

قضاء



دستري محكمې نشراتي ارگان

د امتياز خاوند: ستره محكمه
خپرونكي: دخپرونو رياست

د ليكنې هيئت

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

مسئول مدير: محمد صديق ژوبل

پته: دافغانستان داسلامي جمهوري دولت ستره محكمه

تيلفون: ۲۳۰۲۲۶۳_۲۳۰۰۳۶۱

ديزاین او کمپوز: وحيدالله "اسديار"

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



فهرست مطالب:

از متحدا المال های ستره محکمه.....	۳
د اسلامی شریعت موخې (مقاصد).....قضاوتوال عنایت الله حافظ.....	۵
احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی.....قضاوتپوه مستمند غوری.....	۱۲
داسلامی فقهې بنسټونه.....قضاوتپوه حضرت گل حسامی.....	۲۹
مصادر قانون.....دوکتور عبدالله عطائی.....	۳۶
طرز رسیدگی به قضایای مدنی؛ حقوق عامه.....هما علیزوی.....	۴۰
اصول و قواعد جزاشناسی در کود جزای افغانستان...پوهندوی ولی محمد امینی.....	۵۷
دعوی مدنی و شرایط اقامه آن.....قضاوتمل عبدالباری خرداد.....	۷۳
إقالة عقد بیع.....محمد نادر احمدی.....	۹۵
حقوق جزاء و رعایت حریم خصوصی.....قضاوتمل وزیر احمد عزیزی.....	۱۰۵
اسباب اختلاف فقهاء در احکام زنا.....قضاوتمند عبدالدین محمودی.....	۱۲۳
تعارض قوانین احوال شخصیه.....فرید احمد صدیقی.....	۱۵۱
اجمالی از فعالیتها در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر.....	۱۶۰

از متحدالمال های ستره محکمه

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

دارالانشاء شورای عالی:

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

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

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

موضوع فوقاً بمقام محترم احتراماً پیشنهاد گردید در زمینه آنچه هدایت فرمایند قابل تعمیل است.))
مطلب مورد استهداء مندرج پیشنهاد شماره فوق به جلسه مؤرخ ۱۳۹۹/۶/۴ مقام محترم
شورای عالی گزارش یافت در نتیجه طی تصویب شماره (۳۱۱) هدایت ذیل صادر شد:
((صلاحیت رسیدگی قضایای جدیدالورود و صورت حال شده محاکم اختصاصی زون های پنج
گانه قبلی غصب املاک دولتی با رعایت متحدالمال (۶۰۱-۶۷۵) مؤرخ ۱۳۹۹/۶/۴ مطابق
تشکیل به دیوانهای حقوق عامه ولایات مربوط و صلاحیت رسیدگی آنعده قضایای حقوق عامه
مرکز به شمول ولسوالی های کابل که ده جریب و یا بیشتر از آن باشد مربوط محکمه اختصاصی
استیناف رسیدگی به قضایای غصب املاک دولتی شهر کابل میباشد، موضوع به جمیع محاکم و
مراجع مربوط تعمیم گردد.))

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

متحدالمال شماره (۱۲۶۷-۱۳۴۱) مؤرخ ۱۳۹۹/۸/۱۰

دارالانشاء شورای عالی:

شورای محترم عالی ستره محکمه در جلسه مورخ ۱۳۹۹/۷/۳۰ با در نظر داشت مبرمیت رسیده گی به قضایای فساد اداری طی تصویب شماره (۴۸۵) حسب ذیل تصمیم اتخاذ نمود:
(خارنوالی و محاکم بمنظور مبارزه مؤثر با جرایم فساد اداری از رهائی موقت مظنونین و متهمین جرایم فساد اداری احتراز نمایند، موضوع غرض توحید مرافق قضائی به جمیع مراجع مربوط متحد المال گردد.)

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

د اسلامي شريعت موخې (مقاصد)
(۲۳)

فهرست:

- ۵..... خوارلسم مطلب: د موخو ډولونه د هغوي د مرتبو د پياوړتيا له پلوه
- ۵..... لومړی: ضروري (الضروريات) مصلحتونه
- ۷..... دوه یم: حاجي (حاجيات) مصلحتونه
- ۹..... حاجيات په عباداتو کې:
- ۹..... حاجيات په عاداتو کې:
- ۹..... حاجيات په معاملاتو کې:
- ۱۰..... حاجيات په جناياتو او عقوباتو کې:

خوارلسم مطلب: د موخو ډولونه د هغوي د مرتبو د پياوړتيا له پلوه

مصلحتونه د هغوي د درجو د قوت له پلوه، ضروري مصلحتونو، حاجي مصلحتونو، تحسیني مصلحتونو او ددې هر یو بشپړوونکو ته په لاندې توګه وېشل کېږي:

لومړی: ضروري (الضروريات) مصلحتونه

علماوو د ضروري مصلحتونو لپاره ګڼ شمېر تعریفونه بیان کړي، چې دلته ترې موږ یو څو په لاندې توګه بیانوو:

- امام غزالي رحمه الله یې په تعریف کې دا ښه وایي: ضروري مصلحتونو څخه د اسلامي شرعي هدف د موخو ساتنه ده، چې د اسلامي شريعت موخې له خلقت څخه پنځه شیان دي، چې هغه د خلکو د دین، نفس، عقل، نسل او مال ساتنه ده، نو هر هغه شی چې د یادو پنځه اصولو پر ساتنه مشتمل وي، هغه مصلحت دی او هر هغه شی چې یاد پنځه اصول له منځه وړي هغه مفسده ده

او دفع کول يې مصلحت دی^۱، چې يادو اصولو ته نه پاملرنه د ژوندانه د نظام د ګډوډۍ لامل او د خلکو ژوند ورسره ګډوډېږي.^۲

● امام شاطبي يې په تعريف کې وايي: ضروري موخې هغه موخې دي چې د ديني او دنيايي مصلحتونو په رامنځته کولو کې ترې داسې لا چاري ده که چېرته يې له لاسه ورکړو، دنيايي مصلحتونه په سمه توګه مخ ته نه ځي، بلکې د فساد، ګډوډۍ او د ژوند په له منځه وړلو تمامېږي او په آخرت کې د خلاصون او جنت څخه يې برخې او د يو ښکاره تاوان سره مخامخ کېږو.^۳

● ابن عاشور رحمه الله يې د تعريف په اړه بيا داسې وايي: دا هغه څه دي چې په ټوله کې د ټول امت ژوند او همدا شان د هر وګړي ژوند د هغوي ترلاسه کولو ته داسې اړتيا لري که چېرته يې ترلاسه نه کړي نو نظام يې ګډوډېږي، په دې مانا چې امت به د فساد او ګډوډۍ لوري ته ګرځي.^۴

● دکتور عبدالکريم زيدان په دې اړه په يو هر اړخيزه تعريف کې داسې وايي: دا هغه مصلحتونه دي چې د انسان ژوند ور پورې تړلی او د ټولنې د ولاړېدو ستنه بلل کېږي، په دې مانا که چېرته يې د لاسه ورکړو، د ژوند نظام به ګډوډ، خلک به فتنه کې واقع، چارې به يې ټولې ګډوډې، په دنيا کې به بدبخته او آخرت کې به له عذاب سره مخ شي.^۵

چې د پورته مصلحتونو ساتنه د لاندې دوو چارو په ترسره کولو سره منځته راځي:

۱- له وجودي پلوه، د هغوي د رکنونو درول او د قواعدو ټاکل.

۲- له غير وجودي پلوه، په هغو کې د شته او شوني اختلال له منځه وړل.

په ټوله کې ضروري مصلحتونه پنځه دي، چې عبارت دي د دين، نفس، نسل، مال او عقل له ساتنې څخه، خو کله چې ياد ضروريات نشت شي، امت بيا د څارويو سره په داسې توګه ورته کېږي چې بيا پر هاغه حالت نه پاتې کېږي، چې شارع يې اراده لري، چې همدغه ګډوډۍ بيا په کراره کراره ددې لامل کېږي چې امت د زوال سره مخ، يا پرې هغه دښمنه ډله واکمنه شي، چې امت يې تر څارنې لاندې نيولی او يا يې تمه درلوده چې پر امت برلاسی ومومي.^۶

^۱ المستصفي، ۱/۳۱۶-۴۱۷.

^۲ مخکينۍ مرجع، ۴۱۷/۱.

^۳ الموافقات، ۱۷/۲-۱۸.

^۴ مقاصد الشريعة الاسلامية، لابن عاشور، ۳۰۰.

^۵ الوجيز في اصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ۳۷۶.

^۶ مقاصد الشريعة الاسلامية، لابن عاشور، ۳۰۰.

چې همدغه ضروري موخې د دين له اصولو څخه شمېرل شوي او مرتبه يې د عقايدو له اصولو څخه په دوه یمه درجه کې قرار لري، چې له همدې امله ټولو استازو پرې راتگ کړی او هېچا يې پر اړه اختلاف نه دی کړی.^۱

امام شاطبي رحمه الله وايي: پنځه گوني ضروريات د دين اصول، د شريعت قواعد او د ملت کليات دي^۲، په داسې توگه که چېرته ځينو له دوي ته فساد لاره وکړي، ټول دين له منځه وړي، دا ځکه لکه څرنگه چې د دنيا سموالی د دوي پر ساتنه ولاړ دی، همدا شان د آخرت بريا د دوي له ساتنې پرته ناشونې ده.^۳

همدا شان امام شاطبي رحمه الله وايي: همدغه پنځه گوني اصول په مکه مکرمه کې د دعوت اصول و او هغه څه چې وروسته په مدينه منوره کې د اسلامي شريعت د فرعي حکمونو بيانولو په اړه نازل شوي، په دغو سترو کلياتو کې شامل او ددې ثابتوونکي دي چې د هغوي پر غوښتنو دې عمل وشي او موخه يې دا ده چې د هغوي له ړنگېدو څخه مخنيوی وکړي، په ټوله کې هر هغه امر چې په حقيقت کې د عمل پر محور څرخي تر شا يې د شارع موخه د يادو اصولو ثابتول او له هرې نېسې څخه يې موخه د يادو اصولو له بطلان څخه مخنيوی او د هغو ملاتړ دی.^۴

علماءو د پنځه گونو ضرورياتو د ساتنې لپاره په لاندې توگه بېلگې بيان کړي:

د دين د ساتنې په موخه يې د بې لارې کوونکي کافر وژنه او هغه مبتدع ته چې بدعت ته بلنه کوي، سزاء ورکول ددې لامله واجب بللې چې يادې دواړه چارې د خلکو دين له منځه وړي. قصاص يې د نفس د ساتنې په موخه، د شرابو څښلو حد يې د عقل د ساتنې په موخه، د زناء حد يې د نسل ساتنې په موخه او د غلا حد يې د مال ساتنې په موخه واجب بللی.^۵

دوه یم: حاجي (حاجيات) مصلحتونه

علماءو د حاجي مصلحتونو لپاره گڼ شمېر تعريفونه بيان کړي، چې دلته ترې موږ يو څو په لاندې توگه بيانوو:

امام غزالي رحمه الله دا رنگه تعريف کړي: په خپل ذات کې دوي ته اړتيا نه شته خو د مصلحتونو په لاسته راوړلو او ساتنه کې ترې لا چاري ده.^۶

^۱ وگوره! الشاطبي و مقاصد الشريعة، حمادي العبيدي، ۱۲۰.

^۲ الموافقات، ۴۳/۲.

^۳ مخکينۍ مرجع، ۳۲/۲.

^۴ وگوره! الشاطبي و مقاصد الشريعة، ۱۲۱.

^۵ المستصفی، ۴۱۷/۱.

^۶ المستصفی، ۴۱۸/۱.

ابن تیمیة رحمه الله بيا وايي: د خلکو دين او ژوند نه بشپړېږي مگر په همدوي سره، په داسې توگه که چېرته دوي شتون و نه لري، خلک په مشقت او حرج کې واقع کېږي.^۱

امام شاطبي رحمه الله يې د تعريف په اړه داسې وايي: حاجي موخې هغه موخې دي چې د پراخوالي رامنځته کولو او تنگوالي لرې کولو لپاره ورته اړتيا ده، په دې مانا چې کله له يو چا څخه مطلوب فوت شي، نو هغه په حرج او مشقت اخته کېږي، خو دا داسې مشقت نه دی چې عادي فساد ته يې کچه ورسېږي، لکه څرنگه چې د عامه مصلحتونو پرېښودو کې ممکن منځته راشي.^۲

دکتور وهبة الزحيلي يې هر اړخيز تعريف دارنگه کړی: حاجي موخې هغه چارې دي چې خلک ورته له دې امله اړتيا لري چې ژوند يې په آساني او آرامۍ سره تېر، مشقت ترې لرې، تکاليف پرې کم او د ژوندانه د سختيوو په زغملو کې ورسره مرسته وکړي، په دې مانا که کله دا چارې فوت شي د ژوند نظام يې ورسره نه مختل کېږي، نه يې وجود تهديدوي او نه له کوم ستر خطر او گټلوډۍ سره مخ کېږي، بلکې سختۍ، تنگوالي او ستونزو سره مخ کېږي، نو له همدې لامله چې کله شرعي حکمونو حاجي مصلحتونو ته تحقق ورکړي، موخه يې د مشقت لرې کول، د تعامل آسانه کول او د حاجي مصلحتونو په وسيله د ضروري مصلحتونو ساتنه او ملاتړ دی.^۳

له حاجي موخو څخه هدف دا دی چې له مکلف څخه حرج لرې، د ضرورياتو ملاتړ او چوپړ ترسره او نورو تابع، ځانگړو، جزئي او عامو مصلحتونو ته تحقق ورکړي^۴، چې په دې اړه امام شاطبي رحمه الله دارنگه وايي: کله چې په دې خبره پوهه ترلاسه شوه نو بيا عاقل شخص هېڅکله داسې نه وايي، چې حاجي چارې هغه فروع دي چې له ضروري چارو څخه راتاوې دي، په ورته توگه حکم په تحسيني چارو کې هم دی، ځکه چې دوي حاجي چارې بشپړوي لکه څرنگه چې حاجي چارې، ضروري چارې بشپړوي، نو بشپړوونکي لپاره د بشپړوونکي، بشپړوونکي دی لپاره د اصل، نو تحسيني چارې د ضروري چارو فروع او پر همدوي ولاړې دي.^۵

نو حاجيات له ضرورياتو څخه وروسته په دوه يمه مرتبه کې قرار لري، ځکه چې دوي د ضرورياتو پېرؤ او د هغو اغراضو ته تحقق ورکوي، نو حاجيات پر رخصتونو او هر هغه څه باندې مشتمل دي چې هغې کې آسانتيا او پراخوالی وي، دا ددې لپاره ترڅو مکلف هغه څه په ښه توگه پرته له مشقته ترسره کړي چې پرې مکلف شوی، نو له همدې لامله د مردارې خوراک، تيمم، د لمانځه قصر او

^۱ المقاصد عند ابن تیمیة، يوسف احمد بدوي، ۴۸۹.

^۲ الموافقات، ۲۱/۲.

^۳ مقاصد الشريعة، محمد الزحيلي، ۲۵.

^۴ علم مقاصد الشارع، عبدالعزيز ربيعة، ۱۳۵.

^۵ الموافقات، ۳۳/۲.

په سفر کې روژه خوراک روا شوي، ترڅو مکلف د دین له رکنونو څخه د خپل توان مطابق ساتنه وکړي.^۱

حاجي مصلحتونه پر ضروري مصلحتونو ددې لپاره راڅرخي ترڅو ضروري مصلحتونه په داسې توګه بشپړ کړي چې په ترسره کولو کې یې مکلفین له مشقت سره مخ نه شي او هم د خلکو د ژوند چارې د حاجیانو په وسیله، منځلارې، برابرې او له افراط او تفريط څخه خالي شي.^۲

د فقهي ټول بابونه پر حاجیانو باندې مشتمل دي، لکه د عباداتو، معاملاتو، شرعي عقوباتو او نور بابونه.

حاجیات په عباداتو کې:

په عباداتو کې د حاجیانو بېلګې ډېرې زیاتې دي، لکه د اوبو د کارونې د ضرر، یا نه شتون پر مهال تیمم کول، د فرض لمانځه لپاره د ودرېدو د نه توان پر مهال پر ناسته لمونځ کول، د جمعې او جماعت لمانځه له فوت کېدو وروسته عادي لمانځه ته ګرځېدل، زوړ او شیخ فاني لپاره د روژې خوړل، په حج او د جمراتو په ویشو کې نیابت کول، د ضرورت پر مهال د بدلي (فدېي) په ورکولو سره په حج کې د ځینو محظوراتو مباح ګڼل، د سفر پر مهال د لمانځه قصر او جمع کول، پر پټۍ، موزو او جرايو باندې مسح کول^۳ او په بېړۍ او الوتکه کې د لمانځه پر مهال له قبلي څخه بل لوري ته مخ ګرځېدل.

حاجیات په عاداتو کې:

په عاداتو کې د حاجیانو بېلګې ډېرې زیاتې دي، لکه ښکار کول، له پاکو شیانو څخه په طعام، څښاک، پوښاک او استوګنه کې ګټه اخېستل، په ټوله کې هغه اندازه طعام چې ژوند پرې ودرېږي ضروري، پراخوالی یې حاجي او د طعام ښکلا او ډولونه تحسیني چارې دي، په ورته توګه په جامه کې هغه اندازه چې ستر پرې راشي او بدن له یخۍ او ګرمۍ څخه وساتي ضروري او له دې څخه زیات حاجي او د رنگونو، ډولونو او نازک والي څخه یې خوند اخېستل تحسیني چارې دي.^۴

حاجیات په معاملاتو کې:

په معاملاتو کې د حاجیانو بېلګې ډېرې زیاتې دي، لکه اجاره، سلم، مساقات، مضاربت او داسې نور، که چېرته یادو کړنو ته جواز نه وو، ورکړل شوی، هرومرو یې زیان هغه چا ته رسېده چې یادو چارو ته یې اړتیا درلوده، ابن عاشور رحمه الله وايي: ډېری مباح کړنې په معاملاتو کې له حاجیانو څخه دي، لکه شرعي نکاح، د پلرونو او اولادونو لپاره د نسب ساتنه هم له حاجیانو څخه ده، ځکه

^۱ الشاطبي و مقاصد الشريعة، ۱۲۲.

^۲ الموافقات، ۳۲/۲.

^۳ الموافقات، ۲۱/۲-۲۲.

^۴ مقصد الشريعة الإسلامية، زیاد حمیدان، ۲۳۰.

اولادونه ورته د تربیې، ټولنیزو، اقتصادي او نورو چارو ترسره کولو لپاره اړتیا لري او پلار ددې لپاره ورته اړتیا لري چې په خپله اولاده باندې ویاړ ترلاسه کړي، د کورنۍ ساتنه او داسې نورې چارې له حاجیاتو څخه دي، په دې لړ کې ځینې چارې په پنځه ګونو ضروریاتو کې هم شاملېږي اما هغې کچې ته نه رسېږي لکه څرنګه چې د ضروریاتو د تعریف غوښتنه ده، د بېلګې په توګه د نکاح ځینې حکمونه ضروري نه بلکې حاجي دي، لکه د ولي شتون شرط ګڼل او د نکاح اعلانول، په ورته توګه راکړه ورکړه کې ځینې حکمونه ضروري نه بلکې حاجي دي، لکه د سود حراموالی او په کفالت باندې د أجورې اخېستل، ځکه دا چارې مال ساتنه بشپړوي، خو خپله په مال ساتنه کې دخپلې نه دي.^۱

حاجیات په جناياتو او عقوباتو کې:

د بېلګې په توګه عقوباتو کې قاعده ده، چې وايي حدود په شېبې سره لرې کړئ، يا په خطاء قتل کې ددې لپاره چې پر قاتل آسانتيا راشي ديت پر عاقله (ورته د قاتل) دی، همدا رنگه صناعت کوونکي ضامن ګڼل شوي.^۲

همدا شان د اړتيا پر مهال د محظوراتو مباح ګڼل له حاجياتو څخه دي، ترڅو حرج دفع شي، په ورته توګه کله چې له ضروریاتو سره مفسد ګډېږي د عموم البلوی له کبله سترګې پټول په کار دي، چې په دې اړه امام شاطبي رحمه الله وايي: شرعي قواعد په خپل اصل کې کله چې بدۍ په کې دننه شي، لکه راکړه ورکړه، ګډ ژوند او داسې نورو کې او په داسې توګه دا بدۍ شهرت ته ورسېږي چې مکلف د عمل کولو پر مهال له دې څخه پاک نه پاتې کېږي چې بدۍ دې هم ورته ورسېږي، نو ظاهره حکم دا دی چې داسې چارې چې بدۍ ته مفضي کېږي بايد پرېښودل شي، اما حق دا غوښتنه کوي چې دا چارې دې ځکه تر سره شي چې اړتيا يې په کلي او يا په جزېي توګه غوښتنه کوي.^۳

همدا شان هغه وايي: ضروري چارې او يا غیر له هغې لکه حاجي او تکميلي چارې، کله چې له بهر څخه هغوي ته داسې څه دننه شي چې شريعت يې نه غواړي، نو په دې حالت کې که شخص ځان محفوظ ګانه، د توان تر بريده کولای شي له حرج پرته د مصالحو په ترلاسه کولو اقدام وکړي^۴، د بېلګې په توګه، حمام ته دننه کېدل حاجي چاره او د حرج لرې کولو لپاره سره له هغه فساد چې په حمام کې شتون لري مباح شوې، ښارونو ته ننوتل سره له هغه فساد چې په ښارونو کې شتون لري روا شوي، ترڅو حرج دفع شي، په ورته توګه په يوه داسې محله کې اوسېدل چې هلته ګاونډيان

^۱ مقاصد الشريعة الاسلامية، ابن عاشور، ۳۰۶-۳۰۷.

^۲ الموافقات، ۲/۲۲.

^۳ مخکينۍ مرجع، ۵۲۶/۳.

^۴ مخکينۍ مرجع، ۱۹۹/۵.

بدی او فحشاء ترسره کوي او بل ځای د استوګنې لپاره نه پیدا کېږي، هلته استوګنه ځکه روا ده چې حرج دفع شي او داسې نورې ورته بېلګې.^۱

د حاجياتو بيان په پای کې ځينې هغه فقهي قواعد چې له حاجياتو سره اړیکه لري او له ځنې خالي نه دي، په لاندې توګه دي:^۲

- ۱- الأصل في الأعيان الإباحة والطهارة^۳، ژباړه: اصل په اعيانو او شيانو کې اباحت او پاکوالی دی.
- ۲- الواجبات كلها تسقط بالعجز او ما عجز عنه العبد من شروط العبادات يسقط عنه، ژباړه: ټول واجبات په عجز سره ساقطېږي او همدا شان چې کله د عبادت له شرطونو څخه کوم شخص عاجز شو هغه ترې ساقطېږي.
- ۳- كل من فعل عبادة كما أمر بحسب وسعه فلا إعادة عليه، ژباړه: هر چا چې عبادت له شوي امر او خپل توان سره سم ترسره کړي، بيا ځلې کول يې پرې نه شته.
- ۴- الكراهة تزول بالحاجة، ژباړه: کراهيت په حاجت سره له منځه ځي.
- ۵- الأمور المنهي عنها يعفى فيها عن الناسي والمخطئ، ژباړه: نهې کړای شوې چارې، د هېروونکي او خطاء کوونکي لپاره بېنل شوي.
- ۶- ما ترك المكلف بجهله بالواجب لا يعيده، ژباړه: کله چې مکلف پر واجب علم و نه لري او هغه ترې پاتې شي بيا به يې نه راګرځوي.
- ۷- ما أبيع للحاجة جاز التداوي به، و ما أبيع للضرورة فلا يجوز التداوي به، ژباړه: هغه څه چې د حاجت له مخې مباح ګڼل شوي تداوي پرې جواز لري او هغه څه چې د ضرورت له مخې مباح ګڼل شي تداوي پرې جواز نه لري.
- ۸- كل ما احتاج اليه الناس في معاشهم ولم يكن سببه معصية لم يحرم عليهم، ژباړه: هر هغه څه چې خلک ورته په خپل ژوندانه کې اړتيا لري او د ګناه لامل يې نه ګرځي، ورته حلال دي.
- ۹- كل ما لا يتم المعاش الا به فتحريمه حرج وهو منتف شرعا، ژباړه: هر هغه څه چې ژوند له هغې پرته نه بشپړېږي، حراموالی يې حرج او شرعا منتفي دي.
- ۱۰- الأصل في العادات العفو وعدم الحظر، ژباړه: أصل په عاداتو کې عفو او عدم حظر دی.

^۱ فقه الأولويات، محمد الوكيل، ۲۵۴-۲۵۵.

^۲ المقاصد عند ابن تيمية، ۳۹۴-۴۹۵.

^۳ مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ۵۳۵/۲۱.

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

پیوست به گذشته

احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی

فصل دوم

فهرست:

در بیان احکام شهادت	۱۲
فصل سوم	
در بیان احکام قسامت	۱۶
مبحث اول	
قسامات در مذهب حنفیان	۱۷
مبحث دوم	
قسامات در مذهب شافعیان	۲۵

در بیان احکام شهادت

۵۷۷- دلیل مشروعیت شهادت:

اصل در مشروعیت شهادت به عنوان دلیلی از ادله اثبات، کتاب (قرآن کریم)، سنت (حدیث نبوی) و اجماع (امت) است.
اما دلیل آن از کتاب (قرآن کریم) این فرمان الهی است: «وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ...» (سوره البقره آیه ۲۸۲) ترجمه: و دو نفر از مردان (عادل) خود را شاهد بگیرید...
هم چنان این آیه مبارکه: «وَأَشْهَدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ» (سوره الطلاق آیه ۲) ترجمه: و دو نفر مرد عادل را از خودتان شاهد و گواه بگیرید.

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

اما دلیل مشروعیت آن از سنت: (حدیث نبوی) این فرموده نبی کریم (ص) است: «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر» ترجمه: اقامه بینه بر عهده مدعی و ادای یمین (سوگند) متوجه مدعی علیه است.

در حدیث دیگری از نبی کریم (ص) آمده است که ایشان برای ولی مقتول فرمودند: «اقم شاهدین علی من قتلَهُ ادفعهُ الیکم برُمته»^۱ ترجمه: بالای کسیکه ادعای قتل مقتول تان را دارید، دو شاهد بیاورید (هرگاه ادای شهادت نمودند و شهادت شان قبول شد آنگاه قتل بر وی ثابت میگردد) و او را به شما (اولیای مقتول) به تمامی وی می دهم.

از رافع بن خدیج (رض) روایت کرده اند که گفت: مردی از انصار در خیبر کشته شده بود، پس اولیای مقتول نزد پیامبر (ص) رفتند و این موضوع کشته شدن مقتول را به عرض حضور شان رسانیدند. پیامبر (ص) فرمود: «ألکم شاهدان شهدا علی قتل صاحبکم؟ فقالوا یا رسول الله لم یکن ثم احد من المسلمین وانما هم یهود قد یجرأون علی أعظم من هذا...» رواه ابوداود.^۲ ترجمه: آیا دو نفر شاهد دارید که بر اثبات قتل رفیق تان شهادت بدهند؟ گفتند: ای رسول خدا! در آنجا (خیبر) هیچ یکی از مسلمانان، نبوده اند و بلکه یهودیان هستند که گاهی کارهای بزرگتری از این را جرأت می کنند و انجام می دهند... این حدیث را ابوداود روایت کرده است.

اما دلیل شهادت از اجماع (امت):

فقهای مذاهب مختلف فقهی، شهادت را از ادله اثبات شمرده اند و در مورد اعتبار آن به حیث دلیل اثبات هیچ یکی از فقهاء، مخالفت نکرده است.

۵۷۸- (مکرر) نصاب شهادت در مورد قتل عمد:

نصاب شهادت در قتل عمدی که مستوجب قصاص در نفس میگردد، دو نفر مردان عادل اند، به همین امر فقهاء تصریح کرده اند^۳، و عامه علماء نیز همین را گفته اند. مگر گروهی که از حسن نقل قول کرده اند که او گفته است: شهادت در قتل مانند شهادت در زنا است، زیرا قتل به اتلاف نفس تعلق دارد، لذا به زنا مشابهت یافته است.

ابن قدامه حنبلی این قول حسن را رد کرده و گفته است: و برای ما دلیل این است که قتل یکی از دو قصاص (قصاص نفس و قصاص مادون نفس) است، لذا مشابه قصاص طرف (عضو بدن) است. دیگر اینکه حد زنا حق الله است که رجوع از اقرار در آن پذیرفتنی است.^۴ در نزد ظاهریه: قتل به شهادت یک نفر مرد و دو نفر زن ثابت می گردد.^۱

^۱ - «عطاء الشئ برُمته»: همه آن چیز را به وی داد. (مترجم)

^۲ - نیل الاوطار للشوکانی، ج ۷ ص ۳۷.

^۳ - مراجع سابقه.

^۴ - المغنی و شرح الکبیر ج ۱۲ ص ۷.

این قول از عطاء و حماد نیز روایت شده است و آنان گفته اند: در اثبات قتلی که موجب آن قصاص است، شهادت یک نفر مرد و دو نفر زن قبول می شود، بر قیاس قول شهادت یک نفر مرد و دو نفر زن در دعاوی مالی.

این قول را ابن قدامه رد کرده و گفته است: قصاص در نفس از آن گونه مواردی است که برای دفع و اسقاط آن احتیاط لازم باید صورت گیرد و لهذا به سبب شبهات دفع می گردد، در حالیکه در شهادت زنان شبهه است، بدلیل فرموده او تعالی: «أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى» (سوره بقره آیه ۲۸۲) ترجمه: و اگر دو مرد نبودند، یک مرد و دو زن را (شاهد بگیرید) و این دو زن باید با هم شاهد قرار گیرند تا اگر یکی انحرافی یافت، دیگری به او یادآوری کند...

اوزاعی و زهری به همان رأیند که عطاء و حماد، بر آن بودند، مبنی بر اینکه قتلی که موجب آن قصاص است، به شهادتی ثابت می گردد که اموال بدان به اثبات میرسند لذا برای اثبات آن شهادت دو نفر مرد یا شهادت یک نفر مرد و دو نفر زن، کفایت می کند، این رأی را شوکانی صاحب کتاب نیل الاوطار، مورد تأیید قرار داده است.^۲

۵۷۹- احکام شهادت در اثبات دعوی که موجب قصاص در مادون نفس می گردد:^۳

کسانی که-جمهور فقهاء- شهادت دو شاهد را برای اثبات موجب قصاص در نفس، شرط میدانند، برای اثبات موجب قصاص در مادون نفس نیز شهادت دو شاهد را شرط می پندارند، مگر امام مالک بن انس، شهادت دو شاهد را جز در اثبات موجب قصاص در نفس، یعنی جز در اثبات قتل عمد و عدوان شرط نمی داند، اما در اثبات موجب قصاص در مادون نفس، امام مالک گذراندن یک شاهد و یمین (سوگند) مجنی علیه را جایز می پندارد، این مسأله در نزد امام مالک بوجه استحسان است چنانچه ابن القاسم از وی روایت کرده است، این در حالی است که از کسانی که قبل از او بوده اند، در این خصوص، چیزی شنیده نشده است.

برخی از فقهاء در مذهب مالک به جو از شهادت دو نفر زن و یمین (سوگند) مجنی علیه در جراحات عمدی در مادون نفس، رأی داده اند. در حالیکه برخی دیگری بر این نظر و رأی نیستند. در اینجا به نظر میرسد که اثبات جرم تجاوز بر مادون نفس که موجب قصاص می گردد، به یک شاهد و یمین (سوگند) مجنی علیه به پیروی از رأی امام مالک صورت می گیرد، چونکه در حقیقت جرم به شهادت یک نفر شاهد ثابت گردیده و سوگند مجنی علیه برای تقویت شاهد واحد است و چنین نیست که مجنی علیه، شاهد دوم شمرده شود، گرچه وی ادای سوگند نماید، زیرا از او به عنوان شاهد پرسیده نمی شود، بلکه جهت صحت شهادت شاهد و تقویت آن، سوگند یاد می کند.

^۱ - بدایة المجتهد لابن رشد ج ۲ ص ۳۸۸، المحلی لابن حزم، ج ۹ ص ۳۹۶.

^۲ - المغنی ج ۹ ص ۱۴۸.

^۳ - التشریع الجنائی الاسلامی ج ۲ ص ۳۱۶.

علاوه بر این برخی از فقهاء، نصاب معینی را در شهود، شرط نمی‌پندارند پس نزد این فقهاء برای اثبات جرمی که موجب قصاص در مادون نفس است، شهادت یک نفر شاهد، صحیح است، مشروط بر اینکه قاضی صدق شهادت وی را ترجیح داده و آنرا بپذیرد.

۵۸۰- احکام شهادت در اثبات موجبات دیت ها و ارش ها:^۱

أ- اثبات موجبات دیات و اروش به شهادت دو مرد یا یک مرد و دو زن:

جنایت های که موجب دیت نفس میگردند، مانند قتل خطاء، قتل شبه عمدی که موجب دیت باشد مانند قتل عمدی که طفل یا مجنون، مرتکب آن گردیده باشند، جرایم تجاوز بر مادون نفس که موجب دیات و اروش می شوند، نه موجب قصاص مانند جراحت جایفه و دیگر جراحت. این ها همگی، به شهادت دو شاهد مرد یا یک مرد و دو زن، ثابت میگردند.

برخی (از علماء) گفته اند: جنایت در بدن، به شهادت یک مرد و دو زن، ثابت نمی شود، زیرا این جنایتی است که مشابهت به قصاص دارد.

نظر اول- یعنی ثبوت جرایمی که موجب آن ها دیت یا ارش باشد، به شهادت یک مرد و دو زن- صحیح تر است، زیرا موجب آنها- یعنی آنچه که بدان ها ثابت میگردد، مال است - یعنی دیت است یا ارش. پس مشابهت به بیع دارد و از آنچه که موجب قصاص است، جدا می شود، زیرا در قصاص و موجب آن شهادت زنان قبول نمی شود.

امال مال- مراد از مال در اینجا دیت یا ارش هاست- به شهادت زنان با مردان ثابت میگردد. خداوند (ج) به این حکم تصریح فرموده اند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ...» تا به این فرموده او تعالی: «وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ» (سوره البقره آیه ۲۸۲) ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! هنگامی که دین مدت داری (به خاطر قرض یا داد و ستد) به یک دیگر، پیدا کند... تا این فرموده او تعالی: و دو نفر از مردان عادل خود را بر (این حق) گواه و شاهد بگیرید! و اگر دو مرد نبودند، یک مرد و دو زن، از کسانی که مورد رضایت و اطمینان شما هستند، انتخاب کنید.

همه اهل علم بر این امر قایل اند و در مورد اتفاق نظر دارند.

۵۸۱- (مکرر)- ب: اثبات آن به شهادت یک نفر مرد و یمین مدعی:

موجبات دیت ها و ارش ها به شهادت یک نفر و یمین (سوگند) مدعی اثبات میگردد، همان گونه که در دعاوی مالی به یک نفر شاهد مرد و یمین مدعی، دعوی ثابت می شود، این در حالی است که شهادت در جنایتی که موجب آن مال است- یعنی دیت ها و ارش ها به شهادت در جنایتی که موجب آن قصاص است، قیاس کرده نمی شود، زیرا قصاص مجازاتی است که برای اسقاط و

^۱ - المغنی ج ۹ ص ۱۵۱.

دفع آن باید احتیاط شود، لذا در شهادتی که بر اساس آن قصاص ثابت می‌گردد، نیز باید از احتیاط کار گرفته شود.^۱

۵۸۲- اثبات موجبات دیت ها و ارش ها به شادت دو زن و یمین مدعی:

فقهای مالکی بر این رأی اند: جرایمی که مجازات مالی را موجب می شوند- دیت ها و ارش ها- به شهادت دو نفر زن و یمین مدعی ثابت می‌گردند، زیرا اثبات دعاوی مالی به همین شهادت دو زن و یمین مدعی قابل قبول پنداشته می شود، چونکه دو زن به جای یک مرد می ایستند، لذا مدعی با شهادت آنها سوگند داده میشود، چنانچه با شهادت یک نفر مرد، سوگند داده می شود. به همین گونه دعاوی که موجب آن مال است از دیت و ارش به شهادت دو زن و یمین مدعی ثابت می‌گردد. ابن قدامه حنبلی این قول را رد کرده است: (هرگاه بینہ- یعنی شهود- خالی از مرد باشد، قبول نمیشود، چنانچه اگر چار زن شهادت بدهند و دوتای شان قایم مقام یک مرد شمرده شوند، پس باید در اثبات دعوی کافی باشند و در دعاوی غیر مالی شهادت یک مرد و دو زن باید قبول شود در حالی که چنین نیست.

دیگر اینکه شهادت دو زن ضعیف است بناءً به شهادت یک مرد با ایشان قوت می یابد در حالیکه یمین (مدعی) ضعیف است، پس یک ضعیف با ضعیف دیگر یکجا ساخته میشود و قابل قبول نیست.^۲

فصل سوم

در بیان احکام قسامت

۵۸۳- تعریف قسامت:

قسامت مصدر (فعل) اقسام، قسماً و قسامه، و معنی آن، این است که او را به سوگندی قسم داد. در اصطلاح شرع، قسامت عبارت است از سوگند های مکرر در دعوی قتل به شروط معینه آن. فقهاء در چگونگی اجرای آن و در باره آنچه که بدان ثابت می‌گردد، آرای مختلف دارند.

۵۸۱- روش تحقیق:

با نظر داشت اختلاف فقهاء در مورد قسامت جهت کیفیت اجرای آن و آنچه که بدان ثابت می‌گردد و در باره بعضی از شرط ها و جزئیات آن، من این گونه مفید دانستم که این فصل را به چند مبحث تقسیم نمایم و آرای هر مذهبی را در مبحث جداگانه ایراد و این دسته بندی قرار آتی است:

مبحث اول- قسامت در مذهب حنفی ها.

مبحث دوم- قسامت در مذهب شافعیان.

مبحث سوم- قسامت در مذهب مالکیان.

^۱ - التشریع الجنائی الاسلامی، ج ۲ ص ۳۱۸.

^۲ - المغنی ج ۹ ص ۱۵۳-۱۵۴.

مبحث چهارم- قسامت در مذهب حنبلیان.

مبحث پنجم- قسامت در مذهب زیدیه.

مبحث ششم- قسامت در مذهب جعفریه.

مبحث اول

قسامات در مذهب حنفیان ۱

۵۸۴- موجب قسامت و چگونگی اجرای آن و آنچه که بدان ثابت می‌گردد:

در نزد حنفیان، موجب قسامت آن است که وقتی شخص مقتولی در محله پیدا می‌شود، در حالیکه قاتل وی شناخته نشود، پس پنجاه تن از مردان آن محله که ولی مقتول آنان را انتخاب می‌نماید، سوگند داده می‌شوند و آنان سوگند یاد می‌کنند به این الفاظ: (بِاللهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا) یعنی سوگند یاد می‌کنیم به نام الله که ما او را نکشته ایم و نه میدانیم که او را چه کسی کشته است.

بعد از اینکه سوگند یاد کردند، دیت (مقتول) برایشان واجب می‌گردد.

حنفیان به حدیثی استدلال ورزیده‌اند که از زیاد بن ابی مریم (رض) روایت کرده‌اند که او گفته است: مردی نزد حضرت پیامبر (ص) آمد و گفت: ای رسول خدا! من برادرم را در قبیله بنی فلان، کشته یافتم. پیامبر علیه السلام فرمود: پس برو و پنجاه کس را از آن قبیله جمع کن و آنان سوگند یاد کنند به نام ذات الله که آن را نکشته‌اند و نه میدانند که او را کی کشته است. گفت: ای رسول خدا! من غیر از این دیگر برادری ندارم که با من برود و آنان را سوگند دهیم. پیامبر (ص) گفتند: بلکه در این صورت برای تو صد شتر است. (یعنی دیت برادر مقتول خود را مستحق میباشی).

این حدیث بر وجوب قسامت بر مدعی علیهم که عبارت‌اند از اهل محله دلالت دارد نه بر مدعی. هم چنان با وجوب قسامت، دلالت دارد بر وجوب دیت بر آنان (اهل محله).

روایت کرده‌اند که سیدنا عمر رضی الله عنه در مورد قتیلی که در بین دو قریه پیدا شده بود آن را به نزدیکترین قریه انداخت (یعنی اهل قریه نزدیکتر به مقتول را مورد بازپرس قرار داد). و اهل آن قریه را به ادای سوگند قسامت و دیت مقتول ملزم ساخته و اصدار حکم فرمود.

هم چنان از سیدنا علی رضی الله عنه، به همین گونه روایت شده است در حالیکه از هیچ یکی از صحابه رضی الله عنهم، مخالفتی را با عمر (رض) و علی (رض) نقل نکرده‌اند، پس این امر اجماع پنداشته می‌شود.

^۱ - البدایع، ج ۱۰، ص ۴۷۳۵ و مابعد آن، تکملة فتح القدير، عنایت علی الهدایه ج ۱۰، ص ۳۷۲ و مابعد آن.

هم چنان حدیث مشهوری که فرموده پیامبر صلی الله علیه وسلم است: «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر» یعنی اقامه بینه بر عهده مدعی است و یمین و سوگند بر دوش کسی است که انکار می ورزد، دلیلی است بر اینکه کسانی که ملزم به قسامت-حلف- می شوند، عبارت از اهل محله میباشند، نه مدعیان قتل، (اولیای مقتول).

۵۸۵- شرایط وجوب قسامت:

اولاً- آنکه باید مجنی علیه کشته شده باشد و این امر به وسیله وجود اثر قتل در وی، از مجروحیت یا ضرب یا خفه کردن و مانند آن ها، دانسته می شود.

هرگاه از این آثار هیچ یکی در وجود وی نباشد، پس دیت و قسامتی در مورد وی نیست، زیرا در صورتیکه در وجود وی اثری از قتل نباشد، پس ظاهراً او به اجل خود مرده است و هیچ چیزی بر این موت وی واجب نمی گردد.

چون احتمال اینکه او به اجل خود فوت کرده است و احتمال آنکه او کشته شده است، هردو مساوی اند. لذا بر مبنای شک و احتمال چیزی واجب نمی گردد.

هرگاه از مقتول، بیشتر اعضای بدن وی پیدا شود، قسامت در باره وی به مورد اجراء در می آید و دیت وی نیز ثابت میگردد، زیرا در این حالت او کشته نامیده می شود. از طرف دیگر چون اکثر اعضای بدنش پیدا شده است، پس اکثر حکم کل را دارد.

۵۸۶- ثانیاً- آنکه مقتول باید انسان باشد:

از جمله شروط قسامت آن است که مقتول باید انسان باشد. بنابر این در مورد حیوان چاربای که در محله یک قوم کشته شده پیدا می شود، قسامت و تاوانی نیست.

در مورد آنچه که ما از وجوب قسامت بیان نمودیم، فرق نمی کند که مقتول مسلمان باشد یا ذمی، عاقل باشد یا مجنون، بالغ باشد یا طفل و مرد باشد یا زن؛ زیرا پیامبر (ص) در برخی از احادیث در باره مقتولی که یافت شده است، به طور مطلق به قسامت و دیت حکم فرموده اند و آن را شرح و تفصیل نداده اند. اگر حکم اختلاف و فرق را می پذیرفت، حتماً آن فرق و تمایز را بیان میکردند.

از طرف دیگر در قتل این گروه که بطور عمدی باشد قصاص و اگر به طور شبه عمد و یا خطا باشد، دیت واجب میگردد، پس در وجوب قسامت و دیت نیز همین حکم است. هم چنان برابر است که مسلمان مقتول در محله اهل ذمه پیدا شود یا در محله مسلمان ها، بدلیل اینکه عبدالله بن سهل انصاری (رض) را به حالت کشته شده در چاهی در خیبر یافتند و پیامبر خدا (ص) قسامت و دیت او را بر یهودیها لازم گردانید. به همین گونه هرگاه ذمی را به صورت کشته شده در محله مسلمان ها پیدا کردند، قسامت و دیت وی بر مسلمانان است. زیرا برای آنان همان چیزی است که برای مسلمان ها است و آن ها متحمل همان غرامتی میباشند که مسلمان ها نیز متحمل آن هستند، مگر آن چیزی که به سبب کدام دلیلی مخصوص شده و ویژه گی یافته باشد.

۵۸۷- سوم- قاتل شناخته نشود:

شرط سوم قسامت آن است که پس از دریافت مقتول از محله، قاتل آن شناخته نشود. در صورتیکه قاتل وی معلوم گردد، قسامتی لازم نیست. هرگاه قاتل وی عمداً او را به قتل رسانیده باشد و قتل عمد ثابت گردد، پس بر او قصاص واجب می آید و اگر قتل خطا باشد، دیت واجب می شود.

۵۸۸- چهارم- عرض شکایت و دعوی:

از جمله شروط قسامت آن است که اولیای مقتول در مورد مقتول شان، باید دادخواهی و دعوی نمایند، زیرا قسامت عبارت است از یمین (سوگند) در حالیکه یمین (سوگند) هم چنانکه در سایر دعاوی است، بدون اقامه دعوی واجب نمیگردد.

۵۸۹- پنجم- انکار مدعی علیه از دعوی:

از شرط های دیگر قسامت، انکار مدعی علیهم از دعوی است، زیرا یمین (سوگند) به سوی کسی توجیه میگردد که منکر باشد و او کسی است که از طرف مدعی، بواسطه دعوی مورد مطالبه قرار میگیرد، چون پیامبر (ص) فرموده اند: «الْبَیْنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْیَمِینُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» اقامه بینه برای اثبات دعوی بر دوش مدعی و سوگند متوجه کسی است که از دعوی مدعی بر خودش انکار می ورزد.

در این حدیث پیامبر (ص) جنس یمین (سوگند) را بر عهده منکر قرار داده است لذا وجوب آن بر غیر منکر، منتفی است.

۵۹۰- ششم- مطالبه قسامت:

از شرط های قسامت یکی هم این است که از طرف اولیای مقتول مطالبه شود، زیرا یمین حق مدعی است و صاحب حق است که آن را می طلبد و مطالبه میکند و کسی را که باور دارد حق بر بالای اوست گرچه منکر باشد (سوگند) میدهد. از همین رو در قسامت، اختیار از اولیای مقتول است، زیرا سوگندهای قسامت حق آنان است پس آنان میتوانند، کسانی را که متهم می کنند، انتخاب نمایند و از اشخاص صالح عشیره که میدانند به کذب و ناحق سوگند نمی خورند، طلب حلف نمایند.

۵۹۱- حکم ناکل (خودداری کننده) از قسامت:

هرگاه یک نفر از کسانی که اولیای مقتول آنان را انتخاب کرده تا سوگند یاد کنند، از ادای سوگند سرباز زند و خودداری کند، این شخص نکول کننده در حبس نگهداشته شود تا زمانی که سوگند بخورد یا اقرار نماید، زیرا در باب قسامت، سوگند حقی است که به ذات خود مقصود است نه وسیله رسیدن به مقصود که عبارت است از دیت، به دلیل اینکه قسامت یکجا با دیت اجراء می گردد. وقتی که یمین (سوگند) به ذات خود مقصود باشد، پس کسیکه با وجود قدرت از ادای حقی که به ذات خود مقصود است، امتناع نماید بوسیله حبس مجبور به ادای آن میگردد.

مانند کسیکه از ادای دین ذمه خود با آنکه قادر به ادای آن میباشد، امتناع می ورزد، تحت حبس قرار داده می شود تا زمانی که دین خود را ادا کند. به خلاف یمین در سایر دعاوی حقوقی، زیرا یمین در سایر حقوق به نفس خود مقصود نیست بلکه وسیله بی است به سوی رسیدن به مقصود که عبارت است از مال مدعی به، آیا نمی بینی که آن دو یکجا نمی گردند، بلکه اگر مدعی علیه سوگند یاد کرد از دعوی مدعی براءت حاصل می کند و اگر مدعی علیه سوگند یاد نکند و اقرار هم ندهد و مال مدعی به را بدهد دیگر چیزی بر او لازم نمی آید، و اما در اینجا یعنی در باب قسامت اگر سوگند یاد نکردند و اقرار هم نمودند و دیت را پرداختند، قسامت از ایشان ساقط نمی گردد. پس این امر دلالت دارد بر اینکه قسامت به ذات خود مقصود است پس اگر سوگند قسامت را یاد نکنند و از آن خودداری ورزند، بوسیله حبس بدان مجبور ساخته می شوند.

از امام ابویوسف روایت کرده اند که اگر آنان از یمین (سوگند) خودداری ورزند، حبس کرده شوند و دیت بر عاقله واجب میگردد و ولی امر وقتی که از سوگند ناامید شد و اولیای مقتول از او میخواستند که آنان را ملزم به پرداخت دیت نماید، ولی امر، خواسته آنان را اجابت نماید. به نظر من قول ابویوسف بهتر قابل قبول است، زیرا سوگندهای مدعی علیهم اگرچه به ذات خود مقصود هستند طوری که امام کاسانی در استدلال خود ذکر کرده است، مگر باز هم وسیله بودن آن به سوی اخذ دیت باقی می ماند. از طرف دیگر غرض از سوگند آنان ایجاب دیت بر ایشان است که اگر سوگند خوردند آن را بپردازند و اگر اقرار کردند، به موجب اقرار شان با آنان رفتار گردد.

۵۹۲- مکان مقتول:

برای اجرای قسامت، شرط است موضعی که مقتول در آن جا پیدا شود، مملوک کسی یا در دست کسی باشد، اگر آنجا اصلاً در ملکیت کسی یا در دست کسی نباشد، پس قسامت و دیتی در آن نیست. هرگاه مقتول در جای پیدا شود که تصرفات آن به عامه مردم تعلق داشته باشد، از یکنفر یا از یک جماعت معدودی نباشد، در این صورت نیز قسامت لازم نمی گردد و بلکه دیت واجب می شود، زیرا قسامت و دیت بر ترک حفاظت لازم واجب میگردد، لذا وقتی که موضع دریافت مقتول اصلاً در ملکیت کسی یا در دست کسی نباشد، حفاظت آن بر هیچ کسی لازم نیست لذا قسامت و دیتی هم واجب نمی گردد.

اگر جای پیدا شدن مقتول، در ذوالیدی عامه مردم باشد، حفاظت آن بر عهده عامه مردم است لکن ایجاب قسامت بر همه مردم امکان پذیر نیست به جهت آنکه این یک کار دشوار است، در حالیکه ایجاب دیت بر همه مردم امکان پذیر است، به خاطری که از بیت المال اخذ میگردد، زیرا مال بیت المال، مال عامه مردم است، پس گرفتن دیت از بیت المال بمنزله گرفتن آن از عامه مردم است.

۵۹۳- مقتولی که در دشت بیابانی پیدا شده باشد:

هرگاه شخص مقتولی در دشت بیابانی پیدا شود که در ملکیت و در ذوالیدی هیچ کسی نباشد در مورد آن قسامت و دیتی نیست. مشروط بر اینکه از هیچ شهر و قریه یی آواز بدانجا نرسد و صدا شنیده نشود. در صورتیکه صدا شنیده شود، قسامت بر نزدیکترین جای به آن بیابان واجب میگردد، زیرا اگر بیابانی که مقتول در آن پیدا شده است، طوری باشد که صدا به آنجا نرسد و کمک کردن هم میسر نباشد، آن جای اصلاً در ملکیت هیچکس نبوده و در ذوالیدی کسی هم قرار ندارد، پس قسامت و دیتی هم در آن واجب نمی شود. در صورتیکه صدا در آنجا برسد و کمک کردن در آن میسر باشد، پس آن جای از جمله توابع نزدیکترین آبادانی به آن شمرده می شود.

۵۹۴- راجح و برتر در صورتیکه مقتول در دشت بیابان پیدا شود، وجوب دیت بر بیت المال

است:

قول راجح و برتر آن است که هرگاه مقتول در دشت بیابان و دور از آبادانی پیدا شود آن جای از توابع هیچ شهر و قریه یی پنداشته نمی شود، در این صورت دیت مقتول بر بیت المال واجب میگردد، زیرا دولت ملزم به حفظ و تأمین امنیت در تمام انحای دار اسلام میباشد، پس اگر مقتولی در هر جهت و ناحیه از دار اسلام پیدا شود و آن موضع در ذوالیدی و در ملکیت هیچکسی نباشد، پس دولت در قتل وی مسئول است و باید دیت وی را از بیت المال به اولیای آن پردازد.

۵۹۵- اماکنی که در آنها قسامت نیست و دیت بر بیت المال واجب میگردد:

در اینجا از اماکنی باید نام برد که هرگاه مقتولی در آن اماکن پیدا شود، قسامت لازم نمی آید ولیکن برای اولیای مقتول، دیت وی بر بیت المال واجب میگردد. اماکن آتی از آن جمله اند:

أ- هرگاه مقتول در مسجد جامع یا در جاده های عمومی یا در پل های که عامه مردم از آنها عبور و مرور می کنند، یافت شود به جهت آنکه اماکن مذکور در تحت ملکیت و ذوالیدی هیچ کسی نیست، قسامت واجب نمیگردد ولیکن دیت وی بر بیت المال واجب می شود زیرا کنترل و مراقبت این مواضع بر عامه مردم تعلق دارد و حفظ آن ها بر عهده همگان است، پس وقتی در حفظ و مراقبت آن مواضع کوتاهی کنند، دیت مقتول را تاوان دار می شوند و بیت المال دارایی همگان ایشان است، لذا برای اولیای مقتول از بیت المال دیت وی اخذ میگردد.

ب- در مورد مقتولی که در بازار عمومی- بازاری که در ملکیت و ذوالیدی مخصوص هیچ کسی نباشد- پیدا شود، قسامت نیست، ولی ازانجای که حفظ بازار عامه و رسیدگی به تمام امور آن به عهده عامه مردم است و به سبب اینکه آنان در حفظ و مراقبت آن تقصیر ورزیده اند، پس دیت مقتولی که در بازار عامه یافت شده و قاتل آن معلوم نیست، عامه مردم تاوان دار میگردند و دیت آن از بیت المال که دارایی عامه مردم است اخذ و به اولیای مقتول داده می شود.

ج- در مورد مقتولی که در محبس (زندان عمومی) یافت می شود، قسامتی نیست چون ملکیت و ذوالیدی خصوصی محبس از آن هیچکس نیست، زیرا محبوسین (زندانیان) را هیچگونه تصرفی

بر محبس نیست به جهت آنکه ایشان در آنجا مقهور و بی اختیار اند و به حالت سلب آزادی به سر می برند، لذا دیت مقتول مذکور بر بیت المال واجب می گردد، به علت آنکه ذوالیدی عمومی بر محبس ثابت می باشد.

از طرف دیگر منفعت محبس متعلق به عامه مسلمین است، زیرا محبس به خاطر استیفای حقوق شان ساخته شده است، پس ذوالیدی همه آنان بر محبس ثابت است و حفظ و مراقبت محبس بر ایشان لازم و ضروری است و هرگاه مقتولی در محبس پیدا شود که قاتل آن معلوم نباشد، دلالت بر تقصیر و کوتاهی عامه مردم در امر حفظ و مراقبت محبس می کند، لذا باید تبعات آن را که عبارت است از پرداخت دیت، متحمل شوند، در حالیکه بیت المال ممثل دارایی ایشان است، پس دیت از بیت المال گرفته می شود.

امام ابویوسف گفته است: قسامت و دیت بر اهل زندان (محبوسین) است، زیرا محبوسین یک نوع تصرفی بر زندان دارند و آنان بر زندان ذوالید هستند لذا حفظ و مراقبت زندان بر ایشان لازم است، هرگاه مقتولی که قاتل آن شناخته نشود در زندان پیدا شود، دیت آن بر زندانیان واجب میگردد.

۵۹۶- بیان علت و سبب وجوب قسامت و دیت:

علت و سبب وجوب قسامت افتراض (فرض کردن، پنداشتن) وجود تقصیر در اهل موضعی است که مقتول در آن موضع یافت شده است، اهل محله در حفظ و مراقبت و به کمک رسیدن شان این طور پنداشته می شوند که تقصیر و کوتاهی کرده و به واجب ذمه خویش عمل ننموده اند- آنان محل دریافت مقتول را با وجود قدرت بر حفظ و نگهبانی آن، محافظت نکرده اند و به علت ترک واجب فعل حفظ، مقصر پنداشته می شوند و هر کسی که به حفظ و کمک کردن خاص تر باشد، به تحمل قسامت و دیت، مسئولیت بیشتر دارد، زیرا او بیشتر از دیگران وظیفه محافظت را به دوش دارد، لذا تقصیر وی نیز از دیگران بیشتر است.

علاوه بر این وی به سبب ملکیت بر موضع یا ذوالیدی متصرفانه بر آن، ذی نفع است پس حفظ و کمک کردن بر عهده اوست به خاطری که تحمل تاوان از جهت گرفتن منفعت است، چنانچه در حدیث شریف نبوی (ص) نیز آمده است، هم چنان باید گفت که هرگاه مقتول در موضعی پیدا شود که آن موضع یا به سبب ملکیت یا به سبب ذوالیدی که عبارت از تصرف در آن است به یک نفر یا به گروهی اختصاص داشته باشد، آنان متهم می شوند به اینکه او را به قتل رسانده اند، لذا شریعت به آنان قسامت و دیت را لازم گردانیده است تا تهمت از آنها دفع گردد. همان گونه که اگر مقتول در بین انبوهی از ایشان دریافت شود، دیت آن را بر آنها لازم گردانیده است و به همین معنی سیدنا عمر بن الخطاب رضی الله عنه، زمانی که از او پرسیدند: آیا بر ما لازم است که هم اموال خود را بدهیم و هم سوگند یاد کنیم؟ اشاره کرده و فرمودند: اما سوگندهای تان به جهت حفظ

خون های تان است. (یعنی قصاص از شما ساقط میشود) و اما اموال که به دیت میدهید به خاطر آن است که مقتول در میان انبوهی از شما پیدا شده است.

۵۹۷- هرگاه مقتولی در یک محله بی پیدا شود، در حالیکه قاتل وی معلوم نباشد، بر اهل آن محله قسامت و دیت لازم میگردد، به استناد احادیثی که در مورد آمده و صحابه (رض) بر آن اجماع نموده اند.

علاوه بر آن چون حفظ و مراقبت از محله بر دوش اهل محله است و منفعت تصرفات در محله عاید ایشان می شود و آنان متهم به قتل مقتول هستند، لذا قسامت و دیت بر آنها واجب میگردد. پس پنجاه نفر مرد از آنان به انتخاب اولیای مقتول سوگند داده می شوند.

اگر اهل محله پنجاه نفر مرد را تکمیل کرده نتوانستند، سوگند بر ایشان مکرر شود تا آنکه پنجاه سوگند تکمیل گردد. به دلیل آنکه عمر رضی الله عنه، مردان قسامت را که چهل و نه نفر بودند، سوگند داد و انگهی یکنفر آنان را دوباره سوگند داد تا آنکه پنجاه سوگند تکمیل شد. این امر در محضر از صحابه (رض) صورت گرفت و از هیچ یکی از صحابه (رض) در این باره مخالفتی برای ما نقل نکرده اند، بنابر آن، مسأله اجماع پنداشته می شود. دیگر اینکه سوگند های قسامت، حق ولی مقتول است و او میتواند آن را استیفاء نماید اگر استیفاء آن از تعداد پنجاه نفر مرد ممکن بود، به استیفاء آن می پردازد و اگر تعداد مردانی که باید سوگند یاد کنند به پنجاه تن نمیرسید، میتواند به وسیله تکرار یمین بر برخی از اهل آن محله، پنجاه یمین حق خود را مکمل استیفاء نماید. وقتی همه سوگند خوردند، محکوم به پرداخت دیت می شوند و ولی مقتول سوگند داده نمی شود.

۵۹۸- چه کسانی در قسامت و دیت داخل می شوند:

طفل و مجنون (دیوانه) در قسامت داخل نمی شوند، خواه مقتول در غیر ملک آنها پیدا شده باشد خواه در ملک شان، زیرا قسامت عبارت است از یمین (سوگند) در حالیکه آن دو از اهل یمین (سوگند) نیستند. یعنی به سبب طفولیت (عدم بلوغ) و جنون (زوال عقل) اهلیت ادای سوگند را ندارند. از همین رو در سایر دعاوی نیز سوگند داده نمی شوند.

از طرف دیگر قسامت بر کسی واجب میگردد که او از اهل نصرت و پشتیبانی باشد و چون طفل و مجنون فاقد این اهلیت هستند، قسامت بر آنها واجب نمی گردد و هرگاه مقتول در ملک آنها پیدا شود، قسامت بر عاقله آنها واجب میگردد به سبب تقصیری که در ترک نصرت لازم مرتکب شده اند.

در صورتیکه مقتول در ملک طفل و مجنون یافت شده باشد، در پرداخت دیت آن با عاقله شان داخل می شوند و اگر در غیر ملک شان پیدا شود، در پرداخت دیت داخل نمی شوند.

اگر مقتول در ملک شان پیدا شود از این جهت در دادن دیت داخل می شوند که آنها بمنزله آن قرار داده می شوند که گویا مباشر قتل اند و این در حالی است که طفل و مجنون به تاوان های مالی مؤاخذه میگردند ولی به تاوان های بدنی مؤاخذه نمی گردند.

۵۹۹- آیا زن در قسامت و دیت داخل می شود:

زن در قسامت و دیت مقتولی که در غیر ملک وی پیدا شده باشد، داخل نمی شود، زیرا وجوب دیت و قسامت به طریق نصرت و یاری رساندن است در حالیکه او از اهل نصرت نیست. در صورتیکه مقتول در سرای او یا در قریه که متعلق به اوست که دیگری غیر از او در آن نباشد، پیدا شود، بر وی قسامت لازم می گردد، پس وی سوگند داده می شود و سوگند های قسامت بر او مکرر میگردد. این در نزد امام ابوحنیفه (رح) و امام محمد بن حسن شیبانی (رح) است.

اما ابویوسف گفته است: قسامت بر عاقله زن است نه بر خود او. دلیل قول ابویوسف آن است که لزوم قسامت به سبب لزوم نصرت است. در حالیکه زن از اهل نصرت نیست پس در قسامت داخل نمی شود. از همین رو اگر زن از ساکنان محل هم باشد با اهل محله در قسامت داخل نمی گردد.

وجه قول ابوحنیفه و محمد آن است که سبب وجوب قسامت بر مالک، همانا ملکیت وی با اهلیت اوست در حالیکه این دو در شأن زن موجود گردیده است، اما ملکیت برای وی ثابت است و اما اهلیت به جهت اینکه قسامت، یمین (سوگند) است و زن هم اهلیت ادای سوگند را دارد. موجودیت معنی نصرت، فی الجمله رعایت میگردد، نه در هر فردی از افراد. مانند مشقت در سفر (یعنی فی الجمله سفر مشقت دارد نه اینکه هر سفری مشقت داشته باشد).

آیا زن در پرداختن دیت با مرد داخل می شود؟

جواب: آری. زن در پرداختن دیت با عاقله داخل می شود و حصه خود را میپردازد.

۶۰۰- شخص نابینا (کور) و شخص کافر در قسامت و دیت داخل می شوند:

شخص نابینا (کور) و شخص کافر (غیر مسلمان) در قسامت و دیت داخل می شوند زیرا این گروه هم از اهل استحلاف اند و هم از اهل نصرت.

۶۰۱- قسامت در صورتیکه قتل بر معینی ادعا شود:

آنچه را ما از قسامت و احکام آن گفتیم در صورتی بود که ولی مقتول، بر تمامی اهل محله یا بر بعضی از آنها به طور غیر معین ادعا می نمود. اما اگر بر بعضی از آنها یا بر یک نفر معینی ادعا کرد که آن افراد معین یا این یک نفر معین، مجنی علیه را عمدتاً یا به طور خطا به قتل رسانده اند، پس جواب همان است که در شأن قسامت و دیت، آن را بیان نمودیم.

از امام یوسف نقل کرده اند که او گفته است: قیاس این است که قسامت و دیت از باقی اهل محله ساقط میگردد و به ولی مقتول گفته می شود: آیا بر مدعی علیه بینة یی برای اثبات دعوی

خود داری؟ اگر گفت: ندارم، مدعی علیه به یک یمین، سوگند داده می شود، وجه این قول آن است که در این حالت قیاس اجرای قسامت را منع می کند به احتمال اینکه قتل از طرف دیگری غیر از ایشان به وقوع پیوسته باشد. در حالیکه ما تنها به نص شرعی قسامت را در صورتی قابل اجراء دانستیم که مقتول در مکانی پیدا شود که منسوب به مدعی علیهم باشد و مدعی نیز قتل وی را بالای آنان کرده باشد و در ماورای آن مسأله بر اصل قیاس باقی می ماند و مانند آن میگردد که هرگاه ولی مقتول ادعای قتل وی را بر یک نفر از غیر محله که مقتول در آن یافت شده است می کند، (قسامت و دیت از اهل محله ساقط میگردد.) ولی در استحساق، قسامت و دیت بر اهل محله واجب میگردد زیرا در اطلاق احادیث قسامت تفصیلی در میان اینکه دعوا بر همه اهل محله صورت گیرد یا بر واحد معینی از ایشان نیامده است و نص در این باره مطلق است. لذا قسامت و دیت در هر دو حالت به جهت اطلاق احادیث در وجوب دیت و قسامت، واجب میگردد.

مبحث دوم

قسامت در مذهب شافعیان^۱

۶۰۲- شرط های وجوب قسامت:

شافعیان گفته اند: قسامت تنها در قتل ثابت میگردد نه در غیر آن از قبیل جرح یا اتلاف مال. یعنی تنها در اعتداء بر نفس ثابت میگردد نه در اعتداء بر مادون نفس از قبیل مجروحیت و قطع اعضای بدن و نه در تلف کردن مال.

هم چنان باید قتل در مکان لوث باشد و (لوث^۲) در اصطلاح: عبارت است از قرینه حالیه یا مقالیه که دلالت بر صدق مدعی می کند. یعنی باعث ظن غالب بر صادق بودن مدعی می شود. مانند آنکه جسد مقتول یا قسمتی از آن مثل سروی در محله که از شهر کلان منفصل است، پیدا شود و قاتل وی نیز شناخته نشود و بینه هم در اثبات قتل وی نباشد. یا اینکه مقتول در قریه کوچکی که متعلق به دشمنان وی است پیدا شود، فرق نمی کند این دشمنی عداوت دینی باشد یا عداوت دنیایی مشروط بر اینکه این عداوت باعث انتقام گیری و قتل گردد و در آن قریه به جز از آن دشمنان مقتول دیگری بود و باش نداشته باشد.

یا اینکه گروهی به هم آیند و ازدحام کنند و بعد متفرق شوند و مقتولی در میان آنها پیدا شود، مثل اینکه بر سر چاهی یا بر دروازه کعبه ازدحام کنند وانگهی پراکنده شوند و مقتولی در بین ایشان

^۱ - مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۱۰۹، و مابعد آن.

^۲ - لوث: بفتح لام و سکون واو... عبارت است از قرینه دلالت کننده بر امری از امور که دلیل قاطعی در آن نیست. از همین قبیل است قول ایشان (فقهاء) در قسامت: هرگاه شخصی در محله بی کشته شود و قاتل وی معلوم نباشد و در بین مقتول و مردم آن محله، لوثی وجود داشته باشد. (قسامت لازم میگردد.) (معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلعه جی، د. حامد صادق قینی ص ۳۹۴) (مترجم)

دریافت گردد. به علت قوی بودن ظن، مبنی بر اینکه این گروه اند که آن مقتول را کشته اند. در اینجا شرط نیست که آن گروه دشمنان مقتول بوده باشند.

در لوث و قسامت ظهور خون و وجود جرح، شرط نیست، زیرا قتل گاهی به وسیله خفه کردن و فشردن بیضه ها و مانند آن ها صورت میگیرد، اگر اثری از قتل در بدن مقتول دیده شود، قایم مقام خروج خون شده میتواند. اما اگر هیچ اثری اصلاً در جسد میت به نظر نرسد، در این صورت قسامتی لازم نمی شود.

۶۰۳- آنچه که به جز از جرح لوث پنداشته می شود و آنچه که لوث پنداشته نمی شود: شهادت یک نفر عادل لوث (قرینه) پنداشته می شود؛ به جهت آنکه گمان به صدق آن حاصل میگردد و این در قتل عمدی است که موجب آن قصاص باشد، هرگاه قتل خطا یا شبه عمد باشد، لوث (قرینه) محسوب نمی گردد، بلکه مدعی با آن یکنفر شاهد عادل سوگند داده می شود و انگهی مستحق مال- یعنی دیت مقتول- میگردد.

هم چنان به شهادت کسانی که قتل عمد به شهادت آنان ثابت نمی گردد، مانند غلام ها (بردگان) و زنان، (نیز با حلف مدعی دیت لازم می شود) زیرا شهادت این گروه لوث (قرینه) است، زیرا افاده غلبه ظن را می کند به صدق دعوی مدعی. اخبار فسقه، اطفال و کفار به روایت صحیح تر لوث (قرینه) شمرده می شود، زیرا غالب این است که اتفاق یک گروه بر اخبار از یک چیز هر چیزی که باشد، جز حقیقت بوده نمیتواند.

از جمله لوث (قرینه) موضوع زبان زد خاص و عام است بر اینکه فلانی، فلان کس را کشته است یا فلان کس را یکی از این دو شخص کشته است، پس مدعی میتواند بالای آن دو نفر اقامه دعوی نماید، یا یکی از آنها را تعیین نموده و بالای وی دعوی خود را اقامه کند.

قول شخص مجروح که: فلانی مرا زخمی کرد و یا مرا کشت و مانند آن، لوث (قرینه) پنداشته نمی شود، زیرا او مدعی است و ادعای مجرد و بدون اثبات وی قابل پذیرش نیست.

۶۰۴- چگونگی اجرای قسامت:

هرگاه قسامت به سبب توافر شروط و موجب آن واجب گردد، مدعی- یعنی کسی که وارث مقتول است با وجود لوث (قرینه) بر قتل نفسی که آن را ادعا کرده است به پنجاه سوگند، قسم داده می شود، بدلیل حدیث صحیحین (بخاری و مسلم) که از سهل بن خشمه روایت کرده اند در مورد مقتولی که از انصار بود و در خیبر یافت شده بود و متهمین به قتل وی یهودیان بودند، پس پیامبر اکرم (ص) به ورثه مقتول فرمود: «آیا حاضر هستید سوگند بخورید و آنگاه مستحق خون خواهی صاحب تان شوید؟».

ولی مقتول یعنی مدعی، بر صفتی سوگند بخورد که قاضی او را سوگند می دهد، مثلاً میگوید: والله لقد قتل هذا- سوگند به ذات خدا که این شخص مقتول را به قتل رسانده است. اگر حاضر بود به سوی او اشاره کند و نام او را بگیرد و در صورتیکه غایب باشد نسب او را بر شمارد و

بدان چیزی او را معرفی کند که از دیگران جدا شود مانند قبیل، یا حرفه یا لقبی که او را از دیگران متمایز گرداند.

هرگاه مقتول دارای چند نفر وارث باشد، سوگند های پنجاه گانه بر حسب توجیه بالای شان توزیع و تقسیم می گردد و کسر آن نیز تکمیل ساخته می شود زیرا یک سوگند تجزیه را نمی پذیرد، لذا اگر مقتول تنها دارای سه پسر باشد به هر یکی هفده سوگند داده می شود.

به همین گونه اگر یکی از ورثه غایب یا طفل یا دیوانه باشد، وارث دیگر پنجاه سوگند داده شود. اگر وارثی که حاضر است سوگند نخورد، انتظار برده شود تا زمانی که غایب حاضر گردد و طفل بالغ شود و مجنون صحت و عقل خویش را باز یابد.

هرگاه حاضر شدند، هر یکی را به اندازه حصه وی سوگند دهند. در صورتیکه مدعی از ادای سوگند با وجود لوث (قرینه) نکول (خودداری) نماید، یمین (سوگند) بر مدعی علیه برگردانده میشود و پنجاه سوگند به او میدهند و آنگاه دعوی مدعی رد میگردد.

هرگاه مدعی علیهم متعدد باشند در حالتی که سوگند بر آنان برگردانیده شده باشد هر یکی را پنجاه سوگند میدهند و دعوی مدعی رد میگردد.

۶۰۵- آنچه که به سبب قسامت واجب میگردد:

به سبب قسامتی که از مدعی است یعنی به سبب سوگند های که مدعی ادا می کند، بر مدعی علیه در قتل خطا یا در قتل شبه عمد دیت بر عاقله واجب میگردد البته در اول دیت محفقه و در دومی دیت مغلظه است.^۱

اما در قتل عمد دیت فوری و در حال بر مقسم علیه یعنی بر مدعی علیه واجب میگردد و در مذهب جدید شافعیان قصاصی در قسامت نیست، بدلیل حدیثی که امام بخاری آن را روایت کرده است: «أما أن تدواصاحبکم-ای تدفعوا عنه الدية-و تأذنوا بحرب» یعنی یا دیت صاحب و رفیق تان را میدهید یا اینکه آماده جنگ می شوید.

ایجاب دیت را به طور مطلق ارشاد فرموده اند و تفصیلی در مورد نداده اند، در صورتیکه سوگند ها موجب قصاص می شدند، حتماً آن را ذکر میفرمودند.

علاوه بر این قسامت حجت ضعیفی است لذا احتیاطاً موجب قصاص نمیگردد به جهت حفظ و صیانت از ریختاندن خون ها. مانند شاهد و یمین.

در مذهب قدیم شافعی بر مدعی علیه قصاص واجب میگردد، همان گونه که اگر بینه بی بر قتل اقامه گردد، قصاص واجب می شود؛ به دلیل حدیث صحیحین (بخاری و مسلم)، «أتحلفون و

^۱ - در نزد شافعی اصل آن است که دیت از شتر باید پرداخته شود و در قتل شبه عمد دیت مغلظه است و ما دیت مغلظه و دیت مخفقه را قبلاً در فقره های (۴۵۸-۴۶۰) تذکر دادیم.

تستحقون دم صاحبکم» یعنی آیا سوگند میخورید و مستحق خون صاحب تان می شوید؟ یعنی خون قاتل صاحب تان می شوید.

و دیگر اینکه قسامت حجتی است که به وسیله آن عمدیت قتل به اتفاق ثابت میگردد. پس بوسیله آن قصاص نیز ثابت می شود مانندی که در شهادت دو مرد ثابت می شود.

در مذهب جدید شافعی این طور جواب داده شده است که عبارت مقدر در احادیث آن است: مستحق بدل دم صاحب خود می شوید و از دیت به دم تعبیر فرموده است و از این استدلال مذهب قدیم که: قتل عمد به شهادت دو نفر مرد ثابت میگردد و قصاص در آن واجب می شود به همین گونه به وسیله قسامت نیز قتل عمد ثابت شده و قصاص واجب میگردد، این طور جواب گفته اند که: در شهادت یک نفر مرد و دو نفر زن در سرقت، مال ثابت میگردد، در حالیکه قطع دست در آن ثابت نمی گردد، پس در اینجا نیز به سبب قسامت مال (دیت) ثابت میگردد. در حالیکه قطع رأس (بریدن سر) ثابت نمی شود.

هرگاه مدعی علیه از یاد کردن سوگند نکول و خودداری کند و مدعی سوگند بخورد در حالیکه موضوع ادعای قتل عمد باشد، در این صورت قصاص ثابت میگردد، زیرا نکول مدعی علیه از سوگند و خوردن سوگند از طرف مدعی، بمنزله اقرار از طرف مدعی علیه است، و به اقرار قتل عمد و قصاص ثابت میگردد.

۶۰۶- چه کسی در قسامت سوگند می خورد و چه کسی مستحق دیت می شود:

هرکسی که وارث مقتول بوده و خون بهای وی را مستحق میگردد، در قسامت سوگند داده می شود، خواه مسلمان باشد یا کافر، عادل باشد یا فاسق، محجور علیه (ممنوع التصرف) باشد یا غیر محجور علیه.

کسیکه وارث خاصی نداشته باشد، در قتل وی قسامتی نیست، گرچه آنجا لوث (قرینه) هم وجود داشته باشد، جهت اینکه مستحق معینی وجود ندارد زیرا دیت وی به عامه مسلمانان تعلق دارد و تحلیف عامه مسلمانان ممکن نیست. ولی قاضی کسی را نصب کند تا بالای کسیکه قتل به او نسبت داده شده است، اقامه دعوی نماید و او را سوگند دهد. اگر نکول کرد آیا بالای او به سبب نکول وی از حلف حکم کند یا نی؟ دو وجه است؛ وجه راجح تر آن است که متهم مدعی علیه در حبس انداخته شود تا زمانی که سوگند یاد کند یا اقرار نماید، در قول مرجوح به سبب نکول بر او به پرداخت دیت حکم صادر گردد.

لیکونکی : دوکتور عبدالکریم زیدان
ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامي

د اسلامي فقهې بنسټونه

اووم دلیل - سد ذرایع

۲۲۸- دسد ذرایع تعریف

ذرایع د وسایلو په معنا دي او ذریعه یوه څیز ته د رسیدلو دوسیلي او لارې په معنا ده ، که هغه څیز مفسده یا مصلحت او که قول او یا عمل وي .

خو د ذرایع د اسم اطلاق په فساد دمنجرکیدو پروسایلو غلبه موندلې ده ، نوکه چیرې وویل شول: دا څیز دسد ذرایع له باب څخه دی ، په دې معنا دی چې : نوموړی څیز په فساد دمنجر کیدو وسایلو دمنعې له باب ځینې دی .

۲۲۹- په فساد دمنجر کیدونکي افعال ، یا ذاتاً فاسد او حرام دي ، یا دا چې ذاتاً مباح او جایز دي ، لومړی مورد ، دخپل طبیعت له مخې په شراو ضرر او فساد منجر کېږي ، لکه دنشه راوړونکو مایعاتو څښل چې د عقل د فساد لامل ګرځي او قذف چې د ناموسونو (نوامیسو) د داغداره کیدو سبب کېږي او زنا چې د افرادو دمنې داوبو په اختلاط (ګډیدلو) منجر کېږي.

علماد دې افعالو څخه په منعه کولو کې یو له بله د نظر اتفاق لري او په حقیقت کې دا افعال د سد ذرایع په دایره کې - چې زموږ د بحث مورد دی- هم نه داخليږي ، ځکه چې ذاتاً حرام دي ، خو په مفاسدو منجر مباح او جایز افعال په څوډوله دي :

لومړی ډول: هغه چې په مفسده منجر کیدل یې ډیر کم او لږ دي ، چې دا، مصلحت یې راجح او مفسده یې مرجوح ده، لکه : هغې ښځې ته کتل چې مرکه پرې کېږي (خواستګاري ترې کېږي) هغې ښځې ته کتل چې پرضدې شاهدې (ګواهي) ورکول کېږي او دانګورو کرل(کرنه)، جوتنه ده چې نه شو کولای دا افعال په دې استدلال سره چې کله کله پوهغو ځیني مفاسد مترتب کېږي منعه کړو ، ځکه دهغوی مفسده د هغوی په مصلحت کې داخل شویده د احکامو دتشریع نظره هم پردې چاره دلالت لري او په دې هکله ، علما هیڅ کوم اختلاف نه لری .

شارع د بنځې خبره د دې دعدت دپای ته رسیدو او پای ته نه رسیدو په تړاومنلې ده ، حال دا چې ددې د رښتیا نه ویلو احتمال هم شتون لري ، همدارنگه شارع د شهادت پر بنسټ قضاوت منلی دی ، حال دا چې د شاهدانو د درواغ ویلو احتمال هم شتون لري ، همدارنگه ، د عادل واحد خبرې هم منلی دی ، که څه هم د ده د ضبط او حفظ د نه شتون احتمال هم شته څرنگه چې دا احتمالات مرجوح دي ، شارع ورته کومه توجه او پاملرنه نده کړې .

دوهم ډول – هغه څه چې په مفسده یې منجرکیدل زیات وي ، چې دا ، مفسده یې دهغه له مصلحت څخه خورا راجح (غوره) ده ، لکه دفتنې او اغتشاش پرمهال د وسلې پلورل ، مثلاً د عقار اجاره هغه چاته چې ترې حرامه استفاده کوي ، د بیلګې په توګه له هغه ځینې د قمار کولو (جوارۍ کولو) دځای په عنوان استفاده کوي ، همدارنگه ، د مشرکانو خدایانو ته سپکې سپورې ویل دهغه چا په حضور کې چې فرد پوهیږي که چیرې نوموړی دا سپکې سپورې واورې ، سترڅښتن تعالی جل جلاله ته سپکې سپورې وایي او په همدې ترتیب په هغه چا دا نګورو (کشمشو – وڅکو) پلورل چې په دې معروف دی چې له کشمشو څخه د شرابو په جوړولو اشتغال لري .

درېم ډول – هغه څه چې په فساد منجر کېږي په دې دلیل چې مکلف ، له هغه ځینې ، په هغه څه کې استفاده کوي چې د هغه لپاره وضعه شوی نه دی او په دې خاطر ، مفسده رامینځته کېږي ، دهغه چا په څیر چې دخپل لومړني میره لپاره په ثلاثه طلاقو ، د طلاقه شوې بنځې د تحلیل (حالیدو) په قصد ، د نکاح په عقد لاس پورې کوي او دهغه چا په څیر چې له بیعې څخه ربا ته د رسیدو لپاره استفاده کوي لکه مېنودی (مستعمل) لباس په نسیه توګه په (۱۰۰۰) درهمو پلوري او هغه په نغد ډول په نهه سوه درهمو له مشتري (پیروونکي) څخه اخلي (پیري) په دې مواردو کې مفسده تل راجح ده .

۲۳۰- په سد ذرایع د عمل په تړاو د علماوو اختلاف

د دوهم او درېم ډول افعالو په تړاو ، اختلاف شتون لري چې آیا په دې خاطر چې په مفسده منجر کېږي ممنوع کېږي یا نه ؟

حنبلیان او مالکیان معتقد دي چې : ممنوع کېږي ، خو شافعیه او ظاهریه په دې قایل دي چې : نه ممنوع کېږي .^۱ د دې ډلې دلیل دا دی چې دا افعال مباح دي او په مفسده د هغو د منجر کېدلو دا احتمال په خاطر نه ممنوع کېږي او دلومړنۍ ډلې استدلال دا دی چې سد ذرایع د تشریع له مستقلو اصولو او د احکامو له دلایلو ځینې یومعتبر دلیل دی چې احکام پرې بنا کېږي او هغه مهال چې فعل په راجح فساد منجر کېږي او شریعت هم د فساد په منعې او په هغې د منجر کېدو دلارو او منافذو (سوریو – سوږو) د تړلو حکم ورکړی دی ، نو باید دا فعل ممنوع شي . لیدل کېږي چې دا

^۱ - الام ، شافعی ج ۳ ص ۳ ، ۶۹ ، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۱۱۷-۱۱۹ ، المغنی ج ۴ ص ۱۷۴ او له

هغې وروسته ، المدونة الکبری ج ۲ ص ۱۷۱ اوج ۳ ص ۳۹۹ ، مختصر الطحاوی ، ص ۲۸۰

ډله دافعالو مقاصدو (موخو) او راتلونکو پایلو ته ګوري او په دې دلیل په منعې قایل شوي او دهغوی مباح والی یې معتبر ندی ګڼلې ، خو دوهمه ډله پایلو ته له کتنې پرته دهغوی مباح ولي ته ګوري او په همدې دلیل ، دهغو په نه منعوالي قایل شوي او دهغو په تړاو یې وارد شوي شرعي عام اذن ته پرهغه ضرر چې احتمالا له هغو څخه راولاړېږي ترجیح ورکړې ده .

دلومړۍ ډلې رایه پیاوړې ده ، ځکه دوسایلو اعتبار دهغوی په مقاصدو پورې اړیکمن دی . ابن قیم په دې هکله وایي : (څرنگه چې یوازې دسببونو په طریقه او په مقاصدو منجر لارو کولای شو په مقاصدو لاس ومومو، نو لارې اودمقاصدو سببونه هم د هغوی تابع ګڼل کېږي ، دهغوی اعتبار له هغو څخه راولاړ شوی دی او له دې امله ، د محرماتو (حرامو) اومعصیتونو وسایل ، په مکروه والي کې ، دمقاصدو تابع دي اوله هغوی ځینې منعه هم په خپلو مقاصدو دهغوی د منجر کیدو پر بنسټ او اړیکه یې له خپلو موخو اومقاصدو سره ده او د طاعاتو اوتقربې چارو وسایل ، دهغو مقاصدو ته دهغوی دمنجر کیدو پر بنسټ دهغوی په محبوب کیدلو او مجازوالي کې ده ، ځکه چې دیوې مقصودې چارې وسیله ، د مقصود تابع ده او دواړه مقصود دي ، خو مقصود چاره ، د موخو او اهدافو له مقصودیت سره برابره او ورته مقصود ده اودمقصودې چارې وسیله ، د وسایلو له مقصودیت سره ورته او برابره ده)^۱

۲۳۱- غوره قول

هغه کسان چې سد ذرایع د احکامو له دلایلو څخه یومستقل اوخپلواک دلیل نه ګڼي ، په دې استدلال لري چې : فعل هغه مهال چې مباح وي ، نور نو جایزندی چې هغه د دې احتمال په خاطر چې په مفسده منجر کېږي ممنوع کړو ، ځکه دا احتمالات کله کله رامینځته کېږي او کله کله نه رامینځته کېږي ځکه د ظن او ګمان له جملې ځینې دي او ظن هم مونږ ته له حق څخه کومه ګټه نه رسوی ، خو حق دا دی چې دا استدلال کمزوری او ضعیف دی ، ځکه و موویل چې : د مفسدې احتمال که چیرې نادر(کمیاب) یالږ یا مرجوح وي ، فعل نه ممنوع کوي او زمونږ بحث په هغه څیز کې دی چې په زیاتو مواردو کې په مفسده منجر کېږي ، دارنگه چې د مفسدې په وقوع غالب ظن رامینځته کوي او راجح ظن هم د شریعت په عملي احکامو کې معتبر دی . نو دهغه دثبوت لپاره یقین شرط نه نیول کېږي . همدارنگه ، د مخه ، له هغه احکامو څخه چې شارع د غالب ظن له مخې تشریع کړي دي ، ځینې مثالونه ذکر شول، لکه د واحد خبرمنل ، د ګواهي (شهادت) منل، او دخپل عدت دپای ته رسیدلو په تړاو دبنځې د خبرمنل. جوته ده چې دا احکام د راجح مصلحتونو د تحقق لپاره تشریع شوي دي ، که څه هم د خبر ورکونکي ، شاهد او بنځې د درواغو احتمال ته په پام سره په هغو کې مرجوح مفسد هم شتون لري ، مونږ به په راتلونکو مبحثونو کې د دوهم

^۱ - اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۱-۲۰

قول له دلایلو څخه د بحث پرمهال چې شارع د راجح او محتمل الوقوع مفسدې د له مینځه وړلو په موخه تشریع کړې دي ، یادونه وکړو .

سربیره پردې ، نه شو کولای ومنو چې شارع یو ځیز حرام کړي ، خو دهغه اسباب او وسایل مباح وگرځوی ، یا هغه وسایل دهغو پر خپل اصلي اباحت باقي پرېږدي . نو په دې صورت کې ، د یو ځیز دمباح والي شرط دا دی چې په یوې راجح مفسدې منجر نه شي او که چیرې — خاصو شرایطو یا ټاکلیو احوالو ته په پام په دې مفسدې منجر شي ، په دې صورت کې ، ممنوع گرځي ، محظور کیږي ، لکه څرنګه چې بیع مباح ده ، خو که چیرې د جمعي د ورځې دلمانځه پرمهال ترسره شي ، محظور کیږي ، او د مشرکانو خدایانو ته سپکې سپورې ویل مباح دي ، خو که چیرې سترڅښتن تعالی جل جلاله ته د سپکو سپورو ویلو په مفسدې منجر شي ، ممنوع کیږي او دغل دلاس غوڅول (پریکول) واجب دي ، خو د جګړې او جهاد پرمهال واجب دي چې په تأخیر واچول شي (وځنډېږي) ځکه چې د سترڅښتن تعالی جل جلاله رسول صلی الله علیه وسلم فرمائي : (لا تقطع الایدی فی الغزو) ژباړه : (د جګړې او جهاد پرمهال دغل لاس نه پرې کیږي) ترڅو د دښمن په لوري د محدود (حدو هل شوی) فرد د تیښتې وسیله او پلمه نه شي ، او هدیه ورکول مباح دي او دې روایت ته په کتنه :

(تهادواتحابوا) ژباړه : (یو بل ته هدیه ورکړئ ترڅو ستاسې په مینځ کې محبت رامنځ ته شي) مستحب دی ، خو خپل داین ته د مډیون هدیه ورکول ممنوع ده که چیرې له وړاندې څخه د دې دواړو ترمینځ یو بل ته د هدیه ورکولو عادت شتون ونلري ترڅو دا چاره د ربا په مفسدې منجر نه شي ، اوله منکر څخه نهې واجب ده ، خو که چیرې په یو خورا ستر منکر منجر شي ، ترک کول (پریښودل) یې جایز دي .

۲۳۲- دا ټول موارد، د سد ذرایع په اصل قایلیدلو او د احکامو د دلایلو په عنوان دهغوی قرار ورکولو ته ترجیح ورکوی ، ځکه هغه اصل دی چې قرآن او سنت یې د اعتبار په تړاو ګواهي ورکوي .^۱ له هغې جملې :

۱- سترڅښتن تعالی جل جلاله فرمائي : (یاایها الذین آمنوا لاتقولوا راعنا وقولوا انظرنا) (دا لېقره سورت - ۱۰۴ - آیت) .

ژباړه : ای مؤمنانو! تاسو هیڅکله رسول الله ته د (راعنا) لفظ مه وایي او (انظرنا) [مونږ ته وګوره] کلمه ووايست .

سترڅښتن تعالی جل جلاله په دې آیت کې مؤمنان له دې ځینې نهې کړي دي چې ووايي : (راعنا) باوجود د دې چې هغوی له خپل دې قول څخه نیک قصد درلود ، ترڅوله یهودو سره د ورته

^۱ - و- ټک : اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۲۱ - ۱۴۰

کیدلو په مفسدې منجرنه شي چې له دې قول ځینې یې د څښتن تعالی جل جلاله رسول صلی الله علیه وسلم ته له سپکو سپورو څخه اراده کوله .

تبصره : راعنا دوه معنا وې لري یوه دا چې مونږ ته وگوره بله دا چې ای زموږ شپونکيه (چوپانه) خود (انظرنا) لفظ یوازې دا معنا لري چې مونږ ته وگوره ، یهودو به دمسخرې په توگه د سترڅښتن تعالی جل جلاله رسول صلی الله علیه وسلم ته راعنا ویل او دوهمه معنایې مقصوده اوهم د یهودانو په نزد د(راعنا) کلمه داحق اوناپوه معناهم ورکوي (ژباړن) .

۲- دشرابو د یو څاڅکي څښل هم حرام دي ترڅو په غږپ غږپ سره دمشروب په څښلو اوپه پایله کې دنشه راوړونکې مادې څښلوته په لاره پرانیستو اوپه محذور (مانع - حرام) کې په لویدلو منجرنه شي او په همدې دلیل ، په حدیث کې راغلي دي : (مأسکرکثیره فقليله حرام) ژباړه: هغه څه چې ډیرمقدار یې نشه راوړونکي وي ، دهغه دلږ مقدارڅښل هم حرام دي ، او د دې چارې علت هم هماغه څیز دی چې یادونه یې وشوه .

۳- له پردۍ ښځې سره خلوت کول حرام دي ترڅو په محذورمنجرنه شي .

۴- دعدت پرمهال دنکاح عقد حرام دی ، که څه هم کوروالی دعدت له پای ته رسیدو دمودې وروسته ته ولویري او داپه دې خاطر دی چې دعدت دمودې له پوره کیدو وړاندې وخت وطی په مفسدې منجرنه شي .

۵- پیغمبر صلی الله علیه وسلم د پوراو بیعی ترم مینځ له جمع کولو ځینی نهی کړیده ترڅو دهغو دواړو یوځای والی په ربا(سود) منجرنه شي .

۶- شارع ، اولوالامر یاقاضي دهغه چا دهدي له منلو ځینې منع کړيدي (چې له وړاندې څخه) دهغوی ترمینځ د هديې عادت نه وي ، ترڅو ده هديه له باطل ځینې داووالامریا قاضي په پلوي کیدو(طرفدارۍ) منجرنه شي .

۷- که یوچا خپلې ښځې ته په دې قصد طلاق ورکړ چې ښځه د ده له شتمنۍ څخه میراث یو نه سي ، دې ته میراث ورکول کیږي ، ترڅو طلاق له ارث ځینې د ښځې په محرومولو منجرنه شي ، دا دجمهورو فقهاوو رأی ده او بنسټ یې هغه فتوا ده چې د صحابه ووځینو مجتهدینو ورکړې ده او ددې افرادو رأی هم د سد ذرایع پراصل مبتنی (ولاړه) ده چې د قرآن اوسنت نصوصو دهغه پرسموالي (صحت) گواهي ورکړیده .

۸- څوک چې ورک شوی مال له ځمکې څخه راپورته کوي (راجگوي) که څه هم امین دی، خو دسترڅښتن تعالی جل جلاله رسول صلی الله علیه وسلم ورته امر کړی دی چې پرهغه شاهد ونيسي . مبادا چې د طمعي په اثر هغه پټ (کتمان) کړي .

۹- شارع افراد د نورو په مرکې (خواستگاری- خواستگاري او نورو په قیمت ، قیمت او دنورو پربیع ، بیع ترسره کول نهی کړي دي ترڅو د دښمنۍ په رامینځته کیدو منجرنه شي .

۱۰- شارع له احتکار څخه نهې کړېده او دمحکمر په تړاو وايي : (يوازې خطا کار افراد احتکارتسره کوي) ځکه دا کار خلک د خپلو خوراكي توکيو په تړاو له تنگسې سره مخامخ کوي .
۱۱- که چيرې يو څوک يو څيز په زکوۍ ورکړي ، شارع نوموړی دهغه له پيرودلو ځينې منعه کړې دی ، حتی که هغه څيز بازار ته دخرڅلاو لپاره وړاندې شوی هم وي ، مبادا چې دا چاره په دې منجر شي چې هغه زکوۍ ورکوونکی ، مال په ناڅيزه بيه له بيوز له شخص څخه بيرته واخلي (وپيري) .

۱۲- شارع ، داین دخپل مديون ددهبې له منلو ځينې منعه کړې دی ، مگر دا چې هغه دخپل دين (پور) يوه برخه وگټي .

۲۳- دا دلايل اوله دې پرته نور دلايل ، داحکامو له دلايلو څخه ديو دليل په عنوان دسد ذرايع داعتبار لپاره يوکافي حجت اودليل گرځي اوهم هغه کسانوچې سد ذرايع يې دشريعت له اصولو ځينې يواصل نه دی گڼلي ، په خپلو ځينو اجتهاداتو کې يې ، دهغه په مقتضا عمل کړی دی ، په دې اعتبارچې يوه بل اصل يا قاعده کې داخل دی .

له هغې جملې ، ظاهريه په هغه چا دوسلې دخرڅولو په بطلان قايل شويدي چې په امان کې د افراد و په نسبت د ده د دښمنۍ په تړاو يقين شتون لري ، په هغه چا د انګورو (کشمشو) پلورل چې يقين شتون لري چې له هغو څخه دشرايو په جوړولو کې استفاده کوي باطل گڼلي دي ، ځکه (دهغوی په اعتقاد) دا کار په گناه کې د مرستې له جملې ځينې دی او دا هم جايز ندی ، ځکه سترڅښتن تعالی جل جلاله فرمايي : (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) (دالمائده سورت - ۲ - آيت)^۱.

ژباړه : او يوبل ته په نيکۍ او پرهيزگاري مرسته وکړي او په گناه او تيروي باندې يودبل مرسته مه کوئ.

احناف دهغه ښځې په ميراث وړلو (ارث) قايل شويدي چې له ارث ځينې د دې دمحروميدلو په موخه طلاق ورکړل شويدي ، په دې دليل چې هغه دهغه صحابي مذهب بولي چې کوم مخالف ورته ندی پيژندل شوی او داسې نور مثالونه .

له دې امله ، لکه هماغسې چې ويل کيږي ، يوازي مالکيه ندي چې په دې اصل عمل کوي ، بلکې مالکيانو يوازې له نورو څخه زيات په دې اصل عمل کړی دی او قرافي مالکي په دې باره کې وايي : (علما اجماع لری چې ذرايع درې ډلې دي ، لومړۍ : هغه چې په اجماع معتبر دي ، لکه د مسلمانانو په لاره کې څاه کيندل (کنستل) او دهغوی په خوړوکې د زهر و اچول او دهغه چا پروړاندې بتانوته سپکې سپورې ويل چې پوهيږو په دې حالت کې سترڅښتن تعالی جل جلاله ته سپکې سپورې وايي . دوهم : هغه څه چې په اجماع لغوه دي ، لکه د انګورو کرل ، چې نه شو کولای هغه منعه کړو ، په

^۱ - المحلي ج ۹ ص ۳۴۸

دې خاطر چې له هغو ځينې دشرابو دجوړولو ويره شتون لري . درېيم هغه څه چې دهغو په تړاو اختلاف شتون لري لکه آجال (موقتي) بيوع چې مونږ په هغو کې ذريعه معتبره بولو ، خونور په دې هکله له مونږ سره مخالف دي له دې امله ، د قضیې حاصل دا دی چې مونږ له نوروڅخه زیات په سد ذرایع قایل یو، نه داچې دا قایلیدل به مونږ پوری اختصاص ولری .^۱

خوله دې سره سره ، یوازې مالکيه او حنابله سد ذرایع د احکامو له اصولوڅينې ديو مستقل اصل په عنوان قبلوي او په همدې دليل يې ، له نوروڅخه زیات هم په هغې عمل کړی دی اوله نوروڅينې زیات يې خپل احکام پردې اصل بناکړيدي .

۲۳۴- سد ذرایع اومرسله مصلحتونه

دسد ذرایع اصل دمصلحتونو داصل تأکیدکوونکی او ټینگښت بڅښونکی دی ، ځکه په فساد منجروسایل او اسباب ممنوع کوي او دموکده وجهه دمصلحت له وجوهو څخه ده ، نو دا اصل دمصلحت داصل بشپړوونکی دی ، بلکې حتی کله کله ، د سد ذرایع بعضې بڼې (صورتونه) د مرسله مصلحتونو له بنوڅخه ځکيل کيږي او په همدې دليل، وينوچې دمصلحت په اصل قایلان او دهغوی علمبرداران - يعنی مالکيه او دهغوی پیروان - په سد ذرایع قایل شوي اوپه مفسده د هغو د منجرکیدو په صورت کې د ذرایعو په منعې قایل اوپه یو راحج مصلحت يې د منجرکیدلو په صورت کې دهغه په پرانیستل کیدو قایل شوي دي ، که څه هم وسیله ذاتاً حرامه هم وي ، او په همدې دليل، دوی د اسلامي دولت لپاره جایز بللې ده چې که چیرې کمزوری (ضعیف) ؤ د دښمن له شرڅينې په امان کې د پاتې کیدلو لپاره ، هغه ته یوڅه مال ورکړي او همدارنگه د رشوت ورکولو په جوازقایل شوي دي که چیرې رشوت یوازې دظلم یا هغه معصیت د دفع کولو لپاره یوازينی لاره وي چې ضررېې دمال دورکړې له ضرر څخه زیات دی او همدارنگه ، که څه هم محارب دولت ته د مال ورکړه جایز نده خو هغوی دیوسترضرر د دفع کولو یا یوسترمصلحت دجلبولو په خاطر، دمسلمانانو داسیرانو دخلاصولو په موخه محارب دولت ته دمال ورکړه جایز بللې ده .^۲

نوریا

^۱ - تنقيح الفصول، قرافي ، ص ۲۰۰ دامام مالک د کتاب له لمن ليک څخه په نقل ، زمونږ د استاد ابوزهره تأليف

^۲ - الفروق، قرافي ، ج ۲ ص ۳۲- ۳۳

مصادر قانون

نقش فقه و قضاء در تکوین قانون مصر

فهرست:

۳۶	مصادر تاریخی قانون در مصر :
۳۶	نقش فقه و قضاء در تکوین قانون مصر:
۳۶	فقه و قضاء به عنوان دو مصدر تفسیری قانون :
۳۷	نقش فقه و قضاء در غیر از قوانین احوال شخصی :
۳۸	فقه و قضاء در قانون احوال شخصی :
	مصادر تاریخی قانون در مصر :

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

نقش فقه و قضاء در تکوین قانون احوال شخصیه در مصر آنچنانکه گذشت همان نقشی است که فقه و قضاء در شریعت اسلامی دارد.

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

فقه و قضاء به عنوان دو مصدر تفسیری قانون :

نقش فقه و قضاء در تکوین قانون مصر - آنچنانکه گفته آمد - به عنوان دو مصدر تفسیری - و غیر رسمی - ثابت گردیده، و بنابراین فقه و قضاء در قانون

مصر الزام آور نمی باشند. و از این جهت قانون مصر بیشتر از کششهای رومانی لاتینی متأثر بوده، و کششهای انجلوسکسونی در این قانون کمتر است.

نقش فقه و قضاء در غیر از قوانین احوال شخصی :

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

گذشته از آنکه محاکم مصر همچنانکه از فقه و قضای مصر استفاده میکنند در بسیاری از موارد از فقه و قضای فرانسه نیز استئناس میکنند زیرا آنچنانکه یادآور شدیم قوانین مصر از قوانین فرانسه مأخوذ بوده و آن تفسیری را که فقهاء و قضات فرانسه از قوانین آن کشور به دست میدهند، خود میتوانند تفسیر قوانین مصر نیز باشد، به اضافه آنکه فقه و قضاء در مصر در مراحل ابتدایی و اولی پیشرفت قرار داشته و محاکم مصر با تأثیری که از قانون فرانسه دارند ترجیح میدهند در عوض مراجعه و استئناس از فقه و قضای نوپای مصر به اصل فرانسوی آن برگردند، با درنظرداشت آنکه به منظور استقلال و استغناء از مصادر فرانسه، فقهاء و قضات مصر باید سعی کنند که این دو مصدر تفسیری مهم - فقه و قضاء - در مصر به کمال پختگی آن برسند، زیرا فقه در مصر با وفرت مراجع علمی و تألیفات فقهی و مجلات متخصص در این فن، و وجود علمای مصری و بیگانه بازم تا کنون به هویت و ذاتیت خود دست رسی پیدا نکرده و تا هنوز مقلد محض فقههای فرانسه میباشند.^۱

^۱ - اگرچه از نقش بزرگ اساتید قانون و تلاشهای بی شائبه آنان در راستای روشنگری برای نسل های آینده قدردانی میکنیم، که به لطف خداوند بزرگ اینک میتوانیم راه کمال را تشخیص داده و به آن نزدیک شویم، و با درنظرداشت آنکه جزئی از راه را طی کرده ایم، اما آنچه باقی مانده است بیشتر از مراحل است که ما تاکنون به آن رسیده ایم، و اگر ما تاکنون توانسته ایم فقه نوین را به زبان عربی درست درآوریم، باید به یاد داشته باشیم که دو گام مهم تر و با ارزش تر در جلو داریم؛ اول آنکه باید فقه را " مصری " خالص بسازیم، که رنگ قومیت و هویت ما در آن نمودار بوده و اثرات عقل خود را در آن ببینیم، زیرا فقه ما تا کنون زیر اشغال بیگانه - یعنی اشغال فرانسه - است، اشغالی که در واقع هرگز از هیچ اشغال دیگری کمتر نیست، زیرا فقه مصری تا امروز فقه فرانسه را هادی و رهبر خود میدانند، و هرگز از افق آن دور نشده و به

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

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

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

فقه و قضاء در قانون احوال شخصی :

علی رغم آنکه فقه و قضاء در تکوین شریعت اسلامی اثر مهمی داشته به خصوص در شریعت احوال شخصی مصر، اما در حال حاضر این دو مصدر جز مصادر تفسیری نبوده، و حتی به همین اعتبار نیز اثر کلی و اساسی ندارند.

و در مورد قضای محاکم شرعی - در صورت وجود - میتوان گفت که این گونه محاکم جز شریعت اسلامی را بر قضایای وارده بر آن تطبیق نمیکند، و قضات شرعی مقید اند - جز در

حکم سایه آن است و در صورتیکه بتوانیم استقلال فقهی خود را بدست آورده، و آن را در قضای مصر به دنیا آورده تا مصریانه قدم بیاموزد در آن صورت است که میتوانیم گام نهایی و اخیر را برداشته، از دائره قومیت فقه مصری به دائره ای جهانی شدن وارد گردیده و میتوانیم جزئی از وجائب انسانی خود را در راه تقدم و پیشرفت فقه جهانی که فقهاء آن را " قانون مقایسه ای " مینامند اداء کنیم ... و از مهم ترین وسائلی که ما را به هدف می رساند، اهتمام و ارج گذاری به شریعت اسلامی است، شریعت شرق و الهام آن، شریعتی که عصاره اذهان متفکر و زاده صحرای آن است که در همه سهل و صحراء و دره های آن رشد کرده، و قبضه ای از نور شرق و مشکاتی از نور اسلام است، شریعتی که شرق و اسلام در حدود آن ملاقی گردیده و هریک در آمیزش نورانی در یکدیگر بگونه ای ممزوج شده اند که دوگانه دیده نمی شوند، این شریعت اسلامی که اگر اکناف آن گسترانیده شده و راه آن هموار شود، درسهایی عظیم آن روح استقلال فقهی قضائی، و قانونی را در امت ما زنده میکند، به نحوی که پس از زنده شدن میتوان جهان را در نور آن دیده و بخشهایی از فرهنگ جهانی قانون را به انسانیت هدیه نماید.

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

مسائلی که در نص قانون تصریح شده باشد - که قول راجح از مذهب فقهی ابو حنیفه را تطبیق کنند، بدین اساس قضات - شرع - مقلد اند مجتهد، و حتی مقلد یک مذهب معین، لهذا جای تعجب باقی نمی ماند که اگر قضای شرعی در نهضت شریعت اسلامی و گسترش آن، و همگام کردن آن با خواسته ها و ضرورت های تمدن جدید اثری نداشته باشد.

همچنانکه فقه شرعی همانند قضای شرعی از تأثیر گذاری بر شریعت اسلامی به دور است، زیرا فقهای شریعت اسلامی در مصر در عصر حاضر - سالهای ۱۹۵۰ - به استثنای عده محدودی از آنان همه مقلد اند، که البته امام فقهای مجتهد مرحوم استاذ شیخ امام محمد عبده است، که تألیفات و نظریات و فتاوی آزاد اندیشانه ایشان که متوافق با روح عصر و زمان است دارای اثر بسیار مهمی در بیداری فقهاء و وجوب باز کردن دروازه اجتهاد فقهی داشته است. گذشته از آنکه هیچ یک از فقهای معاصر هر اندازه ای که کشش اجتهادی داشته باشد جرئت آن را ندارد که خود را مجتهد بگوید، زیرا در اندیشه ای فقهاء چنین رشد و نمو کرده است که دروازه اجتهاد تا ابد بسته می باشد، که بدون تردید این گونه انجماد فکری منهی عنه خداوند بوده و با سنت پیشرفت در همه زمینه ها از جمله قانون در مخالفت واضح و آشکار است.

شایان ذکر است که شماری از فقهای شریعت اسلامی بعضی از ابواب فقه را به روش عصری خلاصه کرده، و فهم آن را برای مردم و دانش جویان فقه شرعی آسان کرده اند، و این گونه کتابها و رسائل علمی و مقاله های فقهی که در الازهر تدریس میشود، قضات محاکم نیز از آن در اصدار احکام شرعی اسلامی در مسائل احوال شخصی، معاملات، و ابواب وقف استفاده میکنند، و مرحوم "قدری پاشا" این احکام را جمع آوری نموده و با کمک عده ای از فقهاء، تقنین معروف خود را وضع کرده.^۱ و سبب شده است که بسیاری از فقهاء مؤلفات خود را به جای نصوص قانون وضعی قرار دهند، امری که با واقع عملی و تطبیقی متوافق نمی باشد. البته در توضیح جهود فقهای شریعت اسلامی تلاشهای فقهای سرزمین هندوستان، و خاور شناسان وارد نیست، زیرا ما در اینجا فقط نهضت فقه در مصر را بررسی میکنیم.

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

^۱ - اگرچه وصف مؤلف قدری پاشا به "تقنین" دقیق نمی باشد، زیرا "تقنین" مستلزم صدور مجموعه های قانونی متوافق است، که در واقع چنین قوانینی در مصر صادر نشده است.

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

فهرست:

دعوی نکاح:	۴۱
دعوی تفریق به سبب ضرر:	۴۲
دعوی تفریق به سبب غیابت:	۴۳
تفریق به سبب عیب:	۴۴
تفریق به سبب عدم انفاق:	۴۴
بطلان نکاح:	۴۴
دعوی حضانت:	۴۴
قرار دوران دعوی در موضوعات حقوق عامه:	۴۵
قرار عدم دوران دعوی در موضوعات حقوق عامه:	۴۵
دعوی دفع تعرض:	۴۵
قرار ذوالیدی:	۴۶
تنازع ایدی:	۴۶
دعوی غصب:	۴۶
دعوی شفعه:	۴۹
طرز رسیدگی به قضایای مدنی در مرحله استیناف:	۵۰
شکایت و اعتراض و جواب آن:	۵۰
تعطیل اجراآت:	۵۱
صلاحیتهای محکمه فوقانی بر فیصله های صادره محاکم تحتانی:	۵۱
صلاحیتهای محاکم فوقانی در بطلان:	۵۲
تصامیم دیوان های مدنی ؛ احوال شخصیه و حقوق عامه استیناف:	۵۳

- ۵۳..... اجرای فرجام خواهی:
- ۵۵..... تجدید نظر:
- ۵۶..... اجرای عملی در مورد تجدید نظر خواهی:

دعوی نکاح:

بعضا اتفاق می افتد که در ضمن انصراف از نامزدی جانب مقابل دعوی نکاح را مینماید در اینصورت محکمه قبل از همه طبق هدایت قانون اصول محاکمات مدنی اطمینان خود را به شهرت عقد نکاح حاصل مینماید^۱..

روی این ملحوظ محکمه از مدعی نکاح طی استعلام رسمی میخواهد تا چند تن از حاضرین مجلس عقد را به محکمه حاضر نماید هرگاه در میان اظهارات حاضرین مجلس در مورد انجام عقد توافق موجود باشد در اینصورت محکمه قرار دوران دعوی را صادر و در غیر آن قرار رد دعوی نکاح را صادر مینماید.

بعد از صدور قرار دوران دعوی، مدعی قانوناً مکلف میباشد تا دعوی خویش را در مدت معینه (۳۰ روز) به محکمه تقدیم نماید در صورتیکه مدعی طبق صراحت قانون مذکور بعد از تقدیم عریضه الی (۳۰) روز دعوی خویش را در محکمه حاضر نکرده و عذر مؤجه را نیز به محکمه ارایه ننماید محکمه قرار ترک خصومت را صادر مینماید این قرار بر خلاف سایر دعاوی تابع استیناف خواهی میباشد ولی هرگاه مدعی برای بار دوم الی مدت یکماه دعوی خود را به محکمه نیاورد قرار دوم ترک خصومت صادر و این قرار نهایی میباشد^۲.

در صورتیکه مدعی در میعاد معینه دعوی خود را در دو کاپی به محکمه تقدیم نماید و دعوی مدعی از طرف هیئت قضایی محکمه مطالعه میگردد هرگاه صورت دعوی مدعی دارای نواقص تشخیص گردد برای مدعی الی سه مرتبه وقت داده میشود تا به اصلاح دعوی خود بپردازد بعد از صحت دعوی مدعی مبلغ ۶۰۰ افغانی محصول صورت حال را طی تعرفه محصولی به بانک پرداخته و با ارایه رسید بانک به محکمه دعوی مدعی در صورت حال درج میگردد و یک کاپی آن در برابر اخذ تسلیم شد به مدعی علیه داده میشود تا در مدت (۱۵) روز دفاعیه خود را در دو کاپی به محکمه حاضر نماید^۳.

^۱ ماده ۱۰۴ قانون اصول محاکمات مدنی

^۲ ماده ۳۶ اصول محاکمات مدنی

^۳ قانون محصول فیصله جات محاکم

بعد از تعاطی ادعا و مدافعات طرفین قضیه، برای مدعی موقع داده میشود تا مطابق هدایت قانون^۱ دعوی خویش را به اثبات برساند و به این منظور برای مدعی استعلاماً تفهیم میگردد تا شهود خود را قبلاً به محکمه معرفی و به روز معینه به محکمه حاضر نماید.

به مدعی الی سه مرتبه برای احضار شهود مهلت داده میشود تا شاهد خود را به محکمه حاضر نماید هرگاه شهود مدعی از جانب هیئت قضایی پذیرفته شد به تزکیه سری شهود میپردازد و به این منظور محکمه ورقه سوالیه را که در فقه بنام (مستوره) یاد میگردد قاضی در آن شهرت مکمل شهود را مینویسد برای مزکی طور سربسته و مخفی ارسال مینماید مزکی سوالات مطرح شده را جواب داده و ورقه متذکره را بطور سربسته دوباره به قاضی اعاده مینماید در صورتیکه شهود عادل و مقبول الشهادت خوانده شده بودند، شهادت شان پذیرفته میشود بعد از اینکه از مدعی علیه رسماً در مورد جرح شهود پرسیده میشود؛ در صورتیکه مدعی علیه نتواند جرح شهود را آنطوریکه ادعا نموده بود با اسناد و مدارک به اثبات برساند. مثلاً گفته باشد که شاهد پسر مدعی است بناءاجراءت بعدی محکمه را انجام تزکیه علنی تشکیل میدهد.

چنانچه مزکی ها در مجلس قضا فراخوانده شده و شهود را در مجلس قضا در حضور طرفین تزکیه مینمایند.

در صورتیکه شهود مدعی از طرف محکمه مورد قبول قرار نگیرد از مدعی در مورد حق توجیه سوگند به مدعی علیه استعلاماً پرسیده میشود هرگاه مدعی علیه ادای سوگند نمود حکم محکمه به قطع خصومت فعلی و رد دعوی مدعی صادر میگردد و در صورتیکه مدعی علیه از سوگند نکول نمود به اثبات دعوی مدعی حکم میگردد.

دعوی تفریق به سبب ضرر:

در دعوی تفریق به سبب ضرر و بعد از اجراءات معمول در موردصحت دعوی و تقدیم دفاعیه از مدعیه برای اثبات ادعایش به تعداد ۵ نفر مخبرین ایکه از جمله همسایه ها و اشخاصی که از موجودیت نفاق و شقاق بین زوجین آگاهی داشته باشند خواسته شده و بعد از استماع اخبار مخبرین و ثبت آن و بعد از گرفتن شست شان درپایان اخبار شان به طرفین بر طبق دستور شریعت و طبق حکم قانون اصول محاکمات مدنی در صورتیکه ضررمورد ادعا مؤجه نبوده و نزد محکمه خوف نفاق و شقاق و اختلاف بین زوجین متصور باشد محکمه دو شخص عادل از اقارب زوجین را جهت اصلاح به حیث حکم تعیین مینماید. ایشان قبل از حکمیت در موضوع باید ادای سوگند نمایند که وظیفه حکمیت را به کمال بیطرفی و غیر جانبدارانه ادا و دراصلاح میان زوجین سعی نموده و منشاء اختلاف را تشخیص و مراتب را تحریراً به محکمه گزارش دهند.^۲

^۱ ماده ۲۷۲ قانون اصول محاکمات مدنی

^۲ ماده ۱۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی

در صورتیکه در نظریات حکمین اختلاف وجود داشته باشد محکمه به زوجین هدایت میدهد تا دو، دوفتر دیگر از اقارب شانرا در محکمه به حیث حکم معرفی نمایند. زیرا بر اساس حکم قانون اصول محاکمات مدنی در دعوی تفریق به سبب ضرر حکم بیش از دو مرتبه تعیین شده نمیتواند^۱ هرگاه حکمین به اصلاح میان زوجین فایق نشده و یا اینکه در نظر حکمین زوجه منشاء اختلاف تشخیص گردد و زوجه نیز بر ادعای خود پافشاری داشته باشد محکمه مطابق حکم قانون مدنی و تعدیل ماده ۱۸۸ این قانون به تفریق میان زوجین حکم صادر مینماید.^۲

دعوی تفریق به سبب غیابت:

زوجه در صورت غیابت زوج بعد از مدت سه سال و یا بیشتر از آن میتواند درخواست تفریق به سبب غیابت را به اداره حقوق تقدیم نماید اداره حقوق عریضه و اوراق اجراآتسی را درمورد به محکمه ارسال مینماید در صورتیکه زوج آدرس مشخص داشته باشد محکمه موضوع را کتباً به زوج ابلاغ مینماید و مدتی را جهت عودت به مسکن زوجه و یا خواستن وی به اقامتگاه خودش برای زوج تعیین مینماید و به این منظور محکمه سه جلب را که هر جلب مدت (۱۵، ۱۵) روز را در بر میگیرد به آدرس زوج ارسال میدارد.

بر اساس هدایت قانون اصول محاکمات مدنی هرگاه زوج غایب با وجود وصول اعلام محکمه و انقضای مدت تعیین شده حاضر نگردد محکمه از خاړنوالی مدنی رسماً وکیل مسخر طلب نموده و به موضوع رسیدگی مینماید و در این حالت نیز مدعیه مکلف است تا چند نفر مخبرین ایکه از غیابت زوج به محکمه اخبار میدهند حاضر نماید آنگاه محکمه در آن مورد حکم تفریق را صادر مینماید.^۳

و در صورتیکه زوج غایب آدرس مشخص نداشته و یا وصول اعلام تحریری محکمه برایش ممکن نباشد محکمه بعد از اعلان موضوع در رادیو و یا یکی از جراید کثیرالانتشار و تعیین مدتی که از (یکماه) بیشتر بوده نمیتواند اگر باز هم زوج غایب با وجود اعلان رادیو در مدت معین حاضر نگردد محکمه بعد از تعیین وکیل مسخر به موضوع رسیدگی و تفریق میان زوجین را حکم مینماید. هرگاه زوج در خارج از کشور بوده و آدرس مشخص داشته باشد ابلاغیه محکمه برای احضار زوج غایب نزد زوجه و یا خواستن وی به اقامتگاه خودش از طریق سفارت کشور در مملکت مذکور به زوج غایب رسانیده میشود و در صورت عدم اعتنا و عدم حضور وی به موضوع قرار شرح فوق به دعوی رسیدگی صورت میگیرد.

^۱ ماده ۱۱۱ اصول محاکمات مدنی

^۲ ماده ۱۸۳ قانون مدنی

^۳ ماده ۱۱۲ اصول محاکمات مدنی

تفریق به سبب عیب:

زوجه وقتی میتواند مطالبه تفریق نماید، که زوج مبتلا به مریضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحویکه معاشرت با زوج بدون ضرر کلی ناممکن باشد.

در تثبیت عیوب متذکره، از اهل خبره استفاده بعمل میآید. هرگاه عیب از نوعی تثبیت گردد که اعاده صحت وی غیر ممکن باشد، محکمه بدون تعویق به تفریق زوجین حکم مینماید. در صورتیکه عیب قابل علاج بوده و مدت طولانی برای معالجه لازم باشد، محکمه مطالبه تفریق را تا مدتی که متجاوز از یکسال نباشد به تعویق می اندازد. در صورتیکه زوج مبتلا به مریضی صعب العلاج باشد در آنصورت محکمه بدون تعویق به تفریق زوجین حکم مینماید.

تفریق به سبب عدم انفاق:

هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد در حالیکه ظاهراً مالک دارایی نبوده و عجز وی از ادای نفقه نیز ثابت شده نتواند، زوجه میتواند مطالبه تفریق نماید. در صورتیکه زوج عجز خود را از ادای نفقه ثابت نماید، محکمه مدت مناسبی را که از سه ماه تجاوز نکند، به وی مهلت میدهد. در صورتیکه باز هم به ادای نفقه قادر نشود، محکمه به تفریق بین زوجین حکم مینماید.^۱

بطالان نکاح:

در دعاوی نکاح هرگاه دختر در سن کمتر از پانزده سال در صغارت به نکاح داده شده باشد دختر قبل از تکمیل سن ۱۷ سالگی بر اساس حکم ماده ۱۰۸ اصول محاکمات مدنی میتواند فسخ نکاح را از محکمه اصالتاً و یا از طریق وصی و ولی خویش تقاضا نماید محکمه به این منظور به تذکره دختر من حیث سند مدار اعتبار اکتفا نموده و در صورتیکه تذکره نداشته باشد بعد از اخذ نظریه طب عدلی در مورد سن موجوده دختر حکم به فسخ نکاح وی صادر مینماید.

دعوی حضانت:

درین دعوی قبلاً محکمه بعد از اجراءات عام رسیدگی و مطالبه دفاعیه و بعد از ارزیابی مستحق بودن مادر به حضانت طفل، به عدم مزاحمت ولی و یا سایر اشخاصیکه در مورد دعوی حضانت را نموده باشد حکم مینمود ولی اخیراً در سمینار روسای محاکم سال ۱۳۸۶ ستره محکمه تصویب به عمل آمد که به منظور حفظ منافع و مصالح طفل و اینکه طفل در دوره حساس شیر خواره گی و پرورش قرار دارد محاکم در بر خورد به این نوع قضایا موضوع را ضمن صدور قرار قضایی حل و فصل نمایند.

حال به چند نمونه از اجراءات محاکم درمورد صدور قرارها و فیصله ها در موضوعات مدنی و حقوق عامه اشاره میگردد:

^۱ قانون اصول محاکمات مدنی (۱۹۱، ۱۹۲) مواد

قرار دوران دعوی در موضوعات حقوق عامه

در صورتیکه ریاست قضایای دولت ادعای غصب زمین دولت را داشته باشد و ادعا نماید که در مورد ملکیت فلان اداره دولت اسناد نیز بدست دارد و در برابر شخص حقیقی نیز ادعا داشته باشد که زمین مورد تنازع را به اساس سکچ شاروالی و نقشه انجیری در بدل تادیه قیمت آن به اساس تعرفه تحویل بانک نموده و آویز آنرا بدست دارد از دولت خریده است محکمه بعد از ارزیابی اسناد دوطرف از اینکه هردو جانب ادعا دارند که اسناد مثبت به دست دارند هرگاه موضوع را قابل بررسی و رسیده گی قضایی تشخیص نماید قرار دوران دعوی را در مورد صادر مینماید .

قرار عدم دوران دعوی در موضوعات حقوق عامه

هرگاه شخص علیه ریاست قضایای دولت که به نمایندگی دولت دفاع از حقوق و ملکیت های دولتی را به عهده دارد در مورد یک قطعه زمین ادعا نماید مثلاً: ملک مورثی بوده و از پدر برایش به ارث مانده است همانند همه دعاوی مدنی و احوال شخصیه اوراق از مجرای اداره حقوق به محکمه میرسد محکمه بعد از پرسش از مدعی در مورد اینکه برای اثبات دعوی خود چه سند دارد تا اسناد خود را به محکمه ارایه نماید وبعد از ارزیابی اسناد مدعی و پرسش استعلامی از نماینده ریاست قضایای دولت در مورد ارایه اسناد در صورتیکه مدعی اسناد مثبت بدست نداشته و ریاست قضایای دولت اسنادی را ارایه نماید که زمین متذکره را که ملکیت موروثی (ب) بوده از طرف شاروالی استملاک گردیده در این صورت محکمه رسیده گی به موضوع را لازم ندانسته ، قرار عدم دوران دعوی را صادر مینماید .

دعوی دفع تعرض :

مدعی دفع تعرض شخصی بوده میتواند که ملکیت وی در دست و تصرف خودش باشد و اما شخص دیگری که ذوالید (متصرف) نبوده و خارج (شخصی که مدعی بها در دست او نیست) میباشد مزاحم تصرفات مالکانه ذوالید گردیده باشد بطور مثال: شخص را در کشت و زراعت ملکیتش مانع میگردد یا به نحوی مانع تصرفات مالکانه صاحب ملک میگردد .

محکمه مدعی را برای اثبات ید (تصرف) مکلف به آوردن دعوی نموده و بعد ؛ محکمه از مدعی دونفر شاهد ذوالیدی میخواهد شاهدان شهادت میدهند که این زمین در تصرف همین مدعی میباشد و در ان عملاً کشت و کار مینماید چون شاهدان، شاهد اثبات ید است بناً محکمه در صورت قبولی آن به تزکیه آنها میپردازد بعد از انجام تزکیه سری و علنی ، از مدعی علیه استعلاماً سوال میگردد که برای اثبات ملکیت خود حجت و برهانی اگر دارد به محکمه ارایه بدارد هرگاه وی دلیل برای اثبات ملکیتش آورده نتوانست محکمه حکم خود را به منع تعرض مدعی علیه در عقار مورد تعرض مطابق ماده ۳۲۹ قانون اصول محاکمات مدنی صادر مینماید.

قرار ذوالیدی:

در صورتیکه عارض و معروض به محکمه مراجعه نموده یکی بر دیگری در مورد عقاری دعوی نماید؛ محکمه ابتدا طی یک استعلام از هردو سوال مینماید که مدعی بها در تصرف کدام شخص و بر آن ذوالید میباشد و دلایل و مدارک خواسته میشود و محکمه نیز در مورد تحقیقات لازمه را انجام داده و بعد از تفکیک ذوالید از خارج؛ قرار به ذوالید بودن شخصی که بالفعل در عقار مدعی متصرف باشد صادر مینماید

تنازع ایدی:

در مورد تنازع ایدی باید گفت زمانی تنازع بروز مینماید که دو نفر در مورد متصرف بودن بر یک ملکیت دعوی میداشته باشند یعنی دو تنازع ید وجود میداشته باشد محکمه از طرفین برای اثبات ادعای شان اسناد و مدارک را مطالبه مینماید و با در نظر داشت دلایل و مدارک موجود دست داشته یک طرف؛ به متصرف بودن شخص حکم صادر مینماید و هرگاه هر دو شخص به متصرف بودن شان در عقار مورد ادعا بین و مدارک اثباتیه داشته و اثبات نمایند محکمه به اثبات متصرف بودن هر دو شخص حکم مینماید

هرگاه هیچکدام سند و یا شاهد نداشته باشد هر دو طرف میتوانند به یک دیگر توجیه سوگند نمایند در اینحال نکول یک طرف؛ در واقع اقرار به ذوالیدی طرف مقابل میباشد هرگاه هر دو سوگند یاد نمودند درین حالت؛ محکمه در مورد تحقیقات لازمه را انجام داده والی روشن شدن حقیقت؛ هیچکدام را متصرف نشناخته و بعد از دریافت واقعیت؛ یک طرف را ذوالید میشناسد

دعوی غصب:

غصب عبارت از گرفتن مال محترم و متقوم غیر بدون اجازه مالک، به نحوی که از آله (برطرف کردن) ید مالک را نماید

در خطبه حجةالوداع پیامبر () فرمود: (ان دماکم و اموالکم و اعراضکم حرام علیکم کحرمة یومکم هذا، فی شهرکم هذا، فی بلدکم هذا)

ترجمه: براستی خونها و مالهای شما و آبروی شما بر شما ها حرام است یعنی بر شما حرام است که به خون و مال و آبرو و ناموس همدیگر تجاوز کنید همانگونه که هرگونه تجاوزی در این روز و این ماه و این شهر بر شما حرام است و همانگونه که این روز و این ماه و این شهر برای همه محترم است خون و مال و ناموس همه نیز محترم است

و با تعریفی که صورت گرفت عناصر آن قرار ذیل تحلیل و تجزیه میگردد:

اول: وجود حقی اعم از مالی و غیر مالی مانند غصب نام خانواده گی (مال، منفعت، حق)

- دوم : تصرف غیر ذیحق در ان (تصرف غیر مالک یا نایب وی) تصرف مذکور مقرون به اعمال قهر و غضب نباشد و گر نه عمل او غارت است
- سوم : در تصرف ماذون از جانب مالک یا نماینده او نباشد (تصرف عدوان) چهارم: متصرف مذکور علاوه بر تصرف قصد استیلا بر مال را داشته باشد (تسلط)
- پنجم : تصرف مذکور همراه با تقلب نباشد زیرا غضب جنبه متقلبانه ندارد
- ششم : تصرف مذکور مقرون به نقض اعتماد نباشد پس خیانت که بر نقض اعتماد متکی است از غضب خارج است
- هفتم: تصرف مذکور مقرون به اعمال قهر و غلبه نباشد . گر نه عمل او غارت است
- غضب اغلبا از جرایم مالی است و غاصب علاوه بر مسولیت مالی، مسولیت جزایی هم دارد البته در احصاء عناصر فوق غضب اموال مورد نظر است که بیشتر است نه غضب انسان (ادم ربایی) یا غضب نام خانواده گئی و عناوین و مشاغل
- انواع غضب
- ۱ : غضب اشجار
 - ۲ : غضب اعیان: غضب اموالی است که بصورت اجسام خارجی در می آیند در برابر غضب منافع، غضب حقوق و مطالبات استعمال میشود
 - ۳ : غضب جمعی : تجمع ایادی غاصبه در یک زمان بر مال معین، مثلاً ماهی گیر تور ماهیگیری را در دریا نصب کرده باشد و در غیاب وی دزدان دریایی ماهیان را که در تور افتاده بردارند و ببرند
 - ۴ : غضب حق انتفاع: مثل کسی که عین مال مورد حق عمری و سکنی را غضب کرده باشد و از ان بهره گیرد
 - ۵ : غضب حقوق: خارج از منافع و حق انتفاع و اعیان اموال میتوان حقوق دیگری مالی را تصور کرد مانند حق تجحیر، حق خیار، حق مرتهن بر رهینه، حقوق عمومی هم قابل غضب است مانند غضب مشاغل، غضب نام خانواده گئی هم غضب است
 - ۶ : غضب حکمی : اگر یک یا چند عنصر غضب ساقط گردد به طوریکه جرم دیگری صورت نه بندد غضب حکمی است مانند تصرف بدون سو نیت در مال غیر، چنانچه غالباً خریداران اموال مسروقه مشمول عنوان غضب حکمی اند
 - ۷ : غضب حیوان : اگر کسی حیوان را غضب و در ایام غضب به حیوان آسیبی برسد و یا برساند علاوه بر رد حیوان جبران خساره را نیز باید بپردازد
 - ۸ : غضب زرو سیم : اگر عین انرا رد کرده نتوانست مکلف به رد مثل است
 - ۹ : غضب عصیر: اگر شیره انگور را غضب کند و در ایام غضب خود جوش شراب شود باید به مالک ان نقص را تاوان بدهد
 - ۱۰ : غضب عقار: غضب غیر منقول را میگوید

- ۱۱: غصب غیر منقول: در غصب فرق بین منقول و غیر منقول نیست امام ابو حنیفه و امام ابو یوسف غصب را مخصوص منقول دانسته اند (غصب غیر منقول و غصب عقار مترادف است)
 - ۱۲: غصب قدرت: (مغالیه) تحصیل قدرت عمومی (حاکمیت از راه دغل کاری مانند: استفاده از آرای ساختگی و دستبرد در صندوق انتخابات این غصب معمولاً گروهی صورت میگیرد)
 - ۱۳: غصب مثلی: غصب مال منقول که از مثلیات باشد
 - ۱۴: غصب مرهون: یعنی غصب مال مورد رهن که ممکن غاصب خود رهن باشد
 - ۱۵: غصب مشاع: دو نفر در خانه ای شریک است یکی به ثالث اذن میدهد که در حصه او مصرف نماید و دیگری اذن نمی دهد ماذون که در چنین حالی تصرف میکند تصرف او بانک که اذن نداده است غصب مشاع است
 - ۱۶: غصب و اشاعه: ممکن غاصب مال غیر را با مال خود ممزوج کند خواه دو مال ممزوج هم جنس باشد خواه نه
 - ۱۷: غصب منافع: یعنی منفعت متعلق به غیر را مورد تصرف غاصبانه قرار دهد مانند اینکه ثالثی مستاجر خانه ای را بیرون کند و خود ساکن آن گردد یا مستاجر را در مدت اجاره به قهرو غلبه بیرون کند و منافع را از چنگ او خارج نماید
 - ۱۸: غصب مورد تعهد: یعنی مورد تعهد پیش از ایفای تعهد به وسیله ثالثی مورد غصب قرار گیرد مثلاً فروشنده متعهد است که کتاب فروخته شده را به مشتری تسلیم کند ولی قبل از تسلیمی کتاب مذکور را دیگری غصب نماید
 - ۱۹: غصب موقوفه: علی الاصول موقوف علیهم مالک منافع موقوفه نیست بلکه صاحب حق انتفاع اند اما در برخی صورت مالک منافع هستند در صورت اول غاصب موقوفه در برابر مالک ضامن موقوفه اند اما در صورت دوم به نفع موقوف علیهم ضامن است
 - ۲۰: غصب نام خانواده گئی: یعنی کسی که نام خانواده گئی دیگری را غصب نماید.
 - ۲۱: غصب سلطانیه: غصب سلطانی اموال غیر منقول (غالباً) است که سلاطین اموال آنها را غصب کرده باشند مثل اینکه مسعود غزنوی املاک حسنک وزیر را طی دو قباله صوری گرفت اجراءات محکمه درمورد رسیده گئی به قضایای غصب قرار ذیل صورت میگیرد:
- محکمه ابتدا از مدعی غصب دعوی میخواهد بعد از صحت صورت دعوی و درج آن به صورتحال، از مدعی دو نفر شهود ذوالیحدی میخواهد که تصرف و ذوالیحدی مدعی علیه را شهادت بدهد بعد از قبول شهادت این شاهدان دعوی به مدعی علیه داده میشود تا دفع خود را ترتیب دهد و بعد از استماع دعوی و دفاعیه طرفین، محکمه از مدعی دلیل اثبات (سند، شاهد) خواسته و در صورتیکه سند و یا شاهدان مدعی مورد قبول محکمه قرار گیرد محکمه به اثبات دعوی مدعی و رد و تسلیم مغضوبه بر مدعی علیه حکم مینماید.

دعوی شفعه:

شفع به معنی ضم، منظم ساختن و یکجا کردن را گویند و نیز به معنی تقویت و زیادت می باشد در ماده ۲۲۱۳ قانون مدنی کشور شفع چنین تعریف گردیده است:

(شفع عبارت از حق تملک تمام و یا بعضی از عمار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصارفیکه صورت گرفته ولو به صورت اجبار باشد)

از دیدگاه احناف شفعه بطریق شریک بودن و همسایگی ثابت می گردد ولی از نظر جمهور فقها برای شریک ثابت می گردد نه برای همسایه. بهر حال هدف شفعه دفع ضرری است که بطور شراکت یا همسایگی به سبب استمرار و دوام برای شخص به وجود میاید بر عکس در اموال منقول این طلب متصور نمی باشد.

مقصود از شفعه در شرع آنست که خانه و یا منزلی که شفع بدان تعلق میگیرد اجباراً با همان قیمتی که مشتری خریده است به شریک واگذار نماید و به تملک طالب شفعه در آید تا از ضرر و زیان و خصومت و ایجاد دشمنی جلوگیری گردد و طلب شفعه سبب میشود تا ضرری که ممکن از بابت تملک برای شریک و یا همسایه از طرف فرد بیگانه حاصل گردد دفع شود چنانچه از جابر روایت شده است که پیامبر فرموده است: (من کان له شریک فی نحل او ربهة فلیس له ان یبیع حتی یؤذن شریکه فان رضی اخذ و ان کره ترک).

ترجمه: هرکس در باغ خرما یا منزلش شریک داشت او حق ندارد انرا بفروشد تا اینکه از شریکش کسب اجازه کند که شریک اگر راضی شد خود سهم شریک خود را میخرد و اگر دوست نداشت انرا ترک میکند)

در کتاب (شرح السنه) آمده است که: اهل علم اتفاق نظر دارند بر اینکه شفعه برای شریک است در منزلی که قابل قسمت باشد که هرگاه یکی از شرکا پیش از تقسیم سهم خود را بفروشد شفعه در ان ثابت می باشد پس شرکایش میتواند سهم او را با همان قیمتی که فروخته است تصاحب نمایند و برای خویشتن بردارند و اگر ان را به چیزی فروخته بود که قابل قیمت گذاری است شریکها قیمت انرا میپردازند

حضرت جابر از رسول الله (ص) روایت نموده که انحضرت فرموده است: (الجار احق بشفعه جاره و ینتظر بها ان کان غایباً اذا کان طریقهما واحداً)

ترجمه: (همسایه برای شفعه همسایه خویش سزاوار تر است باید منتظر آمدن همسایه باشد اگر غایب باشد مشروط بر اینکه راهشان یکی باشد)

در دعوی شفعه بر مدعی لازم است که سه مطالبه را انجام دهد:

۱. طلب مواثبت: مواثبت در لغت بمعنی برخاستن، ایستاد شدن، عکس العمل نشان دادن، مبارزت نمودن و منحل نمودن عقد کاملاً انجام شده می باشد و در اصطلاح فقهی دعوی شفع عبارت از آن

کلام مدعی شفع است در مجلسی که برای اولین بار از عقد بیع مطلع میشود و دفعتاً از خود عکس العمل نشان میدهد و میگوید "من شفیع هستم و من طلب شفع دارم".

۲. طلب اشهاد و تقریر: (اشهاد در لغت بمعنی شاهد گرفتن کسی در یک امری و تقریر در لغت بمعنی تثبیت میباشد و در اصطلاح فقهی طلب اشهاد و تقریر عبارت است از اینکه، مدعی شفع بعد از انجام طلب موائت در محل و موقعیت عقار مبیعه رفته و در حال حضور داشت دونفر شاهد بگوید که این خانه را فلان شخص به بیع قطعی خریده و من شفیع آن هستم و طلب موائت انرا نموده ام و حالا هم طلب شفع دارم و یا در حضور مشتری و یا در حضور باع در صورتیکه مبیعه در تصرف وی باشد به حضور دو نفر شاهد میگوید که تو همین خانه را خریده ای و یا همین خانه را فروخته ای من طلب موائت آن را کرده ام اگر شفیع در جای دور باشد باید برای این کار وکیل بگیرد و اگر ممکن نباشد از طریق نامه نیز میتواند این طلب را انجام دهد.

۳. طلب خصومت: طلب خصومت عبارت از آن است که مدعی شفع بعد از طلب موائت و طلب اشهاد و تقریر به محکمه مراجعه و اقامه دعوی و مطالبه حق شفع را نماید که محکمه به منظور اثبات موضوع از مدعی بینه میخواهد و به قضیه رسیدگی و حکم به اثبات حق شفع مدعی مینماید.

طرز رسیدگی به قضایای مدنی در مرحله استیناف

استیناف طلبی حق محکوم علیه محسوب میگردد تادر صورتیکه شخص خود را از حکم محکمه ابتدایه متضرر بداند بتواند با مراجعه به محکمه دوم زمینه احقاق حق خود را فراهم نماید. بر اساس قانون اصول محاکمات مدنی میعاد استیناف طلبی مدت یکماه بعد از ابلاغ حکم محکمه ابتدایه تعیین گردیده است و به این منظور مستانف (استیناف خواه) شکایت خود را بر حکم محکمه ابتدایه در داخل مدت متذکره ضمن یک عریضه مطبوع مستقیماً به محکمه فوقانی تقدیم مینماید و نیز در صورتیکه محکوم علیه بر حکم محکمه ابتدایه در پارچه ابلاغ حکم عدم قناعت خود را تحریر نموده باشد این ورقه استیناف طلبی و شکایت محسوب و به اداره تحریرات محکمه فوقانی ثبت میگردد.

شکایت و اعتراض و جواب آن:

شکایت دارای یک سلسله شرایطی است که ذیلاً به آن اشاره میگردد:

- شکایت بر فیصله ایکه در محکمه تحتانی صورت گرفته و صفت حکم را داشته باشد.
- محکوم علیه به فیصله صادره محکمه تحتانی قناعت نداشته باشد.
- شکایت و اعتراض در میعاد قانونی صورت گرفته باشد.
- محکمه فوقانی ایکه شکایت و اعتراض به آن تقدیم میگردد در رسیدگی قضیه ذیصلاح باشد.
- شکایت از جانب محکوم علیه اصالتاً، و یا نیابتاً به محکمه فوقانی تقدیم شده باشد.

در صورتیکه در تقدیم شکایت مراتب قانونی مراعات نشده باشد شکایت از طرف محکمه فوقانی رد میگردد.

باید متذکر شد که ميعاد تقدیم اعتراض تفصیلی مستانف قانوناً مدت ۲۰ روز میباشد هرگاه در مدت معینه اعتراض خود را تقدیم ننموده و نیز عذر معقول ارایه نکرد درین صورت محکمه قرار مبنی به سقوط حق اعتراض را صادر مینماید.

محکمه فوقانی بعد از اخذ شکایت فیصله را از مرجع آن رسماً مطالبه نموده و آنرا جهت تدقیق به هیئت قضایی میسپارد.

که بعد از بررسی آن یک نقل اعتراضیه را به جانب مقابل شاکی جهت تحریر جوابیه میسپارد در صورتیکه مستانف از ارایه اعتراضیه به طور تحریری و نیز طرف مقابل از آوردن جوابیه تحریری اظهار عجز نماید در این صورت محکمه به دلایل شفوی آنها اکتفا و نشان شست شانرا در ذیل اظهارات شان اخذ مینماید.

تعطیل اجراءات:

محکمه زمانی قرار تعطیل اجراءات رسیدگی به شکایت را صادر مینماید که :

- شاکی ورق شکایت و اعتراض را امضاء و شست نکرده باشد .
 - در صورتیکه ضمایم شکایت به محکمه تقدیم نشده باشد .
 - در صورتی که محصول مرتب به شکایت و اعتراض را تحویل ننموده باشد .
- و نیز شکایت کننده میتواند از شکایت خود انصراف نماید درین حال محکمه قرار مبنی به انصراف از استیناف طلبی را صادر مینماید.

صلاحیتهای محکمه فوقانی بر فیصله های صادره محاکم تحتانی

صلاحیت دیوانهای استیناف بعد از رسیده گی مقدماتی در مورد فیصله های که مورد شکایت قرار گرفته است بر طبق قانون اصول محاکمات مدنی قرار ذیل پیشینی گردیده است^۱:

- ارسال قضیه به محکمه ذیصلاح به منظور رسیدگی مجدد در صورت بطلان فیصله محکمه تحتانی.

• اقدام به صدور فیصله جدید در صورت نقض فیصله محکمه تحتانی و یا در صورت ضرورت ارجاع قضیه به محکمه تحتانی به منظور گردآوری دلایل و تحقیقات مزید جهت رسیدگی مجدد .

• فیصله های محاکم تحتانی عاری از موارد بطلان و نقض بوده و دارای نقایص شکلی و یا اشتباهات سهو و خطا در اعداد و ارقام از طرف محکمه فوقانی نقض و باطل نشده صرف جهت استدراک نقصان و اصلاح به محکمه تحتانی اعاده میگردد .

- تأیید فیصله محکمه تحتانی در صورتیکه مطابقت آن با قانون در نتیجه غور ظاهر گردد .

^۱ ماده ۳۹۸ قانون اصول محاکمات مدنی

بنابر آن نقض، بطلان و تائید فیصله ها و قرارهای محاکم ابتدائیه با صدور قرار قضایی صورت میگیرد. اینک به هر یک از موارد فوق مختصراً اشاره میگردد:

صلاحیتهای محاکم فوقانی در بطلان:

هرگاه در نتیجه غور و بررسی دیوان های استیناف ظاهر گردد که فیصله محکمه تحتانی دارای موارد و اسباب بطلان مندرج ماده ۳۹۹ قانون اصول محاکمات مدنی میباشد فیصله را به اساس فقره (۱) ماده ۳۹۸ قانون مذکور باطل میسازد موارد مندرج ماده مذکور که اسباب بطلان فیصله را تشکیل میدهد قرار ذیل تصریح گردیده است:

۱. فقدان ارکان اساسی قضا در فیصله (مثلاً عدم موجودیت مدعی بها، مدعی، مدعی علیه، قاضی و محکمه)

۲. عدم صلاحیت یکی از طرفین دعوی برای مخاصمه.

۳. صدور فیصله از طرف هیات قضایی فاقد صلاحیت.

۴. صدور فیصله از طرف محکمه فاقد صلاحیت.

۵. صدور فیصله قضایی روی موضوع ایکه احتمال ثبوت در آن نیست و یا فیصله ای که مخالف واقعیت عینی راجع به مدعی بها صادر شده باشد.

در این صورت دیوان استیناف فیصله را باطل نموده و دوباره موضوع را به محکمه ابتدائیه ارجاع میدارد تا درمورد مجدداً فیصله شرعی نماید.

موارد نقض فیصله ها و قرار های محاکم ابتدائیه در دیوان استیناف:

یکی دیگر از صلاحیتهای دیوانهای استیناف نقض فیصله ها و قرار های صادره محاکم ابتدائیه مطابق میباشد که در موارد ذیل به نقض فیصله ها اشاره میگردد:^۱

۱. مدلل نبودن فیصله.

۲. عدم توضیح حالاتیکه برای روشن شدن قضیه اهمیت دارد.

۳. عدم مطابقت دلایل مندرج فیصله با حالات قضیه.

۴. عدم استفاده درست از احکام قوانین.

۵. صدور فیصله به ترک خصومت به علت عدم حضور مدعی.

۶. سایر تخطی های که قانوناً موجب نقض فیصله شده بتواند.

۷. صدور قرار دومی ترک خصومت.

موارد تائید فیصله ها و قرارهای محاکم تحتانی در دیوانهای استینافی:

^۱ ماده (۴۰۰) قانون اصول محاکمات مدنی

در صورتیکه فیصله های محاکم تحتانی عاری از موارد بطلان و نقض باشد و احکام قانون در تطبیق با موضوع به طور درست مورد استفاده قرار گرفته باشد فیصله های متذکره مورد تأیید قرار میگیرد.

تصامیم دیوان های مدنی ؛ احوال شخصیه و حقوق عامه استیناف.

محکمه فوقانی تصامیم خود را در مورد نقض و تایید فیصله های محاکم تحتانی به شکل قرار صادر مینماید در صورت ضرورت ؛ در حالیکه موضوع ایجاب تحقیقات مزید را نماید دوباره جهت رسیدگی مجدد و انجام تحقیقات به محکمه ابتداییه مربوط احاله میگردد و هرگاه ضرورت میبرم محسوس نباشد ؛ دیوان استیناف ؛ خود تحقیقات لازمه را انجام داده و در قضیه اصدار حکم مینماید همچنان فیصله محکمه استیناف که دو بار نقض گردیده باشد به اساس رویه قضایی کنونی دوسیه برای رسیده گی و انفصال به محکمه مماثل ارسال میگردد و حکم محکمه مماثل نهایی میباشد تصامیم دیوانهای استینافی بر فیصله ها و قرار های که دارای نواقص شکلی و اشتباهات باشد: فیصله های محکمه ابتداییه که حاوی نقایص و اشتباهات عددی و ارقامی باشد درین صورت فیصله مذکور نقض و یا باطل نگردیده، جهت رفع نواقص بغرض استدراک نقصان به محکمه مربوط ارسال میگردد .

محکمه فوقانی بعد از رسیده گی روی قرارهای محاکم ابتداییه به ترتیب ذیل تصمیم اتخاذ مینماید:

- قرار را تایید، شکایت و اعتراض را در مورد رد مینماید .
- قرار را نقض و موضوع را جهت رسیدگی مجدد به محکمه تحتانی رجعت میدهد.
- قرار را که در ماهیت دعوی صادر شده باشد نقض و به محکمه ابتداییه اعاده مینماید .

اجراآت فرجام خواهی:

به اساس قانون طرف غیر قانع و نماینده قضایای دولت میتوانند راجع به قضایای مدنی ؛ احوال شخصیه و حقوق عامه که توسط دیوانهای محاکم استیناف فیصله شده باشد به دیوان قضایای مدنی ؛ حقوق عامه و احوال شخصیه ستره محکمه شکایت و اعتراض خود را تقدیم نماید .^۱ مدت فرجام خواهی بعد از ابلاغ حکم محکمه استیناف مدت (دوماه) میباشد. مرجع تقدیم استدعای فرجام خواهی در مرکز ولایت کابل دیوان قضایای مدنی ؛ حقوق عامه و احوال شخصیه ستره محکمه بوده و در ولایات فرجام خواه میتواند استدعای خود را به ریاست محکمه استیناف ولایت تقدیم دارد محکمه استیناف ولایت استدعای فرجام خواهی را رسماً در ظرف (یک هفته) به دیوان مربوط ستره محکمه ارسال نماید . در قضایای حقوق عامه طرف غیر قانع، نماینده قضایای دولت میباشد .

^۱ ماده ۴۳۶ قانون اصول محاکمات مدنی

در قضایای که دولت طرف دعوی باشد اوراق به اثر شکایت محکوم علیه و یا اعتراض نماینده قضایای دولت از اداره مربوط به دیوان ستره محکمه احاله میگردد.

در استدعای فرجام خواهی ضروری است تا معترض فرجام خواه مراتب آتی را رعایت نماید در غیر ان شکایت معترض فرجام خواه مسترد میگردد :

- تحریر شهرت طرفین دعوی .
- اسم محکمه صادر کننده حکم .
- حکم فیصله ایکه از آن شکایت صورت میگیرد.
- تاریخ ابلاغ حکم محکمه .
- موجبات و دلایل فرجام خواهی .

در صورتیکه محکوم علیه در پارچه ابلاغ حکم عدم قناعت خود را نگاشته باشد در حکم شکایت محسوب و به آن ترتیب اثر داده میشود .

به اساس صراحت ماده ۴۵۲ قانون اصول محاکمات مدنی دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه در رسیدگی به احکام محاکم تحتانی به نسبت عدم قناعت به تقدیم اعتراض موقوف نبوده و احکام مذکور را در صورت موجودیت نواقص قانونی نقض مینماید .

و نیز معترض فرجام خواه مکلف است تا در مدت یکماه اعتراض خود را به دیوان مدنی و حقوق عامه ستره محکمه تقدیم نماید در غیر آن قراریکه فوقاً تذکر یافت دیوان ستره محکمه در مورد اجراءات خود بر طبق قانون روی حکم مورد اعتراض غور فرجامی را انجام خواهد داد .

اجراءات عملی و صلاحیتهای دیوانهای مدنی ؛ حقوق عامه و احوال شخصیه ستره محکمه در قضایا در مرحله فرجامی:

به اساس قانون سابقه تشکیل و صلاحیت محاکم قبلا ستره محکمه در رسیدگی به قضایا دارای صلاحیتهای ذیل بود:

- رسیدگی ابتدایی به قضایا .
- رسیدگی نهایی به قضایا.
- و رسیدگی فرجامی.

و اما به اساس قانون جدید تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه ستره محکمه تنها در رسیدگی فرجامی از لحاظ قانونیت فیصله های محاکم را مورد غور قرار داده و دارای صلاحیتهای ذیل میباشد:

- نقض فیصله ها و قرار های قضایی محاکم تحتانی به صورت کلی در صورتیکه در نتیجه غور فرجامی دیوان مربوط ستره محکمه ثابت گردد که در احکام نهایی محاکم تحتانی تخطی از احکام قانون و احکام شریعت صورت گرفته باشد و یا نقض آن به صورت قسمی و ارسال آن بمنظور رسیدگی مجدد .

- تایید حکم محکمه تحتانی در صورتیکه اصدار حکم بر وفق قانون و احکام شریعت صورت گرفته باشد در این صورت دیوان فرجامی شکایت و اعتراض را رد و قرار مبنی به تنفیذ حکم نهایی را صادر مینماید .
 - صدور قرار به منظور استدراک نقصان به محکمه تحتانی ، در حالتیکه موارد نقض در فیصله وجود نداشته باشد در صورتیکه در فیصله نقایص شکلی وجود داشته باشد مانند: اشتباهات در اعداد و ارقام و یا نقصان در تزکیه شهود. مثلاً: عدم تحریر عادل در برابر اسم یکی از شهود از طرف مزکی ها .
 - نقض فیصله به سبب موجودیت اسباب بطلان در حکم محکمه تحتانی و ارسال آن به محکمه تحتانی به منظور رسیدگی مجدد
- قابل تذکر است که فرجام خواهی تنفیذ احکام محاکم تحتانی را متوقف میسازد.
- به اساس صراحت قانون اصول محاکمات مدنی در صورتیکه در یک دعوی محکوم علیه بیش از یک نفر باشد و از میان محکوم علیهم یک نفر آن فرجام خواه گردیده باشد و در نتیجه فیصله مورد اعتراض نقض گردد این نقض صرف در مورد همان یک نفر معترض خواهد بود و سایرین از آن مستفید نخواهد گردید و حالات ذیل از این حکم مستثنا است :
- محکومیت اصیل و کفیل به تادیه دین .
 - ترکه و تقسیم اراضی و اموال مشترک بین ورثه و شرکاء.
- بر اساس صراحت ماده ۴۷۹ اصول محاکمات مدنی قرارها و فیصله های ذیل قابل فرجام خواهی نمیباشد.
- احکامیکه مستند به اقرار صریح و با ابراء بوده و فرجام خواه صرف از اقرار یا ابرای حضوری خود انکار و دلایل قوی که وثیقه را مشبوه بسازد موجود نباشد . موجودیت شهود نفی متواتر بر عدم حضور و عدم اقرار از این امر مستثنی است .
 - سقوط حق فرجام خواهی به اثر قناعت طرفین که شکل رسمی را حاصل نموده باشد.
 - حکم حکمی که طرفین به رضایت خود بر قاطعیت حکم او اقرار و حکم درج وثیقه شرعی شده باشد.
- تجدید نظر:
- متضرر از احکام نهایی محاکم میتواند به سبب ظهور دلایل جدید تجدید نظر خواهی نماید؛ شورایعالی ستره محکمه فیصله های نهایی و قطعی محاکم را در حالات اتی مورد تجدید نظر قرار میدهد:^۱
- موارد تجدید نظر در قضایای مدنی؛ احوال شخصیه ؛ حقوق عامه

^۱ ماده ۳۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه

۱- ثبوت کذب شهادت

۲- ثبوت کذب استنتاج اهل خبره

۳- ثبوت جعل و تزویر در اسناد و مدارک اثباتیه

۴- ثبوت ترجمه نادرست مترجم که در حکم موثر باشد

۵- ارایه سند مثبته از طرف محکوم علیه که هنگام اصدار حکم موجود نباشد

به اساس این قانون^۱ میعاد تجدید نظر خواهی در موارد قضایای جزایی؛ حقوقی و تجارتی بین اشخاص حقیقی و حکمی از تاریخ اخبار حکم نهایی سه ماه است. قضایای حقوق عامه و قضایای که به ضرر صغار انجام یافته باشد؛ از این امر مستثنا است

اجراءات عملی در مورد تجدید نظر خواهی:

قراریکه فوقاً تذکر داده شد مرجع تصمیم گیری در قضایایکه به سبب ظهور دلایل جدید مطالبه تجدید نظر خواهی گردیده است شورای عالی ستره محکمه میباشد و به طور ذیل صورت میگیرد:

بنا به اسباب و دلایل جدید اشخاصی که قبلاً تذکر داده شد به طور کتبی و یا افراد عادی که در نتیجه حکم محکمه متضرر گردیده است عریضه تجدید نظر را با ضمایم آن به دارالانشاء ستره محکمه تقدیم نموده و ریاست مذکور قضیه متذکره را در اجندای مجلس شورای عالی جهت غور برآن داخل مینماید.

در صورتیکه قضیه را شورای عالی قابل بررسی بیشتر تشخیص دهد سوابق قضیه را جهت ارزیابی ابتدایی به کمیسیون مرکب از یک مستشار دیوان تجارتی؛ یک نفر مستشار دیوان جزای عمومی تحت ریاست یکی از اعضای شورای عالی ستره محکمه در دیوان تجارتی تفویض مینماید.^۲

این کمیسیون مقدماتی اعتراض معترض را بر فیصله نهایی مورد دقت و غور قرار داده میتواند طرفین را جهت استیضاح احضار و در مورد چگونگی قضیه از آنها سوال نماید.

کمیسیون متذکره بعد از ارزیابی های ممکنه در موضوع نظرشان را در دو نقل تحریر و آنرا به ریاست دارالانشای شورای عالی ستره محکمه میسپارد آنگاه شورای عالی در مورد لغو حکم محکمه تحتانی قرار صادر و موضوع را جهت رسیدگی مجدد به عین محکمه و یا محکمه دیگر ارجاع میدارد.

منابع:

قانون اساسی، قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه، قانون محصول فیصله جات محاکم.

۱-۲۸-۹۸، فقه السنه، شرح السنه، قانون مدنی، قانون اصول محاکمات مدنی، مجله قضا.

^۱ ماده ۳۶ قانون قانون مذکور

^۲ فقره ۳ ماده ۳۸ قانون مذکور

اصول و قواعد جزاشناسی در کود جزای افغانستان

فهرست:

مقدمه:	۵۸
خلاصه محتوای بخش اول	۶۰
بخش اول	۶۱
عمومیات تحول مجازات ها	۶۱
فصل اول	۶۱
مفاهیم و کلیات	۶۱
مبحث اول: مفهوم شناسی:	۶۱
۱. جرم	۶۱
۲. جرم شناسی	۶۳
۳. مجازات	۶۴
۴. جزا شناسی	۶۴
۵. کود جزا	۶۵
مبحث دوم: انواع مجازات:	۶۵
گفتار اول: انواع مجازات از نظر حقوق جزای اسلام:	۶۶
اول: تقسیم عقوبات از لحاظ ارتباط میان آنها	۶۶
دوم: تقسیم عقوبات از لحاظ صلاحیت قاضی در تعیین آن	۶۶
سوم: تقسیم عقوبات از لحاظ محل وقوع آن	۶۶
چهارم: تقسیم عقوبات از لحاظ نوعیت جزاء	۶۷
گفتار دوم: انواع مجازات از نظر حقوق جزای افغانستان:	۷۱
۱. مجازات اصلی:	۷۱
۲. مجازات تبعی:	۷۲
۳. مجازات تکمیلی:	۷۲

مقدمه:

بدون تردید انسانها به عنوان موجود اجتماعی نیازمند تشکیل جوامع است، زیستن باهم و در کنار هم از جمله نیازهای انکارناپذیر طبیعی و احتیاجات اجتماعی انسان است که مبنای اساسی سایر نیازمندیهای آنها را تشکیل میدهد، بر مبنای این نیازمندیها و اصل باهم زیستن و در کنار هم بودن، افراد جامعه با همدیگر به حد چشمگیری مرتبط میشوند و از اثر این ارتباطات باهمی، مراودات، تعلقات و داد و گرفت های سیاسی، اجتماعی، اخلاقی، مالی، اقتصادی و مذهبی به میان می آید که باعث ایجاد علاقه ها و یا کینه ها میگردد. از سوی دیگر انسانها بشکل طبیعی بگونه یکسان خلق نگردیده، دارای اغنیا و فقرا، قوی ها و ضعیفا، منصف و ظالم بوده و دارای غرایز مختلف مانند غریزه کسب مال، غریزه برتری و تفوق طلبی، غرایز جنسی، ترس و غیره میباشند. تجمع انسانهای دارای مواصفات مختلف با غرایز متضاد در جامعه جداً نیازمند، تعیین حدود و حقوق، وجایب و تکالیف افراد جامعه است تا بر مبنای آن استقرار و نظم اجتماعی تامین گردد. بدون تردید وظیفه این ترتیبات و تنظیمات را قوانین اعم از قوانین طبیعی، سنتی و قوانین وقواعد وضعی بدوش دارد. خواست های نامحدود انسانی و امیال عدوانی و طغیانگر انسان تن به رعایت و تمیل این قوانین و قواعد را بالای خود نمیدهد، در این صورت باید قوانین بشکل اجباری بالای افراد جامعه تطبیق و تمیل گردد، از اینرو داشتن ضمانت اجرای لازم و مشخص از جمله خصوصیت حتمی هر قاعده حقوقی و قانونی است. این طرز قانونگذاری در تشریع شرایع آسمانی خاصاً قرآنکریم به وضاحت پیداست، با وجود اینکه خداوندج در آیات مبین قرآنکریم، قبح، ممنوعیت و مردود بودن ارتکاب یا امتناع برخی اعمال یا اقوال را به صراحت بیان فرموده و آنرا موجب ناراحتی و غضب خود عنوان نموده است ولی باوجود آن در صورت ارتکاب هر یکی از این اعمال و اقوال حرام و ممنوع یا ترک اعمال واجبی، ضمانت های اجرای مناسب (مجازات) را مقرر داشته است.

متأسفانه مجازات در طول تاریخ بشر فراز و فرود های زیادی را طی نموده، به هر اندازه که به گذشته مجازات فکر میکنید به همان اندازه وحشت، ظلم، انواع شکنجه ها، کشتار ها و تلفات انسانی و مالی را در قبال دارد. در گذشته ها مجازات بر مبنای انتقام و نابودی مجرمین و انتقام جوئی استوار بود، تابع قواعد و ضوابط خاص نبود و نیز اهداف مشخصی نداشت. این وضعیت با اندکی تغییرات تا اواخر قرن هفدهم و اوایل قرن ۱۸ ادامه یافت. در قرن ۱۸ دانشمندان در حوزه های مختلف علوم انسانی از جمله نویسندگان، فلاسفه، جامعه شناسان و خاصاً حقوق دانان علیه مجازات شدید، طاقت فرسا و غیر انسانی مروج در نظام های جزائی موجود کشورها، انتقادهای شدید نمودند

که مبدای شکل گیری نظریه پردازی در مورد اینکه مجازات چیست ۱ و چرا مجازات ۲، را شکل می‌دهد. مونتسکیو، ژانژاک روسو، امانوئل کانت و از همه مهمتر سزار بکاریا از جمله علمبرداران این جریان فکری بودند که بعداً در قرنهای ۱۷ و ۱۸ تحت تاثیر افکار و نوشته های آنها، در مورد حقوق جزا در اروپا نهضتی به میان آمد که بنام نهضت روشنگری ۳ یاد می‌گردد که افکار آنها باعث به میان آمدن مکاتب مختلف حقوق جزا گردید. این نقطه عطف در تاریخ حقوق جزا است ۴.

هرچند نظام های جزائی فعلی جهان قانونمند و هدف مند گشته اند، مجازات به منظور تحقق اهداف معین تعیین و تطبیق می‌گردد، شکنجه و انواع مجازات غیر انسانی و تزدیلی از جمع مجازات دور ساخته شده است، اما هنوز هم فلسفه وجودی مجازات، انواع و اهداف مجازات، چگونگی تعمیم مجازات، ارزیابی آثار مجازات و نحوه عملکرد نظام های جزائی از جمله مهمترین موضوعات مورد بحث در این عرصه است.

مجازات مانند جرم پدیده پیچیده و چند بعدی است، مشروعیت دادن و قانونی جلو دادن مجازات و به رغم آن تطبیق مجازات آثار متعدد حقوقی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فامیلی و انسانی را در بردارد. از جانی هم مجازات به عنوان آخرین اما برنده ترین سلاح قانون به اختیار دولت ها در امر مبارزه با جرایم قرار دارد، تعیین و تطبیق مجازات مناسبت و کارا تر نه تنها ماهیت علمی، انسانی و عدلی دارد بلکه، بالای مشروعیت و حیثیت دولت ها در امر تامین عدالت جزائی و امنیت افراد جامعه و توجیه توسل به مجازات که در برگزیده هزینه های گزاف مالی و انسانی می‌باشد، تاثیر مستقیم دارد.

از اینرو باید قوانین جزائی طوری عیار گردد که بر علاوه بر آورده شدن مقتضیات، پاسخ گوی معضل جرایم در عصر حاضر بوده باشد و در عین حال حقوق بشری و انسانی مظنونین، متهمین و مجرمین نیز به بهترین وجه در آن حفظ شده باشد. نیل به داشتن همچو قوانین نیازمند تعدیلات و متحول ساختن قوانین جزائی کشورها است که باید با در نظر داشت پیشرفت های شگرف که در عرصه های اجتماعی، حقوقی، حقوق بشری، قواعد بین المللی و تکنیک و تکنالوژی صورت گرفته، شکل بگیرد. در صورتیکه انتظار می‌رود که قوانین جدید نسبت به قوانین گذشته از وضعیت بهتری برخوردار بوده باشد.

قانون جزای سال ۱۳۵۵ افغانستان که تقریباً ۴۲ سال قبل از قانون جزای وقت عراق و مصر اقتباس یافته است از جهات مختلف نیازمند تعدیل، تجدید و بازنگری بوده است. در طول این مدت

^۱. Explaining punishment.

^۲. Justifying punishment.

^۳. Enlightenment.

^۴. صفاری، علی، کیفر شناسی، ص، ۵۶

حد اقل پنج ضمیمه بدان اضافه گشته، جرایم و مجازات چون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، جرایم تروریستی و تمویل تروریسم، جرایم قاچاق و اختطاف انسان، جرایم منع خشونت علیه زن، جرایم و مجازات اطفال، جرایم مواد مخد و... از این قانون مجزا ساخته شده و در قالب قوانین جزائی اختصاصی مستقل تنظیم گردیده است که سبب تعدد، تشتت و پراگندگی در قوانین جزائی و سردرگمی خائوالان و قضات شده است. و از سوی دیگر به سطح جهانی در مورد حقوق جزا تحولات و پیشرفت های چشم گیر رونما گردیده، اسناد و میثاق های متعدد بین المللی به میان آمده که تاکید بر ممنوعیت مجازات مخالف کرامت انسانی، تزدیلی و غیر انسانی دارد. به میان آمدن جرایم جدید مانند جرایم الکترونیکی، جرایم بانکی، جرایم سایبری، جرایم بین المللی و... از مواردی اند که نیاز وضع و تدوین کد جدید جزائی را مساعد ساخته است.

در نهایت امر کد جزای جدید که بیشتر از سی قوانین جزائی متفرق در آن گردآوری گردیده در سال ۱۳۹۶ نافذ گشت که با انفاذ آن، قانون جزای قبلی لغو گردید. کد جزای جدید شاهد نوآوری ها و تحولات گسترده بوده است. یکی از شاخص های اساسی این تحولات، تحولات ناظر بر مجازات در کد جزا است. مجازات در کد جزا چه از لحاظ انواع و چه از لحاظ مقدار، شاهد تحولات چشم گیری بوده است. موضوع مورد بحث صرف بررسی تحولات ناظر بر مجازات است، سایر تحولات واقع شده در کد جزا مشمول بحث ما نخواهد بود.

این کتاب در دو بخش (عمومیات تحول مجازات ها، بخش اول) و (تحولات ناظر بر مجازات در کد جزا، بخش دوم) ترتیب یافته است. در بخش اول کتاب که مشتمل بر چند فصل است، در مورد تاریخچه مجازات ها در جهان و افغانستان و چگونگی شکل گیری مکاتب جزائی بحث مختصر صورت گرفته است و ترجیحاً تمرکز بیشتر بر اصول، اهداف کلی و انواع مجازات با توجه به کد جزای افغانستان بوده است. بخش دوم کتاب به تحولات ناظر بر مجازات ها در کد جزا اختصاص یافته است. در این بخش تمام انواع مجازات (مجازات نقدی، حبس، بدیل های حبس و مجازات اعدام بصورت تحلیلی بیان گردیده و تحولات به میان آمده در کد جزای جدید با قانون جزای قبلی از لحاظ پینالوژیک مورد غور و مذاقه قرار گرفته است.

آرزو مندم این اثر با وجود تمامی کاستی ها و نواقص موجود در آن، توأم با ضعف و ناتوانائی های علمی و حقوقی نویسنده، گامی سودمندی در امر سود مندی نظام علمی و جزائی کشور واقع گردد و علاقه مندان حقوق از آن استفاده کرده بتوانند.

خلاصه محتوای بخش اول

بخش اول به عمومیات و تحولات بزرگ مجازات متمرکز است.

در این بخش بعد از معرفی مفاهیم ضروری، در مورد چگونگی شکل گیری حقوق جزا و پدید آمدن تدریجی مکاتب و نظام های جزائی در جهان، بحث صورت گرفته است. علاوه بر آن تحول تاریخی مجازات و تدوین قوانین جزائی در افغانستان قسمت مهم دیگری از این بخش است.

به همین ترتیب تحولات ناظر بر مسؤولیت جزائی طفل در کود جزا بشکل مقایسه‌ای و تحلیلی با تبیین عین موضوع در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و قانون جزای ۱۳۵۵ مورد بحث قرار گرفته است.

قسمت اخیر این بخش تحولات وارده در مورد شروع به جرم و مجازات آن را به بررسی میگیرد.

بخش اول دارای فصول ذیل است:

- ✓ فصل اول مفاهیم و کلیات.
- ✓ فصل دوم تحول تاریخی حقوق جزا.
- ✓ فصل سوم اصول و اهداف مجازات.
- ✓ فصل چهارم مسؤولیت جزائی طفل و شروع به جرم.

بخش اول

عمومیات تحول مجازات ها

فصل اول

مفاهیم و کلیات

مبحث اول: مفهوم شناسی:

۱. جرم: لغویون در مورد ریشه جرم گفته اند که: «اصل الجرم قطع الثمره عن الشجر... و استعیر ذلک لکل اکتساب مکروه» جرم در معنای لغوی به معنای جدا کردن میوه از درخت است و این واژه برای اکتساب هر کار ناپسند استعاره گرفته شده^۱

جرم معادل با واژه ذنب در اصطلاح عربی است در مورد این کلمه گفته می شود: «ذنب الدابة و غيرها معروف و یعبر به عن المتأخر و الرذل، يقال: هم اذئاب القوم». واژه ذنب برای هر چیز دنباله و پست استعاره گرفته شده است؛ وقتی گفته می شود: اذئاب قوم، یعنی مردم پست^۲.

با توجه به آنچه از معنای لغوی گذشت، معلوم می شود که جرم و ذنب در اصل واژه لغوی معنای ناپسندی نداشته است، ولی بعدها به عنوان استعاره در کارهای ناپسند به کار رفته است.

در مورد تعریف اصطلاحی جرم مانند سایر پدیده های اجتماعی تعریفی واحد و مورد اتفاق همه وجود ندارد، زیرا آنچه از نظر یکی جرم محسوب میشود، از نظر دیگری نه تنها ممکن است عنوان جرم بخود نگیرد بلکه امکان دارد که حتی عملی پسندیده به شمار آید و بر عکس از نظر یکی، عملی احیاناً نیکو شناخته شود ولی از نظر دیگری نه تنها نیکو نباشد بلکه جرم محسوب شود.

^۱. شامبیاتی، هوشنگ؛ حقوق جزای عمومی، جلد اول، ص ۵۱

^۲. راغب اصفهانی، همان، ص ۱۸۴، واژه ذنب.

از سوی دیگر جرم با در نظر داشت جنبه های مکانی وزمانی بشکل متفاوت و شاید متضاد تعریف شود، زیرا توصیف پدیده جرمی باید بر مبنای وضع و شرایط سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، مذهبی و فرهنگی هر اجتماع در زمان و مکان خاصی بوده باشد و با تغییر این شرایط و اوضاع تعریف جرم نیز متحول میگردد؛ برای مثال در گذشته ها تاریخ کشور ها من جمله انگلستان شاهد جرایمی بوده است که امروز نه تنها جرم نبوده بلکه از جمله حقوق حقه مردم به حساب میآید مانند رفتن اطفال دهاتی به مکتب، نگهداری طلا در منزل و خواباندن اطفال بیش از دو سال از جانب مادران و دایه ها در کنار خود^۱.

به همین ترتیب از نظر مکانی، شاید یک عمل در یک محدوده مکانی جرم باشد ولی عین عمل در سرزمین دیگر نه تنها جرم نخواهد بود بلکه شاید عمل پسندیده نیز باشد؛ مثلاً داشتن حجاب در کشور های چون فرانسه جرم بوده ولی در کشور های اسلامی چون ایران، عربستان سعودی و نداشتن حجاب جرم بوده میتواند. به هر صورت جرم از منظر های گوناگون به شیوه های مختلف تعریف گردیده است که به مهمترین آنها میپردازیم:

از منظر جامعه شناسی جرم عبارت است از نقض نظام اجتماعی و رفتاری که با ضوابط فرهنگی و اجتماعی حاکم بر جامعه مغایرت دارد و احساسات عمومی را جریحه دار می سازد. چنان که امیل دورکیم جامعه شناس معروف فرانسوی معتقد است که جرم یک پدیده طبیعی و اجتماعی است که از شرایط فرهنگی و تمدنی هر جامعه ناشی می شود و شامل هر عملی است که وجدان عمومی را جریحه دار سازد^۲.

جرم از نظر علمای اخلاق، نقض قواعد اخلاقی است، قواعد اخلاقی چیزی است که از ندای درونی انسان سرچشمه می گیرد؛ این قواعد بدون این که به دخالت دولت نیازمند باشند، معیار و میزانی برای تشخیص نیکی و بدی، ظلم و عدالت است.

از منظر دین، « جرم عبارت است از انجام دادن فعل یا گفتن قولی که قانون اسلام آنرا حرام قرار داده و بر فعل آن مجازات را مقرر داشته است. یا ترک فعل یا قولی که قانون اسلام آنرا واجب محسوب نموده و به ترک آن مجازاتی را مقرر داشته است^۳.

حقوقدانان تعاریفی متفاوتی از جرم کرده اند یکی از بهترین تعریف های که صورت گرفته این است: «جرم، هر فعل یا ترک فعلی است که قانونگذار برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی در نظر گرفته است»^۴.

۱. شامبیاتی، هوشنگ، همان، ص ۵۲

۲. همان ص ۵۲

۳. ندیر، داد محمد، حقوق جزای عمومی اسلام، ص ۳۴

۴. ساریخانی، عادل، حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، دانشگاه پیام نور، ۱۳۸۲.

مقنن افغانستان طی ماده ۲۷ کود جزا جرم را چنینی تعریف نموده است: «جرم، ارتکاب عمل یا امتناع از عملی است که مطابق احکام این قانون جرم شناخته شده، عناصر آن مشخص و برای آن مجازات یا تدابیر تأمینی تعیین گردیده باشد» این در حالی است که ماده ۲۷ قانون جزای سال ۱۳۵۵ که در حقیقت عنصر مادی جرم را تعریف نموده است بشکل ضمنی تعریفی از جرم ارائه میدارد که به تناسب این تعریف خوبتر و واضح تر نبود، که این تعریف یکی از امتیازات کود جزا نسبت به قانون جزای قبلی است.

۲. جرم شناسی: هریک از دانشمندان برحسب ذوق و سلیقه خود تعریف خاصی از دانش جرم شناسی ارائه نموده اند. آقای پیناتل به تبعیت از تعریف ایمیل دورکیم دانشمند فرانسوی آنرا چنین تعریف می نماید: «همه ما متوجه شده ایم که ارتکاب بعضی از اعمال، مرتکبین را با واکنش خاصی که مجازات نامیده می شود مواجه می نمایند. این قبیل اعمال را بطور عام جرم می نامند. ما از اعمالی که بدین ترتیب جرم نامیده شده اند، دانش خاصی بنام جرم شناسی پی ریزی می نمائیم»^۱. بعضی دیگر در مورد جرم شناسی گفته اند: «علوم جرم شناسی آن دسته از دانش های انسانی است که پدیده جرم را مورد مطالعه قرار داده تا بدان وسیله به علل پیدایش و تکوین و نتایج حاصل از جرم آگاهی یابد.

و بالاخره بعضی از دانشمندان جرم شناسی را مطالعه علمی پدیده جنائی مینامند.^۲ صرف نظر از اختلاف در تعریف، همه دانشمندان طرفدار جرم شناسی معتقدند که هدف واقعی جرم شناسی آنست که علل حقیقی و علمی جرائم را کشف نماید (جرم شناسی عمومی) تا با استفاده از این علل واقعی درصدد پیشگیری یا بازسازی و اصلاح مجرمین برآید (جرم شناسی بالینی).

بسیاری از عوامل اجتماعی و زیستی و روانی در پیدایش و گسترش جرائم تاثیر فوق العاده دارند. کلیه این علوم خاصه، جامعه شناسی جنائی - زیست شناسی جنائی - روانشناسی جنائی از شعبه های اختصاصی دانش جرم شناسی محسوب میشوند و در جرم شناسی عمومی استفاده های فراوان از آنها بعمل می آید.

تجربه نشان میدهد که، جز در موارد استثنائی، در پیدایش پدیده جنائی تنها یک عامل موثر نیست، بلکه درهم آمیزی و اختلاط علل مختلفه است که انسان را بسوی جرایم هدایت مینماید. بنابراین بایست کلیه علل و جهات را مطمح نظر قرار داد و با تجزیه و ترکیب کلیه این عوامل، علت حقیقی و واقعی جرائم را کشف نمود. این همان هدفی است که دانش جرم شناسی تعقیب مینماید. بنابراین دانش جرم شناسی چون دریای وسیعی است که هریک از رشته اختصاصی دانش

^۱. پیناتل، ژان؛ حقوق جزا و جرم شناسی، جلد سوم صفحه ۴.

^۲. محسنی، مرتضی؛ دوره حقوق جزای عمومی، چاپ، ص ۱۱۶.

های بشری، نتیجه مطالعات خود را در زمینه جرایم در آن سرازیر می نماید.

۳. مجازات: مجازات در لغت به معنای جزا دادن، پاداش و کیفر است^۱

در اصطلاح حقوقی مجازات به گونه های مختلف تعریف شده است، اما به نظر میرسد که حقوق دانان برای تعریف مجازات چنانچه لازم است توجه لازم را معطوف نداشته اند. مجازات به معنی پاداشی نکوهش کننده، رنج آور و ترساننده است که در مقابل افعال یا ترک افعالی ایجاد شده تا مرتکب یا مرتکبان آن اعمال را تنبیه کند^۲. مجازات عبارت از تنبیه و کیفری است که بر مرتکب جرم تحمیل میشود.^۳

کود جزای افغانستان مجازات را چنین تعریف نموده است: « جزا عبارت از مؤیده است که در قانون برای اعمال جرمی پیشبینی شده و از طرف محکمه در مورد مرتکب با رعایت این قانون، حکم میشود. »

با توجه به این تعریف مجازات مقید به قیود ذیل اند:

الف- مجازات باید قانونی باشد؛

ب- مجازات منحصر به اعمال مخالف قانون (جرم) بوده، نقض قواعد اخلاقی، وجدانی را در بر نمیگیرد؛

ج- صلاحیت محکومیت به مجازات و اصدار حکم مجازات منوط به محکمه بوده، نهاد یا افراد دیگری صلاحیت آنرا ندارد؛

د- مجازات فقط در مورد مرتکب (اعم از فاعل، شریک یا معاون) تطبیق میشود یعنی مجازات باید خاصیت شخصی داشته باشد.

۴. جزا شناسی: پروفیسور لا سال استاد و مدیر مؤسسه علوم جزایی و جرم شناسی پوهنتون اکس-مارسی- فرانسه علوم جنایی را به چهار دسته تقسیم مینماید:

۱- علوم جنایی حقوقی، که شامل رشته های اصلی و تکمیلی میباشد؛

۲- علوم جنایی تجربی، که مشتمل بر دو طبقه، علوم اثبات کننده (علوم جریایی) و علوم تفسیری (تحلیلی) میباشد و علوم تفسیری یا تحلیلی خود به سه شاخه تقسیم میگردد که عبارت اند از: جرم شناسی، جزا شناسی و جامعه شناسی جنائی؛

۳- فلسفه جزائی؛

۱. عمید، حسن؛ فرهنگ فارسی معین، ص ۹۴۷

۲. نور بها، رضا؛ زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۴۱

۳. شامبیاتی، هوشنگ؛ حقوق جزای عمومی، جلد اول، ص ۷۰

۴. ماده ۱۳۳ کود جزا

۵ - Penology

۴- سیاست جنایی.

با توجه به این تقسیمات گفته می‌توانیم که، جزا شناسی یکی از شاخه های علوم جنایی تحلیلی است که به گونه های مختلف تعریف شده از جمله:

جزا شناسی یعنی علم چگونگی ونحوه اجرای ضمانت های جزائی است.^۱

جزا شناسی عبارت از علم اجرای احکام جزائی است.^۲

هر دو تعریف فوق دارای محتوا واحد بوده که مبین علم اجرای مجازات ها میباشد.

جزا شناسی عبارت از علم بررسی ونقد سیاست های معمول در باره جزا و شیوه های اجرای آن است.^۳

جزا شناسی در گذشته ها بنام های مختلف مانند علم زندان ها، علم اداره زندان و علم مدیریت زندان یاد میگردید، چون با لغو یا محدود شدن مجازات بدنی بخصوص اعدام و ظهور مکاتب جزائی و جرم شناسی و طرح مفاهیم چون بازسازی و اصلاح محکومین، مجازات حبس به عنوان رایج ترین نوع مجازات مرعی بود.

بعد از نیمه دوم قرن بیستم و به دنبال تحولات دهه هفتاد مانند شکست اقتدار مجازات حبس و توسعه مجازات های جایگزین، جزا شناسی به عنوان یک شاخه مستقل عرض وجود نمود.^۴

۵. کود جزا: کود جزا از دو کلمه (کود- جزا) مشتق شده، کود از کلمه Code انگلیسی گرفته شده و چنین تعریف گردیده است: a set of rules, laws, or regulation به معنی برنامه، نظام نامه، رمز، قانون، دستورالعملها، رمزی کردن، بصورت رمز درآوردن و نیز به معانی مجموعه قوانین، قانون نامه، سنت ها و مبانی رفتار، اخلاقیات، عرف، راه و رسم نیز آمده است.^۵ جزا به معنی پاداش دادن، سزای عمل کسی را دادن، سزا، مزد، پاداش نیکی یا بدی.^۶

مبحث دوم: انواع مجازات:

مجازات از جهات مختلف به انواع واقسام مختلف تقسیم گردیده است، و این تقسیمات بنابر رویه قضائی کشورها از یک جانب و از نظر حقوق جزای وضعی با حقوق جزای اسلام از جانب دیگر متفاوت و متغیر اند، به منظور توضیح بهتر می‌خواهیم ابتدا انواع مجازات را از نظر حقوق جزای اسلام و بعداً انواع مجازات را از دید کود جزای افغانستان بیان نماییم.

۱. نوربها، رضا؛ زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۱۸

۲. اردبیلی، محمدعلی؛ حقوق جزای عمومی، جلد اول، ص ۴۸

۳. صفاری، علی؛ ک شناسی، ص ۲۷

۴. همان، ص، ۴

۵ - <https://dictionary.abadis.ir/entofa/c/code/>

۶. عمید، حسن؛ فرهنگ فارسی عمید، ص ۵۰۰

گفتار اول: انواع مجازات از نظر حقوق جزای اسلام:

فقهاء اسلام مجازات را از جهات مختلف به انواع مختلف تقسیم نموده که بطور خلاص بیان می‌گردد:

اول: تقسیم عقوبات از لحاظ ارتباط میان آنها:

در حقوق جزای اسلام مجازات از لحاظ ارتباط میان آنها به چهار دسته ذیل تقسیم گردیده است:

۱- مجازات اصلی: مجازات اصلی عبارت از آن عقوباتی است که به عنوان جزای اصلی در اصل برای جرم معین گردیده است، مانند: مجازات قصاص برای قتل عمد یا رجم برای زنای محصن، یا قطع دست برای سرقت.

۲- مجازات بدلی: مجازات بدلی عبارت از آن عقوبات است که در صورت عدم تطبیق عقوبت اصلی بنابر وجود موانع شرعی قایم مقام عقوبت اصلی می‌گردد، مانند عقوبت دیت هنگام رفع قصاص و یا جزای تعزیری هنگام رفع حدود.

۳- مجازات تبعی: آن عقوبات اند که بعد از اثبات عقوبت اصلی و صدور حکم ضمن عقوبت اصلی بر مجرم تطبیق می‌گردد. مانند محروم شدن قاتل از میراث یا عدم اهلیت قاذف برای ادای شهادت.

۴- مجازات تکمیلی: آن عقوبات است که بر اساس حکم محکمه بعد از حکم بر عقوبت اصلی و تکمیل آن بر جانی عملی ساخته می‌شود مانند آویختن دست دزد در گردنش بعد از قطع آن و یا تشهیر و امثال آن.

دوم: تقسیم عقوبات از لحاظ صلاحیت قاضی در تعیین آن:

مجازات از این لحاظ به دو دسته تقسیم گردیده است:

الف: عقوبات که حد معین و مقدر دارند: مجازاتیست که شارع نوع و اندازه آنرا مقدر و معین نموده و قاضی حق زیاد کردن و کم کردن یا تبدیل کردن و عفو کردن آنرا ندارد. مانند جرایم حدود و قصاص.

ب: عقوباتیکه حد معین و مقدر ندارد: مجازاتی است که حد آن مقدر و معین نبوده حداقل و حداکثر داشته و قاضی میتواند بادر نظر داشت شدت و خفت جرم و شخصیت مجرم مجازاتی را از میان آن تعیین نماید مانند حبس و جزای نقدی در جرایم تعزیری.

سوم: تقسیم عقوبات از لحاظ محل وقوع آن :

مجازات از این لحاظ به سه نوع است:

الف: مجازات بدنی: عبارت از آن مجازات است که بر جسم انسان واقع می‌گردد، مانند قصاص، قطع اعضا.

ب: مجازات روحی: عبارت از آن مجازات است که بروح و روان انسان واقع می‌گردد، مانند:

نصیحت، تشهیر، توصیه و سرزنش.

ج: مجازات مالی: عبارت از آن مجازاتیست که بر مال شخص واقع میگردد، مانند: دیت، غرامت مالی و مصادره اموال.

چهارم: تقسیم عقوبات از لحاظ نوعیت جزاء:

عقوبات ازین لحاظ به چهار دسته یعنی عقوبت های حدود، عقوبت های قصاص و دیت، عقوبت های کفارات، و عقوبت های تعزیری تقسیم گردیده اند. که هریک آنرا مختصراً بیان مینماییم:

۱. عقوبات حدود: حدود جمع حد است وحد عبارت از آن عقوبتی معین ومقدر است که جهت تامین حقوق الله یا جهت تامین مصالح جامعه مقرر گردیده است، این نوع عقوبات دارای حد معین و کیفیت مشخص میباشد به هیچ وجه تشدید و تخفیف را نمی پذیرد و عفو را نیز قبول نمی کند. جرایم حدود نزد جمهور فقها هفت اند که عبارت اند از جرم زنا، جرم قذف، جرم شراب نوشی، جرم سرقت، جرم راهزنی، جرم ارتداد و جرم بغاوت.

۲. عقوبات قصاص و دیت: جرایمی که موجب عقوبت های قصاص و دیت میگردند از نظر شریعت اسلام بر پنج قسم اند که عبارت اند از:

۱- جرم قتل عمدی.

۲- جرم قتل شبه عمدی.

۳- جرم قتل خطاء.

۴- جرم جرح عمدی.

۵- جرم جرح خطاء.

مجازات جرایم فوق الذکر در شریعت اسلام عبارت اند از: قصاص، دیت، کفاره، محروم شدن از میراث و وصیت. که شرح و بیان آن از حوصله این مبحث خارج بوده و ایجاب بحث و بررسی مستقل را مینماید.

الف: قصاص:- قصاص در شریعت اسلام برای قتل عمد و جرح عمدی مقرر گردیده است و به معنای مماثلت میباشد. بدین معنی مجرم مانند عملیکه کرده است، مجازات میگردد. چنانچه خداوند جل جلاله میفرماید: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ^۱

ترجمه: (ای کسانی که ایمان آورده اید، درباره کشتگان بر شما (حق) قصاص مقرر شده آزاد عوض آزاد، بنده عوض بنده، زن عوض زن....)

در قصاص حق خاص عفو است برای ولی دم (خون). پس او حق دارد که جانی را عفو کند یا قصاص نماید قاضی فقط به رأی وارث عمل میکند، یعنی قصاص جزای اصلی جرم قتل عمدی

^۱. سورة البقره، ایه ۱۷۸

وجرح عمدی است.

ب: دیت:- دیت بمعنی خون بها بوده و جزای اصلی جرم قتل شبه عمدی، قتل خطاء و جرح خطاء میباشد، چنانچه خداوند جل جلاله میفرماید: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا^۱)

ترجمه: (و هیچ مومنی را نسزد که مومنی را جز به اشتباه بکشد و هر کسی مومنی را به اشتباه کشت، باید بنده مومنی را آزاد و به خانواده او خون بها پرداخت کند، مگر اینکه آنان گذشت کنند.)

دیت نیز حد معین و مشخص دارد، یعنی دیت قتل صدشتر میباشد، بنابراین قاضی حق کم و یا زیاد کردن آنرا ندارد. کیفیت ادای دیت در قتل شبه عمدی و قتل خطاء باهم تفاوت دارد. تفاوت دیت قتل شبه عمدی با قتل خطاء اینست که در قتل شبه عمدی، دیت مغلط است ولی در قتل خطاء دیت مخففه، تغلیظ و تخفیف دیت به تعداد شترها تاثیر ندارد بلکه انواع شترها و سن آنها متفاوت میباشد.

ج: كفارة:- كفارة عبارت از عقوبت های اصلی است که عبارت از آزاد کردن یک برده (غلام) مؤمن میباشد و اگر کسی غلام را برای آزاد کردن نیافت و یا قیمت آنرا نداشته باشد باید وی دو ماه روزه پی در پی بگیرد که روزه گرفتن عقوبت بدلی است و زمانی لازم میگردد که تطبیق عقوبت اصلی (آزاد ساختن غلام) ممکن نباشد. به اتفاق فقها، كفارة در قتل خطا و قتل شبه عمدی نسبت عدم موجودیت قصد قتل واجب میگردد اما در مورد اینکه آیا در قتل عمد كفارة واجب میگردد یا خیر، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. امام شافعی میگوید: (كفارة در قتل عمد نیز واجب میباشد به دلیل اینکه وقتی در خطا واجب میگردد، پس در قتل عمدی بشکل اولی واجب است) ولی نزد امام ابوحنیفه و امام احمد حنبل (رحمة الله علیهما) كفارة در قتل عمد واجب نمیشود زیرا آن عقوبات مقدر بوده و نیاز به نص صریح دارد. اما امام مالک (رح) آنرا واجب میداند بخصوص زمانی که قصاص به سببی از اسباب ساقط گردد.

د: محرومیت از میراث: محرومیت از میراث منحصراً جزای تبعی جرم قتل در ضمن جزای اصلی قصاص در شریعت اسلام مقرر گردیده است، زیرا رسول اکرم صلی الله علیه وسلم میفرماید: (لیس لقاتل میراث) ترجمه: برای قاتل میراث نیست. و همچنان میفرماید: (القاتل لا یرث) ترجمه: قاتل میراث نمیرد.

در مورد اینکه کدام نوع قتل سبب محرومیت قاتل از میراث میگردد در میان فقهای اسلام اختلاف نظر وجود دارد.

امام شافعی (رح) میگوید: (تمام انواع قتل سبب محرومیت از میراث میگردد.)

امام مالک (رح) میگوید: (تنها قتل عمدی سبب محرومیت از میراث میگردد.)

۱. سورة النساء، آیه ۹۲

امام ابوحنیفه (رح) میگوید: (هر نوع قتل سبب محرومیت قاتل از میراث میگردد، بشرطیکه قاتل مباشر باشد، قتل بطور ظالمانه صورت گرفته باشد و قاتل صغیر و مجنون نباشد.)

و: محرومیت از وصیت: از جمله عقوبات تبعی که همراه با عقوبت اصلی بر قاتل در شریعت اسلامی وضع شده محروم شدن او از وصیت میباشد زیرا رسول اکرم صلی الله علیه وسلم میفرماید: (لیس للقاتل وصیة) ترجمه: برای قاتل وصیت نیست.

نزد امام مالک فقط قتل عمد سبب محرومیت از وصیت میگردد، نزد امام ابوحنیفه همه انواع قتل سبب محرومیت از وصیت میگردد بشرطیکه مباشر باشد، بطور ظالمانه واقع شده باشد و فاعل آن صغیر و مجنون نباشد.

از امام شافعی و امام احمد (رحمة الله علیهما) دو نظر مختلف نقل گردیده است، یکی اینکه وصیت برای قاتل درست نیست و دیگری اینکه وصیت برای قاتل درست است.

۳- عقوبات کفاره: کفاره یک نوع عقوبتی است که از طرف شارع بر بعضی معاصی و جرایم مشخص مانند فاسد کردن روزه، فاسد کردن احرام، قسم و یا در حالت طهارت با زوجه خویش جماع کردن، و یا در قتل وضع گردیده است.

کفاراتیکه در شریعت اسلام برای بعضی از معاصی به حیث مجازات مقرر کرده شده عبارت اند از:

الف: آزاد کردن غلام: اگر غلام را پیدا کرده نتوانست، در آن صورت میتواند قیمت آنرا بپردازد.
ب: طعام دادن به مساکین: طعام دادن بر حسب جرایم متفاوت میباشد، مثلاً: در کفاره سوگند (۱۰) مساکین و در کفاره طهارت و خوردن قصدی روزه (۶۰) مساکین میباشد.

ج: لباس دادن برای مساکین: کفاره لباس دادن تنها در سوگند میباشد، تعداد مساکین که برای آنها لباس داده میشود، باید از ده نفر کمتر نباشد.

د: روزه گرفتن: گرفتن روزه زمانی لازم میشود که انسان از بجا آوردن کفارات دیگر مانند آزاد کردن غلام، طعام دادن و لباس دادن، عاجز بماند و مدت ایام روزه گرفتن نظر به جرایم متفاوت میباشد. بطور مثال: در کفاره قسم سه روز، در کفاره قتل، طهارت و فساد روزه دومه (شصت روز) روزه بی دریی میباشد.

۴- عقوبات تعزیری: جزایهای تعزیری عبارت از مجموعه عقوبت های غیر معین است که از نصیحت و سرزنش آغاز گردیده به مجازات شدید مانند حبس و دُرّه زدن و غیره منتهی میشود و حتی در بعضی موارد و در بعضی جرایم خطرناک و بزرگ قتل (اعدام) را نیز در بر دارد.

و یا گفته میتوانیم، تماماً جرایم که در آنها مجازات مقدر مانند حدود، قصاص و دیت و کفاره نباشد، مجازات تعزیری دارند. همچنان در صورتیکه در جرایم حدود، قصاص و دیت بنابر موانع شرعی مجازات اصلی اقامه شده نتواند، مورد مجازات تعزیری قرار میگیرد.

مجازات تعزیری با مجازات حدود، قصاص و دیت تفاوت های زیاد دارند که بطور مختصر به

چندی از آن ها اشاره می‌گردد:

- ✓ مجازات حدود، قصاص و دیت مقدر و معین میباشد درحالیکه مجازات تعزیری معین و مقدر نیست، اندازه مجازات تعزیری غیر مقدر و غیر معین است.
 - ✓ در مجازات حدود، قصاص و دیت قاضی هیچ نوع صلاحیت عفو، تشدید و تخفیف مجازات را ندارد، اما در مجازات تعزیری این حق و صلاحیت را دارد.
 - ✓ در جرایم حدود، قصاص و دیت، شخصیت مجرم هیچ نوع اعتبار ندارد اما در مجازات تعزیری قاضی میتواند چگونگی شخصیت مجرم را مدنظر بگیرد.
- نمونه های زیادی از مجازات تعزیری در زمان حضرت رسول اکرم صلی الله علیه وسلم و خلفای راشدین به نظر می‌رسد.

بطور مثال : رسول الله صلی الله علیه وسلم میفرماید: (هرکس از کسی قرضدار باشد درحالیکه مال و ثروت داشته و دین آنرا اداء نمی نماید، آبروی خود را از دست داده و مجازات کردن و زندانی کردن او جائز است.) همچنان حضرت عمر رضی الله عنه زندانی را بنام عارم تاسیس کرده بود و شخصی را بنام حطیه که شاعر بود، و یکی از مسلمانان را هجو (بدگویی) کرده بود، زندانی ساخت تا آنکه توبه کرد. همچنان حضرت عمر رضی الله عنه شخصی را بنام ضبیع که کلمات نامناسب و مسخره آمیز برای المراسلات و النازعات قرار داده بود، زندانی کرد. چندبار دُرّه زد و بالاخره به عراق تبعیدش کرد. حضرت عثمان مردی را بنام ضابی بن حارث که از دزدان طایفه تمیم بود، الی وقت مرگ در زندان نگهداشت.

انواع عقوبات تعزیری:

در شریعت اسلام مجازات تعزیری انواع مختلف دارد که به مهمترین آنها اشاره می‌گردد:

۱. قتل (اعدام): هر چند در شریعت اسلام تعزیر برای تأدیب و اصلاح مجرم بوده بناءً مجازات تعزیری نباید مهلک باشد، از اینرو در تعزیر قتل و قطع اعضاء را جائز نمیدارند ولی باوجود آن اکثریت فقها براین نظر اند که اگر مصلحت های عمومی ایجاب قتل مجرم را نماید، در آن صورت قتل بحیث جزای تعزیری از این قاعده کلی استثناء گردیده و قتل مجرم استثناءً تطبیق می‌گردد.
۲. جلد (دُرّه): دُرّه زدن یکی از مجازات اصلی حدود میباشد ولی دُرّه زدن بشکل مجازات تعزیری نیز پذیرفته شده است اما در مورد حداکثر اندازه دُرّه فقهاء اختلاف کرده اند ولی اکثر فقهاء به این نظر اند که اندازه آن باید به اندازه حد نرسد، زیرا رسول الله صلی الله علیه وسلم میفرماید: (من بلغ حدا فی غیر حد فهو من المعتدین) .

ترجمه: کسیکه در غیر حد مجازات را به اندازه حد برساند او از جمله تجاوزکاران است.

۳. حبس : حبس به عنوان مجازات تعزیری پذیرفته شده و در شریعت اسلام حبس دونوع میباشد:

الف: حبس محدود المدت: این نوع حبس برای جرایم عادی و ساده بوده حداقل آن یکروز و

در مورد حداکثر آن، فقهاء اختلاف نظر نموده اند، عده میگویند شش ماه است و عده دیگر آنرا یک سال میدانند و برخی دیگری آنرا از صلاحیت های ولی امر میدانند.

ب: حبس غیر محدود المدت: این نوع حبس در مقابل مجرمین خطرناک، حرفه ئی و اعتیادی وضع گردیده و تا آنزمانی در زندان نگهداری میگردند تا اصلاح شوند و توبه کنند.

۴. تبعید(تغریب): از نظر امام ابوحنیفه(رح) مجازات تبعید از جمله عقوبات تعزیری بوده و بخش تکمیل کننده مجازات زنا میباشد ولی سایر فقهاء آنرا تنها در جرم زنا از جمله حد شمرده اند ولی در بقیه جرایم آنرا عقوبت تعزیری دانسته اند.

۵. صلب (بدار آویختن): این عقوبت در جرم راهزنی تطبیق میگردد، برخی از فقهاء عقیده بر آنند که مجرم بعد از قتل بدار آویخته میشود ولی برخی دیگری میگویند که اولاً بدار آویخته شود تا در همان حالت به قتل برسد.

۶. وعظ و نصیحت.

۷. هجر: هجر بمعنی دوری کردن و ترک معاشره میباشد، و در حقوق جزای اسلام من حیث مجازات تعزیری پذیرفته شده است.

۸. توبیخ: توبیخ به معنی سرزنش بوده و در صورتیکه لازم باشد قاضی من حیث جزای تعزیری از آن استفاده میکند.

۹. تهدید.

۱۰. تشهیر.

۱۱. غرامت مالی(جریمه نقدی)

گفتار دوم: انواع مجازات از نظر حقوق جزای افغانستان:

قوانین جزائی افغانستان مجازات را به سه دسته تقسیم نموده است:

۱. مجازات اصلی:

مجازات اصلی در قوانین جزایی کلیه کشورها از جمله قانون جزا و کد جزای کشور ما بحیث وسیله و ابزار اساسی و اصلی عکس العمل اجتماعی پیشبینی گردیده که ممکن به تنهایی یا همراهی مجازات تبعی و تکمیلی مورد حکم قرار گیرد.

مجازات اصلی عبارت از مجازات است که قانونگذار برای جرم معین پیشبینی نموده و به اساس حکم قطعی محکمه تجویز میگردد که ضمن آن نوع، مقدار و کیفیت مجازات واضح ساخته میشود و در حقیقت ضمانت اجرای اوامر و نواهی احکام قانون میباشد.

مجازات اصلی مشمول موارد ذیل میگردد:

۱- اعدام

۲- حبس

۳- مجازات نقدی

علاوه بر موارد فوق، کود جزا، بدیل های حبس را برای نخستین بار به عنوان مجازات مستقل به انواع مجازات اصلی علاوه نموده است.

۲. مجازات تبعی:

مجازات تبعی مجازاتی اند که تابع مجازات اصلی بوده و بدون حکم محکمه به اساس حکم قانون بشکل خود به خودی به میان میآید که بر مبنای آن شخص محکوم از برخی حقوق اجتماعی و مدنی محروم میگردد.

۳. مجازات تکمیلی:

مجازات تکمیلی به مجازات اطلاق میگردد که به اساس لزوم دید محکمه به مجازات اصلی افزوده میشود، علاوه بر اینکه در حکم محکمه تصریح شده باشد هیچ گاه به تنهایی و بدون مجازات اصلی بوجود آمده نمیتواند و در حقیقت تکمیل کننده مجازات اصلی میباشد. مجازات تکمیلی مشمول، محرومیت از بعضی حقوق و امتیازات، مصادره و نشر حکم میباشد.

دعوی مدنی و شرایط اقامه آن

فهرست:

۷۵	چکیده
۷۵	مقدمه
۷۶	مبحث اول: مفهوم، انتقال و زوال دعوی:
۷۶	گفتار اول: مفهوم دعوی:
۷۷	گفتار دوم: ارکان دعوی:
۷۸	الف: مدعی:
۷۸	ب: مدعی علیه:
۷۸	ج: مدعی بها:
۷۸	د: دولت به صفت مدعی و مدعی علیه:
۷۹	گفتار سوم: انتقال دعوی:
۷۹	الف: انتقال ارادی:
۷۹	ب: انتقال قهری:
۷۹	گفتار چهارم: زوال دعوی:
۸۰	الف: مفهوم زوال دعوی:
۸۰	۱- زوال دعوی در اثر قطعیت حکم:
۸۰	۲- زوال دعوی در اثر مصالحه:
۸۰	۳- زوال دعوی در نتیجه زوال حق اصلی:
۸۰	۴- زوال دعوی در نتیجه مالکیت مافی الذمه:
۸۱	۵- زوال دعوی به دلیل گذشت مدعی:
۸۱	مبحث دوم: شرایط اقامه دعوی:
۸۱	گفتار اول: عدم مرور زمان:

- گفتار دوم: دعویٰ اقامه شده مختومه شمرده نشود: ۸۲
- مبحث سوم: شرایط اقامه کننده دعویٰ: ۸۲
- گفتار اول: ذینفع بودن: ۸۲
- گفتار دوم: داشتن سمت: ۸۳
- الف: مفهوم سمت: ۸۳
- ب: مفهوم قائم مقامی: ۸۴
- ج: مفهوم نمایندگی و انواع آن: ۸۴
- ۱- نمایندگی قانونی: ۸۵
- ۲- نمایندگی قضایی: ۸۵
- ۳- نمایندگی قراردادی: ۸۶
- گفتار سوم: داشتن اهلیت: ۸۸
- مبحث چهارم: انواع دعویٰ: ۸۹
- گفتار اول: دعویٰ عینی، شخصی و مختلط: ۸۹
- الف: دعویٰ عینی: ۸۹
- ب: دعویٰ شخصی: ۸۹
- ج: دعویٰ مختلط: ۹۰
- گفتار دوم: دعویٰ منقول و غیر منقول: ۹۰
- الف: دعویٰ منقول: ۹۰
- ب: دعویٰ غیر منقول: ۹۰
- گفتار سوم: دعاوی مالی، غیر مالی، مالکیت و تصرف: ۹۰
- الف: دعویٰ مالی و غیر مالی: ۹۰
- ب: دعویٰ مالکیت و تصرف: ۹۱
- ۱- دعویٰ مالکیت: ۹۱
- ۲- دعویٰ تصرف: ۹۲
- نتیجه گیری: ۹۲

چکیده

قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان، در مورد دعوی و شرایط اقامه آن به بیان چند ماده اقدام نموده که، در ماده ۵ این قانون دعوی تعریف شده است: دعوی خواستن حق از دیگری در پیشگاه محکمه. در این مقاله با تکیه به روش تحلیلی و توصیفی - کتابخانه‌ای به این سوال پاسخ می‌دهیم که موقف حقوق افغانستان راجع به دعوی، شرایط اقامه و انواع چگونه است؟ در نتیجه این تحقیق دریافتیم: اقامه دعوی اقدامی است که به موجب آن مدعی، ادعای خود را در نزد مراجع ذیصلاح (محاکم) طرح مینماید تا در جهت حقانیت و یا بی‌حقی او تصمیم گرفته شود. همینطور اقامه دعوی، حق هر شخص بوده؛ یعنی هر شخص توانایی بالقوه دارد که هرگاه حقوق اش مورد تضییع یا انکار واقع شود با مراجعه به نزد مراجع قانونی، حق خود را به اثبات برساند، و با پشتوانه قدرت حاکمیت، آنرا احقاق نماید. بر علاوه بحثیکه به عنوان ارکان دعوی (مدعی، مدعی علیه و مدعی بها) در حقوق افغانستان مطرح شده، دولت نیز در مواد جداگانه به عنوان مدعی و مدعی علیه بیان شده است. و در فرجام، تعریف ارایه شده دعوی از سوی حقوق افغانستان، مورد نقد و بررسی قرار گرفته، و تعریف جامع پیشنهاد شده است.

واژگان کلیدی: دعوی، محکمه، مدعی، مدعی علیه، حق

مقدمه

انسان موجودی اجتماعی است که از ملازمات این زندگی اجتماعی، برقراری روابط و انجام تعاملات است. بدون شک، هر انسان در پی نفع خود است و این در سطح کوچک است (چی بسا اینکه حتی جوامع؛ مثلاً جامعه افغانستان منافع خود را نسبت به منافع کشور خارجی اولویت و ارجحیت می‌دهد) این ارجحیت و اولویت اصطکاک‌ها را به وجود می‌آورد که در نتیجه؛ منافع در تعارض قرار می‌گیرند. و از سویی، حقوق هر کشور برای تابعینش امتیازات را در نظر می‌گیرد و از آن به طور مستمر حمایت می‌کند. گاهی اوقات این منافع و امتیازات از سوی شخص، یا اشخاصی مورد تجاوز و یا انکار قرار می‌گیرد، و دارنده حق و منفعت در صدد اثبات حق اش به محاکم رجوع می‌کند و این موضوع زمینه را برای ادعا پهن می‌کند. پس، دعوی از سوی اشخاص در برابر اشخاص دیگر به دلیل مورد تعدی و یا انکار قرار گرفتن چیزی (حق و منفعت) در نزد محکمه اقامه می‌گردد. با توجه به این مقدمه، اهمیت دعوی در زندگی روزمره کاملاً به وضوح قابل لمس است. و در نهایت باید گفت که دعوی در صورتی محقق می‌شود که شرایطی را که حقوق‌دانان در نظر گرفته‌اند، داشته و این دعاوی هم نسبت به موضوع آن از لحاظ ماهیت متفاوت است که در این مقاله ضمن منحصر کردن دعوی به دعوی مدنی، انواع و شرایط آنرا بر طبق حقوق افغانستان مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث اول: مفهوم، انتقال و زوال دعوی:

قبل از آنکه به بیان شرایط اقامه دعوی بپردازیم، نیاز است تا از مفهوم دعوی، چگونگی انتقال و زوال آن بحث کنیم.

گفتار اول: مفهوم دعوی:

واژه دعوی ریشه عربی دارد و اسم مصدر از ادعا است (حیاتی، ۱۳۹۰ ص ۱۴۵). از نظر لغوی دعوی؛ یعنی ادعا کردن، خواستن، ادعا، نزاع و دادخواهی است (معین، ۱۳۶۰ ذیل واژه). از روزه اصطلاحی در تعریف دعوی، میان حقوقدانان اتفاق نظر وجود ندارد؛ بعضی حقوقدانان در تعریف دعوی گفته اند: (دعوی عبارت از عملی که برای تثبیت حقی صورت میگیرد؛ یعنی حقی که مورد تجاوز و انکار واقع شده است) (دفتری، بی تا، ج ۲، ص ۱۵۳۹). همچنین گفته شده است: دعوی حقی است که به موجب آن اشخاص میتوانند به محکمه مراجعه نمایند و از مقام رسمی بخواهند که به موجب اجرای قانون، از حقوق شان در برابر دیگری حمایت شود. مراجعه به محکمه و اجرای این حق همیشه به وسیله عمل حقوقی خاص انجام میشود که اقامه دعوی نامیده میشود (کاتوزیان، ۱۳۸۳ ص ۱۱۴). عده ای از حقوقدانان دیگر، دعوی را سه معنی کرده اند: در معنای اول؛ دعوی، توانایی قانونی مدعی حقی تضییع یا انکار شده در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذاردن، وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتیب آثار قانونی مربوطه است؛ برای طرف مقابل، دعوی توانایی مقابله با این ادعا است (حیاتی، ۱۳۹۰ ص ۴۵۱). در معنای دوم، دعوی به منازعه و اختلافی که در مراجع قضاوتی مطرح شده و تحت رسیدگی است هم تعریف شده است و در معنای سوم به معنای ادعا بیان شده است (شمس، بی تا، ج ۱، صص ۳۱۰ و ۳۱۱). در فرجام؛ بعضی دیگر از حقوقدانان، دعوی را اخبار به حقی به نفع خود و به زیان دیگری، تعریف نموده اند (کریمی، عباس، ۶۱۳۸ ص ۲۴)، و در تشریح این تعریف سه رکن را ضروری دانسته اند؛ این سه رکن عبارتند از: اخبار به حق، ذینفع بودن اقامه کننده دعوی، مضر بودن دعوی برای دیگری. هر یک از تعاریف مذکور مبیین این واقعیت است که هر کدام از حقوقدانان از منظر خاصی به دعوی نگریسته است که نمیتوان هیچ یک از تعاریف فوق را مردود و یا کامل دانست (حیاتی، ۱۳۹۰ ص ۱۴۶). با توجه به تعاریف بکه از دعوی صورت گرفت، میتوان یاد آور شد که برای تعریف جامع از دعوی موارد ذیل را به یاد داشته باشیم: اولاً دعوی پدیده ای طرفینی است. منظور از طرفینی بودن دعوی این است که دعوی زمانی واقع میشود که حداقل میان دو نفر اختلاف وجود داشته باشد. لذا بدون تقابل با دیگری دعوی وجود نخواهد داشت. ثانیاً بروز دعوی تأثیر انشائی ندارد بلکه همچنانکه بعضی از حقوقدانان گفته اند ماهیت دعوی اخبار است. اما این اخبار ممکن است باعث اشتغال محاکم و الزامی مدعی علیه به پاسخگویی میباشد. ولی فراتر از آن ضرر واقعی برای کسی ایجاد نمیکند. بلکه نتیجه محاکمه هر چه باشد اصولاً منجر به استقرار حق شده است. و اگر یکی از طرفین در دعوی محکوم گردد، برای او ضرری ایجاد نشده است، بلکه

او ذیحق نبوده است، پس رکن دعوی نمیتواند، مضر برای دیگری باشد. ثالثاً در دعوی همیشه منافع در تقابل قرار دارند. به این معنی که هر آنچه مدعی میگوید، مدعی علیه مخالف آن است. پس بنابراین، تضاد میان طرفین دعوی عنصر اجتناب ناپذیر دعوی است. آنچه که از موارد بالا بدست آمد میتوان دعوی را اینگونه تعریف کرد: نزاع و یا اختلاف میان یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر، به خاطر ادعای وجود و یا استحقاق حقی برای خود و انکار آن از طرف مقابل. شخص و یا اشخاصیکه قول آنان خلاف ظاهر و اصل است و ادعای استحقاق را دارند مدعی، و شخص و یا اشخاصیکه که قول آنان موافق اصل و ظاهر است و در مقام انکار ادعای مدعی قرار دارند، مدعی علیه نامیده میشود. به یاد داشته باشیم که تعریف فوق از دعوی صرف نظر از این است که دعوی در محاکم اقامه شده باشد و یا نشده باشد. لذا؛ به هر دو، دعوی گفته میشود (همان، ص ۱۴۷). قانون اصول محاکمات مدنی در مورد دعوی و شرایط اقامه آن به بیان چند ماده اقدام نموده که، در ماده (۵) این قانون دعوی اینگونه تعریف شده است: دعوی خواستن حق از دیگری در پیشگاه محکمه. نویسندگان معتقد است که استعمال واژه حق در تعریف دعوی درست به نظر نمی رسد؛ چي بسا اینکه دعوی در محکمه مطرح شود، ولي موضوع آن حق نباشد و فردی به ناحق، حقی را از پیشگاه محکمه در خواست کند؛ پس با توجه به این تعریف قانونگذار، این درخواست دعوی نخواهد بود، پس سوال است که در چي ارگانی باید طرح کند؟ در هر صورت، محکمه در صدد اثبات حق است؛ ممکن ناحق طرح شود ولي این قاضی است که حق و ناحق را تشخیص میدهد. بهتر بود به جای واژه (حق) از واژه (چیزی) استفاده می کرد (سروری، ۱۳۹۵ ص ۳۱). تا اینجا مفهوم دعوی را دانستیم، لذا لازم به نظر میرسد تا مفهوم اقامه دعوی و حق اقامه دعوی را نیز درک کنیم؛ اقامه دعوی اقدامی است که به موجب آن مدعی، ادعای خود را در نزد مراجع ذیصلاح (محاکم) طرح مینماید تا در جهت حقانیت و یا بی حقی او تصمیم گرفته شود. و همینطور اقامه دعوی، حق هر شخص بوده؛ یعنی هر شخص توانایی بالقوه دارد که هرگاه حقوق اش مورد تضییع یا انکار واقع شود با مراجعه نزد مراجع قانونی میتواند حق خود را به اثبات برساند و با پشتوانه قدرت حاکمیت، آنرا احقاق نماید. از این عنوان که حق اقامه دعوی حقی بالقوه است، پس این حق وجود دارد حتی اگر هنوز دعوی برای شخص به وجود نیامده باشد.

گفتار دوم: ارکان دعوی:

قانون اصول محاکمات مدنی در مواد (۶ و ۸) ارکان حقوقی دعوی را بیان میکند که عبارتند از: مدعی، مدعی علیه و مدعی بها. و در مواد (۹ الی ۱۱) دولت را هم به صفت مدعی و مدعی علیه به رسمیت شناخته است.

الف: مدعی:

قانون گذار در ماده (۶) قانون اصول محاکمات مدنی بیان کرده است: شخصیکه حق را میخواهد مدعی است. از تعریف این ماده استفاده میگردد که مدعی به شخصی گفته میشود که به حسب ظاهر یا واقعاً ادعای حقی بر دیگری دارد.

ب: مدعی علیه:

قانون گذار در ضمن تعریف مدعی در ماده (۶) قانون اصول محاکمات مدنی مدعی علیه را نیز تعریف کرده است: شخصیکه حق از او خواسته میشود مدعی علیه است. بناءً، مدعی علیه شخصی میباشد که حق مورد ادعای مدعی را به حسب ظاهر یا واقعاً مورد انکار و تجاوز قرار داده است (احمدی، ۱۳۹۳ ص ۴۲).

ج: مدعی بها:

قانون اصول محاکمات مدنی در ماده (۸) مدعی بها را اینگونه بیان میکند، موضوع حقی است که مورد ادعای مدعی و منظور او از دعوی، وصول آن میباشد. متن ماده بالا اینگونه است: مدعی بها شی خواسته شده و شامل حقوقی است که قوانین افغانستان آنرا پیش بینی نموده و موضوع دعوی قرار گرفته بتواند. این تعریفی از مدعی بها، ما را به این نتیجه میرساند که قاضی نمیتواند حقوق ماهوی را خلق کند زیرا؛ کار او تنها شناسایی حقوق ماهوی است که توسط قوانین افغانستان تعیین شده است.

د: دولت به صفت مدعی و مدعی علیه

قانون اصول محاکمات مدنی در مواد (۹ الی ۱۱) به بیان یک نوع دیگر از مدعی و مدعی علیه پرداخته که دولت یا گروهی از مردم را شامل میشود. در ماده (۹) این قانون نهادی را بنام اداره قضایای دولت به عنوان مدعی و مدعی علیه رسمیت داده؛ یعنی در صورتیکه دولت منافع اشخاص ثالث را مورد تعرض قرار دهد، اداره قضایای دولت، به عنوان مدعی علیه در محکمه حاضر میشود و از منافع دولت دفاع میکند. اگر خود دولت بر علیه اشخاص دیگر به اقامه دعوی مبادرت ورزد، اداره قضایای دولت به عنوان مدعی و نماینده دولت در دعوی مشارکت دارد و از حقوق و منافع دولت دفاع میکند. مثال بارز اینگونه موارد غصب زمین های دولتی توسط زورمندان میباشد که البته امروزه این موضوع حاد است. در صورتی چنین موضوعی، دولت خود اقدام میکند و اداره قضایای دولت به عنوان مدعی استرداد، دعوی اقامه میکند. بحث دیگر در ماده (۱۰) این قانون طرح شده است: اگر اهالی یک قریه ای در قضیه ای ذینفع باشند، حضور بعضی از آنها به عنوان مدعی و مدعی علیه کفایت میکند. مانند اینکه اگر چراگاه یا راه عمومی مورد نزاع باشد، حضور همه اهالی قریه لازم نیست، همینکه چند نفر در محکمه حاضر شوند کافی است.

گفتار سوم: انتقال دعوی:

دعای به مفهوم اخص بین اشخاص همراه با حق اصلی قابل انتقال است و پس از مرگ آنها قهراً همراه با حق اصلی به وارث منتقل میشود. اما در مواردی که حق اصلی دارای خصوصیتی منحصرّاً شخصی است نه تنها به موجب عقود بلکه با فوت ذیحق نیز به وراث منتقل نمیشود (شمس، جزوه درسی، ص ۸). ویژگی که حق مالی نسبت به غیر مالی دارد، قابل انتقال بودن آن میباشد و اصولاً حق غیر مالی قابل نقل و انتقال نمیشود. به باور حقوقدانان هدف از قابل انتقال بودن این است که مالکیت این حق به منتقل الیه انتقال پیدا میکند. تحقق دعوی وقتی است که حداقل میان دو نفر بر سر حق مالی و یا غیر مالی اختلاف و منازعه وجود داشته باشد. پس دعوی مدام پیوسته به حقی مالی و یا غیر مالی است.

حقوق غیر مالی مانند حق زوجیت، حق ولایت و... اصولاً غیر قابل انتقال هستند. دعای طلاق و تمکین از حق زوجیت ناشی میشوند و از آنجا که غیر مالی اند غیر قابل انتقال هم خواهند بود (حیاتی، ۱۳۹۰ ص ۴۹۱). طوریکه قبلاً گفتیم یکی از ویژگیهای حقوق مالی انتقال پذیری آنهاست؛ یعنی هم به صورت ارادی و در نتیجه عمل حقوقی ممکن به دیگری انتقال داده شوند و هم در اثر واقعه ای حقوقی (عمل غیر ارادی) مانند: فوت ممکن است به وارث متوفی انتقال پیدا کند. حال اگر در حق مالی، دعوی یا اختلافی وجود داشته باشد به تبعیت از حق مالی، دعوی هم به دیگری منتقل میشود. مانند اینکه در مالکیت ملکی میان دو نفر نزاع وجود داشته باشد. این ملک ممکن است به دو صورت به شخص دیگری منتقل گردد.

الف: انتقال ارادی:

به اینصورت که مالک ملک مورد نزاع میتواند در نتیجه عقدی ناقل مالکیت، نظیر بیع، صلح و... ملک مورد نزاع را به دیگری انتقال دهد. پس از وقوع عمل حقوقی منتقل الیه، مالک ملک مورد نزاع میشود و همچنین قائم مقام انتقال دهنده در دعوی راجع به آن ملک هم میشود. البته مالکیت منتقل الیه در این مورد مالکیتی متزلزل است (صدر زاده، ۱۳۷۳، صص ۴۸ و ۴۹). بخاطریکه ممکن است، پس از رسیده گی به دعوی، محکمه حکم به مالکیت طرف مقابل نزاع بدهد و منتقل الیه که قائم مقام انتقال دهنده در این دعوی شده، محکوم به بی حقی گردد.

ب: انتقال قهری:

اگر صاحب حق مالی، قبل از اینکه رفع خصومت شود، فوت نماید، تمامی حقوق مالی به وارث یا وارثین او به ارث میماند. با توجه به همین، حقوق مالی مورد نزاع هم به وراث انتقال مییابد. با این وجود، انتقال دعوی به تبعیت از انتقال حق مالی صورت میگیرد؛ این انتقال قهری است. زیرا، در انتقال صاحب حق مالی مورد نزاع هیچ اراده ای نداشته است (شمس، ۱۳۹۲ ص ۲۷۸).

گفتار چهارم: زوال دعوی:

قبل از آنکه به بیان چگونگی زوال دعوی بپردازیم، نخست به مفهوم زوال دعوی اشاره میکنیم.

الف: مفهوم زوال دعوی:

زوال دعوی به مفهوم اخص، معمولاً نتیجه حکم قطعی است که اختلاف را حل و فصل مینماید. همچنین زوال دعوی ممکن است پی آمد زوال حق اصلی باشد یا ارادی یا قهری و بدون اراده صاحب حق دعوی به مفهوم اعم با استرداد دعوی زائل میگردد. اما این زوال به خودی خود موجب زوال دعوی به مفهوم اخص نمیگردد. زوال دعوی اگر چه از آثار حکم و زوال حق است، اما ممکن است ناشی از صرف نظر کردن مدعی از دعوی باشد که در اینصورت قرار سقوط دعوی صادر میشود (شمس، جزوه درسی، ص ۸). بنابراین، هدف از زوال دعوی این است که بعد از اینکه دعوی محقق شد به هر دلیلی آن نزاع مرتفع شود و حقی که انکار یا تضییع شده است به صاحب آن داده شود و دیگر منکر و یا مدعی قبلی نسبت به آن ادعایی نداشته باشد. زوال دعوی به طرق مختلفی امکان پذیر است (حیاتی، ۱۳۹۰ ص ۱۵۰). از جمله میتوان به موارد زیر اشاره کرد:

۱- زوال دعوی در اثر قطعیت حکم:

زمانیکه دعوی به مرجع قانونی برای حل و فصل خصومت ارجاع شده باشد آن مرجع بعد از رسیدگی ماهیتی به دعوی در نهایت با صدور حکم، فصل خصومت میکند. همینکه حکم قطعیت یافت، میتوان گفت که دعوی وجود ندارد. در نتیجه، به وسیله مرجع قانونی دعوی حل و فصل می گردد (شمس، ۱۳۹۲ ص ۲۷۸).

۲- زوال دعوی در اثر مصالحه:

کماکان امکان دارد طرفین اختلاف بدون نیاز به حکم مراجع قانونی بر سر موضوع اختلاف مصالحه نمایند. با این شگرد، بعد از توافق آنان بر موضوع دعوی قرارداد صلح میان آنان منعقد میشود که مبین زوال دعوی خواهد بود. سازش طرفین ممکن است بدون دخالت مراجع قضایی باشد و امکان می رود که بنابر وساطت یکی از مراجع قضایی میان طرفین صلح و سازش ایجاد شده باشد. در صورت صلح و سازش زوال دعوی خواهد بود (حیاتی، ۱۳۹۰ ص ۱۵۱).

۳- زوال دعوی در نتیجه زوال حق اصلی:

هرگاه با هر عاملی، حق اصلی که موضوع دعوی را تشکیل میدهد زائل شود. مانند: دعوی تمکین در جریان بوده و زوجه وفات نماید یا دعوی مطالبه نفقه در جریان بوده و زوج فوت نمایند در این موارد، دعوی به تبعیت از حق مورد نزاع زائل میشود. به طور کلی در تمامی تعهدات قائم به شخص، چنانچه دعوی الزام به انجام تعهد در جریان باشد و متعهد فوت نماید، دعوی زائل میگردد.

۴- زوال دعوی در نتیجه مالکیت مافی الذمه:

هر وقت که مالک مافی الذمه خود گردد، ذمه او بری میشود. مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد، بعد از فوت مورث، دین او به نسبت سهم الارث، ساقط میگردد. در نتیجه، هرگاه پدری از فرزند خود طلبکار باشد، با فوت پدر، چون صفت داین و مدیون در فرزند جمع شده است، حق پدر، به همان نسبت که فرزند از او ارث می برد، زایل میگردد (شمس، ۱۳۹۲ ص ۲۷۹).

۵- زوال دعوی به دلیل گذشت مدعی:

حق تعقیب و تداوم دعوی از حقوق مدعی است؛ اگر مدعی به طور کلی از حق خود صرف نظر نماید، دعوی نیز برای همیشه زائل می‌شود.

مثل اینکه شخصی مدعی دائن بودن از دیگری باشد و طرف مقابل منکر آن باشد. اگر مدعی به طور کلی ذمه احتمالی مدیون را بری نماید، دعوی به کلی زائل می‌شود؛ چه دعوی در محکمه اقامه شده باشد و چه اقامه نشده باشد. پس نتیجه می‌گیریم، صرف نظر کردن مدعی از حق مورد ادعا، موجب زوال دعوی می‌شود. اما هر وقت ممکن است مدعی از اصل حق مورد ادعا صرف نظر نکند، بلکه عریضه را که برای احقاق حق مورد نزاع، به محکمه تقدیم نموده است را مسترد نماید، در اینصورت دعوی موقتاً زائل می‌شود که تحت شرایطی اقامه دعوی امکان پذیر خواهد بود (طاهری، بی تا، ص ۴).

مبحث دوم: شرایط اقامه دعوی:

وجود شرایط برای دعوی از این جهت لازم است که دعوی را قابل سمع می‌سازد. این شرایط می‌تواند اقامه دعوی در عدم مرور زمان و همچنین دعوی اقامه شده مختومه شمرده نشود، این دو شرط مربوط به ماهیت دعوی در حال اقامه است نه مدعی. اینک به هر دو مورد اشاره می‌کنیم.

گفتار اول: عدم مرور زمان:

برای اینکه دعوی قانوناً قابل ترتیب اثر باشد، اگر قانونگذار اقامه آنرا محدود به مدت مشخصی نموده، باید در آن محدوده زمانی اقامه گردد و الا مسموع نخواهد بود.

در حقیقت در برخی موارد، قانونگذار مدتهای را تعیین نموده و ذیحق را ملزم نموده تا در آن مدت اقامه دعوی نماید و اگر خارج از آن اقدام شود و به لحاظ اینکه انقضاء مدت مقرر، ملازمه با سقوط حق اصلی دارد، لذا دعوی مذکور قابل استماع نخواهد بود (افسران و علوی، بی تا، ج ۱، ص ۶۸). در بند ۸ ماده ۲۱ قانون اصول محاکمات مدنی یکی از اعتراضات ابتدایی را علیه دعوی اقامه شده، تحت مرور زمان بودن قضیه میدانند. هر چند این قانون مرور زمان را واضح نساخته است. عده ای از حقوقدانان به این نظر اند که شاید منظور قانونگذار رعایت مهلت های قانونی برای شکایت از احکام محاکم باشد، بخاطریکه در مواد ۳۸۳ و ۴۲۳ این قانون یکی از شرایط استماع اعتراض را در استیناف و محاکم بالا رعایت مرور زمان ذکر کرده است. مضاف بر این اجمال در قانون اصول محاکمات مدنی، قانون

مدنی از ماده ۹۶۵ تا ۹۸۲ تحت عنوان سقوط حق به مرور زمان راجع به مرور زمان و میزان آن بحث نموده است.

البته این قانون بین سقوط حق به سبب مرور زمان و عدم استماع دعوی به همین جهت، تفاوت قائل شده و در ماده ۹۶۵ مقرر نموده است: حق به مرور زمان ساقط نمیگردد. اما دعوی مطالبه حق بنا

به هر سببیکه باشد، علیه منکر بعد از مرور پانزده سال ... شنیده نمیشود. پس اگر مدیون خود حق مدعی را اداء کند هیچ اشکالی ندارد و میتواند ذمه خود را بری کند ولی اگر پانزده سال گذشت و مدیون مطالبه نکرد، بعد از این مدت قابل سمع نیست و مدعی فقط میتواند در خلال این مدت اقامه دعوی کند. برای اینکه مدت های مذکور با مواعد مقرر برای مرور زمان دعاوی اشتباه نشود آنرا مهلت نامیده اند. نهاد دیگری در حقوق به نام مرور زمان وجود دارد که ممکن است به مهلت قانونی یکی دانسته شود (احمدی، ۱۳۹۳، ص ۴۹). مرور زمان مواعیدی است که قانونگذار با وضع آن تکلیف محکمه را در استماع دعاوی که زمان طرح آن منقضی شده است، با ایراد مدعی علیه در اولین جلسه قضایی منقضی کرده است.

اصل بر بقاء حق است و گذشت زمان آنرا از بین نمیرد. بعد از فوت ذیحق وارث او به قائم مقام آن حق را صاحب خواهند شد، اما در موارد نادری قانونگذار بنا به دلایل مطالبه قانونی حق را محدود به مهلت معینی کرده به گونه ای که اگر در آن محدوده زمانی برای مطالبه آن حق اقدام نشود، اصل حق ساقط میشود.

در نتیجه، تفاوتی که میان مهلت قانونی و مرور زمان وجود دارد این است که در مهلت قانونی انقضاء مهلت ملازمه با سقوط حق اصلی دارد. در حالیکه در مرور زمان انقضاء مدت ملازمه با سقوط حق اصلی ندارد، بلکه فقط دعوی را قابل استماع نمیداند (شمس، جزوه درسی، ص ۱۰).

گفتار دوم: دعوی اقامه شده مختومه شمرده نشود:

دعوی که مدعی قصد اقامه آنرا دارد نباید مشمول اعتبار امر قضاوت شده باشد. بدین معنا که این دعوی اگر دعوی است که قبلاً محکمه نسبت به آن حکم صادر کرده است و یا قرار سقوط آنرا صادر کرده است، چون از اعتبار امر قضاوت شده بر خوردار گردیده، دیگر قابلیت طرح مجدد را ندارد. لذا؛ با ایراد مدعی علیه و اثبات این امر محکمه قرار عدم استماع آنرا صادر میکند (افسران و علوی، ج ۱، ص ۷۰). در بند ۴ ماده ۲۱ قانون اصول محاکمات مدنی یکی از موارد اعتراض ابتدایی را صدور رای محکمه قبلی میداند. در این ماده آمده است: (صدور حکم قضایی قبلی در موضوع بین عارض و معروض). یکی از اعتراضات ابتدایی است.

مبحث سوم: شرایط اقامه کننده دعوی:

مدعی برای اینکه دعوی او در ماهیت، مورد رسیدگی قرار گیرد و در نهایت محکمه راجع به آن تصمیم بگیرد، لازم است واجد شرایطی از جمله داشتن نفع، سمت و اهلیت باشد که هر یک را مورد بحث قرار میدهم.

گفتار اول: ذینفع بودن:

یکی از شرایط اقامه کننده دعوی ذینفعی است. با این شرح که اگر نهایتاً در دعوی حکمی علیه طرف مقابل دعوی (مدعی علیه) صادر شود، نفعی را عاید مدعی میکند.

نفع در لغت یعنی سود، فایده و منفعت. نفع در برابر زیان و ضرر آمده است (دهخدا، ذیل واژه نفع). دلیل ضرورت شرط ذینفعی مدعی در اقامه دعوی، این است که به هنگام طرح دعوی، با این فرض که اگر دعوی با حکمی بنابر خواسته مدعی ختم میشود، آیا نفعی را عاید او خواهد کرد؟ و اگر پاسخ منفی باشد؛ یعنی مدعی در دعوی مورد نظر ذینفع نیست. ضرورت چنین شرطی برای مدعی بدیهی به نظر میرسد زیرا؛ محکمه فقط مکلف است از حق دادخواهی کسانی که نسبت به حقوق آنان حسب ظاهر تعرض صورت گرفته است، رسیدگی کند و تکلیفی به استماع دعوی اشخاصی که در اقامه دعوی ذینفع نیستند، ندارند. قانون اصول محاکمات مدنی در بند ۳ ماده ۲۱ تحت عنوان اعتراضات ابتدایی، عدم توجه دعوی، به مدعی علیه را مطرح کرده است. در مورد ذینفعی مدعی در ماه ۸۰ مقرر داشته است: محکمه به رسیدگی دعاوی اقدام می کند که از طرف شخصیت های حقوقی یا حقیقی حل و فصل آن تقاضا شده باشد. لازم به یاد آوری است که ذینفعی مدعی به معنای ذیحقی مشارالیه نیست. بلکه ذینفعی مدعی بر اساس فرض صحت ادعای مدعی سنجیده میشود. اما ممکن است ثمره ی محاکمه، خلاف این فرض باشد.

گفتار دوم: داشتن سمت:

ممکن، مدعی دعوی خود را علیه مدعی علیه به اصالت اقامه نمایند یا به نمایندگی. منظور از اقامه دعوی به اصالت این است که مدعی شخصاً به طرح دعوی مبادرت نماید. اما اگر شخص دیگری به نیابت از مدعی اقامه دعوی را بر عهده گیرد، آنرا نمایندگی مینامند. البته، مدعی علیه دعوی هم امکان دارد، اصالتاً و یا توسط نماینده پاسخ دعوی مدعی را بدهد (احمدی، ۱۳۹۳ ص ۴۵). قانون اصول محاکمات مدنی در طی چند ماده موارد نمایندگی از اشخاص فاقد صلاحیت اقامه دعوی را بیان نموده است. این قانون در ماده ۴۲۰ مقرر داشته است: مدعی و مدعی علیه مکلف اند که خود و یا وکیل، ولی، وصی، قیم آنها با اسناد مربوطه به محکمه حاضر شوند. خلاصه در هر مورد که نماینده به نیابت از مدعی و یا مدعی علیه اقامه دعوی یا دفاع از آنرا بر عهده دارد، اثبات سمت وی الزامی است. اینک به مفهوم سمت میردازیم و بعداً به طور مختصر اقسام نمایندگی را بحث میکنیم.

الف: مفهوم سمت:

سمت از نظر حقوقی به عنوانی اطلاق میشود که به موجب آن شخص از جانب دیگری و بنا به تجویز او و در بعضی مواقع تجویز محکمه یا قانون، اقامه دعوی یا دفاع از آن را بر عهده میگیرد. بنابراین، اگر کسی شخصاً به طرح دعوی مبادرت نماید و یا اینکه شخصاً به دفاع از دعوی مدعی علیه که علیه وی اقامه نموده است، بپردازد اصیل نامیده شده و داشتن سمت برای او بی مورد خواهد بود.

در تمامی مواردی که شخص حقوقی، طرح دعوی می نماید و یا از دعوی دفاع به عمل آورد، از آنجا که مبادرت مستقیم و به اصالت شخص حقوقی ناممکن است، لذا کسی که به نیابت از آن

اقدام کند، باید ذی سمت باشد. قانونگذار در بند ۱ و ۲ ماده ۲۰۹ قانون اصول محاکمات مدنی، احراز سمت و چگونگی آنرا بیان می کند. در این ماده آمده است: طرفین دعوی به رعایت نوبت به اتاق محکمه راهنمایی و به ترتیب آتی حالات شان بررسی میشود:

۱ — محکمه تشخیص میدهد که کدام آنها به حیث اصیل و کدام یکی به صفت وکیل، ولی، وصی و قیم به محکمه حاضر شده است؛

۲ — اشخاصیکه نیابتاً به محکمه حاضر میشوند؛ موظفین محکمه سند صلاحیت شان را به دوسیه می گذارد... آنچه از این ماده قانونی فهمیده میشود این است که اگر اقامه کننده دعوی پاسخ دهنده دعوی، شخص غیر اصیل باشد، باید سندی حاکی از نمایندگی خود از جانب اصیل را به محکمه ارائه دهد تا جهت اثبات سمت او ضمیمه دوسیه مورد نظر گردد. در مواردی که رسیدگی به دعوی را مدعی درخواست نموده است و درخواست دهنده شخص حقیقی باشد،

مفهوم سمت در مفهوم ذینفعی مدعی نهفته است، به گونه‌ای که اگر ذینفعی مدعی احراز شود، دیگر نیازی به احراز ذی سمتی او نیست. زیرا؛ تصور اینکه شخص مدعی ذینفع باشد و در عین حال، فاقد سمت باشد، غیر ممکن است. لذا، تنها در مواردیکه درخواست رسیدگی را شخص حقوقی و یا شخص حقیقی غیر اصیل تقدیم نموده باشد، محکمه لازم است سمت درخواست کننده را اثبات نماید (شمس، ۱۳۹۲ ص ۱۰۹).

ب: مفهوم قائم مقامی:

در مورد تعریف قائم مقام گفته شده است؛ قائم مقام، شخصی است که به جانشینی دیگری، دارای حقوق و تکالیف او میگردد مانند؛ وارث که قائم مقام مورث است.

از جمله مواردی دیگر قائم مقامی، میتوان به موجب عملی حقوقی، مانند بیع به دیگری انتقال داده میشود، از تاریخ انتقال منتقل الیه قائم مقام مالک قبلی محسوب میشود. همچنین موصی له قائم مقام موصی است از زمانی که به موجب وصیت مالک موصی به میشود. اصطلاح قائم مقام در متون حقوقی بیشتر زمانی به کار برده میشود که در جریان امر حقوقی مانند: محکمه، به دلیل فوت یا انتقال ارادی مالی به دیگری، حق مالی به دیگری انتقال یابد. برای اینکه امر حقوقی که ناتمام مانده و لازم است وضعیت حقوقی آن معلوم و تداوم پیدا کند، گفته میشود کسی که قائم مقام محسوب میشود، میتواند به نیابت از کسی که سمتش از بین رفته است، آن امر حقوقی را ادامه دهد. لذا؛ از این به بعد، قائم مقام، جانشین دیگری میشود و کلیه آثار حقوقی آن امر حقوقی متوجه قائم مقام خواهد شد (حیاتی، ۱۳۹۰ ص ۱۵۹).

ج: مفهوم نمایندگی و انواع آن:

نمایندگی عنوانی است که بر مبنای آن، شخصی اقدام به انجام عملی حقوقی بنام و به حساب و به منظور تامین اهداف دیگری می نماید. مانند؛ وکیل در دعوی که نماینده موکل است.

در نمایندگی، نماینده نه از موضوع مورد نمایندگی زیان می بیند و نه نفعی میبرد. این در حالی بود که در قائم مقامی آثار کلیه اقداماتیکه شخص قائم مقام انجام میداد، اعم از سود و زیان متوجه خود او میگردد. سمت کسیکه به نمایندگی اقامه دعوی نموده است، باید به موجب مدرکی که نماینده تقدیم محکمه مینماید، محرز گردد. محکمه لازم است مدرک مثبت سمت نماینده را بررسی و در صورتی که نمایندگی تقدیم کننده عریضه با یکی از اقسام نمایندگی مقرر در قانون منطبق باشد، به آن ترتیب اثر دهد و الا عریضه وی را به علت عدم اثبات سمت، به موجب قرار، محکوم به رد نماید. ماده ۵۰۲ قانون اصول محاکمات مدنی مشعر داشته است: صغیر، مجنون، معتوه، محجور و غایب نمیتوانند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند. ناگفته نباید گذاشت که در این قانون هدف از خصم شرعی همان طرف دعوی قرار گرفتن است؛ خواه به عنوان مدعی باشد و یا مدعی علیه. در یک تقسیم بندی کلی، نمایندگی که در دعاوی، مورد بحث است، عبارتند از: نمایندگی قانونی، نمایندگی قضایی و نمایندگی قراردادی.

۱- نمایندگی قانونی:

در پاره ای از موارد؛ قانونگذار اشخاصی را نماینده قانونی اشخاص دیگری قرار داده است. این نمایندگی قهری و به حکم قانون است و اراده اشخاص در ایجاد آن موثر نیست. مانند نمایندگی ولی قهری از مولی علیه خود یا نمایندگی بالاترین مقام اجرایی دستگاه های دولتی نسبت به دستگاه یا سازمان متبوع خود یا نمایندگی مدیر شرکت از شرکت. در تمامی اقسام نمایندگی قانونی مبنای نمایندگی حکم قانونگذار است. قواعد این نوع نمایندگی از قواعد آمره است. لذا؛ ولایت قهری پدر بر فرزند، به حکم قانون از زمان ولادت و تا زمان بقاء حیات هر دو باقی است، فقط در صورت فوت یکی از آنان این ولایت زائل میگردد. در صورتیکه نماینده قانونی به نیابت اقامه دعوی بنماید، مکلف است که مدرک مثبت سمت خود را به محکمه تقدیم نماید. بند ۱ ماده ۲۶۸ قانون مدنی افغانستان در این مورد مصرح میدارد: ولایت اموال اولاد ناقص اهلیت، به درجه اول به پدر و ثانیاً به جد صحیح، تعلق میگیرد. مشروط بر اینکه از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد.

۲- نمایندگی قضایی:

در بعضی از موارد به محکمه اجازه داده شده است به موجب تصمیم قضایی شخصی را نماینده دیگری قرار دهد. مانند: تعیین قیم برای صغیر یا مجنون با حکم محکمه و یا تعیین امین برای غایب مفقود الاثر جهت اداره امور در دوران غیبت و یا نمایندگی مدیر تصفیه از تاجر ورشکسته. قانونگذار در بند ۲ ماده ۳۱۹ قانون مدنی افغانستان می نگارد: محکمه برای اداره اموال شخص محجور علیه، مطابق به احکام مندرج این قانون قیم تعیین مینماید.

بنابراین، تفاوت نمایندگی قانونی با نمایندگی قضایی در این است که؛ اولی به حکم قانون، ولی دومی به حکم محکمه ایجاد شده است. بناء، در مورد اخیر چنانچه لازم باشد، نماینده قضایی به نیابت اقامه دعوی نماید، لازم است مدرک احراز سمت، ارائه نماید.

۳- نمایندگی قراردادی:

ملاک و مبنای این نوع نمایندگی قرارداد است. این قرارداد میان شخص اعطاکننده نمایندگی و نماینده منعقد میگردد. پس، به اجمال میتوان گفت؛ مبنای نمایندگی قانونی قانون، مبنای نمایندگی قضایی حکم محکمه و مبنای نمایندگی قراردادی قرارداد است. وکالت را میتوان از انواع نمایندگی قراردادی نام برد که؛ در ذیل به طور مختصر به آن میپردازیم: قانون گذار قانون مدنی در ماده ۱۵۵۳ عقد وکالت را تعریف کرده است: وکالت، عقدیست که به موجب آن موکل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود میسازد. حقوقدانان هم، عقد وکالت را تعریف نموده اند: وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود مینماید. این حق در قانون اساسی در ماده ۳۱ مورد تایید قرار گرفته که افراد بتوانند از طریق وکیل، امور خود را پیگیری کنند. در این ماده تصریح گردیده است: هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع بگیرد. بر اساس ماده ۳۱ قانون اساسی کشور در تمام مراحل محکمه، طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب کنند و اگر توانایی انتخاب وکیل نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد. البته به یاد بسپاریم، وکلی که شخص، معین و انتخاب میکند، وکیل قراردادی گویند.

تفکر داشتن وکیل و استفاده از خدمات وی باعث شده است که قانون اصول محاکمات مدنی حق متداعیین را در انتخاب و معرفی بیشتر از یک وکیل پیش بینی کند. طبق قانون انجمن وکلای مدافع افغانستان هر وکیل مدافع در طول سال مکلف است ۳ قضیه (پرونده) را بدون دریافت هزینه در دعوی حقوقی قبول و وکالت کند. بدین معنا که بصورت رایگان پرونده اشخاص بی بضاعت را دفاع نماید. معسر با اثبات اعسار خود میتواند از وکیل معاضدتی بهره مند و موقتاً از پرداخت حق الوکاله معاف باشد.

قانون اصول محاکمات مدنی تصریح نموده است که وکالت در محکمه شامل تمام اختیارات راجع به امر قضایی است، جز آنچه که موکل آنرا استثناء قرار داده است یا توکیل در آن خلاف شرع باشد. بر اساس ماده ۱۲ قانون انجمن وکلای مدافع افغانستان حقوق و وجایب موکل و وکیل به اساس مقوله تحریری بین شان، تثبیت و تعیین میگردد. به دلایل گوناگون استفاده از وکیل در محاکم کشور چندان رواج ندارد. هر چند حضور وکیل در برخی جرائم چون قتل طبق قانون کشورما اجباری است. در نوشته زیر به مبحث وکیل در دعوی مدنی پرداخته شده است. اگر محکمه ای حق گرفتن وکیل را از مدعی و یا مدعی علیه سلب کند، حکم صادره از آن محاکم فاقد

ارزش و اعتبار قانونی است. در دعاوی مدنی، یک شخص حداکثر از دو وکیل میتواند استفاده کند، ولی در دعاوی جزایی (کیفری) سقفی برای تعداد وکلای انتخابی تعیین نشده است.

وکالت بر دو نوع است :

(۱) وکالت در دعاوی.

(۲) وکالت به صورت عام.

وکالت در دعاوی که موضوع بحث ما است تابع شرایط قواعد وکالت در دعاوی است. در این نوع وکالت وکیل باید دارای شرایط خاصی از جمله؛ تحصیلات حقوقی، شرکت در امتحان وکالت و گذراندن دوره ستاژ و ... باشد تا بتواند در محاکم شرکت و از حق موکل خود دفاع نماید.

اما وکالت به صورت عام تابع شرایط فوق نمی باشد و هر شخص میتواند انجام بعضی از اعمال خود را که ارتباطی به محکمه ندارد به دیگری واگذار کند. مثلاً؛ به شخص دیگر وکالت دهد که ملک وی را معامله یا در اداره ثبت تفکیک نماید. برای آشنایی با نقش وکیل در دعاوی و حدود اختیارات و وظایف او، وکالت در دعاوی را به دو دسته تقسیم میکنند که ما تنها وکالت در دعاوی مدنی را مورد بحث قرار میدهم.

در دعاوی مدنی هر یک از طرفین دعوی اجازه دارند بیشتر از یک نفر وکیل به محکمه معرفی کنند. وکلای طرفین باید دارای شرایطی باشند که به موجب قانون راجع به وکالت در محاکم برای آنان مقرر شده است.

از این رو، اگر آقای (الف) برای مطالبه اجاره بهای پرداخت نشده از سوی مستأجرش به آقای (ب) وکالت دهد، چنانچه آقای (ب) دارای جواز وکالت باشد، اجازه اقامه دعوی، حضور در محکمه و دفاع از او را دارد و اگر وی وکیل مدافع نباشد، تنها میتواند با این وکالت نامه با یک وکیل مدافع قرارداد وکالت تنظیم کند تا وکیل مدافع اخیر (که دارای جواز وکالت است) نسبت به مطالبه حقوق آقای (الف) اقدام نماید، البته این در صورتی است که در وکالت نامه، وکالت در توکیل به صراحت قید شده باشد.

وکالت ممکن است با سند رسمی یا سند غیر رسمی باشد. اگر با سند عادی و غیر رسمی وکالت تنظیم شود، در مورد وکالت نامه های تنظیمی در کشور، وکیل میتواند زیر وکالت نامه تأیید کند که وکالت نامه را موکل شخصاً در حضور او امضاء یا مهر کرده یا انگشت زده است و اگر وکالت خارج از کشور داده شده باشد، باید به گواهی یکی از مأمورین سیاسی یا کنسولی جمهوری اسلامی افغانستان برسد.

اگر وکالت در جلسه محاکمه داده شود، مراتب در صورت جلسه قید و به امضای موکل میرسد چنانچه موکل در زندان باشد، رئیس زندان یا معاون او باید امضاء یا اثر انگشت او را تأیید کند. وکالت در محاکم که به قضایای مدنی رسیدگی می کنند؛ شامل تمام اختیارات راجع به محاکمه است جز آنچه را موکل استثناء کرده باشد.

با این وجود برای دخالت وکیل در بعضی امور، نیاز به تصریح در وکالت نامه دارد مانند؛

- وکالت راجع به اعتراض به رأی، تجدید نظر، فرجام خواهی و اعاده محاکمه
- وکالت در سازش و محاکمه
- وکالت در تعیین کارشناس
- وکالت برای درخواست صدور برگ اجرایی و تعقیب عملیات مربوط به اجرای حکم و گرفتن وجوه پرداخت شده به نام موکل و ...

اگر موکل وکیل خود را عزل کند، باید این موضوع را به اطلاع محکمه و وکیل معزول برساند. البته عزل وکیل مانع جریان محاکمه نمیشود.

اگر موکل به طور شفاهی در محکمه اظهار کند که وکیل خود را عزل کرده، این موضوع توسط محکمه درج صورت جلسه شده و به امضای او میرسد. تا زمانیکه عزل وکیل به اطلاع او نرسیده اقدامات او در حدود وکالت صحیح میباشد.

اگر وکیل استعفاي خود را به محکمه اطلاع دهد، محکمه به موکل اخطار میکند که خود او یا توسط وکیل جدید باید محاکمه را پیگیری نماید و محاکمه تا زمان مراجعه موکل یا معرفی وکیل جدید از جانب او حداکثر به مدت یک ماه متوقف میشود.

وکلا نباید بعد از استعفاء یا با معزول شدن از طرف موکل، وکالت طرف مقابل را بپذیرند. وکلا باید هنگام محاکمه در محکمه حاضر باشند مگر آنکه دارای عذر موجه باشند.

اگر وکیل همزمان در دو یا چند محکمه دعوت شود و جمع بین آنان ممکن نباشد، باید در محکمه ای که حضور او برابر قانون اصول محاکمات مدنی یا سایر قوانین الزامی است، شرکت کند و به محکمه دیگر اطلاعیه بفرستد یا اگر از سوی موکل اجازه داشته باشد، یک وکیل مدافع دیگر را به محکمه معرفی کند.

اگر در یک دعوی مدنی یک طرف دعوی دو نفر وکیل معرفی کرده باشد و به هیچ کدام اجازه اقدام انفرادی ندهد، هر دو وکیل باید اطلاعیه خود را به محکمه ارسال نمایند یا اینکه یکی از دو وکیل به همراه اطلاعیه وکیل دیگر در محکمه حضور یابد. در صورت عدم وصول اطلاعیه از طرف وکیل غایب، محکمه بدون توجه به اظهارات حاضر به رسیدگی ادامه می دهد.

در این حالت اگر هر دو وکیل یا یکی از آنان عذر موجهی برای عدم حضور اعلام کرده باشد، در صورت ضرورت، جلسه قضایی تجدید جلسه و وقت رسیدگی به موکل اطلاع داده میشود. در این صورت جلسه بعدی محکمه، به علت عدم حضور وکیل تجدید نخواهد شد (محمدی نیا، وکالت در دعاوی مدنی و کیفری).

گفتار سوم: داشتن اهلیت:

علاوه بر شرایطی که قبلاً بیان شد، لازم است که مدعی اهلیت قانونی برای اقامه دعوی را داشته باشد. بر اساس ماده ۳۹ قانون مدنی سن رشد و کامل شدن اهلیت حقوقی انسان با اتمام سن

۱۸ سالگی شروع میشود. در این ماده اشاره شده است: سن رشد هجده سال مکمل شمسی میباشد، شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات، دارای اهلیت کامل حقوقی شناخته میشود. و همینطور در ماده ۷ قانون اصول محاکمات مدنی اشاره به داشتن اهلیت برای طرفین دعوی دارد. هرچند ملاک اهلیت قانونی در قانون نیامده، اما در مواد ۳۶ الی ۴۵ قانون مدنی ضابطه داشتن اهلیت، همان اکمال سن هجده است.

چون بند ۲ ماده ۳۶ این قانون در مورد اهلیت تمتع بیان کرده است: با زنده تولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام میشود. اهلیت به دو نوع است؛ یکی آن اهلیت تمتع که همه انسانها از زمان تولد زنده تا هنگام مرگ همراه خود دارد. اما اهلیت استیفا، طوری است که هر شخص امکان دارد نتواند از آن بر خوردار شود. مدعی برای اینکه بتواند دعوی خود را اقامه کند، نیاز است تا اهلیت قانونی برای اجرای حق که همان اهلیت استیفا نامیده میشود را دارا باشد. زیرا؛ اقامه دعوی یکی از مصادیق اجرای حق به شمار میرود.

مبحث چهارم: انواع دعوی:

دعوی صرف نظر از موضوع آن قابل تصور نیست. هر دعوی متعلق دارد؛ متعلق دعوی ممکن است حق مالی و یا غیر مالی باشد. حقوقدانان بناً به اعتبارات گوناگون با توجه به حق متعلق دعوی را به انواعی تقسیم مینمایند. مبنای این تقسیمات گاهی ماهیت حق مورد اجراء و گاهی موضوع حق مورد اجراء گاه مالی و یا غیر مالی بودن حق مورد اجراء و گاهی قلمرو حق مورد اجراء است. حال، به انواع دعوی میپردازیم.

گفتار اول: دعوی عینی، شخصی و مختلط:

حقوقدانان دعوی را با توجه به ماهیت حق مورد اجراء، به دعوی عینی، شخصی و مختلط تقسیم کرده اند.

الف: دعوی عینی

اگر دعوی و اختلاف میان اطراف دعوی بر سر حقی عینی باشد آن دعوی را دعوی عینی مینامند. حق عینی از اقسام حقوق مالی است و در تعریف آن میتوان گفت که حق است که به اعیان اموال تعلق میگیرد و صاحب حق میتواند به طور مستقیم و بی واسطه از آن استفاده کند. از اقسام حق عینی میتوان به حق مالکیت اعم از ملکیت عین و منفعت، حق انتفاع و حق ارتفاق اشاره کرد، هرگاه عنوان دعوی یکی از مصادیق حقوق عینی مذکور باشد و به آن دعوی عینی میگویند. بنابراین، دعاوی خلع ید، تخلیه ید از اعیان مرهونه و مستأجره و دعاوی راجع به حق العبور، حق المجرا و غیره از دعاوی عینی است.

ب: دعوی شخصی

حق شخصی و یا دینی هم از مصادیق و از فروعات حقوق مالی است. در تعریف این حق، حقوقدانان بیان کرده اند که به موجب آن شخصی به عنوان متعهد له میتواند انجام دادن و یا انجام

ندادن و یا پرداخت وجهی را از دیگری که متعهد است، بخواهد. پس، در حق شخصی سه رکن وجود دارد: متعهد له، متعهد و دین.

دعوی شخصی به دعوی اطلاق میگردد که موضوع آن مصداقی از مصادیق حقوق شخصی باشد. بنابراین، اگر دعوی مدعی مطالبه وجه یا انجام دادن و یا خودداری از انجام عملی باشد، به این دعوی دعوی شخصی می گویند (افسران و علوی، بی تا، ج ۱، صص ۵۰ و ۵۳).

ج: دعوی مختلط:

دعوی مختلط به دعوی گفته میشود که مدعی آن دعوی، در شرایطی است که میتواند برای موضوع واحد یا حق عینی را مطالبه نماید یا حق شخصی. زیرا، منشاء دعوی اگر چه سبب ایجاد آن عمل حقوقی واحدی است، اما صاحب آن حق، در موقعیت انتخاب مطالبه حق عینی و یا مطالبه حق شخصی است.

با این حال میتوان بیان کرد که منظور از دعوی مختلط این است که با انتخاب یکی از دو دعوی عینی و یا شخصی، مدعی میتواند به یک نتیجه واحد نائل شود. این دعوی بیشتر در حقوق فرانسه پذیرفته است.

گفتار دوم: دعوی منقول و غیر منقول:

دعوی بر اساس انتقال پذیری و یا انتقال ناپذیری حق مورد اجراء از مکانی به مکان دیگر، به منقول و غیر منقول تقسیم میشود. تفکیک دعوی منقول از غیر منقول، خاص حقوق مالی است. بنابراین، حقوق غیر مالی مانند حق زوجیت و حق ولایت را به منقول و غیر منقول تقسیم نمیکند.

الف: دعوی منقول:

اگر موضوع دعوی یا موضوع حق مورد اجراء مال منقول باشد، دعوی راجع به آن هم منقول محسوب میشود. دعوی منقول ممکن است عینی و یا دینی باشد.

البته، مطالبه اجرت المثل و خسارات وارد به اموال، تابع موضوع آن خواهد بود. اگر مدعی اجرت المثل و یا خسارت وارد بر مال غیر منقول را مطالبه کند، دعوی او غیر منقول است. ولی اگر اجرت المثل و یا خسارات وارد بر مال منقول را مطالبه کند، دعوی او منقول است.

ب: دعوی غیر منقول:

اگر موضوع دعوی مال غیر منقول و یا حقوق ناشی از مال غیر مال غیر منقول باشد، دعوی راجع به آنهم غیر منقول خواهد بود. به یاد داشته باشیم که تفکیک دعاوی منقول از غیر منقول، در تعیین صلاحیت محکمه که از نظر محلی ذیصلاح است، موثر میباشد.

گفتار سوم: دعاوی مالی، غیر مالی، مالکیت و تصرف:

در آغاز این گفتار در مورد دعاوی مالی و غیر مالی که ملاک تشخیص اش، موضوع آن میباشد، بحث نموده و در نهایت به بررسی دعاوی مالکیت و تصرف میپردازیم.

الف: دعوی مالی و غیر مالی:

این را میدانیم که ملاک تشخیص مالی و غیر مالی بودن دعوی، موضوع آن است. اما سوال این است که ملاک شناخت دعوی مالی از غیر مالی چیست؟

در جواب؛ حقوقدانان گفته اند که شناخت دعوی مالی از غیر مالی متوقف بر شناخت حقوق مالی است. حق مالی هم حقی است که موضوع آن مال باشد. لذا؛ اگر موضوع دعوی حق مالی باشد، دعوی راجع به آن هم مالی محسوب میشود. ولی اگر موضوع دعوی حق غیر مالی باشد، دعوی راجع به آن هم غیر مالی خواهد بود. به عنوان مثال: دعوی مالکیت، دعوی مطالبه طلب، دعوی تسلیم مبیع و غیره مالی هستند. اما دعوی الزامی به تمکین، دعوی حضانت، دعوی اثبات زوجیت، دعوی نفی ولد و غیره همه دعوی غیر مالی گفته میشوند (افسران و علوی، بی تا، ج ۱، صص ۶۷-۵۴).

ب: دعوی مالکیت و تصرف:

در یک تقسیم بندی دیگر، حقوقدانان دعوی را به مالکیت و تصرف تقسیم میکنند. گفته میشود که این تقسیم بندی خاص اموال منقول است. با این شرح که زمانیکه مال منقول از مال غیر منقول تمیز داده شد، در مورد اموال منقول ممکن است مدعی بر حسب نوع ادعاییکه دارد یا دعوی مالکیت اقامه نماید یا دعوی تصرف. هرچند در بسیاری از حقوق مالی دیگر، مدعی ممکن برای اثبات حق مالکیت خود اقامه دعوی نماید، اما چون دعوی تصرف در مورد آن اموال قابل طرح نیست، بناء، تفکیک این دو دعوی زمانی مفهوم دارد که نقطه تقابلی وجود داشته باشد و این تقابل صرفاً در مورد اموال غیر منقول ایجاد میشود. با این وجود، در دعاوی راجع به اموال غیر منقول گاهی مدعی ممکن است در صدد اثبات حق ملکیت خود بر آید و گاهی ممکن، بدون توجه به حق مالکیت خود، تصرف متصرف را غیر قانونی بداند و بخواهد خلع ید او را از محکمه تقاضا کند (حیاتی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۳). اینک، به تفصیل در مورد این دعوی بحث میکنیم.

۱- دعوی مالکیت:

مالکیت هر مال منقول و یا غیر منقول ممکن است، مورد نزاع باشد و مدعی میتواند برای اثبات حق مالکیت خود اقامه دعوی نماید. این مفهومی عام از دعوی مالکیت است. اما در اینجا وقتی صحبت از دعوی مالکیت است؛ منظور نوعی خاص از دعاوی است که در مورد اموال غیر منقول اقامه میگردد و هدف مدعی از طرح این دعوی اثبات حق مالکیت خویش است. با اینکه این دعوی زمانبر و هزینه آور است نسبت به دعوی تصرف، اما برای همیشه خیال مدعی را از جانب مدعی علیه آسوده میکند و پس از اثبات حق مالکیت و یا همزمان با آن میتواند، خلع ید او را هم بخواهد و ملک را بدون وجود هر نزاع دیگری در اختیار بگیرد. مضافاً اینکه دعوی ملکیت، اصولاً، در مواردی اقامه میگردد که حق مالکیت مورد نزاع باشد، اما در حق انتفاع و حق ارتفاق هم اگر نزاع بر سر اصل این حقوق باشد، مدعی میتواند برای اثبات ذیحق بودن خود دعوی مالکیت بر آن حقوق را اقامه نماید. هر چند که در اصطلاح تخصصی به این نوع حقوق حق مالکیت اطلاق

نمیشود، لیک به تعبیر عده ای از حقوقدانان این هم از شاخه های حق مالکیت هستند. بنابراین به اجمال میتوان گفت؛ اگر اصل حق مالکیت مال غیر منقولی و یا اصل حق انتفاع و یا ارتفاق مال غیر منقولی مورد نزاع باشد، مدعی میتواند برای اثبات ذیحقی خود نسبت به اصل آن دعوی مالکیت اقامه نماید. به این دعوی، دعوی مالکیت گفته میشود.

۲- دعوی تصرف:

در مقابل دعوی مالکیت مربوط به اموال غیر منقول دعوی تصرف قرار میگیرد. منظور از دعوی تصرف این است که مدعی ادعا میکند، در مال غیر منقولی تصرف داشته است، اما دیگری بدون داشتن حقی مشروع، مال را از تصرف وی خارج کرده و بر آن مسلط شده است. با این وصف، از محکمه تقاضای اعاده وضع سابق را دارد. این نوع دعوی طریق سهل را برای رسیدن به حقوق خویش فرا روی مدعی قرار میدهد که حتی بدون نیاز به احراز مالکیت، میتواند متصرف را از ملک بیرون کند. در این دعوی، جز اثبات تصرف با منازع قبلی مدعی و تصرف با عنف فعلی مدعی علیه، اثبات امر دیگری لازم نیست (شمس، ۱۳۹۲، ص ۳۲۰). نتیجه گیری:

در تعریف دعوی از لحاظ حقوقی باید گفت: نزاع و یا اختلاف میان یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر، به خاطر ادعای وجود و یا استحقاق حقی برای خود و انکار آن از طرف مقابل. شخص و یا اشخاصی که قول آنان خلاف ظاهر و اصل است و ادعای استحقاق را دارند مدعی، و شخص و یا اشخاصیکه که قول آنان موافق اصل و ظاهر است و در مقام انکار ادعای مدعی قرار دارند مدعی علیه نامیده میشود. به یاد داشته باشیم که تعریف فوق از دعوی صرف نظر از این است که دعوی در محاکم اقامه شده باشد و یا نشده باشد. لذا، به هر دو، دعوی گفته میشود.

قانون اصول محاکمات مدنی، در مورد دعوی و شرایط اقامهی آن به بیان چند ماده اقدام نموده که در ماده ۵ این قانون دعوی اینگونه تعریف شده است: دعوی خواستن حق از دیگری در پیشگاه محکمه.

در مورد انتقال و زوال دعوی هم بحث کردیم و نتیجه گرفتیم که انتقال دعوی یا ارادی است و یا قهری. انتقال ارادی دعوی مثل اینکه در دعوی حق المجری مالک ملک، ملک خود را به دیگری بفروشد. انتقال قهری مثل ارث که دعوی از طرفی وراثت قابل رسیدگی است. زوال دعوی ممکن با گذشت مدعی و یا صدور حکم محکمه و یا هم بصورت قهری صورت بگیرد.

مدعی برای اینکه دعوی او در ماهیت، مورد رسیدگی قرار گیرد و در نهایت محکمه راجع به آن تصمیم بگیرد، لازم است واجد شرایطی باشد که از جمله این شرایط داشتن نفع، داشتن سمت و داشتن اهلیت است که، هریک را مورد بحث قرار دادیم. وجود شرایط برای دعوی از این جهت لازم است که دعوی را قابل سمع میسازد؛ این شرایط میتواند اقامه دعوی در عدم مرور زمان و

همچنین دعوی اقامه شده مختومه شمرده نشود؛ این دو شرط مربوط به ماهیت دعوی در حال اقامه است نه مدعی. اما در مورد شرایط اقامه کننده دعوی می توان گفت که مدعی باید اهلیت داشته باشد و همینطور ذینفع باشد.

دعوی صرف نظر از موضوع آن قابل تصور نیست. هر دعوی متعلق دارد. متعلق دعوی ممکن است حق مالی و یا غیر مالی باشد. حقوقدانان بنا به اعتبارات گوناگون با توجه به حق متعلق دعوی را به انواعی تقسیم می نمایند. مبنای این تقسیمات گاهی ماهیت حق مورد اجراء و گاهی موضوع حق مورد اجراء مالی و یا غیر مالی بودن حق مورد اجراء و گاهی قلمرو حق مورد اجراء است. حقوقدانان دعوی را از جهات گوناگون تقسیم بندی نموده اند که عبارتند از: دعوی عینی: اگر دعوی و اختلاف میان اطراف دعوی بر سر حقی عینی باشد آن دعوی را دعوی عینی می نامند. دعوی شخصی: دعوی شخصی به دعوی اطلاق میگردد که موضوع آن مصداقی از مصداق حقوق شخصی باشد.

دعوی مختلط: دعوی مختلط به دعوی گفته میشود که مدعی آن دعوی، در شرایطی است که میتواند برای موضوع واحد یا حق عینی را مطالبه نماید یا حق شخصی. دعوی تصرف عدوانی: در مقابل دعوی مالکیت مربوط به اموال غیر منقول دعوی تصرف قرار میگیرد، دعوی مالکیت: اگر اصل حق مالکیت مال غیر منقول و یا اصل حق انتفاع و یا ارتفاق مال غیر منقولی مورد نزاع باشد، مدعی میتواند برای اثبات ذیحقی خود نسبت به اصل آن دعوی مالکیت اقامه نماید. به این دعوی مالکیت گفته میشود.

دعوی مالی و غیر مالی: حقوقدانان گفته اند که شناخت دعوی مالی از غیر مالی متوقف بر شناخت حقوق مالی است. حق مالی هم حقی است که موضوع آن مال باشد. دعوی منقول و غیر منقول: دعوی براساس انتقال پذیری و یا انتقال ناپذیری حق مورد اجراء از مکانی به مکان دیگر، به منقول و غیر منقول تقسیم میشود. تفکیک دعوی منقول از غیر منقول، خاص حقوق مالی است. بنابراین، حقوق غیر مالی مانند؛ حق زوجیت و حق ولایت را به منقول و غیر منقول تقسیم نمیکند. منابع و مأخذ:

کتاب:

- ۱- انوری، حسن، فرهنگ فشرده سخن، (۱۳۸۵) چاپ دوم، تهران، انتشارات سخن، ج اول؛
- ۲- افسران، قاسم و علوی، سید ابوذر، آیین دادرسی مدنی در آئینه نمودار، چاپ ششم، تهران، نگاه بینه، ج ۱.
- ۳- احمدی، هاشم، اصول محاکمات مدنی، (۱۳۹۳) چاپ سوم، کابل، انتشارات کاتب.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، (۱۳۸۱)، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات: گنج دانش؛

- ۵- حکیمی، اسماعیل، ادله اثبات دعوی با متن قانون اجرائات جزایی ۱۳۹۳، (۱۳۹۳) چاپ اول، کابل، انتشارات مقصودی.
- ۶- حمیدی، واقف احمد، ادله اثبات دعوی، (۱۳۸۷) تهران، نشر حقوقدان
- ۷- حیاتی، علی عباس، آئین دادرسی مدنی ۳، (۱۳۹۰) تهران، بنیاد حقوقی میزان؛
- ۸- آئین دادرسی مدنی ۱، (۱۳۹۰) تهران، بنیاد حقوقی میزان
- ۹- دفتری، محمد متین، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲؛
- ۱۰- دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوی در امور مدنی و کیفری، (۱۳۸۹) چاپ اول، تهران، نشر میزان؛
- ۱۱- رسولی، عبدالحسین، ادله اثبات دعوی در حقوق افغانستان، (۱۳۹۳) چاپ اول، کابل، انتشارات فرهنگ، خزان؛
- ۱۲- زراعت، عباس و حاجی زاده، حمید رضا، ادله اثبات دعوی، (۱۳۹۰) کاشان، ناشر: قانون مدار؛
- ۱۳- شیخ نیا، امیر حسین، ادله اثبات دعوی، (۱۳۷۵) چاپ سوم، بی جا، ناشر شرکت سهامی؛
- ۱۴- کریمی، عباس، آئین دادرسی مدنی، (۱۳۸۶) تهران، انتشارات مجد؛
- ۱۵- ، ادله اثبات دعوی، (۱۳۹۱) چاپ سوم، تهران، نشر میزان؛
- ۱۶- گلدوزیان، ایرج، ادله اثبات دعوی، (۱۳۹۱) چاپ پنجم، تهران، نشر میزان؛
- ۱۷- محمودی دشتی، علی اکبر، ادله اثبات دعوی، (۱۳۷۳) چاپ اول، قم، ناشر: مجمع الفکر الاسلام؛
- ۱۸- معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، (۱۳۶۰) چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیر کبیر، ج ۲؛
- ۱۹- ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، (۱۳۸۳) چاپ ششم، تهران، نشر میزان؛
- جزوه ها و قوانین:
- ۲۰- طاهری، سهیل، جزوه آئین دادرسی مدنی ویژه کار شناسی
<http://www.hoghoghhamkelasi.blogfa.com/post/۴>
- ۲۱- کریمی، عباس، دوره درسی ادله اثبات دعوی، استاد دانشگاه تهران، نشر: سایت انترنتی حق گستر
www.haqqostar.ir;
- ۲۲- قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان: شماره جریده رسمی (۷۳۲) تاریخ نشر (۱۳۶۹/۵/۳۱.ش).
- ۲۳- قانون مدنی افغانستان : شماره جریده رسمی (۳۵۳)، تاریخ نشر (۱۳۵۵/۱۰/۱۵ ه.ش)،
- ۲۴- قانون اساسی افغانستان: شماره جریده رسمی (۸۱۸)، تاریخ نشر (۱۳۸۲/۱۱/۸ ه.ش)،

إقالة عقد بيع

فهرست:

مقدمه:	۵۸
خلاصه محتوای بخش اول	۶۰
مقدمه	۹۵
۱- مفهوم إقالة	۹۶
۲- زمینه های تاریخی و ماهیت إقالة	۹۷
۳- رکن إقالة	۹۹
۴- إلفاظی که سبب إنعقاد إقالة می گردد	۹۹
۵- شروط إقالة	۱۰۰
۶- آثار إقالة	۱۰۱
خلاصه بحث و نتیجه گیری	۱۰۲

مقدمه

برداشتن و دور کردن مشکل و چالش دیگران، همسویی و درک ضرورت ها و ناگزیری های انسان ها که نسبت برخی حالات و اوضاع از ایفاء تعهدات خویش عاجز می مانند، از صفات بارز و خصایص کمال و شایسته انسان های وارسته و کامل به شمار می رود. رفع حرج و مشکلات پیش آمده در زندگی اجتماعی و اقتصادی دیگران و تشویق بر حل آن موجب می گردد که انسان در مرادوات و زندگی روزمره خویش مشکلات و چالش های موجود را به آسانی مرفوع ساخته و روحیه همدیگر پذیری، تسامح، خیراندیشی و گره گشایی از مشکلات دیگران را - نه به عنوان یک حق، بلکه من حیث وجوب و مسئولیت - بر خود و هم نوعان خود تقویت بخشیده و آنان را به گذشت، مسامحه و حل مشکل دیگران، تشویق و ترغیب نماید.

حل مشکل هم نوعان در جوامع، راه ها و گونه های مختلف و متنوعی داشته و تأکیدی است بر تقویت زیست باهمی و دوام زندگی اجتماعی مبتنی بر احساس مشترک و درک متقابل. هدف کلی از إنعقاد عقد بيع تأمین و برآورده شدن نیازها و منافع مشترک متعاقدين بوده، که بالتبع إنعقاد این

معامله آثار حقوقی را از خود برجای خواهد گذاشت؛ هنگامی که یکی از متعاقدين (بائع/ مشتری) در باید که رسیدن به هدف مورد نظر و دستیابی به منافع در عقد، دشوار و یا هم امکان پذیر نمی باشد، می تواند به رضایت جانب مقابل مطالبه رفع معامله و عقد بيع را نموده و آن را إقالة نماید.

إقالة عقد بيع، از جمله احکامی است که در روایات اسلامی به آن تشویق و تصریح به عمل آمده و در آثار فقهای متقدم و متأخر از آن با تفصیل ضمن مباحث جداگانه بحث شده است. حضرت ابوهریره (رض) روایت می کند که رسول معظم اسلام (ص) فرمودند: (مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عُرْثَهُ).^۱ کسی که بيع مسلمانی را إقالة (رفع) نماید، خداوند (ع) گناه او را رفع می کند. در روایت دیگری آمده است: (مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعًا أَقَالَ اللَّهُ عُرْثَهُ)^۲ کسی که بيع پشیمانی را إقالة (رفع) نماید، خداوند (ع) گناه او را إقالة می نماید. در این روایت به جای کلمه مسلم واژه نادم استعمال شده؛ به این توضیح که نفس إقالة عقد بيع نادم، برای إقالة کننده (بائع/ مشتری)، موجب رفع گناه است؛ هر چند شخص نادم مسلمان و یا غیر مسلمان بوده باشد.

بنابر این، إقالة عقد بيع -نظر به بعضی مشکلات و ناچاری های که یکی از متبایعین به آن مواجه می گردد-، عمل پسندیده در اسلام تلقی گردیده، علاوه بر تحکیم اخوت، محبت و یکدلی در میان اقشار مختلف جامعه، موجب أجر و پاداش و رفع گناه مقل و سبب حل مشکل جانب دیگر عقد نیز می گردد. در نهایت إقالة عقد بيع از جمله زیباترین و نیکوترین أخلاق در بین متبایعین و نشانه کرم نفس، در راستای ایجاد سهولت و قبولی عذر معقول به شمار می رود.

در این مقاله سعی می ورزیم تا به گونه گذرا برخی از موضوعات مرتبط به إقالة عقد را -با توجه به احکام فقه و قانون مدنی افغانستان- به مطالعه گرفته و زوایای پنهان و ناگشوده این بحث را مورد بررسی قرار دهیم.

۱- مفهوم إقالة

إقالة (اسم مصدر) عربی بوده از نظر لغوی به مفهوم رفع، إزاله، فسخ کردن بيع، پس خواندن و برهم زدن معامله^۳، به کار رفته است. گفته شده إقالة مشتق از قول بوده و همزه (إ) برای سلب است؛ یعنی زایل ساختن قول سابق.^۴

در اصطلاح فقهاء، إقالة عبارت از رفع و برداشتن عقد و إلغاء حکم و آثار آن به رضایت طرفین است.^۵ إقالة عقد بيع، فسخ آن به رضایت متعاقدين است.^۱ به نظر می رسد که معنای اصطلاحی إقالة

۱- سنن ابوداود ۷۳۸/۳.

۲- أخرجه الطبرانی عن أبي شريح في معجم الأحاديث المعتبرة.

۳- فرهنگ فارسی عمید

۴- البنايه شرح الهدايه ۲۲۴/۸/ باب الإقالة.

۵- الموسوعة الفقهيه ۳۲۴/۵/ الأقالة.

دور از مفهوم لغوی نیست. إقالة را به معنای تقابل نیز به کار برده اند؛ یعنی هر دو طرف موافقت بر فسخ معامله بکنند؛ به طوری که به هم خوردن عقد، اثر مستقیم تراضی آن دو باشد در این صورت است که گفته می شود عقد را إقالة کردند.^۲

۲- زمینه های تاریخی و ماهیت إقالة

إقالة مختص به دوره اسلامی نبوده بلکه در برخی از نظام های قبل از اسلام نیز وجود داشته؛ و می توان اذعان نمود که إقالة در اسلام از جمله احکام امضایی است نه تأسیسی. در روایتی آمده است که خداوند (ع) به حضرت داود (ع) وحی فرستاد که برایم خانه ای (مسجد) در بیت المقدس بناء کن و مکانی که در آن خانه (مسجد) بناء شود برایش نشان داده شد. آن زمین ملک مردی از بنی اسرائیل بود و حضرت داود (ع) از شخص مالک خواهان فروش آن ملک گردید و گفت: این مکان را برایم نرخ گذاری کن تا برای پروردگارم خانه ای (مسجد) بنا کنم. آن مرد گفت: ملک مرا خریداری کن. حضرت داود (ع) آماده شد تا آن زمین را در بدل یکصد هزار خریداری نماید. آن مرد گفت: برایت فروختم. سپس گفت ای نبی خدا از تو طلب نصیحت دارم، آیا زمین بهتر است یا ثمن (پول بدل میبده)؟ حضرت داود (ع) فرمود: تو را نصیحت میکنم که زمین بهتر است. مرد گفت: زمین را بر من إقالة کن. حضرت داود (ع) فرمود: برایت إقالة نمودم. باز آن مرد گفت: این زمین را از من خریداری کن. حضرت داود (ع) فرمود: به دوصد هزار از تو خریداری میکنم. مرد گفت: زمین را برایت فروختم. مجدداً گفت مرا نصیحت کن که آیا زمین بهتر است یا ثمن (پول بدل میبده)؟ حضرت داود (ع) فرمود: زمین بهتر از پول آن است. مرد پشیمان گشته گفت: زمین را برایم إقالة کن. و پنج مرتبه این عمل را تکرار نمود. اهمیت روایت مزبور در این است که مرد (بائع) از نبی خدا در پنج مرتبه طلب إقالة عقد بیع را نمود. و در خبر آمده است که نصیحت برای خدا و عامه مسلمین است و نبی خدا از غش و فریب معصوم بود؛ از این رو، مرد (بائع) را به حق نصیحت نمود و این نتیجه نصیحت و صداقت می باشد. و در اخیر وقتی که حضرت داود (ع) تقاضای فروش را نمود، برای آن مرد (بائع) گفت: بگو هر چیزی که در بدل این زمین میخواهی برایت میدهم. مرد گفت: آیا این کار را میکنی؟ حضرت داود (ع) گفت: بلی، این زمین را مملو از شتر و گاو و گوسفند برایت میکنم. مرد گفت: قبول دارم و حضرت داود (ع) از بنی اسرائیل خواست تا زمین را پُر از چارپایان نموده و برای آن مرد (بائع) تسلیم نمایند. در این روایت ما وجود عنصر إقالة را به وضاحت مشاهده می نماییم.^۳

^۱ - معجم لغة الفقهاء ۸۱/۱.

^۲ - فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی/سال ششم/شماره ۱۸ ص ۱۲.

^۳ - سالم، عطیة بن محمد، شرح بلوغ المرام لعطیة سالم، ۱۹۶/۳.

هر چند نمونه‌های از إقالة در معاملات، از آغاز دوره اسلامی به وضوح به نظر می‌رسد، ولی در زمان حیات پیامبر اسلام (ص) روایات زیادی در مورد احکام إقالة وارد نشده است. شاید دلیل اساسی آن این باشد که پیرامون احکام عقد بیع و فسخ عقد در سنت به صورت تفصیلی بحث شده، و احکام مزبور مشمول حکم أقاله نیز می‌گردد. در فقه اسلامی، به ویژه فقه أحناف خوشبختانه به صورت تفصیلی به تبیین موضوع إقالة پرداخته شده و إمام ابوحنیفه (ح) و یاران او از جمله طلایه‌داران و قائلین به جواز إقالة بوده اند. زیرا عقد حق متعاقدين بوده و رفع آن جهت دفع حاجت، نیز حق طرفین عقد است.^۱ طوری که دوفتر می‌توانند از آزادی اراده در امور مالی خود استفاده نموده و قرارداد منعقد سازند و در مقابل یکدیگر تعهد کنند یا یکی مالی را به دیگری انتقال دهد، همین‌گونه پس از معامله، طرفین می‌توانند از آزادی اراده در امور مالی خود استفاده نموده عقدی را که قبلاً منعقد نموده اند به تراضی إقالة و تفساخ نمایند.^۲

در مورد جواز إقالة و تشویق و ترغیب مقل به آن در وقت ضرورت و مطالبه مقل منه از مقل جهت إقالة، در بین فقهای اسلامی اختلاف نظر وجود ندارد. ولی در مورد چگونگی و کیفیت إقالة دیدگاه‌های متفاوت بیان شده است. رأی و دیدگاه گروه اول بر این است که إقالة فسخ بیع بوده و بواسطه آن عقد مطلقاً فسخ می‌گردد. (شافعیه، حنابل و محمد بن حسن)؛ به باور این گروه إقالة از نظر لغوی به مفهوم رفع است، چنان‌که در دعا گفته می‌شود: «اللهم أقل عثرتی» خداوند گناهانم را رفع کن. در اصل معنای تصرف شرعاً مبنای لفظ لغت است و رفع عقد، فسخ آن است. افزون بر آن، بیع و إقالة از نظر اسمی مختلف بوده و از نظر حکم نیز مختلف می‌باشد؛ هنگامی که رفع باشد، بیع نیست. همچنین بیع إثبات و رفع نفی بوده و در بین این دو (بیع/فسخ) منافات وجود دارد. بنابراین، به طور قطع إقالة فسخ محض است.

گروه دومی بر این باور اند که إقالة در حق متعاقدين (بائع و مشتری) و غیر متعاقدين بیع می‌باشد؛ ولی چنان‌چه بیع قراردادن إقالة متعذر بود، فسخ است. (إمام ابی یوسف و إمام مالک)؛ در توضیح آن باید افزود: بیع در معنا مبادله مال به مال (اخذ بدل و إعطای بدل) بوده و در إقالة این عمل تحقق می‌پذیرد. پس إقالة به این مفهوم بیع قلمداد می‌شود. اگر چنانچه قبض صورت نگرفت بیع محسوب نگردیده بلکه فسخ است. مثلاً: واقع شدن إقالة طعام (مواد خوراکی) قبل از قبض. (والعبرة فی العقود للمعانی لا للالفاظ و المبانی). دیدگاه سومی بر این نظر است که إقالة، فسخ در حق متعاقدين و بیع در حق غیر شان است. (إمام ابوحنیفه (ح)) طوری که إقالة از فسخ و إزاله خبر می‌دهد؛ پس محتمل معنای دیگر به خاطر نفی اشتراک بوده نمی‌تواند. و اصل عمل به حقیقت

^۱ - البنایه شرح الهدایه ۲۲۴/۸.

^۲ - دوره حقوق وجایب ص ۱۹۴.

لفظ است. و همچنین بیع در حق غیر عاقدین بوده می‌تواند، چراکه نقل ملک توسط ایجاب و قبول به عوض مال است. بنابر این، بیع در حق غیر عاقدین محسوب می‌گردد.

به نظر می‌رسد از بین دیدگاه‌های مختلف فقهای اسلامی، قانون مدنی افغانستان دیدگاه امام ابوحنیفه (ج) را راجح دانسته و مبتنی بر آن احکام إقالة را در جزء دوم فرع پنجم - آثار در مورد انحلال عقد - بعد از احکام فسخ، از ماده ۷۴۷-۷۵۰ پیشبینی نموده است. ماده (۷۵۰) قانون مدنی در مورد حکم إقالة چنین مشعر است: «إقالة در مورد متعاقدين حکم فسخ را داشته و در برابر شخص ثالث عقد جدید شناخته می‌شود.» با توجه به دیدگاه امام ابوحنیفه (ج) و حکم صریح قانون مدنی افغانستان، بر إقالة نتایج ذیل مرتب می‌گردد:

۱. از آنجائی که إقالة نسبت به اشخاص ثالث عقد جدید پنداشته می‌شود، در صورتی که مبیعه عقار باشد حق شفیع ثابت می‌گردد. مثلاً: هرگاه شخص خانه خود را بفروشد و همسایه وی شفیع را مطالبه نه نماید و بعداً بائع و مشتری به إقالة موافقه نمایند، همسایه مذکور می‌تواند مطالبه شفیع را بنماید.

۲. إقالة به اثر رجعی نسبت به غیر تأثیر ندارد. به این ملحوظ حقوقی را که مشتری بر عین، قبل از إقالة مترتب نموده به حال خود باقی می‌ماند و از بین نمی‌رود، مثلاً هرگاه مبیعه زمین باشد و مشتری بر آن حق عینی را مترتب نموده باشد مانند حق مرور یا حق شرب و بعداً إقالة صورت گیرد، بائع زمین مذکور را همراه با حقوق عینی که مشتری بر آن مترتب نموده صاحب می‌شود. به همین ترتیب هرگاه مشتری خانه را به اجاره داده باشد و إقالة صورت گیرد، بائع خانه را همراه با اجاره آن صاحب می‌شود.^۱

۳- رکن إقالة

رکن إقالة عبارت از ایجاب و قبولی‌ست که دلالت بر إقالة نماید. هرگاه ایجاب از یکی طرفین و قبول از دیگری به لفظی که دلالت بر إقالة نماید صادر شود، موجب اتمام إقالة می‌گردد. همچنین إقالة موقوف به مجلس بوده و باید لفظاً به قول و یا دلالت بر فعل نماید و قبول جانب مقابل بعد از ایجاب و یا تقدم سوال، یا قبض دیگری در مجلس إقالة یا در مجلسی که علم حاصل نماید، رکن اساسی آن تلقی می‌گردد. چراکه مجلس علم در حق غائب مانند مجلس لفظ در حاضر بوده؛ پس إقالة حاضر در غیر مجلس إقالة صحیح نمی‌گردد.^۲

۴- الفاظی که سبب انعقاد إقالة می‌گردد

فقهای اسلامی در مورد ألفاظ استعمال شده جهت انعقاد إقالة اختلاف نظر نداشته، و آن را به لفظ إقالة و یا هر آنچه دلالت به آن نماید؛ در صورتی که هر دو صیغه استعمال شده از جانب متعاقدين

^۱ - دوره حقوق وجایب، همان، ص ۱۹۶.

^۲ - البدائع ۳۳۹۴/۷، مجمع الأنهر ۵۴/۲، البحر الرائق ۱۱۰/۶.

به ماضی (زمان گذشته) بوده باشد، صحیح و منعقد می‌دانند. اما اختلاف نظر وقتی پدید می‌آید که یکی از طرفین لفظ ماضی (زمان گذشته) و دیگری لفظ مستقبل (زمان آینده) را در إقالة استعمال نماید، در این حالت امام ابوحنیفه (ح) و ابویوسف (ح) بر این نظر اند که إقالة به دو صیغه -یکی زمان گذشته و دیگری زمان آینده-، صحت پیدا کرده و منعقد می‌شود. به طور مثال: درخواست‌کننده می‌گوید: إقالة کن برایم و طرف مقابل می‌گوید: إقالة نمودم. به نظر آنان هرگاه نکاح به دو لفظ -یکی زمان گذشته و دیگری زمان آینده-، منعقد گردد، إقالة باید به طریق اولی به دو صیغه ماضی و مستقبل منعقد گردد. (چون إقالة از نظر امام ابویوسف بیع است).

امام محمد باور دارد که إقالة به لفظی که از آن به ماضی (زمان گذشته) تعبیر می‌گردد، واقع می‌گردد؛ زیرا إقالة چون بیع است و در برگیرنده سبب و شبه حکم می‌باشد. به طور مثال: مُقل بگوید: (إقالة نمودم) و طرف مقابل بگوید: (قبول کردم/راضی گشتم).^۱

۵= شروط إقالة

برای إنعقاد و صحت إقالة موجودیت و در نظر گرفتن شروط ذیل حتمی می‌باشد:

۱. رضایت و اهلیت متقابلین (طرفین إقالة): إقالة، رفع عقد لازم است. بنابر این، شرط است تا طرفین دارای اهلیت بوده و رضایت داشته باشند. چنانچه قانون مدنی افغانستان رضایت طرفین را شرط صحت إنعقاد إقالة بر شمرده و در ماده (۷۴۷) خود چنین تصریح می‌دارد: «طرفین عقد می‌توانند عقد را بعد از إنعقاد آن به رضایت خود إقالة نمایند، إقالة موجب إنحلال عقد می‌گردد» فقهاء اسلامی به اتفاق آراء رضایت طرفین را در إقالة شرط می‌دانند -زیرا رضایت و داشتن اهلیت از جمله شرایط عمومی صحت عقود نیز به شمار می‌رود-. افزون بر آن، در تحقق إقالة ابتدا شخص از طرف مقابلش إقالة می‌کند و بعد او قبول کرده و إقالة می‌نماید، و تا وقتی که شخص اول راضی به إقالة نباشد طلب إقالة نمی‌کند و تا شخص دوم راضی به إقالة نشود به طلب شخص اول جواب مثبت نمی‌دهد. از همین روست که بعضی‌ها فرموده اند: إقالة تفاسخ است زیرا فسخ به یک طرف وابسته است ولی تفاسخ به دو طرف و به احتمال زیاد منظور آنهایی که فرموده‌اند إقالة فسخ است همان تفاسخ می‌باشد.^۲

۲. إتحاد مجلس: از آنجائی که إقالة در معنای بیع بوده، شرط إقالة، مجلس است چنان که در بیع نیز إتحاد مجلس شرط می‌باشد. لذا نباید بین إيجاب مقیل و قبول طرف تقابل فاصله بیفتد.

^۱ - بدائع الصنائع ۳۳۹۴/۷، البحر الرائق ۱۱۰/۶، مجمع الأنهر ۵۴/۲ و شرح العناية علی الهدایة بهامش فتح القدیر ۴۸۷/۶.

^۲ - فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پیشین، ص ۲۰.

۳. تصرف باید قابل فسخ بوده باشد: مانند: بیع و اجاره. چنانچه عقد قابل فسخ نباشد مانند: نکاح و طلاق، إقالة صحت ندارد.^۱

۴. بقاء محل در وقت إقالة: اگر در حین إقالة شیء مورد إقالة هلاک گردیده بود، إقالة صحت ندارد. اما قیام (آوردن) ثمن (بدل إقالة) حین إقالة، شرط نیست.^۲ و همچنین هلاک ثمن (بدل مبیعه) مانع صحت إقالة نشده بلکه هلاک مبیعه سبب مانع برای صحت إقالة می‌گردد.^۳ موجودیت شروط فسخ در إقالة ضروری است و آن عبارت از امکان بازگشت عقد به حالتی است که قبل از عقد بوده، و اگر این بازگشت امکان پذیر نبود إقالة ناممکن خواهد بود.^۴ قانون مدنی این موضوع را در ماده (۷۴۹) خود چنین تصریح نموده است: «ثبات و وجود موضوع عقد هنگام إقالة حتمی می‌باشد، اگر موضوع عقد قبل از إقالة هلاک شود إقالة باطل می‌گردد. در صورتی که قسمتی از موضوع عقد هلاک گردد، إقالة در مورد باقی مانده صحیح پنداشته می‌شود.»

۵. تقابض بدل صرف در إقالة صرف: البته این شرط مربوط به دیدگاه کسانی است که إقالة را بیع می‌دانند. چنانچه إقالة در صرف باشد اگر قائل به فسخ باشیم تقابض در مجلس شرط نیست و اگر قائل به بیع بودنش باشیم تقابض در مجلس شرط است.^۵

۶. بیع بیشتر از ثمن مثل در بیع وصی نبوده باشد: اگر بیشتر بود إقالة صحت ندارد.^۶

۶- آثار إقالة

بی‌تردید إقالة -چه بیع باشد یا فسخ- آثاری را در قبال خواهد داشت؛ زیرا عقد بیع قبلی بواسطه إقالة از میان برداشته شده ولی نسبت به مدت ماقبل آن، آثار عقد ذیلاً باقی خواهد ماند:

۱. هرگاه مورد تعهد انتقال مال باشد و انجام یافته است و یا عقد تملیکی باشد در اثر إقالة مال مورد انتقال به انتقال دهنده بر می‌گردد و مجدداً مالک مالی خواهد شد که بوسیله عقد از دست داده است.

۲. هرگاه مورد تعهد انتقال مال یا انجام عملی باشد و هنوز ایفاء نگردیده، در اثر إقالة آن تعهد ساقط می‌شود.^۷

^۱ - ابن عابدین ۱۲۳/۵ - ۱۲۴

^۲ - بدائع ۳۴۰/۱/۷

^۳ - البنایه شرح الهدایه ۲۲۹/۸

^۴ - دوره حقوق وجایب، پیشین، ص ۱۹۵

^۵ - ابن همام، شرح فتح القدیر، ۲۵۱/۵، حلی، تذکره الفقهاء ۵۷۹/۱، سرخسی، المبسوط ۱۸۷/۲

^۶ - بدائع ۳۴۰/۷ - ۳۴۰/۱، البحر الرائق ۱۱۰/۶

^۷ - امامی، دوکتور سید حسن، حقوق مدنی، ص ۳۲۹

۳. مهمترین اثر إقالة انحلال عقد است بدین معنی که هرگاه عقد اجرا شده باشد به حالت پیش از اجراء باز می‌گردد و اگر اجرا نشده باشد از اجرای آن جلوگیری به عمل می‌آید.^۱

۷- بطلان إقالة

إمام ابوحنیفه (ح) بر این باور است که اگر به بیشتر از ثمن اول إقالة واقع شود، إقالة صحیح نیست و إمام شافعی (ح) معتقد است که اگر شرط زیادت و نقصان در إقالة صورت گیرد، شرط و إقالة هر دو باطل می‌شود.^۲ ولی فقهاء مالکیه بر این نظر اند که إقالة به أقل و اکثر از ثمن (بدل مبیعه) جایز بوده و اگر زیادت و نقصان ایجاد شود، بیع خواهد بود.

خلاصه بحث و نتیجه‌گیری

إقالة از جمله مباحثی اساسی در عرصه حقوق خصوصی به شمار می‌رود که در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف ضمن مباحث گوناگون، مورد توجه قرار گرفته است؛ طوری که در برخی از قوانین کشورها، ماهیت إقالة به عنوان عقد، فسخ و یا هم تحت عنوان قاعده معروف «همان اراده‌هایی که عقد را منعقد کرده اند، می‌توانند آن را برهم زنند»، بیان شده است. علاوه بر آن در حقوق فرانسه از إقالة به عنوان یکی از اسباب انحلال و فسخ قراردادها نام گرفته شده که خوشبختانه قانون مدنی افغانستان نیز إقالة را در حکم فسخ در حق متعاقدين و عقد جدید در حق غیر متعاقدين تصریح نموده است.

إقالة عقد بیع به مفهوم حقوقی و قانونی آن عبارت از فسخ عقدیست که قبلاً بین طرفین منعقد گردیده است. هدف از مشروعیت إقالة در نظر داشت ضرورتی است که بعد از انعقاد عقد از اثر عدم ایفاء تعهدات و یا عدم قادر بودن به انجام تعهدات، نظر به دلایل و حالات مختلف در بین یکی از متعاقدين، به وجود می‌آید. إقالة نه تنها یک امر جائز بلکه عمل پسندیده‌ای است که دین اسلام پیروان خود را به آن در وقت ضرورت جانب مقابل عقد - هر چند غیر مسلمان نیز باشد - تشویق و ترغیب نموده و با وعده رفع گناه مورد خطاب قرار داده است.

علی الرغم اختلاف دیدگاه‌ها در بین فقهاء اسلامی، به نظر می‌رسد قانون مدنی افغانستان، موضع روشن پیرامون إقالة داشته که از نظر حکم، رضایت طرفین در انعقاد إقالة و از میان برداشتن شروط قبلی عقد، مؤثر می‌باشد. این رویکرد قانون مدنی افغانستان دقیقاً تأکیدیست بر رأی و دیدگاه امام ابوحنیفه (ح) که موضع دقیق و قابل قبول در راستای رفع مشکلات و چالش‌های اقتصادی و اجتماعی و تقویت روحیه زیست باهمی و ایجاد الفت و مهربانی در بین انسان‌ها، دانسته می‌شود.

فهرست منابع و مآخذ:

^۱ - عبدالله، نظام الدین، حقوق مدنی/قواعد عمومی عقود ص ۱۵۸.

^۲ - جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ۳۲۹/۲.

- ١- ابن المطهر، العلامة الحلي الحسن بن يوسف، تذكرة الفقهاء، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بي.تا.
- ٢- ابن همام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، شرح فتح القدير، انتشارات دار صادر، بيروت، بي.تا.
- ٣- أبي داود السجستاني، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دارالسلام للنشر و التوزيع الرياض، جلد ٣، بي.تا.
- ٤- بن الحسين، محمد بن أحمد بن موسى بن أحمد، البناية شرح الهداية، دارالكتب العلمية، ج ٨، بي.تا.
- ٥- بن سليمان، عبدالله بن الشيخ محمد، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر، دار احياء التراث العربى، بي.تا.
- ٦- جزيرى، عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دارالاحياء و التراث العربى، بيروت جلد ٢، چاپ هفتم، ١٤٠٦ هـ ق.
- ٧- السرخسى، شمس الدين، المبسوط، دارالمعرفة، بيروت- لبنان، بي.تا.
- ٨- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، فتح القدير، دار ابن كثير، بي.تا.
- ٩- الطبراني، الحافظ ابي القاسم سليمان بن احمد، معجم الأحاديث المعتبرة، بي.تا.
- ١٠- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدرالمختار حاشية ابن عابدين، دار عالم الكتب للطباعة والنشر و التوزيع، بي.تا.
- ١١- عميد، حسن، فرهنگ فارسي عميد.
- ١٢- فصلنامه فقه و مباني حقوق اسلامي/سال ششم/شماره ١٨.
- ١٣- قانون مدني افغانستان، منتشره جريده رسمي شماره (١٥)، سال ١٣٥٥ هـ ش، جلد ٢.
- ١٤- الكاساني الحنفى، الإمام علاء الدين ابي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بي.تا.
- ١٥- الموسوعة الفقهيه، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت، الطبعة الخامسة، الجزء الخامس، ١٤٢١ هـ ق.
- ١٦- النسفى، عبدالله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، دارالكتب العلمية، بي.تا.
- ١٧- امامى، دوكتور سيد حسن، حقوق مدنى، انتشارات ابوريحان، چاپخانه اسامه، ط ١٣٧١ هـ ش.
- ١٨- عبدالله، نظام الدين، حقوق مدنى/قواعد عمومى عقود. كابل انتشارات سعيد، ١٣٨٧ هـ ش.

- ١٩- أروفيسور مارى نول (بشله)/دوكتور پیام (شهرجردى)/محمد عثمان (ژوبل)/عبدالبعير (فائز)/برات على (متين)/ظل الرحمن (نجيب)، دوره حقوق وجايب، انتشارات سعيد، چاپ سوم، ١٣٩٢.
- ٢٠- سالم، عطية بن محمد، شرح بلوغ المرام لعطية سالم، الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، ط ١٣٩١.

حقوق جزاء ورعايت حریم خصوصی در افغانستان

قسمت اخير

فهرست:

۱۰۵	۱۱ - مصادیق حریم خصوصی در حقوق افغانستان
۱۰۶	۱۱ - ۱ حریم خصوصی منازل و اماکن خصوصی
۱۰۶	۱۱ - ۱ - ۱ تعریف مسکن
۱۰۸	۱۱ - ۱ - ۲ نیاز به حمایت از حریم منزل و خلوت
۱۰۹	۱۱ - ۲ حریم جسمانی
۱۱۰	۱۱ - ۳ حریم ارتباطات شخصی
۱۱۱	۱۱ - ۴ حریم شخصیت
۱۱۲	۱۱ - ۵ حریم خانواده
۱۱۲	۱۱ - ۶ حریم اطلاعات شخصی
۱۱۳	۱۱ - ۷ حریم لوازم شخصی
	۱۲ - حمایت از حریم خصوصی و ضمانت های اجرایی جزایی و غیر جزایی در حقوق
۱۱۳	افغانستان
۱۱۴	۱۲ - ۱ حمایت های جزایی

۱۱ - مصادیق حریم خصوصی در حقوق افغانستان

یک قانون زمانی می تواند موثر و حامی ارزش های یک جامعه باشد که اولاً در سیستم حقوقی، برای آن ضمانت اجرایی جزائی پیش بینی شده باشد دوماً خالی از نواقص و ابهامات باشد یعنی جامع و مانع بوده و در برگرنده تمام مصادیق خود باشد تا از هرگونه تاویل و تفسیر خود خواهانه و جانب دارانه در حین تطبیق قانون جلوگیری به عمل آید. در قانون اساسی و در قوانین عادی افغانستان از اصطلاحی به نام حریم خصوصی یا حق خلوت و منع مداخله در آن یاد نشده است. اما

در قانون اساسی و قوانین عادی افغانستان از بعضی مصادیق حریم خصوصی چون مسکن و مکاتبات و مراسلات و غیره مصادیق حمایت شده است. در عین حال در قوانین عادی، دخالت در حریم خصوصی در برخی موارد روا دانسته شده است. در این مجال مطالب فوق را در مباحث بعدی به تفصیل به بررسی خواهیم گرفت.

۱۱ - ۱ - حریم خصوصی منازل و اماکن خصوصی

۱۱ - ۱ - ۱ تعریف مسکن

مسکن، خلوت ترین محلی است که می توان برای انسان تصور کرد. منزل محلی است که فرد در آنجا به آرامش جسمی و روحی رسیده و ارتباطات صمیمی خانوادگی و عاطفی خود را در آنجا شکوفا می سازد. حریم منزل از مهم ترین عرصه های حریم خصوصی است که حتی قبل از ظهور فناوری های نوین نیز حرمت و احترام خاصی داشته و همه مردم، حتی اگر حمایت های قانونی نیز از آن نشود، به دیده احترام به آن می نگرند. مقصود از منزل هر محل، مکان و محفظی است که شخص در آنجا سکونت می کند و به آن اعتبار حق دارد در آنجا آزادانه دراز بکشد، بخوابد، غذا بخورد، مطالعه کند، کار کند و بالجمله بدون هیچ مزاحمت و تعرضی به زندگی عادی جاری خود ادامه بدهد.

ماده سی و هشتم قانون اساسی تصریح می کند: «مسکن شخص از تعرض مصون است. هیچ شخصی، به شمول دولت، نمی تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه با صلاحیت و غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آنرا تفتیش نماید».

درمورد جرایم مشهود، مأمور مسوول می تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود، یا آنرا تفتیش کند. مأمور مذکور مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش، در خلال مدت که قانون تعیین می کند، قرار محکمه را حاصل نماید.^۱ کود جزاء در مواد (۶۱۹) و (۶۲۰) خویش در رابطه به نقض حریم مسکن مقرر میدارد: ماده (۶۱۹) ارتکاب یکی از اعمال ذیل جرم هتک حرمت مسکن دانسته شده، مرتکب به حبس قصیر، محکوم می گردد:

۱ - «داخل شدن به محل مسکون یا آماده سکونت و یا به یکی از ملحقات آن به صورت غیر قانونی یا بدون رضایت ساکن آن.

۲ - پنهان شدن در یکی از محلات مندرج جزء (۱) این ماده به شکل قانونی و باقی ماندن در آن بدون رضایت ساکن حق».

ماده (۶۲۰) نیز بیان میدارد:

^۱ - علامه، غلام حیدر، اصول راهبردی حقوق کیفری در قوانین اساسی ایران و افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، صص، ۱۹۲ و ۱۹۳.

«هر گاه جرم هتک حرمت مسکن مندرج ماده (۶۱۹) این قانون بمنظور منع حيازت مالک يا متصرف يا ساکن با استفاده از زور صورت گرفته باشد، مرتکب به حبس متوسط تا دوسال، محکوم می گردد»^۱

متحدالمالهای (۱۷۸ الی ۲۳۸) مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۵ ریاست دارالانشا شورای عالی ستره محکمه که از اثر استهدائیه ریاست محکمه استیناف ولایت نیمروز در رابطه به طرز العمل تفتیش مسکن و ضبط اشیاء در روشنی مواد ۱۳ و ۲۴ قانون اجراءات جزایی موقت که بتأسی از مصوبه شماره ۱۲ مورخ ۱۳۹۶/۱/۹ مقام شورایی عالی ستره محکمه صادر گردیده است، چنین صراحت دارد:

نظر ریاست تدقیق و مطالعات مبنی بر اینکه «مطابق مصراحت ماده (۳۸) قانون اساسی، مسکن شخص از تعرض مصون است هیچ شخص به شمول دولت نمی تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه با صلاحیت به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است به مسکن شخص داخل شود.

در مورد جرم مشهود مأمور مسوول می تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود یا انرا تفتیش کند. مأمور مذکور مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش در خلال مدتی که قانون پیش بینی می کند قرار محکمه را حاصل نماید که تفصیل موضوع در فصل چهارم تعدیل قانون اجراءات جزایی تحت عنوان تلاشی اشخاص، دخول به منزل و تفتیش آن و ضبط اشیاء در ماده (۳۴) و غیره مواد آن تسجیل یافته است و جرم مشهود در ماده (۱۳) قانون اجراءات جزایی موقت برای محاکم تعریف گردیده است. محاکم محترم صلاحیت قانونی شان را بطور سالم تطبیق نموده و به ارگان های ذیربط نیز تفهیم نمایند تا قوانین نافذه کشور را در اجراءات خویش مطمع نظر قرار داده و بدان توجه دقیق نمایند» تأیید گردیده و هر گاه پیشنهاد مرجع مسوول حاوی شهرت مالک، مشخصات، اسباب موجه تلاشی نباشد محاکم به آن ترتیب اثر داده نمی توانند و هم چنان محاکم مکلف اند بعد از صدور امر تلاشی، لوی خاړنوالی، وزارت داخله و ریاست عمومی امنیت ملی را در جریان قرار دهند.^۲

قران کریم نیز خانه های مردم را محل سکون و آسایش آنها دانسته و بدون اذن و اجازه صاحب آن داخل شدن به خانه های شانرا منع قرار داده که در این مورد میفرماید: «یاایها الذین امنوا لا تدخلوا بیوتا غیر بیوتکم حتی تستاذنوا و تسلّموا علی اهلها ذلکم خیر لکم لعلکم تذكرون»

^۱ - کد جزا افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل، ۱۲۶۰، ۲۵ ثور، سال، ۱۳۹۶ هـ، ش، ماده های ۶۱۱۹ و ۶۲۰.

^۲ - مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمود های ستره محکمه ج، ۱، طبع، مطبعه تعلیمی دانشگاه نبراسکا- کابل، ۲۱/ حوت سال ۱۳۸۹.

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! به خانه هایی غیر از خانه های خود داخل مشوید، مگر این که اجازه بگیرید، و بر اهل آن سلام گوید [و اعلام موجودیت نمایید. پس بگوئید: سلام علیکم، آیا داخل شوم؟ همان گونه که در حدیث وارد است]. این برای شما بهتر است [که تنها با کسب اجازه داخل خانه های دیگران گردید]. باشد که متذکر شوید [و بدان عمل کنید و حقوق دیگران و حرم خصوصی را به خوبی رعایت نمایید]. «فان لم تجدوا فیها احدا فلا تدخلوها حتی یؤذن لکم و ان قیل لکم ارجعوا فارجعوا» ترجمه: و اگر کسی را در آن خانه نیافتید [که شما را اجازه دهد] پس داخل مشوید تا زمانی که به شما اجازه داده شود، و اگر [بعد از طلب اجازه] به شما گفته شود که: برگردید، این [برگشتن] برای شما بهتر و زیننده تر است [از این که بر درب نشینید یا اظهار ناراحتی کنید]؛ و خداوند به آن چه می کنید [به این که با اجازه یا بدون اجازه وارد خانه ای شوید] داناست [و شما را بدان مجازات می کند و پاداش می دهد].^۱

۱۱- ۱- ۲ نیاز به حمایت از حریم منزل و خلوت

همان گونه که در مبانی حمایت از حریم خصوصی گفته شد، هر انسانی نیاز دارد در برخی زمانها و مکانها از انظار دیگران در امان باشد. انسانها محتاج به مکان خلوت هستند تا برخی از روابط حیاتی خود را در آن محیط برقرار کنند؛ آرزوها و امیدها و بیم ها و هراس های خود را مورد محاسبه قرار داده، تصفیه کنند و عشق و تنفر خود را آشکار سازند. انسان نیازمند فرصتی است تا در آن با خویشتن خلوت کند و منزل، این فرصت را در اختیار افراد قرار می دهد. حال چنانچه این مکان که امن ترین خلوتگاه به شمار میرود، به آسانی در معرض تجاوز و تعرض دیگران قرار گیرد و اعمال و گفت و شنود ساکنان آن به راحتی نظارت و کنترل شود چه اتفاقی می افتد؟ در واقع، در میان اماکن مختلفی که انسانها خلوت اختیار می کنند منزل اساسی ترین مکان خصوصی است و از این رو، برای حمایت از آن در برابر تعرض ماموران دولت و دیگر اشخاص باید تدابیر ویژه ای اندیشیده شود. منزل جایی است که مالک یا متصرف آن به طور مشخص، انتظار خود نسبت به خصوصی بودن آن را اعلام کرده است.^۲

در سیستم حقوقی افغانستان، از حریم خصوصی مسکن و منزل حمایت صورت گرفته و هر نوع تعرض به آنرا ممنوع قرار داده است در صورت تعرض به این حق مرتکب مطابق قوانین کشور مجازات میگردد که در این زمینه ماده یکصد و نهم قانون اجراءات جزایی افغانستان چنین

^۱ - جلال الدین احمد بن احمد محلی و جلال الدین عبدالرحمن بن سیوطی، تفسیر جلالین، مترجم، حسین رستمی، ارومیه، خیابان شهید مطهری، موسسه انتشاراتی حسینی اصل، سال، ۱۳۹۱، سوره نور، آیه های، ۲۷ و ۲۸.

^۲ - انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، پیشین، ص ۱۵۸.

صراحت دارد: «پولیس، موظف امنیت ملی، خرنوال نمی توانند بدون استغاثه یا اجازه ساکن یا قرار قبلی محکمه ذبصلاح به مسکن شخص یا ساختمان مسکونی داخل و آنرا تفتیش نمایند.»^۱

۱۱ = ۲ حریم جسمانی

حرمت جسم و جان آدمی از توصیه های اکید اسلام و نیز تمام نظام های حقوقی و اسناد بین المللی است. یکی از مهم ترین مصادیق حریم جسمانی انسان، حفظ او در برابر بازرسی و تفتیش بدنی است. بر طبق قاعده کلی، هر توقیف و تفتیش نیاز به مجوز قضایی دارد. بنابر این ارگانهای عدلی و قضائی که صلاحیت کشف و تعقیب جرایم و مجرمان را دارند می توانند در موارد قانونی و یا کسب مجوز قانونی لازم، اقدام به توقیف و تفتیش افراد مظنون نمایند.^۲

حریم خصوصی جسمانی که مربوط به سلامتی جسمی و روحی افراد می شود، باید از هر نوع تعدی و تعرض در امان باشد که این حق را قوانین افغانستان نیز مورد حمایت خویش قرار داده و در این زمینه قانون اساسی افغانستان در ماده (۲۹) خویش چنین تصریح می دارد: «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخص نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد.»^۳

قانون گذار افغانستان در ماده فوق شکنجه افراد را در تمام مراحل محاکماتی منع قرار داده است و هیچ کس نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق شخصی را مورد شکنجه قرار دهد که در زمینه فقره یک ماده (۲۲) قانون اجراءات جزایی توهین، تحقیر و تعذیب افراد را ممنوع قرار داده که چنین بیان میدارد:

(۱) مامور ضبط قضایی، سارنوالی و محکمه در هیچ حالت اجازه ندارند. خود یا از طریق شخص دیگر با رفتار سو، استعمال مواد مخدر، اکراه، شکنجه، خواب مقناطیسی، تهدید و تخویف یا وعده دادن به منفعتی، مظنون یا متهم را به اظهار یا اقرار وادار نمایند.^۴

در فقره (۲ و ۳ ماده ۷) همین قانون تصریح گردیده است:

۲ - «مصنویت از گرفتاری یا توقیف خود سرانه و حق دریافت جبران خساره وارده مطابق احکام قانون.

۳ - مصنویت از توهین، تحقیر، تعذیب جسمی، روانی و هرگونه برخورد غیر انسانی.»^۵

^۱ - قانون اجراءات جزایی افغانستان، پیشین، ماده ۱۱۹.

^۲ - جوان، صدیقه، مسولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی، پیشین، ص ۳۵.

^۳ - قانون اساسی افغانستان، پیشین، ماده ۲۹.

^۴ - قانون اجراءات جزایی افغانستان، پیشین، ماده ۲۲.

^۵ - همان، ماده ۷.

۱۱ - ۳ حریم ارتباطات شخصی

یکی از مصادیق مهم حریم خصوصی افراد محرمیت مکالمات است که آنها حاضر به فاش ساختن آن نباشد، بناءً ثبت مکالمات افراد دسترسی اطلاعات در مورد مکالمات افراد و یا سمع مکالمات افراد از لحاظ شرعی و هم از لحاظ قانونی ممنوع است، مگر در حالاتیکه قانون به سمع مکالمات افراد جواز داده باشد.

ارتباطات اشخاص با یکدیگر، به اشکال مختلفی صورت می گیرد: نامه پستی، تلفن، بی سیم، انترنت و برخی شیوه های دیگر، وقتی ارتباط جنبه خصوصی پیدا می کند و دارای مخاطب خاصی است، هیچ کس برای اطلاع یافتن از آن مجاز نیست. در گذشته نقض حریم خصوصی ارتباطات خصوصی، از گشودن نامه های سر به مهر شده، فراتر نمی رفت و موارد آن در شرایطی که نامه نگاری بسیار محدود بود، اندک بود، ولی با توسعه ارتباطات و اختراع ابزارهای نوین برای استراق سمع و رهگیری، امروزه این کار بسیار سریع و ساده، اتفاق می افتد، دولت ها در مسایل امنیتی، بهره گیری از این ابزارها را حق خود می دانند و استفاده از چنین شیوه هایی در همه کشورها برای رهگیری عناصر جاسوسی و باندهای تبهکار، کاملاً قانونی است. ولی آیا کاربرد این ابزار، به این گونه موارد، محدود می شود؟ آیا احزاب سیاسی و گروه های موثر در جامعه، از اهداف رهگیری دولت ها نیستند؟ آیا نویسندگان و منتقدان می توانند از عدم نقض حریم ارتباطی خود، اطمینان داشته باشند؟ روشن است که چون عملیات رهگیری، کاملاً سری و مخفیانه انجام می شود، و ابزارهای فوق مدرن آن، برای عموم شهروندان قابل تشخیص و شناسایی نیست، از این رو تا وقتی که مجرای بر ملا نشود، اشخاص و گروه ها نمی توانند اقدام موثری در برابر آن داشته و از حریم خصوصی خود، حمایت کنند.^۱

قوانین نافذ افغانستان حریم خصوصی اطلاعاتی و ارتباطاتی را مورد حمایت قرار داده است. که در این زمینه قانون اساسی افغانستان در ماده (۳۷) در رابطه به مصئونیت مراسلات و مخابرات بیان مینماید:

«آزادی و محرمیت مراسلات و مخابرات اشخاص چه به صورت مکتوب باشد و چه به وسیله تلفون، تلگراف و وسایل دیگر، از تعرض مصئون است.

دولت حق تفتیش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون».^۲

را جمع به مصئونیت و محرمیت مراسلات و مخابرات قانون اجراء جزای افغانستان در ماده (۱۱۷) خود چنین صراحت دارد:

^۱ - سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی، پیشین، ص ۲۵.

^۲ - قانون اساسی افغانستان، پیشین، ماده ۳۷.

«مامور ضبط قضایی صرف به مکالمات جرمی گوش می دهد، زمانی که طرفین به مکالمات غیر جرمی می پردازد، وی مکلف است سمع مکالمات را قطع نماید.»^۱

در حقوق افغانستان حریم خصوصی ارتباطات افراد مورد حمایت قرار گرفته مراسلات و مخابرات اشخاص بدون موجب قانونی از هر نوع تعرض و تعدی مصئون بوده و در صورت تعرض به این حق ناقض آن مجازات می گردد. هم چنان ماده (۳۷) قانون اساسی افغانستان در زمینه آزادی و محرمت مخابرات افراد چنین صراحت دارد: «آزادی و محرمت مراسلات و مخابرات اشخاص چه به شکل مکتوب باشد یا به وسیله تلیفون، تلگراف و وسایل دیگر، از تعرض و تجاوز مصئون بوده و هیچ کس نمی تواند به آزادی و محرمت این حق بدون موجب قانون تعرض نماید.»^۲ پس، از مواد فوق چنین استنباط میگردد که حریم خصوصی ارتباطات شخصی در سیستم حقوقی افغانستان مورد حمایت قرار گرفته و هیچ کس نمی تواند بدون حکم قانون به این حق افراد و اشخاص تعرض نماید. در صورت تعرض مورد پیگرد قانونی قرار گرفته مجازات می گردد.

۱۱ - ۴ حریم شخصیت

آدمی کرامت دارد. مبنای کرامت انسانی، آزادی و استقلال عمل فردی اوست. مختار است که خیر و صلح خویش را خود برگزیند. آزاد است که راهی را که مناسب میدانند بپیماید و مقدمات و ملزومات زندگی ای را که به زعم خویش به سعادت مندی او می انجامد، فراهم کند. انسان با علم و آگاهی به خوب و بد و نظر ها و رای ها، گزینش گری می کند. آنچه که آزادی و استقلال عمل او را مخدوش کند، ناچیز بشمرد و یا تهدید و تضعیف کند، شخصیت معنوی انسان را که در کرامتش متجلی است، به مخاطره افکنده است. برخی از موارد اضرار به این بعد از حیات آدمی و یا به مخاطره افکنی آن در قوانین جزایی از جمله قانون جزای افغانستان دانسته شده است تعدادی از این عناوین متضمن خوار شماری و سبک انگاری شخصیت اوست. جرایمی چون دشنام، توهین، قذف و تهدید مصداق های بارزی از این دسته اند. این جرایم، «شخصیت» فرد را - که در بردارنده سرشت و اوصاف اوست و به بیان فلسفی «خودی» آدمی را شکل می دهد به طور مستقیم نشانه می گیرد. برخی دیگر حریم خصوصی و فضای امن او را به مخاطره می اندازد. مانند هتک حرمت مسکن. مراسلات و مخابرات که هردو بسیار پراهمیت اند.^۳ پس آنچه در باره حرمت حریم مکانی و حریم جسمانی انسان ها مطرح می شود، درحقیقت، بازتابی از حریمی است که برای «شخصیت انسانی» وجود دارد، یعنی چون شخصیت انسان محترم بوده و باید از تعرض مصون باشد، لذا آنچه که

^۱ - قانون اجراءات جزایی افغانستان، پیشین، ماده ۱۱۷.

^۲ - قانون اساسی افغانستان، پیشین، ماده ۳۷.

^۳ رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزای افغانستان، سال، ۱۳۹۰، انتشارات جهان اسلام، کابل، ص، ۱۰۸.

مربوط انسان می شود و از آن جمله مکانی که در آنجا زنده گی می کند، از حرمت برخوردار است.

۱۱ - ۵ حریم خانواده

خانواده نیز در قلمرو زندگی خصوصی قرار دارد، این که شخص بخواهد تشکیل خانواده دهد یا نه، و این که در چه زمانی به این کار اقدام کند، یا چه کسی را برای همسری خود انتخاب نماید، به خود او مربوط می شود و به اقتضای حریم خصوصی، نباید او را در تنگنا و فشار قرار داده و حق او را نا دیده گرفت، یکی از نتایج این دیدگاه آن است که زن و شوهر، برای تصمیم گیری نسبت به داشتن فرزند آزاد اند و می توانند بر اساس هر توافقی، عمل کنند، در صورت اختلاف نظر هم قانون باید در باره تقدم حق کدام یک از آنها، نظر دهد.

کاتلین سالیوان می گوید: ما اجازه نمی دهیم زاد و ولد تحت کنترل دولت باشد. البته کسانی که از این نظریه دفاع می کنند، علی القاعده نباید دولت را برای «حفظ مصالح عامه»، مجاز به محدود کردن حقوق شهروندان بدانند، ولی آیا در این صورت، مشکل تراحمی که حقوق شهروندان در زیست اجتماعی دارد، قابل حل خواهد بود؟^۱

ماده (۵۴) قانون اساسی در مورد خانواده و حمایت از آن چنین تصریح می دارد: (خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تامین سلامت جسمی و روحی خانواده بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم اتخاذ می کند).^۲

هم چنان کود جزای افغانستان در ماده (۶۲۸) تحت عنوان افشای اسرار فامیلی، در صدد حفظ اسرار خانواده بر آمده افشا کننده اسرار فامیلی را گر چه حقیقت هم داشته باشد به جزای نقدی هشدار می دهد.^۳ که بعد از تحلیل و تدقیق معلوم می گردد که در سیستم حقوقی افغانستان حریم خانواده که مصداقی از مصادیق حریم خصوصی شمرده می شود مورد حمایت قرار گرفته است.

۱۱ - ۶ حریم اطلاعات شخصی

در گذشته دسترسی سریع و گسترده به اطلاعات شخصی افراد، کار غیر ممکن بود. از این رو اساساً نگرانی از ورود به حریم اطلاعاتی، موضوعاً منتفی بود. ولی تکنالوژی پیش رفته امروزی که امکان چنین کاری را فراهم ساخته و زندگی بشر را از مزایای آن برخوردار نموده، این نگرانی را

^۱ - سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی (بر اساس منابع اسلامی)، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی چاپ اول تهران، زمستان، ۱۳۹۳، صص، ۲۳ و ۲۴.

^۲ - قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب سال، ۱۳۸۲، هـ، ش.

^۳ - کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب سال، ۲۵ دلو ۱۳۹۶، هـ، ش.

هم تولید کرده است. هم اینک از هر شهروند معلومات شخصی فراوانی در سازمان ها و نهاد های دولتی و خصوصی وجود دارد: — بانک ها و مؤسسات پولی و اعتباری، اطلاعاتی فراوانی از وضعیت مالی مشتریان خود دارند. به هر حال اهمیت موضوع حفظ حریم اطلاعاتی در زمان ما باعث آن شده است که در برخی از کشورها، قوانین و مقررات خاصی برای حمایت از داده های شخصی تهیه شده و به اجرا گذاشته شود.^۱

۱۱- ۷ حریم لوازم شخصی

لوازم شخصی هر کس، در قلمرو حریم خصوصی او قرار دارد. مثلاً باز کردن دفترچه خاطرات دیگری و مطالعه آن، نقض حریم خصوصی است، چنین کاری حتی اگر عنوانی غصب و تصرف در مال غیر هم نداشته باشد مثل این که پدری دفترچه خاطرات را در اختیار فرزندش قرار داده باز هم مجاز نیست. آلبوم عکس و اطلاعاتی که در کامپیوتر قرار دارد مصادیق دیگری از لوازمی است که آگاهی از آنها، نیازمند رضایت است. این حق شامل ابزار و وسایل که شخص داخل یک محفظه شخصی مانند الماری و غیره قرار می دهد نیز می شود.^۲ قبلاً در سیستم حقوقی افغانستان ماده ای مشخصی تحت عنوان حریم لوازم شخصی به نظر نمی رسید اما با تنفیذ کد جزا در باب دوازدهم این قانون بحثی مفصلی تحت عنوان جرایم سایبری و غیره موارد که فصل اول آن به جرایم سایبری اختصاص داده شده است، صورت گرفته است که ماده (۸۵۱) الی (۸۷۹) را احتوا می کند که تعرض و تجاوز به سیستم کامپیوتری را جرم انگاری نموده است.

۱۲- حمایت از حریم خصوصی و ضمانت های اجرایی جزایی و غیر جزایی در حقوق افغانستان در سیستم حقوقی افغانستان حریم خصوصی به صورت معین و مشخص حمایت نگردیده است و فصل مستقل و مشخص تحت عنوان حق حریم خصوصی در قوانین کشور اختصاص داده نشده است، موضع حقوق افغانستان در مواجهه با حریم خصوصی تحویل گرایانه است. اما این امر به معنای عدم حمایت از حریم خصوصی در حقوق افغانستان نبوده بلکه با در نظر داشت مفهوم حق حریم خصوصی، از یک طرف اصول ماهوی متعدد و معرف مصادیق عمده ی حق حریم خصوصی در اسناد قانونی کشور گنجانیده شده و از طرف دیگر اصول حمایتی «جزایی و غیر جزایی» به منظور تضمین حق مطروحه در قوانین نافذ ی کشور پیش بینی گردیده است، قانون گذار کشور با

^۱ - سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی (بر اساس منابع اسلامی)، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی چاپ اول تهران، زمستان، ۱۳۹۳، صص، ۲۴ و ۲۵.

^۲ - سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی (بر اساس منابع اسلامی)، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی چاپ اول تهران، زمستان، ۱۳۹۳، صص، ۲۵ و ۲۶.

قاعده در آوردن عکس العمل های اجتماعی علیه مرتکبین اعمال مخل حریم خصوصی افراد و هم چنان با وضع نمودن حق داد خواهی برای متضرر نقض حریم خصوصی به حمایت از حق حریم خصوصی پرداخته است و به صورت ضمنی و تلویحی در قوانین افغانستان از جمله قانون اساسی افغانستان مصادیق اساسی و عمده حریم خصوصی جا داده شده است.

۱۲- ۱ حمایت های جزایی

وقتی بحث از حمایت های جزایی حریم خصوصی صورت میگیرد، بدین معنی است که مقنن اعمالی را مشخص می نماید، که زندگی افراد را مختل نموده است. و محرمیت اطلاعات منحصر به افراد را از بین میبرد، بعداً آنرا در قانون به حیث اعمال ممنوعه و یا اعمال جرمی گنجانیده و برای مرتکب آن جزا را تعیین می نماید. یعنی حمایت جزایی از حریم خصوصی از جمله موثر ترین نوعی از حمایت حریم خصوصی پنداشته شده است، که یک شخص به آسانی نمی تواند حریم خصوصی دیگران را نقض نماید، و در صورت نقض مورد پیگرد جزایی قرار میگیرد. در کود جزایی افغانستان فصل خاص تحت عنوان اصول حمایوی از حریم خصوصی گنجانیده شده باشد، مقرر نگردیده است. اما با مطالعه اصول مندرج در کود جزا می توان به حمایت های مستقیم و ضمنی از حریم خصوصی دست یافت در بخش عام کود جزا اصل های گنجانیده شده است، که حریم خصوصی را در یک دایره بزرگ مورد حمایت قرار داده است مثلاً اگر اصل برائت الذمه حالت اصلی است بصورت دقیق مورد تحلیل و ارزیابی قرار گیرد در حقیقت مصئونیت اشخاص را از هر نوع تعرض فیزیکی و لفظی تضمین می کند، مگر اینکه دلایل موجه مبنی بر الزامیت یک شخص وجود داشته باشد و یا هم اصل قانونیت جرایم و جزا ها در حقیقت آزادی عمل انسانها را در یک طیف وسیع محفوظ و مصئون نگه میدارد، از طرف دیگر در بخش خاص کود جزا اصول حمایوی وجود دارد که مصادیق حریم خصوصی را بصورت مستقیم مورد حمایت قرار داده و آن اعمالی را که منتج به نقض حریم خصوصی می گردد، جرم دانسته و برای مرتکب آن مجازات تعیین نموده است که بصورت مختصر به توضیح آن در مواد قانون متذکره میپردازیم. یکی از مصادیق عمده ای حریم خصوصی مصئونیت منزل از هر نوع تعرض و مداخله دیگران بوده که به منظور حمایه جزایی از این حق ماده (۶۱۹) کود جزا افغانستان و هم چنان در ماده (۶۲۰) کود جزا برای موظفین خدمات عامه که با استفاده از صلاحیت های وظیفوی به منزل افراد داخل می شود مجازات را تعیین و مقرر نموده است که قبلاً از آن یاد آور شدیم.

ماده (۴۴۷): هرگاه موظف خدمات عامه با استفاده از صلاحیت وظیفوی خود در منزل شخص بدون اجازه وی و در غیر از حالات و ترتیبی که قانون به آن تصریح نموده، داخل شود، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و بیست هزار افغانی، محکوم می گردد.^۱

^۱ - کود جزای افغانستان، ماده (۴۴۷).

در رابطه به حمایت از حریم جسمانی متأسفانه در کود جزای کشور اصولی گنجاینده نشده است که تمامی مصادیق حریم جسمانی افراد را حمایت و برای ناقض آن مجازات پیش بینی شده باشد امروزه در برخی موارد موظفین خدمات عامه تحت عنوان تدابیر امنیتی بدون رضایت اشخاص به تفتیش بدنی آنها پرداخته و آنهم به شیوه ای که وجدان انسانها را ناراحت ساخته و سبب ناراحتی روحی میگردد و حتی در برخی موارد دسترسی به حریم جسمانی و مسایل شخصیتی افراد صیغه ای قانونی را اختیار نموده است بعضی از ارگانهای دولتی و غیر دولتی به اساس طرز العمل های وضع شده ای خویش وسایل الکترونیکی را برای تفتیش عقیده به کار برده و قبل از پذیرش افراد به حیث کارمند در قدم اول عقیده ای آنها را تفتیش می نمایند و به اساس نتایج تست های که در اصل مبنای علمی و منطقی ندارند تصمیم اتخاذ می نمایند با وجودیکه تکنولوژی امروزی و مصالح عمومی تا اندازه ای زیادی حریم جسمانی و مسایل شخصیتی افراد را بی ارزش ساخته و در عصر حاضر محصور ساختن مسایل حریم جسمانی را در یک دایره ای که رعایت آن ضمانت های اجرای کیفری داشته باشد غیر عملی و از حقیقت دور خواهد بود.

اما با آن هم ماده (۶۷۲) کود جزای کشور به طور ضمنی این حق را حمایت نموده و اطمینان نسی را در راستای مصئونیت حریم جسمانی افراد بوجود آورده که به اساس آن شخص نمیتواند اسرار شخصی دیگران را فاش سازد. اطلاعات مربوط به تمامیت جسمانی افراد جزء از اسرار شخصی بوده و به استناد ماده فوق الذکر هیچ شخص نمی تواند آنها برملا نماید. بعضی اصول که در کود جزای کشور حریم جسمانی افراد را مورد حمایت قرار داده بخصوص مصئونیت افراد را در برابر توقیف غیر قانونی تضمین می نماید که ذیلا در رشته تحریر در می آوریم:

ماده (۵۸۵) کود جزای کشور در رابطه به مصئونیت حریم جسمانی افراد، گرفتاری و توقیف غیر قانونی شان چنین صراحت دارد:

« شخصیکه دیگری را گرفتار یا آزادی وی را به صورت غیر قانونی سلب یا محدود سازد یا به سلب یا محدود ساختن آزادی دیگری بعد از ختم مدت قانونی آن ادامه بدهد، مرتکب جرم، گرفتاری، توقیف یا تحدید آزادی گردیده، مطابق احکام این فصل، مجازات می گردد».^۱

ماده (۵۸۷) کود جزای کشور راجع به افرادیکه اقدام به گرفتاری و توقیف غیر قانونی افراد با لباس رسمی که حق استعمال آنها ندارند می نمایند یا یک امر جعلی را به عنوان امر مقامات دولتی به مردم ارایه می نمایند یا گرفتاری، توقیف و ممانعت به جبر و اکراه یا هم تهدید به قتل یا تهدید به اذیت بدنی باشد چنین صراحت دارد:

«ارتکاب جرم گرفتاری، توقیف یا تحدید آزادی در یکی از حالات ذیل مشدده شناخته شده، مرتکب به حبس طویل تا هفت سال، محکوم می گردد»:

^۱ - همان قانون، ماده ۵۸۵.

- ۱ - در حالتی که جرم توسط موظف خدمات عامه ارتکاب یافته باشد.
 - ۲ - در حالتی که جرم با جبر، و اکراه یا تهدید به قتل یا تهدید به اذیت بدنی ارتکاب گردیده باشد.
 - ۳ - در حالتی که جرم با استفاده از لباس رسمی بدون داشتن حق استفاده از آن یا متصف ساختن به صفت کاذب صورت گرفته باشد.
 - ۴ - در حالتی که با استفاده از امر تزویری به عنوان مقام صلاحیت دار دولتی ارتکاب گردیده باشد.
 - ۵ - در حالتی که مدت توقیف غیر قانونی از یک ماه بیشتر باشد.^۱
- ماده (۵۸۸) کود جزای افغانستان در رابطه به مصئونیت حریم جسمانی افراد، از گرفتاری و توقیف غیر قانونی افراد مجازات را به شرح ذیل تعیین و مقرر داشته است:
- «شخصی که با وجود آگاهی محلی را برای توقیف غیر قانونی به اجاره یا کرایه یا عاریت دهد، به حبس متوسط تا سه سال، محکوم می گردد.»^۲
- حفظ حیثیت و آبرو یکی از مصادیق دیگری حریم خصوصی بوده که در کود جزای افغانستان اصولی وجود دارد که این حق را حمایت نموده و برای ناقض آن مجازات را تعیین نموده است:
- در زمینه فقره (۱) ماده (۶۷۳) کود جزای افغانستان برای شخصی که بر بالای غیر تهمت ناحق را نسبت می دهد که در نتیجه آن به حیثیت وی صدمه ای وارد شود مجازات را به شرح ذیل تعیین و مقرر نموده است:
- ۱ - «قذف عبارت است از نسبت دادن ارتکاب فعل زنا یا نفی نسب به شخص توسط یکی از وسایل علنی به نحوی که اگر صدق می داشت شخصی که تهمت به او نسبت داده شده، به جزا محکوم می گردید یا به نزد مردم تحقیر می شد
 - ۲ - هر گاه در جرم قذف شرایط تطبیق جزای حد موجود نگردد یا به علت شبهه و یا یکی از اسباب دیگر حد قذف ساقط گردد، مرتکب، تعزیراً به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می گردد.»^۳
- ماده (۶۷۴) کود جزا برای فردی که بر بالای غیر اتهام ناحق را نسبت می دهد و در نتیجه آن به حیثیت آن صدمه وارد شده و تحقیر میگردد مجازات را به شرح ذیل مقرر نموده است:
- «هر گاه شخص امری را در غیر از حالات ماده ۶۷۳ به دیگری نسبت دهد که اگر حقیقت می داشت به حکم قانون قابل مجازات شناخته می شد یا نزد مردم تحقیر می گردید، این عمل افترا شناخته شده، مرتکب به جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می گردد.»^۱

۱ - همان قانون، ماده ۵۸۷.

۲ - همان، ماده ۵۸۸.

۳ - همان قانون، ماده ۶۷۳.

از آن جایکه مسایل ناموسی جزء حریم خصوصی افراد بوده بخصوص در کشور ما افغانستان ورود به حریم ناموسی اشخاص عواقب فوق العاده را به دنبال دارد. قانون گذار افغانستان نیز به حساسیت موضوع متوجه شده و هر نوع مداخله و تجاوز به حریم ناموس دیگران را غیر مجاز دانسته است که در زمینه کود جزای افغانستان چنین بیان میدارد.

ماده (۶۳۶): (۱) شخصی که با جبر یا سایر وسایل ارعاب آمیز یا تهدید یا با استفاده از ناتوانی جسمی یا روانی مجنی علیه یا ناتوانی ابراز رضایت مجنی علیه اعم از زن یا مرد یا خورانشدن دوی بیهوش کننده یا سایر وسایل زایل کننده عقل به وی، عمل مقاربت جنسی را انجام دهد یا اعضای بدن یا اشیایی دیگر را در قبل یا دبر وی داخل نماید، مرتکب تجاوز جنسی شناخته میشود.

(۲) هر گاه در جرم تجاوز جنسی شرایط تطبیق جزای حد موجود نگردد یا به علت شبهه و یا یکی از اسباب دیگر حد ساقط گردد، مرتکب مطابق احکام این فصل، مجازات می گردد.^۲

ماده (۶۳۷): مرتکب جرم تجاوز جنسی به حبس طویل، محکوم می گردد.^۳

ماده (۶۴۰): (۱) شخصی که مرتکب تجاوز به عفت و ناموس زن گردد، ولی تجاوز وی منجر به دخول در قبل یا دبر نگردد بلکه منجر به تفخیز، مساحقه یا تماس جنسی گردد، به حبس طویل تا هفت سال، محکوم می گردد.

(۲) امر اجرای معاینات عدلی طبی پرده بکارت بدون رضایت زن یا حکم محکمه ای ذیصلاح ممنوع بوده، مرتکب به حبس قصیر، محکوم می گردد.

(۳) هر گاه عمل مندرج فقره (۲) این ماده با استفاده از زور، تهدید یا ارعاب انجام داده شود، مرتکب به حبس متوسط، محکوم می گردد.^۴

بنأ به ملاحظه شرح فوق الذکر کود جزای افغانستان اعمال مخل حریم خصوصی افراد را جرم دانسته و از طریق آن حریم خصوصی افراد را مورد حمایت قرار داده و در صورت نقض حریم جسمانی افراد، برای مرتکب آن مجازات های را مقرر نموده است.

قانون وکلای مدافع افغانستان در ماده دوم اعلام میدارد:

«هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری یا برای اثبات حق خویش وکیل مدافع تعیین نماید.»^۵ برای اینکه اسرار ارتباطات وکیل و موکل فاش نگردد، ارتباط بین وکیل و موکل از جمله

^۱ - همان، ماده ۶۷۴.

^۲ - همان قانون، ماده ۶۳۶.

^۳ - همان، ماده ۶۳۷.

^۴ - همان قانون، ماده ۶۴۰.

^۵ - قانون وکلای مدافع افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره (۷۸۹)، مسلسل نمبر (۹۳۴)، مصوب سال ۱۳۸۶ ش، ماده ۲.

ارتباطات شخصی دانسته شده است و ورود بر آنها غیر مجاز در صورت نقض آن ناقض مطابق احکام قانون مورد پیگرد قرار میگیرند و به منظور اینکه وکیل مدافع از یک فضای مصئون و با اطمینان خاطر بتواند به وظیفه ای خویش رسیدگی نماید دفتر و امور مربوط به وکالت یک وکیل را جزء حریم خصوصی وکیل دانسته و به اساس ماده (۱۱) قانون متذکره هر نوع تعرض و مداخله به دفتر و امور وکیل مدافع غیر مجاز بوده و ناقض آن مطابق احکام قانون قابل تعقیب عدلی دانسته است. که در زمینه ماده مذکور بیان میدارد: «وکیل مدافع و دفتر وی از تعرض مصئون بوده، هیچ شخص به شمول دولت نمیتواند در امور آن مداخله یا مانع انجام وظیفه اش گردد، مگر به حکم قانون»^۱.

بنأ قانون وکلای مدافع در حفظ و مصونیت حریم خصوصی مظنونین و متهمین نقش عمده و اساسی را دارا می باشد.

ماده (۶۲۸): «شخصی که با استفاده از وسایل علنی اسرار فامیلی دیگری را به غیر از حالات مندرج ماده (۸۶۶) این قانون، افشاء کند، گر چه حقیقت داشته باشد، به جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می گردد.»

ماده (۶۲۹): (۱) شخصی که به مکالمه مخابراتی دیگری بدون اجازه گوش دهد یا آن را ثبت نماید، به جزای نقدی ده هزار افغانی، محکوم می گردد.

(۲) شخصی که اسراری را که توسط تلیفون یا ایمیل یا فکس یا مکتوب ارسالی یا به هر طریق دیگری به آن آگاهی حاصل کرده است به قصد وارد نمودن ضرر به دیگری افشاء کند، به جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می گردد.

نتیجه گیری :

امنیت و آزادی که از جمله نیازهای مبرم و اساسی بشر بوده، و نبود امنیت و آزادی در یک جامعه مشکلات مختلفی را در تمام عرصه های زندگی انسانها بوجود می آورد. حکومت ها مسئولیت تامین و حفظ امنیت و آزادی تمام شهروندان خویش را در یک کشور به عهده دارند. حریم خصوصی که جزء قلمرو شخصی تمام انسانها می باشد و هر کس انتظار دارد دیگران بدون اذن و رضایت اش به این قلمرو وارد نشوند یا هم به اطلاعات آن دسترسی نداشته باشند. اماکن خصوصی، منازل، اطلاعات شخصی، ارتباطات خصوصی، جسم، خلوت و تنهایی افراد، محل های کار، از جمله مهم ترین موارد حریم خصوصی می باشند. تفتیش و بازرسی های بدنی، دسترسی به اطلاعات و ارتباطات شخصی افراد، افشای مسایل خصوصی در اجتماع و رسانه های جمعی از جمله مهم ترین مصادیق ورود به حریم خصوصی پنداشته می شوند. اگر تاریخ را مطالعه نمایم متوجه خواهیم شد که مسئله ای حریم خصوصی و حمایت از آن در همه جوامع کم و بیش مطرح بوده و مورد

^۱ - همان قانون، ماده ۱۱.

حمایت قرار گرفته است. ولی حمایت از حریم خصوصی طوریکه که در حقوق کشورها تصریح گردیده و از آن به شکل اساسی حمایت گردیده در تحولات مختلف سده ای اخیر بوده است، که در همه جوامع انسانها کمی دیر یا زود به وقوع پیوسته یا هم در حال وقوع است. با توجه به تهدیدات روز افزون که از جانب افراد عادی جامعه بخش خصوصی و دولت علیه حریم خصوصی وجود دارد نیازمندی و ضرورت حمایت از حریم خصوصی بیش از پیش احساس می شود. و هدف از این حمایت عمدتاً عبارت است از دفاع از آبرو، حیثیت، آزادی و استقلال فردی افراد می باشد.

از طرف دیگر حریم خصوصی می تواند مانع و جلوگیری از آگاهی و اطلاعات راجع به زندگی خصوصی و شخصی افراد در جامعه گردد. در جامعه انسانها بعضی از امور را خصوصی و شخصی تلقی میکنند که این نقطه ضعف آنها پنداشته میشود یا هم با آبرو، عزت و حیثیت شان در ارتباط است و اگر حریم خصوصی افراد و اشخاص در جامعه مورد حمایت قرار نگیرد باعث می شود بعضی ها کوشش نمایند با دستیابی به اطلاعات خصوصی فرد یا افرادی که با افشای این اطلاعات شخصی، عزت، آبرو و حیثیت شان را در خطر انداخته و تهدید نمایند و از آنها بخاطر برآورده ساختن امیال و خواسته های شخصی خویش سوء استفاده نمایند. که این کار حیثیت، آبرو و عفت افراد را در جامعه لطمه زده و زندگی افراد را به مخاطره می اندازد. انسانها اکثراً اشتباهات و خطاهای خود را از دیگران پنهان میکنند. و در بسیاری از موارد این اشتباهات در تنهایی و دور از انظار مردم واقع می شوند. که غالباً با امور عمومی و اجتماعی هیچ نوع ارتباط ندارند و جامعه نیز نفع در دانستن اشتباهات و خطاهای افراد ندارد. پس تا وقتی که نیاز و ضرورت اساسی ایجاب ننماید باید از افشای امور خصوصی و پوشیده افراد و اشخاص جلوگیری گردد، حقوق حریم خصوصی کوشش مینماید که این هدف را برآورده نماید. حمایت از حریم خصوصی اوضاع و شرایط مناسب و لازمی را برای رشد و تکامل شخصیت انسانها مساعد میسازد. و این امکان را در جامعه برای انسانها مساعد میسازد که دور از فشارها و محدودیت ها و نظارت های انسانهای دیگر، در تنهایی به آرامش خاطر و امنیت کامل با میل و خواهش خودش زندگی نماید. بنأ حریم خصوصی با شرافت و کرامت انسانی رابطه تنگاتنگ و نزدیک دارد. که به همین دلیل، حق حریم خصوصی یک از مصادیق اساسی حقوق بشر پنداشته می شود و هم چنان امروزه، تقریباً همه کشورها حق حریم خصوصی را در قوانین اساسی خویش به شکل کلی مورد حمایت و شناسایی قرار داده اند و به حق عدم تعرض به اماکن و منازل، شخصی و خصوصی بودن ارتباطات افراد اشاره نموده اند. وارد شدن به بحث حریم خصوصی نه تنها انسان را از لحاظ گسترده گی قلمرو و پیچیدگی مفهوم این موضوع به چالش مواجه میسازد، بلکه از لحاظ تفسیر و تفاوت موقف سیستم های حقوقی کشورها و نحوه ای حمایت از حریم خصوصی یک محقق را در بدست آوردن یک نتیجه نسبی قناعت بخش در مورد مفهوم حریم خصوصی به مشکل مواجه نموده، و به دلیل عدم صراحت تمامی

مصادیق حریم خصوصی در قوانین نافذه کشورها استناد به اصول حمایتی حریم خصوصی ايجاب تحليل و تفسير عميق را با در نظر داشت داشته های اجتماعی، فرهنگی، دینی جامعه را میکند. با وجود این همه متاسفانه در نظام حقوقی افغانستان چه در تدوین قوانین و مقررات مختلف مرتبط با حریم خصوصی و چه در رویه های عملی، اهمیت این حق و آثار ناشی از آن در روابط اشخاص در جامعه با یک دیگر و با حکومت طوریکه باید درک میشد، نگردیده و حمایت های لازم از آن صورت نگرفته است. در قانون اساسی افغانستان متن خاصی که از حریم خصوصی حمایت کرده باشند وجود ندارد، اما در برخی از مواد و اصول قانون اساسی، حریم خصوصی مورد حمایت قرار گرفته است. می توان به مواد (۲۴، ۳۴، ۳۷) و (۴۰) قانون اساسی افغانستان اشاره نمود. ۱- در حقوق افغانستان از حریم خصوصی حمایت جزایی و غیر جزایی صورت گرفته است از یک طرف حریم خصوصی به عنوان حق مسلم افراد پیش بینی گردیده که به اساس آن اشخاص از یک سلسله امتیازات برخوردار میگردند و از طرف دیگر در قوانین نافذه جزایی کشور، ناقض حریم خصوصی به حیث مجرم معرفی شده و جزاهای متناسب به عمل ارتكابی پیش بینی گردیده است.

۲- حریم خصوصی فضایی که هیچ شخص دیگر به شمول دولت بدون رضایت شخص، جز در حالات استثنایی نمی تواند، در آن مداخله یا تعرض نمایند.

۳- در قوانین جزایی افغانستان نقض حریم خصوصی عمل جرمی پیش بینی گردیده است و برای مرتکب آن با در نظر داشت نوعیت حریم خصوصی و نحوه ی عمل ارتكابی، جزا تعیین گردیده است.

۴- در حقوق کشور افغانستان حریم خصوصی به عنوان یک حق مسلم افراد پیش بینی گردیده است و به استناد آن حق از یک طرف میتوانند طالب توقف تصرفات منحل حق حریم خصوصی گردند و از طرف دیگر در صورتی که از ناحیه نقض حریم خصوصی خساره ی به ایشان وارد گردد. میتوانند طبق روند قانونی مطالبه جبران آنرا نمایند. اما با آنکه قوانین و مقررات کنونی کشور از برخی مصادیق حریم خصوصی حمایت نموده اند. ولی این حمایت ها کافی و بسنده نمیباشد. در قوانین افغانستان با وجود که فصل تحت عنوان حریم خصوصی اختصاص داده نشده که بتوان با مراجعه به آن به تمامی مصادیق حریم خصوصی و اصول حمایتی آن دست یافت، لیکن به صورت ضمنی و تلویحی در قوانین افغانستان از جمله قانون اساسی افغانستان مصادیق اساسی و عمده حریم خصوصی جا داده شده است، که از لابلای مطالعه ای قوانین نافذه کشور اصول جزایی و غیر جزایی را در حمایه ای حریم خصوصی می توان استخراج نمود آنچه که خیلی مهم هست اینکه اکثرا در نظام حقوقی افغانستان حریم خصوصی افراد مورد حمایت قرار گرفته است اما ضمانت اجرایی جزایی در زمینه پیشبینی نشده است که انگشت انتقاد از این ناحیه بر نظام حقوقی افغانستان پابرجاست که در تحقیق حاضر به کرات از این خلا قانونی یاد آوری شده است. بنابر این سعی و تلاش زیادی صورت گرفته است تا به منظور رسیدن به یک نتیجه مطلوب در خصوص حریم

خصوصی، حمایت ها و ضمانت های اجرایی جزایی و غیر جزایی در خصوص حریم خصوصی در سیستم حقوقی افغانستان به بحث گرفته شود تا آنچه که مطلوب نظر ما که یک رساله تحقیقی کامل و عاری از نقص می باشد، حاصل گردد.

پیشنهاد ها :

با در نظر داشت و خلا های موجود در خصوص حریم خصوصی افراد، در نظام حقوقی افغانستان باید متذکر شد که بعد از مطالعه و تدقیق در نصوص قوانین نافذ کشور بگونه ای مختصر روی چند مورد می توان پیشنهاد ارایه نمود:

۱) - از آنجاکه قلمرو حریم خصوصی در پهلوی سایر پیشرفت های بشری در حال توسعه و افزودی بوده، مواردیکه منحصراً مصادیق حریم خصوصی در قوانین نافذ افغانستان به صورت ضمنی و تلویحی پیش بینی گردیده اقتضای فطری افراد ساکن این سرزمین را مبنی بر مسئولیت زندگی خصوصی شان اشباع ننموده و ضرورت است که قانون گذار کشور مصادیق مهم حریم خصوصی که در عصر حاضر تمامی کشور ها به خصوصی بودن آن اتفاق نظر دارند آنرا به صورت واضح که ایجاب تفسیر را از ناحیه خصوصی بودن ننماید در اسناد قانونی جا دهند تا خلای قانونی در زمینه مرفوع گردد.

۲) - احکام قانون مرتبط به حریم خصوصی بصورت واضح و روشن تصریح نگردیده که بتوان به استناد آن بدون تفسیر، موردی را جزء حریم خصوصی شمرد از این ناحیه نقد به قوانین نافذ کشور وارد هست بنابراین به منظور حمایت از حریم خصوصی، مصادیق حریم خصوصی در فصل جداگانه گنجانیده شود و یا قانون خاصی به منظور تنظیم و حمایت مصادیق حریم خصوصی در افغانستان وضع گردد تا نیاز به اثبات خصوصی بودن امری از طرف اشخاص نگردد.

۳) - ضمانت های اجرایی جزایی در خصوص حریم خصوصی افراد مشخص گردد طوریکه اگر در نصوص قوانین نظر اندازی شود به مواردی زیادی بر خواهیم خورد که حریم خصوصی افراد مورد حمایت قانونی قرار گرفته است اما ضمانت اجرایی جزایی پیشبینی نشده است که در تحقیق حاضر بابت این خلا بارها سیستم حقوقی کشور به چالش گرفته شده است که در آینده باید این خلاها توسط حقوق دانان و مرجع قانونگذاری مرفوع گردند.

۴) - با پیشرفت تکنولوژی در عصر حاضر روزه های جدید را برای نقض حریم خصوصی افراد باز نموده است، کار برد وسایل تکنولوژی در تمامی عرصه های زندگی از طریق وضع قانون جداگانه طوری تنظیم گردد که از این ناحیه به مسئولیت حریم خصوصی افراد در فضای حقیقی و مجازی، خدشه ای وارد نگردد.

منابع و مأخذ

الف - کتب:

۱ - قرآن کریم

- ۲ - جلال الدین احمد بن احمد محلی و جلال الدین عبدالرحمن بن سیوطی، تفسیر جلالین، مترجم، حسین رستمی، ارومیه، خیابان شهید مطهری، موسسه انتشاراتی حسینی اصل، سال، ۱۳۹۱،
 - ۳ - جوان، صدیقه، مسولیت مدنی ناشی از نقض حریم خصوصی تهران، انتشارات خرسندی، چاپ اول سال، ۱۳۹۴.
 - ۴ - سروش، محمد، مبانی حریم خصوصی (بر اساس منابع اسلامی)، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی چاپ اول تهران، زمستان، ۱۳۹۳.
 - ۵ - علامه، غلام حیدر، اصول محاکمات جزایی افغانستان، کابل، انتشارات دانشگاه ابن سینا، سال، ۱۳۹۴.
 - ۶ - علامه، غلام حیدر، عدالت جزایی در افغانستان، تهران، ناشر، محمد ابراهیم شریعتی، افغانستان (عرفان)، سال، ۱۳۹۰.
 - ۷ - علامه، غلام حیدر، اصول راهبردی حقوق کیفری در قوانین اساسی ایران و افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، انتشارات کتاب همگان با همکاری نشر میزان، چاپ اول سال ۱۳۸۹.
 - ۸ - مسعودی، نجمان، حقوق و آزادی های اشخاص در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، کابل، ناشر انتشارات سعید، سال ۱۳۹۴.
 - ۹ - نوری، عبدالعزیز، حقوق بشر کابل، انتشارات دانشگاه کاتب، چاپ دوم، بهار ۱۳۹۶.
 - ۱۰ - هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادیهای اساسی، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، بهار، ۱۳۹۱.
 - ۱۱ - رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزای افغانستان، سال، ۱۳۹۰، انتشارات جهان اسلام، کابل.
 - ۱۲ - انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، تهران، انتشارات، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ دوم، تابستان ۱۳۹۰.
- ب - مستندات :
- ۱۳ - کود جزای افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۳۶۰، ۲۵ ثور، سال ۱۳۹۶هـ - ش.
 - ۱۴ - قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب سال، ۱۳۸۲هـ - ش.
 - ۱۵ - قانون وکلای مدافع، افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۹۳۴، سال ۱۳۸۷هـ - ش.
 - ۱۶ - قانون اجراء جزایی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل، ۱۱۳۲ سال ۱۳۹۳هـ - ش.
 - ۱۷ - قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب سال، ۱۳۴۳هـ - ش.
 - ۱۸ - نظام نامه اساسی علیه دولت افغانستان، مصوب ۱۳۰۱ هـ - ش.
 - ۱۹ - مجموعه متحد المالها، مصوبات و رهنمود های ستره محکمه ج، ا، طبع، مطبعه تعلیمی دانشگاه نبراسکا - کابل، ۲۱ / حوت سال، ۱۳۸۹.
 - ۲۰ - قانون جزا افغانستان، مصوب سال، ۱۳۵۵ هـ - ش.
- ج - اعلامیه ها و کنوانسیونها:
- ۲۱ - اعلامیه جهانی حقوق بشر: تصویب شده ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸م، مجمع عمومی سازمان ملل متحد.
- د - سایت های انترنی
- ۲۲ - <http://www.shirazu.ac.ir.com>

اسباب اختلاف فقهاء در احکام زنا

(قسمت اخیر)

فهرست:

گفتار سوم: اصناف زانی ها ومجازاتشان	۱۲۳
اول: حد زنای محصن (مرد وزن ازدواج کرده) آزاد	۱۲۴
دوم: حد زنای بکر (دوشیزه و پسر ازدواج ناکرده) آزاد	۱۳۴
سوم: حد زنای پسر مجرد بازن متاهل آزاد و برعکس	۱۳۵
چهارم: حد زنای کنیز و غلام	۱۳۶
گفتار چهارم: صفت حد زنا	۱۳۷
اول: کندن گودال برای محکوم سنگسار	۱۳۷
دوم: وقت تنفیذ حد	۱۳۷
گفتار پنجم: دلایل اثبات حد زنا	۱۳۸
اول: اثبات زنا به اقرار	۱۳۸
دوم: اثبات زنا به شهادت	۱۳۹
سوم: اثبات زنا به ظهور حمل	۱۴۰

گفتار سوم: اصناف زانی ها ومجازاتشان

فقیه ابن رشد حنفی، باب دوم، «کتاب احکام الزنی» در بدایه المجتهد ونهایه المقتصد را به اصناف زانی ها وعقوبت آنها، اختصاص داده وبه زیبایی تمام ساده سازی کرده واصناف زانی ها را به جهت اختلاف جزاء، چهار صنف تقسیم کرده: آزادگان محصن (مرد وزن ازدواج کرده)، آزادگان بکر (مرد وزن ازدواج نکرده)، اختلاط محصن وبکر (مرد ازدواج کرده بادوشیزه)، غلام و کنیز وعقوبت هر صنف را با دلایل شرعی ونظریه فقهاء وسبب اختلاف آنها، توسعه داده که در ذیل به آنها پرداخته می شود.

اول: حد زناي محصن (مرد وزن ازدواج کرده) آزاد

حد مرد و زن زناکار محصن آزاد در شریعت اسلامی، سنگسار است. جمهور فقهایان این دیدگاه را دارند. مبنای نظرشان، حدیث، آثار صحابه و اجماع است. سنگسار به گفتار و کردار رسول الله، صلی الله علیه وسلم، ثابت است.

احادیث گفتاری رسول الله، صلی الله علیه وسلم، که به آنها، سنگسار ثابت است؛ اینها اند: ۱- عبدالله بن مسعود، رضی الله عنه، گفت: رسول الله، صلی الله علیه وسلم، فرمود: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِأَحَدٍ ثَلَاثٍ: الثَّيْبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ، الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ.»^۱؛ یعنی: ریزاندن خون مسلمان، جایز نیست؛ مگر، به یکی از سه: زناکار متاهل، خون در برابر خون، کیش گریز و جداشونده جماعت. ۲- عبادة بن صامت بدری، رضی الله عنه، نقل کرده، بی گمان نبی، صلی الله علیه وسلم، گفت: «خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا، الْبُكَرُ بِالْكَرِّ جُلْدُ مِائَةٍ وَنَفْسٌ سَنَةٍ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جُلْدُ مِائَةٍ وَالرَّجْمُ.»^۲؛ یعنی: از من بگیرید، بی گمان، الله متعال برای زنان زناکار راه نمود، (کیفر زناي) پسر بی زن بادوشیزه، صد شلاق و تبعید یک سال و (کیفر زناي) مرد و زن محصن، صد شلاق و سنگسار است. در برخی روایات حدیث، تغریب عام، ذکر است در معنی فرق ندارد. بنابراین، سنگسار به صراحت گفتار رسول الله، صلی الله علیه وسلم، حد زناي محصن است. رسول الله، صلی الله علیه وسلم، پنج سنگسار را در حیاتش حکم و اجراء کرده است که در ذیل هریک ذکر می شوند.

۱- سنگسار ماعز بن مالک اسلمی: عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: أَتَى رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ رَسُولَ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهُوَ فِي الْمَسْجِدِ، فَنَادَاهُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي زَنَيْتُ. فَأَعْرَضَ عَنْهُ فَتَنَحَّى تَلْقَاءَ وَجْهِهِ فَقَالَ: لَهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي زَنَيْتُ. فَأَعْرَضَ عَنْهُ، حَتَّى ثَنَى ذَلِكَ عَلَيْهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ. فَلَمَّا شَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ، دَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «أَيْكَ جُنُونٌ». قَالَ: لَا.

^۱. در کتب صحاح سته نقل شده است. عند مسلم في القصاص والديات ص ۵۹ ج ۲، وعند البخاري في الديات في باب قول الله: {أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ} ص ۱۰۱۶ ج ۲، وعند الترمذي فيه في باب ما جاء: لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِأَحَدٍ ثَلَاثٍ ص ۱۸۰ ج ۱، وعند أبي داود في أوائل الحدود ص ۲۴۲ ج ۲، وعند النسائي في أوائل القود ص ۲۳۷ ج ۲، وعند ابن ماجه في أوائل الحدود ص ۱۸۵. ر.ک. نصب الراية، ج ۴، ص ۳۲۳.

^۲. صحیح است. أخرجه مسلم [۱۳۱۶/۳]، كتاب الحدود: باب حد الزاني، حديث [۱۶۹۰/۱۲]، وأبو داود [۵۶۹-۵۷۰]، كتاب الحدود: باب في الرجم حديث [۴۴۱۵]، والترمذي [۴۱/۴]، كتاب الحدود: باب الرجم على الثيب، حديث [۱۴۳۴]، والدارمي [۱۸۱/۲]، كتاب الحدود: باب في تفسير قول الله تعالى: {أَوْ-يَجْعَلُ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا} [النساء: ۱۵]، وأحمد [۵/۳۱۳، ۳۱۷، ۳۱۸، ۳۲۰، ۳۲۱]، ر.ک. تلخیص الحبير، ج ۴، ص ۱۳۹، حدیث شماره ۱۷۴۵.

قَالَ: «فَهَلْ أَحْصَنْتَ؟» قَالَ: نَعَمْ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَذْهَبُوا بِهِ فَرَجُمُوهُ»^١؛ یعنی: ابوهریره، رضی الله عنه، گفت: مردی از مسلمانان نزد رسول الله، صلی الله علیه وسلم، در مسجد آمد، صدا زد و پس گفت: ای رسول الله! صلی الله علیه وسلم، بی گمان من زنا کردم. رسول الله، صلی الله علیه وسلم، از او روی گردانید، مرد مقابل رسول الله، صلی الله علیه وسلم، آمد، گفت: ای رسول الله! صلی الله علیه وسلم، بی گمان من زنا کردم. رسول الله، صلی الله علیه وسلم، از او روی گردانید، تا اینکه چهار مرتبه آن سخن را گفت. بعد از چهار مرتبه اقرار به زنا، رسول الله، صلی الله علیه وسلم، آن مرد را فراخواند و گفت: آیا دیوانه هستی؟ گفت: نه. گفت: محسن هستی؟ گفت: بلی. پس رسول الله، صلی الله علیه وسلم، دستور داد که این مرد را ببرید و سنگسارش کنید.

هجده نفر صحابه از جمله؛ جابر بن عبد الله، ابن عباس، بریده، جابر بن سمرة، ابي سعيد، واللاج، نعيم بن هزال، ابي، مرسل ابن المسيب، ابي بكر الصديق، ابي ذر، رضی الله عنهم، نیز با تفاوت اندک الفاظ حدیث را روایت کرده اند. پس حدیث متواتر است.^٢

٢- سنگسار زنی از قبیله غامدی: «عَنْ بُرَيْدَةَ أَنَّ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ الْأَسْلَمِيَّ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ ظَلَمْتُ نَفْسِي وَزَنَيْتُ وَإِنِّي أُرِيدُ أَنْ تُطَهِّرَنِي. فَرَدَّهُ فَلَمَّا كَانَ مِنَ الْغَدِ أَتَاهُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ. فَرَدَّهُ الثَّانِيَةَ فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إِلَى قَوْمِهِ، فَقَالَ: «أَتَعْلَمُونَ بِعَقْلِهِ بَأْسًا تُنْكِرُونَ مِنْهُ شَيْئًا». فَقَالُوا: مَا نَعْلَمُهُ إِلَّا وَفَى الْعَقْلُ مِنْ صَالِحِينَ فِيمَا نَرَى. فَأَتَاهُ الثَّلَاثَةَ فَأَرْسَلَ إِلَيْهِمْ أَيْضًا فَسَأَلَ عَنْهُ فَأَخْبَرُوهُ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ وَلَا بِعَقْلِهِ، فَلَمَّا كَانَ الرَّابِعَةَ حَفَرَ لَهُ حُفْرَةً ثُمَّ أَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ. قَالَ: فَجَاءَتِ الْغَامِدِيَّةُ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ فَطَهِّرْنِي. وَإِنَّهُ رَدَّهَا فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ تَرُدَّنِي لَعَلَّكَ أَنْ تَرُدَّنِي كَمَا رَدَدْتَ مَاعِزًا فَوَاللَّهِ إِنِّي لِحَبْلِي. قَالَ: «إِمَّا لَا فَأَذْهَبِي حَتَّى تَلْدِي». فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي خُرْقَةٍ، قَالَتْ: هَذَا قَدْ وَلَدْتَهُ. قَالَ: «أَذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطَمِيهِ». فَلَمَّا فَطَمَتْهُ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي يَدِهِ كَسْرَةً خَبْزٍ، فَقَالَتْ: هَذَا يَا نَبِيَّ اللَّهِ قَدْ فَطَمْتُهُ وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ. فَدَفَعَ الصَّبِيَّ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَحُفِرَ لَهَا إِلَى صَدْرِهَا وَأَمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوهَا. فَيُقْبَلُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ بِحَجَرٍ فَرَمَى رَأْسَهَا فَتَنْضَحَ الدَّمُ عَلَى وَجْهِ خَالِدٍ فَسَبَّهَا

^١ صحیح است. أخرجه البخاري [١٢/ ١٣٦]، كتاب الحدود: باب سؤال الإمام المقر هل أحصنت؟

حدیث [٦٨٢٥]، ومسلم ولفظ از او است [٣/ ١٣١٨]، كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنا، حدیث [١٦/ ١٦٩١]، وأحمد [٢/ ٤٥٣]، والبيهقي [٨/ ٢١٩]، كتاب الحدود: باب من أجاز أن لا يحضر الإمام، والبخاري في "شرح السنة" [٥/ ٤٦٥، ٤٦٦-]، كلهم من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن أن أبا هريرة.

^٢ الكتاني، ابي عبد الله محمد بن جعفر. نظم المتناثر من الحديث المتواتر، تحقيق: شرف حجازي. مصر: دار الكتب السلفية، الطبعة الثانية، ب_ت، ص ١٦٣.

فَسَمِعَ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، سَبَّهَ إِيَّاهَا؛ فَقَالَ: «مَهْلًا يَا خَالِدُ فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لَغُفِرَ لَهُ». ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَصَلَّى عَلَيْهَا وَدَفِنَتْ.^۱؛ یعنی: بریده، رضی الله عنه، روایت کرده که ماعز بن مالک اسلمی، نزد پیامبر، صلی الله علیه وسلم، آمد و گفت: ای پیامبر! بی گمان من بر نفس خود ستم کردم و زنا کردم و قصد دارم که شما مرا پاک کنید. پیامبر، صلی الله علیه وسلم، نپذیرفت و فردای آن روز باز آمد و گفت: ای پیامبر! بی گمان من زنا کردم. پیامبر بار دوم هم نپذیرفت. رسول الله، صلی الله علیه وسلم، نفری به سوی خویشاوندانش فرستاد که (به پرسد): آیا در خرد او نقصانی را می دانید و بد کرداری از او دیده اید؟ (که دلالت به بی خردی و کم خردی وی نماید)، گفتند: نمی دانیم مگر اینکه او کامل عقل است و از نظر ما از نیکان ماست. ماعز مرتبه سوم آمد و رسول الله، صلی الله علیه وسلم، باز هم نفر فرستاد و در موردش از خویشاوندانش پرسید و آنها اطلاع دادند که در تن و عقلش نقصانی ندارد و در مرتبه چهارم، گودالی برایش کند و دستور داد و سنگسار کرده شد. بریده، رضی الله عنه، گفت: زنی از قبیله غامدی آمد و گفت: ای رسول الله! صلی الله علیه وسلم، بی گمان من زنا کرده ام و مرا پاک کن. و پیامبر، صلی الله علیه وسلم، حرفش را نپذیرفت. فردای آن روز آن زن گفت: ای رسول الله! چرا مرا رد می کنی؟ شاید میخواهی مثل ماعز مرا رد کنی، به خدا سوگند، من (از زنا) باردارم؛ گفت: اکنون، نه. برو تا زایمان کنی. راوی گفت: بعد از زایمان با کودک نزد رسول الله، صلی الله علیه وسلم، آمد و گفت: این کودک را زاده ام. پیامبر، صلی الله علیه وسلم، گفت: برو برش شیر بده تا اینکه از شیر بازگیری. هنگامی که آن کودک را از شیر بازگرفت و نزد پیامبر، صلی الله علیه وسلم، آمد که در دست کودکش توتة نان بود و گفت: ای رسول الله! این کودک را از شیر بازگرفته ام و غذا می خورد. پیامبر، صلی الله علیه وسلم، کودک را به مردی از مسلمانان سپرد و دستور داد، گودالی تاسینه اش کنده شد و فرمان داد مردم را تازن را سنگسار کنند. خالد بن ولید، رضی الله عنه، نزدیک زن رفت و با سنگی در سرش زد و خونش در روی خالد انتشار کرد و زن را دشنام داد و رسول الله، صلی الله علیه وسلم، دشنام او را به زن شنید، پس گفت: آرام باش ای خالد! سوگند به ذاتی که جانم در دست اوست؛ بی گمان آن زن چنان توبه کرده، اگر با جگری چنان توبه می کرد، حتما بخشیده می شد. پس بر آن زن نماز گزارد و به خاک سپرده شد. داستان سنگسار ماعز وزن غامدی در حدیث مذکور به صراحت نقل شده است.

۳- سنگسار زنی از قبیله جهینه: «عَنْ عُمَرَ بْنِ حُصَيْنٍ أَنَّ امْرَأَةً مِنْ جُهَيْنَةَ أَتَتْ نَبِيَّ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهِيَ حَبْلَى مِنَ الزَّانِي، فَقَالَتْ: يَا نَبِيَّ اللَّهِ أَصَبْتُ حَدًّا فَأَقِمَّهُ عَلَيَّ، فَدَعَا نَبِيُّ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَلِيَّهَا، فَقَالَ: «أَحْسِنُ إِلَيْهَا فَإِذَا وَضَعْتَ فَأَتِنِي بِهَا». فَفَعَلَ فَأَمَرَ بِهَا نَبِيُّ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ

^۱. القشیری، ابوالحسن مسلم بن الحجاج. الجامع الصحیح المسمی صحیح مسلم بیروت: دارالجلیل،

ب_ت، ج ۵، ص ۱۲۰، حدیث شماره ۴۵۲۸.

عليه وسلم، فَشَكَتْ عَلَيْهَا ثِيَابُهَا ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَرُجِمَتْ، ثُمَّ صَلَّى عَلَيْهَا، فَقَالَ: لَهُ عُمَرُ تُصَلِّي عَلَيْهَا يَا نَبِيَّ اللَّهِ وَقَدْ زَنَتْ؟ فَقَالَ: «لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ قُسِمَتْ بَيْنَ سَبْعِينَ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ لَوَسِعَتْهُمْ وَهَلْ وَجَدْتَ تَوْبَةً أَفْضَلَ مِنْ أَنْ جَادَتْ بِنَفْسِهَا لِلَّهِ تَعَالَى؟»^١ يعني: عمران بن حصین، رضی الله عنه، روایت کرده که زنی باردار از زنا از قبلة جهنمه نزد رسول الله، صلی الله علیه وسلم، آمد و گفت: ای رسول الله! حدی را مرتکب شدم و بالایم تطبیق کن، رسول الله، صلی الله علیه وسلم، خویشاوند نزدیک او را فراخواند و گفت: همراهش خوبی کن و بعد از زایمان نزد من بیاور. او چنین کرد و پیامبر، صلی الله علیه وسلم، دستور داد و لباس هایش بر بدنش خوب پیچیده شد و سپس حکم داد و زن سنگسار کرده شد. پس براو نماز گزارد و عمر، رضی الله عنه، گفت: ای رسول الله! برزانی نماز می گزاری؟ گفت: بی گمان چنان توبه کرده؛ اگرین هفتاد نفر از باشندگان مدینه توزیع کرده شود باز هم فزونی می کند و آیا توبه بهتر از آن میایی که شخص خود را به خدا پیشکش کند؟

فقیه ابن رشد، آنرا به حیث فرد مستقل تذکر داده؛ ولی صنعانی در کتاب سبل السلام آنرا با قضیه غامدی یکی دانسته است.

۴- سنگسار زنی در قضیه اجیر: «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُمَا قَالَا: إِنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَعْرَابِ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْشُدُكَ اللَّهَ إِلَّا قَضَيْتَ لِي بِكِتَابِ اللَّهِ. فَقَالَ الْخَصْمُ الْآخَرُ وَهُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ نَعَمْ فَأَقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَذِّنْ لِي. فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، «قُلْ». قَالَ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا فَرَزَنِي بِأَمْرَاتِهِ وَإِنِّي أُخِيرْتُ أَنْ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ فَأَتَيْتُهُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَوَلِيدَةٍ، فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ ابْنِي جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَأَنْ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا الرَّجْمِ. فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا أَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ الْوَلِيدَةَ وَالْغَنَمَ رَدًّا وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَاعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا». قَالَ: فَغَدَا عَلَيْهَا فَأَعْتَرَفَتْ فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ،

۱. أخرجه مسلم [۱۳۲۴/۳]، كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث [۱۹۹۶/۲۴]،

وأبو داود [۵۵۶/۲]، كتاب الحدود: باب المرأة التي أمر النبي برفعها من جهينة، حديث [۴۴۴۰]،

والترمذي [۳۳/۴]، كتاب الحدود: باب تربص الرجم بالحبل حتى تضع، حديث [۱۴۳۵]، والدارمي

[۱۸۰-۱۸۱]، كتاب الحدود: باب الحامل إذا اعترفت بالزنا، وأحمد [۴۲۹/۴] - ۴۳۰، ۴۳۸،

[۴۴۰]، وعبد الرزاق [۳۲۵/۷]، رقم [۱۳۳۴۸]، وأبو داود الطيالسي [۱/۲۹۹]، ۳۰۰ - منحة]، رقم

[۱۵۲۴]، وابن الجارود في "المنتقى" رقم [۸۱۵]، وابن حبان [۴۴۲۴ - الإحسان]، والبيهقي [۸/

۲۱۷]، كتاب الحدود: باب المرحوم يغسل ويصلى عليه ثم يدفن، كلهم من طريق يحيى بن أبي كثير عن أبي

قلاية عن أبي المهلب عن عمران بن حصين. وقال الترمذي: حسن صحيح. ر. ك. تلخيص الحبير، ج ۴، ص

۱۴۶.

فَرُجِمَتْ»^١؛ یعنی: ابوهریره وزید بن خالد جهنی، رضی الله عنهما، گفتند: مردی از صحرانشین ها پیش رسول الله، صلی الله علیه وسلم، آمد و گفت: ای رسول الله! الله راه نمای تو باشد که برایم به قرآن فیصله کنی. دیگرش که داناتر بود گفت: بلی، بین ما به قرآن حکم کن و اجازه بده! رسول الله، صلی الله علیه وسلم، فرمود: بگو. گفت: پسر امیر این بود و بازنش زنا کرده است. به من گفته شد که کیفر پسر، سنگسار است و عوض آن صدگوسفند و کنیزی دادم. اهل دانش را پرسیدم، جواب دادند که کیفر پسر صد تازیانه و یک سال تعبید و کیفر همسر این مرد، سنگسار است. رسول الله، صلی علیه وسلم، گفت: سوگند به ذاتی که جانم در دست اوست! بی گمان به قرآن بینتان حکم می کنم، کنیز و گوسفندان بر تو مسترد و کیفر پسر صد شلاق و یک سال تعبید است. ای انیس! فردا نزد همسر این مرد برو، اگر اقرار کرد، سنگسارش کن. راوی گفت: فردای آن روز همسر آن مرد، به زنا اقرار کرد و به حکم رسول الله، صلی الله علیه وسلم، سنگسارش شد.

۵- سنگسار مرد وزن یهودی: «أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو أَخْبَرَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ، صلی الله علیه وسلم، أَتَى يَهُودِيَّ وَيَهُودِيَّةً، قَدْ زَنَّا فَأَنْطَلَقَ رَسُولُ اللَّهِ، صلی الله علیه وسلم، حَتَّى جَاءَ يَهُودٌ. فَقَالَ: «مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَةِ عَلَى مَنْ زَنَى». قَالُوا: نَسُودُ وَجُوهَهُمَا وَنَحْمِلُهُمَا وَنُخَالِفُ بَيْنَ وَجُوهِهِمَا وَيُطَافُ بِهِمَا. قَالَ: «فَاتُوا بِالتَّوْرَةِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ». فَجَاءُوا بِهَا فَقَرَأُوهَا حَتَّى إِذَا مَرُّوا بِآيَةِ الرَّجْمِ وَضَعَ الْفَتَى الَّذِي يَقْرَأُ يَدَهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ وَقَرَأَ مَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا وَرَاءَهَا فَقَالَ: لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ وَهُوَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ، صلی الله علیه وسلم، مُرَّةً فَلْيَرْفَعْ يَدَهُ فَرَفَعَهَا فَإِذَا تَحْتَهَا آيَةُ الرَّجْمِ فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللَّهِ، صلی الله علیه وسلم، فَرَجِمَا. قَالَ: عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو كُنْتُ فِيمَنْ رَجَمَهُمَا فَلَقَدْ رَأَيْتُهُ يَقِيهَا مِنَ الْحِجَارَةِ بِنَفْسِهِ»^٢

١. أخرجه مالك ٨٢٢/٢، كتاب الحدود: باب ما جاء في الرجم، حديث ٦، والبخاري ١٨٥/١٢، كتاب الحدود: باب الإمام يأمر رجلاً فيضرب الحد غائباً، حديث ٦٨٥٩، ٦٨٦٠، ومسلم ١٣٢٤/٣، كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث ١٦٩٧/٢٥، ١٦٩٨، وأبو داود ٥٥٨/٢، كتاب الحدود: باب المرأة التي أمر النبي بوجعها من جهينة، حديث ٤٤٤٥، والسنائي ٢٤٠/٨-٢٤١، كتاب آداب القضاء: باب صون النساء عن مجلس الحكم، حديث ٥٤١١، والترمذي ٣٩/٤-٤٠، كتاب الحدود: باب ما جاء في الرجم على الثيب، حديث ١٤٣٣، وابن ماجه ٨٥٢/٢، كتاب الحدود: باب حد الزنا، حديث ٢٥٤٩، وأحمد ١١٥/٤-١١٦، والدارمي ٩٨/٢، كتاب الحدود، وعبد الرزاق ١٣٣٠/٩، والحميدي ٨١١، وابن الجارود في المنتقى رقم ٨١١، والطحاوي في مشكل الآثار ٢١/١-٢٢، والبيهقي ٢٧٤/١٠-٢٧٥، كلهم من طريق الزهري عن عبيد الله عن أبي هريرة وزيد بن خالد به. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. ر. ك. تلخيص الحبير، ج ٣، ص ٤٨٩، حديث شماره ١٦٢٧.

٢. أخرجه مالك [٨١٩/٢]، كتاب الحدود: باب ما جاء في الرجم، حديث [١]، والبخاري [٦٣١/٦]، كتاب المناقب: باب قول الله تعالى: {يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ} [البقرة: ١٢٦]... حديث [٣٦٣٥]، ومسلم [١٣٢٦/٣]، كتاب الحدود: باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى، حديث [١٦٩٩/٢٦]، وأبو داود [٥٥٨/٢]، كتاب الحدود: باب في رجم اليهوديين، حديث [٤٤٤٦]، والترمذي [٤٣/٤]، كتاب

؛ یعنی: عبدالله بن عمر، رضی الله عنهما، روایت کرده که مرد وزن یهودی زنا کرده بودند، نزد رسول الله، صلی الله علیه وسلم، آورده شدند و با آنها پیش یهودی ها رفت و از یهودی ها پرسید: درباره حکم کسی که زنا کند در تورات چه می یابید؟ گفتند: روی شان را سیاه و بر مرکبی سوار و روی شان را به طرف دم سواری می کنیم و در شهر گردش شان می دهیم. گفت: اگر راست گویان اید، تورات را بیاورید. تورات را آوردند و خواندند تا آیت سنگسار، و خواننده جوان، دستش را بر آیت سنگسار گذاشت و پیش و پس آنرا خواند. عبدالله بن سلام، رضی الله عنه، همراهی پیامبر، صلی الله علیه وسلم، بود به او گفت: به او فرمان بده تا دستش را بردارد، و برداشت که دیدند، در زیر آن آیت سنگسار بود. رسول الله، صلی الله علیه وسلم، حکم به سنگسار کرد و هردو سنگسار شدند. ابن عمر، رضی الله عنهما، گفت: من در میان سنگسارگران دو یهودی بودم، مرد را دیدم که باتن خود زن را از سنگ ها حفظ می کرد. احادیث دیگر هم در اثبات سنگسار است؛ ولی به نظر نویسنده برای شخص بینا، همین اندازه بسنده است.

از بزرگان صحابه کرام، رضی الله عنهم، نیز آثاری نقل شده که دلالت میکنند، کیفر زناى محصن سنگسار است و آنرا اجراء نیز کرده اند، از جمله: «عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ يَقُولُ، قَالَ: عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَهُوَ جَالِسٌ عَلَى مَنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إِنَّ اللَّهَ قَدْ بَعَثَ مُحَمَّدًا، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بِالْحَقِّ وَأَنْزَلَ عَلَيْهِ الْكِتَابَ فَكَانَ مِمَّا أَنْزَلَ عَلَيْهِ آيَةُ الرَّجْمِ قَرَأْنَاهَا وَوَعَيْنَاهَا وَعَقَلْنَاهَا. فَرَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَرَجَمْنَا بَعْدَهُ فَأَخْشَى أَنْ يَطَالَ بِالنَّاسِ زَمَانٌ أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ مَا نَجِدُ الرَّجْمَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَيُضِلُّوا بِتَرْكِ فَرِيضَةٍ أَنْزَلَهَا اللَّهُ وَإِنَّ الرَّجْمَ فِي كِتَابِ اللَّهِ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى إِذَا أَحْصَنَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَوْ كَانَ الْحَبْلُ أَوْ الْإِعْتِرَافُ.»؛ یعنی: عبدالله بن

الحدود: باب ما جاء أحل الكتاب، حديث [١٤٣٦]، وابن ماجه [٨٥٤ / ٢]، كتاب الحدود: باب رجم اليهودي واليهودية، حديث [٢٥٥٦]، والدارمي [١٧٨ - ١٧٩]، كتاب الحدود: باب في الحكم بين أهل الكتاب إذا تحاكموا إلى حكام المسلمين، والشافعي [٨١ / ٢]، كتاب الحدود: باب حد الزنا، حديث [٢٦٤]، وأحمد [٥ / ٧، ١٧، ٦٢، ٦٣، ٧٦، ١٢٦]، وعبد الرزاق في "المصنف" [٣١٨ / ٧]، رقم [١٣٣٣١، ١٣٣٣٢]، وابن الجارود في "المنتقى" رقم [٨٢٢]، وأبو داود الطيالسي [١ / ٣٠١ - منحة]، رقم [١٥٣٠]، والحميدي [٣٠٦ / ٢]، رقم [٦٩٦]، والبيهقي [٢٤٦ / ٨]، كتاب الحدود: باب ما جاء في حد الذميين، والغوي في "شرح السنة" [٥ / ٤٦٢ -]، كلهم من طريق نافع عن ابن عمر. قال الترمذي: حسن صحيح. ر. ك. تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٥٥-١٥٦.

^١. أخرجه البخاري [١٢ / ١٤٨، ١٤٩]، كتاب الحدود: باب رجم الحبلى من الزنى إذا أحصنت، رقم [٦٨٣٠]، [٣١٥، ٣١٦]، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة: باب ما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم وحض على اتفاق أهل العلم، وما اجتمع عليه الحرمان: مكة المدينة...، رقم [٧٣٢٣]، ومسلم ولفظ له [٣ / ١٣١٧]، كتاب الحدود: باب رجم الثيب الزاني، رقم [١٥ / ١٦٩١]، وأبو داود [٢ / ٥٥٠]، كتاب

عباس، رضی الله عنه، می گوید: عمر بن خطاب، رضی الله عنه، نشسته بر منبر رسول الله، صلی الله علیه وسلم، بود و گفت: بی گمان، الله متعال، محمد، صلی الله علیه وسلم، را به حق فرستاده و کتاب بالایش فرو فرستاد و در آنچه بالایش فرو فرستاده، آیت سنگسار بود، آنرا خواندیم و حفظ کردیم و دانستیم. رسول الله، صلی الله علیه وسلم، سنگسار کرد و پس از او سنگسار کردیم. می هراسم که گاه بر مردم امتداد یابد و گوینده بگوید: ما کیفر سنگسار را در قرآن کریم نمی یابیم. پس با فرو گذاشت واجبی که الله متعال فرو فرستاده، بیراه شوند. بی گمان، کیفر سنگسار بالای زنان و مردان متاهلی که زنا کنند و گواه اقامه شود یا زن باردار باشد یا اقرار به زنا کند، در قرآن کریم ثابت است. «الشَّعْبِيُّ يُحَدِّثُ عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حِينَ رَجِمَ الْمَرْأَةُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَقَالَ: قَدْ رَجَمْتُهَا بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.»^۱ یعنی: شعبی می گفت: علی، رضی الله عنه، وقتی که زن (شراحه همدانی)^۲ را روز جمعه سنگسار کرد و گفت: بی گمان به سنت رسول الله، صلی الله علیه وسلم، سنگسار کردم.

صحابه، رضی الله عنهم، سنگسار را به حکم رسول الله، صلی الله علیه وسلم، عمر و علی، رضی الله عنهم، اجراء کردند. مانع اجراء حکم سنگسار نشدند. پس کیفر سنگسار در زنا (محضن) مرد و زن ازدواج کرده (آزاد به اجماع^۳ و اتفاق مسلمین نیز ثابت است.^۴ فقیه ابن رشد حنفی، اصحاب قول مخالف جمهور فقهاء را فرقه اهل هوا خوانده و نامی از آنها و دلایل شان نبرده است. به نظرش دلایل فرقه مذکور ضعیف و وهمی است. آن فرقه معتزله و خوارج اند. اینها حد زنا (محضن و غیر محضن را تنها شلاق گفته اند. حد سنگسار را به دلایل ذیل، مشروع ندانسته اند:

-
- الحدود: باب في الرجم، رقم [٤٤١٨]، والترمذي [٣٨ / ٤]، كتاب الحدود: باب ما جاء في تحقيق الرجم، رقم [١٤٢٣]، وابن ماجه [٢ / ٨٥٣]، كتاب العتق: باب الرجم، رقم [٢٥٥٣]، ومالك [٢ / ٨٢٣]، كتاب الحدود: باب ما جاء في الرجم، رقم [٨] مختصراً. والبيهقي [٨ / ٢١٠ - ٢١١]، كلهم من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنه عن عمر رضي الله عنه أنه خطب... فذكر الحديث وفيه آية الرجم.^۱ البخاري، محمد بن اسماعيل. الجامع الصحيح المختصر، تحقيق وتعليق: مصطفى ديب البغا. بيروت: دار ابن كثير، الطبعة الثالثة، سال ١٤٠٧ هـ، ج ٦، ص ٢٤٩٨، حديث شماره ٦٤٢٧.
- ^۲ الطحاوی، ابو جعفر احمد بن محمد. پیشین، ج ٣، ص ١٤٠.
- ^۳ ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم. الإجماع، ص ٣٩. موجود در مکتبه شامله. همچنان، الجزیری، عبدالرحمن. پیشین، ج ٥، ص ٦٣.
- ^۴ ابن حزم ظاهری، علي بن أحمد بن سعيد. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات. بيروت: دار الكتب العلمية، ب_ت، ص ١٢٩. همچنان در کتاب احکام الزنا در بدايت المجتهد ونهايت المقصد، ص ٦٨٧. عوده، عبدالقادر. پیشین، ج ٤، ص ٤٨ و ٥٤. کذا زحیلی، وهبه. پیشین، ج ٧، ص ٥٣٦٥.
-

۱- حد سنگسار شدیدترین، حد است. اگر مشروع می بود در قرآن کریم ذکر می شد و عدم ذکر آن در قرآن دلیل عدم مشروعیت آن است. ۲- حد کنیز زانی نصف حد زانی آزاد است. الله متعال فرموده است: ﴿فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾؛^۱ یعنی: اگر پس از ازدواج، از ایشان (کنیزان) زنا سرزد، جزاء ایشان نیم جزاء زنان آزاد است. سنگسار نیم نمی شود، پس، حد زن آزاد نیست. ۳- الله متعال فرموده است: ﴿الرَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾؛^۲ یعنی: هر یک از زن و مرد زناکار را صد شلاق بزنید. حکم آیت مذکور، عام بر تمام زناکاران است و تخصیص زانی محصن از آن، مخالفت با قرآن است.^۳ ۴- کیفر سنگسار در صدر اسلام مشروع بوده، سپس به آیت مذکور نسخ شده است.^۴

سبب اختلاف در اینجا قواعد اصولی، عام و خاص و ناسخ و منسوخ است. جمهور فقهاء، آیت دوم سوره نور را به احادیث متواتر و مشهور گفتاری و کرداری رسول الله، صلی الله علیه و سلم، تخصیص نموده اند و حد زانی محصن را از عموم آیت مذکور خارج ساخته اند و آیت را مقصور به حد زانی غیر محصن کرده اند؛ ولی، خوارج و معتزله آیت دوم سوره نور را ناسخ احادیث پیامبر، صلی الله علیه و سلم، دانسته اند و حد سنگسار را منسوخ گفته اند.

باور مندم که دلایل جمهور فقیهان اسلامی قوی است و دلایل قول مخالف آنها ضعیف می نماید؛ زیرا عدم ذکر حد سنگسار در قرآن کریم دال به عدم مشروعیت و ثبوت آن نیست. بسیاری از احکام شریعت اسلامی در قرآن به تفصیل ذکر نشده است و از جمله حد شرب خمر، تعداد رکعت های نماز و مقادیر زکات را می توان مثل زد که به گفتار و کردار رسول الله صلی علیه و سلم، ثابت شده اند و خواجه و معتزله نیز آنها را قبول دارند. آیت: ﴿فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾؛ نیز دلالت به عدم مشروعیت حد سنگسار ندارد؛ چونکه منظور از عذاب در آیت مذکور شلاق است که نصف شدنی می باشد. در عام بودن آیت دوم سوره نور تردید نیست؛ ولی به تخصیص آن احادیث متواتر حد اقل متواتر معنوی وجود دارد و بسیاری احکام عام قرآن به سنت مشهور تخصیص شده که احراز و مقدار در حدسرت را می توان مثل زد و حتا به قول عمر، رضی الله عنه، حد سنگسار به آیت قرآن ثابت بوده که لفظش نسخ و حکمش باقی است. فقیهان اسلامی آنرا تحت عنوان نسخ لفظی مثل زده اند و روایات صحیح را در زمینه استدلال کرده اند. خوارج و معتزله نیز مشروعیت حد سنگسار در زانی محصن را در صدر اسلام پذیرفته اند؛ ولی ادعای نسخ آنرا به آیت دوم سوره نور کرده اند. این ادعای مانعی صحیح است که بعد از نزول آیت

^۱. سوره نساء، آیت ۲۵.

^۲. سوره نور، آیت ۲.

^۳. صابونی، محمد علی. روائع البیان تفسیر آیات الاحکام. پشاور: کتبه فریدیه، بت-ت، ج ۲، ص ۱۶.

^۴. الجزیری، عبدالرحمن. همان، ج ۵، ص ۶۲.

دوم سوره نور سنگساری نشده باشد. گذشت که به روایت صحیح عمر، رضی الله عنه، در زمان خلافتش در میان صحابه و تابعین، رضوان الله علیهم اجمعین، خطابه داد و حد سنگسار را به قرآن ثابت دانست و فرمود: رسول الله، صلی الله علیه وسلم، زانی محصن را سنگسار کرد و ما هم سنگسار کردیم و علی، رضی الله عنه، به روایت صحیح در زمان خلافتش، حکم به سنگسار شراحه کرد و صحابه آنرا تطبیق و اجراء کردند و هیچ کسی از آنها بر حکم او اعتراض نکرد. علاوه بر آن جمهور فقهاء، حضور ابوهریره، رضی الله عنه، را در سنگسار کردن در عصر نبوت، دلیل به عدم نسخ آن گرفته اند؛ چونکه سوره نور در قضیه افک در سال پنجم یا ششم هجری نازل شده و ابوهریره، رضی الله عنه، در سال هفتم هجری اسلام آورده است.^۱ اینها دلالت میکنند که حد سنگسار نسخ نشده است. پس می توان گفت که حد سنگسار از لحاظ حدیث به لفظ و حکم و از نظر قرآن به حکم ثابت است.

فقیه ابن رشد نگاشته، جمهور فقیهان اتفاق دارند که حد زانی محصن سنگسار است؛ ولی در دو محل با هم اختلاف کرده اند:

محل اول: جمع شلاق با سنگسار، آیا پیش از تنفیذ حد سنگسار، زانی محصن شلاق زده شود یا خیر؟ علماء دو نظر دارند. جمهور فقیهان اسلامی گفته اند که بالای مستحق حد سنگسار، تازیانه نیست. از نظر اینها، حد زانی محصن تنها سنگسار کردن تا مرگ است و پیش از اجرای آن شلاق زده نشود؛ زیرا، به روایات صحیح رسول الله، صلی الله علیه وسلم، ما عزالسملی و زنی از قبیله جهینه و زنی از قبیله غامدی و دونفریهودی را سنگسار کرد و یکی از آنها را قبل از اجرای حد مذکور، شلاق نزده است. احادیث در صفحات پیشین به تفصیل ذکر شده است. به اضافه آن، هدف از حد، بازداشتن از ارتکاب جرایم است و آن به سنگسار کردن دستیاب میشود و جمع کردن تازیانه و سنگسار، اثری در کیفیت بازدارندگی ندارد و مهمتر از آن قاعده تداخل کیفر خفیف در کیفر شدید نیز مطرح است.

فقیهان امام احمد، حسن بصری، اسحاق و داود، رحمهم الله، گفته اند که زانی متاهل شلاق زده میشود و پس از آن سنگسار میگردد. اینها به عموم آیت: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾^۲؛ یعنی: هر یک از زن و مرد زناکار را صد شلاق بزنید. استدلال کرده اند که بین زانی مجرد و متاهل تفریق نکرده است و دیگر به حدیث گفتاری رسول الله، صلی الله علیه وسلم: «وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَالرَّجْمُ»^۳؛ یعنی: و (کیفر زانی) مرد و زن متاهل، صد شلاق و سنگسار است. فعل و قول علی، رضی الله عنه، نیز دلیل گرفته اند که شراحه همدانی را در روز پنجشنبه صد شلاق زد

۱. الجزیری، عبدالرحمن. پیشین، ج ۵، ص ۶۲.

۲. سوره نور، آیت ۲.

۳. صحیح است. تخریجش گذشت.

و در روز جمعه سنگسار کرد و پس از آن گفت: «جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتهما بسنة محمد، صلى الله عليه وسلم»؛ یعنی: به قرآن شلاق زدم و به سنت رسول الله، صلى الله عليه وسلم، سنگسار کردم.

فقیه ابن رشد قول و دلیل دو فریق مذکور را ذکر کرده؛ اما سبب اختلاف فقهاء در آن و راجح و مرجوح آنرا به معرفی نگرفته است.

سبب اختلاف در آن موضوع، تعارض احادیث قولی و فعلی رسول الله، صلى الله عليه وسلم، است. جمع کردن شلاق و سنگسار در حدیث قولی ذکر شده؛ ولی در احادیث فعلی باتنوع و کثرت آن و حضور جمع غفیر صحابه در هنگام سنگسار کردن، نقل نشده و فقیهانی که قول به عدم جمع کردن شلاق با سنگسار دارند، احادیث فعلی را ناسخ حدیث قولی دانسته اند. در اصل حل تعارض ادله در اصول فقه، نزد شوافع در صورت عدم امکان جمع بین دلایل و ترجیح آن به نسخ رجوع می شود؛ ولی حنفی ها در حل ادله متعارض، نخست به نسخ و سپس به ترجیح و جمع روی می آورند^۱ و مدار نسخ تقدیم و تاخیر زمانی است که به اثبات برسد و دقیقاً فعل بر قول موخر است و از لفظ حدیث، «خذوا عني...» دانسته میشود که اولاً پیامبر، صلى الله عليه وسلم، حکم را بیان کرده و سپس بر مبنای آن فیصله کرده است. همچنان به روایاتی عمر، رضی الله عنه، سنگسار کرده؛ ولی محکوم آنرا قبل از اجرای آن حکم، شلاق نزده است. اینجا قول به نسخ تاحدی ممکن می شود. و صنعانی در شرح بلوغ المرام، قول به توقف کرده است، هیچ یکی را بردیگری ترجیح نداده. والله اعلم.

محل دوم: شروط احصان، احصان در اصل لغت عربی به معنی منع^۲ است. در فقه اسلامی، گرد آمدن صفاتی که شرع برای وجوب سنگسار، لازم کرده، احصان است.^۳ فقهاء به اتفاق، احصان را شرط لزوم سنگسار دانسته اند و در مصادیق شروط آن باهم اختلاف دیدگاه دارند. امام مالک، رحمه الله، اجتماع صفات بلوغ، اسلام، آزادی، جماع در نکاح صحیح و در حالت جایز آن را شروط احصان دانسته و صاحب این صفات، محصن است. حد زنا ی وی سنگسار است. جماع ناجایز نزد امام مذکور، مقاربت در حالت قاعدگی یا روزه است. امام ابوحنیفه، رحمه الله، موافق امام مالک، رحمه الله، است، جز از جماع در حالت محظور، نیز آزادی را شرط در زن و مرد زناکار دانسته است. امام شافعی، رحمه الله، نیز با دو امام مذکور در سایر شروط موافق است؛ ولی اسلام را شرط احصان نمی داند. استناد به کردار رسول الله، صلى الله عليه وسلم، در سنگسار کردن زن

^۱. الطحاوی، ابوجعفر احمد بن محمد. پیشین، ج ۳، ص ۱۴۰.

^۲. زحیلی، وهبه. اصول الفقه الاسلامی. کویت: مکتبه رشیدیة، ب ۲، ج ۲، ص ۱۱۷۶-۱۱۸۴.

^۳. الزبیدی، محمد بن محمد. پیشین، ج ۳۴، ص ۴۳۵.

^۴. الکاسانی، علاء الدین. پیشین، ج ۷، ص ۳۷.

ومردزناکار یهودی کرده است. اگر اسلام شرط احصان می بود، آنها سنگسار نمی شدند. دلیل امام ابوحنیفه و مالک، رحمهما الله، حدیث، «من أشرک بالله فلیس بمحصن»^۱؛ یعنی: کسی انباز بیاورد به الله متعال، محصن نیست. و اهل کتاب مشرک اند. دیگر اینکه احصان فضیلت است و در نبود اسلام، فضیلت نیست. و فعل پیامبر، صلی الله علیه وسلم، را ربط به قبل از نزول آیت شلاق داده و یا منسوخ شده و یا خبر واحد است زیادت به آن بر کتاب الله جواز ندارد.^۲ تصریح شود که در نبود صفات مذکور زانی شلاق زده می شود.

فقیه ابن رشد، رحمه الله، سبب اختلاف در موضوع مذکور را نیز ذکر نکرده است. سبب اختلاف در اینجا هم تعارض ادله است. قول پیامبر، صلی الله علیه وسلم، مشرک محصن نیست. و دویهودی به فعل پیامبر، صلی الله علیه وسلم، سنگسار شدند. گذشت که حدیث سنگسار دویهودی، صحیح و متصل السند است و متفق علیه می باشد و ابن عمر روایت کرده؛ ولی حدیث، «من أشرک...»؛ موقوف است. به همین احتمال صابونی قول امام شافعی را رجحان داده است.^۳

دوم: حد زناي بکر(دوشیزه و پسر ازدواج ناکرده) آزاد

به اجماع مسلمانان، حد زناي بکر(دوشیزه و پسر ازدواج ناکرده) آزاد؛ صد شلاق است. به دلیل این آیت: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾^۴؛ یعنی: هر یک از زن و مرد زناکار را صد شلاق بزنید. اینکه یک سال تبعید جز حد زناي دوشیزه و پسر ازدواج ناکرده آزاد است یاخیر؟ دیدگاه فقیهان اسلامی مختلف است. امام ابوحنیفه و اصحابش، رحمهم الله، آنرا جز حد نمی دانند. دلیل اینها ظاهر آیت مذکور است که تمام حد زناي دوشیزه و پسر ازدواج ناکرده را صد شلاق مقرر کرده و زیادت بر آن نسخ است. احادیثی که دلالت به جمع بین شلاق و یک سال تبعید میکنند، آحاد اند و کتاب الله به احادیث آحاد نسخ نمی شود. به این استدلال حنفی ها بین آیت مذکور و حدیث دست به جمع زدند و صد شلاق را حد و یک سال تبعید را تعزیر و مفوض به نظر و مصلحت امام دانستند. امام شافعی، رحمه الله، آنرا جز حد دوشیزه و پسر ازدواج ناکرده آزاد و غلام میدانند. دلایل احادیث پیامبر، صلی الله علیه وسلم، است. در حدیث عاده بن صامت، رضی الله عنه،

^۱. أخرجه الدارقطني [۳/ ۱۴۷]، في كتاب الحدود والديات وغيره، حديث [۱۹۹]، والبيهقي / ۲۱۶، كتاب الحدود: باب من قال: من أشرک بالله فلیس بمحصن، كلاهما من طريق عبد العزيز بن محمد عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه... فذكره. مرفوع وموقوف روایت شده ووقفش را دارقطنی ترجیح داده است. ر.ک. تلخیص الحبییر، ج ۴، ص ۱۵۷.

^۲. الكاساني، علاء الدين. همان، ج ۷، ص ۳۸.

^۳. صابونی، محمد علی. پیشین، ج ۲، ص ۲۳.

^۴. سوره نور، آیت ۲.

آمده: «...الْيَكْرُ بِالْيَكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَفْيُ سَنَةٍ...»^۱؛ یعنی: (کیفر زنا) پسر بی زن بادوشیزه، صد شلاق و تبعید یک سال است. در حدیث ابوهریره و زید بن خالد جهنی، رضی الله عنهما، آمده: «...وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ...»^۲؛ یعنی: و کیفر پسر صد شلاق و یک سال تبعید است. امام مالک، رحمه الله، یک سال تبعید را صرف جزحد پسر ازدواج ناکرده زنا کار دانسته و دوشیزه و غلام را از آن خاص کرده است. استناد آن مصلحت مرسله است؛ چونکه در تبعید زن، در واقع تعریض وی به زنا است. دیگر اینکه تبعید زن بدون محرم شرع ممنوع است و تبعید زن با محرم، تطبیق جزاء بر کسی است که زنا کرده است.

سبب اختلاف فقهاء در موضوع مذکور، زیادت اخبار آحاد بر احکام کتاب الله، نسخ است یاخیر؟ حنفی ها معنا آنرا نسخ دانسته اند و اخبار آحاد، به دلیل عدم تساوی در مرتبه، متواتر را نسخ کرده نمی تواند. به این اساس تبعید یک سال را تعزیر گفته اند؛ ولی شافعی ها و مالکی ها زیاده بر نص کتاب الله را نسخ ندانسته اند و آنرا متمم، مبین و مخصص نص می خوانند و حکم تبعید یک سال را لازم دانسته اند. و شیخ سائیس نظریه حنفی را مبنی بر جمع آیت و حدیث ترجیح داده است^۳ و برخی دیگر نظریه مالکی را رجحان داده اند. والله اعلم.

سوم: حد زناي پسر مجرد با زن متاهل آزاد و برعکس

هرگاه، پسر مجرد با زن متاهل و عکس آن، مرد متاهل بادوشیزه زنا کند، حد زناي پسر مجرد و دوشیزه به حکم آیت: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً﴾^۴؛ یعنی: هر یک از زن و مرد زناکار را صد شلاق بزنید؛ صد شلاق و حد زناي مرد و زن متاهل سنگسار است. حدیث داستان اجیر به صراحت تام حکم آنرا بیان کرده است: «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُمَا قَالَا إِنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَعْرَابِ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْشُدَكَ اللَّهَ إِلَّا قَضَيْتَ لِي بِكِتَابِ اللَّهِ. فَقَالَ الْخَصَمُ الْآخَرُ وَهُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ نَعَمْ فَأَقْضَى بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنْذَنُ لِي. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، «قُلْ». قَالَ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا فَرَزَنِي بِأَمْرَائِهِ وَإِنِّي أَخْبَرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ فَأَقْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَوَلِيدَةٍ، فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلَى ابْنِي جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَأَنَّ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا الرَّجْمَ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا أَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ الْوَلِيدَةَ وَالْغَنَمَ رَدًّا وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَاعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمَهَا». قَالَ: فَعَدَا عَلَيْهَا فَأَعْتَرَفَتْ فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ

^۱. صحیح است. تخریجش گذشت.

^۲. صحیح است تخریجش گذشت.

^۳. صابونی، محمد علی. همان، ج ۲، ص ۲۲.

^۴. سوره نور، آیت ۲.

علیه وسلم، فَرُجِمَتْ.^۱ یعنی: ابوهریره وزید بن خالد جهنی، رضی الله عنهما، گفتند: مردی از صحرا نشینان پیش رسول الله، صلی الله علیه وسلم، آمد و گفت: ای رسول الله! الله راه نمای تو باشد که برایم به قرآن فیصله کنی. دیگرش که داناتر بود گفت: بلی، بین ما به قرآن حکم کن و اجازه بده! رسول الله، صلی الله علیه وسلم، فرمود: بگو. گفت: پسر امیر این بود و بازنش زنا کرده است. به من گفته شد که کیفر پسر، سنگسار است و عوض آن صد گوسفند و کنیزی دادم. اهل دانش را پرسیدم، جواب دادند که کیفر پسر صد تازیانه و یک سال تبعید و کیفر همسر این مرد، سنگسار است. رسول الله، صلی الله علیه وسلم، گفت: سوگند به ذاتی که جانم در دست اوست! بی گمان به قرآن بینتان حکم می کنم، کنیز و گوسفندان بر تو مسترد و کیفر پسر و صد شلاق و یک سال تبعید است. ای انیس! فردا نزد همسر این مرد برو، اگر اقرار کرد، سنگسارش کن. راوی گفت: فردای آن روز همسر آن مرد، به زنا اقرار کرد و به حکم رسول الله، صلی الله علیه وسلم، سنگسار شد. در جمع مجازات شلاق با سنگسار بالای زانی متاهل و جمع مجازات تبعید با شلاق بر زانی مجرد اختلاف است و اندک قبل گذشت.

چهارم: حد زنا ی کنیز و غلام

فقهاء اجماع دارند که حد زنا ی کنیز متاهل، پنجاه شلاق است. الله متعال فرموده است: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾؛^۲ یعنی: اگر پس از ازدواج، از ایشان (کنیزان) زنا سرزد، جزاء ایشان نیم جزاء زنان آزاده است. گذشت که مجازات زن زناکار آزاد صد شلاق است. در حد زنا ی کنیز مجرد فقهاء اختلاف دیدگاه دارند. جمهور فقهاء، حد زنا ی او را نیز پنجاه شلاق گفته اند. طایفه دیگر گفته اند، که بر کنیز مجرد حد زنا نیست؛ بلکه فقط تعزیری شود و این از عمر، رضی الله عنه، روایت شده. برخی دیگر گفته اند که اصلاً بالای کنیز حد زنا نیست.

فقیه ابن رشد، سبب اختلاف فقهاء در موضوع مذکور را در اسم احصان مندرج آیت: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَ...﴾؛^۳ دانسته است. مجتهدی که از احصان، ازدواج را فهم کرده، به دلیل خطاب فرموده: کنیز مجرد زناکار شلاق زده نمی شود. مجتهدی که از احصان، اسلام را فهم کرده، حد کنیز مجرد و متاهل زنا کار را پنجاه شلاق گفته است.

فقهاء، حد زنا ی غلام متاهل و مجرد را پنجاه شلاق گفته اند و مجازات او را به مجازات کنیز قیاس کرده اند. اهل ظاهر حد زنا ی غلام متاهل و مجرد را صد شلاق دانسته است. به دلیل عموم

۱. صحیح است، تخریجش گذشت.

۲. سوره نساء، آیت ۲۵.

۳. سوره نساء، آیت ۲۵.

آیت: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾؛^۱ یعنی: هر یک از زن و مرد زناکار را صد شلاق بزنید.

سبب اختلاف فقهاء در موضوع مذکور، اثبات حدود به قیاس است. از اینکه در حال حاضر کنیز و غلام وجود ندارد از توضیح بیشتر خودداری می شود.

گفتار چهارم: صفت حد زنا

موضوعات اختلافی مشهور در صفت حد زنا قرار ذیل اند:

اول: کندن گودال برای محکوم سنگسار

به نظر امام ابوحنیفه و مالک، رحمهما الله، گودال برای محکوم سنگسار کنده نمی شود. امام شافعی، رحمه الله، به اختیار امام واکذار کرده و گفته شده از وی که تنها برای زن محکوم به سنگسار گودال کنده شود. دلیل اینها حدیث جابر است: «فَرَجَمْنَاهُ بِالصُّلِيِّ فَلَمَّا أَذْلَقْتَهُ الْحِجَارَةَ هَرَبَ فَأَدْرَكَنَاهُ بِالْحَرَّةِ فَرَجَمْنَاهُ»؛^۲ یعنی: او (ماعز) را در مصلی سنگسار کردیم، هنگامیکه، سنگ به او اصابت کرد، فرار کرد و او را در سنگستان یافتیم و سنگسارش کردیم. همچنان گذشت که در قصه اجیر وزن جهینه، رسول الله، صلی الله علیه وسلم، امر به کندن گودال نکرده است. طایفه دیگر گفته اند: برای محکوم سنگسار گودال کنده می شود. از علی، رضی الله عنه، نقل شده که برای شراحه همدانی گودال کند. و نظر ابو ثور هم است. حدیث بریده به روایت مسلم به این نظر تاکید، دارد که به امر رسول الله، صلی الله علیه وسلم، در روز چهارم برای محکوم سنگسار گودال کنده شد.^۳

فقیه ابن رشد، سبب اختلاف فقهاء در موضوع مذکور را تعارض ادله دانسته است. و به این قول: «بالجملة فالاحادیث فی ذلک مختلفة»؛ یعنی: در کل احادیث در باب کندن گودال مختلف است؛ به آن اشاره کرده. و با شاهد آوردن این قول امام محمد: «اکثر الاحادیث علی ان لا حفر»؛ یعنی: احادیث زیاد به عدم کندن گودال برای محکوم سنگسار دلالت دارد؛ نظر امام های که کندن گودال را لازم نمی دانند، ترجیح داده است.

دوم: وقت تنفیذ حد

به نظر جمهور فقهاء حد زنا برزانی در گرمی/ سردی شدید و بالای مریض تنفیذ نمی شود. احمد و اسحاق، رحمه الله، گفته اند: که بالای بیمار حد زنا تنفیذ شود. به دلیل، فعل عمر، رضی الله عنه، که بالای قدامه بیمار حد را تنفیذ کرد.

^۱. سوره نور، آیت ۲.

^۲. متفق علیه.

^۳. القشیری، ابوالحسین مسلم بن الحجاج. پیشین، ج ۵، ص ۱۲۰، حدیث شماره ۴۵۲۸.

فقیه ابن رشد، سبب اختلاف فقهاء در سه موضوع مذکور را تعارض ظاهر نصوص با مفهوم حد، دانسته است؛ چونکه به مفهوم حد درگذشتن جان محکوم به حد، مقصود نیست، پس تنفیذ آن زمانی باشد که خوف درگذشت نفس محکوم به حد متصور نباشد. فقیهانی که مطلق امر به گزاردن حدود را توجه کرده اند، گفتند: حدود بالای بیمار و در گرمی/ سردی شدید تنفیذ شود. فقیهانی که مفهوم حد را توجه کردند، تنفیذ حدود در گرمی/ سردی شدید و بالای مریض را تا زمان اعتدال هوا و صحتیابی بیمار لازم ندانسته اند.

به نظر نویسندگان، نظر جمهور فقهاء در حدودی که اتلاف نفس محکوم به حد، مقصود نباشد، راجح است؛ چونکه گزاردن حدود در شدت گرمی/ سردی و بیماری در اغلب باعث اتلاف جان محکوم به حد شده و خلاف مقصود تنفیذ حدود می گردد؛ ولی در حدودی که اتلاف نفس در آن مقصود باشد، تنفیذ آن در حالات مذکور محذور نخواهد بود.

گفتار پنجم: دلایل اثبات حد زنا

فقیه ابن رشد در باب سوم کتاب احکام الزنی در مورد وسایل اثبات جرمه زنا بحث کرده و که در ذیل به صورت مختصر مذاقه می شود.

اول: اثبات زنا به اقرار

فقهاء اجماع دارند که زنا به اقرار ثابت می شود و در شروط اقرار در دو محل اختلاف کرده اند:

محل اول: تعداد اقرار ملزم حد زنا

امام ابوحنیفه و اصحابش و ابن ابی لیلی، رحمهم الله، تعداد اقرار ملزم حد زنا را چهار بار گفته اند و یکی پی دیگر در مجالس جداگانه باشد. امام احمد و اسحاق، رحمهما الله، جز مجالس متفرق، نیز آن را دارند. دلیل اینها حدیث ابن عباس، رضی الله عنه، است که در آن آمده: «قَالَ: فَشَهِدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ. ثُمَّ أَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ»^۱؛ یعنی: ابن عباس، رضی الله عنه، گفت: (ما عز) چهار بار اقرار کرد، سپس (رسول الله، صلی الله علیه وسلم)، دستور داد و او سنگسار کرده شد. و احادیث دیگر نیز بر آن دلالت دارند. فقیهان مذکور، روایاتی که در آن یک، دو یا سه بار اقرار آمده، ناشی از تقصیر راوی میدانند و قابل استناد در برابر محفوظ نمی باشد. بنابراین اقرار کمتر از چهار و یا چهار بار اقرار در یک مجلس به زنا، ملزم حد آن نیست.

امام مالک و شافعی و داود و طبری و ابو ثور، رحمهم الله، و جماعت دیگر، یک بار اقرار به زنا را ملزم حد آن دانسته اند؛ به دلیل این قول پیامبر، صلی الله علیه وسلم: «وَأَعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمُهَا»^۲؛ یعنی: ای انیس! فردا نزد همسر این مرد برو، اگر اقرار کرد، سنگسارش

^۱. مسلم در ۱۶۹۳/۱۹ و احمد در ۲۴۵/۱ و ابوداود در ۴۴۲۵ روایت کرده است.

^۲. صحیح است. تخریجش گذشت.

کن. درین حدیث پیامبر، صلی الله علیه وسلم، به عدد اقرارها اشاره نکرده است و این دلالت می کند که یک بار اقرار مثبت حد زنا است.

فقیه ابن رشد، به سبب اختلاف فقهاء در موضوع مذکور نپرداخته؛ ولی به آن با آوردن احادیث اشاره کرده که سبب اختلاف تعارض ادله است.

به نظر نویسنده نظر فقیهانی که تعدد اقرار به زنا را شرط کرده اند، راجح است. به دلیل تعدد احادیث صحیح در زمینه وملایمت با نظر شارع نیز دارد؛ زیرا که در شرع نهایت تلاش شده که حدود تنفیذ نشوند و به اندکترین شبهه دفع گردند.

محل دوم: رجوع از اقرار

شخصی که اقرار به زنا کند، قبل از صدور حکم یا پس از آن و پیش از تنفیذ حکم و یا در جریان تنفیذ حکم حد زنا، به گونه صریح یا ضمنی، فی المثل: از صحنه تنفیذ حد پابه فرار بگذارد و از اقرارش رجوع کند. جمهور فقهاء گفته اند: رجوعش قبول می شود، جز این ابی لیلی و عثمان بتی. و امام مالک تفصیل قایل شده و گفته: اگر رجوعش به شبهه باشد، قبول و اگر رجوعش به غیر شبهه باشد، در روایت مشهور قبول و در روایت غیر مشهور رجوعش قبول نمی شود. به دلیل اینکه ماعز در جریان تنفیذ حکم سنگسار فرار کرد و صحابه او را رها نکردند و سنگسار کردند و داستان فرار او را به پیامبر، صلی الله علیه وسلم، حکایت کردند و پیامبر بزرگوار اسلام فرمود: «هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ لَعَلَّهٗ اَنْ يَّتُوبَ، فَيَتُوبَ اللّٰهُ عَلَيَّ»؛^۱ یعنی: چرا او را رها نکردید؟ شاید ندامت می کرد و الله متعال آنرا می پذیرفت. و به اضافه آن، ثابت شده که پیامبر، صلی الله علیه وسلم، ماعز اسلمی وزن غامدی را تلقین به رجوع کرده است که اینهم دلیل پذیرش رجوع از اقرار است.

قول جمهور به قوت دلایل شان در موضوع مذکور راجح است؛ چونکه حد زنا حق الله محض است و رجوع از اقرار در حق الله مسموع میباشد و الله متعال غنی و بی نیاز است و توبه بندگان را می پذیرد.

دوم: اثبات زنا به شهادت

فقهاء در اثبات زنا به شهادت اتفاق نظر دارند. تعداد شهود مثبت زنا برخلاف سایر حقوق، چهار نفر ذکر است به صراحت آیت: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾؛^۲ یعنی: سپس چهار شاهد نیاورند. این شهود باید عدول باشند. شرط است که شهادت به تصریح و معاینه دخول آلت تناسلی مرد در شرمگاه زن باشد. پس شهادت به کنایت و استماع در اثبات حد زنا مسموع نیست.

^۱. احمد در ۲۱۶/۵ و ابوداود در ۴۴۱۹ و حاکم ۳۶۳/۴ و بیهقی ۲۲۸/۸ از نعیم بن هزال روایت کرده اند و حاکم صحیح گفته و ذهبی موافق اوست.

^۲. سوره نساء، آیت ۲۵.

جمهور فقهاء در شهادت مذکور عدم اختلاف درگاه و جا ارتکاب زنا را شرط کرده اند. امام ابوحنیفه، رحمه الله، زوایای مشهور را از آن شرط، مجزا کرده است. ومنظور از زوایای مشهور اینست؛ که هریک از شهود مذکور ارتکاب زنا را به اکناف و کناره های مختلف یک منزل، خلاف یکدیگر شهادت دهند.

فقیه ابن رشد، سبب اختلاف فقهاء در موضوع مذکور را اینطور بیان کرده: آیات شهادت مختلف به مکان باهم پیوست می شود یا مثل شهادت مختلف به زمان پیوست نمی شود؟ جمهور فقهاء اجماع دارند که شهادت مختلف به مکان باهم پیوست و جمع نمی شود؛ چونکه مکان بازمان مشابتهتی دارد. فقیه مذکور نظر جمهور فقهاء را ترجیح است؛ زیرا که شریعت نسبت به سایر حدود در اثبات حدزنا، تثبت و توثق بیشتر را لازم کرده و در اجتماع شهادت مکان های مختلف توثیق ازین می رود.

سوم: اثبات زنا به ظهور حمل

به نظر امام مالک، رحمه الله، هرگاه دوشیزه بدون شوهر باردار گردد و ادعای اکراه برزنا و یا زوجیت را کند، و برای اثبات اکراه و یا زوجیت دلیل نداشته باشد، حدزنا بر وی لازم می گردد. اگر اکراه را به قراین ثابت کند، مثل: روی اش خون آلود باشد؛ ادعاش قبول گردیده و حدزنا ثابت نمی شود. دلیل امام مذکور قول عمر، رضی الله عنه، است: «إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَوْ كَانَ الْحَبْلُ أَوْ الْإِعْتِرَافُ»^۱؛ یعنی: گواه اقامه شود یا زن باردار باشد یا اقرار به زنا کند. معلومدار که مذهب عمر، رضی الله عنه، نیز همین است.

به نظر امام ابوحنیفه و شافعی، رحمهما الله، بالای دوشیزه آستن بدون شوهر که ادعای اکراه برزنا و یا زوجیت را کند، و برای اثبات اکراه و یا زوجیت دلیل نداشته باشد، حدزنا لازم نمی گردد. دلایل اینها؛ یک، در حدیث شراحه آمده که علی، رضی الله عنه، به او گفت: «...استکرت؟» قالت: لا. قال: فلعل رجلاً اتاك في نومك^۲؛ یعنی: مجبور به زنا شدی؟ شراحه گفت: نه. گفت: شاید مردی به خوابت آمده باشد. دو، عمر، رضی الله عنه، قول زنی که سنگین خواب بود و در خوابش مردی همرايش جماع کرده بود و رفته بود و نمی دانست که کی بود، قبول کرد. سه، کسی که اقرار کند و پس از آن ادعا اکراه را مطرح سازد قولش قبول می شود، پس قول دوشیزه مذکور هم مثل آن است، باید قبول شود. چهار، حدود به شبهات دفع می شود و ادعا اکراه و یا زوجیت بدون دلیل باعث شبهه می شود.

به نظر نویسنده، سبب اختلاف در موضوع، همان قول عمر، رضی الله عنه، است. و گذشت به روایات صحیح که پیامبر، صلی علیه وسلم، در قضیه زن غامدی وزن جهینی که باردار از زنا بودند،

^۱. صحیح است. تخریجش گذشت.

^۲. بیهقی در ۲۲۰/۸ از شعبی روایت کرده است.

به محض بارداری وبدون اقرار به زنا، حکم به اثبات زنا نکردند واگر حمل به تنهای مثبت زنان می بود، پیامبر، صلی علیه وسلم، به آن اکتفا می کرد وفیصله به اثبات زنا می داد. پس به دلیل مذکور، قول فقیهانی که تنها بارداری رامثبت زنا نمی دانند، رجحان پیدا می کند. والله اعلم.

به اتفاق اهل اسلام، بالای زن اجبارشده به زنا حدزنا نیست. ودر لزوم مهر برای او فقهاء اختلاف کرده اند.

از نظر فقیه ابن رشد، سبب اختلاف فقهاء در لزوم مهر اینست، آیا آن در بدل شرمگاه زن است ویاعطیه بدون عوض؟ فقیهانی که مهر را بدل شرمگاه زن دانسته اند، در آمیزش جنسی حلال و حرام آنرا لازمی خوانده اند وفقیهانی که مهر را عطیه خاص الهی در عقد نکاح دانسته اند، آنرا در مقاربت جنسی حرام لازمی نمی دانند.

نتیجه گیری

نتایج حاصله از مطالبه یادشده قرار ذیل برشمرده می شود:

۱- زنا، کلمه عربی ومصدر است. در لغت اهل حجاز به الف مقصوره وبه کسر حرف (ز) به شکل، زنی، تحریر میگردد وآنرا فصیح گفته اند. در لغت بنی تمیم کلمه مذکور به شکل ممدوده وبه کسر حرف (ز) به شکل، زنّاء، تحریر میگردد؛ مفهوم آن در زبان عربی، فجور وجماع نامشروع می باشد.

۲- از نظر ابن رشد حفید، زنا در شرع، عبارت ازهرجماعی که بدون ازدواج درست یا شبهه آن ویا رابطه کنیزی، انجام شده باشد.

۳- کلمه شبه به کسر وفتح حرف (ش) وشبیه، در زبان عربی به معنی مثل وهمانند بودن دوجیز میباشد وجمع آن اشباه است. کلمه تشابه، معنی، استواء، برابری، برابر گردیدن، به یکدیگر ماندشدن را میدهد وتشبیه نیز معنی خلط است. کلمه شبهه، به ضم حرف (ش) به معنی التباس، اختلاط، پوشیدن کار برکسی میباشد وجمع آن شُبّه وشبهات است. شبهه را فقیهان اسلامی به مفهوم، چیزی دانسته اند که با موضوع محقق وروشن همانندی دارد، در واقع ثابت نیست. به عبارت دیگر، شبهه، تردیدبین امور ناجایز وجایز میباشد.

۴- فقیه ابن رشد حفید، باب دوم، «کتاب احکام الزنی» در بدایه المجتهد ونهایه المقتصد را به اصناف زانی ها وعقوبت آنها، اختصاص داده وبه زیبایی تمام ساده سازی کرده واصناف زانی ها را به جهت اختلاف جزاء، چهار صنف تقسیم کرده: آزادگان محصن (مرد وزن ازدواج کرده)، آزادگان بکر (مرد وزن ازدواج نکرده)، اختلاط محصن وبکر (مرد ازدواج کرده بادوشیزه)، غلام وکنیز.

۵- حدمرد و زن زناکار محصن آزاد در شریعت اسلامی، سنگسار است. جمهور فقیهان این دیدگاه را دارند. مبنای نظرشان، حدیث، آثار صحابه واجماع است. سنگسار به گفتار وکردار رسول الله، صلی الله علیه وسلم، ثابت است. در جمع شلاق با سنگسار اختلاف است. سبب آن تعارض ادله است.

- ۶- به اجماع مسلمانان، حد زناي بكر(دوشيزه و پسر ازدواج ناكرده) آزاد؛ صد شلاق است. مبنای آن آیت است. در جمع شلاق با تبعید اختلاف است. سبب آن زیادت بر نص است.
- ۷- هرگاه، پسر مجرد با زن متاهل و عکس آن، مرد متاهل با دوشیزه زنا کند، حد زناي پسر مجرد و دوشیزه، صد شلاق و حد زناي مرد وزن متاهل، سنگسار است.
- ۸- فقهاء اجماع دارند که حد زناي كنيز متاهل، پنجاه شلاق است. و حد غلام زانی بر آن قیاس شده است.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن اثیر، المبارک بن محمد الجزری. النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقیق: طاهر أحمد الزاوی و محمود محمد الطناحي. بیروت: المكتبة العلمية، سال ۱۳۹۹ هـ.ق.
۳. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد. المحلى. الناشر: دار الفكر، ب_ت.
۴. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم. الإجماع. موجود در مکتبه شامله.
۵. ابن حزم ظاهری، علي بن أحمد بن سعيد. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات. بیروت: دار الكتب العلمية، ب_ت.
۶. الجرجانی، علی بن محمد. التعريفات، تحقیق: ابراهيم الاياري. بیروت: دارالكتاب العربي، الطبعة الأولى، سال ۱۴۰۵ هـ.ق.
۷. الجزیری، عبدالرحمن. الفقه على المذاهب الاربعه. قاهره: دارالغدا الجديد، سال ۱۴۳۴ هـ.ق.
۸. راغب اصفهانی، حسين بن محمد. مفردات الفاظ القرآن، تحقیق: صفوان عدنان داودی. دمشق: دارالعلم، سال ۱۴۱۲ هـ.ق.
۹. زحیلی، وهبه. الفقه الاسلامی وادلته. کویته: رشیدیة، ب_ت.
۱۰. زحیلی، وهبه. اصول الفقه الاسلامی. کویته: مکتبه رشیدیة، ب_ت.
۱۱. الزییدی، محمد بن محمد. تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق: مجموعة من المحققين. ناشر: دار الهدایه، ب_ت.
۱۲. الصنعانی، ابوبکر عبدالرزاق بن همام. مصنف عبد الرزاق، تحقیق: حبيب الرحمن الاعظمی. بیروت: المکتب الإسلامی، الطبعة الثانية، سال ۱۴۰۳ هـ.ق.
۱۳. صابونی، محمد علی. روابیع البیان تفسیر آیات الاحکام. پشاور: کتبه فریدیة، ب_ت.
۱۴. ال طحاوی، ابوجعفر احمد بن محمد. شرح معانی الآثار، تحقیق: محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق، من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم کتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي. الناشر: عالم الكتب، الطبعة الأولى ۱۴۱۴ هـ.

۱۵. عوده، عبدالقادر. بررسی تبیقی حقوق جزای اسلامی وقوانین عرفی، مترجم: حسن فرهودی نیا. تهران: یادآوران، ب_ت.
۱۶. العبدی، حمادی. ابن رشد وعلوم الشریعة الاسلامیة. بیروت: دارالفکر العربی، الطبعة الاولى، سال ۱۹۹۱م.
۱۷. القشیری، أبو الحسین مسلم بن الحجاج. الجامع الصحیح. بیروت: دار الجیل، ب_ت.
۱۸. الکتانی، ابی عبدالله محمد بن جعفر. نظم المتناثر من الحدیث المتواتر، تحقیق: شرف حجازی. مصر: دار الکتب السلفیة، الطبعة الثانية، ب_ت.
۱۹. الکاسانی، علاءالدین. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دارالکتب العربی، سنة ۱۹۸۲م.
۲۰. نذیر، دادمحمد. نگاهی به منطق قدیم. کابل: نعمانی، سال ۱۳۸۸ه.ش.

شروط صحت قرار داد های تجارتي

فهرست:

مقدمه	۱۴۴
شروط اساسی صحت قرارداد های تجارتي	۱۴۵
۱_ اهلیت:	۱۴۶
۲_ قصد و رضایت:	۱۴۶
شروط مرتبط به عقد قرارداد	۱۴۶
۱_ موضوع قرارداد:	۱۴۶
۲_ مشروعیت جهت قرارداد:	۱۴۷
۳_ زمان وقوع قرارداد های تجارتي:	۱۴۸

مقدمه

الحمد لله الذی احل الحلال وحرم الحرام وارشد لعباده صراط المستقیم وخلق السموات والارض وما بينهما لتتفع الناس ، والصلوة والسلام علی سیدالانام هادیا الی النجاة والخروج من الظلمات الی النور.

پس از حمد و سپاس خداوند متعال و درود بر منجی عالم حضرت محمد مصطفی "ص"، بجاست که روی یکی از موضوعات مهمی که در اجتماع و زندگی انسانها رول بسا مهم ، حیاتی و ارزنده دارد بحث شود که همانا داد و ستدهایی است که توسط آن نوع بنی بشر امرار معیشت میکند. کسی توانایی کار دارد، دیگری دارای ثروت مادی است، یکی متاع دارد و دیگری پول نقد، که باتوجه به همه، هیچ یکی به تنهایی نمی تواند ضرورت های زندگی را بدون معامله برآورده کند. بدین ملحوظ برای تمام جوامع بشری موضوع تعهد، قواعد مربوط به تعهد، از قبیل مفهوم تعهد، اهلیت، رضایت طرفین، مشروعیت موضوع و بالاخره آثار تعهد یک امر حتمی است، تا از یک طرف اعتماد بین طرفین ایجاد گردد و از طرف دیگر کوشش و زحمت طرفین بیهوده ضایع نشود. ازین که معاملات در پهلوی عبادات یک بخش مهم زندگی انسان را در بر میگیرد، اگر به شکل درست به آن پرداخته شود بخشی از عبادات محسوب می شود.

معاملات خود سازه بسیار وسیع دارد که عمده ترین بخشهای آن معاملات مدنی و تجاری رادر بر میگیرد، معاملات مدنی اکثراً معاملات روزمره از جمله حوایج اولیه را شامل می شود، ولی معاملات تجاری به خاطر حصول منفعت من حیث کسب و پیشه ی معتاد مطرح بحث است.

معاملات تجاری که از جمله ی معاملات تخصصی است، از نگاه روند معامله و قلمرو آن نسبت به معاملات مدنی تفاوت دارد، از جمله سرعت عمل در معاملات تجاری یک اصل شمرده میشود، لذا لازم است که برای معاملات تجاری از قواعد خاصی کار گرفته شود، همان قواعد خاص، معاملات تجاری را از معاملات مدنی متمایز میسازد و میتواند در عرصه ی انعقاد عقد، ثبوت موضوع و طرز رسیدگی موضوعات مدنی و تجاری را از هم جدا سازد.

در موضوعات تجاری بر خلاف موضوعات مدنی اصل در انعقاد عقد توافق طرفین مبنای عقد شمرده می شود و هر موضوع که در مورد معامله ی تجاری مطرح بحث باشد اولاً به محتویات عقد طرفین رجوع میشود، در صورت نبود صراحت در عقد طرفین در مرحله دوم به عرف تجاری و در مرحله آخر به قانون رجوع میشود، این در حالیست که در موضوعات مدنی قواعد بیشتر متکی به قانون است.

اکثر کشور ها با آنکه قوانین تجاری دارند نه تنها برای انعقاد قراردادهای تجاری قوانین اختصاصی را وضع ننموده است، بلکه در مورد انعقاد قراردادهای تجاری از قواعد عمومی که برای قراردادهای مدنی وضع گردیده است استفاده میکنند، ولی خوش بختانه در کشور عزیز ما قانونی تحت عنوان «قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال» نافذ گردیده، که در عرصه ی قراردادهای تجاری به قواعد اختصاصی پرداخته است، بدین وسیله بنده این موضوع را تحت عنوان «شروط اساسی قراردادهای تجاری» ترتیب نمودم.

موضوعات مندرج این موضوع را از کتب مختلف با مقایسه با قوانین نافذه ی کشور جمع آوری نموده ام امیدوارم موضوعات جمع آوری شده باعث منفعت خوانندگان گردد.

شروط اساسی صحت قرارداد های تجاری

اشخاصی که قرارداد تجاری را منعقد میکند باید دارای شروطی باشد که قرارداد آنها درست دانسته شده و بار حقوقی پیدا نماید. هم چنان عقد قرارداد هم از نگاه موضوع قرارداد، جهت و زمان قرارداد باید دارای شروطی باشد، به این لحاظ شروط صحت قرارداد را به دو کتگوری تقسیم کرده میتوانیم:

الف: شروط مربوط به طرفین قرارداد.

ب: شروط مربوط به خود عقد قرارداد.

شروط مربوط به طرفین قرارداد:

شروط مربوط طرفین قرارداد عبارت از اهلیت، قصد و رضایت طرفین بوده، که قرار ذیل به توضیح آن می پردازیم:

۱- اهلیت:

برای اهلیت انعقاد قرارداد تجاری اصول نامه ی تجارت مطلقاً تکمیل سن هجده سالگی وعدم موانع قانونی را مقید نموده است. ولی در قانون قرارداد های تجاری وفروش اموال با آنکه برای اهلیت قرارداد های تجاری سن هجده سالگی، عدم سلب شدن یا محدودیت اهلیت آن توسط حکم محکمه بیان شده بر علاوه معاملات صغیر ممیز را به شکل مشروط قبول نموده، به این تفصیل که اگر قرارداد تجاری که محتمل نفع وضرر باشد در صورت اجازه ی ولی آن درست دانسته میشود، اما اگر قرارداد تجاری به ضرر صغیر باشد قرارداد ولو این که به اجازه ی ولی باشد مطلقاً بی اعتبار شمرده میشود، مجنون و معتوه فاقد اهلیت قرارداد تجاری شمرده میشود در مورد اهلیت عقود مدنی نیز شروط متذکره بیان شده است.^۱

۲- قصد و رضایت:

شرط دوم در قرارداد های تجاری که مربوط طرفین قرارداد میشود قصد و رضایت آنها میباشد. در مورد قصد و رضا علمای حقوق نظریات مختلف دارند، برخی حقوق دانان از جمله حقوق دانان فرانسوی قصد و رضا را در کلمه ی اراده جمع آوری نموده، به شکل جدا گانه ازان بحث نمی کنند ولی برخی دیگر حقوق دانان از جمله حقوق دانان ایرانی قصد و رضا را جدا از هم میدانند رضا را به میل شخص به انجام قرارداد تعبیر نموده و قصد را انشاء ایجاد قرارداد تعبیر نموده متذکر شده اند که: قصد را نباید با رضا اشتباه گرفت، چون برخی اوقات میتوان یک شخص قصد قرارداد را داشته باشد ولی رضایت نداشته باشد مانند عقد قرارداد به وسیله ی اکراه، اجبار و غیره که قصد موجود اما رضایت وجود ندارد.

در قوانین افغانستان هم برای صحت قرارداد رضایت طرفین شرط دانسته شده است، در صورتی که رضایت یکی از طرفین در انعقاد قرارداد حاصل نشود قرارداد قابل فسخ شمرده میشود. بدین اساس اگر در قوانین افغانستان نظر اندازی شود در قواعد قرارداد ها رضایت جدا از قصد شمرده شده که مجموع قصد و رضا را به اراده تعبیر نموده است

شروط مرتبط به عقد قرارداد

شروط صحت که به خود عقد قرارداد مرتبط است عبارت اند از:

۱- موضوع قرارداد:

مطابق احکام قانون قرارداد های تجاری وفروش اموال موضوع قرارداد میتواند:

ملکیت مادی یا معنوی، مال منقول یا غیر منقول باشد؛

منافع ناشی از اموال باشد؛

کار یا خدمت خاص باشد؛

^۱- قانون قرار های تجاری و فروش اموال ماده (۹) قانون مدنی افغانستان مواد (۲۷۷-۲۷۸)

هر آن چیزی دیگری که مغایر احکام قانون، نظم و آداب عامه نباشد، موضوع قرارداد باید امکان پذیر، صریح، معین یا قابل تعیین و مجاز باشد.

معاملاتی که در آینده انجام میابد، میتواند موضوع قرارداد باشد، مشروط بر این که در قرارداد طور مشخص بیان و از ابهام فاحش جلوگیری شده بتواند.^۱

در اصولنامه ی تجارت افغانستان موضوع معامله ی تجارتی در اموال، صرف اموال منقول قید گردیده است.^۲

به اساس حکم قانون تجارت (اصولنامه تجارت) اموال غیر منقول نمی توانست موضوع معامله ی تجارتی باشد علت آن هم شاید این بوده که اکثر سرمایه گذاری در عرصه ی تجارتی در اموال منقول در وقت تنفیذ قانون تجارت تمرکز داشته، ولی فعلاً بر علاوه ی اموال منقول در اموال غیر منقول به شکل پروژه سازی سرمایه گذاری شده، قراردادهای تجارتی به طور پیشه ی معتاد در جریان قرار گرفته است، چون فعلاً اکثر تجار زمین را میخرند بالای آن ساختمان میسازند و آنرا به قیمت بالاتر جهت بدست آوردن منفعت به دیگران میفروشند یا هم زمین یا ساختمان میخرند و به قیمت بالاتر به دیگران میفروشند و این عمل را به شکل پیشه ی معتاد انجام میدهند، بدین ملحوظ قاعده ی ذکر شده در قانون تجارت شکسته شده و در قانون قراردادهای تجارتی و فروش اموال، اموال غیر منقول نیز شامل قراردادهای تجارتی گردیده است.^۳

اگر به تیوری حقوقی نگاه کنیم در قرارداد های تجارتی اصل بر این است که موضوع قرارداد باید ارزش اقتصادی داشته، قابل دادوستد باشد. بنا بر این برخی اشیای که در عرف یا به طور معتاد قابل داد و ستد نباشد مانند نور آفتاب یا بعض اموال مباح قبل از تصرف موضوع قرارداد محسوب نمی گردد، هدف از ارزش اقتصادی این است که نزد تمام یا برخی اشخاص مورد ارزش باشد، لازم نیست که پیش تمام اشخاص ارزش داشته باشد بنا بر این اگر یک جنس پیش اشخاص خاص ارزش داشته باشد مانند یک تابلو که پیش تمام مردم شاید دارای ارزش نباشد ولی افراد همان مسلک دارای ارزش بوده میتوان نزد آن موضوع قرارداد تجارتی قرار گرفته میتواند.^۴

۲- مشروعیت جهت قرارداد:

شرط دوم صحت قرارداد های تجارتی که مربوط قرارداد میشود مشروعیت جهت (سبب) قرارداد است.

^۱ - قانون قرار داد های تجارتی و فروش اموال . ماده (۱۳)

^۲ - اصول نامه تجارت افغانستان ماده (۱۴)

^۳ - قانون قرار داد های تجارتی و فروش اموال . ماده (۱۳)

^۴ - کاتوزیان قواعد عمومی قرار داد ها جلد (۲) ص (۱۶۳)

سبب قرارداد که مقصد اصلی قرارداد به شمار میرود، باید موجود، مشروع و معتبر بوده، مغایر نظم و آداب عامه نباشد.^۱

هدف از مشروعیت، مشروعیت شرعی و قانونی میباشد، بنا بر این قرارداد اشیای که خرید و فروش یا استعمال آن شرعاً حرام باشد با آنکه نزد برخی مردم ارزش اقتصادی داشته باشد قابل اعتبار نمی باشد مانند خرید و فروش شراب، با آنکه نزد برخی افراد ارزش اقتصادی دارد، ولی نسبت این که خرید و فروش و استعمال آن شرعاً حرام است قرارداد آن فاقد اعتبار میباشد.^۲

همچنان در برخی موارد خرید و فروش بعضی اشیاء توسط قانون ممنوع قرار میگیرد در آن موارد نیز مانند ممنوع شرعی قرارداد آن اعتبار ندارد مانند خرید و فروش مواد مخدر که توسط قانون منع واز جمله ی جرم محسوب گردیده است.^۳

به همین ترتیب عدم مشروعیت قرارداد های تجاری مخالف با نظم عمومی و آداب عامه قرار میگیرد که هدف قانون گذار از نظم عمومی در ساحه ی قرارداد های تجاری حمایت از فرد یا اجتماع میباشد، مثال برانزنده ی آنرا قرارداد مبنی بر غبن فاحش بیان کرده میتوانیم که مطابق قانون قرارداد های تجاری و فروش اموال از جانب متضرر قابل فسخ میباشد، در مورد آداب عامه ضرور نیست حتماً نص قانونی داشته باشیم و آداب نسبت به عرف هر جامعه تعیین میگردد.^۴

۳- زمان وقوع قرارداد های تجاری:

شرط سوم صحت مرتبط به قرارداد های تجاری زمان وقوع قرارداد است.

در قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال زمان آن شرط صحت دانسته شده است.^۵

اگر قرارداد در حضور طرفین قرارداد منعقد میگردد معلوم است که قرارداد در همان مجلس عقد خاتمه پیدا میکند یعنی زمان وقوع قرار داد زمان عقد است که توسط طرفین در مجلس انجام شده باشد، ولی اگر قرارداد توسط مکاتبه صورت بگیرد، درین خصوص در باره ی زمان عقد قرارداد بین حقوق دانان چهار نظریه وجود دارد:

— نظریه ی اعلام:

مطابق این نظریه قرارداد تجاری زمانی منعقد میگردد که قبول کننده ی ایجاب، اراده ی خود را مبنی بر قبول قرارداد ابراز نماید یعنی به اساس این نظریه برای انعقاد قرارداد تجاری که به وسیله ی مکاتبه صورت میگیرد صرف ابراز اراده قبول کننده قرارداد کفایت میکند.

^۱ - قانون قرار داد های تجاری و فروش اموال . ماده (۱۴)

^۲ - الفقه علی المذاهب الاربعه جلد (۵) ص ۱۶

^۳ - قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن ماده (۳)

^۴ - قانون قرار های تجاری و فروش اموال . ماده ۳۰

^۵ - قانون قرار داد های تجاری و فروش اموال ماده (۱۳)

— نظریه ی ارسال:

طبق این نظریه قرارداد تجاری که به وسیله ی کتابت انجام میشود قرارداد زمانی منعقد شمرده میشود که قبول کننده بر علاوه ی ابراز قبول اراده باید آنرا ضمن نامه به ایجاب کننده ارسال نماید، به اساس این نظریه قرارداد مکاتبه یی، زمانی منعقد شمرده میشود که قبول کننده اراده قبولی خود را نوشته به پوست یا هر وسیله ی دیگر ارسال، بسپارد.

— نظریه ی وصول:

مطابق این نظریه قراردادی که توسط کتابت انجام میشود قرارداد تجاری زمانی منعقد شمرده میشود که قبول کننده قرارداد، بر علاوه ی ابراز قبولی اراده و ارسال آن به ایجاب کننده نامه قبولی به ایجاب کننده برسد، به اساس این نظریه قرارداد مکاتبه یی زمانی منعقد میگردد که قبول کننده اراده ی قبولی خود را ابراز، ارسال و به ایجاب کننده برساند.

— نظریه ی اطلاع:

مطابق این نظریه قرارداد تجاری که توسط کتابت انجام میابد، زمانی منعقد شمرده میشود که قبول کننده علاوه بر ابراز اراده ی قبولی آنرا به ایجاب کننده ارسال کرده، به ایجاب کننده برسد و از مفهوم قبول مطلع شده به قبول کننده اطلاع دهد، به اساس این نظریه قرارداد مکاتبه یی زمانی منعقد میگردد که قبول کننده اراده ی خود را مبنی قبول قرارداد ابراز، آنرا ارسال، به قبول کننده رسیده و ایجاب کننده واپس به قبول کننده اطلاع دهد.^۱

قوانین نافذه ی افغانستان در مورد قرارداد های که توسط کتابت انجام میشود، از دو نظریه ی متفاوت پیروی نموده است. در قانون قرارداد های تجاری و فروش اموال، اگر چه از قرارداد توسط کتابت عادی بحث نشده، ولی در مورد قراردادی که توسط وسایل الکترونیکی منعقد میگردد، چنین مشعر است، «پیشنهاد یا قبولی که از طریق وسایل الکترونیکی (تلگرام، تلیکس، فکس، پوسته الکترونیکی و امثال آن) فرستاده میشود تا وقتی مؤثر یا قابل اجرا بوده نمی تواند که پیام مذکور امضای فرستنده را دارا باشد. طرفی که به چنین پیام استناد می نماید، ثابت سازد که پیام مذکور برضایت طرف فرستنده ارسال شده است. ...» که به این ترتیب در قانون مذکور از نظریه ی ارسال پیروی شده است.^۲

اما در قانون مدنی افغانستان در مورد قرارداد ها تحت عنوان عقد غیابی نظریه ی اطلاع قبول شده است.^۳

۴— تعیین مکان قرارداد تجاری: شرط چهارم از شروط مربوط قرارداد تعیین مکان قرارداد است. در قرارداد های داخلی این که تعیین مکان قرارداد شرط است یا خیر؟ قوانین افغانستان مسکوت عنه میباشد ولی در صورتی که قرارداد جنبه ی خارجی داشته باشد برای حل تعارض مکان قرارداد

^۱— صفایی سید حسین . قواعد عمومی قرار داد های . ص (۸۳-۸۴).

^۲— قانون قرار دادهای تجاری و فروش اموال . ماده (۲۳)

^۳— قانون مدنی افغانستان ماده (۵۲۳)

از اهمیت خاص برخوردار است، چون برای حل تعارض و پیدا نمودن قانون صالح ضرور است مکان عقد قرارداد معین گردد، در مورد قوانین تجارتی افغانستان نیز توجه نموده است، در صورتی که در سند قابل معامله خارجی قانون صالح حل تعارض معین نشده باشد، به اساس حکم قانون اسناد قابل معامله، در صورتی که در مقاوله قانون صالح معین نشده باشد قانون محل صدور سند، قبول یا معامله سند مدار اعتبار دانسته شده است که مطابق احکام مندرج آن صلاحیت طرفین، اعتبار سند، قبولی و یا انتقال آن را تعیین مینماید، مشروط بر این که سند مطابق قوانین محل صدور آن به علت فقدان مهر های کافی غیر مجاز نگردیده باشد.

قانون محلی که سند قابل معامله در آنجا قابل تادیه میباشد، مراتب ذیل را معین نماید:

__ مسئولیت کلیه طرفین؛

__ مکلفیت دارنده در مورد ارایه ی جهت قبولی یا تادیه؛

__ سررسید سند قابل معامله؛

__ موجبات نکول؛

__ ضرورت به اعتراض و کفایت آن یا ضرورت اطلاعیه ی نکول؛

__ سایر سوالات در ارتباط با تادیه و انجام تعهد، به شمول نوع اسعار و نرخ تبادل که مبلغ مندرج سند باید با رعایت آنها تادیه گردد.

نتیجه گیری

از موضوعات طرح شده درین مقاله بدین نتیجه میرسیم که:

موضوع شروط اساسی صحت قراردادهای تجارتی در انعقاد قراردادهای مذکور، یک امر مهم تلقی میگردد، که رعایت آن منتهی به انعقاد قرارداد درست میگردد.

بنا بر این بیان موضوع در عرصه حقوق تجارت مفید واقع میشود.

فهرست منابع و مآخذ

جزیری عبدالرحمن . الفقه علی المذاهب الاربعه جلد (۵) مکتبه الکترونیکی شامله .

صفایی سید حسین . قواعد عمومی قرار داد ها، بنیاد حقوقی میزان . چاپ ۲۴ پاییز سال ۱۳۹۵ .

کاتوزیان ناصر . قواعد عمومی قرار داد ها جلد (۲) شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا چاپ چهارم ۱۳۸۳ .

وزارت عدلیه . اصولنامه تجارت افغانستان . منتشره جریده رسمی (۸۹) ماده جدی سال ۱۳۳۶ کابل مطبعه دولتی .

وزارت عدلیه . قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و کنترل آن منتشره جریده رسمی شماره (۱۰۲۵) ۱۳۸۹/۳/۲۴ کابل مطبعه دولتی.

وزارت عدلیه . قانون مدنی افغانستان . منت وزارت عدلیه . قانون قرار داد های تجارتی و فروش اموال . منتشره جریده رسمی . شماره (۱۱۵۰) ۱۳۹۳/۷/۲۸ . کابل مطبعه دولتی .

تعارض قوانین احوال شخصیه

فهرست:

۱۵۱	مقدمه:
۱۵۲	مبحث اول: احوال شخصیه:
۱۵۲	گفتار اول: تعریف احوال شخصیه:
۱۵۵	گفتار دوم: مصادیق احوال شخصیه:
۱۵۶	گفتار سوم: تاریخچه احوال شخصیه:
۱۵۶	گفتار چهارم: جایگاه احوال شخصیه در حقوق:
۱۵۶	گفتار پنجم: قانون حاکم بر احوال شخصیه:
۱۶۰	اجمالی از فعالیتها:
۱۶۰	در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر:

مقدمه:

(احوال) در لغت به دو معنی به کار می رود: یکی به معنی سالها و دیگری حالها که امروز در معنای دوم رایج است و معنای اول متروک. (شخصیت) نیز مصدر جعلی از (شخص) است و شخصی عضو اجتماعی است که بتواند در جامعه صاحب حق و تکلیف شود. و شخصیت نیز به شایستگی شخص برای دارا شدن حق و تکلیف اطلاق می گردد.

شخص در حقوق به دو قسم حقیقی و حقوقی تقسیم می شود. در مبحث احوال شخصیه از احوال مربوط به شخص حقیقی بحث می شود. احوال شخصیه اصطلاحی است وارداتی که برخاسته از حقوق غرب است و از طریق ترجمه وارد حقوق کشورهای اسلامی شد. حدود یک قرن از ورود این اصطلاح به حوزه حقوق کشورهای اسلامی می گذرد و تألیفاتی هم که در این موضوع شده است بیشتر بدون توجه به ماهیت و عناصر تشکیل دهنده آن و صرفاً از چند مصداق احوال شخصیه بحث شده است. ممکن است یکی از دلایل آن عدم آشنایی درست حقوق دانان به حقوق روم به عنوان خاستگاه اولیه آن باشد. دلیل دیگری که می توان برشمرد متفاوت بودن تقسیم بندی در حقوق که احوال شخصیه یک شاخه آن است با تبویب رایج فقه است. هرچند غالب مصادیق

احوال شخصیه در فقه وجود دارد اما اختلاف در شیوه تقسیم بندی باعث شده که فقها احوال شخصیه را در معنی حد اقل به کار ببرند.
تعارض قوانین احوال شخصیه

مبحث اول: احوال شخصیه:

گفتار اول: تعریف احوال شخصیه:

برخی صاحب نظران معتقدند که (احوال شخصیه) تعریف روشنی ندارد، اما حقوق دانان کوشیده اند با ذکر مصادیق و نمونه هایی، آن را تعریف نمایند. تعریفی که از احوال شخصیه ارائه داده اند عبارت است از این که: احوال شخصیه یا احوال شخصی در اصطلاح حقوقی به معنای اوصاف و خصوصیات است که وضع و هویت شخصی و حقوقی و تکالیف فرد را در خانواده و اجتماع معین می کند. ۱ (ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴/۲. و روحی بعلبکی و دیگران، القاموس القانون الثالث / ۹۰). این تعریف مورد قبول حقوقدانان بسیاری از کشورها می باشد و دیوان عالی کشور مصر این گونه تعریف نموده است:

(احوال شخصیه مجموعه ای از صفات طبیعی یا خانوادگی است که موجب تمیز شخصی از غیرش شده و قانون بر آن ترتیب اثر می دهد. مثل این که شخص مرد است یا زن، مجرد است یا متأهل یا مطلق، یا مثل این که ولد مشروع است یا نامشروع، اهلیت دارد یا به دلیل صغر، جنون و سفه فاقد اهلیت مطلق است). ۲ (معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصیه، و محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه والقضاء فی الاحوال الشخصیه/ج ۱/۲۶)

همچنین گفته اند که احوال شخصیه مجموع صفات انسان که به اعتبار آن ها یک شخص در جامعه دارای حقوقی شده و آن حقوق را اجرا نماید. ۳ (حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۳۶/۱). بعضی نیز گفته اند که احوال شخصیه مجموعه صفات طبیعی یا خانوادگی است که از ممیزات انسان از غیرش می باشد که معمولاً در اسناد سجلی و اوراق هویت آورده می شود. ۴ (معوض عبدالنواب، همان مدرک / ۲۴).

پس از تعبیّرات مختلفی که از احوال شخصیه شد باز می گردیم به نظر اول که احوال شخصیه تعریف روشنی ندارد، بلکه در عمل مصادیق آن را برمی شمردند. بنابراین پرداختن به نقاط قوت و ضعف تعریف ها امری غیر لازم است. اما این نکته مسلم است که از ویژگیهای احوال شخصیه یکی این است که قابل تقویم و مبادله با پول نمی باشد و وابستگی به وضعیت شغلی و موقعیت اجتماعی فرد ندارد. ۵ (سید حسین صفایی، و سید مرتضی قاسم زاده، اشخاص و محجورین / ۹). از دیدگاه تحلیل حقوقی، اصطلاح احوال شخصیه در دو معنی به کار رفته است: یکی به معنای اعم و دیگری به معنای اخص از وضعیت و اهلیت یعنی فقط وضعیت و شامل اهلیت نمی گردد. ۶ (سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۴/۹۹. و سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران / ۱۹۵).

اینک هر یک از این دو اصطلاح که از عناصر تشکیل دهنده احوال شخصیه هستند را توضیح می دهیم:

الف: وضعیت: عبارت است از کیفیتی که اشخاص از نظر قوانین جاری یک کشور دارا می باشد. ۷ (محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵/ ۳۸۰۷). به عبارت دیگر، مجموع اوصاف حقوقی انسان مثل نکاح، طلاق، سن، نسب، حجر، ... می باشد. وضعیت منشأ حقوق و تکالیف است و اموری را شامل می شود که قانون بر آن ها آثار حقوقی بار می کند، مثل عقد نکاح که برای زن و شوهر هم حق به وجود می آورد و هم تکلیف، حق مانند این که قانون مقرر می کند ریاست خانواده از خصایص شوهر است و در مقابل تکالیفی همانند این که نفقه زوجه بر عهده شوهر است. ۸ (نجادعلی الماس، تعارض قوانین / ۱۵۱). در حقوق روم وضعیت اشخاص در سه بخش مورد بحث واقع می شد:

۱. وضع شخص به اعتبار آزاد یا آزاد شده یا برده بودن فرق می کرد یعنی حقوق و تکالیف او متفاوت بود؛

۲. وضعیت سیاسی شخص، یعنی از نظر این که شهروند رومی از نژاد لاتینی و یا از رعایای روم محسوب می شد فرق می کرد. البته شهروند رومی از حقوق و امتیازهای بیشتری برخوردار بود؛

۳. وضعیت خانوادگی شخص: یعنی وضع حقوقی شخصی در خانواده برحسب این که پدر و سرپرست خانواده یا فرزند تحت ولایت یا غیر این ها باشد تفاوت می کرد. علاوه بر این سه وضعیت، افراد از نظر طبقه اجتماعی آن ها نیز مورد بحث بود یعنی وضع حقوق آن ها برحسب این که از کدام طبقه اجتماعی بودند تفاوت می کرد. ۹ (سید حسین صفایی، و سید مرتضی قاسم زاده، اشخاص و محجورین / ۷).

وضعیت اشخاص از نظر سیاسی در حقوق نیز از اهمیت ویژه ای برخوردار است، زیرا وضعیت اتباع یک کشور با اتباع بیگانه یکسان نیست و اتباع خارجی از برخی حقوق سیاسی و مدنی محروم اند، بررسی وضعیت بیگانگان در رشته حقوق بین الملل خصوصی و وضعیت سیاسی اشخاص در حقوق عمومی صورت می گیرد که هر دو از حیطه حقوق مدنی خارج است. اما وضعیت افراد از نظر خانوادگی بخش مهمی از مباحث فقهی را به خود اختصاص داده است و این بخش از مباحث حقوق مدنی نیز می باشد و کلمه وضعیت در حقوق مدنی بیشتر به این معنا به کار می رود ۱۰ (سید حسین صفایی، و سید مرتضی قاسم زاده، اشخاص و محجورین / ۸). پس وضعیت مدنی عبارت است از وضع حقوقی اشخاص در روابط حقوق خصوصی و به ویژه روابط خانوادگی که البته جزء شخصیت انسان بوده و جنبه مالی و اقتصادی نداشته باشد و اوصاف و امتیازهای مالی شخص خارج از وضعیت است.

ب: اهلیت: به فارسی سزاواری و شایستگی است، در علم حقوق عبارت است از صلاحیت قانونی برای دارا بودن حق (اهلیت استحقاق) و اعمال حق (اهلیت استیفا یا اهلیت اعمال حق) است و

فقدان اهلیت را حجر گویند. ۱۱ (محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱/۷۳۹).

بنابراین اهلیت به دو قسم است: یکی اهلیت استحقاق و دیگری اهلیت استیفا که به آن اهلیت اجرا گفته اند.

به نظر برخی استادان فن، کلمه اهلیت استحقاق که در فقه به کار رفته است از کلمه اهلیت تمتع که التقاطیون معاصر ما از حقوق اروپا گرفته اند بهتر است، زیرا لغت (تمتع) در بادی امر ذهن شنونده را به اجرای حق می کشاند و گمراه کننده است. ۱۲ (محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱/۷۷۴).

۱: اهلیت استحقاق عبارت است از: صلاحیت دارا شدن حق؛ مثلاً شخص حقیقی می تواند حق نکاح داشته باشد اما شخص حقوقی اهلیت آن را ندارد. البته هرکس اهلیت استحقاق داشته باشد معلوم نیست بتواند آن را اجرا کند چه این که در مرحله دوم اهلیت دیگری لازم است که به آن اهلیت استیفا گویند. ۱۳ (ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۲/۴. و روحی بعلبکی و دیگران، القاموس القانون الثالث/ ۵).

۲: اهلیت استیفا: به افراد فاقد اهلیت استیفاً الزاماً محجور اطلاق نمی گردد، چون ممکن است کسی مثل تبعه خارجی حق رأی دادن را نداشته باشد اما محجور هم نباشد و اما در اکثر موارد کسانی را که فاقد اهلیت هستند محجورین تشکیل می دهد. از طرف دیگر، کسانی که به سن بلوغ و رشد رسیده اند و رشد آن ها محرز است اصل این است که واجد اهلیت استیفا باشند که قانون مدنی نیز در ماده ۳۹ و ماده (۷۰) ۱۴ (قانون مدنی ج. ۱. ا.) و ماده ۹۴ قانون احوال شخصیه. ۱۵ (جریده رسمی شماره ۹۸۸ قانون احوال شخصیه اهل تشیع). سن بلوغ را در پسر هجده سال تمام قمری و در دختر ۱۶ سال تمام قمری قرار داده است

اما اهلیت استحقاق ملازم با شخصیت افراد است بنابراین انسان به فرض زنده متولد شدن اصل این است که واجد اهلیت استحقاق است. ماده ۳۶ ق. م. ۱۶ (قانون مدنی ج. ۱. ا.) در این باره مقرر داشته است: شخصیت انسان با ولادت کامل وی به شرط زنده بودن آغاز و با وفات انجام می یابد. صاحب جواهر در این باره می فرماید:

(الحمل یرث بشرط انفصاله حیا اجماعاً: حمل اگر زنده متولد گردد به اجماع ارث می برد.) ۱۷ (جواهر الکلام، ج ۳۰/۷۰).

خلاصه آن که اهلیت استحقاق با اهلیت تصرف ملازمه قانونی ندارد یک طفل می تواند مالک هر نوع مالی بشود اما برای اجرای حق مالکیت خود تا زمانی که به سن رشد نرسیده اهلیت ندارد.

بین اهلیت و وضعیت رابطه نزدیک وجود دارد، ولی این به آن معنا نیست که آن دو هیچ تفاوتی با هم ندارند و به عنوان مثال سن که از مصادیق وضعیت است. در اهلیت نیز اثر می گذارد و اهلیت تا حدی تابع وضعیت است، زیرا صغیر چون حالت صغر دارد فاقد اهلیت است، از طرف دیگر

گاهی اهلیت در وضعیت تأثیر می‌کند؛ مثلاً برای بعضی از امور نکاح وجود اهلیت لازم است لذا وضعیت طفل تابع اهلیت اوست. بنابراین آنچه برخی حقوق‌دانان گفته‌اند که در احوال شخصیه توجهی به اهلیت نمی‌شود و اهلیت هرگز در احوال شخصیه تأثیری ندارد^{۱۸} (سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران/ ۱۹۶)، لغزشی آشکار است.

نکته آخر این که هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق استحقاق و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند اهلیت استحقاق چون ملازمه با شخصیت انسان دارد سلب آن به منزله سلب زندگی است و تعبیر برخی از نویسندگان که می‌گویند: رمزی است که خداوند در طبیعت انسان به ودیعت گذاشته و با مرگش نابود می‌شود،^{۱۹} (حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۱/ ۴۷). و بعضی نیز آن را تشبیه به سایه نموده‌اند که مثل سایه هر کجا شخص برود قوانین مزبور هم او را تعقیب می‌نماید.^{۲۰} (مصطفی، عدل، حقوق مدنی/ ۳۷). بنابراین کسی نمی‌تواند از خود حق ازدواج را به طور کلی سلب کند، اما در اهلیت استیفاً صرفاً سلب جزئی حق امکان پذیر است. به خاطر وجود حکمت ممنوعیت سلب حق استحقاق از خود، دایره قاعده (لکل ذی حق اسقاط حقه) محدود به اسقاط حق استیفاً آن هم به صورت جزئی می‌شود.

گفتار دوم: مصادیق احوال شخصیه:

مهم‌ترین موضوعات و مصادیق احوال شخصیه در قانون احوال شخصیه و قانون مدنی عبارتند از: اهلیت، حجر، غائب و مفقود الاثر، ولایت، وصایت، قیمومیت، قرابت نسبی سببی و رضایی، خواستگاری، نامزدی، انصراف از نامزدی، ازدواج، حقوق و تعهدات ناشی از ازدواج، انحلال نکاح اعم از فسخ، طلاق، تفریق و رجوع از آن، مهر و نفقه، نسب، خضانت، ارث، حق انتفاع، و هبه.^{۲۱} (جریده رسمی شماره ۹۸۸ قانون احوال شخصیه اهل تشیع). و (قانون مدنی ج ۱.۱).

حقوق دانان در مورد این که تمامی موارد از مصادیق احوال شخصیه باشند، تشکیک کرده‌اند و عده‌ای در مورد مهریه، ارث، وصیت، اهلیت، هبه و وقف تردید کرده‌اند. بعضی از ایشان موارد فوق را جزئی از احوال شخصیه می‌دانند و این گونه استدلال کرده‌اند که توارث تأسیسی است که به اعتبار خویشاوندی بین وارث و مورث است و وصیت نیز تأسیسی است که به اعتبار شخصیت وصی برقرار شده است. پس جنبه غیر مادی آن‌ها بر جنبه مالی غلبه دارد.^{۲۲} (سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۴/ ۹۹. و سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران/ ۱۰۰). خصوصاً هبه و وصیت که از عقود تبرعی هستند با توجه به این که شخصیت طرفی که به او هبه و وصیت می‌شود مورد توجه است، از احوال شخصیه می‌داند.^{۲۳} (محمد مصطفی شبلی، احکام الاسرة فی الاسلام/ ۱۲).

مخالفین این نظر استدلال کرده‌اند که احوال شخصی در مقابل احوال عینی قرار دارد پس هر چیزی که جنبه مالی داشته باشد از جرگه احوال شخصیه خارج است.^{۲۴} (معوض عبدالنواب، همان مدرک و سید حسین صفایی، همان مدرک/ ۱۱). آنان برای تشخیص مصادیق احوال شخصیه از

این مدارک استفاده کرده اند که موضوعاتی که در مورد آن نوعاً قوانین به اعتبار شخصیت فرد وضع شده است از مصادیق احوال شخصیه و در برابر آن قوانینی که به اعتبار طبیعت مال وضع شده اند از مصادیق احوال عینی می باشد. ۲۵ (وهبة زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹/۶۴۸۸).

گفتار سوم: تاریخچه احوال شخصیه:

احوال شخصیه چون جزئی از حقوق مدنی است بنابراین تاریخ آن، با تاریخ حقوق مدنی مشترک است ولی سؤالی که در این جا مطرح می شود این است که احوال شخصیه از چه زمانی با عنوان مستقل مطرح شده و کدام نظام حقوقی تقسیم احوال شخصی و عینی را برای اولین بار به وجود آورد؟ محققان بر این باورند که اصطلاح احوال شخصیه اولین بار در حقوق ایتالیا و در قرون ۱۲ و ۱۳ میلادی به وجود آمد. در آن زمان قانون دولتی روم فراگیر بود و قانون های محلی دیگر نیز وجود داشت. برای این که این دو با هم مشتبه نشوند، قانون عمومی روم را (قانون) نامیدند و قانون محلی را (حال) که به (احوال) جمع بسته می شود. احوال هم به دو دسته تقسیم شد: احوالی که به اشخاص تعلق دارد و احوالی که به اموال تعلق می گیرد. حقوق ایتالیا این اصطلاح را وام گرفت و قانون مدنی را به دو بخش تقسیم نمود: یکی روابط اشخاص، اهلیت و جنسیت شان و دیگری اموال، خلاصه، اوکی را (احوال شخصی) و دومی را (احوال عینی) نامیدند. ۲۶ (معوض عبدالتواب، موسوعة الاحوال شخصیه، ج ۱/۲۶، و محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه والفضاء فی الاحوال الشخصیه/ ۲۱). بعضی هم گفته اند که احوال شخصیه از اصطلاح حقوق فرانسه است و نویسندگان کدسیوبل (مجموعه قوانین مدنی فرانسه) آن را وضع کرده اند و از راه ترجمه اصطلاحات فرانسه وارد زبان فارسی شده است ۲۷ (دایرةالمعارف بزرگ اسلامی/ ۱۲۹، جعفری لنگرودی، همان مدرک/ ۱۹۳). و در افغانستان برای اولین بار در سال ۱۳۸۱ در ماده ۱۳۱ قانون اساسی مطرح شد. ۲۸ (که در تبع این قانون بعداً احوال شخصیه شیعه یان تصویب شد فقط در ماده ۱۷ قانون مدنی احوال مدنی را تعریف نموده است. ۲۹ (قانون مدنی ج. ۱.ا).

گفتار چهارم: جایگاه احوال شخصیه در حقوق:

احوال شخصیه بخشی از حقوق مدنی بلکه مهم ترین بخش آن است، چرا که حقوق مدنی به دو بخش احوال شخصی و احوال عینی تقسیم می گردد. احوال شخصی متعلق به شخص انسان و ذاتش می باشد و جدا از موقعیت اجتماعی او نیست و نیز غیر قابل مبادله و تقویم به پول است، مانند زوجیت و توابعش مثل طلاق...

گفتار پنجم: قانون حاکم بر احوال شخصیه:

پس از مطالبی که در تعریف، تاریخچه و جایگاه حقوقی احوال شخصیه آوردیم، اینک یکی از مباحث مطرح شده در احوال شخصیه را می کاویم و آن، بررسی قانون حاکم بر احوال شخصیه است. این بحث زمانی مطرح می شود که تعارض قوانین در حقوق موضوعه به وجود آید.

تعارض زمانی به وجود می آید که پای یک (عامل خارجی) در حقوق موضوعه در میان آید. که در این زمینه دو نظریه مطرح است.

۱- قانون اقامتگاه: اقامتگاه رابطه ای است حقوقی، همراه با بعضی از خصایص سیاسی که بین اشخاص و حوزه معینی از دولت برقرار می شود. ۳۰ (محمد نصیری، حقوق بین الملل خصوصی/ ۸۰). شرط اقامت این نیست که حتما تبعه آن کشور باشد. پس اقامتگاه تقسیم مادی اشخاص است. در مقابل تابعیت تقسیم معنوی افراد می باشد. که در ماده ۱۸ و ۲۷ قانون مدنی در مورد اقامتگاه اشخاص حکم نموده است ۳۱. (قانون مدنی ج. ۱.۱) سه اصل کلی بر اقامتگاه حاکم است: ۱. هر شخصی باید اقامتگاه داشته باشد ۲. هیچ شخصی نباید بیش از یک اقامتگاه داشته باشد ۳. اقامتگاه یک امر دائمی نیست. کشورها در مورد اصل وحدت اقامتگاه اختلاف نموده اند. بیشتر کشورهای کامن لایی قانون اقامت گاه را حاکم میدانند به دو دلیل.

الف: ارتباط شخص با قانون اقامت گاه بیش از ارتباط او با قانون متبوع است بنابر این قانون اقامت گاه بهتر است.

ب: فردی که در کشور بیگانه زندگی میکند نباید نسبت به اتباع آن کشور امتیازی داشته باشد و باید در برابر قانون مساوی باشد بنابر این اگر احوال شخصیه این فرد مطابق قانون متبوع باشد این امر یکنوع تبعیض در مقابل بیگانه است از این لحاظ قانون اقامتگاه باید تطبیق شود.

ساوینی (savigny) که بنیان گذار نظریه اقامتگاه است به منافع دولتها نمی اندیشد او می گوید: تابعیت رابطه ای سیاسی، حقوقی و معنوی بین فرد و دولت است وقتی که شخصی از کشوری به کشور دیگری می رود و آن جا را مرکز مهم امور خود و نیز محل سکونت خود برمی گزیند هرچه این اقامت طولانی تر می شود معمولاً پیوندهای سه گانه مذکور بین فرد و دولت ضعیف تر شده و رابطه وی با محل اقامتش قوی تر می شود.

در تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی نمی توان واقعیتها را نادیده گرفت و حقوق کشورهای مثل فرانسه و سویس اخیراً به این نظر گرایش پیدا کرده است. ۳۲ (فرهاد پروین، نگاهی به قانون احوال شخصیه خارجیان، مجله حقوقی، ش ۲۴/۲۷۲).

۲- قانون متبوع: قاعده صلاحیت (قانون دولت متبوع) را اولین بار نویسندگان کد سیویل فرانسه در مورد حل تعارض قوانین مطرح کردند. این راه حل را بسیاری از کشورهای جهان از جمله اروپا پذیرفتند و مؤسسه حقوق بین الملل نیز در نیمه دوم قرن نوزدهم آن را تأیید نمود و همچنین در قراردادهای سیاسی چندجانبه ۱۹۰۲ م ۱۹۰۵ م لاهه مورد قبول واقع گردید. این قاعده استثنائاتی هم دارد که از جمله آن نظم عمومی است. که در ماده (۳۵) قانون مدنی افغانستان هم ذکر شده. ۳۴ (قانون مدنی ج. ۱.۱) امتیازی که قانون ملی دارد این است که اولاً با هدف قوانین شخصی همخوانی دارد، زیرا این قوانین اصولاً برای حمایت افراد وضع می شوند که مستلزم دوام و استمرار است و با جابه جا شدن افراد تغییر نمی کند و در نتیجه، از این طریق تزلزلی در ارکان خانواده و

ثبات و استقرار آن که هدف اساسی قوانین شخصی است رُخ نمی دهد. ۳۵ (محمد نصیری، حقوق بین الملل خصوصی / ۸۰). ثانیاً با قاعده معروف حقوق بین الملل (نزاکت بین المللی) که مبتنی بر رعایت عدالت در صحنه بین الملل و احترام به دیگران است، سازگار می باشد. ۳۶ (سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۴/۹۹. و سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران/ ۱۰۱) و نظر دوم در این رابطه میگوید که اعمال قانون اقامت گاه با هدف اجتماعی قوانین احوال شخصیه منافات دارد زیرا قانون احوال شخصیه قانون بیرون مرزی است و برای حمایت افراد تثبیت و ضعیف خانواده گسی و تشخیص اهلیت آنها وضع شده بنابر این اگر قانون اقامت گاه تطبیق شود حالت خانواده گسی افراد و اهلیت آنها دچار تزلزل میشود در نتیجه قانون متبوع باید تطبیق شود.

نکته آخر این که قانون مدنی افغانستان، از قاعده دولت متبوع یعنی نظریه دوم پیروی نموده است که در مواد ۱۷ - ۱۹ - ۲۰ - ۲۲ - ۲۳ - ۲۴ - ۲۵ - قانون مدنی به صراحت این مطلب را بیان می کند.

نتیجه گیری:

این تحقیق در دو محور کلی ارائه شد: در محور اول به کلیاتی درباره احوال شخصیه و شناخت ماهیت و تاریخچه و جایگاه آن در حقوق پرداختیم؛ خلاصه آن این شد که: احوال شخصیه برخاسته از حقوق روم است و از دو عنصر اساسی (اهلیت) و (وضعیت) تشکیل شده است و حاصل یک تقسیم بندی است که در نظام حقوق روم جاری بود که احوال مدنی را به دو قسم احوال شخصی و احوال عینی تقسیم می کند. از ورود این واژه به قاموس واژگان حقوق اسلامی کمتر از یک قرن می گذرد.

از آن جایی که تبویب احکام در فقه یک امر تعبدی و توقیفی نیست و در طول تاریخ فقه، فقهای شیعه و سنی تقسیم ها و فصل بندی های متعددی از احکام فقهی ارائه داده محور دوم بحث این نوشتار، جست و جوی پاسخ برای این سؤال بود که چه قانونی بر احوال شخصیه بیگانگان حاکم است؟ این مطلب را هم از دیدگاه حقوقی که نوعاً کشورها یا قانون اقامتگاه را بر احوال شخصیه اتباع خارجی کشورها حاکم می داند یا قانون ملی آنها را.

منابع:

۱. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۲/۴. و روحی بعلبکی و دیگران، القاموس القانون الثلاث، ۹۰.
۲. معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصیه، ج ۱/۲۶، و محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه والفضاء فی الاحوال الشخصیه، ۱۴.
۳. حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۱/۳۶.
۴. معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصیه، ج ۱/۲۶، و محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه والفضاء فی الاحوال الشخصیه، ۲۴.
۵. سید حسین صفایی، و سید مرتضی قاسم زاده، اشخاص و محجورین، ۹.

۶. سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۴/۹۹. و سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران، ۱۹۵.
۷. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵/۳۸۰۷.
۸. نجادعلی الماس، تعارض قوانین، ۱۵۱.
۹. سید حسین صفایی، و سید مرتضی قاسم زاده، اشخاص و محجورین / ۷.
۱۰. سید حسین صفایی، و سید مرتضی قاسم زاده، اشخاص و محجورین / ۸.
۱۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱/۷۳۹.
۱۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱/۷۷۴۰.
۱۳. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۲/۴. و روحی بعلبکی و دیگران، القاموس القانون الثلاث / ۵.
۱۴. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۵.
۱۵. قانون احوال شخصیه اهل تشیع،
۱۶. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۵،
۱۷. جواهر الکلام، ج ۳۰/۷۰.
۱۸. سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران / ۱۹۶.
۱۹. حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۱/۴۷.
۲۰. مصطفی، عدل، حقوق مدنی / ۳۷.
۲۱. جریده رسمی شماره ۹۸۸ قانون احوال شخصیه اهل تشیع. و (قانون مدنی ج. ۱.۱).
۲۲. سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۴/۹۹. و سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران، ۱۰۰.
۲۳. محمد مصطفی شبلی، احکام الاسرة فی الاسلام / ۱۲.
۲۴. معوض عبدالنواب، همان مدرک و سید حسین صفایی، همان / ۱۱.
۲۵. وهبة زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹/۶۴۸۸.
۲۶. معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصیه، ج ۱/۲۶، و محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه والفضاء فی الاحوال الشخصیه / ۲۱.
۲۷. دایرةالمعارف بزرگ اسلامی / ۱۲۹، جعفری لنگرودی، همان مدرک / ۱۹۳.
۲۸. قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲.
۲۹. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۵.
۳۰. محمد نصیری، حقوق بین الملل خصوصی / ۸۰.
۳۱. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۵.
۳۲. فرهاد پروین، نگاهی به قانون احوال شخصیه خارجیان، مجله حقوقی، ش ۲۴/۲۷۲.
۳۳. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۵.
۳۴. محمد نصیری، حقوق بین الملل خصوصی / ۸۰.
۳۵. سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۴/۹۹. و سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران / ۱۰۱.

اجمالی از فعالیتها

در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

گزارش فعالیتهای قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری
۱. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری از تاریخ ۱۳۹۹/۸/۱ الی ۱۳۹۹/۸/۳۰ تعداد (۲۳) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (۶۶) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی ، اخذ رشوت ، اختلاس و تزویر گرفتار شده و از این تعداد (۲۴) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (۴۲) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال ۱۲ نفر.
- حبس یک سال الی پنج سال ۱۲ نفر .
- محکومین جرایم نقدی ۱۸ نفر.

مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (۷۳۵۱۷) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (۱) بیانگر آمار محکومین محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

در ماه عقرب سال ۱۳۹۹

ردیف	شرح	تعداد نفر	تصمیم قضائی				
			تعداد محکومین	تعداد محبوس به حبس تفهیدی			
				یک ماه الی یک سال	۱-۵ سال	۵-۱۵ سال	جریمه نقدی
۱	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	۱۰	۳۵	۱۹	۱۶	۵	۵۰۲۵
۲	اخذ رشوت	۱۰	۲۱	۳	۱۸	۶	۶۸۴۹۲
۳	اختلاس	۲	۹	۱	۸	۱	۱
۴	تزویر	۱	۱	۱			
	مجموعه	۲۳	۶۶	۲۴	۴۲	۱۲	۷۳۵۱۷

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (۶) دوسیه قرار قضائی صادر و آنها را غرض تکمیل خالاهای تحقیقاتی^۱ و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

جدول شماره (۲) بیانگر قرار های قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری در ماه عقرب سال ۱۳۹۹

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار خلاف و نواقص		مرجع مربوط
				۲	۴	
۱	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	۲	۸	۲		خارنوالی
۲	اختلاس و تزویر	۴	۲۴	۴		خارنوالی
مجموعه		۶	۳۲	۶		

۲. نمونه های از خلاصه احکام صادره محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

حکم مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۱

محکومیت یکتن از صرافان به جرم شراکت در رشوت

به اساس اطلاع شخص اعتمادی ریاست مبارزه علیه جرایم سنگین فساد اداری مبنی بر اینکه یکتن از باشندگان ناحیه دوازدهم شهر کابل مبلغ بیست و پنج هزار دالر امریکایی را به منظور تفرار بصف قومانندان امنیه ولایت پکتیا بطور رشوت در یکی از صرافای های شهر کابل جمع نموده که اسناد و پول متذکره موجود میباشد بعد از هدایت ریاست مبارزه علیه جرایم سنگین موضوع تحت کار کشفی و اوپراتیفی قرار گرفته متهم از مربوطات ناحیه دوم شهر کابل به ارتباط قضیه همراه با صراف گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد. قضیه وارد محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده و در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۱ در حضور داشت طرفین قضیه متفقاً متهمین در قضیه تادیه رشوت مبلغ (۲۵۰۰۰) هزار دالر امریکایی و شراکت در آن طبق حکم بند (۶) فقره (۱) ماده (۳۷۲) و مواد (۳۸۴ و ۳۸۵) کد جزا با رعایت احکام مواد (۵۸، ۲۱۳ و ۲۱۴) کد مذکور هر واحد از ابتدای ایام نظارت و توقیفی شان به مدت یک سال و شش ماه حبس تنفیذی و جزای نقدی معادل و جه تادیه رشوت و مصادره ان محکوم به مجازات گردیده اند .

حکم مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۶

محکومیت مدیر زون ششم ریاست (۰۴۱) امنیت ملی به جرم اخذ رشوت

رئیس لیسه خصوصی افغان قبلا در سال ۱۳۹۵ در ولایت ننگرهار به مظنونیت عضویت در گروه مخالفین دولت از جانب موظفین ریاست امنیت ملی گرفتار گردیده که بعد از طی مراحل محاکماتی در فرجام به پنج سال حبس تنفیذی و مصادره اسلحه بدست آمده محکوم به مجازات و هکذا به استرداد یک تعداد اشیای بدست آمده متهم که در ارتکاب جرم نقش نداشته نیز اصدار حکم گردیده است به تاسی از حکم مذکور برخی اشیای متهم برایش مسترد گردیده و در مورد استرداد یک عراده واسطه نقلیه و مبلغ یکصد و دو هزار دالر امریکایی محکوم علیه از جانب ریاست امنیت ملی هیئت تعیین می گردد که هیئت مبلغ فوق الذکر را برایش تسلیم داده ولی واسطه نقلیه طبق معلومات ریاست ۲۴۱ امنیت ملی ذریعه مکتوب (۵۵۲۷) مورخ ۱۳۹۹/۶/۲۵ به ریاست تخنیک امنیت ملی تحول داده شده و متضرر طی عریضه عنوانی ریاست عمومی خارنوالی کنترول مراقبت عارض و شکایت درج نموده که کارمند ریاست (۲۴۱) امنیت ملی برایم میگوید که مبلغ (۱۰۰۰۰) دالر امریکایی بدهید تا موتر و اجناس باقی مانده تانرا برایم تسلیم نمایم که بلاثر

عریضه عارض موظفین داخل اقدام شده و بعد از ترتیب پلان وجه مطالبه شده، ده هزار دالر امریکایی نشانی شد و به دسترس شاکی قرار داده شده و کارمند امنیت ملی در قاضی پلازا واقع ناحیه نهم شهر کابل مبلغ ده هزار دالر امریکایی را از نزدش تسلیم شده همزمان از جانب هیئت موظف گرفتار و وجه متذکره از جیب کارمند دریافت و متهم به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد. قضیه محول محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۶ خویش به حضور داشت طرفین قضیه و وکیل مدافع متفقاً مدیر زون ششم ریاست (۰۴۱) امنیت ملی را در قضیه اخذ رشوت مبلغ ده هزار دالر امریکایی طبق حکم بند (۵) فقره (۱) ماده (۳۷۱) و فقره (۲) ماده (۳۷۵) و فقره (۱) ماده (۳۸۵) کود جزا و با رعایت مواد (۲۱۳ و ۲۱۴) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت سه سال حبس تنفیذی و جزای نقدی معادل وجه رشوت و انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است.

گزارش فعالیتهای قضائی محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

(۱) گزارش

محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری از تاریخ (۱/۸/۱۳۹۹ الی ۳۰/۸/۱۳۹۹) تعداد (۸) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (۱۲) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی، وساطت در رشوت، تزویر و غدر گرفتار شده و از این تعداد (۲) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (۱۰) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یکماه الی یکسال سال ۲ نفر.
- حبس یکسال الی پنج سال ۲ نفر.
- محکومین جرایم نقدی ۶ نفر.

مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (۵۵۱۹) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (۳) بیانگر آماراجراآت محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

در ماه عقرب سال ۱۳۹۹

شماره	نوع قضیه	تعداد متهم	برائت	تعداد محکوم	تصمیم قضائی			
					تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
					جریمه نقدی	حبس یکماه الی یکسال	حبس یکسال الی پنج سال	حبس بیش از پنج سال
۱	سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی	۵		۵	۱	۲		۱۸۸۳
۲	تزویر	۵	۱	۴			۴	۳۶۳۶
۳	وساطت در رشوت	۱		۱	۱			
۴	غدر	۱	۱					
	مجموعه	۱۲	۲	۱۰	۲	۲	۶	۵۵۱۹

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (۳) دوسیه قرار قضایی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی^۱ و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

جدول شماره (۴) بیانگر قرار های قضایی محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری در ماه

عقرب سال ۱۳۹۹

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار	مرجع مربوط
				خلا و نواقص	
۱	سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی	۲	۳	۲	خارنوالی
۲	سرقت و تزویر	۱	۴	۱	خارنوالی
مجموعه		۳	۷	۳	

۲. خلاصه نمونه های از احکام صادره محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

حکم مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۰

محکومیت دو تن از منسوبین حوزه چهارم امنیتی پولیس شهر کابل به جرم سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی

مدیر لوژستیک کابل کیهان عنوانی مدیریت عمومی امنیت داخلی قوماندانی امنیه ولایت کابل عارض و نگاشته است که چند روز قبل در ناحیه چهارم غرض فروش ترمامتر رفته بودم که دوتن از منسوبین حوزه چهارم امنیتی پولیس یک تن از منسوبین ما را با استفاده از صلاحیت وظیفوی خویش بطور غیر قانونی و اجباری سر قبرستان کلوله پشته برده و مورد لت و کوب قرار داده و بطور اجباری از نزدش ویدیو گرفته که گویا من در یک منزل آمده و فعل زنا را انجام دادم و از نزد وی مبلغ یک هزار دالر امریکایی، هفت هزار افغانی و یک سیت موبایل را نیز گرفته و رها نموده بعداً همایش به تماس شده و وی را تهدید نموده که مبلغ سه هزار دالر امریکایی برایش پرداخت نماید در صورت نپرداختن مبلغ متذکره ویدیوی که قبلاً ثبت گردیده را در صفحات مجازی منتشر می سازد. قضیه بعد از غور و بررسی محول محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده و در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۶ در حضور داشت طرفین قضیه متفقاً متهم عضو تولی دوم آمریت حوزه چهارم امنیتی پولیس و متهم سرباز حوزه متذکره در قضیه سوء استفاده از موقف وظیفوی طبق حکم ماده (۴۰۳) کود جزا با رعایت احکام مواد (۲۱۳ و ۲۱۵) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت شش شش ماه حبس تنفیذی، انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکوم به مجازات و هکذا طبق حکم ماده (۱۴) کود مذکور به رد یک سیت موبایل به مالک ان اصدار حکم گردیده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت خارنوال موظف قضیه محول محکمه استیناف رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۰ خویش به حضور داشت طرفین قضیه به اتفاق آرا متکی به ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فیصله مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۶ محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل را تشدیداً تعدیل نموده و استینافاً هر دو تن از متهمین عضو تولی دوم آمریت حوزه چهارم امنیتی پولیس و سرباز حوزه متذکره را در قضیه سوء استفاده از موقف وظیفوی طبق حکم ماده (۴۰۳) کود جزا با رعایت احکام مواد (۲۱۳ و ۲۱۴) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی شان به مدت

یکسال و یکماه حبس تنفیذی، انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکوم به مجازات نموده و هکذا طبق حکم ماده (۱۴) کود مذکور به رد یک سیت موبائیل به مالکش نیز اصدار حکم گردیده است.

حکم مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۱

محکومیت آمر عبور کنترل بندر شیخ ابو نصر فراهی به جرم تزویر

مدیریت کشف جرایم سازمان یافته اداره مبارزه با جرایم سنگین فساد اداری وزارت امور داخله با ارائه کاپی پیشنهاد بدون صادره و تاریخ پیرامون فراغت و عدم فراغت یکن از دگروالان از صنف دوازدهم لیسه ابو نصر فراهی ولایت فراه که از آدرس مدیریت پیژند قوماندانی امنیه ولایت کابل عنوانی ریاست تدریسات ثانوی وزارت معارف اصدار یافته و در ان از آدرس ریاست تدریسات ثانوی وزارت معارف از فراغت وی از صنف دوازدهم از لیسه ابو نصر فراهی ولایت فراه تصدیق بعمل آمده را با یک ورق کاپی تصدیق نامه فراغت از فاکولته حقوق تحصیلات عالی خصوصی اریانا بدسترس ان اداره قرار داده و اطلاع میدهد که اسناد مذکور توسط دگروال منسوب پولیس سرحدی در مقابل (۱۲۰۰۰۰۰) افغانی بطور تزویری ترتیب گردیده است موظفین ریاست مبارزه با جرایم سنگین وزارت امور داخله بعد از دریافت اطلاع و بررسی های ابتدایی و معلومات از مراجع مربوطه ریاست پیژنتون وزارت داخله، پوهنتون خصوصی اریانا، ریاست پوهنتون های موسسات خصوصی وزارت تحصیلات عالی و تدریسات ثانوی وزارت معارف پی می برد که اسناد مذکور سوابق ندارد و تزویری است. و متهم که اوراق را تزویری ترتیب نموده بود به ارگانهای عدلی وقضایی معرفی میگردد. قضیه به محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل راجع گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۵/۶ خویش به حضور داشت طرفین قضیه متهم امر عبور کنترل بندر شیخ ابو نصر فراهی را در قضیه استعمال سند تزویری طبق حکم فقره (۱) ماده (۴۴۳) با رعایت مواد (۲۱۳ و ۲۱۵) کود جزا به پرداخت جزای نقدی مبلغ سی هزار افغانی محکوم به مجازات نموده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت مرستیال لوی خازنوالی در امور رسیدگی به جرایم ناشی فساد اداری محول محکمه استیناف رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۱ خویش بحضور داشت طرفین قضیه متکی به ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه به اتفاق آرا فیصله محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل را تأیید نموده است.

نمونه های از خلاصه احکام صادره محکمه استیناف اختصاصی رسیدگی با جرایم سنگین فساد اداری

حکم مورخ ۱۳۹۹/۷/۸

محکومیت قوماندان اسبق نظم عامه به جرم سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی

پسر قوماندان پیشین نظم عامه به صفت سرپرست قوماندان تولی تجمع تعیین گردیده که با استفاده از یک عراده موتر لنز کروزر و یک عراده موتر نوع فورڈ پولیس به تعداد بیشتر از پنج نفر محافظین از پرسونل قوماندانی عمومی امن و نظم عامه منحث محافظین تعقیبی وی به استقامت ولسوالی استالف حرکت می نماید. که موتر تعقیبی آمر تیم ثقیله نوع فورڈ با ماین کنارجاده بر خورد نموده و باثر آن دو نفر منسوبین قوماندانی عمومی نظم عامه که به صفت بادیگارد بودند مجروح میگردند. به مجرد حصول اطلاع از این حادثه مل پاسوال قوماندان عمومی امن و نظم عامه خلاف احکام قانون و اصولنامه عسکری به معاون تولی

تجمع نظم عامه کابل هدایت میدهد تا با استفاده از وسایط و سلاح های مربوط به قوماندانی عمومی امن و نظم عامه به محل رفته و پسر موصوف را به خانه اش انتقال بدهند. به اساس هدایت مل پاسوال قوماندان نظم عامه معاون تولی تجمع نظم عامه یک تعداد وسایط رنجر پولیس و چهار تن از ساتنمنان تولی تجمع نظم عامه را مسلح نموده به استقامت محل انفجار ماین کنار جاده واقع منطقه زیارت سلطان خواجه حسن ولسوالی استالف حرکت و از آنجا دو نفر مجروح را جهت تداوی به شفاخانه سرای خواجه انتقال و بعداً پسر قوماندان همراه با افراد امنیتی خود به خانه اش واقع کارته سه کابل بر می گردد. در مسیر راه با واسطه یکتن که دشمنی قبلی همرايش داشت روبه رو شده به ظن اینکه ماین کنار جاده توسط وی گذاشته شده به تعقیب وی حرکت می کند به تعقیب آن سه عراده رنجر پولیس به دریوری قوماندان بلوک کندک ریزرف نظم عامه کابل و قوماندان کندک حمایوی لوی اول نظم عامه نیز حرکت می نماید. زمانیکه اشخاص متذکره در ساحه سرک عمومی کوتل خیر خانه مربوط ناحیه (۱۱) میرسند امر تیم ثقیله نخست موتر شخصی را که دشمنی سابقه با وی داشت توسط موتر خود مورد تصادم قرار میدهد که از اثر آن، موتر وی از جاده منحرف شده به پایه برق تصادم می نماید. در این اثنا پسر قوماندان امن و نظم عامه از سلاح نوع کرینکوف که نزد وی بوده بالای شخصی که با وی دشمنی قبلی داشت فیر نموده که بلاثر آن کشته میشود. بعد از گرفتاری متهمین و تحقیقات ابتدایی دوسیه محول محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم سنگین فساد اداری میگردد محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۶/۹/۱۲ خویش باتفاق آراء متهم قوماندان امن و نظم عامه را در قضیه سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی طبق هدایت فقره (۲) ماده (۴۲) قانون جرایم عسکری با در نظر داشت ماده (۲۰۹) قانون اجراءات جزائی غیباً به مدت هشت سال و شش ماه حبس تنفیذی محکوم به مجازات و موصوف را در قضیه شراکت در قتل نسبت فقدان دلایل الزام طبق ماده (۴) قانون جزاء و ماده (۵) قانون اجراءات جزائی بری الزمه دانسته است. و یکتن دیگر را در قضیه کتمان جرم و عدم اطلاع دهی طبق حکم ماده (۳۸۱) قانون جزاء با در نظر داشت ماده (۵۷) قانون اجراءات جزائی بمدت یکسال و دو ماه حبس تنفیذی و در قضیه اکتساب غیر قانونی یک میل سلاح کلاشینکوف معه مهمات آن طبق حکم ماده (۳۷) قانون جرایم عسکری بمدت چهار سال حبس تنفیذی و در قضیه تزویر یک قطعه استعلام طبق حکم فقره (۲) ماده (۳۱۰) قانون جزاء بمدت یک سال و یکماه حبس تنفیذی و در قضیه قاچاق یک عراده موتر طبق حکم ماده (۱۹۲) قانون گمر کات بمدت یک سال و شش ماه حبس تنفیذی و مصادره موتر متذکره و در قضیه نصب پلیت در موتر فاقد اسناد قانونی طبق حکم فقره (۲) ماده (۶۱) قانون ترافیک جاده به پرداخت مبلغ شش هزار افغانی جزاء نقدی محکوم به جزاء نموده از اینکه تزویر اسناد و نصب پلیت با هم مرتبط میباشد بناءً جزاء یکسال و یکماه حبس تنفیذی منحبث شدید ترین جزا طبق ماده (۱۵۶) قانون جزاء بالایش قابل تنفیذ است و طبق حکم فقره (۲) ماده (۶) قانون جزاء به رد قیمت سلاح و مهمات که مجموعاً مبلغ (۱۲۶۳) دالر امریکائی میشود نیز محکوم گردیده و جزاهای فوق الذکر که مجموعاً مدت هفت سال و نه ماه حبس تنفیذی میشود طبق هدایت ماده (۱۵۸) قانون جزاء از ابتدائیه ایام توقیفی مورخ ۱۳۹۵/۷/۲۷ یکی بی دیگر بالایش قابل تطبیق است همچنان پنج نفر ساتنمنان در قضیه سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی طبق فقره (۲) ماده (۴۲) قانون جرایم عسکری هر واحد به مدت هشت، هشت سال حبس تنفیذی محکوم و در اتهام شراکت در قتل

طبق ماده (۴) قانون جزاء و ماده (۵) قانون اجراءات جزائی نسبت نبود دلایل الزام بری الذمه دانسته شده اند. و متهم دیگر در قضیه ترک خود سرانه وظیفه طبق حکم تعدیل ماده (۱۳) قانون جرایم عسکری بمدت یکسال و شش ماه حبس تنفیذی محکوم و در قسمت اتهام سوء استفاده و شراکت در قتل طبق ماده (۴) قانون جزاء و ماده (۵) قانون اجراءات جزائی نسبت نبود دلایل الزام بری الذمه دانسته شد. و متهم دیگر در اتهام شراکت در قتل و سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی طبق ماده (۴) قانون جزاء و ماده (۵) قانون اجراءات جزائی نسبت عدم دلایل الزام بری الذمه دانسته شد و یکتن دیگر در قضیه کتمان جرم و عدم اطلاع دهی طبق ماده (۳۸۱) قانون جزاء از آغاز ایام توقیفی مورخ ۱۳۹۵/۷/۲۷ بمدت یکسال و یک و نیم ماه حبس تنفیذی محکوم به جزاء گردیده. متعاقباً قضیه مورد بحث در قسمت سایر متهمین طی مراحل گردیده که بعد از فیصله (۲۱) مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱ ریاست استیناف رسیدگی به جرایم سنگین فساد اداری و قرار قضائی (۲۰۰۲) مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۲۱ ریاست دیوان امنیت عامه مقام ستره محکمه نهائی گردیده و صرف در قسمت پاسوال قوماندان نظم عامه به نسبت عدم تنفیذ و تطبیق فیصله نمبر فوق محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم سنگین فساد اداری، قضیه معطل قرار گرفته بود که قرار معلومات ریاست خارنوالی ابتدائیه مبارزه علیه جرایم سنگین فساد اداری متهم مذکور توسط امنیت ملی از مریوطات شهر کابل گرفتار گردیده و فعلاً تحت توقیف قرار دارد اما متهم بر حکم محکمه ابتدائیه قناعت نکرده که بالآخر عدم قناعت متهم قضیه وارد محکمه استیناف رسیدگی به جرایم سنگین فساد اداری گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۸ به اتفاق آراء طبق هدایت ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فیصله مصدوریه (۱۶) مورخ ۱۳۹۶/۹/۱۲ محکمه ابتدائیه رسیدگی به جرایم سنگین فساد اداری متهم قوماندان پیشین نظم عامه را به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی طبق هدایت فقره (۲) ماده (۴۲) قانون جرایم عسکری با در نظر داشت ماده (۲۰۹) قانون اجراءات جزائی غیاباً به مدت هشت سال و شش ماه حبس تنفیذی محکوم به مجازات نموده اند اما طبق مصوبه ۱۳۸۳ شورای عالی ستره محکمه و ضمیمه شماره (۱) مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۴ کُد جزاء حکم محکمه ابتدائیه استینافاً تعدیل و مطابق فقره (۱) ماده (۴۰۳) کُد جزاء برعایت ماده (۱۷) کُد مذکور متهم در قضیه متذکره به محاسبه ایام نظارت و توقیفی به مدت (سه سال) حبس تنفیذی محکوم به مجازات گردیده است .

در راستای مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

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

۱. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (۱۳۹۹/۸/۱) الی (۱۳۹۹/۸/۳۰) تعداد (۹۱) 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 (۱۳۲) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (۱۲) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت یافته و (۱۲۰) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یکماه الی یکسال ۱ نفر .
- حبس ۱ سال الی ۵ سال ۴۱ نفر .
- حبس ۵ سال الی ۱۵ سال ۳۹ نفر.
- حبس ۱۵ سال الی ۲۰ سال ۲۶ نفر .
- حبس ۲۰ سال الی ۳۰ سال ۱۳ نفر .

همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر حکم به محو مقدار (۴۲۴۲،۷۸۶) کیلوگرام مواد مخدر و (۵) لیتر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

جدول شماره (۱): آمار اجراءات قضائی محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه با مسکرات و مواد

مخدر در ماه عقرب سال ۱۳۹۹

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تصمیم قضائی			
				تعداد متهم	برائت	تعدادات محکوم	تعداد محبوس به حبس تنفیذی
							تعداد محبوس به حبس تنفیذی
۱	مت امقنامین	۴۹	۵۲۰۰۰۳۵	۶۸	۵	۶۳	۳۰
۲	هیروئین	۱۳	۱۳۰۰۲۱۸	۲۲	۱	۲۱	۶
۳	مورفین	۱۱	۱۲۱۰۳۶۵	۱۵	۲	۱۳	۶
۴	چرس	۲	۱۰۸۰۱۱۷	۳		۳	۱
۵	تریاک	۸	۳۶۰۰۰۳	۱۲	۴	۸	۱
۶	خشخاش	۱	۹۲۰۰۵	۱		۱	۱
۷	تابلیت k	۳	۵۱۰۹۲۱	۵		۵	۴
۸	قاچاق انسان	۱		۳		۳	۳
۹	مشروبات الکولی	۱	LT ۵	۱		۱	۱
۱۰	مواد کیمیای	۲	۲۰۳۰۰۶	۲		۲	۱
مجموعه		۹۱	۴۲۴۲،۷۸۶	۱۳۲	۱۲	۱۲۰	۴۱

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

حکم مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۶

بیست نه سال حبس به اتهام حیف و میل نمودن ۲۰ کیلو گرام هیروئین

قبلاً موظفین قوماندانی امنیه ولسوالی دوربابای ولایت ننگرهار مقدار (۷,۸۰۰) کیلوگرام مواد مخدر تحت نام هیروئین را به اتهام یکتن از یک واسطه نوع سراچه کشف و ضبط نموده بودند اداره کشفی اطلاعات و تحقیقات به مدیریت مبارزه علیه مواد مخدر ولایت ننگرهار از حیف و میل مقدار (۲۰) کیلوگرام هیروئین توسط هیئت گرفتاری، پولیس محلی و قومندان ولسوالی دوربابا اطلاع دادند که بتاریخ ۱۳۹۹/۶/۱۵ مدیریت متذکره چهار تن از منسوبین پولیس محلی ولسوالی دوربابا ولایت ننگرهار، را در رابطه به قضیه حیف و میل مواد مخدر گرفتار نمودند. قضیه به محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر راجع گردیده محکمه در جلسه قضائی علنی منعقد مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۶ به اتفاق آرا به حضور داشت حقیقی طرفین قضیه سه تن از متهمین در قضیه حیف و میل مقدار ۲۰ کیلوگرام هیروئین از ابتداء ایام نظارت و توقیفی های شان اعتبار از تاریخ گرفتاری وفق هدایت بند ۵ فقره ۱ ماده ۳۰۲ و رعایت مواد ۲۱۸ و ۲۱۹ کود جزا هر واحد بمدت ۲۹ سال حبس تنفیذی محکوم بمجازات و یکتن از متهمین دیگر در قضیه متذکره نسبت عدم دلایل الزام طبق ماده ۲۵ قانون اساسی و ماده ۵ کود جزا بری الذمه دانسته شد همچنان مبائیل های بدست آمده از نزد متهمین طبق ماده ۳۲ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر مصادره گردید.

حکم مورخ ۱۳۹۹/۸/۷

سی سال حبس به اتهام قاچاق مقدار ۱۴ کیلو گرام هیروئین و مورفین

اداره اطلاعات و تحقیقات (IIU) طی اطلاع قوماندانی امنیه ولسوالی اچین ننگرهار بیان داشته که یکتن از قوماندانان خیزش مردمی یک تن از قاچاقبران مواد مخدر را با یک عراده موتر همراه با مقدار (۲۳) پاکت مواد مخدر نوع هیروئین گرفتار نموده اما میخواهند مواد مخدر بدست آمده را حیف و میل نمایند که بتاسی از همین اطلاع پرسونل قوماندانی متذکره داخل اقدام شده و به داخل قرار گاه خیزش مردمی رفته و در خصوص قضیه از شخص جویای معلومات می گردند طوری جریان را ارائه میکند که (۱۴) پاکت مواد مخدر را گرفتار نمودیم مظنون و موتر حامل مواد همین جا است و اما در حین تسلیمی مواد مخدر معلوم می گردد که مواد مخدر از محل جا سازی کشیده شده و در داخل یک بوری گذاشته شده بود. در همین اثنا مجدداً اداره اطلاعات و تحقیقات (IIU) اطلاع میدهد که قوماندان و یکنفر سرباز در قضیه یاد شده ذیدخل می باشد لذا به گرفتاری متهمین نیز اقدام صورت میگیرد و در نتیجه سه تن به ارتباط قضیه قاچاق و حیف و میل مقدار (۲۳) کیلو گرام هیروئین گرفتار می گردند. قضیه محول محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مواد مخدر گردیده و محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۸/۷ با حضور طرفین قضیه به اتفاق آرا متهم را در خصوص اتهام انتقال مقدار (۲۳) کیلوگرام هیروئین و مورفین وفق صراحت بند (۵) فقره (۱) ماده (۳۰۲) کود جزا به مدت (۳۰) سال حبس تنفیذی و درخصوص اتهام راننده گی واسطه بدون نمبر پلیت طبق فقره (۱) ماده (۵۶۰) کود جزا به پرداخت مبلغ (۲۰) هزار افغانی جزای نقدی و در قبال اتهام قاچاق اموال مجاز مشروط (موتر) مطابق فقره (۲) ماده (۷۸۰) کود جزا به مدت (شش ماه) حبس تنفیذی

محکوم به مجازات نموده که با در نظر داشت ماده (۷۵) کود جزا مجازات محکوم بهایکی پی دیگر که مدت (۳۰) سال حبس تنفیذی و پرداخت مبلغ (۲۰) هزار افغانی جزای نقدی می شود بالایش قابل تطبیق و تنفیذ میباشد. و متهم قوماندان خیزش مردمی در قبال اتهام نگهداری مقدار (۱۴) کیلو گرام هیروئین و مورفین طبق بند (۵) فقره (۱) ماده (۳۰۲) کود جزا با رعایت مواد (۲۱۸ و ۲۱۹) کود مذکور به مدت (۳۰) سال حبس تنفیذی و در خصوص اتهام وعده به رشوت مبلغ (۵۰) لک کلداری پاکستانی معادل ۲۲۸۵۰۰۰ افغانی طبق بند (۶) فقره (۱) ماده (۳۷۱) کود جزا به مدت (۱۵) سال حبس تنفیذی که با در نظر داشت ماده (۳۷۷) کود جزا به پرداخت معادل وجه رشوت مبلغ ۲۲۸۵۰۰۰ افغانی و انفصال از وظیفه محکوم بمجازات گردیده که با در نظر داشت ماده (۷۵) کود جزا مجازات محکوم بهایکی پی دیگر که مدت (۳۰) سال حبس تنفیذی و پرداخت معادل وجه رشوت مبلغ ۲۲۸۵۰۰۰ افغانی و انفصال از وظیفه می باشد از ابتدای ایام نظارت و توقیفی گذشته اش قابل تطبیق و تنفیذ میباشد. و متهم سرباز در قبال اتهام اخفا و نگهداری مقدار (۲۳) کیلو گرام مواد مخدر نوع هیروئین و مورفین و اتهام اخذ رشوت نسبت عدم موجودیت دلایل کافی الزام طبق ماده (۵) کود جزا و ماده (۲۳۵) قانون اجراءات جزائی بری الذمه دانسته شد. و طبق ماده (۳۰۸) کود جزا به مصادره یکعمراده واسطه حامل مواد مخدر بدست آمده و مطابق ماده (۳۲) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر به مصادره مائیل بدست آمده از نزد متهمین طبق ماده (۱۹) قانون اخیر الذکر و به محو مقدار (۱۴) کیلو گرام هیروئین و مورفین بدست آمده نیز اصدار حکم گردید.

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

۱. گزارش

محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (۱/۸/۱۳۹۹) الی (۳۰/۸/۱۳۹۹) تعداد (۸۲) 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 (۱۲۷) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (۶) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برانت یافته و (۱۲۱) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس ۱ سال الی ۵ سال ۵۴ نفر.
- حبس ۵-۱۵ سال ۳۲ نفر.
- حبس ۱۵-۲۰ سال ۲۰ نفر..
- حبس ۲۰-۳۰ سال ۱۵ نفر.
- همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر حکم به محو مقدار (۷۵۵۳,۲۲۴) کیلوگرام مواد مخدر و (۲۹۴) لیتر انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (۷۱۹۳) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (۲) بیانگر اجراءات قضایی محکمه استیناف اختصاصی مبارزه با مسکرات و مواد مخدر طی ماه عقرب سال ۱۳۹۹

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تعداد متهم	برائت	جزای نقدی	تعداد محکوم	تصمیم قضائی			
								تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
								تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محبوس به حبس تنفیذی	تعداد محبوس به حبس تنفیذی
۱	مت امفتامین	۴۷	۷۳.۸۴۴	۶۳	۶	۳۴۴۱	۵۷	۳۰	۱۵	۱۱	۱
۲	هیروئین	۲۰	۵۵۳.۱۴	۳۳		۱۷۶۶	۳۳	۹	۴	۶	۱۴
۳	مورفین	۲	۹۰۴	۳			۳	۱	۲		
۴	تریاک	۴	۳۲۱.۵	۵		۳۸	۵	۱	۱	۳	
۵	جرس	۶	۷۷۱.۳۴	۱۶		۱۵۵۸	۱۶	۶	۱۰		
۶	بنگدانه	۲	۵۸۲۴	۶			۶	۶			
۷	مشروبات الکولی	۱	LT۲۹۴	۱		۳۹۰	۱	۱			
مجموعه		۸۲	۷۵۵۳.۲۲۴	۱۲۷	۶	۷۱۹۳	۱۲۱	۵۴	۳۲	۲۰	۱۵

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

حکم مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۵

شانزده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (۱۶۵) کیلو گرام مت امفتامین

پرسونل قوماندانی کندک پنجم سرحدی ولایت نیمروز در حال انجام گزرمه سیار بوده اند که در ساحه پلیچک عبدالرزاق واقع مربوطات شهر زرنج ، بالای یکعراه واسطه مشکوک شدند و اشاره توقف داده اند ، که دو تن راکبین آن از واسطه متذکره پایین و با یکمیل سلاح دست داشته شان رو به فرار نهاده که در نتیجه فیرهای اختاریه از طرف موظفین ، متوقف و گرفتار گردیده اند و واسطه متذکره مورد تلاشی قرار گرفته که به تعداد (۱۶۵) بسته مواد مخدر از ان کشف و بدست آمده واسطه متذکره با دو نفر افراد گرفتار شده همرا با مواد مخدر بدست آمده و یکمیل سلاح کلاشینکوف معه (۴) عدد شاورر و (۱۰۴) فیر مرمی آن به قرارگاه قوماندانی انتقال گردیده اند. نوعیت مواد مخدر بدست آمده مت امفتامین مقدار آن (۱۶۵) کیلو گرام تثبیت گردیده و متهمین به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگرددند. قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۸ بحضور داشت حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آراء دو تن از متهمین را به اتهام قاچاق مقدار (۱۶۵) کیلو گرام مت امفتامین مطابق بند (۵) فقره (۲) ماده (۳۰۳) کود جزا هر واحد به مدت (شانزده - شانزده) سال حبس تنفیذی و در قضیه حمل سلاح مطابق فقره (۲) ماده (۳۱۲) کود جزا به مدت (سه - سه سال) حبس با در نظر داشت ماده (۷۳) کود مذکور طوری محکوم به مجازات گردیده که شدید ترین جزا مدت (شانزده -

شانزده سال) حبس بالایشان قابل تطبیق و تنفیذ است و علاوهً متهم در قضیه راننده گی عراده بدون نمبر پلیت مطابق ماده (۵۶۰) کود جزا به مبلغ (بیست هزار) افغانی جزای نقدی با در نظر داشت ماده (۷۵) کود جزا محکوم به مجازات شده و هکذا طبق ماده (۳۲) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات بمصادره دو سیت مبائیل معه سیم کارت های آن و طبق ماده (۱۹) قانون متذکره به محو مقدار (۱۶۵) کیلو گرام مت افتتامین بدست آمده اصدار حکم گردیده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت طرفین قضیه محول محکمه اختصاصی استیناف رسیده گی به جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۵ خویش به اتفاق آراء در حضور داشت طرفین قضیه، متکی به ماده (۲۶۷) قانون اجراءات جزائی و فقره (۲) ماده (۱۷) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات فیصله مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۸ محکمه ابتدائیه را تأیید نموده است.

حکم مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۱

پانزده سال حبس به اتهام قاچاق مقادیر (۱۱۵،۸۴) کیلو گرام چرس، (۳،۲) گرام مت افتتامین و (۵) گرام چرس

یک شبکه قاچاقبران مواد مخدر در ولایت ننگرهار تحت کار کشفی و ابراتیفی اداره اطلاعات و تحقیقات قرار داشته، در جریان تحقیقات کشفی اطلاعات مواصلت نموده که یکن از قاچاقبران مواد مخدر و فروشنده تابلیت K، مواد مخدر چرس و مواد کیمیای را بطور عمده خریداری و در شهر جلال آباد بطور پرچون توسط اشخاص و افراد خویش بالای معتادین به فروش میرسانید و چندین تن از موظفین خدمات عامه ولایت ننگرهار با فروشنده در ارتباط بودند و با استفاده از صلاحیت وظیفوی خویش زمینه فروش تابلیت K و چرس را به شکل پرچون (پوری) فراهم مینمودند بناء شماره سیم کارت شخص فروشنده مطابق قانون تحت استراق سمع قرار میگیرد که در نتیجه توسط موظفین اداره اطلاعات و تحقیقات به همکاری قوماندانی کابل گیت دو نفر همراه با قاچاقبر مواد مخدر با یکعراده موتر کرولا از دروازه پلچرخ کابل گرفتار می شوند. بعداً هیئت موظف باساس اطلاعات موجود منزل و دوکان خورا که فروشی فروشنده مواد مخدر را در ناحیه هفتم شهر جلال آباد مورد تلاشی قرار میدهند که در نتیجه مقدار ۱۱۵/۸۴ کیلوگرام چرس، اسلحه و مهمات، مبلغ سیزده لک کلداری پاکستانی، پنجاه هزار افغانی، بتعداد ده سیت مبائیل های مختلف النوع و یکعراده موتر سایکل کشف و ضبط میگردد. و بتعقیب قضیه سه تن متهمین دیگر نیز گرفتار می شوند قضیه به محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر راجع گردیده محکمه در جلسه قضائی مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۶ به اتفاق آراء و به حضور داشت حقیقی طرفین قضیه متهم فروشنده را به اتهام قاچاق مقدار ۱۱۵/۸۴ کیلوگرام چرس از ابتداء ایام نظارت و توقیفی وفق هدایت بند ۷ فقره ۱ ماده ۳۰۵ کود جزا بمدت ده سال حبس تنفیذی و در خصوص اتهام ۲،۳ گرام مت افتتامین طبق بند ۱ فقره ۲ ماده ۳۰۳ کود مذکور بمدت ۹ ماه حبس تنفیذی و در خصوص اتهام ۵ گرام چرس وفق هدایت بند ۱ فقره ۱ ماده ۳۰۵ با رعایت ماده ۷۵ کود مذکور به پرداخت پنج هزار افغانی جزای نقدی محکوم نموده که طبق ماده ۷۳ کود جزا جزای شدید مدت ده سال حبس بالایش قابل تنفیذ می باشد و در خصوص اتهام استخدام طبق ماده ۳۱۰ کود جزا بمدت پنج سال حبس تنفیذی و در خصوص فروش مواد مخدر بالای معتادین طبق ماده ۳۱۱ کود مذکور بمدت سه سال حبس و در خصوص حیازت سلاح و مهمات طبق ماده

۵۳۶ کود جزا به پرداخت مبلغ شصت هزار افغانی محکوم بمجازات شده که طبق ماده ۷۵ کود مذکور مجازات داده شده که جمعاً هجده سال می شود یکی پی دیگر به شمول جزای نقدی مبلغ ۶۵۰۰۰ افغانی بالایش قابل تطبیق و تنفیذ است و متهم دیگر به اتهام حیازت مقدار ۲,۳ گرام مت افتماین از ابتداء ایام نظارت و توقیفی طبق بند ۱ فقره ۲ ماده ۳۰۳ کود جزا بمدت ۹ ماه حبس تنفیذی و در خصوص اتهام مقدار ۵ گرام چرس طبق بند ۱ فقره ۱ ماده ۳۰۵ کود جزا و رعایت ماده ۷۵ کود مذکور به پرداخت مبلغ پنج هزار افغانی جزای نقدی و در خصوص اتهام معاونیت در قاچاق مقدار ۱۱۵/۸۴ کیلوگرام چرس طبق بند ۷ فقره ۱ ماده ۳۰۵ و رعایت ماده ۵۹ کود جزا با در نظر داشت مواد ۲۱۸ و ۲۱۹ کود مذکور بمدت هفت سال حبس تنفیذی محکوم گردیده که طبق ماده ۷۵ کود مذکور جزای داده شده که جمعاً هفت سال و ۹ ماه حبس تنفیذی و مبلغ ۵۰۰۰ افغانی جزای نقدی می شود بالایش قابل تطبیق و تنفیذ است سه تن دیگر از متهمین در قضیه معاونیت در قاچاق مقدار ۱۱۵/۸۴ کیلوگرام چرس طبق بند ۷ فقره ۱ ماده ۳۰۵ کود جزا رعایت ماده ۵۹ با در نظر داشت مواد ۲۱۸ و ۲۱۹ کود مذکور هر واحد بمدت هفت سال حبس تنفیذی محکوم بمجازات گردیده و یک تن دیگر از متهمین به اتهام امتناع از اطلاع دهی طبق ماده ۴۸۰ کود جزا بمدت دو سال حبس تنفیذی محکوم بمجازات شد. و همچنان یکمراهه واسطه نوع کرولا ، یکمراهه موتر سایکل طبق ماده ۳۰۸ کود جزا و مبالغ ۱۳ لک کلدار پاکستانی ، ۸۶۳۲۰ افغانی ، ۱۰۰ دالر امریکائی و ۲۰ سیت مبائل های مختلف النوع بدست آمده معه سیمکارتهای آن طبق ماده ۳۲ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ، سلاح و مهمات بدست آمده از منزل قاچاقبر طبق ماده ۴۵۴ کود جزا مصادر گردیده و ۳ میل تفنگچه بدست آمده از نزد موظفین خدمات عامه به قطعه مربوط ایشان قابل استرداد دانسته شد و طبق ماده ۱۹ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر به محو مقدار مواد مخدر بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است . اما قضیه نسبت عدم قناعت متهمین وارد محکمه محکمه اختصاصی استیناف رسیده گی به جرایم مواد مخدر و مسکرات گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۱ نظر به ماده (۵۴) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه و ماده (۲۶۷) قانون اجراءات جزائی فیصله محکمه ابتدائیه را در مواردی تائید نموده صرفاً در مورد فروش مواد مخدر بالای معتادین نقض نموده و استینافاً طبق ماده (۵) کود جزا متهم در همین خصوص برائت حاصل نمود که جمعاً مدت (پانزده سال حبس) بالایش قابل تطبیق و تنفیذ است . و فیصله متذکره را در مورد سه تن از متهمین دیگر اتفاق نقض نموده استینافاً سه تن از متهمین را در قضیه امتناع از اطلاع دهی طبق فقره (۱) ماده (۲۳۷) قانون اجراءات جزائی و فقره (۲) ماده (۴۸۰) کود جزا با رعایت مواد (۲۱۸ - ۲۱۹) کود جزا بمدت (دو - دو) سال حبس تنفیذی محکومان به مجازات نموده و همچنان به تائید فیصله نمبر فوق یکن از متهمین دیگر در قضیه حیازت مقدار (۲,۳) گرام مت افتماین طبق بند (۱) فقره (۲) ماده (۳۰۳) کود جزا بمدت (۹) ماه حبس و در قضیه (۵) گرام چرس طبق بند (۱) فقره (۱) ماده (۳۰۵) کود جزا به مبلغ (پنج) هزار افغانی جزای نقدی با رعایت ماده (۷۵) کود جزا محکوم بمجازات شده و در قضیه معاونت در قاچاق مواد مخدر فیصله نقض گردیده ، در قضیه عدم اطلاع دهی طبق ماده (۴۸۰) کود جزا و فقره (۱) ماده (۲۳۷) قانون اجراءات جزائی با در نظر داشت ماده (۲۱۸) و (۲۱۹) کود جزا بمدت دو سال حبس که با رعایت ماده (۷۵) کود جزا جمعاً مدت (دو سال و نه ماه)

حبس تنفیذی و مبلغ (پنج هزار) افغانی جزای نقدی بالای متهم قابل تطبیق و تنفیذ دانسته شد، و نیز به تائید فیصله متذکره متهم دیگری در قضیه امتناع از اطلاع دهی طبق ماده (۴۰۸) کود جزا و فقره (۱) ماده (۲۳۷) قانون اجراءات جزائی بمدت (دو سال) حبس تنفیذی محکوم بمجازات گردید، هکذا طبق ماده (۳۰۸) کود جزا بمصادره یکعمراده واسطه کرولا و یک عمراده موتر سایکل و طبق ماده (۴۵۴) کود جزا بمصادره سلاح بدست آمده و طبق ماده (۳۲) قانون مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات بمصادره اشیای مندرج فیصله فوق الذکر و استرداد سه میل تنفکچه بدست آمده طبق ماده (۱۳۸) قانون اجراءات جزائی به قطعه مربوط اصدار حکم گردیده است.