرای قضائی محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه با مسکرات و مواد

مخدر در ماه سنبله سال 1399

ردیف	نوع قضیه	تعداد افراد متهم	مقدار مواد	تعداد محکومین	تعداد محکومین	تصمیم قضائی			
						تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
						محکومین جزیه نقدی	حبس 1-5 سال	15-20 سال حبس	20-30 سال حبس
1	مت امقمامین	45	93,393	61	2	59	1	23	8
2	هیروئین	21	259,427	35		35		10	6
							12		7

3	مورفین	4	101,255	5	5		2	1	1	1	
4	چرس	3	932	6	6		1	5			
5	تریاک	11	527.2	11	1	10	5		5		
6	بنگدانه و کشمش تخمیر شده	6	91919,69	11	11		11				
8	مشروبات الکولی	3	346.5 320LT	4	4		4				
9	مواد کیمیای	2	268LT	3	3		2		1		
10	اتفاق در جنایت و قاچاق دستگاه	2		5	1	4	4				
	مجموعه	97	94179,465	14 1	4	137	1	68	39	21	8

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

حکم مورخ 1399/6/22

سی سال حبس به اتهام قاچاق (76,880) کیلو گرام مورفین و (740) کیلو گرام تریاک به اساس اطلاع شخص همکار به قوماندانی امنیه و لیسوالی اوبه هرات مبنی بر انتقال یک مقدار مواد مخدر توسط یکعراده واسطه نوع فوربایفور که دارای دو سرنشین میباشد موظفین مربوطه داخل اقدام شده و واسطه متذکره را در ساحه توقف داده و درگیری با پولیس و سر نشینان واسطه آغاز می گردد که منجر به فرار یکی از قاچاقبران گردیده و یکنفر دیگر که از ناحیه پای مجروح گردیده دستگیر و با عراده حامل مواد به قوماندانی انتقال می گردد . و در نتیجه تلاشی واسطه مقدار (740) کیلو گرام تریاک مقدار (76/880) کیلو گرام مورفین از آن کشف و بدست میآید. و متهم به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی و قضیه محول محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی منعقد مورخ 1399/6/22 به اتفاق آرا و بحضور داشت طرفین حقیقی قضیه متهم را در قضیه انتقال مقدار (76/880) کیلو گرام مورفین وفق صراحت بند (5) فقره (1) ماده (302) کود جزا به مدت (30 سال) حبس تنفیذی و در قضیه انتقال مقدار (740) کیلوگرام تریاک مطابق هدایت بند (6) فقره (1) ماده (304) کود جزا به مدت (شانزده سال) حبس تنفیذی محکوم بمجازات نموده که با در نظر داشت ماده (73) کود جزا مجازات شدید از بابت انتقال مقدار (76/880) کیلو گرام مورفین که مدت (30 سال) می باشد از ابتدای ایام نظارت و توقیفی بالایش قابل تطبیق و تنفیذ است . هکذا به مصادره یک سیت مبائیل معه سیم کارت آن طبق ماده (32) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و مطابق ماده (19) قانون اخیر الذکر به محو مقادیر بدست آمده مواد مخدر نیز اصدار حکم گردیده است و هم چنان مطابق ماده (308) کود جزا یکعراده واسطه فوربایفور حامل مواد مخدر بدست آمده نیز قابل مصادره پنداشته شده است.

حکم مورخ 1399/6/24

ده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (440) گرام مت امفتامین

بالاثر اطلاع قبلی مدیریت مبارزه علیه مواد مخدر ولایت کندهار مبنی بر اینکه یکتن از باشندگان ولایت کندهار مواد مخدر را بطور سیار بفروش میرساند موظفین مربوطه داخل اقدام شده و یک نفر همکار مخفی خود را به صفت خریدار برای فروشنده مواد مخدر معرفی مینماید و موظفین پول نشانی شده را به دسترس شخص همکار قرار میدهد که مقدار (200) گرام مت امفتامین را در مقابل (15000) هزار افغانی از نزد فروشنده خریداری کند. موظفین داخل اقدام شده ولی متهم بعد از دیدن پولیس فرار می نماید که بعد از فیر هوانی گرفتار میگردد و مقدار (240) گرام مت امفتامین از زیر سبت عقبی عراده اش بدست می آید و متهم به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد قضیه به محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مواد مخدر راجع گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی مورخ 1399/6/24 به حضور داشت حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آرا متهم را در قضیه قاچاق مواد مخدر مقدار (440) گرام مت امفتامین طبق بند (5) فقره (2) ماده (303) کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی تاریخی 1399/4/3 به مدت ده سال یازده ماه و ده روز حبس تنفیذی محکوم به مجازات و درقضیه راننده گی عراده بدون پلیت طبق ماده (560) کود جزا به مبلغ بیست هزار افغانی جزای نقدی با رعایت ماده (75) کود جزا محکوم نموده ، طبق ماده (779) کود جزا یک عراده موتر حامل مواد مخدر بدون پلیت قابل مصادره پنداشته شده و نیز طبق ماده (19) قانون مبارزه علیه مواد مخدر به محو مواد مخدر بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است .

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

1. گزارش

محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (1399/6/1) الی (1399/6/31) تعداد (62) 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 (85) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (2) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برانث یافته و (83) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند .

- حبس 1 سال الی 5 سال 28 نفر.
- حبس 5-15 سال 31 نفر.
- حبس 15-20 سال 19 نفر..
- حبس 20-30 سال 5 نفر .

همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر حکم به محو مقدار (2623.365) کیلوگرام مواد مخدر و (8840) لیتر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (3961) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (2) بیانگر اجراءات قضایی محکمه استیناف اختصاصی مبارزه با

مسکرات و مواد مخدر طی ماه سنبله سال 1399 می باشد

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تصمیم قضائی
			تعداد	تعداد
				تعداد محبوس به حبس تنفیذی

متهم	برانت	جزای نقدی	محکوم	1- 5 سال حبس	5- 15 سال حبس	15- 20 سال حبس	20- 30 سال حبس				
31	1	778	30	11	13	6		105,617	24	مت امقّامین	1
22	1	2341	21	6	6	5	4	288,718	14	هیرونین	2
5			5		2	2	1	71,65	4	مورفین	3
6		281	6	2		4		495,98	6	تریاک	4
11		281	11	4	7			1661,4	8	چرس	5
6			6	1	3	2		LT8540	3	مواد کیمیای	6
3		280	3	3					2	همکاری با قاچاقبران	7
1			1	1				Lt300	1	مشروبات الکولی	8
85	2	3961	83	28	31	19	5	2623.365	62	مجموعه	

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

حکم مورخ 1399/6/25

ده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (73) کیلو گرام چرس

موظفین قوماندانی قطعه خاص پولیس مبارزه با مواد مخدر (NIU) اطلاع حاصل مینماید که یکتن از قاچاقبران مواد مخدر را برای پرچون فروشان فراهم میکند و هرگاه برایش خریدار پیدا شود طی دو روز زمینه فروش (120) کیلو گرام چرس را فراهم مینماید به منبع وظیفه سپرده میشود تا برایش خریدار جستجو نمایند پس از یک سلسله اجراءات اوپراتیفی توسط منبع یک نفر افسر تحت پوشش برای فروشنده منحیت خریدار معرفی گردیده که پس از گفتگو فروشنده حاضر به معامله همراه با افسر تحت پوشش گردیده و از وی میخواهد تا انتقال مواد مخدر در جایی که خواسته باشد توسط موتر وی صورت گیرد افسر مذکور موترش را در اختیار فروشنده قرار داده و حینیکه میخواست مواد قبلا جاسازی شده در دو بالون سیاه را به افسر تحت پوشش در ساحه نساجی بگرامی تسلیم نماید، گرفتار و به ارتباط قضیه دو تن همراه با مقدار (73) کیلو گرام چرس همراه با یکعراده موتر نوع سراچه دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد. قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه با مسکرات و مواد مخدر گردیده و در جلسه قضایی مورخ 1399/5/29 متهمین در قضیه قاچاق و انتقال مقدار (73) کیلو گرام چرس طبق بند (7) فقره (1) ماده (305) کود جزا به مدت (ده - ده) سال حبس تنفیذی محکوم گردیده و هکذا طبق ماده (32) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات چهار سیت مایل معه سیم کارت های آن، مبلغ (50) دالر امریکائی و مبلغ (2190) افغانی و مبلغ (10500) کلداریکستانی بدست آمده و یکعراده واسطه سراچه مربوط قاچاقبران مصادره شده و نیز طبق ماده (19) قانون متذکره به محو مقدار (73) کیلو گرام چرس بدست آمده اصدار حکم گردید است. اما قضیه نسبت عدم قناعت متهمین قضیه به محکمه اختصاصی استیناف رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات راجع گردیده محکمه در جلسه 1399/6/25 خویش بحضور داشت حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آراء متکی بماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فقره (2) ماده (17) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات و فقره (1) ماده (267) قانون اجراءات جزائی فیصله

مورخ 1399/5/29 محکمه اختصاصی ابتدائیه رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات را تأیید نموده است .

حکم مورخ 1399/6/24

نزده سال حبس به اتهام شراکت در قضیه قاچاق

به اساس اطلاع، آمریت اطلاعات و تحقیقات به همکاری مدیریت مبارزه با مواد مخدر قوماندانی امنیه ولایت پروان به تعداد (1200) تابلت (K) به وزن خالص مقدار (400) گرام را از منطقه شکارگاه ولسوالی جبل السراج آن ولایت بدست آورده و اکنون در پیوند به ذیدخل بودن در قضیه فوق الذکر یکتن از باشندگان اصلی ناحیه (16) شهر کابل باشندده فعلی پروان سوم مربوط ناحیه چهارم شهر کابل توسط پرسونل آمریت اطلاعات و تحقیقات با تشریک مساعی قوماندانی قطعه خاص عملیاتی پولیس مبارزه با مواد مخدر (NIU) در منطقه شرشرای ولسوالی پغمان ولایت کابل تثبیت و گرفتار می گردد که در نتیجه تست لابراتواری مواد مخدر بدست آمده (MDMA) مثبت تثبیت گردیده و متهم به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی و قضیه محول محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مواد مخدر مسکرات می شود. محکمه در جلسه قضائی مورخ 1399/5/23 بحضور طرفین قضیه به اتفاق آراء متکی به دلایل فوق متهم را در ارتباط به شریک جرمی در مقدار (400) گرام (MDMA) تابلت (K) طبق بند (5) فقره (2) ماده (303) با رعایت ماده (58) کود جزا بمدت ده سال و نه ماه و بیست پنج روز حبس محکوم به مجازات نموده و در قضیه اتفاق در جنایت طبق ماده (71) کود مذکور بمدت پنج سال حبس محکوم و طبق ماده (73) کود مذکور به تنفیذ شدیدترین جزا که مدت ده سال و نه ماه و بیست پنج روز حبس میباشد تصریح شده است همچنان در قضیه استخدام افراد در فروش مواد مخدر بالای متقاضیان طبق فقره (1) ماده (310) کود مذکور بمدت پنج سال حبس تنفیذی، در قضیه فروش مواد مخدر بالای معتادین طبق فقره (1) ماده (311) کود مذکور به مدت سه سال حبس تنفیذی و در قضیه تهیه محل و فعل قمار بازی طبق ماده (692) کود مذکور بمدت یکسال حبس تنفیذی محکوم به مجازات گردیده است، طوریکه طبق ماده (75) کود مذکور جزا های تنفیذی محکوم بهای فوق یکی پی دیگری که مدت نزده سال و نه ماه و بیست پنج روز حبس میشود بالایش قابل تطبیق و تنفیذ میباشد و طبق ماده (32) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات به مصاحبه دو سیت موبایل مع سیمکارت های آن و مبلغ (42) هزار افغانی پول بدست آمده و محو مواد مخدر بدست آمده نیز حکم گردیده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم قضیه وارد محکمه استیناف رسیدگی به جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی مورخ 1399/6/24 به اتفاق آراء و بحضور داشت حقیقی طرفین متکی به ماده (54) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و ماده (267) قانون اجراءات جزائی فیصله مورخ 1399/5/23 محکمه ابتدائیه را تأیید نموده است.