

دليک

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

ماه‌نامه‌ی تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال چهاردهم / شماره‌ی مسلسل ۱۱۸ / قوس ۱۳۹۱

نشانی: چهارراهی پستورنسیان، وزارت عدالت اسلامی جمهوری افغانستان، ریاست نشرات و ارتباط عامه، دفتر مجله‌ی عدالت

صاحب امتیاز
وزارت عدالت د. ج. ۱۰۱

مدیر مسؤول
حليم سروش
(۰۷۷۱۲۰۱۹۷۸)

ویراستار
عبدالقيوم قيومی

دیزاین جلد و صفحه آرایی
احمد کریمی

امور تایپ و حروفچینی
عبدالکریم قریشی و محمد فهیم صادقی

- هیأت تحریر:
- ❖ قانونپوه محمد اشرف رسولی،
 - ❖ پوهندوی عبدالقدار عدالتخواه،
 - ❖ قانونوال سید یوسف حليم،
 - ❖ الحاج سید محمد هاشمی،
 - ❖ دکتور عبدالرؤف هروی،
 - ❖ قضاوتپوه حضرت گل حسامی،
 - ❖ اکادمیسین عبدالاحد عشرتی
 - ❖ قانونپال عبدالقدیر قیومی
 - ❖ قانونپال ائمه احرار،
 - ❖ اسماعیل حکیمی،
 - ❖ معاون سر محقق سیف الرحمن ستانکری،
 - ❖ قانونمل محمد رحیم دقیق،
 - ❖ حليم سروش،

Website:
www.moj.gov.af

قیمت ۵۰ افغانی

فهرست

مقالات

- ۳ ⇨ تعارض قوانین در اسناد مدنی و تجاری ۴ محمد اسحق رحیمی
- ۲۲ ⇨ بررسی تطبیقی شرط وجه الالتزام در قراردادها ۴ محمد تقی مناقبی
- ۴۵ ⇨ ماهیت، مشروعیت و عوامل رافع... (قسمت دوم) ۴ سیف الرحمن ستانکزی
- ۶۲ ⇨ عقد او د هغه ډولونه ۴ خیرنواز فضل الرحیم محمود
- ۷۳ ⇨ شروط قیاس در استنباط احکام فقهی ۴ مؤمن حلیمی
- ۹۱ ⇨ توجیه مجازات مجرمین... (قسمت سوم) ۴ ذاکر حسین رضایی
- ۱۱۲ ⇨ د افغانستان د قاضیانو لپاره د لارښو د کتاب خخه ڦیاره ۴ ح. ابوالتفی

گزارش‌ها

- ۱۲۷ ❖ ورکشاپ معرفی ابزار نظارت از تطبیق کنوانسیونهای بین المللی حقوق بشر
- ۱۲۹ ❖ سفر وزیر عدیله دولت جمهوری اسلامی افغانستان به جمهوری عربی مصر
- ۱۳۴ ❖ ملاقات رئیس امور بین المللی مواد مخدر و تنفیذ قانون با وزیر عدیله
- ۱۳۶ ❖ ملاقات وزیر عدیله ایتالیا با وزیر عدیله جمهوری اسلامی افغانستان
- ۱۳۸ ❖ امضای موافقنامه مرحله دوم پروژه عدالت و حقوق بشر در افغانستان ...
- ۱۴۰ ❖ تجلیل از روز جهانی حقوق بشر در وزارت عدیله
- ۱۴۳ ❖ ملاقات وزیر عدیله با مشاور حاکمیت قانون دفتر یوپول
- ۱۴۶ ❖ ملاقات مشاور ارشد وزارت عدیله با هیئت برنامه بورسیه ...

تعارض قوانین در اسناد مدنی و تجاري

محمد اسحق رحيمى^۱

چکيده:

على القاعده نظامهای حقوقی اسناد را به دو دسته اسناد عادی (مدنی) و تجاري دسته بندی می‌نمایند. البته در مورد قانون حاكم بر اسناد مزبور اعم از مدنی و تجاري دو نوع قانون حکومت می‌نماید؛ قانون حاكم بر مفاد سند و قانون حاكم بر شکل سند. در مورد قانون حاكم بر ماهیت سند بر حسب اين که سند مربوط به چه مطلبی باشد قانون حاكم بر آن موضوع خاص، بر مفاد سند حاكم خواهد بود، ولی بر مفاد اسناد تجاري «قانون ملي»^۲ حاكم می‌باشد. اما اسناد از حيث شکل و تشریفات و مقررات تنظیم، اعم از مدنی و تجاري تابع قوانین محلی هستند که در آنجا تنظیم می‌شوند و اراده طرفین نمی‌تواند قانون دیگری را بر نحوه تنظیم آن اسناد حاكم گردد. اصل مزبور پذیرش جهانی داشته و به صورت يك قاعده بين المللی عرفی در آمده است. اين مهم ناشی از حاكمیت سرزمینی است که کشورها بر نحوه تنظیم اسناد مقرر می‌دارند. چه در غیر آن انجام بسیاری از معاملات بين المللی مقدور نمی‌باشد.

مقدمه:

از آنجا که معلوم است، ضرورت‌های اجتماعی و نیازهای اقتصادی باعث می‌گردد که اتباع کشور در خارج از محدوده کشور شان سفر نمایند و از مرز کشور شان عبور و داخل محدوده کشور دیگری گردند و در آن کشور به داد و ستد، انعقاد قرارداد، تنظیم اسناد، صدور و ظهر نویسی و پرداخت اسناد تجارتی پردازنند و وارد معاملات گردد. در اينجا

^۱. ماستر حقوق خصوصی و نامزد پوهنیار در پوهنچی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون بلخ.

^۲. National Law.

است که اتباع خارجی در هنگام انعقاد قرارداد و تنظیم اسناد و منازعاتی که در مورد به میان می‌آید، به مشکل روبرو می‌شوند که بر طبق قانون کدام کشور عمل نمایند، بر طبق قانون کشور متبع خود، یا کشور اقامتگاه، یا کشور ثالث؟ در این صورت تعارض قوانین به میان می‌آید، البته برای بوجود آمدن تعارض قوانین شرایطی پیش‌بینی شده که برای پیدایش تعارض قوانین بین کشورها شرایطی لازم است، در غیر آن تعارض قوانین بوجود نخواهد آمد، از جمله اینکه: مسئله حقوقی بین دو یا چند کشور مطرح باشد، نسبت به اعمال قانون کشورهای خارجی اغماض داشته باشد، بین قوانین کشورها اختلاف وجود داشته باشد که در صورت عدم اختلاف بین قوانین کشورها باز تعارض قوانین مصداقی پیدا نخواهد کرد.

از طرفی توسعه روز افزون تجارت بین‌الملل، انتقال و گردش اسناد تجاری را گسترش روز افزون و چشم گیری داده است که باعث تعارض قوانین می‌گردد، سهولت انتقال و گردش اسناد تجاری از ویژگی‌های اساسی این اسناد است که به بروز تعارض قوانین دامن می‌زند.

نوشته حاضر نیز در مورد اسناد و قانون حاکم بر آن بر اساس قانون مدنی و قانون تجارت افغانستان و با یک نگاه کوتاه به کنوانسیون ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ ژنو راجع به حل بعضی موارد تعارض قوانین در باب بروات و سفته‌ها و چک طی دو گفتار جمع آوری شده است. گفتار اول در مورد تنظیم اسناد، روش قبول اسناد تنظیم شده در خارجه و قانون حاکم بر شکل اسناد.

گفتار دوم در مورد اسناد تجاری بوده و سعی شده روی موضوعات مهم «قانون حاکم بر ماهیت اسناد تجاری و قانون حاکم بر شکل اسناد تجاری» بطور خلاصه بحث صورت گیرد.

گفتار اول

تنظیم سند

همانطور که می‌دانیم در مورد تعارض قوانین مکاتب زیادی عرض اندام کرده است و دسته‌های ارتباط در کشورهای مختلف دارای انواع متعدد است که از جمله آنها قراردادها و اسناد است، باید گفت در بعضی کشورها قراردادها را دسته مستقل، اسناد را دسته مستقل، و در بعضی از کشورهای دیگر، قرارداد و اسناد را طی یک دسته مورد بحث و بررسی قرارداده اند، هم چنین اولین مکتبی که در مورد تعارض قوانین به وجود آمد مکتب ایتالیای قدیم بود با خاطریکه شرایط فوق الذکر، برای پیدایش تعارض قوانین در ایتالیا موجود بود، وقتی مسئله بین چند کشور مطرح می‌گردید و قوانین کشورها در مورد با هم اختلاف داشتند اینجا بود که شارحین و مشاورین حقوقی ایتالیایی به بررسی می‌پرداختند تا از میان قوانین چند کشور، قانون صالح را یافته و در مورد موضوع مزبور اعمال نمایند، در ابتدا شارحین و مشاورین حقوقی نظر شان را به صورتی نص می‌نوشتند و آنرا به کمک حاشیه اعلام می‌کردند بدین لحاظ است که مکتب شارحین، بنام «حاشیه نویسان»^۳ معروف شد.^۴

حاشیه نویسان معتقد بودند که تمام اعمال حقوقی از لحاظ ماهیت و شکل تابع «قانون محلی» است، به عبارتی قانون کشوری حاکم است که قرارداد و اسناد در آنجا تنظیم می‌گردند.^۵ اما بعد «شارل دومولن»^۶ عنوانی را مطرح نمود و بر مبنای نظریه او «حاکمیت اراده طرفین»^۷ در تعیین قانون حاکم نقش بازی می‌نمود و در اکثر کشورها، قاعده مزبور مورد قبول قرار گرفت. قاعده تعییت قرارداد از محل انعقاد و تنظیم، کمتر مورد توجه قرار می‌گرفت در نتیجه مسایل ماهوی از تحت شمول قاعده محل انعقاد و تنظیم خارج، اما سند از

^۳.Glossators.

^۴. محمد نصیری، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، انتشارات آگاه، چ بیستم، ۱۳۸۸، ص ۱۴۹.

^۵. نجاد علی الماسی، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان، چ چهارم، ۱۳۸۵، ص ۲۹۸.

^۶. Charles du Moulin.

^۷. autonomyA parties.

لحاظ شکل تا هنوز تابع قانون محل تنظیم که در لاتین از آن به (Locus Contractus) تعبیر می‌گردد، است و در حقوق بین‌الملل به صورت عرف در آمده است.^۸

البته در مورد اسناد و تعارض قوانین در آن زمینه، دو مسئله متفاوت مطرح می‌گردد، یکی «مفاد سند» و دیگر «طرز تنظیم سند» به تبع آن قانون حاکم بر اسناد نیز متفاوت می‌نماید: الف- قانونیکه بر مفاد سند حاکم است. ب- قانونیکه بر شکل سند حاکم است.^۹ بناءً موضوعات این گفتار را نیز طی دو بند به بحث و بررسی می‌گیریم.

الف- قانون حاکم بر مفاد سند

بر حسب این که سند مربوط به چه مطلبی باشد قانون حاکم بر آن موضوع خاص، بر مفاد سند حاکم خواهد بود. مثلاً هرگاه مفاد سند راجع به قرارداد باشد، قانون لازم الاجرا از نظر ماهیت مفاد سند، همان قانون لازم الاجرا نسبت به قرارداد خواهد بود (حاکمیت اراده یا قانون محل انعقاد عقد). بنابراین مفاد چنین سندی باید مطابق با قانونی باشد که مربوط به صحت معامله است. هرگاه مفاد سند راجع به احوال شخصیه یا حقوق فامیل باشد، قانون از نظر مفاد سند، قانون لازم الاجرا نسبت به احوال شخصیه خواهد بود (قانون دولت متبع شخص).^{۱۰}

ب- قانون حاکم بر شکل اسناد

اسناد از حیث شکلی و تشریفات و مقررات تنظیم، تابع قوانین محلی هستند که در آنجا تنظیم می‌شوند و اراده طرفین نمی‌تواند قانون دیگری را بر نحوه تنظیم آن اسناد حاکم گردداند. این اصل پذیرش جهانی داشته و به صورت یک قاعده بین‌المللی عرفی در آمده

^۸. همان؛ محمود محمدزاده، قانون حاکم بر شکل قرارداده و اسناد تنظیمی در حقوق مدنی و داخل ایران و نیز حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: ماهنامه کانون)، ص ۱۳۲.

^۹. مریم افشاری، جزوی حقوق بین‌الملل خصوصی (۲) قسمت سوم، ص ۳.

^{۱۰}. همان، ص ۴.

است. این امر ناشی از حاکمیت سرزمینی است که کشورها بر نحوه تنظیم اسناد مقرر می- دارند.^{۱۱} مثلاً این مطلب که آیا سند باید رسمی باشد یا عادی، قید تاریخ در آن الزامی است یا خیر، احتیاجی به الصاق تمبر دارد یا خیر و به طور کلی همه مسائل شکلی و ظاهری سند بوده و باید طبق قانون کشوری باشد، که سند در آن کشور تنظیم شده است. در غیر آن انجام بسیاری از معاملات بین المللی مقدور نمی باشد.

حقوق کشور ما در مورد قاعده در بند دوم ماده ۲۵ قانون مدنی بیان می دارد: «در خصوص احکام شکلی وصیت احکام قانون وصی در حین وصیت و یا احکام قانون محلیکه در آن وصیت تکمیل شده باشد، تطبیق می گردد. هم چنان احکام شکلی سایر تصرفات منسوب به بعد از وفات تابع این حکم می باشد».

با امعان نظر به ماده فوق متوجه می شویم که احکام شکلی وصیت را تابع قانون وصی در حین وصیت و قانون محلی که وصیت در آنجا تکمیل (تنظیم) می شود، دانسته است. اما سوالیکه در مورد مطرح می گردد این است که در ماده فوق صرف احکام شکلی وصیت را بیان داشته اما سرنوشت سایر اسناد چی می شود؟ در جواب باید گفت که وقتی قانون احکام شکلی وصیت را تابع قانون محل تنظیم دانسته است با توصل به قاعده «وحدت مناط» و یا «نظریه شبیه داوری» احکام وصیت را می توان به سایر اسناد نیز تسری داد؛ به عبارتی تنظیم سایر اسناد نیز تابع قانون محل تنظیم است. هم چنان قانون تجارت در مورد قاعده مذبور در ماده ۵۴۳ بیان می دارد: «اجرای هرگونه تعهدات در معامله برات تابع قوانین مملکتی است که تعهد در آنجا به عمل آمده است». در این ماده نیز می بینیم که مقتن تعهدات براتی را تابع قانون کشوری دانسته است که تعهد در آن کشور به عمل آمده است یعنی شکل تنظیمی سند برات تابع محلی است که برات در آنجا تنظیم می شود.

گذشته از مواد فوق ماده ۳۲ قانون مدنی افغانستان مشعر است: «هرگاه در مورد تنازع قوانین حکمی در مواد قبلی این قانون موجود نباشد، قواعد بین الدول خصوصی تطبیق می -

^{۱۱}. پرویز انصاری معین، حقوق تجارت بین الملل، تهران، نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۷، ص ۶۳-۶۴.

گردد». ماده فوق صراحتاً بیان داشته است که هرگاه در مورد تنافع قوانین در این قانون حکمی موجود نباشد، قواعد بینالدول خصوصی اعمال میگردد، از طرفی نیز یکی از قواعد مهم بینالممل خصوصی قاعده «*Locus Contractus Regit Actum*» است، چه به عنوان عرف بینالمملی در آمده و در نظام حقوقی قریب به اتفاق کشورها مورد قبول واقع گردیده است، در مواد قبلی صرف قواعد حاکم بر شکل اسناد برات و وصیت را بیان داشته بود که تابع محل تنظیم بود، اگر احکام برات و وصیت را نتوانیم بر سایر اسناد تسری دهیم، به استناد ماده ۳۲ قانون مدنی از قاعده *Locus Contractus Regit Actum* که یکی از قواعد مهم بینالممل خصوصی است، قانون حاکم بر شکل اسناد در افغانستان را نیز تابع محل تنظیم است.

مزیت‌های قاعده:

مزیت‌های قاعده مذبور را قرار زیر می‌توان بر شمرد.

الف: مصلحت کشور محل تنظیم: علی القاعده فایده و مصلحتی که در شکل رابطه حقوق خیلی مهم می‌نماید؛ مصلحت انتظامی و قابل اطمینان ساختن آن است، دولتیکه در خاک آن سند تنظیم می‌شود بیش از هر کشور دیگر نسبت به آن ذینفع می‌باشد، ۱۲ چون اتباع خارجی ساکن در کشور اگر نیازهای شان از قبیل تنظیم سند، تنظیم قراردادها برآورده نباشد به هیچ وجه حاضر نیست که با کشور مذبور وارد معامله شوند، در نتیجه باعث تزلزل فعالیت‌های تجاری، کشور مذبور در سطح ملی و بینالمملی می‌گردد.^{۱۳}

ب: مصلحت منافع خصوصی افراد: اعمال این قاعده از لحاظ منافع خصوصی افراد نیز دارای اهمیت ویژه است چون نیازمندی‌های روزانه افراد خواه در کشور متبع شان اقامت داشته باشند و یا در کشور دیگری، مقتضی است که به تبادل و تنظیم اسناد و قراردادها بپردازنند، برای رفع این مقتضیات بهترین راه این است که اسناد تابع محلی باشند که در آنجا

^{۱۲}. محمد نصیری، همان اثر، ص ۲۰۵.

^{۱۳}. محمود محمد زاده، همان اثر، ص ۱۳۴.

تنظیم می‌گردد، چون اگر چنین شود که اتباع خارجی اسناد را طبق قانون کشور متبع شان تنظیم کنند، اولاً اتباع خارجی از قانون متبع شان آگاهی ندارند در ثانی اگر از قانون متبع شان آگاهی داشته باشند، بعضی پروسیجر و طی مراحل‌های لازمی و قانونی برای آنها غیر مقدور می‌باشد.^{۱۴}

وضع اعتبار و شرایط اسناد تنظیم شده در خارج

در مورد اسنادیکه در خارجه تنظیم می‌گردد آیا اسناد مذبور دارای اعتبار می‌باشند یا خیر و برای اینکه از اعتبار قانونی برخوردار گردد، چی پروسیجرهای را طی نمایند؟ حقوق کشور ما در مورد اسنادی که در خارج تنظیم می‌گردد احکام خاصی دارد چنانچه ماده ۳۰۷ قانون اصول محاکمات مدنی مشعر است: «اسنادیکه در خارج کشور ترتیب گردیده در حالی مدار اعتبار قرار گرفته می‌تواند که سند مذکور از طرف یکی از نمایندگی‌های سیاسی جمهوری افغانستان ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت امور خارجه نیز از صحت آن رسمآ اطمینان داده باشد». هم چنین این مهم در اصول محاکمات تجاری نیز تبیین گشته و ماده ۱۶۲ اصول محاکمات تجاری اشعار می‌دارد: «اسنادیکه در خارج افغانستان ترتیب شده باشد وقتی مدار اعتبار شمرده می‌شود که طبق حکم ماده (۳۲) ترتیب یافته و به تصدیق رسیده باشد». مضافاً ماده ۳۲ همین قانون بیان می‌دارد: «وکالت خطهایکه در خارج افغانستان ترتیب می‌شوند در صورتی مدار اعتبار اند که در یکی از نمایندگی‌های سیاسی یا قونسلگری‌های افغانی ترتیب شده و یا مورد تصدیق آنها حسب اصول قرار گرفته باشد و در هر دو صورت تصدیق شعبه مربوطه وزارت امور خارجه افغانستان لازم است». با امعان نظر به مواد فوق متوجه می‌شویم که اسناد اعم از تجاری و غیر تجاری و نیز وکالت خطهای که در خارج کشور تنظیم می‌گردد، اعتباری را دارند که سند تنظیم شده داخلی دارد، البته مشروط بر اینکه: ۱- در یکی از نمایندگی‌های سیاسی یا قونسلگری‌های افغانی ترتیب و یا مورد تصدیق آنها قرار گرفته باشد یعنی همان پروسیجر قانونی و اداری خود را پیموده باشد.

^{۱۴}. پیشین؛ محمد نصیری، همان اثر، ص ۲۰۵؛ نجاد علی الماسی، همان اثر، ص ۳۰۰.

اما باید گفت؛ قسمت اخیر ماده (و یا مورد تصدیق آنها قرار گرفته باشد) شامل اسناد رسمی و عرفی می گردد. ۲- شعبه مربوطه وزارت امور خارجه باید در هر دو صورت (ترتیب و تصدیق)، صحت اسناد و کالت خطهای مزبور را تصدیق نماید.

اما اسنادی را که مأمورین افغانی در خارج کشور در حدود صلاحیت شان ترتیب می-دهند وضع شان همانند اسنادی است که در داخل افغانستان ترتیب می‌گردد، مثلاً نکاحنامه‌ای که توسط مأمور کنسولی افغانی در سفارت افغانستان مقیم اسلام آباد تنظیم می‌گردد همانند نکاحنامه‌ای است که در محکمه کابل تنظیم می‌گردد، چرا که هردوی آنها توسط مأمور افغانی تنظیم شده است و همان آثاری را باید داشته باشد که یک سند داخلی دارد و نیاز به تایید وزارت امور خارجه نداشته باشد، در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که قسمت اخیر ماده فوق اضافی است، اما با مطالعه دقیق متوجه می‌گردیم که اسناد تنظیم شده توسط مأمورین افغانی در خارجه نیز نیاز به تایید وزارت امور خارجه دارد. از یک سو مقتن خواسته است جلو جعل و تزویر اسناد خارجی را محدود نماید و از سوی نیز به دلیل اهمیتی است که مقتن برای آنها قابل شده است، تایید وزارت امور خارجه لازمی می‌نماید. در نهایت آنچه قابل توجه دیده می‌شود این است که اسناد تنظیم شده در خارج کشور در صورتی می‌تواند اعتبار اسناد معتبر (همانند اسناد تنظیم شده داخلی) را داشته باشد که تمام پروسیجرهای مذکور را سپری و بعد از تأیید وزارت امور خارجه اداره یا ریاست بررسی اسناد خارجی در کابل نیز آن اسناد را تایید نماید، مثلاً اسناد تحصیلی که محصلین افغانی از دانشگاه‌های خارجی اخذ می‌کنند بعد از تصدیق وزارت تحصیلات عالی و وزارت امور خارجی کشور مزبور و تصدیق نمایندگی‌های سیاسی و کنسولی افغانستان مقیم در خارج و هم چنین تایید وزارت امور خارجه افغانستان و نهایتاً تأیید ریاست اکادمیک و انسجام (ریاست بررسی اسناد خارجی) وزارت تحصیلات عالی افغانستان اعتبار می‌یابد. در غیر آن چنین اسنادی از اعتبار قانونی برخوردار نخواهد بود. البته باید گفت که «ریاست بررسی اسناد خارجی وزارت تحصیلات عالی» از لحاظ ماهوی به اسناد می‌نگرد. در واقع این ریاست اسناد تنظیم شده در خارج را بعنوان دیپلم، لیسانس، ماستری و دکتری معرفی می‌کند.

تأیید این ریاست از اهمیت بالای برخوردار است چه در غیر آن استناد مزبور از اعتبار قانونی برخوردار نخواهد بود. ولو اینکه در کشور خارجه دارای اعتبار باشد ، هم چنین سایر استناد تنظیم شده در خارج بعد از تأیید وزارت امور خارجه افغانستان به تأیید وزارت و اداره مربوطه خود برسد، در غیر آن اعتبار استناد تنظیمی داخلی را نخواهد داشت.

گفتار دوم

استناد تجاری



۱۱

آ نچه در گفتار حاضر بحث می‌گردد، تعارض قوانین در استناد تجاری به معنی خاص (برات، سفته و چک) آن است. چون استناد تجاری، بویژه برات، در قلمرو تجارت بین‌المللی منشاء بروز تعارضات عدیدهای است، به این ترتیب ممکن است که در هر سند قابل معامله، تعهدات چند شخص مختلف به میان آید که هر کدام شان در کشورهای مختلف، اعم از کشور محل صدور یا کشور محل پرداخت و یا کشور ثالث ایجاد شده باشد.^{۱۵} مثلاً برات در کشور «الف» صادر و در کشور «ب» قبول و در کشورهای «ج و د» ظهر نویسی و در کشور «ه» پرداخت می‌شود حال اگر بین کشورهای مزبور تعارض قوانین پیش بیاید، قوانین کدام یک از این کشورها باید اعمال گردد. هرگاه صادر کننده افغانستانی، چکی در وجه یک تبعه خارجی به عهده بانک افغانستانی صادر می‌کند و یا بر عکس، تبعه خارجی چکی در وجه یک افغانستانی عهده بانک خارجی در وجه تبعه دیگر خارجی صادر می‌کند ولی پیوندی با افغانستان دارد (مثل این که به نفع یک افغانستانی ظهر نویسی شده و یا از یکی از ظهر نویسان افغانستانی ضمانتی بعمل آمده باشد) هر یک از موارد یاد شده می‌تواند موردی برای بروز تعارض در قوانین و محاکم باشد. قانون کدام این کشورها باید اعمال گردد.

^{۱۵}. محمود سلجوقی، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی (۱ و ۲)، تهران، نشر میزان، چ هفتم، ۱۳۸۷، ص

در سطح بین‌المللی دولت‌ها و مؤسسات بین‌المللی کوشیده‌اند که قوانین متحده‌شکلی را ایجاد کنند که منتج به تصویب دو کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ شد که اولی حاکم به مسایل مربوط به برات و سفتہ و دومی مربوط به مسایل چک می‌پردازد.

شرایط ماهوی اسناد تجاری

در مورد شرایط ماهوی اسناد تجاری، کنوانسیون‌های ژنو و به تبع آن قوانین تجارت افغانستان به اهلیت، پرداخته است اما سایر شرایط ماهوی اسناد تجاری را باید با مراجعه به شرایط قواعد کلی حل تعارض قوانین حل و فصل کرد.

اهلیت صدور اسناد تجاری (کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱)

در مورد اهلیت امضاء کنندگان برات اصل بر صلاحیت قانون ملی شخص معهد است. این اصل در حقوق بین‌الملل خصوصی اکثر دول امضاء کننده کنوانسیون ژنو پذیرفته شده است.^{۱۶} چنانچه که ماده ۲ قرار داد ۱۹۳۰ ژنو مشعر است: «اهلیت شخص برای قبول تعهد در مورد برات و سفتہ به موجب قانون ملی او تعیین می‌گردد. هرگاه قانون ملی مذکور صلاحیت اعمال قانون کشور دیگری را اعلام دارد، قانون اخیر قابل اعمال خواهد بود. شخصیکه به موجب قانون مذکور در بند فوق محجور باشد، چنانچه امضاء در قلمرو کشوری داده شود که به موجب قوانین و مقررات آن کشور شخص مذکور واجد اهلیت باشد؛ در این صورت قانون اخیر قابل اعمال خواهد بود. هر یک از کشورهای متعاهد حق دارد اعتبار تعهد انجام شده در مورد برات و سفتہ را به وسیله هر یک از اتباع خود که در قلمرو سایر دول متعاهد اعتباری ندارد، به رسمیت نشناشد مگر با اعمال بند فوق این ماده».

در مورد اشخاص حقیقی قانون ملی شان ذیصلاح است. اما در مورد اشخاص حقوقی،

قانون اقامتگاه اداری یا مرکز اصلی قابل اعمال خواهد بود.^{۱۷}

^{۱۶}. بهروز اخلاقی، اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل، مجله حقوقی، ش ۱۲، ص ۱۸.

^{۱۷}. همان، ص ۱۰۴.

در مورد شرایط ماهوی چک کنوانسیون نظیر کنوانسیون ژنو راجع به برات و سفته، منحصراً «اهلیت»^{۱۸} را مد نظر قرار داده و متعرض قصد و رضا و جهت در چک نشده است. کنوانسیون ژنو، در مورد اهلیت، پذیرای همان قاعده‌ای شده است که در مورد برات و سفته جریان دارد. به موجب ماده ۲ کنوانسیون: «اهلیت شخص برای قبول تعهد در چک، به وسیله قانون ملی او تعیین می‌گردد. هرگاه قانون ملی مذکور، صلاحیت اعمال قانون کشور دیگری را اعلام دارد، در این صورت، قانون اخیر قابل اعمال خواهد بود. شخصی که به موجب قانون مذکور در بند فوق محجور باشد، چنانچه امضاء در قلمرو کشوری داده شود که به موجب قوانین و مقررات آن کشور شخص مذکور واجد اهلیت باشد، در این صورت، قانون اخیر قابل اعمال خواهد بود ...»

به نحوی که ملاحظه می‌شود پیمان ژنو راجع به چک به مثابه پیمان ژنو راجع به برات و سفته، در مورد اهلیت، صلاحیت قانون ملی شخص متعهد را ملاک قرار داده است. اصل مذکور اصل مورد قبول حقوق بین‌الملل خصوصی اکثر کشورها است.^{۱۹}

حقوق افغانستان

طوریکه مطالعه نمودیم، کنوانسیون ژنو در مورد اهلیت، اصل صلاحیت قانون ملی شخص متعهد را پذیرفته است. حقوق افغانستان نیز به تبع از کنوانسیون ژنو در مورد اهلیت، قانون ملی شخص متعهد را ذیصلاح دانسته و در زمینه ماده ۵۴۲ قانون تجارت اشعار می‌دارد: «اهلیت اشخاص در تعهدات برات نظر به قوانین دولت متبع اشخاص تعهد کننده، ثبیت می‌گردد». با امعان نظر به ماده فوق متوجه می‌شویم که نظام حقوقی ما در مورد اهلیت اشخاص در تعهدات براتی، قانون ملی شخص متعهد را ذیصلاح دانسته، اما در اینکه اهلیت اشخاص در تعهدات سفته و چک سرنوشتیش چه می‌شود؟ قوانین تجاري و مدنی در مورد سکوت نموده است. البته راه حل آن را با توصل به قواعد عمومی «حل تعارض قوانین» یا

^{۱۸}. Capacity.

^{۱۹}. بهروز اخلاقی، چک در قلمرو تجارت بین‌الملل، مجله حقوقی، ش سیزدهم، ص ۲۱.

«نظریه شبه داوری» و یا «تنقیح مناطق» می‌توان یافت. در مورد اهلیت اشخاص در تعهدات سفته، با در نظرداشت نظریه شبه داوری و یا تنقیح مناطق، می‌توان گفت که قانون ملی اشخاص اعمال می‌گردد. چون اگر به قانون تجارت بررسی دقیق داشته باشیم متوجه می-شویم که تقریباً همه مسایل مربوط به سفته (حجه) را شبیه به برات دانسته و آنرا به برات رجعت داده است، بناءً می‌توان گفت که اهلیت اشخاص در تعهدات سفته شبیه برات (قانون ملی) شخص متعهد ذیصلاح است.

اما در مورد اهلیت اشخاص در تعهدات چک باید به قواعد عمومی حل تعارض قوانین توسل جست، چون قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۷ بیان می‌دارد: «در مورد تثبیت اهلیت احوال مدنی و اهلیت اشخاص، قانون دولت متبوعه آنها تطبیق می‌گردد، تصرفات مالی که در افغانستان عقد گردیده و آثار مرتبه آن نیز در آن به وجود آمده باشد، در حالیکه یکی از طرفین عقد تبعه خارجی بوده و ناقص اهلیت باشد طوریکه نقص اهلیت آن مبنی بر سبب خفى باشد با آنهم واجد اهلیت کامل شناخته می‌شود».

با امعان نظر به ماده فوق متوجه می‌شویم که احوال مدنی و اهلیت اشخاص را تابع قانون ملی شان دانسته، بناءً اهلیت اشخاص در تعهدات چک نیز تابع قانون ملی شان است.

قسمت اخیر ماده مذبور بیان می‌دارد: «اگر عقد در افغانستان منعقد گردد در حالیکه یکی از طرفین عقد تبعه خارجی بوده و ناقص اهلیت باشد، و نقص اهلیتش مبنی بر سبب خفى باشد با آن هم واجد اهلیت کامل شناخته می‌شود»، در ماده مذکور حقوق ما همانند حقوق ایران و فرانسه یک چتر حمایتی را برای منافع اتباع شان گذاشته است. که در حقیقت هدف از آن ایجاد ثبات و اطمینان در معاملاتی است که بین اتباع افغانستان و یک خارجی منعقد می‌گردد، اگر طرف خارجی نقص اهلیت داشته باشد و نقص اهلیتش مبنی بر سبب خفى باشد با آن هم واجد اهلیت دانسته می‌شود. اما سؤالی که در مورد مطرح می-گردد این است که اگر نقص اهلیت مبنی بر سبب آشکار و ظاهر باشد آیا شخص واجد اهلیت دانسته می‌شود؟ در جواب باید گفت که بر اساس مفهوم مخالف ماده مذبور اگر نقص

اهلیت بنا بر سبب آشکار باشد واجد اهلیت شناخته نمی‌شود، چنانچه شخص مذکور تصرفات مالی در افغانستان انجام دهد، فاقد اثر حقوقی خواهد بود.

در مورد اشخاص حقیقی قانون ملی شان ذیصلاح است. اما در مورد اشخاص حقوقی یا حکمی، قانون دولتی صالح می‌نماید که اداره مرکزی آن در آنجا واقع است و یا اگر فعالیت‌های عمدۀ آن در افغانستان باشد قانون افغانستان تطبیق می‌گردد. ماده ۱۸ قانون مدنی در مورد مشعر است: «در مورد اشخاص حکمی خارجی مانند شرکتها، جمعیت‌ها، مؤسسات و امثال آن قانون دولتی اعتبار دارد که اداره مرکزی آنها در آن واقع باشد. اگر فعالیت عمدۀ این اشخاص در افغانستان دایر باشد قانون افغانستان تطبیق می‌گردد».

شرایط شکلی اسناد تجاری (کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱)

در حقوق بین‌الملل خصوصی قاعده مهمی وجود دارد که سند از حیث تنظیم تابع قانون محل تنظیم سند است. این قاعده مبنا در حقوق رم داشته و اکنون در حقوق اکثر کشورها نفوذ یافته است.^{۲۰}

در اینجا وقتی از شکل سند بحث به میان می‌آید منظور جنبه‌های صوری سند، بدون در نظرداشت محتوی سند است، مثل زبان رسمی سند، رسمی و یا عادی بودن سند است.^{۲۱} قرارداد دوم کنوانسیون ژنو نیز در ماده ۳ شکل اسناد را تابع محل تنظیم دانسته در مورد اشعار می‌دارد: «شرایط اساسی (یا صورت) تعهدات برات و سفته بر اساس قانون کشوری که در سرزمین آن تعهدات مذبور انجام شده است، تعیین می‌گردد.

معذلک اگر انجام تعهدات در برات یا در سفته مطابق مقررات بند اول معتبر نبوده، ولی با مقررات کشور محل تعهد بعدی همانگ باشد، این موضوع که شرایط اساسی تعهدات اولیه صورت قانونی نداشته است خدشه به اعتبار تعهد ثانویه وارد نخواهد کرد.

^{۲۰} همان، ص ۹۹.

^{۲۱} فرهاد پروین، تعارض قوانین در اسناد تجاری بین‌المللی، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۷، ص ۱۰۴.

هر یک از طرفهای معظم متعاهد مختار است مقرر نماید که تعهدات انجام شده در برات و سفته توسط یکی از اتباع آن کشور در خارج، در مقابل یکی دیگر از اتباع آن دولت در سرمیں خود اعتبار قانونی دارد، مشروط بر آنکه شرایط اساسی این تعهدات مطابق قانون ملی (مربوط) صحیح باشد».

در مورد اینکه اسناد تابع محل تنظیم است، قاعده مزبور جنبه آمرانه دارد. به عبارتی طرفین مجبور اند در تنظیم اسناد، قانون محل تنظیم را رعایت نمایند، در غیر آن اعتبار نخواهد داشت، البته باید گفت که قاعده مزبور در کنوانسیون ژنو در دو مورد تعدیل شده است؛ ۱- طبق بند ۲ ماده فوق قانون کشوریکه تعهد مؤخر صورت گرفته است صلاحیت فرعی دارد، اگر تعهدات که در کشور محل تنظیم صورت گرفته با مقررات کشور محل تنظیم منطبق نباشد، تعهدات مؤخر به حال خود باقی خواهد ماند، مشروط بر اینکه تعهدات مقدم که مقررات محل تنظیم را رعایت نکرده طبق تعهدات مؤخر معتبر باشد؛ ۲- طبق بند سوم ماده ۳ کنوانسیون قانون ملی مشترک طرفین سند را ذیصلاح دانسته، آن موردی است که انجام تعهد یکی از طرفین در قبال طرف دیگر از اتباع یک کشور، در کشور دیگر که با نقض مقررات محل تنظیم بعمل آمده است مثل اینکه یک پاکستانی در قبال پاکستانی دیگر در کشور افغانستان متعهد یک سند تجاری شود.^{۲۲}

آنچه در مورد شرایط شکلی اسناد تجاری (برات و سفته) گفته می‌شود، نسبت به چک هم جاری است و اصل اشتراک مقررات و وحدت احکام در این خصوص جریان دارد. ماده ۴ از پیمان ژنو در این باره مشعر است: «طرز تنظیم هرگونه قرارداد ناشی از چک، بر اساس قانون کشور محل امضای قرارداد، تعیین می‌گردد. معذک، رعایت شرایط شکلی مقرر در قانون محل پرداخت نیز کفایت می‌کند. با وجود این اگر تعهدات ناشی از چک مطابق مفاد بند اخیر الذکر معتبر نبود ولی با مقررات کشور محل انعقاد قرارداد بعدی هماهنگ باشد، این موضوع که قراردادهای قبلی صورت قانونی نداشته است، قرارداد بعدی را از اعتبار ساقط

^{۲۲}. نجاد علی الماسی، همان اثر، ص ۳۲۶-۳۲۹؛ بهروز اخلاقی، همان اثر، ص ۱۰۰.

نخواهد کرد. هر یک از طرفهای معظم متعاهد می‌تواند مقرر نماید که قراردادهای اتباع دیگر آن دولت در سرزمین خود اعتبار قانونی دارد، مشروط بر آنکه در تنظیم آنها قانون ملی رعایت شده باشد».

بند اول ماده ۴ پیمان با قاعده مذکور در بند اول ماده ۳ پیمان ژنو در مورد برات و سفته انطباق دارد، البته در مورد چک باید گفت که بر علاوه قانون محل صدور، قانون کشور محل پرداخت که همان محل استقرار بانک یا مؤسسه صادر کننده چک است نیز توجه شده است، البته گفته شده است که در مورد چک قانون کشور محل پرداخت مناسب ترین قانون خواهد بود.^{۲۳}

بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون، تکرار قاعده مذکور در ماده ۳ پیمان کنوانسیون راجع به برات و سفته است به این معنی که هرگاه شکل تعهدات مندرج در چک طبق مقررات بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون معتبر نباشد ولی منطبق با مقررات کشوری باشد که تعهدات مؤخر در آنجا صورت گرفته است، اوضاع و احوالی که موجب عدم اعتبار تعهدات مؤخر نخواهد بود. هم چنان بند سوم ماده فوق تقریباً تکرار بند سوم ماده ۳ کنوانسیون ژنو در مورد برات است لذا از تکرار آن صرف نظر می‌نماییم.

حقوق افغانستان

حقوق افغانستان نیز به تبعیت از کنوانسیون ژنو، اجرای تعهد برات را تابع مملکتی دانسته است که تعهد در آنجا بعمل آمده است، به عبارتی شرایط شکلی سند را تابع محل تنظیم دانسته است؛ چنانچه در مورد ماده ۵۴۳ قانون تجارت بیان می‌دارد: «اجرای هر گونه تعهدات در معامله برات تابع قوانین مملکتی است که تعهد در آنجا به عمل آمده است». با امعان نظر به ماده مذکور متوجه می‌شویم که فقط تعهدات براتی را تابع قانون کشوری دانسته است که تعهد به عمل آمده است، اما در اینکه تعهدات ناشی از سفته تابع کدام

^{۲۳}. بهروز اخلاقی، چک در قلمرو تجارت بین‌الملل، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش. ۱۳، ص. ۳۲ - ۳۲.

قانون است در مورد مهر سکوت بر لب نهاده و تعیین سرنوشت ننموده است. ولی راه حل آن را با توصل به «نظریه شبه داوری» و یا «تنقیح مناطق» می‌توان یافت. در مورد اجرای تعهدات سفته، با در نظرداشت نظریه شبه داوری و یا تنقیح مناطق، می‌توان گفت که قانون کشوری اعمال می‌گردد که تعهد در آنجا بعمل آمده است. چون اگر به قانون تجارت کشور بررسی دقیق داشته باشیم متوجه می‌شویم که تقریباً همه مسایل مربوط به سفته (حجه) را شبیه به برات دانسته و آنرا به برات رجعت داده است، بناءً می‌توان گفت که اجرای تعهدات سفته شبیه برات (قانون کشوریکه تعهد در آنجا بعمل آمده است) می‌باشد. اما در مورد چک نمی-
توان از راه حل مزبور کار گرفت، قانون تجارت در قسمت دوم ماده ۵۶۴ بیان می‌دارد: «در مورد چک‌هاییکه در خارج صادر شده و باید در افغانستان پرداخته شود، مقررات راجع به چک‌هاییکه در افغانستان صادر شده رعایت خواهد شد». با امعان نظر به ماده فوق متوجه می‌شویم آن مقررات شفاف را که ماده ۴ کنوانسیون زنو در مورد چک داشت در حقوق ما هم چون مقررات به چشم نمی‌خورد، در ماده ۵۶۴ صرف قضیه چک‌های که از خارج صادر و در افغانستان پرداخت می‌شود را روشن ساخته، که در چنین موردي قانون افغانستان حاکم است، اما چک‌های را که تبعه افغانستانی در کشور خارجه رد و بدل می‌کنند، یا چک‌های که یکی از طرفهای آن مثلاً ظهر نویس آن افغانستانی باشد که موارد مختلف را می‌توان فرض کرد، متأسفانه قانون تجارت و سایر قوانین افغانستان راه حل آنرا پیش‌بینی نکرده است.

اگر چکی به پول قابل تادیه باشد که پول مملکت تادیه نباشد، قانون تجارت مقررات ویژه دارد ماده ۵۶۹ قانون تجارت مشعر است: «اگر چکی به پول قابل تادیه نوشته شود که پول مملکت تادیه نباشد، مبلغ قابل تادیه را می‌توان به پول مملکت مطابق به قیمت آن در روز تادیه (بخواهش حامل) بعمل آورد.

اگر در وقت ارائه پول تادیه نشده باشد دارنده چک می‌تواند بر حسب میل خود تقاضا کند که تادیه به پول آن مملکت از روی نرخ روز ارائه و یا نرخ روز تادیه بعمل آید. قیمت پول خارجی بر طبق رواج محل تعیین می‌شود.

معذلک صادر کننده می‌تواند شرط گذارد که مبلغ قابل تادیه بر طبق نرخی که در چک نوشته شده است، حساب شود». ماده مزبور حالات مختلف را پیش‌بینی نموده است، قسمت اول ماده فوق حالتی را بیان می‌دارد که اگر پولی که بر روی سند چک نوشته شده با پول کشوریکه، چک در آنجا تادیه می‌شود یکی نباشد در این صورت به خواهش حامل (دارنده) می‌توان که چک را به پول آن کشور به قیمت روز تادیه (صرف) کرد و وجه دارنده را پرداخت کرد. قسمت دوم ماده فوق حالتی را بیان می‌دارد که؛ روز ارائه چک و روز تادیه یکی نباشد در این صورت حامل بر حسب میل خود می‌تواند تقاضا کند که تادیه به پول آن کشور از روی نرخ روز ارائه و یا تادیه بعمل آید، اما در هر حال قیمت پول خارجی بر طبق رواج محل تعیین می‌شود. اما این قسمت ماده مزبور با ماده ۵۶۳ تعارض داشته و ماده ۶۶۳ بیان می‌دارد : «چک عندهارویت قابل تادیه است هر شرطیکه برخلاف آن باشد، غیر معتبر است». براساس ماده ۵۶۳ ق. ت. چک به محض ارائه باید فوراً پرداخت شود، چنین نیست که یک روز خاص ارائه شود چند روز بعد و یا فردای آن روز تادیه شود، در حالیکه قسمت دوم ماده ۵۶۹ بین روز ارائه و روز تادیه فرق گذاشته است، به امید اینکه این قسمت ماده فوق اصلاح گردد.

در نهایت آنچه قابل توجه دیده می‌شود این است که، صادر کننده چک می‌تواند که شرط کند که مبلغ قابل تادیه بر طبق نرخی که در چک نوشته شده است، حساب شود.

نتیجه:

از آنجا که هویدا است در حقوق قریب به اتفاق کشورها اسناد یکی از وسائل حکم و مدارک اثباتیه بوده و در حقوق بین‌الملل خصوصی اکثر از کشورها یکی از دسته‌های ارتباط می‌باشد. بدون در نظرداشت انواع اسناد، بر اسناد دو نوع قانون حاکم است، قانون حاکم بر مفاد سند، که مربوط به مفاد و محتوى سند می‌شود، هرگاه مفاد سند قرارداد باشد قانون حاکم برآن «قانون حاکمیت اراده و توافق طرفین»، اگر سند مربوط احوال شخصیه باشد، قانون حاکم برآن «قانون ملی» شخص، اگر سند مربوط مال باشد «قانون محل وقوع مال» بر

منابع

آن حاکم خواهد بود..... و قانون حاکم بر شکل سند «قانون محل تنظیم سند» است. منظور از قاعده مذبور این است که محل بر سند حکومت می کند، سند تابع محلی است که در آن جا تنظیم شده است.

اما استناد تجاری به معنی خاص (برات، سفته و چک)، بدليلى اهميتي که در جهان تجارت دارد، نيز موجب تعارض قوانين در حقوق بين الملل خصوصي مي گردد. در مورد شرایط ماهوي استناد تجاری، کنوانيون هاي ژنو و به تبع آن قانون تجارت کشور ما قانون حاکم بر ماهيت استناد تجاری را اصل بر صلاحيت «قانون ملي» شخص متعهد گذاشته اند و اصل مذبور در حقوق بين الملل خصوصي اكثرب دولت هاي امضاء کننده قرارداد کنوانيون ژنو پذيرفته شده است. هم چنين قانون حاکم بر شکل استناد تجاری «قانون محل تنظیم» است.

اخلاقی، بهروز، چک در قلمرو تجارت بین الملل، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۱۳.

_____، استناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین الملل، مجله حقوقی، ش ۱۲.
اسکینی، ربيعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، استناد در وجه حامل و چک)، تهران، سمت، چ دوازدهم، ۱۳۸۷.

افشاری، مریم، جزو حقوق بین الملل خصوصی (۲) قسمت سوم.

الماسي، نجاد على، حقوق بین الملل خصوصی تهران، نشر ميزان، چ چهارم، ۱۳۸۵.

انصاری معین، پرويز، حقوق تجارت بین الملل تهران، نشر ميزان، چ اول، ۱۳۸۷.

پروین، فرهاد، تعارض قوانين در استناد تجاري بین المللی، پژوهش حقوق و سياست، ش ۷.

سلجوقي، محمود، بایسته های حقوق بین الملل خصوصی (۱ و ۲)، تهران، نشر ميزان، چ هفتم، ۱۳۸۷

_____، حقوق بین الملل خصوصی، چ ۲، تهران، نشر داد گستر، چ اول، ۱۳۷۷.

نصيري، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، انتشارات آگاه، چ بیستم، ۱۳۸۸.

محمد زاده، محمود، قانون حاکم بر شکل قراردادها و استناد تنظيمی در حقوق مدنی و داخل ایران و نيز حقوق بین الملل خصوصی، تهران، ماهنامه کانون.

قانون تجارت افغانستان، مصوب ۱۳۳۴.

اصول محاکمات تجاری افغانستان، مصوب ۱۳۴۳.

قانون مدنی افغانستان، جلد اول، مصوب ۱۳۵۵.

_____، جلد دوم، مصوب ۱۳۵۵.

اصول محاکمات مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۶۸

کنوانسیون راجع به حل بعضی موارد تعارض قوانین در باب بروات و سفته ها - ژنو، ۷ ژوئن ۱۹۳۰.

کنوانسیون راجع به حل بعضی موارد تعارض قوانین در خصوص چک ژنو- ۱۹ مارس ۱۹۳۱.



تعارض قوانین در اسلام...



بررسی تطبیقی شرط وجه الالتزام در قراردادها

﴿﴿﴿ محمد تقی مناقبی

چکیده:

گاه طرفین قرارداد پیش‌پیش خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد را ارزیابی و به صورت مشخص در برابر آن مبلغی را تعیین می‌کنند. به این تعهد تبعی، شرط وجه التزام یا شرط کیفری گفته می‌شود. حال شرط کیفری اصولاً دارای چه ماهیت حقوقی است؟ چگونه و تحت چه شرایطی قابل اجرا می‌باشد؟ چه تفاوت و یا تشابهی با نهادهای حقوقی مشابه دارد؟ مزایای آن چیست و چگونه می‌توان آن را طوری تنظیم کرد که منافع طرفین قرارداد به خصوص جانب که از قدرت معاملی ضعیفتر برخوردار است تأمین شود؟ این‌ها مباحثی است که این نبشه در صدد بررسی و پاسخ به آن‌ها می‌باشد. در مورد ماهیت آن دو دیدگاه وجود دارد: یکی آن را با درونمایه کیفری و جرمیه‌ای بدون حق تعدیل و تغییر بر می‌شمارد و نگرش دیگر آن را با ماهیت ارزیابی قبلی خسارت ناشی از نقض تعهد و قابل تعدیل می‌داند. شرط وجه التزام دارای سهولت‌های و مزایای است که موجب تمایل طرفین قراردادهای مختلف می‌گردد. همین امر هم ممکن است موجب سوء استفاده‌ها و اعمال شرایط ناعادلانه بر متعهد و ملتزم گردد. برای بهره‌گیری درست از این نهاد حقوقی، تعیین خطوط و شرایط خاصی لازم است که بتواند برای آن قابلیت انعطاف بیشتر به نفع عدالت و انصاف به ارمنغان بیاورد.

کلید واژگان:

قانون، نظام‌های حقوقی، شرط وجه التزام، شرط کیفری، نقض قرارداد، خسارت، تعدیل

مقدمه:

آزادی اراده، از اصول مسلمی است که در اغلب کشورهای دنیا در انعقاد قراردادهای خصوصی مورد پذیرش قرار گرفته است. این اصل، ایجاب می‌کند که طرفین قرارداد به هر نحوی که مایل باشند و بدون در نظر گرفتن قالب خاصی از عقود معین بتوانند عقد مورد نظر خویش را منعقد نمایند. دو جانب قرارداد، در صورت نداشتن تضاد با قانون و یا مقتضای عقد، می‌توانند هر شرطی را در قرار داد وارد کنند. هر یک از طرفین که به تعهدات قراردادی خویش عمل ننماید، و از این ناحیه زیانی به جانب مقابل وارد شود، جانب متعهد، مسئول جبران زیان‌های وارد می‌باشد. حقوق کشورهای مختلف، و مقررات فقهی اسلامی بر کلیت این اصل صحه گذاشته است.^۱



گاه طرفین قرارداد، مبنی بر اصل آزادی اراده، در ضمن عقد توافق می‌نمایند که اگر از قرارداد مزبور تخلف صورت بگیرد، جانب مختلف مبلغ معینی بابت خسارت وارد به جانب متعهدله بپردازد. چنین شرطی در اصطلاح حقوق به عنوان «وجه التزام» یا «شرط کیفری» نامیده شده است که به تفصیل به آن پرداخته خواهد شد.^۲ در قانون مدنی افغانستان، مواد مختلفی به این موضوع اختصاص داده شده است از جمله در ماده ۷۳۱ در خصوص صحت شرط وجه التزام مقرر می‌دارد: «متعاقدين می‌توانند اندازه

^۱ - در حقوق انگلستان، در قرن نوزدهم موضوع اصل آزادی اراده در قراردادها به اوج خود رسید. رک به: میرحسین عابدیان، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها» مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی/ویژه حقوق، سال ششم، ۱۳۸۵ش، شماره ۱۹-۲۲. ص. ۴. در قانون مدنی ایران، ماده ۱۰ و در قانون مدنی افغانستان فحوابی مواد ۴۹۷ و نیز ماده ۱۵۳۱ در مورد عقد کار، بر آزادی اراده در عقود دلالت دارد. در فقه اسلامی این امر به آیه مبارکه «اوْفُوا بِالْعُهْدِ» (المائدہ: ۱) و نیز حدیث نبوی (ص) «الْمُؤْمِنُونَ عَنْدَ شُرُوطِهِمْ» (محمدحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، بیروت، مؤسسه آل البيت، ص ۳۰ و نیز ابوجعفر محمد بن الحسن الطوسي، الاستبصر، ج ۷، تهران: دارالکتب الاسلامية، ج چهارم، ۱۴۰۷هـ ص ۳۰ ماده هشتم کتوانسیون سازمان ملل متعدد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰م) نیز از محور بودن اراده شخصی و یا اراده نوعی طرفین قرارداد در هنگام انعقاد عقد سخن به میان می‌آورد.

^۲ - در حقوق کشورهای عربی به آن شرط جزایی یا تعویض الإتفاقی می‌گویند.

ضمانی را که در حال عدم اجراء یا تأخیر باید پرداخته شود، در حین عقد تعیین یا بعداً به آن موافقه نمایند.»^۳ در این ماده اصل تعیین وجه الالتزام مشروع و قانونی معرفی شده است؛ اما بر خلاف قانون مدنی ایران، در ماده بعدی وجه التزامی را که غیر عادلانه تعیین شده باشد، از سوی محکمه قابل تعديل بر می‌شمارد: «هرگاه مديون ثابت نماید که ضمان تعیین شده غیر عادلانه بوده و با ضرری که از عدم تنفيذ نشأت نموده متناسب نمی‌باشد، داین مستحق آن شده نمی‌تواند.»^۴ البته قانون مجبور در جای دیگر به صورت حکم کلی شروطی غیر عادلانه را از سوی محکمه قابل تعديل و تنزيل و حتی قابل برائت ذمه می‌شمارد: «هرگاه عقد بصورت اذعان و تحت شرایط غیر عادلانه صورت گرفته باشد، محکمه می‌تواند شرایط متذکره را تعديل و یا به برائت ذمه طرف مقابل طوری که عدالت مقتضی آنست حکم نماید. مگر این که شرایط اذعان از طرف مراجع دولتی وضع شده باشد...»^۵

بدین ترتیب، شرط وجه الالتزام یا شرط کیفری طبق حقوق فرانسه، (طبق ماده ۱۲۲۶ قانون مدنی فرانسه)^۶ با استفاده از اصل آزادی اراده وارد عرصه مسئولیت قراردادی می‌شود. حال سخن در این است که اصولاً شرط وجه الالتزام چیست؟ چه جایگاهی در نظام حقوقی ایران و افغانستان دارد؟ ضمانت و قابلیت اجرایی شرط وجه الالتزام چیست؟ در صورت مثبت بودن، آیا باید به صورت مطلق بدان توجه شود و یا نیاز به ایجاد نوعی نظام کنترلی بر وجود دارد؟ نوشته حاضر در صدد پاسخگویی به سوالات یاد شده است. در اینجا تلاش شده است تا تعریف، ماهیت حقوقی، شرایط تحقق و اجرای شرط وجه التزام، تفاوت‌های آن با مفاهیم و نهادهای حقوقی مشابه، مزايا و دیگر مسایل مربوط به آن مورد بررسی قرار گیرد.

^۳ - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۳۱.

^۴ - همان، ماده ۷۳۲.

^۵ - همان، ماده ۶۹۸.

^۶ - ماده ۱۲۲۶ قانون مدنی فرانسه این شرط را کیفری معرفی کرده است: A penalty is a clause by which a person, in order to ensure performance of an agreement, bind himself to something in case of non-performance.

۲. مفهوم شرط وجه التزام

الالتزام،^۷ واژه عربی است که در زبان فارسی به ویژه در ادبیات حقوقی مورد استفاده واقع می‌شود. در لغت التزام به معنای: چسپیدن، مداومت کردن، به گردن گرفتن، خود را به چیزی مکلف ساختن و خود را متعهد دانستن، آمده است.^۸ در اصطلاح حقوقی، التزام تبعی متعهد مطابق با قواعد حقوقی نسبت به پرداخت مبلغ تعیین شده در برابر خسارات ناشی از نقض تعهد است. ممکن است آن را نوعی از توافق بر اساس قرارداد یا توافق میان دو شخص یا بیشتر فرض کنیم که به انتفاع منجر می‌شود. بدین صورت که شخص متعهد، برای انجام عمل مورد توافق برابر با مواد مورد توافق به نفع طرف مقابل، اجبار می‌گردد.^۹ بنابراین، در حقوق نیز به همان معنای لغوی خویش یعنی ملتزم شدن و متعهد شدن به کاری استفاده می‌شود.^{۱۰} در فقه، التزام علاوه بر عقود معاوضی، تبرعات را نیز شامل می‌شود گرچه بیشتر به همان معنای لغوی خویش یعنی تعهد به کار برده می‌شود.^{۱۱}

وجه التزام، (یا شرط کیفری) مبلغی است که متعاقدین در حین انعقاد عقد به موجب توافق (ضمن همان قرارداد اصلی، یا به موجب موافقت مستقل، که در این صورت باید پیش از بروز تخلف متعهد، باشد) به عنوان میزان خسارت (مادی یا معنوی) محتمل الوقوع ناشی

^۷ - Obligation

^۸ - محمد بن مکرم بن منظور، لسان العرب، ج ۱۲، تحقیق: احمد فارس، بیروت: دارالفکر و دار صادر، الطبعه الثالثه، ۱۴۱۴هـ ص ۵۴۲ و نیز آذرناش آذرناش، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: نشرنی، ج هشتم، ۱۳۸۶ش، ص ۶۱۶ ذیل واژه لزم. قابل یادکرد این که این واژه در فقه اغلب معادل کلمات: وجوب، عقد و عهد، به کار رفته است (موسوعة الكويتیه، ج ۱۴۴/۶) چنان که در ترجمه انگلیسی هر دو نیز واژه آبلیگیشن، استفاده می‌شود.

^۹ - جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، بیروت: شرکه العالمیه للكتاب، الطبعه الاولى، ۱۹۹۶، ص ۶۶.

^{۱۰} - مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، تهران: نشر جنگل، ج سوم، ۱۳۸۸ش، ص ۴۲۸.

^{۱۱} - وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية، ج ۶، الكويت: نشر ذات السلاسل، الطبعه الثانية ۱۴۰۴هـ ص ۱۴۴.

از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تأخیر در اجرای تعهد، پیش بینی کرده و بر آن توافق کنند. مانند این که متعهد در صورت عدم ایفای تعهد مبلغی تعیین شده‌ای را به متعهدله بدهد و یا کاری را برایش انجام دهد و یا از انجام کاری امتناع ورزد. فرض امتناع از انجام کار مانند این که همسایه‌ای دوست ندارد منزل همسایه دیگر دارای طبقات بیشتر بوده و روی منزل او سایه افگند، حال اگر ضمن عقدی طرفین توافق کنند که اگر همسایه دارنده منزل در حال ساخت، به تعهدات قراردادی خویش عمل ننمود، حق ساخت طبقات فوقانی منزل خویش را نداشته باشد، این تعهد الزام آور است. این شرط، در حقوق عربی با عنوان الشرط الجزای مطرح شده است.^{۱۲}

البته، طرفین چنان که با وجه التزام جبران خسارات ناشی از تأخیر یا عدم انجام تعهد را پیش بینی می‌نمایند، می‌توانند از جانب مقابل، رفع مسئولیت از خسارات واردہ از سوی متعهد را نیز شرط کنند. زیرا خسارت حق مالی است و صاحب حق می‌تواند از آن صرف نظر کند.^{۱۳}

این که چرا شرط موسوم به شرط وجه التزام را در حقوق فرانسه و برخی کشورهای دیگر «شرط کیفری»^{۱۴} می‌نامند، به معنای جرم بودن نقض تعهد و کیفر مصطلح در حقوق جزا نیست؛ بلکه اشاره تسامحی به مسئولیت و جریمه‌ی دارد که متعهد در برابر کاهلی در انجام تعهد، طبق توافق قبلی برای متعهدله می‌پردازد.^{۱۵} اما این که چرا به آن واژه «شرط» به کار برده شده است، دلیلش آن است که عمدتاً این نوع توافق در ضمن عقد اصلی به عمل می‌آید و گرنه می‌توان شرط وجه التزام را به صورت مستقل نیز منعقد نمود. از این رو در برخی

^{۱۲} - عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، ج ۲، ص ۷۹۷. و نیز جواد محمود احمد بحر، نظرية الشرط الجزاي بين الفقه والقانون، رساله ماجیستر في جامعة الخليل - فلسطين، م ۲۰۰۹ / ۴/۲۱.

^{۱۳} - سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامیه، ج بیست و چهارم، ۱۳۸۳ش، ص ۲۵۱.

^{۱۴} - Penalty clause

^{۱۵} - امیر حسین آبادی، جزوی درسی «مسئولیت مدنی تطبیقی» درس مسئولیت مدنی تطبیقی دوره دکتری حقوق خصوصی، بهار ۱۳۹۱.

قوایین به این امر تصریح شده است.^{۱۶} از حیث صحت و بطلان، شرط وجه التزام یا کیفری، در هر نظام حقوقی که مورد پذیرش واقع شده است، تابع شرایط عمومی صحت قراردادها در همان نظام است. در حقوق افغانستان، مواد ۵۰۲ و ۵۰۴ شرایط کلی صحت قرارداد را بیان می‌نماید که شرط وجه التزام باید به آن ملتزم باشد.^{۱۷} گذشته از این، شرط وجه التزام در هر عقدی جنبه فرعی نسبت به همان عقد دارد و از حیث صحت و بطلان دقیقاً تابع شرایط همان عقد اصلی می‌باشد.^{۱۸}

۲. ماهیت حقوقی شرط وجه التزام

وجه التزام یا شرط کیفری، در دو حوزه میان طرفین قرارداد متداول است: یکی جریمه دیرکرد و دیگری جریمه‌ای برای عدم انجام تعهد. در هر دو صورت، چنان‌که گفته شد، شرط وجه التزام قرارداد خصوصی از سوی طرفین عقد در مورد تعیین پیشاپیش مبلغی که در صورت تخلف از اجرای تعهد، شخص متعهد باید به متعهدله بپردازد. خواه در ضمن قرارداد اصلی شرط شود و یا به صورت قرارداد مستقل بباید، در هر دو صورت نسبت به عقد اصلی جنبه فرعی پیدا می‌کند و اثر الزام آور آن به عقد اصلی منوط می‌باشد.^{۱۹}

^{۱۶} - عبدالرزاق احمد السنہوری، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، ج ۲، ص ۷۹۷ و نیز قانون مدنی مصر ماده ۲۲۳ مقرر داشته است: «يجوز للتعاقدین ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة احكام المواد من ۲۱۵ الى ۲۲۰ ». منظور از تعويض در اینجا جاگرین سازی تعهد اصلی است که از سوی متعهد انجام نشده باشد.

^{۱۷} - قانون مدنی افغانستان، ماده ۵۰۴ مقرر می‌دارد: «قواعد عمومی مربوط به عقد، بر تمام عقود تطبيق می‌گردد و قواعد خصوصی هر عقد توسط احکام مربوط به آن تنظیم می‌گردد». و در ماده ۵۰۲ آمده است: «(۱) شرط انعقاد عقد عبارت است از: وجود عاقدین، الفاظ مخصوص عقد و موضوعی که عقد بر آن وارد می‌گردد. (۲) شرط صحت عقد عبارت است: از اهلیت عاقدین، قابلیت معقود عليه برای حکم عقد و مفیدیت و عدم مخالفت آن با آداب و نظام عامه».

^{۱۸} - عبدالرزاق احمد السنہوری، همان، ص ۷۹۸

^{۱۹} - میر حسین عابدیان، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی / ویژه حقوق، سال ششم، ۱۳۸۵، ش، شماره ۱۹-۲۲، ص ۱۰.

آیا وجه التزام کیفر تخلف از انجام تعهد و نوعی مجازات مدنی است که برای متخلف در نظر گرفته شده، یا هدف جبران خساراتی است که از نقض تعهد به متعهد له وارد می‌شود؟ جای بحث و تأمل است. در برخی از کشورهای اروپایی، از جمله فرانسه و آلمان چنین شرطی را (شرط کیفری) نامیده اند. حقوق فرانسه متأثر و از بقایای حقوق رومی است که در آن اصل انجام تعهد اهمیت دارد تا جبران خسارت. در رم باستان، این شرط واقعاً جنبه کیفری داشته است و برای مجازات متخلف در نظر گرفته می‌شد. ضرورتی نداشت که تناسب میان خسارت وارده و مبلغ وجه التزام رعایت شود. رومیان به شخصی که قرض خود را نمی‌پرداخت، به دید مجرم می‌نگریستند و برای او مجازات کیفری در نظر می‌گرفتند. در اینجا لازم است برای شناخت بهتر وجه التزام، به بررسی ماهیت آن از دید نظامهای حقوقی مختلف پرداخته شود:

الف) در حقوق فرانسه:

در قانون مدنی فرانسه در مورد شرط وجه التزام از ماده ۱۲۲۶ تا ماده ۱۲۳۳ باعنوان (تعهدات با شرط کیفری) پیش‌بینی گردیده و نحوه تحقق و اعتبار و آثار آن در این مواد بیان شده است. ۲۰ ماده ۱۱۵۲ این قانون در ذیل فصل مربوطه به (خسارات ناشی از عدم انجام تعهد) مقرر داشته است: «هر گاه در قرارداد، مقرر شده باشد که هر یک از طرفین که به تعهد خود عمل نکند، مبلغی به عنوان خسارت بپردازد، متعهدله حق ندارد بیشتر از آنچه مقرر شده مطالبه کند. متعهد هم نمی‌تواند کمتر از آن پرداخت کند.» ۲۱

Obligation with penalty clause - ۲۰

Where an agreement provides that he who fails to perform it will pay - ۲۱ a certain sum as damages, the other party may not be awarded a greater or lesser sum.

تفاوتی که در ظاهر، بین مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۲۶ که قبلاً بیان شد، وجود دارد، این است که در ماده ۱۱۵۲ موضوع شرط، مبلغ معینی وجه نقد است، در حالی که موضوع شرط ماده ۱۲۲۶ هر چیزی اعم از مال یا انجام عمل می‌تواند باشد.^{۲۲}

رویه قضایی فرانسه، همه این شروط را (شرط ماده ۱۱۵۲ و ۱۲۲۶ به بعد) شرط کیفری دانسته است. نکته ای که قابل ذکر است این که در حقوق فرانسه در نهم ژوئیه ۱۹۷۵ قانونی به تصویب رسید که به موجب آن، به قاضی اجازه داده شده شرط کیفری (وجه التزام) را در صورتی که نامتناسب تشخیص دهد، تعديل کند. بدین معنی که اگر مبلغی که در قرارداد به عنوان شرط کیفری تعیین شده نسبت به اصل قرارداد، گزارف و سنگین باشد، آن را به نفع متعهد، تخفیف دهد و اگر ناچیز و کم ارزش باشد و به نفع متعهد له، افزایش دهد.^{۲۳}

نتیجه این که در حقوق فرانسه، شرط وجه التزام، در گذشته با پیروی از حقوق روم، جنبه کیفری داشت؛ اما اکنون با توجه به اصلاحیه بعدی در قانون مدنی، از آن جزミت قبلی کاسته شده و قاضی می‌تواند در صورت ناعادلانه بودن شرط وجه التزام آن را کاهش یا افزایش دهد. بنابر این می‌توان گفت که بیشتر جنبه جبران خسارati یافته است. بدین معنا که ماهیت وجه التزام را شرط کیفری بر می‌شمرد که از سوی محکمه با رعایت عدالت، قابل تعديل است.

ب) در حقوق انگلیس

^{۲۲} - امیر حسین آبادی، بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد، ص ۵۳

^{۲۳} - قانون مدنی فرانسه، ذیل الحاقیه ذیل ماده ۱۱۵۲: (Act no ۷۵-۵۹۷ of ۹ July ۱۹۷۵) Nevertheless, the judge may "even of his own motion" (Act no ۸۵-۱۰۹۷ of ۱۱ Oct. ۱۹۸۵) moderate or increase the agreed penalty, where it is obviously excessive or ridiculously low. Any stipulation to the contrary shall be deemed unwritten

شناخت ماهیت حقوقی شروط وجه التزام در قراردادها، در نظام حقوقی انگلیس اهمیت ویژه‌ای دارد. زیرا در نگاه سنتی، قاضی هر بار که با شرط این چنینی مواجه می‌شود، در واقع با این سوال مواجه شده است که آیا هدف تعیین جریمه^{۲۴} برای متعهد مختلف بوده و یا ابزاری برای تعیین مقطوع خسارات احتمالی وارد به متعهدله؟ چون به صورت متداول دو نوع شرط در حقوق عرفی وجود دارد: یکی شروط کیفری^{۲۵} و دیگری شروطی که به موجب آن، طرفین تنها در صدد تعیین خسارت متوقع و جبران واقعی آن می‌باشند.^{۲۶}

نوع نخست، بیش از آن که جنبه جبران خسارت در آن لاحظ شده باشد، جنبه تهدیدی و ارعابی جانب متعهد برای انجام مورد تعهد را دارد. مبالغ تعیین شده برای این شروط گراف و نا متناسب با خسارات واقعی می‌باشد. نمونه‌های مشخصی از آن ممکن است به صورت تعیین شروط وجه التزام گراف و چندین برابری خسارت محتمل و یا به صورت مبلغ شرط وجه التزام یکسان برای تعهدات و قراردادهای مختلف با ارزش‌های مالی متفاوت باشد. در هر صورت، در نظام حقوقی انگلیس، شروط کیفری باطل و تنها شرطی از پیش تعیین شده مبتنی بر جبران خسارت مورد قبول است.^{۲۷}

این طرز برخورد با شرط وجه التزام در حقوق انگلیس ریشه تاریخی دارد و به اختلافاتی باز می‌گردد که میان محاکم کامن‌لا و محاکم انصاف که بعد از قرن پانزدهم به وجود آمد- وجود داشت. زیرا در گذشته محاکم کامن‌لا هرگونه شرط کیفری را محترم می‌شمردند و این عکس برخورد محاکم انصاف بود. محاکم انصاف شروط متقابانه و غیر عادلانه را به خصوص در وجود نقدی تعديل می‌کردند. بعدها این رویه شامل هر تعهدی شد اعم از فعل و ترک فعل چه موضوع تعهد وجه نقد باشد یا نباشد. تا این‌که در قرن هیجدهم هر نوع شرط

^{۲۴} - Penalty

^{۲۵} - Penalty clause

^{۲۶} - Liquidate damages.

^{۲۷} - میر حسین عابدیان، همان صص ۳۱ تا ۳۳.

وجه التزام با جنبه تنبیهی یا نا معقول، باطل اعلام می شد.^{۲۸} به موجب قوانین سال های ۱۶۹۶م. و ۱۷۰۵م. محاکم کامن لا صلاحیت پیدا کردند که در صورت ثبوت این که بدهکار اصل و فرع قرض خویش را داده و یا در صورت پرداخت قرض مزبور و نیز دادن هزینه های دادرسی، بدهکار را از عمل به وجه التزام معاف کنند. بدین ترتیب محاکم یاد شده مکلف شدند که در صورت ارجاع دعاوی وجه التزام، بررسی کنند که اگر شرط مزبور جنبه تنبیهی و کیفری دارد، آن را باطل دانسته و متعهد مختلف را به خسارت واقعی محکوم کنند و اگر تنها جنبه جبرانی برای خسارت داشته، شرط یاد شده را مورد اجرا بگذارد. این رویه هنوز در حقوق کامن لا مورد عمل است.^{۳۰}

مشکل اصلی در تشخیص شرط وجه التزام با ماهیت کیفری و یا ماهیت غیر کیفری است. قاضی با چه معیاری می تواند به درستی نیت طرفین را بخواند؟! اگر شرط مزبور غیر عادلانه و با تفاوت فاحش نسبت به اصل خسارت برآورده شده باشد، دریافت آن آسان است؛ اما اگر چنین نباشد و در عین حال شائبه کیفری بودن هم وجود داشته باشد، قاضی چه باید بکند؟! به نظر می رسد که مهم اراده و قصد متعاملین است، حتی مهم نیست که واژه های چون جریمه یا خسارت در متن قرارداد به کار رفته باشد، بلکه با بررسی مفاد قرارداد و نیز اوضاع و احوال محیط و خود متعاملین، ممکن است قاضی به نتیجه مورد نظر برسد که آیا مفاد شرط وجه التزام تعیین شده در قرارداد کیفری و باطل است یا خسارتی و قابل اجراء.

ج) در حقوق آلمان

حقوق آلمان یا جرمی، شرط وجه التزام را جدای از این که جنبه کیفری و تنبیهی دارد یا فقط برای جبران خسارت است، قابل تعديل و تغییر بر می شمارد. از دید این نظام حقوقی، وقتی خسارت تعیین شده در قرارداد قابل تعديل باشد، دیگر ماهیت شرط وجه التزام مزبور

^{۲۸}- ریبعا اسکینی، «وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی»، تهران: مجله حقوقی، سال ۶۹، شماره ۹، ص. ۴۶.

^{۲۹}- Administration of Justice Acts, ۱۶۹۶, ۱۷۰۵.

^{۳۰}- ریبعا اسکینی، همان، ص. ۴۷.

۳۴۰ Section - ۳۱

Promise to pay a penalty for nonperformance

(۱) If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation, the obligee may demand the penalty that is payable in lieu of fulfilment. If the obligee declares to the obligor that he is demanding the penalty, the claim to performance is excluded.

(۲) If the obligee is entitled to a claim to damages for nonperformance, he may demand the penalty payable as the **minimum amount of the damage**. Assertion of additional damage is not excluded

۳۴۱ - Section **Promise of a penalty for improper performance**

(۱) If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation properly, including without limitation performance at the specified time, the obligee may demand the payable penalty in addition to performance.

(۲) If the obligee has a claim to damages for the improper performance, the provisions of section ۳۴۰(۲) apply.

(۳) If the obligee accepts performance, he may demand the penalty only if he reserved the right to do so on acceptance.

۳۴۳ - Section **Reduction of the penalty**

(۱) If a payable penalty is disproportionately high, it may on the application of the obligor be reduced to a reasonable amount by judicial decision. In judging

اهمیتی نخواهد داشت. قانون مدنی آلمان (B.G.B) ماده ۳۴۰ به صراحت شرط وجه التزام را کیفری می‌نامد و مقرر می‌دارد که هرگاه مبلغ وجه التزام برای جبران خسارات واقعی متعهده لکه کافی نباشد، وی می‌تواند برای دریافت مبلغ بیشتر برابر با خسارت علیه متعهد اقامه دعوى کند. ۳۱. البته چنین نیست که متعهده لکه بتواند هم ادعای دریافت خسارت کند و هم اجرای اصل تعهد را بخواهد مگر در خسارت تأخیر تأديه. بند سوم ماده ۳۴۱ قانون مدنی آلمان به این امر تصریح کرده است. ۳۲. همان‌گونه که در ماده ۳۴۰ مقرر شد، وجه التزام کمتر از میزان خسارت با درخواست متعهده متصرر از سوی محکمه قابل ازدیاد است، ماده ۳۴۳ در مورد عکس آن حکم کرده است؛ یعنی هرگاه مبلغ تعیین شده به عنوان وجه التزام به صورت غیر عادلانه‌ای فراتر از خسارت تعیین شده باشد، قاضی می‌تواند به درخواست متعهد آن را تا میزان قابل قبولی نسبت به خسارت واقعی، کاهش دهد و تعدیل کند. ۳۳.

با عنایت به مفاد مواد یاد شده از قانون مدنی آلمان، به نظر می‌رسد در رویه قضایی، دست قاضی باز بوده و در تعديل شرط کیفری و ایجاد تناسب میان خسارت واقعی و مبلغ شرط کیفری، آزادی عمل داشته باشد؛ چه در تقلیل خسارات تعیین شده و چه در ازدیاد آن.

در اخیر نکته‌ای قابل ذکر این‌که مفاد ماده ۳۴۳ قانون مدنی آلمان نسبت به تاجران به معنای واقعی کلمه خیلی اجرایی نیست. زیرا طبق ماده ۳۴۸ قانون تجارت آلمان، مندرجات ماده مذبور بر عملیات تجاری قابل اعمال نیست. بدین ترتیب که قاضی حق ندارد مبلغ شرط وجه التزام را در معاملات تجاری به اندازه معقولی کاهش دهد مگر این‌که تقلیل یاد شده در جهت منافع طرف غیر تاجر باشد. با این وجود، استفاده از شرط کیفری در قراردادها در آلمان، بسیار معمول است.^{۳۴}

نتیجه این‌که حقوق آلمان نیز شرط کیفری را صحیح اما در مرحله اجرا قابل تعديل به نسبت میزان واقعی خسارت وارد برمی‌شمارد.

د) در حقوق افغانستان

نظام حقوقی افغانستان، در مورد ماهیت حقوقی شرط وجه التزام یا شرط کیفری، نگاهی شبیه نظام حقوقی فرانسه پس از تعديل ۱۹۷۵ م دارد. بدین معنا که اصل شرط وجه التزام را چه در ضمن عقد و چه به صورت قرارداد مستقل می‌پذیرد؛ اما اگر غیر عادلانه و نامتناسب با موضوع مورد تعهد باشد، از اصل باطل و غیر قابل مطالبه می‌داند. ماده ۷۳۱ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «متعاقدین می‌توانند اندازه ضمانی را که در حال عدم

the appropriateness, every legitimate interest of the obligee, not merely his financial interest, must be taken into account. Once the penalty is paid, reduction is excluded.

(۲) The same also applies, except in the cases of sections ۳۳۹ and ۳۴۲, if someone promises a penalty in the event that he undertakes or omits an action.^{۳۴}

^{۳۴} - ربیعاً اسکینی، همان، ص ۵۹.

اجراء یا تأخیر باید پرداخته شود، در حین عقد تعیین یا بعداً به آن موافقه نمایند.»^{۳۵} در این ماده، اصل مشروعیت قراردادن شرط کیفری چه در هنگام عقد و چه بعد از آن مورد پذیرش قرار گرفته است. در ماده بعدی در مورد تعديل شرط مزبور مقرر می‌دارد: «هرگاه مديون ثابت نماید که ضمان تعیین شده غیر عادلانه بوده و با ضرری که از عدم تنفيذ نشأت نموده متناسب نمی‌باشد، داین مستحق آن شده نمی‌تواند.»^{۳۶} بدين ترتیب، شرط وجه التزام نا متناسب با خسارت و غیر عادلانه را از اصل منتفی و باطل بر می‌شمارد. تا اين جا مشخص است که رویکرد حقوق افغانستان نسبت به شرط وجه التزام، کیفری نیست؛ بلکه بيشتر در صدد تأمین خسارت می‌باشد.

اما مورد ياد شده، يك مورد استثنا هم دارد و آن جايی است که جانب متعهد مختلف، مرتكب خيانت و يا خطاي فاحش شده باشد؛ در اين دو مورد، شرط وجه التزام جنبه کیفری يافته و به هر اندازه که باشد قابل اعمال است: «در مواردی که ضرر عايد بيشتر از اندازه ضمان تعیین شده باشد، داین نمی‌تواند مقدار اضافی را از مديون مطالبه نماید، مگراین که ثابت نماید که مديون مرتكب خيانت ياخطاي فاحش گردیده است.»^{۳۷}

قانون مدنی افغانستان در جای ديگر با اصدار حکم کلی در مورد قابلیت تعديل برخی از شروط قراردادی، انعطاف پذیری خویش نسبت به موارد خاص با رعایت عدالت و انصاف را نشان می‌دهد. مورد کنونی نیز می‌تواند در برخی صورت‌ها، مصدقی از این حکم کلی قرار بگیرد. ماده ۶۹۶ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «۱- عقد بعد از انجاز لازم پنداشته شده، رجوع از عقد و تعديل آن بدون رضایت طرفین یا حکم قانون، جواز ندارد. ۲- در صورت ظهور حوادث استثنائی یا آفات طبیعی و یا واقعه که پیش بینی آن ناممکن بوده و مديون به علت آن مواجه به چنان مشکلی گردد که وی را بخساره فاحش تهدید نماید، گرچه ایفای تعهد مبنی

^{۳۵}- قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۳۱.

^{۳۶}- قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۳۲.

^{۳۷}- همان، ماده ۷۳۳.

بر عقد مستحیل نباشد، محاکمه می‌تواند پس از ارزیابی مصالح طرفین، تعهد مدیون را به حد عادلانه تنزیل دهد. هرگونه موافقه برخلاف این حکم باطل پنداشته می‌شود.»

قانون یاد شده در مورد اصل وقوع قرارداد مبتنی بر شرایط غیر عادلانه، آن را از سوی محاکمه با تناسب رعایت عدالت قابل تعديل بر می‌شمارد. بدیهی است که این گونه احکام کلی شامل مصاديق خاص از جمله موضوع کنونی ما نیز می‌شود: «هرگاه عقد به صورت اذعان و تحت شرایط غیر عادلانه صورت گرفته باشد، محاکمه می‌تواند شرایط متذکره را تعديل و یا به برائت ذمه طرف مقابل طوری که عدالت مقتضی آنست حکم نماید. مگر این که شرایط اذعان از طرف مراجع دولتی وضع شده باشد...»^{۳۸}

از مفاد مواد یاد شده در قانون مدنی افغانستان در می‌یابیم که گرچه در موارد خاص مانند اثبات خیانت متعهد یا خطای فاحش او، شرط وجه التزام، الزامی می‌شود؛ اما رویکرد کلی نظام حقوقی افغانستان نسبت به شروط قراردادی، رویکرد خسارتمدار و مبتنی بر جبران است و نه کیفر حال چه این شروط وجه التزام در مورد تأخیر تأديه باشد و یا در نقض اصل تعهد و ورود خسارت به متعهدله.

ه) جمع بندی دیدگاهها:

تا اینجا با بررسی مقررات نظامهای حقوقی یاد شده در مورد ماهیت شرط وجه التزام، به این فرجام دست یافتیم که در این خصوص سه رویکرد وجود دارد: رویکرد کیفری که بر اساس اصل آزادی اراده، مبلغ تعیین شده از سوی طرفین در قرارداد به عنوان وجه التزام را تعهد غیر قابل تغییر حتی از سوی محاکمه و قضات می‌داند. حقوق فرانسه قبل از تعديل

^{۳۸} - همان، ماده ترجمه از ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر است: «اذا تم العقد بطريق الأذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تفضيه العدالة. ويقع باطلأ كل اتفاق على خلاف ذلك». (اذعان به معنای فرمانبرداری و اتفاق است و مذعن به معنای مطیع، فرمانبر، تسلیم/رک: آذرتابش آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی- فارسی، ص ۲۱۵ ذیل واژه ذعن).

۱۹۷۵م. تا اندازه‌ای می‌تواند نماینده این دیدگاه باشد. رویکرد کیفری قابل تعديل از سوی قاضی در شرط وجه التزام، دومین شیوه برخورد با این موضوع است. بدین صورت که طرفین می‌توانند بر اساس آزادی اراده، در متن قرارداد یا خارج از آن برای دیرکرد و یا تخلف از تعهد شرط وجه التزام تعیین کنند، اما اگر مبلغ تعیین شده در این شرط نسبت به اصل قرارداد غیر عادلانه و بیش از اندازه بود، قاضی حق داشته باشد آن را تعديل نماید. حقوق فرانسه بعد از تعديل ۱۹۷۵م. حقوق آلمان و حقوق افغانستان، با این نگرش به موضوع شرط وجه التزام می‌نگرند. البته با این تفاوت که حقوق افغانستان با دست بازتر به قضیه نگریسته است و در مواردی شروط و تعهدات قراردادی غیر عادلانه را لازم الوفاء نمی‌داند و کأن لم یکن فرض می‌نماید. رویکرد سومی نیز وجود دارد که شرط مالی در قرارداد را با جنبه غیرعادلانه و کیفری از اصل باطل اعلام نموده و تنها شروط مستلزم جبران اصل خسارت وارد از سوی متعهد را قابل اجراء بر می‌شمرد. حقوق انگلستان، می‌تواند نماینده این دیدگاه باشد.

و) در حقوق مصر

در حقوق مصر نگرش به شرط وجه التزام تقریباً برابر با آن چیزی است که تحت عنوان ماهیت شرط وجه التزام در حقوق افغانستان مورد بررسی قرار گرفت. ظاهراً نگاه قانون‌گذار افغانستان در نیمه آخر دهه چهل و نیمه نخست دهه پنجاه شمسی در تدوین قانون مدنی، در مواردی بسیار به سوی قانون مدنی مصر و المجله عثمانی بوده است. از این رو، مقررات مربوط به شرط وجه التزام در قوانین مدنی این دو کشور بسیار شبیه هم است. قانون‌گذار مصری در ماده ۲۲۳ قانون مدنی بر اصل مشروعیت شرط وجه التزام صحه می‌گذارد.^{۳۹}

^{۳۹} - قانون مدنی مصر ماده: ۲۲۳^۰ يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعريض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعي في هذه الحالة احكام المواد من ۲۱۵ إلى ۲۲۰ .

در ماده بعدی اطلاق صحت و مشروعيت شرط مزبور را در چارچوب تعديل از سوی قاضی در صورت نابرابر بودن آن با ميزان خسارت و نيز عدم اجرای آن در صورت عدم ورود ضرر، محدود می‌سازد.^{٤٠}

در ماده بعدی صورتی را فرض می‌کند که ميزان خسارت وارد بر متعهدله بيش از مبلغ تعیین شده به عنوان شرط وجہ التزام باشد؛ طبق دیدگاه اين قانون، در آن صورت متعهدله حق دریافت خسارت بيش از آن‌چه در شرط تعیین شده را ندارد، مگر اين‌که ثابت نماید متعهد دچار خیانت و یا خطای فاحش شده است.^{٤١}

با توجه به آن‌چه که تاکنون در مورد نوع نگرش حقوق مدنی فرانسه حقوق مدنی افغانستان گفته شد، و رابطه نزديك اين دو سистем حقوقی با حقوق مصر، شاید بيش از اين لازم نباشد اين‌جا اطاله کلام شود. خلاصه کلام آن است که حقوق مصر نيز طرفدار مشروعيت شرط وجہ التزام با شرایط و محدودیت‌های لازم در تعديل آن است.

۴. اهمیت، ضرورت و چگونگی تشخیص ماهیت واقعی شرط وجہ التزام

ماهیت شرط کیفری در سر فصل گذشته بیان شد. روشن شد که در نظامهای حقوقی مختلف، دو نوع ماهیت مختلف برای آن مطرح است. ماهیت کیفری و جریمه‌ای و ماهیت جبران خسارت. با عنایت به گستردگی مراودات تجاری و نيز گسترش و پیچیدگی روابط حقوقی در اين عرصه، شرط وجہ التزام در نظام حقوق تجاری و قراردادی معاصر، جایگاه

^{٤٠} - قانون مدنی مصر ماده ۲۲۴: (۱) لا يكون التعويض الأتفاقى مستحقا اذا ثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر. (۲) ويجوز للقاضى ان يخفض هذا التعويض اذا ثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة، او ان الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه. (۳) ويقع باطلاق كل اتفاق يخالف احكام الفقرتين السابقتين.

^{٤١} - قانون مدنی مصر، ماده ۲۲۵ «اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقی فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خططا جسيما». ماده ۷۳۳ قانون مدنی افغانستان ترجمه همین ماده است: در مواردی که ضرر عاید بیشتر از اندازه ضمان تعیین شده باشد، داین نمی‌تواند مقدار اضافی را از مديون مطالبه نماید، مگراینکه ثابت نماید که مديون مرتكب خیانت یاخطای فاحش گردیده است.

ویژه‌ای یافته است. به گونه‌ی که تقریباً تمامی نظامهای حقوقی به صورت روز افزون با این مسأله درگیر می‌باشند. همین امر هم اهمیت موضوع مزبور را آشکار و ضرورت تبیین آن را مبرهن می‌سازد. وقتی موضوعی به این اندازه مورد ابتلاء باشد، نمی‌توان از کنار آن به سادگی عبور کرد؛ بلکه به صورت شایسته باید ماهیت، جایگاه حقوقی و ابعاد مختلف آن مورد ارزیابی قرار گیرد تا با یافتن چاره‌ی درخور و عادلانه معضلات موجود در مراودات حقوقی مربوطه حل و فصل شود.

شاید بیش از این لازم نباشد که مباحثت در محور ماهیت شرط وجه التزام بچرخد؛ اما نکته بسیار مهم برای شناخت ماهوی این شرط، تفکیک آن از نهادهای حقوقی مشابه است. مانند گرو گذاری یا وثیقه‌ی که متعاملین در تضمین برای انجام تعهد قرار می‌دهند. بدین معنا که خریدار یا اجاره کننده مبلغی را تعیین می‌کنند که اگر یکی از طرفین از انجام معامله امتناع کرد، در عوض باید مبلغ تعیین شده را به عنوان جایگزین به طرف مقابل بپردازد در عرف بازار به آن «پشمیمانه» هم گفته می‌شود.^{۴۲} یا نهاد حقوقی دیگر مانند غرامت مالی که بسیار شبیه شرط وجه التزام است و ممکن است این نهادهای حقوقی در موارد باعث اشتباه گردد.

الف) تفاوت شرط وجه التزام با وثیقه در برابر عدم انجام معامله

گاه طرفین قرارداد، چه در بیع چه در اجاره، مبلغی را به عنوان وثیقه تعیین می‌کنند که اگر هر یک از ایشان از انجام معامله سر باز زد، حق امتناع داشته باشد؛ اما در عوض مبلغ یاد شده را به طرف مقابل بپردازد. در اینجا می‌بینیم مبلغ مشخصی در عوض انجام قرارداد قرار گرفته است؛ در نگاه نخست ممکن است این نهاد حقوقی نیز از مصاديق شرط وجه التزام تصور شود؛ در حالی که چنین نیست و تفاوت‌های آشکاری میان این دو وجود دارد:

^{۴۲} - این نوع شرط صحیح است. رک به «عبدالرزاق السنہوری، همان، ج ۲، ص ۸۰۵»

وثيقه يا گرو در برابر عدم انجام معامله، عوض از عدول از انعقاد كامل قرارداد است. حالی که شرط وجه التزام در مقابل ضرر ناشی از نقض قرارداد می‌باشد. ممکن است در مورد نخست اصلاً ضرری در میان نباشد؛ اما در مورد دوم چنان که قبلًا بیان شد، طبق دیدگاه اکثر نظامهای حقوقی، ورود ضرر شرط تحقق آن است.

تفاوت دیگر میان شرط وجه التزام و وثيقه در برابر عدم انجام تعهد آن است که وثيقه مذبور در صورت عدول متعهد از انجام معامله بدون کم و کاست قابل تأديه است. متعهد نمی‌تواند درخواست تخفیف یا تعدیل نماید؛ زیرا تعهد مذبور در برابر عدول از انجام قرارداد است و عدول به کمال انجام شده است؛ در حالی که شرط وجه التزام با تناسب ضرر وارده از ناحیه نقض تعهد، به حکم قانون (در قوانین مصر، افغانستان) یا طبق رای قاضی (در قوانین فرانسه، آلمان، و...)، قابل تعديل است. هم در جنبه ازدیاد و هم در جنبه تقلیل.

جایگاه حقوقی وثيقه در برابر عدم انجام تعهد در واقع بدل از اصل انجام معامله و نوعی تعهد اصلی است بهخلاف شرط وجه التزام. بدین معنا که مثلاً مشتری تعهد می‌نماید که ثمن را در را در برابر دریافت مبیع بدهد. این تعهد اصلی او است. یا این که مبلغ وثيقه مذبور را در برابر عدول از تعهد یاد شده پردازد. این نیز تعهد اصلی است تنها تفاوتش آن است که دومی تعهد جایگزین و علی البدل می‌باشد. در حالی که در شرط وجه التزام نه حالت تعهد اصلی بودن را دارد و نه حالت علی البدل را بلکه در صدد جبران خسارات و زیان‌های ناشی از عدم انجام تعهد اصلی است.^{۴۳} درست به همین جهت است که در اولی مشتری مذبور حق انتخاب دارد بین انجام معامله یا پرداخت مبلغ یاد شده؛ اما در شرط وجه التزام چنین حقی برای متعهد داده نشده است. وی مجبور است به انجام مفاد شرط حال یا با تعديل یا بدون تعديل.

^{۴۳} - عبدالرزاق احمد السنہوری، الوسيط فى شرح قانون المدني الجديد، ج ۲، ص ۸۰۸

ب) تفاوت شرط وجه التزام با تهدید به غرامت مالی

یکی از نهادهای حقوقی شبیه شرط وجه التزام که ممکن است با آن در نگاه اولیه اشتباه شود، غرامت مالی است. غرامت مالی به این معنا است که گاه محکمه طرف قرارداد را ملزم به انجام تعهداتش می‌نماید و مقرر می‌دارد که اگر در فرصت زمانی مشخصی مانند یک هفته، یک ماه یا چند ماه نتواند به تعهداتش وفاء کند، یا در هر بار که از اجرای تعهد تدریجی الحصول خود سرباز زند، باید مبلغ معینی را به عنوان جریمه به بپردازد. البته قاضی می‌تواند این مبلغ را کم یا زیاد کند.^{۴۴}

غرامت مالی با شرط وجه التزام در موارد زیر تفاوت‌های اساسی دارد:

غرامت مالی، باید از سوی قاضی تعیین شود؛ اما شرط وجه التزام با توافق اراده طرفین قرارداد تعیین می‌شود. این یکی از مهم‌ترین شاخص‌های تفاوت میان این دو نهاد است.

غرامت مالی، مبلغی است که به صورت مشخص از سوی قاضی تعیین می‌گردد و در کم یا زیاد بودن آن جنبه بازدارندگی برای متخلف مهم است و نه مقدار مقدار خسارت وارد. در حالی که اصل در شرط وجه التزام جبران خسارت و برابری شرط مزبور با خسارت وارد به متعهدله است. بدین معنا که در شرط وجه التزام نیز باید همان مبلغ تعیین شده اخذ شود

^{۴۴} - همان، ص ۷۵۶. مواد ۲۱۳ و ۲۱۴ قانون مدنی مصر از مصاديق غرامت مالی است: (۱) اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن ان يحصل على حكم بالازام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهدديه ان امتنع عن ذلك . (۲) واذا رأى القاضي ان مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراء المدين الممتنع عن التنفيذ حاز له ان يزيد من الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة. ماده ۲۱۴ اذا تم التنفيذ العيني او اصر المدين على رفض التنفيذ. حدد القاضي مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مرعايا فى ذلك الضرر الذى اصاب الدائن والعن特 الذى بدأ من المدين. اين دو ماده از قانون مدنی افغانستان ترجمه مواد بالا از قانون مدنی مصر می‌باشد: ماده ۸۲۴: (۱) هرگاه تنفيذ عيني بدون اجرای وجيه از طرف شخص متعهد غير ممكن يا غير مناسب باشد طرف مقابل می‌تواند حکم محکمه را مبنی بر الزامیت متعهد بر تنفيذ در صورت امتناع باغرامت تهدیدی مطالبه نماید (۲) اگر محکمه اندازه غرامت را برابر اکراه متعهدی که از تنفيذ وجيه امتناع ورزیده غير کافی بداند می‌تواند اندازه غرامت را حسب لزوم زياد نماید.

ماده ۸۲۵ هرگاه متعهد بعد از تهدید به غرامت تهدید ش را عينا تنفيذ ننماید و يا به امتناع از تنفيذ اصرار ورزد محکمه با رعایت ضرر عايه به طرف مقابل و تعتن متعهد مقدار جبران خساره را تعیین می نماید.

اما اصل برابری با میزان خسارت است به خلاف غرامت مالی که اصل در آن زیاده بودن از میزان ضرر و با رعایت جنبه بازدارندگی از تخلف است.

غرامت مالی تلاش غیر مستقیم برای اجرای تعهد اصلی است به خلاف شرط وجه التزام که برای دریافت خسارت از سوی طرفین پیشایش تعیین می‌شود. یعنی غرامت مالی برای این تعیین می‌شود که متعهد الزام به انجام تعهد اصلی خود شود و هدف هم گرفتن جرمیه نیست؛ بلکه کوششی برای فشار غیر مستقیم بر متعهد برای انجام تعهد است؛ اما در شرط وجه التزام تا زمانی که تعهد اصلی نقض نشده و خسارتی بر متعهدله وارد نشده باشد، اصلاً قابل ذکر نیست.

غرامت مالی گاه برای فرصت‌های زمانی خاصی، و یا برای نوبت‌های خاص تعیین می‌شود. مثلاً در مورد کاری که در چندین نوبت تکمیل می‌شود، هر بار که تعهد اصلی انجام نشود، غرامت مالی تعلق می‌گیرد؛ اما شرط وجه التزام چنین نیست، مگر در شرط وجه التزامی که مربوط به تأخیر تأدیه باشد. در این صورت برای تشخیص این دو نهاد، می‌شود مزید بر دریافت نیت اصلی طرفین از وضعیت قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر ایشان، از شاخصه‌های دیگر استفاده کرد. مانند این که اگر شرط با توافق طرفین در مورد تأخیر تأدیه باشد، شرط وجه التزام و اگر از سوی قاضی تعیین شده باشد، غرامت مالی خواهد بود.^{۴۵}

به هر روی، شروط وجه التزام در یکی از قالب‌های زیر قابل اعمال است:

تعهد به پرداخت وجه مشخص در صورت عدم اجرای قرارداد. عدم اجرا ممکن است به صورت اثباتی باشد. یا به صورت نفيی باشد. مانند این که موضوع قرارداد ترک فعلی باشد و متعهد با تخطی از مفاد قرارداد، آن را انجام داده باشد.

^{۴۵} - غرامت مالی باید دارایی شرایط ذیل باشد: ۱- باوجود امکان انجام تعهد، متعهد از انجام آن امتناع کند. ۲- انجام تعهد، مقتضی ورود شخص متعهد باشد. ۳- متعهدله، با توصل به نامه تهدید به غرامت از متعهد به صورت غیر مستقیم خواستار انجام تعهد شود. (رک به السنهوری، همان، ص ۷۵۷).

^{۴۶} - این مطلب در قوانین کشورهای مختلف آمده است از جمله ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: **۱۱۴۷ Art.**

تعهد به پرداخت وجه مشخص در صورت عدم اجرای قرارداد در برده زمانی معین.^{۴۶} اما هدف اصلی طرفین منعقد کننده قرارداد ممکن است یکی از امور زیر باشد: در صورتی که طرفین از قدرت معاملی برابر برخوردار بوده و برای رسیدن به آن اهداف قراردادی، بخواهند شرط وجه التزام تعیین نمایند، هدف اصلی هم آن باشد که در صورت تخلف احتمالی متعهد، متعهدلہ بتواند از طریق دریافت موضوع شرط وجه التزام خسارت احتمالی را دریافت نماید. تعیین وجه التزام با این هدف از دید برخی حقوقدانان مزایایی دارد از جمله این که چنین شرطی بار اثبات خسارت واردہ به متعهدلہ از سوی متعهد را آسان می‌سازد. زیرا اگر وی مجبور شود از طریق دادگاه برای اثبات خسارت اقدام نماید، باید وقت و هزینه دیگری صرف نماید و با مشکلاتی ورود خسارت را باید اثبات کند. امری که مخالف رویه و عرف تجاری است. ثانیاً متعهد، با وجود شرط وجه التزام، پیشنهاد از نوع خسارت باخبر است و از همان آغاز با نوعی هشدار در قبال نقض تعهد قراردادی مواجه است و این می‌تواند انگیزه‌ی او را برای انجام تعهد بیشتر نماید.^{۴۷}

گاه منظور طرفین از اشتراط وجه التزام، محدود کردن مسئولیت قراردادی متعهد تا سقف خاصی می‌باشد. مثلاً در قراردادی توافق می‌شود که در صورت تخلف متعهد و ورود خسارت از این ناحیه، متعهد متخلف مؤلف است تا سقف حد اکثری دههزار دلار به متعهدلہ پول بپردازد. تفاوت این مورد با مورد پیشین آن است که در مورد قبلی به صرف اثبات نقض تعهد یا تأخیر در انجام تعهد، تقصیر متعهد اثبات می‌شود و متعهدلہ می‌تواند

^{۴۶} - میرحسین عابدیان، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها»، ص ۱۲.
 A debtor shall be ordered to pay damages, if there is occasion, either by reason of the non-performance of the obligation, or by reason of delay in performing, whenever he does not prove that the non-performance comes from an external cause which may not be ascribed to him, although there is no bad faith on his part.

^{۴۷} - میرحسین عابدیان، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها»، ص ۱۲.

دریافت خسارت کند. اما در این مورد متعهدله خود علاوه بر اثبات نقض تعهد از سوی متعهد، ورود و میزان خسارت را نیز باید اثبات نماید و در نهایت، حد اکثر به میزان تعیین شده در وجه التزام مستحق دریافت خسارت خواهد شد و نه بیشتر حتی اگر خسارات وارد بیش از آن باشد.^{۴۸} در برابر این نوع شرط است که اشتراط عدم مسئولیت مطرح می‌شود. یعنی ممکن است متعهد، عدم مسئولیت خود را شرط کند. امری که در حقوق امروز خیلی مورد پذیرش نیست و برخی از حقوقدانان آن را تنها با بیمه کردن مسئولیتها معقول و متناسب می‌دانند.^{۴۹}

علل

۲۶ تقویت شدید

۳۳

ممکن است هدف طرفین از گذاشتن شرط وجه التزام نوعی کیفر باشد. بدین صورت که متعهد باید به هر صورت ممکن تعهد قراردادی خویش را عملی نماید و اگر موفق به انجام آن نشود و یا کاهلی کند، با وجه التزامی سنگین به مراتب بیشتر از مورد تعهد روبرو خواهد شد. در این مورد، هدف از شرط وجه التزام صرفا جنبه کیفری است و ممکن است چندین برابر خسارت متوقع تعیین شود تا متعهد را مجبور به انجام تعهد نماید. اشکال تعیین شرط کیفری با این نیت این است که راه سوء استفاده متعهدله را باز می‌گذارد به خصوص اگر طرفین قرارداد از قدرت معاملی برابر برخوردار نباشد مانند این که یک طرف قرارداد مصرف کننده ساده و جانب دیگر شرکت‌های بزرگی مانند شرکت‌های خودرو سازی یا بانک‌ها و غیره باشد.

با گسترش شروط وجه التزام از نوع اخیر بود که قانونگذار کشورهای مانند فرانسه را واداشت تا در ماهیت لایتغیر شروط وجه التزام تعديل وارد کرده و آن را از سوی محاکم تا سقف برابر با میزان خسارت قابل تعديل بر شمارد و یا قانونگذاران کشورهای چون افغانستان و آلمان را بر این داشت که از آغاز مطلق شروط وجه التزام را با هر نیتی که منعقد شده باشد، قابل تعديل و ارتقاء و تنزیل از سوی قاضی بر شمند و در حقوق انگلیس آن را با

^{۴۸} - همان، ص ۱۳.

^{۴۹} - ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ج ۱، تهران: نشر دانشگاه تهران، چ هفتم، ۱۳۸۶ش، ص ۷۱۹.

ماهیت کیفری از اصل باطل بدانند و تنها ماهیت جبران خسارتی آن را بپذیرند که به تفصیل در گذشته به آن پرداخته شد.

بنابراین، شرط وجه التزام با جایگاهی بلندی که در قراردادها و معاملات یافته است، باید مورد واکاوی و بررسی قرارگیرد و سعی بر آن باشد که راه حل و شرایط مناسب و عادلانه به نفع طرفین در مقررات مربوط به آن جستجو شود. در این که ماهیت واقعی شرط وجه التزام چیست و طرفین چه نیتی در پشت این شرط نهفته دارند، بازهم برگشت به همان دو فاکتوری دارد که قبل از زیبایی قرارگرفت. شرط وجه التزام با نیت تضمین تأمین خسارت و شرط وجه التزام با نیت انجام حتمی تعهد و در صورت تخلف مجازات مالی و جریمه سنگین برای متعهد مختلف. اما در فرجام، هردوی این احتمالات بازگشت به بازخوانی ذهن و روان طرفین دارد. از کجا باید درک که منظور طرفین کیفر بوده و یا جبران خسارت؟ آیا صرف نابرابری فاحش وجه التزام با میزان خسارات برای تشخیص ماهیت واقعی آن کافی است؟ به نظر می‌رسد مطالعه وضعیت طرفین و نیز اوضاع و احوال حاکم بر ایشان و حاکم بر قرارداد و... تنها مسیر برای درک واقعی مفاد شروط وجه التزام است و راه دومی که همیشه ما را به حقیقت برساند وجود ندارد. بنابراین، گرچه قالب شروط کیفری عقدی است و یا فرعی که تابع اصل قرارداد می‌باشد؛ اما هدف و انگیزه اصلی در ورای آن همانا تسهیل و تضمین در انجام موضوع مورد تعهد و یا تأمین خسارت است. به همین جهت است که حقوق غالب کشورها متمایل به برجسته ساختن جنبه تسهیل کنندگی شروط کیفری می‌باشند.

ادامه دارد...

ماهیت، مشروعیت و عوامل رافع

مسئلیت مدنی

قسمت دوم

معاون سرمحقق سیف الرحمن ستانکری

۲- فرضیه یا نظریه خطر:

تا اواخر قرن نوزدهم، علمای حقوق فقط عنصر تقصیر را لازمه ایجاد مسئولیت مدنی میدانستند. اما توسعه قابل توجه ماشینیسم (Machinisme) جان بشر را بطور بی سابقه ای تهدید نمود. بالنتیجه حقوق دانان و محاکم متوجه آن شدند که با یک سیستم حقوقی که منحصر بر مسئولیت مبتنی بر تقصیر باشد بی عدالتی های زیادی بوجود خواهد آمد. لذا این فکر بوجود آمد که در برخی موارد بدون تقصیر هم مسئولیت ایجاد شود. به نظر این گروه، در دنیای صنعتی مواردی پیش می آید که نمی توان گفت که تقصیر مدعی عليه سبب وقوع زیان بوده است، زیرا نمی توان به طور قطع ادعا نمود که هر گاه تقصیر وی نبود، ضرر هم واقع نمی شد. در این فرضیه گفته میشود که، هرکسی که به فعالیتی بپردازد، محیط خطرناکی را برای دیگران بوجود میآورد و چنین کسی که از این محیط منتفع میشود، باید زیانهای ناشی از آنرا نیز جبران کند. به عبارت دیگر، برای مسئول دانستن شخص حتماً نیازی نیست که شخص در انجام عمل خسارتبار مرتكب تقصیری شده باشد، بلکه همینکه از عمل خطر آفرین او، خسارتی بیار آید، شخص خواه در انجام آن عمل مرتكب تقصیری شده یا نشده باشد، مسئول بوده و باید خسارت واردہ را جبران نماید. فرضیه خطر در انتهای قرن ۱۹ شکل گرفت و عامل اصلی اقبال و توجه به نظریه مذکور، توسعه صنعت و خسارات واردہ ناشی از آن بوده است. لازم به ذکر است که امروزه نظریات و فرضیات مذکور مورد خدشه و ایراد قرار گرفته است. نظریه خطر، به جهت آنکه مدعی عليه

را حتی بدون تقصیر و رفتار قابل سرزنشی مسئول می‌شناسد، مورد انتقاد قرار گرفته است. در انتقاد از نظریه خطر گفته می‌شود: (آثار هیچیک از اعمال انسان تنها دامنگیر خود او نمی‌شود و بازتابهایی در باره دیگران نیز دارد؛ به جمعی سود می‌رساند و برای دیگران زیانبار است. ولی این آثار نتیجه قهری زندگی اجتماعی است. در جنگ بزرگ زندگی هیچ کس نمی‌تواند به خود ببالد که به دیگران زیانی نرسانده است. تمام برتریهای مادی و معنوی به بهای تضرر دیگری به دست می‌آید. این ستیز دائمی ناشی از طبیعت زندگی است. پس نمی‌توان اضرار به دیگری را به تنها ی سبب ایجاد تعهد برای جبران آن شناخت) از این رو عدهای با قرار دادن کار نامتعارف به عنوان مبنای مسئولیت، سعی کرده‌اند نظریات (قصیر) و (خطر) را تعدیل کنند. در واقع (کار نامتعارف) ضمن اینکه به شدت و غلظت (قصیر) نیست، نوعی بی مبالغه است و گامی در جهت نظریه ایجاد خطر و نظریه‌ای بینابین و مختلط می‌باشد.

۳- نظریه تضمین حق: طبق این نظریه حق مسلم افراد انسانی است که در جامعه سالم و ایمن زندگی کنند این حق را قانون حمایت و ضمانت اجرای آن همان است که مسئولیت مدنی می‌دانیم.

۴- نظریه انتساب اضرار: طبق این نظریه به محض این که شخص عملی را انجام داد که عملاً نسبت اضرار به او ممکن الانتساب باشد شخص مذکور مسئول خواهد بود ولو این که عمل وی ارادی نباشد.

مطالعه مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی افغانستان مبین آن است که، علیرغم پیش بینی برخی موقعیتهای خاص در قوانین که مسئولیت دولت را منطبق با تئوریهای تقصیر یا خطر پذیرفته است؛ در بسیاری از موارد مواجه با اشکال یا خلاء قانونی است. پراکندگی قوانین، نگاه موردي به مسئولیت مدنی دولت، عدم انسجام در مبانی مسئولیت، که برخی بر مبنای نظریه تقصیر و برخی دیگر بر مبنای نظریه خطر استوار شده است و همچنین فقدان راه کارهای اجرایی دقیق و عدم وحدت رویه در موارد مشابه مثل حدود مسئولیت ناشی از تقصیر قصاص و نیروهای مسلح و سایر کارکنان دولت، از مهمترین

ضعف‌ها و خلاه‌های قانونی راجع به نظام مسئولیت مدنی دولت افغانستان می‌باشد. لذا تدوین و تصویب قانون جامع تحت عنوان «مسئولیت مدنی» امری ضروری و اجتناب ناپذیر است. تا زمان تصویب چنین قانونی وظیفه قضات محکم است که با استناد به اصول و قواعد حقوقی راجع به مسئولیت، حکم هر قضیه را صادر نمایند.

ز-عوامل رافع مسؤولیت مدنی:

در بعض موارد بواسطه دفاع مشروع، اکراه، قرارداد عدم مسئولیت و قوه قاهره و حادثه خارجی که نمی‌توان وقوع آن را پیش بینی یا مقاومت در برابر آن نمود از جمله وقوع سیل، زلزله، اعتصاب، آتش‌نشان، جنگ و غیره می‌تواند از معاذیر یا معافیت‌ها مسئولیت مدنی قلمداد گردد. عوامل رافع مسؤولیت مدنی قرار ذیل بوده:

- ۱- عمل زیانبار دفاع کننده مشروع: یک از مواردی که انجام فعل زیانبار وضرر رسانیدن به غیر موجب مسؤولیت مدنی عامل نمی‌شود، انجام فعل در مقام دفاع از جسم یا ابرو وحیثیت ومال است که به دفاع مشروع معروف شده است. دفاع مشروع در اصطلاح چنین تعریف شده: دفاع مشروع وظیفه انسان در حمایت از نفس خود یا دیگری و حق او در حمایت از مال خود یا دیگری است که در برابر هر تجاوز غیر مشروع، با نیروی لازم، برای دفع تجاوز، دفاع کند. هرچند بعضی این موضوع را تحت اضرار مباح، بحث کرده اند، ولی ددرفاع مشروع شرایط، اوضاع واحوال انجام فعل به گونه‌ای است که نه تنها عرف انجام عمل زیانبار مشروع ومجاز تلقی می‌شود، بلکه در بعضی از موارد، انجام فعل لازم وضروری محسوب می‌گردد. در نتیجه فعل زیانبار به مهاجم استناد پیدا می‌کند. مثلاً اگر حیوانی به کسی حمله نماید و او در مقام دفاع از خود اسیبی به ان حیوان وارد نماید. عرف نه تنها این عمل رامجاز تلقی می‌نماید، بلکه ان را لازم وضروری می‌داند و خسارات وارد را به حیوان مهاجم مستند

می نماید.(۱) دفاع مشروع به منزله یک قاعده حقوقی و نیز به عنوان یک اصل کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده است و مورد قبول تمام نظامهای حقوقی دنیا است.

قانون مدنی افغانستان دفاع مشروع را رفع مسؤولیت مدنی دانسته و در مورد می نویسنده شخصیکه در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود و یا نفس و مال شخص دیگری مرتکب ضرر گردد، مسؤول پنداشته نمی شود، مشروط براینکه در دفاع از قدر ضرورت تجاوز نکرده باشد، در غیر این به جبران خساره عادلانه مکلف می گردد.(۲) موضوع دفاع مشروع از مال غیر که موجب تلف مال شخص گردد قابل تأمل است، زیرا هیچ نوع دلیل وجود ندارد که بمنظور دفاع از مال غیر مال شخص دیگری را تلف نماید.

در قانون جزا افغانستان تحت عنوان اسباب اباحت در ماده ۵۷ ارتکاب عمل جرمی به منظور استعمال حق دفاع مشروع جرم پنداشته نشده.

۲- اکراه: کلمه عربی و در لغت به معنی باعث کردن انسان به ان چیزیکه ان را بد می بیند در اصطلاح عبارت است از مجبور گردانیدن شخص بدون حق، به اجرای عملی که به ان رضایت ندارد، خواه اکراه مادی یا معنوی باشد. اکراه کامل رضا را از بین می برد و اختیار را فاسد می کند.(۳)

اکراه از حیث قوت وضعف بر دونوع است:

الف- اکراه تام: اکراه تام عبارت است از تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی

ب- اکراه ناقص: تهدید به خطر غیر فاحش اکراه ناقص گفته می شود.

اکراه تام رضا را از بین برده اختیار را فاسد می گرداند. اکراه ناقص رضا را از بین برده

اختیار را فاسد نمی گرداند.(۴)

^۱- مسؤولیت مدنی، ص. ۹۲.

^۲- قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۸۵.

^۳- قانون مدنی افغانستان، ماده ۵۵۱.

^۴- قانون مدنی افغانستان، ماده ۵۵۳ و ۵۵۴.

اکراه را از نظر کیفیت اعمال فشار به اکراه مادی و معنوی تقسیم نموده‌اند:

الف- اکراه مادی: هرگاه اکراه در نتیجه وارد آمدن فشار مادی و فعلی و جسمی باشد آن را اکراه مادی نامیده‌اند مثلاً اکراه کننده ایجاد ضرب و جرح در بدن مکره بنماید تا او را وادر به عمل حقوقی بنماید. بنابراین اکراهی فعلیت دارد که قدرت تمیز و انتخاب را از مکره بگیرد و او به عاقب و آثار اعمال خود نظر نتواند بیندیشد.

ب) اکراه معنوی: هرگاه فشار و اجبار نسبت به امور معنوی، حیثیتی و اخلاقی انسان باشد به طوری که مکره از این که در آینده این تهدید واقع خواهد شد وی را بیندازد این را اکراه معنوی می‌نامند^(۵)

طبق حکم ماده (۷۸۳) قانون مدنی: هرگاه شخصی ثابت نماید که ضرر عایده ناشی از سبب خارجی بدون مداخله وی یا ز حادثه غیر مترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده ویابه سبب خطای شخص متضرر یا ازغیر نشأت کرده است، بضمانت مکلف نمی‌گردد مگراینکه قانون یاموافقه طرفین بخلاف آن حکم نماید

۳- فورس مازور: یکی از عواملی که ممکن است در وقوع فعل زیانبار یا ورود زیان، دخالت نماید، قوه قاهره یا فرس مازور است. عبارت از هر حادثه یا مانع خارجی غیر قابل پیش‌بینی وغیر قابل مقاومت که متعهد را از اجرای تعهد باز دارد و سبب برات وی کردد. فورس مازور نوعی جبر است، خواه جبر طبیعی مانند طوفان و زلزله و خواه غیر طبیعی باشد، اطلاق می‌گردد.^(۶) موارد زیر از مصاديق فورس مازور است: جنگ (اعم از اعلام ناشده یا نشده)، انقلابات، اعتصابات عمومي، شیوع امراض و اگر دار، زلزله، سیل و طغیانها غیر عادي، خشکسالیها بی سابقه و اتش شوزیها دامنه دار که ناشی از کار قراردادی نباشد، جزء حوادث قهری محسوب می‌شوند.

^۵- دکتر صفائی، حسین، حقوق مدنی، جلد دوم، تعهدات و قراردادها، ص ۱۳۵۱، انتشارات موسسه عالی حسابداری، سال ۱۳۵۱

^۶- دکترولی الله، انصاری، کلیات حقوق قراردادها اداری، ص ۲۱۷، نشر حقوقدان، سال چاپ ۱۳۹۰.

ومراد از قوه قاهره ،حادثه ای است که خارج از اراده عامل فعل زیانبار و بیدون تقصیر عامل و بر حسب سیر عادی امور عرفا غیر قابل پیش بینی و تحمل است که در تحقق فعل زیانبار دخالت نموده یا عامل فعل زیانبار را به انجام فعل زیانبار مجبور و ودار کرده است. در صورتی که قوه قاهره، بدون تقصیر و بی اختیاطی انجام دهنده فعل زیانبار در وقوع فعل زیانبار یا تحقق ضرر دخالت نماید، رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرر واردہ از بین میروند و ضرر عرفا به قوه قاهره مستند می شود. بنا بر این نمی توان عامل یا عاملین فعل زیانبار را مسؤول تلقی نموده. زیرا با دخالت قوه قاهره عمل عرفا به ان استناد پیدا می نماید و روشن است که انجام دهنده فعل زیانبار در صورتی مسؤولیت دارد که فعل به او استناد داشته باشد.

۴- قرار داد عدم مسؤولیت مدنی: اگر انجام دهنده فعل زیانبار، قبل از انجام ان اقدام به انعقاد قرارداد در مورد میزان مسؤولیت خود نماید و مسؤولیت خود را محدود به حدی نماید و یا از خود سلب مسؤولیت نسبت به پیامدهای فعل زیانبار کند، باید دید که این قرار داد چی اثری بر مسؤولیت مدنی خواهد گذاشت.

بررسی میزان تاثیر این قرار داد بر مسؤولیت مدنی منوط به روشن وضعیت حقوقی یا صحت و بطلان قرار داد است. بنا بر این باید دید: ایا چنین قرار داد نافذ است؟ در صورت صحت قرار داد حاکم بر روابط طرفین خواهد بود و مسؤولیت انجام دهنده فعل زیانبار در حدودی است که در قرارداد تعین شده است، ولی در صورت بطلان قرار داد، اثری بر مسؤولیت مدنی نخواهد داشت.

در حقوق فرانسه، رویه قضایی، قرار داد عدم مسؤولیت قرار دادی یا تحديد ان را نافذ شمرده است، زیرا قرارداد محصول اراده طرفین است و تعهد ناشی از آن نیز تابع اراده انان می باشد. پس طرفین حق دارند که شرط عدم مسؤولیت یا تحديد مسؤولیت را در قرار داد شرط یا در قرارداد مستقلی، سلب مسؤولیت قرار دادی از متعهد نماید، مگر این که در قرار داداز مرتكب تقصیر عمدى یا غیر قابل اغماض یا سنگین یا از متصدی حمل و نقل سلب مسؤولیت شود

یا سلب مسؤولیت از پرداخت خسارتی شود که برجسم و جان افراد وارد شده است. در این مورد، قرارداد باطل است.^(۷)

ب- فرضی است که تقصیر عمدی یا در حکم عمد، باعث ورود خسارت شده است. در این مورد قرارداد را باید دانست.^(۸)

در نتیجه اگر زمان و مکان یا اوضاع واحوال حاکم بر انعقاد قرار داد و یا اجرای آن و نیز رابطه‌ی طرفین نسبت به هم، به گونه‌ای باشد که عرفاً انعقاد چنین قراردادی متعارف و معقول تلقی شود و مورد موضوع آن نیز دارای منفعت عقلایی مشروع باشد، قرار داد نافذ و تعهدات مسؤول، محدود به حدود قراردادی می‌شود ولی اگر قرار داد غیر متعارف و یا فاقد منفعت وغیر مشروع باشد، قرار داد باطل است واثری بر مسؤولیت مدنی نخواهد گذاشت.^(۹)

۵- نسبت ضرر به فعل زیانبار توسط سبب دیگری قطع شود، طوری که شخص در راه عام، چاه راحفر نماید و شخص دیگری مال غیر را دران بیاندازد در این صورت توان مال فوق بدوش شخص بوده که آن را در چاه انداخته‌اند. شخص که چاه را در راه عام حفر نموده در مورد مسؤولیت ندارد، زیرا سبب ضرر به فعل وی، قطع شده.^(۱۰)

در ماده (۷۸۲) قانون مدنی افغانستان حکم ذیل مسجل می‌باشد: هرگاه شخص ثابت نماید که ضرر عایده ناشی از سبب خارجی، بدون مداخله وی یا از حادثه غیر مترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده و یا به سبب خطای شخص متضرریا از غیر نشات کرده است به ضمان مکلف نمی‌گردد، مگر اینکه قانون یا موافقه طرفین به خلاف آن حکم نماید.^(۱۱)



^۷- مسؤولیت مدنی، ص ۳۶۲.

دکتر ناصر، کاتوزیان، عقود معین، ص ۵۶۵، چاپ ششم تهران، شرکت انتشارات با همکاری شرکت بهمن بناء- انتشارات

^۸- مدرس ۱۳۷۴، وقایع حقوقی، ص ۱۴۹، چاپ دوم، تهران، نشر یلدای ۱۳۷۴.

^۹- مسؤولیت مدنی، ص ۲۶۵.

^{۱۰}- کاتوزیان، مسؤولیت مدنی، اثر قبل الذکر صفحات ۳۱۱ و ۳۱۲.

^{۱۱}- قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۸۳.

۶- رضا شخص به تلف کردن مالش ولی رضا شخص به تلف کردن نفسیش از موارد رافع مسؤولیت نبوده.

۷- مرور زمان: ان مرور زمان که شریعت (تقادم اجتهادی) ویا حاکم (تقادم سلطانی) برای عدم سمع دعوی مسؤولیت مدنی تعین نموده. اگر شخص زیان دیده در میعاد که شریعت و یا قانون برای اقامه دعوی جبران خساره تعیین کرده باشد، بمنظور جبران خساره دعوی نکند. بعد از مدت تعیین شده دعوی جبران خساره قابل سمع نبوده و مرور زمان (تقادم) بر دعوی مسؤولیت مدنی مبین این بوده که شخص متضرر به ضرر راضی بوده از این جهت حق مطالبه او منتفی می‌گردد.

۸- عمل حاکم : عبارت است از تصمیم یا اقدام یک جانبی مقامات صالحه عمومی که برای تامین منافع عمومی اتخاذ واجرا می و به طور مستقیم وغیر مستقیم بالای قراردادا اداری تاثیر می گذارد واجرای قرار داد راساخت ومشکل می کند و هزینه فوق العاده بر قراردادی تحمل می نماید. ماننده انکه دولت مالیات جدیدی بر مواد نفتی وضع کند که درنتیجه آن به طور غیر مستقیم استفاده کنندگان از امتیاز برق دچار ضرر شوند یا گران کردن قیمت خدمات عمومی مانند پست، تل گراف، تیلفون، گاز، کرایه هواپیما وغیره (۱۲) حق حاکمیت دولت است که بموجب این حق نمایندگان وکارگزان سیاسی واداری تکلیف دارند همواره تصمیمات را که متناسب صلاح عمومی وصلاح فردی است اتخاذ نمایند و هدف آن منافع عمومی و حمایت از حقوق اکثریت افراد جامعه است.

۹- وضع قوانین: دولت بعضی اوقات قوانین را وضع میکند که بالای قرار داد اداری، تجاری و مدنی تاثیر می گذارد و موجب خساره قرار دادی میکردد. مداخله قانون گذار به صورت عمل حاکم، خواه مستقیم و یا غیر مستقیم شرایط اجرای قراردادهای اداری جاری منعقده بین ادارات دولتی و اشخاص (حاکمی یا حقیقی) خصوصی را تغییر می دهد مانند:

^{۱۲}- دکتر ولی الله، انصاری، کلیات حقوق قرار داد های اداری، ص ۲۲۵، نشر حقوق دان، چاپ ۱۳۹۰.

الف- تصمیم قانون قوه مقننه یا قوانین مختلف که وضع میشود یا قوانین مربوط به بر نامه ریزی که ناظر بر طرحهای عمرانی است و طرحهای عمرانی از طریق انعقاد قرار داد های اداری به موقع اجرا در می اید.

ب- وضع لوایح و مقررات مستقل وغیر مستقل که به نحو از انحا در شرایط قرارداد اداری(دولتی) در جریان اثر گذارد و بر هزینه های قرارداد کننده گان اداری بیفزاید.

ج- تصمیم یا اقدام اداری موردی و انفرادی مقام های صلاحیتدار اداری که بالای قرار داد اداری تاثیر کند. مانند ان که شاروال یا مسؤول پولیس دستور دهد که وسائل نقلیه حامل تدارکات برای قرار داد ساختمانی دولت و شاروالی فقط در شب در ساعت معینی عبور و مرور نماید و این امر هزینه هایی برای طرفین قرار داد اداری ایجاد کند.

عمل حاکم بحسب انکه دولت طرف قرار داد با اشخاص خصوصی باشد یا طرف قرار داد نباشد، متفاوت است.

بنا بر این تاثیر عمل حاکم به دو گونه است: اجرای عمومی عمل حاکم و اجرای اختصاصی عمل حاکم

الف- اجرای عمومی عمل حاکم: وقتی که دولت متوجه به اعمالی از قبیل ملی کردن صنایع، منابع و مالکیتها می شود یا قوانین و مقررات در باره مالیات و عوارض و حقوق گمرکی وضع واجرامی کند یا مقررات مربوط به تعرفه ها را تغییر می دهد یا قیمت خدمات و کالاهای مورد نیاز عامه را جیره بندی یا ازاد می کند در تمام این موارد نتیجه اقدامات و تصمیمات، عاید عموم مردم می شود و تفاوتی بین قرار دادیان که با دولت طرف قرار داد باشد یا نباشد، نمی کند. حال اگر در نتیجه اجرای عمومی عمل حاکم ضرر وزیانی به اشخاص برسد سه نظر وجود دارد:

۱- نظریه عدم مسؤولیت مدنی دولت که در آن دولت از مسؤولیت مدنی مبری است.

۲- نظریه مسؤولیت مدنی دولت که طبق آن دولت باید ضرر وزیان واردہ از عمل حاکم به طوری فوری به متضرر جبران نماید.

۳-نظریه که جمع کننده، مصالح جامعه و افراد است که در ان دولت، طبق موازین دقیق قانونی و فنی، عدالت اجتماعی و قضایی را اجرا می کند.

ب-اجرای اختصاصی عمل حاکم: در این فرض اعمال حاکم در باره اشخاص حقیقی و حکمی به خصوص به کار گرفته می شود. به عبارت دیگر عمل حاکم ناظر بر اشخاص مخصوصی است. این حالت نیز شقوق مختلف دارد.

۱- وقتی که اجرای اختصاصی عمل حاکم ار تباط ممستقیم با موضوع قرار داد داشته باشد و صرفا قرار دادیان طرف قرارداد اداره را شامل می شود و دولت تحمیلاتی از طریقی مانند اعمال حاکمیت دولت نسبت به قرار دادی بنماید مانند تغییر یک جانبی قرار داد، فسخ قرار داد به علت مقتضیات اداری، خلع ید به صورت انجام امانی تعهدات قرار داد و... در چنین حالتی مسؤولیت خاصی متوجه دولت می باشد و قرار دادی نیز می تواند مطالبه خساره به جهات فوق الذکر بنمایند، زیرا در اثر عمل اختصاصی و انفرادی دولت متضرر شده اند.

ب- در صورت که عمل دولت ارتباط مستقیم با موضوع قرار داد داشته باشد و قرار دادیان معینی را شامل شود ولی جنبه اعمال ترجیحی یا ضمانت اجرایی داشته باشد در این صورت چون اعمال حاکمیت دولت استثنای موجب ضرر قرار دادیان نشده است لذا خسارت واردہ بر اثر اعمال حاکمیت قابل جبران نخواهد بود.

ج- فرضی است که به موجب ان عمل حاکم به هر حال منتهی به عدم تعادل مالی طرف قرار داد شود، یعنی هرگاه قوانین و مقررات دولت به کلی موازنہ مالی قرار داد را بهم بزند واوضاع واحوال مخالف اوضاع واحوال زمان انعقاد قرار داد به وجود اورد مانند وضع مالیات بر کالا و خدماتی که قرار دادی به انها احتیاج دارد و ناگزیر ان کالاهای و خدمات را به قیمت گرانتر تهیه و برای ایفای تعهدات قراردادی خود از انها استفاده کنند. چون در چنین صورتی، ضرر قراردادی نتیجه عمل حاکم است، بنا بر این دولت مکلف به جبران خسارت ناشی از عمل حاکم خواهد بود. مانند وضع مالیات بر مواد نفتی که موجب گرانتر شدن غیر مستقیم کالاهای و خدمات مرتبط به آن برای اجرای قرار داد اداری است. ولی اگر ضرر مزبور

متوجه سایر قرار دادیان (که طرف قرار داد با اداره نیست) گردد مورد اؤ زموارد عمل حاکم نخواهد بود، بلکه ممکن است از مصادیق امور غیر قابل پیش بینی باشد.^(۱۳)

ح- انواع مسؤولیت مدنی:

شخص اعم از حقیقی و حکمی در عرصه اجتماع، مسئول تمامی اعمال خویش است. و چنانچه موحد ورود خسارت به دیگران گردد، مسئولیت دارد و باید جبران خسارت نماید. این مسؤولیت یا به واسطه نقض قرارداد و تعهد، و یا بدون وجود چنین رابطه ای محقق می شود بنابراین مسؤولیت یاقراردادی است و یا قهری.

۱- ماهیت و قلمرو مسؤولیت قهری: عبارت از مسؤولیت انجام امری یا جبران که بدون وجود هر کونه قرار داد و عقدی بین افراد، به طوری قهری به حکم شارع و یاقانون حاصل می شود.

مسئولیت قهری نه تنها جزء قراردادها نیست، بلکه جزء ایقاعات هم نمی باشد، زیرا اراده انسائی در آن نقشی ندارد.^(۱۴) همچنین جزء وقایع حقوقی نیز نمی باشد، زیرا مسؤولیت قهری، اثر واقعه حقوقی است نه واقعه حقوقی.^(۱۵) در رابطه با قلمرو مسؤولیت قهری می توان گفت، جائی است که خسارتی وارد شده، ممکن است، موقعیت ایجاد شده به وسیله یک عمل ارادی، وصف قراردادی نداشته باشد^(۱۶) (همچنین، گاهی یک عقد صوری ساده بین متضرر و عامل ضرر موجود است که در صورت وجود تقصیر، می توان به مسؤولیت قهری متولّ شد).^(۱۷)

منابع مسؤولیت مدنی قهری:

یکی از مشهورترین قواعد فقهی، قاعده لاضر است. یعنی در اسلام ضرری وجود ندارد، و هر

^{۱۳}- کلیات حقوق قرار دادهای اداری، ص ۲۳۰.

^{۱۴}- کاتوزیان، ضمان قهری، ص ۱۲۶

^{۱۵}- کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۲.

^{۱۶}- حقوق مدنی ۴- تاجمیری، ص ۲۸.

^{۱۷}- کاتوزیان، ایقاع، ص ۲۰۰.



کس موجب ورود ضرر به دیگری شود، باید جبران نماید. دلیل دوم قاعده اتلاف است؛ و آن از میان بردن حالت طبیعی هر شی است، به طوری که آثار و منافع خاص خود را از دست بدده.^{۱۸)} فقهاء در اصل ضمان ناشی از اتلاف اجماع دارند.^{۱۹)} دلیل سوم قاعده تسبیب است؛ و در آن، عمل شخص، مستقیماً و مباشراً مال دیگری را از بین نمی برد، بلکه اگر آن عمل واقع نشود، تلف مال نیز اتفاق نمی افتد، دلیل چهارم، قاعده ضمان ید است؛ که به موجب آن هر کس بدون اجازه بر مال دیگری تسلط پیدا کند، ضامن آن مال محسوب می شود. هر چند، آن مال تلف نشود.^{۲۰)} دلیل پنجم، غرر است. هر گاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگر شود، و از این رهگذار، ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده، ضامن است و باید از عهده خسارت واردہ برآید.

منابع مسئولیت قهری:

امور ذیل موجب ضمان قهری است: غصب و آن چه در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفا.

هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و فرقی بین عالم و جاهل، قاصد و غیر قاصد نیست.^{۲۱)} لکن تسبیب در صورتی ضمان آور است که در نظر عرف، تجاوز و عداون باشد همچنین تصرف بر مال غیر، بدون مجوز نیز در حکم غصب است.^{۲۲)} استیفا نیز بر دو قسم است: استیفا از عمل دیگری و استیفا از مال دیگری.

^{۱۸)}- عمید زنجانی، موجبات ضمان، ص ۱۱۳.

^{۱۹)}- ذکر سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ص ۱۰۷، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، سال ۱۳۸۰

^{۲۰)}- لطفی، موجبات و مسقطات ضمان قهری، ص ۱۱۸.

^{۲۱)}- امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ص ۱۶۱

^{۲۲)}- الوسيط، ص ۷۵۴، السنہوری

۲- ماهیت و قلمرو مسئولیت قراردادی : مسئولیت کسی است که در عقدی از عقود (اعم از معین یا نامعین) تعهدی را بپذیرد و به علت عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد یا در حین انجام تعهد یا به سبب انجام آن، خساری به متعهدله وارد کند. به مسئولیت، قراردادی از این جهت قراردادی گویند که منشاء آن قرارداد است و گرنه این مسئولیت، ماهیت قراردادی نداشته بلکه اثر عقد است. در مورد قلمرو آن باید گفت؛ مسئولیت قراردادی با دو شرط تحقق می‌یابد : وجود قرارداد بین متضرر و عامل ضرر و دیگر خسارات واردہ ناشی از نقض این قرارداد باشد.^(۲۳)

منابع مسئولیت قراردادی:

منابع فقهی مسئولیت قراردادی همان است که ذیل منابع مسئولیت قهری مطرح نمودیم؛ قاعده لاضرر، اتلاف، تسبیب، ضمان ید و غرر. با این تفاوت که در مسئولیت قراردادی هر یک از این قواعد زمانی جاری می‌گردد که بین متضرر و عامل ضرر قراردادی منعقد شده باشد و در واقع مبنا و منشاء مسئولیت واحدیک قرارداد و تعهد باشد. علی رغم وجود ارکان مشترک بین این دو مسئولیت، تفاوت های بارز بین آنها، موجب ظهور دو دیدگاه مختلف در عرصه مسئولیت مدنی گشته است. گروهی معتقد به وحدت دو مسئولیت می‌باشند. و گروه دیگر تفاوت های بسیاری را بر شمرده اند.

یگانگی یا دوگانگی مسئولیت قهری و قراردادی:

الف- نظریه دوگانگی و آثار ناشی از آن : به موجب این نظریه، مسئولیت قهری و قراردادی دارای تفاوت های اساسی و ماهوی می‌باشند. تفاوت در مبنا؛ به موجب این نظریه، این دو مسئولیت در مبنا تفاوت دارند. مبنای مسئولیت قراردادی، قرارداد و اراده طرفین و مبنای مسئولیت قهری قانون و عرف و عادت می‌باشد. بنابراین در هر یک از دو مسئولیت، باید به مبنای خاص آن توجه نمائیم. به عنوان مثال، اگر عملی به موجب قانون یا عرف، مسئولیت

^{۲۳}- کاتوزیان، ضمان قهری، ص ۷۴

آور باشد، اما به استناد قرارداد منعقد شده بین طرفین عقد، مسئولیتی ایجاد ننماید، نباید مسئولیتی بر مرتکب بار نمود، زیرا مبنا و منشاء مسئولیت قراردادی، قرارداد است نه عرف و قانون. تفاوت در تعریف مسئولیت، در مسئولیت قراردادی مسئولیت این گونه تعریف می‌گردد: هرگاه یکی از طرفین از تعهد خویش عدول نماید بار مسئولیت بر وی تحمیل می‌گردد و در مسئولیت قهری، التزام شخص به جبران خسارتی است که به دیگری وارد آورده بدون این که خسارت ناشی از نقض قرارداد باشد. تفاوت در اهلیت؛ اهلیت در مسئولیت قراردادی شرط است اما در مسئولیت قهری، به علت پذیرش معیار انسان متعارف، محجور و صغیر نیز مسئول می‌باشند، تفاوت در تضامن؛ طرفداران این نظریه معتقدند، در مسئولیت قهری اصل بر تضامن است، اما در مسئولیت قراردادی این طور نیست و همواره اصل بر تساوی است. البته طبق اصل آزادی قراردادها می‌توان خلاف آن را شرط نمود. بنابراین چنانچه ضمن یک قرارداد، چند نفر متعهد گردند، در صورت نقض عهد، به طور تساوی مسئولیت خواهند داشت. تفاوت در قابل پیش بینی بودن خسارت؛ در مسئولیت قراردادی، خسارت باید قابل پیش بینی باشد. زیرا مبنای این مسئولیت، عقد است و نباید متعهد را به جبران خسارتی مأموری آن مجبور نمود.^{۲۴)} اما در مسئولیت قهری این قانون است که مسئولیت را بر عهده افراد می‌گذارد و نیازی به پیش بینی نمی‌باشد. تفاوت در شرط عدم مسئولیت؛ در مسئولیت قراردادی می‌توان شرط عدم مسئولیت نمود، اما در مسئولیت قهری چنین شرطی ممکن نیست. تفاوت در هدف یا موضوع خسارت قابل جبران؛ هدف از مسئولیت قراردادی، ایجاد ضمانت اجرائی است برای اجرای صحیح تعهد است بین طرفین قرارداد.^{۲۵)} لکن در مسئولیت قهری، هدف، تامین نظم عمومی و جلوگیری از اضرار به غیر است. تفاوت درجه خطای در دو مسئولیت؛ در مسئولیت قهری، خطای هر چه قدر هم کوچک باشد، سبب مسئولیت است. اما در مسئولیت قراردادی، خطای که قابل مسامحه باشد، موجب مسئولیت

^{۲۴)}-کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۲۵۱

^{۲۵)}-کاتوزیان، ضمان قهری، ص ۱۱۳

نمی گردد.^{۲۶} (تفاوت زمان تخمین خسارت، در مسئولیت قراردادی زمان تخمین خسارت زمان انجام تعهد است،^{۲۷} اما در مسئولیت قهری زمان صدور حکم می‌باشد. تفاوت اثبات، در مسئولیت قهری، اثبات تقصیر با متضرر است اما در مسئولیت قراردادی، صرف اثبات عدم اجرای تعهد کافی است. بنابراین با پذیرش نظریه دوگانگی، این مدیون است که باید حادثه خارجی را ثابت نماید.^{۲۸}) تفاوت مرور زمان؛ مدت مرور زمان در مسئولیت قهری، کوتاه‌تر از مسئولیت قراردادی است. مسئولیت قراردادی ناشی از نقض عهدی است که تعهدات ناشی از این عقد را طرفین اراده و انشاء کرده اند و چون طرفین به آن راضی شده اند، نباید مشمول مرور زمان کوتاهی گردد. در حالی که مسئولیت قهری، ناشی از قانون بوده و طرفین به آن رضایت نداده اند.^{۲۹} تفاوت قانون حاکم؛ در مسئولیت قراردادی، قانون حاکم به نوعی توافقی است و چنانچه طرفین، آن را تابع نظام خاصی نکرده باشند، تابع محل انعقاد قرارداد می‌باشد.

در مسئولیت قهری به نظر می‌رسد محل سکونت داین (مدعی علیه) به جهت تقارن صلاحیت قضائی و قانونگذاری منطقی تر به نظر می‌رسد.^{۳۰} (تفاوت ادله؛ در مسئولیت قراردادی قدرت بینه محدود نبوده و اثبات آن با تمام ادله حقوقی ممکن می‌باشد. اما در مسئولیت قهری به علت عینی بودن حادثه، بیشتر از دلیل کتبی، به بینه، شهود و معاینه نیاز داریم. تفاوت قانون لازم الاجرا؛ در مسئولیت قهری، مسئولیت بر طبق قانونی معین می‌شود که در زمان تحقق فعل ضرری حاکم است. در حالی که در مسئولیت قراردادی، تابع قانون زمان انعقاد عقد بوده و قانون زمان نقض عهد در این زمینه نقشی ندارد. بنابراین اگر

^{۲۶}-امیری قایم مقام، حقوق تعهدات، ج ۱، ص ۱۴۹

^{۲۷}-النقیب، النظریه العامه للمسئوليّه عن الفعل الشخصي، ص ۳۶

^{۲۸}-همان، ص ۱۵۰

^{۲۹}-الستهوري، الوسيط، ص ۹۳۸

^{۳۰}-الماسى، تعارض قوانين، ص ۱۱۸

مدیون به عهد خود وفا نکند، این نقض عهد تابع قانون زمان تشکیل عهد می‌باشد نه زمان خودداری از اجرای تعهد.

ب- نظریه یگانگی و آثار ناشی از آن:

مطابق نظریه یگانگی مسئولیت قهری و قراردادی، طبیعت و ماهیت یکسان داشته و هیچ تفاوت جوهری و اساسی بین آنها وجود ندارد^(۳۱) و تفاوت‌های طرح شده بین آن دو را صوری و ظاهری می‌دانند. یگانگی در مبنای نظریه پردازان نظریه یگانگی، مبنای دو مسئولیت را قانون بر شمرده‌اند. با این توضیح که، مسئولیت قراردادی به اراده و تراضی مربوط نیست، بلکه مبنای آن نقض عهد بوده و به قانون باز می‌گردد. بنابراین مبنای هر دو مسئولیت نقض عهد می‌باشد.^(۳۲) یگانگی در مفهوم خطأ؛ مفهوم خطأ در هر دو مسئولیت نقض یک تعهد است، چه تعهد قراردادی باشد چه قانونی. عدم انجام، تقصیر نیست، به این نحو که در مسئولیت قهری اثبات تقصیر لازم باشد اما در قراردادی نه. بنابراین مديون می‌تواند با اثبات قوه قاهره از مسئولیت مبری گردد.^(۳۳) یگانگی در اهلیت؛ فرق است بین تعهد قراردادی و مسئولیت قراردادی، چرا که لزومی به استمرار اهلیت بعد از انعقاد قرارداد وجود ندارد. زیرا مسئولیت همچنان باقی است و ایجاد خلل در اهلیت خدشه‌ای به آن وارد نمی‌سازد. یگانگی در تضامن؛ تضامن در مسئولیت قهری ناشی از طبیعت مسئولیت نیست، بلکه به حکم قانون است و در صورت تعدد مقصرين، هر یک مسئول کل خسارت می‌باشد. بنابراین مسئولیت قهری تضامنی است.^(۳۴) یگانگی در شرط عدم مسئولیت در رابطه با این که معافیت از مسئولیت در مسئولیت قراردادی ممکن است اما در مسئولیت قهری خیر. معتقدان نظریه یگانگی پاسخ داده اند که : چنانچه این معافیت با نظم عمومی منافات داشته

^{۳۱}-السنوری,الوسیط، ص ۷۵۰

^{۳۲}-النقیب,النظریه العامة للمسئولیه عن الفعل الشخصی، ص ۳۹

^{۳۳}-کاتوزیان,ضمان قهری، ص ۱۱۷

^{۳۴}-السنوری,الوسیط، ص ۷۵۰

باشد امکان پذیر نیست و لو این که مسئولیت، قراردادی باشد.^(۳۵) یگانگی در خسارت قابل پیش بینی؛ این که در مسئولیت قراردادی فقط خسارت قابل پیش بینی، قابل مطالبه می باشد مرتبط با ماهیت دو مسئولیت نمی گردد. طبق نظریه یگانگی، اثبات ادعا با مدعی است و مدعی کسی است که خلاف اصل سخن می گوید. بنابراین، بار اثبات در مسئولیت قراردادی، گاه با دائن است، گاه با مدیون، اما در مسئولیت قهری به علت این که همواره تعهد، سلبی است بار اثبات با مدعی است.^(۳۶) طبق نظریه یگانگی، تفاوت مرور زمان با مسئولیت ارتباطی نداشته و امری شکلی است. همچنین تفاوت مطرح شده از حیث "مطالبه" در حیطه اصول محاکمات است که توسط مقنن تعیین می گردد.

نظری مختار:

علی رغم ادله مطرح شده از سوی نظریه پردازان نظریه یگانگی، به نظر می رسد باید بین دو مسئولیت قائل به تفکیک شد و آنها را از دو مقوله جدا دانست. زیرا علاوه بر تفاوت در اهدافی که در وضع آنان وجود دارد، دو مسئولیت دارای تفاوت های شکلی و ماهوی دیگری نیز می باشند.

درضمان عقدی ضروری بوده که شخص مسؤول داری اهلیت کامل شرعی باشد و در ضمان قهری سن رشد شخص مسؤول ضروری نبوده، بلکه تنها سن تمیز که نفع وضرر را درک کند، ضروری می باشد. زیرا مبنی مسئولیت عقدی اخلال ان التزام بوده که از عقد صحیح ناشی شده باشد و اهلیت کامل شخص عاقد در عقد ضروری بوده.^(۳۷)



^{۳۵}-النقیب،نظریه العامه للمسئولیه عن الفعل الشخصی، ص ۳۹

^{۳۶}-السنہوري،الوسیط، ص ۷۵۱

^{۳۷}-حسین عامر،المسئولیه المدنیه التقاضیریه والعقدیه،ص ۲۵،چاپ اول.

عقد او د هغه دولونه

څيړنواں فضل الرحيم محمد

د عقد پېژندنه:

عقد په لغت کې، ټینګلولو او تړلو ته واي، د اسلامي شريعت د فقهائو په اصطلاح کې د دواړو خواو په خبرو کې هغه تړاو دی چې شرعی حکم رامېئته کړي. په بله وينا؛ عقد د ایجاد او قبول تر مېئځ هغه ارتباط دی چې په معقود عليه کې پې اثر ثابت شي او د عقد د تر سره کېدو نه وروسته د عقد په دواړو اړخونو د یوه بل د حق په مقابل کې التزام ثابت شي. ۱

د افغانستان مدنۍ قانون، عقد داسې تعريف کړي:

۱- عقد د عقد کوونکې د دواړو خواوو د یوه د ایجاد ارتباط دی د بلې خوا د قبلو لو سره خو د قانون د حکمونو په حدود کې.

۲- په عقد سره د هر یو عقد کوونکې التزامونه د یوه بل په مقابل کښي مرتبيري. ۲

قانون پوهانو عقد داسې تعريف کړي:

عقد د دوو ارادو توافق دی چې په نتیجه کې پې قانوني اثر مېئته راشي برابره ده که نوموري اثر د التزام مېئته را وړل يا د هغه نقل، تعدیل يا پای ته رسول وي. ۳

په لومړي تعريف کې موضوعي اړخ او په دوهم تعريف کې شخصي اړخ ته ډيره توجه شوي، په لومړي تعريف کې التزام ته د شخصي رابطي په سترګه کتل کېږي خو د دوهم تعريف په اعتبار التزام ته د مالي ارزښت په سترګه ګوری. د عقدې اړه همدغه دواړه نظر پې موجودي د.

د شخصي مذهب په اند په عقد کې باطنې ارادې ته اعتبار ورکول کېږي، خوپه مادې مذهب کې ظاهري ارادې ته اعتبار ورکړل شوي دي، چې هغه عبارت د هغه تعبيیر خخه دی چې د باطنې ارادې خخه صادر شوي وي.

په اسلامي شريعت او الماني، سویسي قوانینو کې په مادې مذهب عمل کېږي، په روماني او فرانسوی قوانینو کې په شخصي مذهب عمل کېږي. د شخصي مذهب په اند ظاهري اراده د باطنې



ارادې دلیل او د هغه بسکارندوي ده، که دا رادۍ خنځه تعییر د اصل ارادې سره موافق ووه په هغه عمل کېږي او که ورسره برابر نه وي نو باطنی رادۍ ته اعتبار ورکول کېږي نه تعییر ته.
خرنګه چې ظاهري اراده د باطنی ارادې دلیل دی. دغه دلیل د عکس د اثبات سبب هم ګرځي د بیلګې په توګه که خوک ادعا وکړي چې د ارادې خنځه تعییر دده د اصلی مقصد سره موافق نه ووه نوموری ادعا ته اعتبار ورکول کېږي.

په مادی مذهب کې تعییر د ارادې خنځه عین اراده شمبول کېږي تعییر ته د دلیل په سترګه نه کتل کېږي او که دلیل هم وکیل شي هیڅکله د عکس د اثبات سبب نه ګرځي. او د ارادې همدغه مادی مظہر د اعتبار وردي.

د عقد او اتفاق تر مېنځ توپیر:

خینو قانون پوهانو د عقد او اتفاق تر مېنځه توپیر کړي، د هغو په اند اتفاق د دوو ارادو توافق دی د التزام په مېنځته راوړو یا د هغه په نقلولو یا تعدیل اویا هم د التزام یه پای ته رسولو.
عقد یواخی د التزام په مېنځته راوړلو یا د هغه په نقلولو پوري خاص دی د نومورو قانون پوهانو په نزد اتفاق عام دی له عقد خنځه او دغه توپیر یو ضروري کاربولي چې دغه ضرورت د اهلیت په موضوع کې بنه جو تپیري. اهلیت د عقد په مېنځته راوړو کې لازم دی د اتفاق په کولو کې ضرور ندی او که خوک له چا سره د یوه معین وقت د طعام په خورلو اتفاق وکړي، هغه عمل عقد نه شمبول کېږي. د لبان د مدنی قانون په ۱۶۵ ماده کې د عقد او اتفاق فرق داسې شوي ده: اتفاق د دو ارادو تر مېنځ جو ربست ده د قانوني کړنې د مېنځته را تګ د پاره.

او که د الزامي رابطي په هکله وي هغه ته عقد ویل کېږي. ۴

ډیری قانون پوهان او یو شمبول مدنی قانونونه د عقد او اتفاق تر مېنځه په توپیر قابل ندی او واپې چې پدې توپیر کوم عملي اثر مرتب ندی څکه چې د دواړو معنی مترادفه او یو شان ده، د اسلامي شريعه فقهاء هم په همدي نظر دی. پدې وروستيو کې، تعهد، عقد، اتفاق قانوني اصطلاحات په یوه معنی کارول کېږي. ۵

د عقد دولونه:

عقد له بیلاپیلو اړخونو په مختلفو ډولونو ويشل شوي، په لوړۍ سر کې د انعقاد او جورښت له پلوه په رضایې عقد، شکلی عقد او عینی عقد ويشل شوي ۵۵.

د طبیعت له حیله د محدود عقد، احتمالي عقد، فوري عقد، مستمر عقد، مساومه عقد، اذعان عقد، اصلی عقد او تبعی عقد ويشل شوي.

د موضوع له اړخه په مدنی عقد، تجاري عقد، بسيط عقد، مختلف عقد، مسماة (نومول شوی) عقد او غیرمسماة عقد ويشل شوي دي.

د اثر په اعتبار دوه اړخیز ملزم عقد، یو اړخیز ملزم عقد، د معاوضی عقد، د تبرع عقد، په ډولونو ويشل شوي او هر ډول یې خانګړي، تعریف لري چې په لاندې کربو کې د هر یوه تعریف خانګړتیاوې او بیلکې په تفصیل ذکر کړي:

۱- رضایې، شکلی، عینی عقود:

الف: رضایې عقد: هغه تړون دی چې د دواړو اړخونو د ارادې په توافق مبنخته راځي او صحت یې د هغه عین چې د عقدمحل دی په تسلیمولو پورې تړلی نه وي او نه شکلی وضعیت په کې لازم وي په اوستی قوانینوکې اکثره عقود رضایې دی، د رضایت په توافق سرته رسیبری لکه بیع، اجاره، عاریت، حیازی رهن او وکالت^۶.

ب: شکلی عقد: هغه دی چې یواځي د ارادې په توافق سرته نه رسیبری د نوموری توافق ترڅنګه خاصو شکلیاتو ته ارتیا وي لکه د عقد لیکل په رسمي ورقه کې. د شکلی عقد بیلګه، رسمي رهن او داسې نور دی. ځنې قوانین د عقد د ترسره کېدو لپاره د هغه لیکنه شرط ګئی او که ونه لیکل شي هغه عقد باطل ګئی^۷. په دی هکله په مدنی قانون کې داسې ذکر شوي:

د رسمي ګروي عقد نشي معقد کېدلی مګر په داسې رسمي پاڼه کې چې د مربوط مقامونو په نزد پوره شوي وي.^۸

ج: عینی عقد: هغه دی چې یواځي د عقد د دارواړخونو د رضایت او توافق په تحقق نه تر سره کېږي، بلکه د معقود عليه تسلیمول هم پکې شرط وي، د یادونې وردہ چې د معقود عليه تسلیم

کول ، کله د دواړه اړخونو په توافق مشروط کېږي او کله هم د قانون په تصریح يا د فقهی مسایلو په بناء . د افغانستان په مدنی قانون کې داسې راغلی:

عاریت ورکونکې مکلف دی چې په عاریت ورکړ شوی عین به د عقد د وخت په حالت عاریت اخیستونکې ته تسليم او هغه به د عاریت د مودې په ابدو کې د عاریت اخیستونکې په اختيار کې کېږدی . ۹

عارضت بیله قبضه، نه تر سره کېږي، په دې مورد کې د مجلةالاحکام په ۸۱۰ ماده کې داسې

تصریح شوی: القبض شرط في العارية فلاحكم لها قبل القبض.

په عاریت کې قبض شرط دی، منځکې له قبضولو عاریت مېنځته نه راخي. داخلکه چې عاریت تبرع ده او تبرع بیله قبضه ممکنه نده، لدې کبله د نومورې عقد رکن تسلم دی. همداراز د هېږي په عقد کې ئېښو قوانینو تسليم شرط ګرځولی.

د افغانستان مدنی قانون دهې په هکله داسې صراحت لري:

هېږي د هغه چا د قبلولو یاقبضولو خخه چې مال ورته هېږي شوی يا د هغه د نایب بی قبلولو يا قبضولو، نه پوره کېږي . ۱۰

همدارانګه د حیازی رهن عقد عینی عقد دی تسليم د مرهونی په کې شرط دی. په دی هکله مدنی قانون داسې صراحت لري:

د ګروي د صحت او لازمي د پاره شرط ده چې ګروي اخیستونکې، ګروي په پوره صورت قبض کې . ۱۱ د یادونې ورده چې اسلامي فقه د عقودو په عینیت دیرتر کېز نه کوي دا حکه چې د نومورې فقهی په بناء، د عقد په تکوین کې تسليم د معقودعليه داخل نده په ایجاد او قبول عقد مېنځته راخي، تسليمول، د عقد د صحت شرط دی اوېس.

- محدود او احتمالي عقد:

محدود هغه عقد دی چې د عقد او تپون په وخت کې متعاقدين د اخیستې او ورکړۍ اندازه معلومولای شي. لکه بیع اجاره او.... د تپون په وخت کې اخیستونکي او پیریدونکي د مبیع او ثمن په کفیت او اندازی خان خبروی.

احتمالي عقد هغه دی چې د عقد په وخت کې متعاقدين د ورکړۍ او درکړۍ اندازه نشي معلومولای لکه د ژوند د بیمې عقد يا د قمار عقدونه ۱.

د پورتنی تقسیم اهمېت پدې کې را خرگندېږي چې په محدود عقودو کې په بعضی حالاتو کې غبن مؤثردی او د عقد د فسخ سبب ګرځی خو په احتمالي عقودو کې اثر نلري داځکه چې متعاقدينو د عقد په وخت کې احتمالي تاوان په خان منلي.

د اسلامي شريعه فقهه احتمالي عقودو ته غرری او تاوانی عقود ویلی او د قمار عقدونه بې مطلقاً حرام بللي خو د بیمې په هکله بیل بیل نظرونه موجود دی. یو نظر دادی چې د بیمې عقد حرام دی ځکه چې د عقد د انعقاد په وخت کې د عقد محل موجود ندي او یوه خواته ضرر پکې حتمي ۵.

بل نظر دادی چې د ژوند بیمه حرامه، خو د مالونو لکه موتر او داسې نوروشیانو بیمه د ضرورت په خاطر رواده. دریم نظر دادی چې د بیمې عقد مطلقاً رواده پدې شرط چې په هغه کې رباء نه وي، ځکه چې پدې کې تعاون دی او دا عقد دعوض په مقابله کې هېه ده او په اقتصادي ژوند کې مهم او ضروري عقد دی. ۱۳

۲- فوري عقد او مستمر عقد:

فوری هغه عقد دی چې زمانه پکې اصلی عنصر نه وي، هر کله چې متعاقدان وغواړي فوراً تر سره کېږي لکه د بیعی عقد. د یادوې وردہ هغه بیع چې ثمن پې مؤجل يا په قسطونو وي هغه هم په فوري عقد کې شامله ده ځکه چې د وخت مېنځته راتګ په کې عارضی ده، اصل عقد په مجرد ایجاد او قبول مېنځته راخي او زمانه په کې د حقوقو او التزاماتو مقیاس نه دی.



مستمر هغه عقد دی چې په هغه کې زمانه اصلی عنصروي او د هغه نافذیدل زمانې ته ضرورت لري او متعاقدانو مستمر او دوامداره تعهدات په خان منلى وي لکه د اجارې عقد چې د زمانې په تيريدو د معقودعليه شخه ګئه اخيستل کېږي او په مقابل کې په ګئه اخيستونکې باندي داجوري ورکول لازميږي ۱۴، لکه مخکې چې ذکر شو بيعه فوري عقد دی، کله کله په مستمر عقد بدليږي لکه د توريد(واردولو) عقد چې د دوامدار وخت لپاره مېاشتني عقد وشي. د فوري او مستمر عقد توپير يه هغه صورت کې ظاهريږي چې متعاقدين عقد فسخ کړي که داعقدفوري وه نوموري فسخه رجعي اثرلري يعني د فسخ شوي عقد تول آثار له مېنځه خي، خو که عقد مستمر وه د فسخی د نيتې شخه وروستي آثارله مېنځه خي او په مخکښو آثارو پې اغیزه نه کوي. مثلاً که د اجارې عقد د مأجوري د هلاک له امله فسخ شو، هغه اجوره چې دانتفاع په مقابل کې مخکې له فسخی لازمه شوي وي بيرته نه ورکول کېږي.

۴- مساومه عقد او اذعان عقد:

مساومه يا مفاوضه هغه عقد دی چې د عقد د شرطونو په اړه د عقد دواړه اړخونه د مناقشي او جګړي مساوي حق لري اووروسته له موافقې شخه عقد ترسره کېږي، چې اکثر عقود همداډول دی لکه بیع، اجاره، وکالت او شرکت.

اذعان یا نضمام هغه عقد دی چې متعاقدان د عقد د شرطونو په اړه د مساوات او برابري په حالت کې نه وي، د ایجاد لوری قوي وي معین مال يا خدمت په خیل انحصار کې لري، مخکې د عقد شخه د عقد شرطونه برابروي غالباً هغه په لیکل شوي پاڼه کې وي . بل لوری چې قبول کوونکۍ دی ضعيف وي د شرطونو په اړه منافشه نشي کولای، یابه شرطونه مني او عقد به ترسره کوي او یا به پې ردوي او له عقده به تيرېږي. نو قابل د موجب سره په مساوي حالت کې نه وي د اذعان عقود لکه د بیمې، بریښنا، مخباراتي او هوایې شرکتونو د خدماتو د پلورلو عقدونه

دا ذعنان د عقدونو خانګړتیاوې:

الف: د اذعنان عقد په هغه مالونو او خدماتو کې وي چې د اولیه ضروریاتو شخه وي.

ب: د اذعان عقد غیر شخصی عقد دی د نوموری عقد ایجاب یوه معین شخص ته متوجه نه وي ، عامو خلکو متوجه وي.

ج: د اذعان عقد داوردی مودی لپاره وي اوشرطونه بې مخکی ترتیب اولیکل شوي وي . ۱۵.

۵- اصلی عقد او تبعی عقد:

اصلی عقد هغه دی چې قایم بالذات وي او په کوم بل عقد پوري ترلى نه وي لکه بیع، اجاره، شرکت، وکالت، هیه، عاریت او ودیعت.

تبعی عقد هغه دی چې د بل عقد په تبع مبنیته راخي پدی ډول چې پرته د هغه بل اصلی عقد خخه د تبعی عقد وجود متصور نه وي لکه د ضمان عقد (کفالت، رهن حیازی او رهن رسمي).

تابع عقد د اصلی عقد خخه متاثر کېږي یعنې کله چې اصلی عقد باطل شي یا پای ته ورسیبری هما هغه شان تبعی عقد هم باطلېږي یا پای ته رسیبری. خو د تبعی عقد په باطلیدو یا پای ته رسیدو، اصلی عقد نه باطلېږي اونه پای ته رسیبری.

۶- دوه اړخیزملزم عقد او یو اړخیزملزم عقد:

دوه اړخیزملزم عقد هغه دی چې د عقد د دواړه اړخونو په ذمه التزام پیداکوي او هر متعاقد په یوه وخت کې داین او مدیون وي لکه بیع، اجاره....

په بیع کې د مشتری التزام د ثمن ورکول دی او د بایع التزام د مبیعې تسلیمول دی. نو بایع داین د ثمن او مدیون د تسلیم دی په مقابل کې مشتری مدیون د ثمن، او داین د تسلیم دی.

یو اړخیزملزم عقد هغه دی چې د یوه عاقد په ذمه التزام پیداکوي، بل عاقد په کرم شي ملزم نه وي. یعنې د عقد یواړخ داین او بل اړخ بې مدیون وي لکه هېه او ودیعت. په هېه کې موهوه له داین دی په تسلیمولو د هېږي او واهاب (بنبونکې) د هغه شي په تسلیمولو مدیون دی.

د یادونې ورده چې په دوه اړخیز ملزم عقد کې د تلف کېدلو تawan په مدیون دی او په یواړخیزملزم عقد کې د تلف کېدلو تawan په داین دی مثلاً د بیعی په عقد کې که چېږې مبیعه د بایع

په لاس کې له مېنځه ولاړه شي د هغه تاوان بايغ ته چې مدیون او مکلف په تسلیم د مېعې ده راجع کېږي او مشتری د ثمن په ورکولو مکلف ندي. خو په ودیعت کې د تلف کېدلوا کې مقصر نه وي.

(مودع) ته راجع کېږي، پدې شرط چې مدیون (مودع) د هغه په تلف کېدلوا کې مقصر نه وي.
همدارنګه په دوه اړخیز ملزم عقد کې که یو اړخ خپل التزام ترسره نکړي، بل اړخ هم حق لري چې د التزام د ترسره کېدلوا خڅه ډډه وکړي، مثلاً که بايغ د مشتری خڅه د ثمن د ورکړي غښته وکړي مشتری حق لري چې د ثمن ورکولو خڅه تر هغه وختنه پوري ممانعت وکړي ترڅو چې بايغ مېعې نه وي ور تسلیم کړي.

په یو اړخیز ملزم عقد کې دغه حالت (عدم تنفيذ دفع) نه تصور کېږي. ۱۶

۷- د معاوضې عقد او تبرع عقد:

معاوضه هغه عقد دی چې هر یوه اړخ (متعاقد) ته ګټې په کې حاصلېږي لکه د اجاري، شرکت او بیع عقدونه.

تبرع هغه عقد دی چې یوه متعاقد ته فایده حاصلېږي د بل اړخ له خوا کومه ګټې نه ور رسیږي.
تبرع عقد، دوه ډوله دی: هبه او تفضل.

هبه هغه عقد دی چې متبرع یوه حصه مال بې عرضه چاته ورکړي په نتیجه کې بې مال ته کمبود او نقصان رسیږي.

تفضل هغه عقد دی چې د متبرع مال ته کمبود او نقصان نه رسیږي لکه بې اجرۍ و کالت.
د یادونې ورده چې ضمان (دعیبونو) او د عوا، د معاوضې په عقودو کې رائخي، د تبرع په عقد کې نه رائخي، واهب د موهوې په عبیونو ضامن نشي کېدلای مګر په هغه صورت کې چې قصداً بې عیب پت کړي وي او هغه عیب موهوب له ته د زیان سبب شي.

۸- مسمة (نومول شوي) عقدونه او غیر مسمة عقدونه:

مسماه هغه عقد دی چې قانون په خاص نوم نومولي وي، د قانون په مادو کې تنظیم شوي او په حلکو کې مروج او شایع وي لکه بیع اجاره شرکت او.....

غیر مسمة هغه عقد دی چې قانون په کوم خاص نوم نه وي نومولی، په خپل جوړنست کې د عامو قواعدو تابع وي لکه هغه عقد چې د داکتر او مریض ترمبنځ د تداوی په هکله کېږي ۱۷.

۹- بسيط عقد او مختلط عقد:

بسيط هغه عقد دی چې د یوه عقد خخه جوړشوي اونور عقدونه ورسره ګډنه وي، که مسمې وي لکه بیع، یا غير مسمې وي، لکه هغه عقد چې د یوې کورنۍ سره یې کوم صحی کلينک کوي. مختلط هغه عقد دی چې د متعددو عقودو خخه ګډه جوړشوي وي لکه هغه عقد چې د یوه مسافر او هوتل ترمبنځ کېږي، چې د مسکن په اعتبار اجاره ده، د غذائي موادو په اعتبار بیع ده، د خدمت له نظره عمل دی د اثاث او اسبابو لخوا د وديعت عقد دی.

۱۰- مدنی عقد او تجاري عقد:

مدنی هغه عقد دی چې د التزام محل په هغه کې مدنی عمل وي لکه د شخصي استعمال لپاره د موټر اخيستل.

تجاري هغه عقد دی چې د التزام محل په هغه کې تجاري عمل وي لکه د تجارتی معاملاتو عقدونه يا رهنمای د معاملاتو.

کله د معاملي د یوې خوا عقد مدنی وي او د بلې خوا تجاري وي لکه د ژوند د بیمه عقد، نوموري عقد د شرکت په نسبت تجاري عقد دی د شخص (مومن) په نسبت مدنی عقد دی ۱۸. په نتیجه کې ويلاي شو چې د عقد د بورتبنيو ډولونو خخه هر یو چې کله په صحيح توګه منعقد شي يعني د عقد دري ګونې ارکان (د عقد د دواړه اړخونو رضامندی، محل، او سبب) په کې شتون ولري، او د عقد د شرایطو څلورواړه ډولونه (د انعقاد شرطونه، د صحت شرطونه، د نفاذ شرطونه او د لزوم شرطونه) په کې مرااعات شي، د نوموري عقد آثار رامېنځته کېږي چې هغه آثار عبارت له: د التزام د پیداکېدو، يا د هغه نقل او تعديل او يا د التزام پای ته رسیدلو خخه دي، هر متعاقده مکلف دی په هغه خه یې چې اتفاق کړي وي هغه به تر سره کوي، هیڅ یوه خواهم نشي کولای چې د مقابل لوری د موافقې خخه پرته د خپل التزام د تر سره کېدو نه ډډه وکړي خکه چې عقد، د دواړه خواوو په موافقې را مېنځته شوی، نو د هغه تعديل به هم د دواړو په اتفاق کېږي، او په هر

متعاقد لازمه د چې د خپل التزام په تر سره کولو کې به هڅه کوي، که کومې خوا د هغه د تنفيذ
څخه سرغرونه وکړي د عقد بل لوری کولای شي چې د امكان په صورت کې مقابل لوری د هغه
تنفيذ ته اړ کړي.^{۱۹}

ماخذونه:

- ۱ - مجلة الاحكام ، ۱۰۳ ، ۱۰۴ مادى وكتل شي. او ابو زهره، الملكة و نظرية العقد ۱۷۱ مخ.
- ۲ - د افغانستان مدنی قانون ۴۹۷ ماده.
- ۳ - السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط، طبع: منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دجات كال ۲۰۰۰ م، دوهم توک، ۱۳۸ مخ.



باقه او د هغه د کوله



۷۱

- ۴ - النوري، حسين، نظرية العقد، ۲۲ مخ.
- ۵ - السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد ۷۹، ۸۳ مخونه. او د عبدالمجيد حکیم، مصادر الالتزام. لومړی توک ۳۱-۳۰ مخونه.
- ۶ - الوسيط، لومړی توک ۱۵۰ مخ.
- ۷ - السنهوري، عبد الرزاق. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، طبع: دار احياء التراث العربي د چاپ کال ۱۹۹۷ م، دریم توک، ۳۶ مخ.
- ۸ - د افغانستان مدنی قانون ۱۸۳ ماده لومړی فقره.
- ۹ - د افغانستان مدنی قانون ۱۴۵ ماده.
- ۱۰ - د افغانستان مدنی قانون ۱۱۷۸ ماده او له فقره.
- ۱۱ - د افغانستان مدنی قانون ۱۷۷۳ ماده.
- ۱۲ - نظرية العقد ۱۳۹ مخ. او الوسيط، لومړی توک، ۱۶۳ مخ.
- ۱۳ - الزرقاء، مصطفى احمد، عقد التأمين و موقف الشريعة الإسلامية منه، طبع: دمشق، د چاپ کال ۱۹۶۳ م، ۴۶۵ مخ.
- ۱۴ - الوسيط. لومړی توک، ۱۶۵ مخ.
- ۱۵ - نظرية العقد، ۴۲ مخ.
- ۱۶ - نظرية العقد، ۴۴-۴۵ مخونه.
- ۱۷ - نظرية العقد، ۴۷-۴۸ مخونه.
- ۱۸ - نظرية العقد، ۴۹ مخ.
- ۱۹ - مصادر الحق

^۱ - مجلة الاحكام ، ۱۰۳ ، ۱۰۴ مادى وكتل شي. او ابو زهره، الملكة و نظرية العقد ۱۷۱ مخ.

^۲ - د افغانستان مدنی قانون ۴۹۷ ماده.

- ^٣ - السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط، طبع: منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دچاب کال ٢٠٠٠ م، دوهم توک، ١٣٨ مخ.
- ^٤ - النوري، حسين، نظرية العقد، ٢٢ مخ.
- ^٥ - السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، ٧٩، ٨٣ مخونه. او د/ عبدالمجيد حکیم، مصادر الالتزام. لومپی توک ٣٠-٣١ مخونه.
- ^٦ - الوسيط، لومپی توک ١٥٠ مخ.
- ^٧ - السنهوري، عبد الرزاق. مصادر الحق في الفقه الاسلامي، طبع: دار احياء التراث العربي د چاب کال ١٩٩٧ م، دريم توک، ٣٦ مخ.
- ^٨ - د افغانستان مدنی قانون ١٨٣٣ ماده لومپی فقره.
- ^٩ - د افغانستان مدنی قانون ١٤٥٩ ماده.
- ^{١٠} - د افغانستان مدنی قانون ١١٧٨ ماده اوله فقره.
- ^{١١} - د افغانستان مدنی قانون ١٧٧٣ ماده.
- ^{١٢} - نظرية العقد ١٣٩ مخ. او الوسيط، لومپی توک، ١٦٣ مخ.
- ^{١٣} - الزرقاء، مصطفى احمد، عقد التامين و موقف الشريعة الاسلامية منه، طبع: دمشق، د چاب کال ١٩٦٣ م، ٤٦٥ مخ.
- ^{١٤} - الوسيط. لومپی توک، ١٦٥ مخ.
- ^{١٥} - نظرية العقد، ٤٢ مخ.
- ^{١٦} - نظرية العقد، ٤٤-٤٥ مخونه.
- ^{١٧} - نظرية العقد، ٤٧-٤٨ مخونه.
- ^{١٨} - نظرية العقد، ٤٩ مخ.
- ^{١٩} - مصادر الحق ٧/٦.

شروط قیاس در استنباط احکام فقهی

مؤمن حلیمی

عمل به قیاس در صورتی صحت پیدا می کند که شروط خاص در آن موجود شود که بعضی آن به اصل تعلق میگیرد و بعضی آن با سایر ارکان قیاس تعلق دارند. قبلًا ذکر گردید که ارکان قیاس چهار آن: اصل، حکم اصل، فرع و علت. اصل آن محلی را گویند که حکم در آن وارد گردیده باشد، و حکم اصل آنست که نص یا اجماع به آن صورت گرفته باشد، و فرع آن واقعه است که معرفت حکم آن توسط قیاس به اصل مطلوب باشد و علت آنست که اساس قیاس کردن به آن بنا یافته باشد، و برای هر رکن، شروط ذیل قرار دارند. (۱)

الف - شرط اصل:

آنچه در اصل شرط این است که فرع برای اصل دیگر واقع نشود، یعنی حکم آن به نص یا اجماع ثابت گردیده باشد، نه به قیاس، زیرا وقتی که علت در اصل یکی باشد، ذکر اصل دوم تطويل در کلام بدون فائد میگردد. مانند این که یکنفر از فقهای شافعی سفر جلی (بهی) را بر سبب در تحریم ربا الفضل قیاس نماید، و بگوید: علت در هر کدام آن طعم است، باوجود آنکه سبب بر خرما قیاس کرده شده است و علت در هر کدام آن طعم است، و خرما آنست که در حدیث نص بر آن وارد گردیده است: (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر و التمر بالتمر). (۲) پس برای گرفتن سبب که اصل قرار بگیرد و بهی بر آن قیاس شود کدام داعی وجود ندارد؛ زیرا سبب فرع اصل دیگری است که عبارت از خرما میباشد. و همچنان قیاس کردن جوار بر برنج در تحقق ربا در بیع جوار به برنج در صورت تفاضل صحیح نمی باشد، زیرا برنج بر گندم که در حدیث قبل الذکر قرار دارد قیاس کرده شده، و علت در هر دوی آن نزد فقهای شافعی طعم بودن است، و نزد فقهای حنفی مکیل بودن آن میباشد، و همین علت بعینه در برنج و جوار موجود میباشد، پس وقتیکه برای قیاس، برنج اصل قرار

گیرد، یک نوع تطویل بدون فایده در کلام میباشد، زیرا در واقعیت امر بر اصل اول که عبارت از گندم است، قیاس کرده شده. (۳)

اگر علت بین اصل منصوص علیه، و اصل دوم که اساس برای قیاس قرار داده شده، متحده نباشد، درین وقت قیاس فاسد میباشد، زیرا نص در اصل دوم وارد نگردیده است، و تنها در اصل اول وارد شده است. و درین وقت علت اصل دوم مقبول نمی باشد که برای قیاس اساس قرار گیرد، زیرا شارع به آن اعتبار نداده است. و هر چه علت اصل اول است، در اصل دوم موجود نمی گردد، پس تا وقتیکه شارع به علت اصل دوم اعتبار نداده باشد، قیاس صورت نمی گیرد. مثلاً وقتیکه یک شخص نیت را در وضو شرط دانسته و بگوید: وضو مانند تیمم است، و علت مشترک بین آن طهارت است، و نیت در تیمم شرط است، پس در وضو نیز شرط میباشد، زیرا این علت در آن موجود است. پس یک شخص دیگر بطور اعتراض بگوید: در تیمم شرط شدن نیت را قبول ندارم، پس آن شخص اول که برای اثبات حکم استدلال نموده است بگوید: تیمم مانند نماز است و علت مشترک بین آن عبادت است، و در نماز به اتفاق علماء نیت شرط است پس در تیمم نیز شرط میباشد.

پس قیاس اول که جهت اثبات نیت در وضو صورت گرفته در علت مخالف قیاس دوم میباشد که برای اثبات حکم تیمم صورت گرفته است، زیرا علت در اول طهارت و در دوم عبادت است. و قیاس اول باطل است، زیرا علت که توسط آن حکم در اصل تیمم ثابت گردیده عبادت است، آن در فرع که وضو میباشد موجود نیست، پس بین اصل و فرع علت مشترک وجود ندارد و در نتیجه قیاس باطل میگردد. فقهای حنفی برای حالت دوم مثال قیاس کردن سیب بر جواری را ذکر نموده اند و گفته اند این قیاس صحیح نیست، زیرا مقیس و مقیس علیه در علت واحده برای حکم که عبارت از کیل یا وزن است اشتراک ندارند. (۴)

ب- شروط حکم اصل:

۱- باید حکم شرعی و عملی باشد که از نص کتاب الله و سنت رسول الله ثابت گردیده باشد، و در صورتی که ثبوت آن به اجماع باشد بعضی علماء اصول گفته اند: قیاس در همچو حالت صحیح نمی باشد، زیرا قیاس قائم مقام شناخت علت حکم است، و آن در اجماع امکان ندارد، زیرا در اجماع ذکر مستند آن شرط نمیباشد، پس وقتیکه مستند آن ذکر نگردید، برای معرفت علت قیاس کدام راه وجود ندارد، پس قیاس امکان ندارد.



علمای جمهور قول مذکور را اینگونه رد نموده اند: اجماع، دلیل شرعی مانند کتاب الله و سنت است، پس تعدیت حکم که به اجماع ثابت گردیده باشد صحیح میباشد، و معرفت علت قیاس به ذکر مستند اجماع موقوف نمی باشد، و برای آن چندین طریقه وجود دارند که از جمله مناسبت بین اصل و حکم آن میباشد، پس عدم ذکر مستند اجماع در مقابل معرفت علت حائل واقع شده نمی تواند و همین قول راجح است، اما در صورتیکه حکم تنها توسط قیاس ثابت گردیده باشد، اصل قرار دادن و روی آن قیاس صحیح نمیشود، بلکه قیاس بر اصل منصوص عليه و بر اساس حکم آن صورت گرفته میتواند.

۲- باید حکم اصل منسخ نباشد، زیرا در قیاس، فرع به اساس حکم اصل بنا می یابد، و تعدی حکم به فرع صورت میگیرد، پس وقتیکه حکم اصل منسخ باشد، چطور به فرع تعدی می نماید؟



درین مورد صاحب مسلم الثبوت چنین فرموده است: (يشرط ألا يكون الحكم منسخاً لأن الحكم لتحصيل الحكم و قدزال اعتبارها). (۵)

۷۵

منسخ نبودن حکم اصل شرط گردانیده شده است، زیرا حکم برای تحصیل حکمت است و در منسخ بودن اعتبار آن زائل گردیده است.

۳- نباید حکم اصل مختص به آن باشد، و در صورت چنین اختصاص، قیاس بر آن صورت گرفته نمی تواند، زیرا تعدی حکم اصل به فرع مقتضای قیاس است. و مختص بودن به آن مانع متعددی شدن آن بسوی فرع میگردد، پس وقتیکه متعددی بودن آن ممتنع باشد،

قیاس هم قطعاً ممتنع میباشد، زیرا قیاس در همچو حالت منافق و معارض با دلیل است، که دلالت بر اختصاص اصل با حکم است و قیاس که منافق با دلیل باشد، باطل است. از آن جمله اختصاص مباح بودن تعدد ازدواج بیش از چهار زن، برای رسول الله (ص) و حرام بودن نکاح با همسران او صلی الله علیه وسلم، و اباحت صوم وصال و ازدواج بدون مهر می باشد، پس صحیح نیست که غیر از رسول الله صلی الله علیه وسلم در این تحریم و یا اباحت و به او قیاس گردد، و همچنان اختصاص قبولیت شهادت خزیمه بن ثابت رضی الله عنه این حکم از این قول پیامبر صلی الله علیه وسلم ثابت است که فرموده اند: (من شهد له خزیمه فهو حسبة) (۶) برای کسیکه خزیمه شهادت دهد، شهادتش کافی و بسنده است. و به شاهد دیگر ضرورت نیست. پس صحیح نیست که دیگر را اگرچه در درجه فضل و تقوی با او برابر و یا عالی باشد با او قیاس کرده شود.

۴- باید حکم اصل معدول به از سنن قیاس نباشد: یعنی هر چیزیکه حکم آن برخلاف قیاس ثابت گردیده باشد، دیگر چیز بر آن قیاس نمی گردد، زیرا در واقعه اثبات حکم توسط قیاس صورت میگیرد، پس وقتیکه حکم مخالف قیاس واقع گردد، درینصورت اثبات حکم به آن در فرع صحیح نمی باشد، و معدول به از سنن قیاس دو قسم است.

اول- چیزیکه معنای آن معقول نباشد، و آن دو نوع است: نوع اول اینکه از قاعده عام استثناء شده میباشد مانند: قبول کردن شهادت خزیمه، پس باوجودیکه غیر معقول المعنی میباشد، از قاعده شهادت که عبارت از دو شاهد است، مستثنی میباشد. و یا حکم کردن به صحت روزه کسیکه در حالت نسیان روزه را بخورد، پس این حکم از قاعده تحقق فطر به هر چیزیکه در شکم داخل شود مستثنی گردیده است، به حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم است که فرموده اند: (من نسی و هو صائم فأكل او شرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله و سقاہ). (۷)

کسیکه بفراموشی چیزی را بخورد یا بنوشد، پس او تمام نماید روزه خود را، زیرا بی شک الله تعالی او را طعام و آب داده، یعنی روزه او نمی شکند.

نوع دوم اینکه از اصل غیر معقول المعنی ثابت گردیده باشد، مانند تعداد رکعات نماز، و اندازه نصب زکات، مقادیر حدود و کفارات، زیرا این امور معقول المعنی نمی باشد، و از قاعده عامله مستثنی هم نمیباشد، یعنی احکام تعبدی اند که علت آن توسط عقل درک نمی گردد، پس دیگر چیز بر آن قیاس نمی شود، ازین جهت علماء گفته اند: (لا قیاس فی الأحكام التعبدیة) قیاس در احکام تعبدی صحیح نیست، و آن عبارت از احکامی اند که خداوند (ج) دانستن علت آنرا که احکام به آن بنا یافته، ترجیح داده است و درک معرفت علت آن به هیچ کس نداده است، که زدن صد شلاق برای مرد زانی و زن زنا کار، و دره زدن تهمت کننده با هشتاد شلاق، تعداد اشواط طواف در ماحول کعبه در وقت حج و همچنان سعی بین صفا و مروه با تعداد معین ازین جمله بحساب میرود.

دوم- چزیکه ابتداء مشروع گردیده باشد بدون ازینکه برایش شبیه و مانند باشد، قیاس در آن صحیح نیست، برابر است معقول المعنی باشد، مانند رخص در سفر و مسح بر موزه، از جهت علت دفع مشقت، یا غیر معقول المعنی باشد، مانند سوگندهای قسامه والزام دیت بر عاقله، یعنی عصبه و اقارب قاتل. (۸)

قسامه: سوگندهای اند که برای پنجاه نفر از اهل شهریکه مقتول در آن پیدا شده و قاتلش معلوم نباشد، داده می شود، و اولیاء مقتول به هیچ کس ادعای قتل او را نکرده باشند. که این رأی فقهای حنفی و هادوی میباشد، پس پنجاه نفر از اهل قریه یا شهر سوگند می نمایند که ما او را به قتل نرساندیم و نه قاتل او را می شناسیم.

جمهور علماء گفته اند: قسامه عبارت از سوگند های اولیاء مقتول میباشد، یعنی مدعیان برینکه شما او را به قتل رسانده اید، و اگر آنها از سوگند کردن امتناع ورزیدند، درینصورت مدعی علیهم پنجاه دفعه سوگند نمایند، که ما او را به قتل نرساندیم و نه از قاتل او خبر داریم. (۹)

خلاصه اینکه حکم اصل باید معقول المعنی باشد، یعنی مبنی بر علت باشد که عقل توان ادراک آنرا داشته باشد، چون اساس قیاس درک کردن علت حکم و ادراک تحقق آن در فرع است، تا امکان تعدیه حکم اصل به فرع صورت گیرد، بدلیل مشترک بودن آن در علت. مانند

در ک اینکه علت شراب اسکار میباشد، یعنی نشه ایکه عقل را می پوشاند، و همین حکم برای تعدیت حکم صالح است که به فرع تعدی نماید، و اگر حکم تنها به محل ورود آن قاصر باشد، درینصورت قیاس به وجود نمی آید. مثلاً: سفر و صف قاصر بر مسافر است، پس برایش قصر نماز چهار رکعتی و افطار روزه جائز است، بنابرین، صحیح نیست که غیر او مانند صاحبان کارهای شاقه و سخت بر او قیاس گردد.

۵- دلیل حکم اصل شامل و دلالت کننده بر حکم فرع نباشد، زیرا وقتیکه دلیل حکم اصل شامل فرع باشد، در آن حکم به این دلیل ثابت می گردد، نه به قیاس، پس اگر یکی از مشتملات اصل و دیگر آن فرع قرار گیرد، درینصورت ترجیح بدون مردج می آید، زیرا یکی آن بر دیگری اولویت ندارد، بلکه درینوقت قیاس کردن فایده ندارد، زیرا حکم به نص ثابت گردیده که نسبت به قیاس قویتر است، مانند اینکه در تحریم شراب به حدیث نبوی استدلال کرده شود، نه به آیت که عبارت است از: "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَا عَنْ كُلِّ مَسْكُرٍ". (۱۰)

نبی صلی الله علیه وسلم منع فرموده از هر مسکر، و نهی شامل نبیذ نیز می گردد و حاجت برای قیاس باقی نمی ماند.

از همین نوع است چیزیکه به دلالت نص بر فرع دلالت نماید، مانند این قول خداوند (ج):

"فلا تقل هما اف". (۱۱)

(زنهار کلمه مگو برای شان کلمه اف را که رنجیده خاطر شوند).

این آیت به دلله النص بر حرمت زدن والدین دلالت می نماید، زیرا مقصود از آیت منع از ضرر رساندن میباشد، و درین هیچ شکی نیست که زدن والدین تحت آن داخل میباشد، بلکه شدیدترین انواع ضرر میباشد.

۶- حکم اصل در تشریع، بر حکم فرع مقدم باشد، وقتیکه برای حکم فرع دلیل دیگری غیر از قیاس نباشد، زیرا در صورت تأخیر حکم اصل معلوم می گردد که حکم فرع قبل از مشروعيت اصل، بدون دلیل موجود بوده که این امر باطل است، زیرا مدلول بدون دلیل موجود نمی گردد.

اگر برای فرع دلیل دیگری غیر از قیاس موجود باشد، درینصورت این شرط در نظر گرفته نمی شود، زیرا حکم فرع قبل از قیاس به این دلیل ثابت بوده، و بعد از قیاس به آن دلیل و قیاس هر دو ثابت میباشد. که درین صورت، دو دلیل بر یک مدلول وارد گردیده اند.

بنابر این قیاس کردن وضوء بر تیمم در اشتراط نیت، به علت طهارت صحیح نیست، مثیله در تیمم شرط گردانیده شده است، زیرا وضوء در این قیاس فرع، و تیمم اصل می گردد باوجود آنکه وضوء در تشریع بر تیمم مقدم است، زیرا وضو قبل از هجرت مشروع گردیده و تیمم بعد از هجرت. پس برای وجوب نیت در وضوء قبل ازین قیاس، کدام دلیل وجود ندارد و نه بر عدم وجوب آن. این در صورتی است وقتیکه گفته شود: در وضوء هیچ دلیل بر فرضیت نیت بدون این قیاس وجود ندارد. و اگر دلیل دیگری در نظر گرفته شود که عبارت ازین قول پیامبر علیه الصلاة والسلام میباشد: "إنما الأعمال بالنيات..." (١٢) ثواب و صحت اعمال به نیت تعلق دارد، پس قیاس وضوء بر تیمم صحیح است، زیرا این حدیث قبل از هجرت وارد گردیده است. و درین صورت نیت در وضوء قبل از هجرت به این حدیث ثابت بوده، و بعد از هجرت به این حدیث و قیاس هر دو ثابت میباشد.

ج- شروط فرع:

شروط فرع در ذیل شروط علت و یا شروط حکم اصل فهمیده می شود که قرار ذیل

شرح می گردد:

۱- علت فرع با علت اصل در ذات یا در جنس مماثلت داشته باشد، مانند قیاس کردن نبیذ به خمر به علت اسکار، زیرا علت موجود در نبیذ، عین آن علت است که در شراب وجود دارد، که عبارت از اسکار است و بر تحریم آن نص وارد گردیده است.

قابل تذکر است که در مقیس و مقیس علیه تساوی اندازه اسکار به اعتبار قوت و ضعف شرط نمی باشد، زیرا اساس تحریم مطلق اسکار است، و مطلق به هر حالت به اعتبار قوت و ضعف تحقق می یابد و همچنان شرط نیست که علت در فرع بصورت قطعی معلوم باشد

طوریکه بعضی علماء چنین نظر دارند، بلکه ظنی بودن آن کفاایت می نماید، زیرا که ظن شرعاً واجب العمل می باشد. (۱۳)

یا مانند قیاس نمودن وجوب قصاص در احشاء بر وجوب قصاص در نفس به علت جناحت، که درینجا تساوی در جنس علت میباشد، نه در عین آن. باید علت اصل در فرع موجود گردد، زیرا شرط تعدی حکم بالای فرع متعدد بودن علت است، باید که علت در فرع، نفس علت موجوده در اصل باشد که حکم بر آن مبتنی میگردد، زیرا وقتیکه فرع مساوی با اصل در علت نباشد، و برابری آن با حکم ممتنع است، زیرا این مساوات و برابری یعنی متعددی شدن حکم از اصل، فرع، قائم بر اساس مماثلت و هم مثلی آن دو در علت است. اگر در قیاس این شرط تحقق نیابد، قیاس مع الفارق نامیده می شود.

مثال آن مسئله تقسیم عقار (زمین) مشفوع فیه میان شرکاء است که برای شان حق شفع داده شده، طرح مسئله ازین قرار است که آیا این زمین به تعداد رؤس تقسیم گردد بدون در نظرداشت مقدار سهمیه شان و یا این که به نسبت سهام شان تقسیم شود؟ فقهای حنفی گفته اند: تقسیم میان شان مرادف است با چشم پوشی از مقدار سهم شان، و جمهور علماء گفته اند: تقسیم بین آنها به اساس مقدار سهم هر یک صورت می گیرد، استدلال آنها به اساس قیاس است، باعتبار آنکه مال گرفته شده به شفع شبیه با فایده و بهره مال مملوک بصورت شرکت است در آن جای که فایده بر شرکاء به نسبت حصه شان در این مال مشترک بدون اختلاف بین فقهاء تقسیم میشود، ملکیت مشفوع فیه از جانب شرکاء به طریقه شفع بر آن قیاس کرده میشود، پس به نسبت حصه های شان در ملکیت زمین به ایشان تقسیم میگردد، و فقهای حنفی این قول را رد نموده گفته اند: این قیاس مع الفارق است، چون فایده متولد از چیز مملوک است و برای هر شریک ازین فایده به اندازه ای انتاج و تولید ملکش داده شود، هر آنچه از شفع حاصل میگردد متولد از ملکیت آنها نمی باشد،

چون ملک غیر امکان ندارد که ثمره یا فایده برای کسی دیگر بدهد. (۱۴)

۲- حکم اصل در فرع تغییر نیابد، پس علمای حنفی قیاس ظهار ذمی بر ظهار مسلمان در حرمت استمتع از زن مظاهر منها را جواز نمی دهند، زیرا تحریم در اصل که عبارت از ظهار

مسلمان است، مؤقت میباشد و با کفاره انتهاء می‌یابد، چنانچه در آیات ظهار به آن تصریح گردیده است: "فتحریر رقبته من قبل ان يتمنسا". (۱۵)

(بر او آزاد کردن گردن (غلام) است قبل از جماع). و بعد از تحریر رقبه جماع کردن برای شان حلال میباشد، و حرمت مجتمع با ادای کفاره به انتهاء میرسد. و تحریم در فرع، که عبارت از ظهار ذمی است، مؤبد میباشد، زیرا کافر از اهل کفاره نیست، و مقصود از کفاره تطهیر میباشد، و آن عبادت است، یا به تعبیر دقیق‌تر معنای عبادت در آن ترجیح دارد، و کافر در حالت کفر اهل اداء عبادت نمی‌باشد، زیرا به اعمال او در دنیا و آخرت کدام ثواب مرتب نمی‌گردد. بنابر آن نزد فقهای حنفی ظهار او باطل، و نزد علمای شافعی ظهار او صحیح است، زیرا ذمی به طعام دادن یا اعتاق که از انواع کفاره میباشد، قدرت دارد، اما اینکه او اهلیت روزه گرفتن را ندارد، مانع صحت ظهارش نمی‌گردد، مانند غلام که اهلیت کفاره بالمال را ندارد و ظهارش صحیح میباشد. (۱۶)

۳- تشریع حکم فرع باید مؤخر باشد، یعنی تقدم فرع بر اصل در قیاس مرتب نباشد، مانند قیاس وضوء بر تیمم در اشتراط نیت، باوجود اینکه مشروعيت تیمم نسبت به وضوء مؤخر میباشد، که این موضوع در شروط حکم بیان گردید و این شرط در مقابل شرط ششم از شروط حکم اصل قرار دارد.

۴- نص که دلالت برخلاف قیاس نماید در فرع وجود نداشته باشد، زیرا درینصورت قیاس با نص تصادم می‌نماید. و برای این قیاس (فاسد الإعتبار) گفته میشود. نزد اصولی‌ها مقرر است که در معرض نص اجتهاد جواز ندارد، وقتیکه نص موجود باشد، برای قیاس کدام معنی باقی نمی‌ماند، پس نزد فقهای حنفی شرط گردانیدن صفت ایمان در آزاد کردن رقبه کفاره یمین جهت قیاس آن به کفاره قتل خطا، صحیح نیست، زیرا در شرط گردانیدن آن نص مطلق که در کفاره یمین است مقید می‌گردد، و تقیید نص مطلق توسط قیاس جواز ندارد. نصی که در کفاره یمین وارد گردیده عبارت از این قول خداوند (ج) میباشد: "لایواخذ کم الله باللغو فی ایمنکم ولكن یواخذکم بما عقدتم الایمن فکفتره اطعام عشره مسکین من اوسط ما تطعمون اهليکم او کسوتهم او تحریر رقبه". (۱۷)

(نمی‌گیرد شما را الله (ج) به سوگندهای لغو و بدون قصد و لیکن می‌گیرد شما را بر شکستن آن سوگندی که از روی عقیده و قصد آنرا کرده باشید، و کفاره آن سوگند طعام دادن ده فقیر است از متوسط آن طعام که تهیه می‌کنید برای اهل خود یا جامه پوشانده برای آنان و یا آزادی یک برد).^{۱۸}

رقبه (گردن) در این نص مطلق و غیر مقید به وصف ایمان میباشد، و مقید ساختن آن به قید ایمان به اساس قیاس بر کفاره قتل خطاء صحیح نبوده، و این قیاس فاسد است، زیرا به این قیاس تغیر حکم اصل مرتب می‌گردد. و نص که در کفاره قتل خطأ وارد گردیده این قول خداوند (ج) میباشد: " و من قتل مؤمننا خطأ فتحریر رقبه مؤمنه".^{۱۸} (و کسیکه به قتل رساند مسلمان را از روی خطأ، پس باید آزاد نماید یک برد مسلمان را).^{۱۹}

و همچنان قیاس که با اجماع تصادم نماید، نزد علمای اصول فاسد الإعتبار است. و درین مورد علما گفته اند: قیاس نمودن جواز ترک نماز در سفر بر جواز ترک روزه جهت وجود سفر صحیح نیست، و این قیاس باطل است، زیرا علماء اجماع نموده اند که ترک نماز به علت سفر جواز ندارد.^{۱۹}

د- شروط علت:

علت: اساس قیاس، تهداب و رکن عظیم آن میباشد، بر اساس معرفت و شناخت و تحقق وجود آن در فرع قیاس تکمیل شده، و ثمرة آن آشکار می‌گردد، و برای مجتهد واضح می‌گردد حکمی که در باره آن نص وارد شده قاصر نمی‌باشد، بلکه آن حکم در تمام واقعات که در آن علت حکم تحقق یابد، وجود دارد. بناءً، شروط آن را قرار شرح آتی ذکر می‌نمایم:^{۲۰}

- ۱- باید علت وصف ظاهر و روشن باشد: معنای ظهور آن این است که امکان تحقق آن از لحاظ وجود در اصل و فرع صورت گیرد، زیرا علت علامه حکم و شناخت آن است، یعنی به سبب موجودیت آن در فرع، حکم آن مانند حکم اصل می‌گردد. بناءً لازم است که ظاهر و

آشکار باشد، به حواس ظاهری در اصل درک و تحقق وجود آن در فرع محسوس گردد، و زمانیکه علت مخفی باشد و به حواس درک نگردد، امکان دلالت آن بر حکم وجود ندارد، پس ضروری است که علت مخفی نباشد، مانند: نشه بودن در شراب که علت تحریم آن است، این یک وصف است که امکان تحقق و موجودیت آن در شراب وجود دارد، چنانچه امکان تحقق و موجودیت آن در هر نبیذ نشه آور وجود دارد، ازین جهت، زمانیکه علت وصف مخفی باشد. شارع در مقام آن یک امر ظاهری را قائم نموده که بر آن دلالت نماید، مانند رضامندی در معاوضات مالی که اساس نقل ملکیت است، و علت آن یک امر مخفی میباشد که تعلق به قلب دارد و برای ادراک آن هیچ راه نیست و صلاحیت علت بودن را ندارد، ازین جهت شارع یک امر ظاهری را جا گزین آن نموده است که عبارت از صیغه عقد است، زیرا ایجاب و قبول یک امر آشکار است و به حیث علت قبول می گردد.

و همچنان صغارت علت ثبوت ولایت بر صغیر میباشد، زیرا صغارت یک امر ظاهر است، و گشت و گذار پشک صلاحیت علت شدن برای طهارت پس خورده آن را دارد، زیرا از نبی صلی الله علیه وسلم درین مورد سوال شد که در پاسخ چنین فرمودند: "إِنَّهَا لِيْسَ بِنِجْسٍ، إِنَّمَا هِيَ مِنَ الطَّوَافِينَ عَلَيْكُمْ". (۲۱)

(پس خورده آن نجس نیست، زیرا از جمله طواف کنندگان بر شما میباشد). پس به علت طواف پس خورده آن پاک است، و درین بلوای عام وجود دارد.

و همچنان قتل عمد بصورت تجاوز، علت قصاص است، لیکن عمديت (قصد کردن) یک امر نفسی است که شناخته نمیشود، پس شارع در مقام آن یک امر ظاهری را مقرر نموده که با آن قرین بوده و بر آن دلالت می نماید که عبارت از آله میباشد که قاتل آنرا استعمال کرده است، یعنی چیزیکه از شأن آن قتل است، مانند: شمشیر، تفنگچه، بم دستی وغیره.

و همچنان حصول نطفه شوهر در رحم همسرش بمجرد لمس، علت ثبوت نسب شناخته شده، اما این یک امر مخفی میباشد که برای ثابت شدن آن هیچ راهی وجود ندارد، پس شارع در مقام آن یک امر ظاهری را قائم نموده که بر آن دلالت نماید و آن عبارت از منعقد شدن ازدواج صحیح است. (۲۲)

۲- باید علت وصف منضبط باشد: یعنی دارای حقیقت معینه و محدود باشد که با اختلاف اشخاص و احوال مختلف نشود، ولو اختلاف یسیر و اندک باشد، مانند قتل در محروم ماندن قاتل از میراث، این یک حقیقت معین و محدودی است که با اختلاف قاتل و مقتول مختلف نمی شود، پس امکان دارد بر قاتل وارث قاتل موصی له را قیاس کرد.

و نشه علت برای حرمت شراب است، و این یک حقیقت معین است که برای عقل خلل وارد می نماید، و این حقیقت در ذات شراب نهفته است، اگرچه کدام شخص روی کدام عارض دیگر نشه برایش پیدا نشود، و تحقق این صفت یعنی اسکار در هر نبیذ مسکر امکان پذیر است، و تفاوت بین اشربه در قوت و ضعف تأثیر ندارد، زیرا این اختلاف یسیر و اندک است، و به آن التفات کرده نمی شود و در حقیقت اسکار تأثیر ندارد. (۲۳)

همچنان تجاوز در خرید و فروش انسان بالای خرید و فروش برادر مسلمانش وصف منضبط قرار داده می شود، امکان دارد که کرایه طلب کردن انسان بالای کرایه خواهی برادرش جهت مشترک بودن آن در علت حکم بر آن قیاس گردد.

به سبب اینکه شرط اساس قیاس مساوات فرع با اصل در علت حکم میباشد که مساوات در نفس بر آن حکم مرتب می گردد، و زمانیکه علت محدود و مشخص نباشد، حکم نمودن به مساوات فرع با اصل امکان ندارد، ازین جهت می بینیم که هنگامیکه وصف غیر منضبط باشد شارع امری را قایم مقام آن می گرداند که منضبط باشد، بنابراین، برای مسافر و مریض افطار در رمضان به علت مشقت روا نمیگردد، زیرا نزد بعضی مردم روزه گرفتن مشقت آور بوده و نزد بعضی دیگر آن مشقت ندارد، بنابر آن سفر و مرض که وصف ظاهر منضبط است، علت قرار می گیرد، خداوند (ج) درین مورد چنین فرموده اند: " فمن کان منکم مریضا او علی سفر فuded من ایام اخر". (۲۴)

(پس کسیکه از شما مریض یا مسافر باشد پس بر او روزه گرفتن لازم است از روزهای دیگر).

۳- باید وصف مناسب باشد: معنای مناسب آن است که قابلیت تحقق حکمت حکم را دارا باشد تا حکم همراه آن موجود گردد و منظور شارع که جلب منفعت و دفع ضرر، که باعث حقیقی بر تشریع حکم و مقصد نهائی از آن حکمت است برآورده گردد. و مناسب شرعاً به تأثیر در حکم ثابت می گردد، یعنی بعضی اوقات به نظر مجتهد وصف مناسب علوم می گردد، لیکن وقتیکه شرعاً به آن اعتبار داده نشده باشد، آن وصف مناسب نمی باشد، پس وقتیکه شارع به آن اعتبار داد، وصف مناسب شمرده می شود. مثلاً اسکار وصف مناسب برای تحریم شراب است، زیرا با تتحقق حکم آن که عبارت از تحریم است، مفسده و ضرر از مردم دفع و عقول و اجسام آنان از ضرر مصئون می ماند.

قتل عمد بصورت تجاوز یک وصف مناسب و سازگار برای وجوب قصاص است، سرقت (دزدی) یک وصف مناسب برای تشریع وجوب بریدن دست دزد است، زیرا موجب حفاظت اموال مردم می گردد، سفر در ماه رمضان یک وصف مناسب برای حکم اباحت افطار است، و با این ربط حکمت مشروعیت آن که عبارت از دفع مشقت است تتحقق می یابد. (۲۵) باعث و انگیزه حقیقی برای تشریع حکم، تحقق حکمت است، اگر این حکمت ها در تمامی احکام واضح و ثابت می بود، علل و موجبات آن شمرده می شدند، مگر به سبب خفای آن در بعضی احکام و عدم ثبوت آن در بعضی دیگر، اوصاف ظاهر و ثابت که ملایم و مناسب حکم میباشد، قائم مقام آن گردانیده شده است.

بناءً، تعلیل به اوصاف غیر مناسب، که عقل ارتباط آنرا با حکم و حکمت مشروعیت آن را معقول نداند، صحیح نیست، و آنرا اوصاف طردی می نامیم، مانند رنگ، سیلان، طعم و مزه شراب، هیچ یک از اینها صلاحیت وصف مناسب را برای حرمت شراب ندارد، و همچنان سرمایه دار و یا صاحب منزلت بودن سارق یا بدبوی (صحرانشین) بودن وی و یا فقیر و یا مزدور بودن یا مسروق منه (از کسیکه مال دزدی شده) هیچ یک ازین اوصاف صلاحیت وصف مناسب حکم برای بریدن دست دزد نمی باشد.

همچنان تجاوز وصف مناسب برای قاتل عمد در وجوب قصاص و یا حرمان از میراث شده نمی تواند مرد باشد یا زن، روشن فکر باشد یا جاہل. (۲۶)

۴- باید علت وصف متعددی بوده و وصف منحصر بر اصل نباشد: یعنی تحقق وصف در چند افراد امکان داشته باشد، و وجود آن در غیر اصل امکان پذیر باشد، زیرا اگر علت تنها بر اصل قاصر باشد، قیاس صحت ندارد، بدلیل اینکه قصور علت در اصل، مانع تحقق آن در فرع می‌گردد، و مبنای قیاس مشارکت فرع با اصل در علت حکم می‌باشد. پس وقتیکه این مشارکت به سبب عدم تعدی علت به غیر اصل تحقق نیافت، درینصورت قیاس صحیح نمی‌باشد. مثلاً: تعلیل تحریم شراب به اینکه عصیر انگور مخمر است، صحت ندارد، زیرا این علت در غیر شراب موجود نمی‌گردد، و اگر ما آنرا به اسکار تعلیل نمائیم، صحت دارد، زیرا در شراب و غیر آن موجود می‌گردد. همچنان تعلیل حرمت ربا در طلا و نقره به اینکه اثمان اشیاء میباشد صحت ندارد، زیرا علت قاصر است و در غیر اصل موجود نمی‌گردد بناءً امکان ندارد که چیز دیگر بر آن قیاس گردد. (۲۷)

و همچنان این قول: (يحرم الربا في البر لكونه بُرا) در گندم ربا حرام است، زیرا آن گندم است، صحت ندارد همانطوریکه این قول: (يحرم الخمر لكونه خمراً) شراب حرام است، زیرا آن شراب است، صحت ندارد. پس درین دو قول، علت تنها بر اصل قاصر است و از محل نص به محل دیگر تجاوز نمی‌نماید.

همچنان قیاس بر احکامی که از خصائص رسول الله صلی الله علیه وسلم اند، مانند جواز نکاح با بیشتر از چهار زن، تحریم نکاح زوجات او برای دیگران، صحت ندارد. همچنان سفر و مرض هر کدام وصف قاصر در اباحت فطر برای مسافر و مریض است، پس قیاس صاحب اعمال شaque در بنا و زراعت بر آن صحت ندارد. (۲۸)

علماء بر صحت تعلیل که علت آن به نص یا اجماع ثابت باشد اتفاق نظر دارند، اما اگر علت به اجتهاد و استنباط ثابت گردیده و منحصر بر اصل باشد، آنگاه فقهای حنفی تعلیل بر آن را ممنوع قرار داده اند، بدلیل اینکه تعلیل درینصورت فایدهٔ ندارد، زیرا اساس قیاس علت است، و علت صلاحیت اساس برای قیاس را در صورتی دارد که متعددی باشد یعنی وجود آن در فرع امکان داشته باشد، و همچنان متعددی بودن علت برای صحت قیاس نزد فقهای غیر حنفی شرط است و این محل اتفاق بین علماء میباشد.

۵- علت از اوصاف باشد که شارع اعتبار آنرا لغو نکرده باشد: یعنی هیچ دلیل شرعی بر الغاء و عدم اعتبار آن صورت وجود نداشته باشد، گاهی در ابتدا برای مجتهد ظاهر می گردد که وصف مناسب برای حکم است اما در حقیقت مخالف نص و دلیل شرعی قرار دارد، پس برای این وصف اعتبار داده نمیشود، زیرا آنچه مخالف دلیل شرعی باشد قطعاً باطل است، مثلاً برای مجتهد آشکار گردد که گردانیدن کفاره افطار در ماه رمضان به واسطه جماع روزه گرفتن (۶۰) شصت روز است ابتداءً نسبت به کسیکه قادر به آزاد کردن غلام باشد، و بگوید: این حکم با تحقق یافتن حکمت کفاره مناسب است که عبارت از زجر و تهدید میباشد، لیکن این رأی قطعاً خطاء است، زیرا قادر بودن شخص افطار کننده بر آزاد کردن برده، وصف مناسب برای وجوب روزه بر او ابتداءً نمی باشد، زیرا این قول در تصادم با نص قرار دارد و در آن ترتیب در ادای کفاره ابتداءً آزاد کردن غلام، شصت روز روزه گرفتن برای کسیکه قدرت آزاد کردن را نداشته باشد، طعام دادن برای شصت مسکین به کسیکه توان روزه را نداشته باشد، وجود دارد.

اینجاست که فتوای یحیی بن یحیی شاگرد امام مالک (رح) در مورد عبدالرحمن بن حکم اموی یکی از ملوک اندلس که با خانم اش در روز رمضان جماع کرده بود، به ایجاب (۶۰) شصت روز روزه ابتداءً زجرً بدلیل اینکه عتق بر او آسان است، درست نیست زیرا حکم شرعی بین روزه، عتق و اطعم ترتیب دارد.

همچنان اعتبار نمودن وصف اشتراک مذکور و مؤنث در بنوت (فرزنده) وصف مناسب برای حکم نمودن به برابری میان دختر و پسر در میراث یک خطاء قطعی است، زیرا شارع این وصف را با بیان این حکم: « یوصیکم اللہ فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین ». (۲۹) (حکم می نماید اللہ در حق اولاد شما اینکه پسر دو برابر دختر ارث میگیرد). باطل نموده است.

اشتراک مرد و زن در عقد نکاح یک وصف مناسب برای وجوب اشتراک در حق طلاق باطل است، زیرا دلائل شرعی دارد بر اینکه طلاق در اختیار مرد است نه به اختیار زن.

در مورد شروط علت باید گفت: بنابر قول راجح مذاهب شده میتواند که علت حکم شرعی باشد، مثلاً: بیع شراب باطل است بدلیل حرمت انتفاع از آن، یا از جهت نجس بودن آن، و جواز رهن مشاع بدلیل جواز بیع آن، و همچنان شده میتواند که علت وصف عارضی باشد مانند شدت مطربه در شراب، یا لازم باشد مانند طعم در اقسام ربی چهارگانه که عبارت از: گندم، جو، نمک و خرما میباشند، و همچنان صغر در ثبوت ولايت بر صغیر. شده میتواند که علت از جمله افعال مکلفین باشد مانند دزدی و قتل، یا اینکه وصف بسيط يعني غير مرکب باشد مانند طعم و اسکار، یا وصف مرکب از دو جزء يا بيشتر از آن باشد، طوريكه هر كدام آنها مستقل عليت نمي باشد، مانند: (قتل العمد العداون).^(۳۰) علمای اصول اتفاق نموده اند بر اينکه تعليل حکم عدمی يعني سلبی به وصف عدمی جائز است، مانند تعليل عدم جواز تصرفات مجنون به عدم عقل، و تعليل حکم وجودی به وصف وجودی، نيز جائز است مثل: تعليل تحريم شراب به اسکار، و صحت بیع به ايجاب و قبول.

در تعليل حکم وجودی به وصف عدمی دو مذهب وجود دارد:

- ۱- جائز نیست، زیرا حکم وجودی امر متمیز است، و امر عدمی غیر متمیز، زیرا معدوم از معدوم جدا نمی گردد و این رأی ابن حاجب می باشد، و در علت شرط است که از آنچيزیکه علت نیست، متمائزاً باشد، که درین وقت وصف عدمی صلاحیت علت شدن را ندارد.
- ۲- تعليل به وصف عدمی جائز است، و این رأی اکثریت فقهاء می باشد و نزد احناف راجح است، زیرا حکم وجودی گاه گاه با وصف عدمی وجوداً و عدماً دوران می نماید، بناءً عليت به آن ثابت می گردد، زیرا دوران از طرف اثبات عليت میباشد. مثل جواز زدن بادار غلام خود را بدلیل عدم اطاعت، پس زدن بادار در وقت عدم اطاعت موجود و در وقت عدم آن منعدم می گردد، زیرا وقتیکه غلام اطاعت بادار خود نماید او را نمی زند.^(۳۱)

نتیجه گیری:

از تحقیق گذشته نتایج ذیل بدست می آید.

- ۱ - خداوند(ج) هیچ حکمی را بدون مصلحت اراده نکرده است. و مصالح مردم هدف نهائی تشریع احکام است. وقتیکه در واقعه نص موجود نباشد با واقعه که در مورد آن نص وارد گردیده در علت حکم مساوی باشد. حکمت و عدالت مقتضی آن است که جهت تحقق مصلحت در حکم آنها مساوات بعمل آید که این هدف و مقصد شارع از تشریع احکام است.
- ۲ - ارکان قیاس چهار اند که عبارت از اصل ، فرع، حکم اصل و علت اند، و برای هر کدام آن شروطی وجود دارند که بدون آن عمل به قیاس جواز ندارد. علت اساسی قیاس ، تهداب و رکن عظیم آن می باشد.
- ۳ - در این مقاله شروط قیاس بطور مفصل بیان گردیده اند، که بعضی آن به اصل و برخی دیگری آن به فرع، حکم اصل و علت بر میگردند.
- ۴ - در این مقاله از منابع ممتمد استفاده صورت گرفته است .
- ۵ - در این مقاله احادیث (ج) از کتب معتبر آن تخریج گردیده اند.

فهرست مراجع:

- ۱ - البهاری، الإمام المحقق الشیخ محب الله بن عبدالشکور ، مسلم الثبوت، دار صادر، القاهرة- مصر، الطبعة الأولى، ۱۴۲۴ هـ ج: ۲، ص: ۲۰۱.
- ۲ - سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج، ۳، ص: ۳۷.
- ۳ - فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج: ۲، ص: ۲۵۴.
- ۴ - المستصفى في علم الأصول، ج: ۲، ص: ۸۷.
- ۵ - مسلم الثبوت، ج: ۲، ص: ۲۰۰.
- ۶ - مسند احمد، ج: ۱، ص: ۳۲۸- سبل السلام، ج: ۲، ص: ۱۶۳.
- ۷ - سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج: ۲، ص: ۱۶۰.
- ۸ - المستصفى من علم الأصول، ج: ۲، ص: ۸۹.
- ۹ - سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج: ۴، ص: ۲۵۳.
- ۱۰ - صحيح البخاري، باب النهى عن المسكر، الأشربة، ص: ۱۰ - و مسند احمد، ج: ۴، ص: ۲۷۳.

١١- سورة الإسراء / ٢٣.

١٢- الكتاني، محمد بن جعفر ، النظم المتأثر في الحديث المتواتر، دار الفكر، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ص:

.١٧

١٣- الشاشي السمرقندى، محمد نظام الدين اسحاق بن ابراهيم، اصول الشاشى، فاروقى كتب خانه، الفضل ماركت،
اردو بازار، لاہور – پاکستان، ص: ٩٣.

١٤- روضة الناظر، ج: ٢، ص: ٣١٠.

١٥- سورة المجادلة / ٣.

١٦- المستصفى من علم الأصول، ج: ٢، ص: ٨٩.

١٧- سورة المائدۃ / ٨٩.

١٨- سورة النساء / ٩٢.

١٩- فواحـ الرحمـوت بـشـرح مـسلمـ الثـبـوتـ، جـ: ٢ـ، صـ: ٢٥٧ـ.

٢٠- التقرير والتحبير، ج: ٣، ص: ١٤٢.

٢١- سيل السلام شرح بلوغ المرام، ج: ١، ص: ٢٣.

٢٢- الأمدي، الإحکام فی اصول الأحكام، ج: ٣، ص: ١١.

٢٣- المستصفى من علم الأصول، ج: ٢، ص: ٩٨.

٢٤- سورة البقرة / ١٨٤.

٢٥- مسلم الثبوت، ج: ٢، ص: ٣٢١.- روضة الناظر، ج: ٢، ص: ٣٢٢.

٢٦- التقرير والتحبير، ج: ٣، ص: ١٤٢.

٢٧- التلويع على التوضیح، ج: ٢، ص: ٦٦.

٢٨- المستصفى من علم الأصول، ج: ٢، ص: ٩٨.

٢٩- سورة النساء / ١١.

٣٠- فواحـ الرحمـوت بـشـرح مـسلمـ الثـبـوتـ، جـ: ٢ـ، صـ: ٣٢٢ـ.

٣١- همان اثر و همان صفحـ

توجیه مجازات مجرمین به وسیله نهادهای اجتماعی یا افراد به

منظور تلاش برای تعلیم اخلاقی

ذاکر حسین رضایی

قسمت سوم

خدمت خواننده های محترم رسانیده می شود که این مقاله در طی سه قسمت به ترتیب در این ماهنامه قابل مطالعه است: در قسمت یکم- مقدمه، سیر تاریخی تئوری یا نظریه تعلیم اخلاقی مجازات و مقایسه این نظریه با ادیان الهی مورد بحث و بررسی قرار گرفت. در قسمت دوم- توجیه مجازات بزهکاران به دست دولت مورد ارزیابی و تحلیل نگارنده قرار گرفته است. اما در قسمت سوم و پایانی که همین اکنون در دست شما است- توجیه مجازات بزهکاران به وسیله نهادهای اجتماعی دیگر و مزايا و نواقص نظریه تعلیم اخلاقی مجازات، بشرح ذیل قابل بررسی است: ذاکرحسین رضایی استاد پوهنتون بلخ

قسمت سوم: توجیه مجازات بزهکاران به وسیله نهادهای اجتماعی یا افراد به منظور تلاش برای تعلیم اخلاقی

تاکنون بحث ما به این نکته متمرکز بود که چگونه مجازات بزهکاران به وسیله دولت، می تواند کوششی برای تعلیم اخلاقی توجیه شود. اما اکنون می خواهم ادعا کنم که هر گونه تلاش از سوی هرگونه نهاد یا فردی را برای اعمال مجازات، باید عنوان تلاش برای تعلیم اخلاقی تلقی کرد، اگرچه ماهیت و دامنه نقشهای تعلیمی مشروع این نهاد ها و افراد ممکن است بسیار متفاوت باشد.

بطورمثال: قصد والدین از تنبیه اطفال و کودک نازدانهای شان، انتقال پیامی اخلاقی است؛ یعنی تنبیه بوسیله پدر و مادر، صورتهای گوناگونی دارد؛ اگرچه هنگام تصور این نوع تنبیه معمولاً به یاد پس‌گردنی و انواع مختلف تنبیه بدنی می‌افتیم. بسیاری از والدین کودکان خود را با ابراز خشم و سرزنش، که فرزند ممکن است آنها را به عنوان از دستدادن عشق یا دست کم دوستی موقت پدر و مادر تفسیر کند، تنبیه می‌کنند. این چنین

محرومیتهایی از بسیاری جهات جدی تر از تجربه رنج بدنی موقت یا از دستدادن موقت برخی مزايا هستند. بنابراین، اگر چه اشکال ملایم مجازات به نظر میرسند، اما علماً می‌توانند بسیار خشن باشند. طوریکه در این قسمت هربرت موریس چنین ابراز نظر می‌کند:

فرض کنید مادری دخترش را می‌بیند که کودک دیگری را کتک میزند. مادر پس از اینکه جلوی این رفتار خشونتبار دخترش را می‌گیرد، به فکر این می‌افتد که چه باید بکند تا دوباره چنین اتفاقی رخ ندهد. اگر مادر تصمیم بگیرد تا با تنبیه دخترش این هدف را برآورده سازد، از جمله چیزهایی که از طریق تنبیه به دختر می‌گوید این است: «اگر این کار را دو باره انجام دهی، همین رفتار ناخوشایند را دوباره تجربه خواهی کرد».^۱ این پیام سوای این دختر، متوجه هر کودک دیگر خانواده نیز می‌شود. پس یکی از کارهایی که مادر انجام می‌دهد، وارد ساختن انگیزه اجتناب از رنج در "محاسبات کودکان" درباره چگونگی عمل است؛ اگر وقتی که دوباره هوای کتک زدن همدیگر به سرشان بزند.

همچنین اگر در مورد مداخله والدین یا افراد دیگر که سرپرستی آنها را بعهده دارد تحت عنوان تنبیه صغار و محجورین به منظور تأديب به قانون رسیدگی به تخلفات اطفال^(۱۳۸۴) مراجعه نماییم، چنین برداشت می‌گردد که "اقدامات والدین و اولیاء قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به منظور تأديب یا حفاظت آنها انجام شود مشروط به اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف، تأديب و محافظت باشد".^۲

از سوی دیگر، جواز تأديب والدین و اولیاء قانونی و سرپرستان صغار و محجورین به حکم قانون از جمله مصاديق علل موجهه جرم می‌باشد.^۳

^۱- همان، ص ۱۵۳.

^۲- رسیدگی به تخلفات اطفال، سال ۱۳۸۴، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۴۶، وزارت عدله افغانستان.

^۳- جهت کسب معلومات بیشتر رج؛ مواد الی ۹۶ قانون جزا، سال ۱۳۵۵، منتشره جریده رسمی، شماره ۱۶۱۴، وزارت عدله افغانستان.

بنابراین خشونت های سبک و تنبیهات بدنی در حد متعارف، که به منظور تأديب و محافظت از ناحیه اولیاء طفل صورت می گیرد جرم محسوب نمی گردد. مبنای مشروعیت عمل و جرم تلقی نشدن اقدامات والدین حکم قانون است که به موجب آن اولیاء طفل حق تنبیه طفل خود را دارند.^۴ همینطور لازم به ذکر است که قانوناً تنها اقدامات اولیاء قانونی طفل یعنی پدر و جد پدری و والدین یعنی پدر و مادر و سرپرستان صغار و محجورین یعنی وصی، قیم منصوب از جانب پدر و یا جد پدری جرم محسوب نمی شود. بنابراین اقدامات اولیاء معنوی طفل یعنی آموزگار، مدیر و معلمان و استادان باشگاه های ورزشی و غیره جرم بوده و مشمول این ماده نمیگردد.^۵ یا پدر و مادر و اشخاصی که سرپرستی صغار و محجورین را به عهده دارند دارای حق تأديب و تنبیه بدنی افراد هستند؛ مگر قانوناً خشونتها سبک و کم اهمیت جرم تلقی نمی شود.^۶

در نهاد خانواده ها یا حوزه های خصوصی که تنها فضای محدود روابط خانوادگی و دوستانه که گاه از آن با عنوان حریم خصوصی یاد می شود و باید از مداخلات دولت و جامعه، مصون باشد؛ نیست بلکه مقصود قلمرو گسترده ای است که دولت حق مداخله در آن را ندارد^۷، تا وقتی رئیس خانواده زنده است، فرزندان در حیطه اقتدار او به سر می برند و ناگزیر اند تا مرگ او در انتظار بمانند تا از آن پس زندگانی خود را تنها در لوای قانون ادامه دهند. و اینگونه روح فرمانبرداری حاکم بر خانواده معلول یک جبر نیست بلکه معلول یک قرار داد است وهمین که پسران به سنی رسیدن که از وابستگی طبیعی ناشی از ناتوانی، ضرورت تربیت و حمایت رهایی یافتند، به شهروندانی مستقل تبدیل میگردد.^۸

^۴- باهری، محمد و داور، میرزا علی اکبرخان، پیشین، ص ۳۴۹

^۵- همان، ص ۳۴۹.

^۶- گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی، تهران، سال ۱۳۸۶، انتشارات میزان، ص ۱۳۵.

^۷- رحیم، نوبهار، حمایت حقوق کفری از حوزه های عمومی و خصوصی، تهران، سال ۱۳۸۷، انتشارات جنگل، ص ۱۴۸.

^۸- بکاریا، سزار، پیشین، ص ۱۳۵.

طوریکه کانت درمورد تعلیم و تربیت کودک می نویسد: "هدف کلی تربیت عبارت از پرورش عمومی قوای ذهن و پرورش قوای خاص ذهن است". منظور از پرورش عمومی قوای ذهن یا جسمانی است یا اخلاقی، طوریکه تربیت اخلاقی مبتنی بر تأدیب و تنبیه نبوده بلکه متنکی بر اصول است.^۹ یعنی کودک باید در اعمال خود اصل حاکم بر عمل و رابطه آنرا با تکلیف درک نماید و بداند که عمل درست را صرفاً از آن جهت که درست است انجام می دهد. و ناگفته نماند، از آنجا که کانت یک فیلسوف اخلاقی است، مهمترین بخش تعلیم و تربیت را تربیت اخلاقی می داند. در مراحل پیش تربیت مبتنی بر تأدیب، نظم و انضباط است که نهایتاً به ورزیده شدن ذهن منجر می شود. یا اینکه به یک کلام می توان گفت که منظور کانت از تعلیم و تربیت اخلاقی عبارت از فهم اصول اخلاقی و بکار گرفتن آن برای کودکان کم سن و سال دشوار است و نیاز به بصیرت مربیان و والدین دارد.^{۱۰}

بالاخره با قابل فهم شدن تنبیه کودکان و محجورین از طرف والدین و سایر سرپرستان قانونی آنها؛ سوالی که مطرح میگردد اینست که نظریه تعلیم اخلاقی مجازات چگونه تنبیه کودکان را از جانب والدین و سایر سرپرستان قانونی آنها توجیه میکند؟ در جواب این سوال باید گفت از آنجاییکه کودکان، موجودات کاملاً مسؤول و عاقلی نیستند، تنبیه آنها را همچنین می توان بعنوان راهی برای ایجاد برخی عادتهاي به لحاظ اخلاقی مطلوب در آنها، از آن جهت که تنبیه تأثیرات "شرطی گونه ای" دارد، توجیه کرد. تلقی ارسسطو از تنبیه کودکان، دست کم تا حدی، اینگونه است.^{۱۱} از طرف دیگر می توان گفت که منظور از تنبیه، رساندن این پیام است که « دخترم یا پسرم دوباره دست بدان عمل نزن، چرا که عملی نادرست است؛ باید به یکدیگر اظهار عشق کنید، نه نفرت و خشونت

^۹- کانت، ایمانوئل، فلسفه تربیتی کانت، ترجمه: طیبه ماهروزاده، تهران، سال ۱۳۸۳، انتشارات سروش، ص ۲۰۷.

^{۱۰}- کانت، ایمانوئل، کانت درس‌های فلسفه اخلاق، ترجمه: منو جهر صانعی دره بیدی، تهران، سال ۱۳۸۴، انتشارات نقش و نگار، ص ۳۰.

^{۱۱}- جان همپتون، پیشین، ص ۱۵۳.

بی دلیل.» هدف نهایی مجازات صرفاً بازداشت کودک از انجام عمل بد در آینده نیست، بلکه هدف، بازداشت کودک از آن عمل است با مقاعده ساختن او و دیگر کودکان به ترک عمل به خاطر نادرستی آن. هر چه کودک به لحاظ سنی و اخلاقی بالغ تر شود، نیاز به تنبیه از سوی پدر و مادر برای منتقل ساختن آن درس اخلاقی نیز کمتر می شود، طوری که به جای تنبیه شیوه های دیگری چون مقاعده ساختن، بحث و مناظره اخلاقی مناسبت بیشتری پیدا می کنند. از همه مهمتر باید به این سوال پاسخ داد که تفاوت مجازات کردن فرد بوسیله دولت و والدین در انتقال پیام اخلاقی چیست؟

علل

تجزیه مجازات بجهت وسیله

۹۵

به هر حال، بر طبق نظریه تعلیم اخلاقی، اگر چه باید مجازات بوسیله دولت و یا بوسیله والدین را کوششی برای انتقال و تعلیم پیام اخلاقی دانست، اما این نظریه این دو نوع مجازات و تنبیه را دقیقاً یکی نمی داند. درست است که هر گونه مجازات را همواره باید به عنوان نوعی تعلیم اخلاقی تلقی کرد، اما "سرشت" این تعلیم می تواند بسیار متفاوت باشد؛ خصوصاً بسته به آنکه چه نهاد و یا فردی مسئول اجرایی آن مجازات است. برای مثال، پدر و مادری که مسئولیت بلوغ کامل و پرورش اخلاقی فرزندشان را بر عهده دارند، طبیعتاً فکر می کنند بیش از معلم مدرسه یا همسایه سر کوچه حق دارند تا به خاطر خلافهای بسیار بیشتری و به شیوه های بسیار گوناگونی، فرزندانشان را تنبیه کنند. همچنین به نظر ما، دانشگاه حق تنبیه دانشجویانش را دارد، اما بی گمان مخالف این نظر هستیم که چنین نهادی می تواند بطور کلی در مقام پدر و مادر با دانشجویانش رفتار کند. از اینرو، این نظریه وظیفه مجازاتی همه نهادها و خاصه حکومتها را عین وظیفه مجازاتی والدین نمی داند. یعنی از آنجا که معتقد هستیم میان مجازات از سوی دولت و تنبیه به وسیله پدر و مادر، تفاوت های فاحش و مهمی وجود دارد، از به کار بردن عنوان هربرت موریس برای این نظریه مجازات یعنی عنوان "نظریه پدرسالارانه مجازات" اجتناب می کنیم. به عقیده نگارنده هیچ کس گمان ندارد که دولت مؤلف است کل دستورها و احکام اخلاقی را به شهروندانش بیاموزد؛ وظیفه

ای که می توانیم از آن با عنوان "پدرسالاری اخلاقی"^{۱۲} یاد کنیم. ملاحظات گوناگون و مهمی، شیوه و گستره مجازات به وسیله دولت را محدود می گردانند.

اهداف مجازات از دید نظریه تعلیم اخلاقی مجازات و دین اسلام

برای اینکه خوبتر بتوانیم اهداف مجازات را از نقطه نظر، دین اسلام و نظریه تعلیم اخلاقی مورد مطالعه قرار دهیم لازم است که در گفتار اول از مقایسه این دو دیدگاه در مورد اهداف مجازات بحث کرده و در گفتار دوم خود از محاسن و معایب نظریه تعلیم اخلاقی مجازات بصورت جداگانه صحبت بعمل آوریم.

گفتار اول: اهداف مجازات از نقطه نظر اسلام و نظریه تعلیم اخلاقی مجازات

گفته شده است که اهداف کیفرهای اسلامی، بر اساس سنجش اهمیت ارزش‌های ثابت تعیین می شود. با تعیین اهداف کیفرها، می توان نوع و میزان کیفرها را معین ساخت. و اهدافی که برای کیفرهای اسلامی در نظر گرفته شده است از جمله آن اهداف را که با نظریه تعلیم اخلاقی مجازات تاجای قابل مقایسه است؛ در بندهای جداگانه ای مورد مطالعه قرار میدهیم.

بند اول: اصلاح و بازپروری

در این نظریه، کیفر اصولاً به طور کلی نفی می شود و با مجرم به عنوان بیمار برخورد میگردد.^{۱۳} یعنی کیفر شرط لازم جهت حصول اهداف مورد نظر نیست. چه بسا افرادی، بدون لزوم تحمل مجازات، با اندرز و نصیحت، از جرم ارتکابی خویش پیشیمان شده و هرگز به دنبال آن نزوند. یا اینکه عده بخاطر علنی شدن جرم شان از ارتکاب جرایم دست برداشته و به آغوش اجتماع بر می گرددند و عده حتی با اعمال سخت ترین کیفرها باز هم دست از ارتکاب جرم بر نمی دارند. از طرف دیگر اصلاح و تربیت مجرم که یکی از اهداف حقوق جزای مدرن شناخته می شود و در باره آن نظریه پردازی های فراوانی شده است، در

^{۱۲}- Moral Paternalism.

^{۱۳}- ظفری، محمدرضا، پیشین، ص ۱۶۴.

نظام کیفری اسلام نیز یکی از اهداف مهم به حساب می‌آید، به گونه‌ای که اگر بدون اجرای مجازات نیز این هدف تأمین شود، مجازات ساقط خواهد شد. پذیرفته شدن عفو و توبه به عنوان دو نهاد مکمل در کنار نهاد مجازات نشان دهنده چنین واقعیتی است.^{۱۴}

همچنین قرآن کریم نیز به شخصیت مجرم توجه خاصی مبذول و به تحول روانی او بسیار اهمیت داده است، بنابراین در برخی موارد با در نظرداشت شرایط خاصی؛ برخی جرایم مثل زنا، لواط، سرقت و ... مستوجب کیفرهای حدی یا تعزیری نخواهد بود.^{۱۵} مثلاً در قرآن آمده است که: (فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمٍ هُوَ أَصْلَحٌ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ).

ترجمه: اما آن کس که پس از ستم کردن، توبه و جبران نماید، خداوند توبه او را می‌پذیرد؛ (و از این مجازات؛ معاف می‌شود، زیرا) خداوند، آمرزنده و مهربان است.^{۱۶} این آیه کریمه نشان میدهد؛ توبه که کیفر فی نفسه هیچ ارزشی ندارد، بلکه بخاطر دستیابی به اهداف مورد نظر است که اعمال می‌شود. از طرف دیگر توبه یکی از ابزارهای تربیتی است که در قرآن و روایات، روی آن بسیار تأکید شده است البته نه تنها در مورد گناهان اخلاقی بلکه در جرایم تعزیری و حتی حدود نیز بکار می‌رود.

بند دوم: حفظ کرامت انسانی

یکی دیگر از اهداف مجازات در اندیشه اسلامی، حفظ کرامت انسانی است. طوریکه اسلام، انسان را گل سر سبد خلقت می‌داند و هدف از خلقت؛ رسیدن او به کمالات و مقام عبودیت و معرفت پروردگار و تأمین سعادت در حیات جاودانی اخروی است. از چنین منظری تأمین عدالت در ابعاد سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی لازم است و کافی نیست. بلکه حفظ کرامت انسانی و دوری رذایل اخلاقی نیز از اهداف حکومت اسلامی شمرده می‌شود به همین جهت در فقه اسلامی ارتکاب گناهان به شکل مطلق، خواه جنبه حقوقی داشته باشد

^{۱۴} - قیاسی، جلال الدی، دهقان، حمید و خسروشاهی، قدرت الله، پیشین، ص ۳۷۹.

^{۱۵} - همان، ص ۱۶۴.

^{۱۶} - آیه ۳۹ از

خواه اخلاقی، موجب تعزیر است.^{۱۷} همینطور مفهوم کیفر در نزد عرفای اسلامی که تأکید زیاد بر عفو و بخشایش کرده است، نشان میدهد که می توان با جست و جو و ریشه یابی در یک فرهنگ اسلامی به یک اصل کلی و جهانی رسید که ناظر به مفهوم کرامت انسانی است.^{۱۸} از جمله عرفای اسلامی می توان از تاکید روی کرامت انسانی در نوشته عرفان ابن عربی یاد آور شد؛ همینطور در نظریه تعلیم اخلاقی هم بوی از احترام به کرامت انسانی را استشمام کرده می توانیم، چون توجه زیاد به آزادی انسان داشته و با در نظرداشت اختیار و اراده مجرم مجازات را می توان عملی کرد. یا اینکه در مورد عفو و بخشش در قرآن کریم آمده است: "وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ مِثْلُهَاۤ فَمَنْ عَفَّاً وَأَصْلَحَ فَأُجْرُهُ عَلَى اللَّهِ۝ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ".^{۱۹}

ترجمه: کیفر بدی، مجازاتی است همانند آن؛ و هر کس عفو و اصلاح کند، پاداش او با خداست، خداوند ظالمان را دوست ندارد!

همینطور در هر جامعه ای جرم، عملی ضد اجتماعی و ناقض ارزش های فرهنگی شناخته می شود و به همین دلیل، اصولاً انسان های بزرگ و کسانی که از کرامت نفس برخوردارند، از ارتکاب چنین رفتاری می پرهیزنند. مکتب اسلام همواره انسان را به شناخت خویشتن و درک مقام و منزلت خویش فرا میخواند و در عین حال متذکر می شود که هر کس از مقام و منزلت خود تنزل کند و از جهت شخصیتی سقوط نمایید دست به هر کاری می زند. یا درجای دیگر قرآن کریم می فرماید:^{۲۰} ۱- انسان خلیفه خداوند است. ۲- انسان مسحود فرشتگان الهی است. ۳- به بهترین سیرت و صورت آفریده شده است. ۴- از کرامت

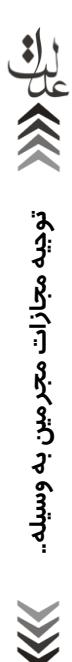
^{۱۷}- نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام، جلد ۴۱، ص ۴۴۸.

^{۱۸}- رضا، فیض، مفهوم کیفر در عرفان ابن ابی عربی، مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال سوم، شماره نهم و دهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۲، ۱۳، ص ۴۷.

^{۱۹}- آیه ۴۰ از سوره شوری.

ذاتی برخوردار اند. ۵- روح الهی در او د میده شد. ۶- بر بسیاری از مخلوقات برتری دارد."^{۲۰}

بنابراین، بسیاری از جرایم، در حقوق کیفری اسلام حتی اگر در خلوت شخص صورت بگیرد باز قابل مجازات است. بدین لحاظ می توان حکومت اسلامی را حکومتی پدر سالار ۲۱ دانست که نسبت به سعادت و شقاوت مردم بی طرف نیست.^{۲۲} طوریکه نظریه تعلیم اخلاقی اخلاقی مجازات پدر سالار نیست.^{۲۳}



همچنین نظریه تعلیم اخلاقی، مجازات را چنین تعریف نموده است: "ایجاد وقفه یا خلل در آزادی لازم برای دنبال کردن و برآورده ساختن امیال خویش را مجازات گوید."^{۲۴} تعبیری که در اینجا از مجازات شد به اندازه کافی کلی هست تا تجربه های بسیار گوناگونی را که مایلیم مجازات بنامیم، در بر دارد. ولی تعریف جرم را از دید گاه اسلام اگر متوجه شویم، می گوید که: "جرائم عبارت از نافرمانی از اوامر و نواهی صادره از مقام ربوی است."^{۲۵} اما اگر اهداف مجازات را در نظریه تعلیم اخلاقی مجازات ملاحظه نماییم، مشاهده میگردد؛ که بر اساس نظریه تعلیم اخلاقی، منظور از مجازات آن نیست که انسان در مقابل آنچه جامعه انجام آنرا از او میخواهد به نحوی شرطی شود(به همان شیوه‌ای که حصار سیمی برقی حیوان را شرطی می کند تا در محدوده مرتع باقی بماند)؛ بلکه با توجه به این نظریه، مقصود از مجازات، آموزش این نکته به فرد خلافکار است که آنچه او انجام داده یا قصد انجامش را دارد، از آنجا که به لحاظ اخلاقی عملی نادرست است و نباید مرتکب آن شد،

۹۹

^{۲۰}- به ترتیب در سوره بقره، آیه ۳۰. - سوره بقره، آیه ۳۴. - سوره تین، آیه ۴. - سوره اسراء، آیه ۷۰. - سوره حجر، آیه ۲۹. - سوره اسراء، آیه ۷۰.

^{۲۱}-paternalist

^{۲۲}- همان، ص ۲۲.

^{۲۳}- جزوی درسی مکاتب کیفری.

^{۲۴}- جان همپتون، پیشین، ص ۱۶۲.

^{۲۵}- آقایی، مجید، پیشین، ص ۱۰۸.

ممنوع شده است. این نظریه همچنین این درس اخلاقی حاصل از مجازات را عمومی می‌داند، به نحوی که مابقی افراد جامعه نیز آن را فرا می‌گیرند. هنگامی که یک دولت حقوق جزای خود را وضع می‌کند و معلوم می‌سازد از چه طریقی آنها را به اجرا خواهد گذاشت، پیامی تعلیمی را هم به بزهکار و هم به هر فرد دیگری در جامعه که ممکن است وسوسه آن جرم در او نیز راه یابد، انتقال می‌دهد. یعنی بر اساس نظریه تعلیم اخلاقی مجازات، نباید صرف بازدارندگی را هدف مجازات دانست، بلکه در یک جمله، بر اساس این نظریه مجازات تا آنجا به عنوان شیوه‌ای برای جلوگیری از خلافکاری موجه است که بتواند دلایل اخلاقی برای عدم ارتکاب جرم را هم به خلافکار و هم به تمامی دیگر افراد جامعه تعلیم دهد.^{۲۶}

برخی حقوقدانان در مورد اهداف مجازات چنین می‌نگارند: مجازات به تربیت و اصلاح مجرم کمک می‌کند، همچنین وقتی جامعه مواجه با مجازات مجرمان می‌گردد و به ارزیابی اعمال آنها می‌پردازد، این مسئله خود در اصلاح جامعه و شناخت کاستی‌های آن تأثیر می‌گذارد و به علاوه "پیشگیری از جرم"^{۲۷} نسبت به مجرم به شکل خاص به پیشگیری از جرم در جامعه به شکل عام می‌انجامد. که این دیدگاه مجازات را فاقد جنبه انتقام‌جویی شناخته و توجه بیشتر به فایده اجتماعی دارد. اگر دقت شود در این نظریه مشاهده می‌گردد که امروز در برخی از کشورها، قانونگذاران سعی می‌نمایید که مجازات را تبدیل و به طرف انسانی کردن مجازات روی می‌آورد. مثلاً تبدیل کردن مجازات زندان به اقدامات تأمینی و یا تبدیل مجازات بدنی به مجازات زندان خود نشانده‌ند این مسئله است که با مجازات کردن سخت که مجرم به آن ناراض بشد؛ نمی‌توان کاری کرد. یا اگر در آیات از

^{۲۶}- همان، ص ۱۴۷.

^{۲۷}- نوربهای رضا، پیشین، ص ۳۵۵.

قرآن کریم نظر اندخته شود می فرماید: "وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيهِمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا
نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ".^{۲۸}

ترجمه: دست مرد دزد و زن دزد را، به کیفر عملی که انجام داده‌اند، عنوان یک مجازات الهی، قطع کنید! و خداوند توانا و حکیم است.

از طرف دیگر، اگر مجازات را پیامی اخلاقی بدانیم که هدفش تعلیم فرد خلافکار و بقیه افراد جامعه درباره غیراخلاقی بودن جرم است، تبیینی نیرومند خواهیم داشت که چرا قربانیان با چنین شدتی خواهان آن اند که متجاوزان بدانها به مجازات خود برسند. اگر منظور از مجازات، رساندن این پیام به فرد مجرم و دیگران است که او (مجرم) ستمی در حق قربانی جرمش روا داشته، در این صورت مجازات به نحو ضمنی وضع اسفبار قربانی را تأیید و به ادعاهای اخلاقی آن فرد احترام می‌نمهد. مجازات به عنوان یک واقعیت تأیید می‌کند که در حق قربانی ستمی روا شده، و همچنین به عنوان یک واقعیت تأیید می‌کند که قربانی نیازمند این است که دیگران رفتار خاصی با او داشته باشند. از این‌رو، بر مبنای این نظریه، طبیعی است که قربانی خواهان مجازات باشد؛ چرا که مجازات راهی است برای آنکه اجتماع، شأن اخلاقی او را، پس از آنکه تجاوز‌گر بدان آسیبی وارد ساخته، بازگردد.^{۲۹} همینطور اگر به مذهب عدل و انتفاع نظر اندخته شود مشاهده میگردد که پیروان این نظریه معتقد اند که مجازات هم عدل است هم انتفاع(نفع جامعه) و بشر نماینده آن است ولی قدرت اینکه مجازات را زیاد کند ندارد و باید مجازات را به درجه ای برساند که چندان مهم نباشد فرضًا اگر با مجرمی مکالمه کردیم و گفت من جرم کرده ام به شما چه مربوط است چه می‌توان گفت و بالاخره مجرم به حکم عدالت باید مجازات شود ولی وقتی

^{۲۸}- آیه ۳۸ از سوره مائدہ.

^{۲۹}- همان، ص ۱۵۲.

که برای جامعه نافع باشد، این فکر در جامعه تأثیری کرده چون راه ملایم تری بوده ولی ضرری هم داشته چون حس ترحم را زیاد کرده است.^{۳۰}

همچنین پرسش دیگری نیز در مورد مجازات فرد مبرا از خلاف وجود دارد. با در نظر گرفتن اینکه نظریه تعلیم اخلاقی هدفی مت Shank از دو بخش دارد - تعلیم اخلاقی فرد بزهکار و تعلیم اخلاقی بقیه افراد جامعه؛ چه بسا مجازاتی باشد که تنها یک بخش از این هدف را برآورده سازد، اما نتواند در مورد بخش دوم کارایی لازم را ایفا کند. آیا باید میان این دو هدف دست به انتخاب بزنیم، یا اینکه می توان نشان داد این دو هدف پیوندی جداناسدنی با یکدیگر دارند؟ اگر چنین پیوندی وجود ندارد، در این صورت آیا ممکن است اعمال مجازات علیه شخصی بی گناه، به منظور متحقق ساختن تعلیم اخلاقی کل افراد جامعه، امری ضروری باشد؟ به عبارت کلی تر، اگر مجازات کردن فرد خلافکار با سختی و خشونت بسیار بیشتر (یا بسیار کمتر) نسبت به جرمش (اگر اصلاً جرمی مرتكب شده باشد)، به پیشبرد تعلیم اخلاقی جامعه کمک برساند، در این صورت آیا اعمال چنین مجازاتی از سوی این نظریه قابل توجیه است؟

در جواب می توان گفت که اگر نظریه تعلیم اخلاقی این مطلب را تأیید کند، در واقع موضعی بر خلاف اقتضای تناسب میان جرم و مجازات اتخاذ کرده است. اما بنا به دلایلی می توان مدعی شد که میان تعلیم فرد بزهکار و تعلیم کل اجتماع پیوندی ناگستاخانی برقرار است. مثلاً اگر دولت قصد دارد تا درسی اخلاقی در خصوص نحوه رفتار با دیگر آدمیان به اجتماع دهد، وارد آوردن رنج بر فردی که مرتكب خلافی نشده، اثری یکسره بر خلاف این قصد و منظور خواهد داشت و پیامی دقیقاً متضاد را خواهد رساند. حتی اگر برای راه آمدن با استدلال فرض کنیم که این اهداف تعلیمی می توانند از یکدیگر جدا باشند، در این صورت

^{۳۰}- باهری، محمد و داور، میرزا علی اکبرخان، پیشین، ص ۵۱۲.

می توان با اولویت دادن به تعلیم اخلاقی فرد بزهکار نسبت به تعلیم اخلاقی اجتماع تناسب میان جرم شخص و مجازاتش را همچنان حفظ کرد.^{۳۱}

خلاصه بحثی که در باره اهداف مجازات از دید اسلام و نظریه تعلیم اخلاقی مجازات صورت گرفت این نتیجه بدست می آید که در اندیشه اسلامی، اراده و خواست الهی، منشاء همه "بایدها" و "ناید های کیفری" است. البته ناید پنداشت که خداوند بدون توجه به معیارها و ملاکات عقلی، کیفرهای شرعی را صادر کرده است، زیرا از قرآن، سنت و همچنین اقوال عالمان اسلامی استفاده می شود که این کیفرها، برطبق عدالت و مصلحت تشریع شده اند. و عدالت در تشریع کیفرهای اسلامی، به معنای رعایت حقوق و مصالح واقعی بشراست. چنین عدالتی که لازمه حکمت الهی است، از فعل خداوند انتزاع می شود و "عدالت تشریعی" نام می گیرد. این نوع عدالت، به مقتضای حکمت الهی، براساس ضوابط و معیارهای عقلی قرار دارد، و به همین دلیل، می توان آنرا "عدالت بشری" نیز یاد کرد.

و به همین منوال شریعت اسلام به اهمیت پیشگیری از جرایم واقف بوده و برای جلوگیری از وقوع هر دسته از جرایم وسیله خاص پیشگیری، پیش بینی نموده است. و هدفهای نظام جزائی در جوامع اسلامی متعدد و مهمترین شان عبارتند از اجرای عدالت، امر به معروف و نهی از منکر، پاسداری از حقوق افراد و احترام به آزادی آنان، تأمین امنیت و حفظ نظم عمومی از طریق پیشگیری از ارتکاب جرم و در عین حال اعمال کیفر در صورت تجاوز و تخلف از قواعد و موازین حقوقی و اجتماعی.

همینطور بر اساس نظریه تعلیم اخلاقی، هدف مجازات به جز بازداشت مجرمان از ارتکاب جرم و آسیب رساندن به دیگران، هدف والایی دارد که بنیاد این نظریه را در توجیه مجازات فراهم می آورد. جامعه با مجازات بزهکاران می خواهد به آنها بفهماند که اولاً عمل انجام شده به وسیله مجرم، برخلاف قانون بوده؛ پس باید مجازات گردد. و هدف مجازات نه

قصاص فرد بزهکار و نه معالجه او بلکه هدف آن عبارت از بهبود بخشیدن اخلاقی فرد مجرم و کل افراد جامعه است. از اینرو است که مجازات عملی است برای مجرم نه علیه او.

گفتار دوم: محاسن و معایب نظریه تعلیم اخلاقی مجازات

برای اینکه بصورت روشن، محاسن و معایب نظریه تعلیم اخلاقی مجازات را بیان کرده باشیم، ضرور است که در بند اول از محاسن نظریه تعلیم اخلاقی و در بند دوم از معایب نظریه تعلیم اخلاقی مجازات بشرح ذیل پردازیم:

بند اول: محاسن نظریه تعلیم اخلاقی مجازات

محاسن نظریه تعلیم اخلاقی مجازات قرارذیل اند:

در واقع این نظریه کوشش دارد که برای همه، حتی فرد بزهکار درآینده برچسب بزهکاری نزند.

اگر از لحاظ اقتصادی نظر انداخته شود، مشاهده میگردد که این نظریه برای دولت کم هزینه است، چون خیلی کم اتفاق می افتد که مجرم حاضر شود که وی را مجازات نماید و دولت برای مجازات کردن آن هزینه کند.

همینطور این نظریه که به اراده خود فرد مجرم؛ مجازات را عملی می کند باعث می شود که سرچشممه های جرم را خشک و در آینده کدام جرم اتفاق نه یابد. چون اگر خود مجرم و افراد جامعه متوجه گردد که عمل وی غیر اخلاقی بوده بنابراین، در آینده چنین عملی از وی سر نخواهد زد. از طرف دیگر این امر نشان دهنده سطح آگاهی مردم بوده که در زمینه عدم ارتکاب عمل غیر اخلاقی از خود بروز داده و در آینده مرتکب جرم نشود.

اگر خوب دقت نمایم، این نظریه توجه خود را به حمایه از یکنوع پیشگیری معطوف ساخته که این کار آنها باعث میگردد که کسی نتواند در آینده مرتکب جرم گردد و از طرف دیگر شناخت جامعه در سطحی میرسد که فرق میان اعمال اخلاقی و غیر اخلاقی گذاشته و هرگز عمل غیر اخلاقی را که دارای پیامد ناگوار است مرتکب نگردد.

بیشترین تاکید این نظریه بر اصلاح و تربیت فرد بزهکار و ارتعاب جامعه بوده که این کار آنها باعث میگردد تا توجه طرفداران نظریه اصلاحی را بخود جلب و از امتیازات که نظریه اصلاحی برخور دار است بهره مند گردد.

مجازات کردن فرد بزهکار با اراده آزاد وی؛ از دید این نظریه، نشان میدهد که این نظریه انسان محور و انسان مدار بوده و به کرامت انسانی طوریکه در قرآن کریم و نظریات دانشمندان اسلام هم آمده است؛ اهمیت ویژه قابل است.

این نظریه مانند نظریه دفاع اجتماعی، از دفاع جامعه صحبت کرده چون می فرماید که مجازات کردن فرد خلافکار بر علاوه اینکه باعث اصلاح و تربیت فرد بزهکار میگردد ارتعاب دیگران را که از آن میتوان بعنوان خدمت بزرگ برای پیشگیری از جرم در آینده یاد کرد را نیز در پی خواهد داشت.

جامعه را از مسئله انتقام که یگانه عامل دوامدار کردن جرم و بزهکاری است دور میسازد. این نظریه نشان دهنده تأثیر جذاب بودن آموزش برای بزه دیده است.

این نظریه برخلاف نظریات دیگر بیان می کند که ریشه های جرم به این دلیل نسبت به دیگر نظریات مطمین تر خشک می کند؛ و بر نظریات دیگر اینطور اشکال وارد می کند، در مجازات که به اراده فرد خلافکار عملی نمی شود شاید مجرم خود را برای اینکه از قید مجازات برهاند بگوید که من پیشیمان هستم و در آینده دست به ارتکاب جرم نمی زنم ولی بر عکس در این نظریه چون اگر فرد مجرم مجازات میگردد به اراده خود وی بوده و هر گز در صدد این نمی باشد که در آینده بازهم مرتكب جرم گردد.

بند دوم: معايب نظریه تعلیم اخلاقی مجازات

بر علاوه اینکه نظریه مذکور دارای محسن مذکور در فوق است، دارای برخی معايبی

نیز است که به ترتیب ذیل قابل بررسی است:

اگر این نظریه را پیذیریم بازهم این اشکال وارد است، که نتیجه دور را در پی دارد.

این نظریه عطف توجه از جرم به مجرم را باعث گردیده و نشان میدهد که جرم کمنگ شده و کدام اهمیت ندارد.

نفی مجازات کردن فرد بزهکار و سپردن سرنوشت آنها بدست خود شان، یعنی اگر اراده فرد بزهکار در مجازات کردن وی نباشد، ما نمی توانیم مطابق به این نظریه فرد خلاف کار را مورد مجازات قرار دهیم؛ این امر نشان دهنده این است که فرد خلافکار خودش سرنوشت شانرا رقم زده و این کار وی باعث میگردد که فرد خلاف کار به نفع خود همه چیز را حل و فصل نماید.

اگر این نظریه را بپذیریم، به اشکال دیگری که خیلی مهم است بر میخوریم، و آن عبارت از احساس ناامنی فرد بزه دیده و از طرف دیگر رنج و ضرری که به فرد بزه دیده وارد کرده است مطابق این نظریه نادیده گرفته می شود. پس اگر فرد مجرم را مجازات نکنیم در واقع کاری کرده ایم که از وی حمایه و زمینه ناامنی را برای بزه دیده فراهم کرده ایم. به این رویکرد تلقی آرمانگرائی صرف و از دید بی توجه بودن به واقعیات نگریسته می شود.

امروز اگر در جهان برای نابود کردن و یا کاستن جرم نظر انداخته شود، جنبش های بازگشت به کیفر را مشاهده می نماییم؛ پس موجودیت اینگونه جنبش ها نشان میدهد که این نظریه کارکرد گرایانه نبوده که نظامهای عدالت کیفری حتی در کشورهای پیشرفته جهان برای کاستن جرم به جنبش های بازگشت به کیفر روی آورده است. از طرف دیگر واضح به نظر میرسد که این نظریه را نمی توان در عمل پیاده کرد و صرف بعنوان یک آرمان مقدس باقی خواهد ماند.

از طرف دیگر نظریه تعلیم اخلاقی مجازات، مسئله سزاگرای را بعنوان یک پیش فرض تلقی می کند.

آموزش اخلاقی مجازات را اگر هدف قرار بدهیم منجر به یکنوع تشتت در آراء مربوط به مجازات می گردد. یعنی هدف مجازات برای افراد متفاوت از طریق گوناگون صورت میگیرد. اشکالات که برنظریه اصلاح وارد است بر این نظریه هم عملی است. مثلا هزینه بر بودن آن و غیره.

نتیجه گیری:

اگر مجازات را بعنوان امری بازدارنده از جرم توجیه نمایم، در آنصورت از آن توجیه این نتیجه بدست می آید که مجازاتها را باید طوری سامان دهیم که سبب بازدارندگی شوند. اما اگر مجازات را بعنوان راهی برای تعلیم اخلاقی فرد خلاف کار و بقیه افراد جامعه در مورد غیر اخلاقی بودن آن عمل توجیه کنیم، در آنصورت نتیجه می شود که باید مجازات را طوری عملی نمایم که اهداف دوگانه فوق را برآورده سازد. بنابراین، مجازاتها، زمانی قادر به تعلیم اخلاقی فرد خلافکار میگردد که به نفع او باشد نه برعلیه او.

نمایم مشاهده میگردد که با بخش دوم هدف نظریه تعلیم اخلاقی مجازات در تنافض قرار دارد.

همینطور بحث یکه در باره اهداف مجازات از دید اسلام و نظریه تعلیم اخلاقی مجازات صورت گرفت این نتیجه را بدست میدهد که در اندیشه اسلامی، اراده و خواست الهی، منشاء همه "بایدھا" و "نبایدھای کیفری" است. البته نباید پنداشت که خداوند بدون توجه به معیارها و ملاکات عقلی، کیفرهای شرعی را صادر کرده است، زیرا از قرآن، سنت و همچنین اقوال عالمان اسلامی استفاده می شود که این کیفرها، برطبق عدالت و مصلحت تشریع شده اند. و عدالت در تشریع کیفرهای اسلامی، به معنای رعایت حقوق و مصالح واقعی بشر و همینطور احترام گذاشتن به کرامت انسانی انها است . چنین عدالتی که لازمه حکمت الهی است، از فعل خداوند انتزاع می شود و "عدالت تشریعی" نام می گیرد. این نوع عدالت، به مقتضای حکمت الهی، براساس ضوابط و معیارهای عقلی قرار دارد، و به همین دلیل، می توان آنرا "عدالت بشری" نیز یاد کرد.

همچنین شریعت اسلام به اهمیت پیشگیری از جرایم واقف بوده و برای جلوگیری از وقوع هر دسته از جرایم وسیله خاص پیشگیری، پیش بینی نموده است؛ در این قسمت اگر به بحث نظریه تعلیم اخلاقی متوجه شویم برداشت میگردد که هدف این نظریه هم پیشگیری از جرم است طوریکه در بخش دوم هدف مجازات بیان کرد. و هدفهای نظام جزائی در جوامع اسلامی متعدد و مهمترین شان عبارتند از اجرای عدالت، پاسداری از حقوق افراد و احترام به آزادی، کرامت و حیثیت آنان، تأمین امنیت و حفظ نظم عمومی از طریق پیشگیری از ارتکاب جرم و در عین حال اعمال کیفر در صورت تجاوز و تخلف از قواعد و موازین حقوقی و اجتماعی می باشد.

در آخر می توان گفت که نظریه تعلیم اخلاقی مجازات با اساسی و بنیادی بودن معایب شان نسبت به محسن آن که اکثراً آرمانی و ایده آلی به نظر میرسد؛ یعنی نمی توان آنرا در جوامع بشری، حتی برای کشورهای که خود را متمدن و مترقی میخواند جنبه عملی داد. چون با وجود اینکه آگاهی عامه در کشورهای آنان نسبت به کشورهای ما خوب

در خشیده است، اما شاید اکثر از مردم آن که افراد فرصت طلب می توان تلقی کرد؛ این نظریه بستر خوب را برای آنها فراهم خواهد کرد که با آراده آزاد و از طرفی هم با انتخاب برتر شان در ارتکاب جرم بدون مجازات خوبتر فعالیت کند. در واقع این نظریه در چنین جوامعی و بخصوص جوامع افغانستان ترغیب کننده و تحریک کننده عمل جرمی تلقی شده می تواند و بس. زیرا، مجازات کردن را این نظریه طوری توجیه میکند که مجازات بعد از جرم اتفاق افتاده است و نمی تواند عمل انجام شده را مجدداً سامان و به حالت اولی آن برگرداند. و از طرف دیگر اگر به تعریف اخلاق نظر انداخته شود در جوامع مختلف با فرهنگ و عرف متفاوت، تعریف متفاوت از اخلاق ارائه می کند. به نظر نگارنده این نظریه آرمانی، زمانی می تواند در جوامع بشری قابل اعمال باشد که مهدی موعود(عج) بعنوان حاکم ظهور کند و مردم از احکام وی پیروی کند. والسلام

فهرست منابع

الف» کتب فارسی و انگلیسی

Hegel, Philosophy of Rights.

آقایی مجید، مکاتب کیفری، تهران، سال ۱۳۸۶، انتشارات - خرسندي.

آسل، مارک، دفاع اجتماعی نوین، ترجمه: دکتر محمد آشوری و دکتر علی نجفی آبرنده آبادی، سال ۱۳۶۶^۱. انتشارات راهنمای.

باهری، محمد و داور، میرزا علی اکبرخان، نگرش بر حقوق جزای عمومی، تهران، سال ۱۳۸۴، انتشارات مجد.

بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازاته، ترجمه: دکتر محمدلعلی اردبیلی، تهران، سال ۱۳۸۰، انتشارات میزان.

بولک، برنا، کیفر شناسی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرنده آبادی، تهران، سال ۱۳۸۵، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.

پرادرل، ژان، تاریخ اندیشه های کیفری، ترجمه: علی حسین نجفی ابرنده آبادی، تهران، سال ۱۳۷۳، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.

جان همپتون، نظریه تعلیم اخلاقی مجازات، ترجمه: حمید محبوبی، فصلنامه تخصص فقه و حقوق، سال دوم - شماره پنجم، تابستان ۱۳۸۴، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

رحیم، نوبهار، حمایت حقوق کیفری از حوزه های عمومی و خصوصی، تهران، سال ۱۳۸۷، انتشارات جنگل.

ب) مقالات و جزوه های درسی

دیوید گارلند، مجازات و فناوری های قدرت اثر میشل فوکو، ترجمه: دکتر رحیم نوبهار، تازه های علوم جنایی (مجموعه مقالات).

غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، علوم جنایی (مجموعه مقالات).

مصطفی جانکی، فیروز، حمایت کیفری از اخلاق، علوم جنایی (مجموعه مقالات).

نصرالله استانگری، جزوه درسی مبادی حقوق، استاد - دانشکده حقوق و علوم سیاسی - دانشگاه کابل.

رضا، فیض، مفهوم کیفر در عرفان ابن ابی عربی، مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال سوم، شماره نهم و دهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۲.

زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه: حسین غلامی، تهران، سال ۱۳۸۲، انتشارات مجذ.

شیایزرسی، کریانک ساک کیتی، حقوق بین المللی کیفری، ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران، سال ۱۳۸۳، انتشارات سمت.

صفاری، علی، کیفر شناسی تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی، تهران، سال ۱۳۸۶، انتشارات جنگل.

ظفری، محمد رضا، مبانی عدالت جزایی در حقوق اسلامی، تهران، سال ۱۳۷۷، انتشارات امیر کبیر.

غلامی، حسین، بررسی حقوقی - جرم شناختی تکرار جرم، تهران، سال ۱۳۸۲، انتشارات میزان.

غلامی، حسین، بررسی حقوقی - جرم شناختی تکرار جرم، تهران، سال ۱۳۸۲، انتشارات میزان.

قیاسی، جلال الدین. دهقان، حمید. و خسروشاهی، قدرت الله، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)، قم، سال ۱۳۸۰، انتشارات پژوهشکده حوره و دانشگاه.

کانت، ایمانوئل، فلسفه تربیتی کانت، ترجمه: طیبه ماهروزاده، تهران، سال ۱۳۸۳، انتشارات سروش.

کانت، ایمانویل، کانت درس‌های فلسفه اخلاق، ترجمه: منو جهر صانعی دره بیدی، تهران، سال ۱۳۸۴، انتشارات نقش و نگار.

کی نیا، مهدی، جرم شناسی جلد دوم جامعه شناسی جنایی، تهران، سال ۱۳۷۳، انتشارات دانشگاه تهران.

گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی، تهران، سال ۱۳۸۶، انتشارات میزان.

مونتسکیو، روح القوانین، ترجمه: علی اکبر مهتدی، چاپ دوم، تهران، سال ۱۳۲۴، انتشارات دادگستر.

نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، سال ۱۳۸۶، انتشارات گنج دانش.

ج» مجموعه قوانین و کتب آسمانی انجیل متی.

سفر پیدایش، از اسفار خمسه تورات.

قانون مجازات اسلامی، جمهوری اسلامی ایران.

قانون مدنی، جمهوری اسلامی ایران.

قرآنکریم.



جمهوری اسلامی ایران



د افغانستان د قاضیانو لپاره د لارښود کتاب خخه ژباره

ح. ابوالتفی

۱- د مدارکو او اجراؤ د راغوندولو اجراءات

د جرم د اثبات په موخه د پیښی خای ته تگ

د قضایي ضبط مامور مکلف دی د مشهود جرم په حالت کې که جنایت وی یا جنحه سملاسي د پیښی خای ته ولاړ شی د جرم مادی اثار معاینه او وساتی. د خایونو او اشخاصو حالت او هر هغه خه چې د حقیقت په کشف کې مرسته کوي، ثبت کړي. د هغه اشخاصو خرګندونی چې د جرم پر مهال پې حضور درلود او کیدای شي اقوال بې د پیښی په روښانه کيدو کې ګټور واقع شي، واوري. د قضایي ضبط مامور مکلف دی د پیښی خای ته د خپل تگ په هکله، سملاسي خارنوالي په جريان کې واچوی او خارنوالي هم مکف دی د مشهود جرم په شاوخوا کې د اطلاع پیداکولو سره سم د پیښی خای ته ولاړ شي.

د قضایي ضبط له تللو خخه موخه داده چې سملاسي له اطلاع ترلاسه کولو وروسته د پیښی د خای په لوري حرکت وکړي، تر خو د خای، آثارو او په جرم پوري د اپوندو کسانو حالت ثبت کړي، په دې شرط چې د جرم خای نه بنایي قانوني استوګنځي وي، خکه استوګنځي قانوني خونديتوب او مصؤنيت لري، د مشهود جرم حالت په هغه باندي د تيری مجوز کیدای نه شي.

د جرم د خای د حالت له ثبت خخه موخه، د هغه وصف او تعريف دي، په دې معنا چې د قضایي ضبط مامور د جرم خای وصفوي، روښانه کوي چې آيا کورونو ته نبردي دي او یا له هغه خخه ليږي، د خمکي خرنګوالي شرحه کوي چې آيا شکلن یا خاورين او یا داسۍ نور. که چيرې کومه وياله یا پل یا بحر (سیند) او یا خای ته نبردي نوري نخښي شتون ولري، هغه ته اشاره کېږي. د جرم د آثارو له ثبت خخه موخه، په جرم کې د استفاده وړ وسلی ثبت دي، د هغه وسایلو ثبت چې د غلا په جرمونو کې د دروازه د ماتولو په موخه ترې ګټه اخیستل کېږي او داسې نور. د

اشخاصو او په جرم پورې د اړیکمنو شیانو د حالت له اثبات خخه موخه داده چې د قضایي ضبط مامور مجنی عليه حالت وصفوی چې آیا ژوندی دی او یا دا چې وفات بې کړی دی، که چیرې ژوندی وی باید یادونه وکړی چې آیا په عاقلانه پنه او صورت بې د خبرو کولو توان درلود یا نه، همدارنګه په حسم کې بې دواردشویو ټپونو په اړوند باید تفصیل ورکړی. که وفات بې کړی وی د مرې عمر اټکلوی (تخمین کوي بې) او جسد وصفوی د مثال په توکه د ده سر او پښو موقعیت په کوم لوری دی، آیا پرمختی لويدلی دی یا په شا او بغل باندی. همدارنګه توضیح ورکوی چې آیا د وینی نخبني د پیښې په خای کی لیدل کېږي یا نه. د دې مسایلو یا دول له خورا ستر اهمیت خخه برخمن دی ځکه د هغه په واسطه کولاۍ شو د شاهدانو شهادت وارزوو او د پیښې د خای په اړوند د هغوي د خرکندنو دروغ او رښتیا تشخیص کړو. همدارنګه د قضایي ضبط مامور باید توضیح ورکړی چې آیا مجنی عليه یوازی ټه یابی شاوخوته نورو افراد هم شتون درلود. که د تورن په تشخیص وتوانید باید د هغه حالت هم درج کړی چې آیا لګیدلی دی یا نه، د هغه د کالیو د حالت په اړوند باید ولیکی چې آیا سالم دی او یا نه، همدارنګه د جرم هره نخبنه چې لباس کې لیدل کېږي او د حقیقت د کشف لپاره مرستندوی واقع کېږي باید هغه ولیکی.

د جرمی آثارو ساتنه او د څینو شیانو پرمخ د مهرونو خرنګوالی

د قضایي ضبط مامور مکلفیت په همدی تکې چې د جرم حالت قید وی نه متوقف کېږي، بلکې د جرم له آثارو خخه چې هغه قید کړی او لیکلی بې دی باید ساتنه وکړی. باید سملاسی لازمه وسایل تر استفاده لاندې ونیسي تر خو د پیښې خای ته د افراد د ننوتو خندو وګرځی او پرینټردي چې هیڅ خیز (شي) د پیښې پرڅای کې نه پورته کړای شي او نه انتقال کړل شي او نه حرکت ورکړای شي. باید یو ساتونکي (محافظ) استخدام کړی تر خو له جسد یا د غلا له ئای یا د پیښو د نخبسو له ئای او د مجنی عليه له کالیو خخه په هغه صورت کې چې شون ولري، ساتنه وکړي. باید پرینټردي، یو خوک پر هغه شیانو چې د بنوی (لشم) او خلیدونکي (خلانده) سطحي درلودونکي دی لاس ووهی تر خو ونه شي چې د ګونو نخبني چې احتمال لري پر هغه باندی وی له منځه ولاړي شي. د قضایي ضبط مامور کولاۍ شي هغه خایونه چې په هغه کې د حقیقت په

کشف کې اغیزناک او مهم آثار او شیان شتون ولرى، مهر او لاک كېي. د قضایي ضبط مامور بايد سندونه، وسله او په جرم پوري اپوند ټول مسایل وساتى او هغه تورن ته وبنسي او په هکله يى نظر وغوارى په یوه محضر کېي درج اود تورن لاسليک پکى واخلى.

له لاسليک د چدی کولو په صورت کېي بايد هغه ته اشاره صورت ومومى، اخیستل شوي شیان په یوی سر تېلى كڅورې کېي اچول کېي، منى (نوار) پري چاپيروى او مهر كوي بى، د مهر له پاسه د محضر دليکنى نيتە ليکى، همدارنگه هغه قضىي ته چېي د نومورو شيانو د ضبط لامل ګرځيدلى دى، اشاره کوي، مهر او لاکونه او سر تېلى كڅوره یوازې د تورن او دده د مدافع وکيل او يا هغه شخص په حضور کېي چېي شیان تري ضبط شويدي، پرانیستل کېي. د ضبط شويو شيانو د ساتېي اجرآت، په نظم او ترتیب د راولو اجرآت دى، په دې معنا چېي له هغو سره مخالفت د ضبط د بطلان لامل کېي نه.

د پېښي د خاي له پريښودلو خخه د حاضريبو منع کول (د ۱۳۴۴ کال د تصويب شوي د جزاي اجرآتو قانون اته ويشتمه او نهه ويشتمه ماده او د جزاي اجرآتو د قانون د تعديل درويشتمه او خليري ويشتمه ماده):

د جرم د پېښي خاي د احتمالي دليلونو د شتون په خاطر، ډير مهم وي په تيره بيا په مشهود جرم کېي. نوله دې کبله قانون د قضایي ضبط مامور ته صلاحیت ورکړي دی چېي د لزوم په صورت کېي برېبدې موجود اشخاص د پېښي له خاي خخه لري شي تر خو چېي په پېښي پوري اپوند محضر ولېکي. همدارنگه کولاي شي د پېښي په اپوند د هغوي خرگندونی ترلاسه کېي.

د قضایي احکامو پريکره په دې هکله دارنگه ده چېي د پېښي د خاي په نه پريښودلو د قضایي ضبط د مامور امرکول، نه ودرول انګيرل کېي او نه نيونه (ګرفتاري) او حتی نه د تنظيمي اجرآتو له جملې خخه شمېرل کېي، نو که چېرى دارنگه امر د قضایي ضبط له مامور خخه صادرېي، د هغه موخه یوازې د هغه اجرآتو ترلاس لاندى نیول دی چېي د پېښي د خاي د امنیت لپاره نیول شويدي، تر خو د قضایي ضبط مامور توانيديلى وي، خپل ماموریت په هغه کېي ترسره کري.

محضر ولیکل شي، لکه هماگسي چې د ۱۳۴۴ کال تصویب شوي د جزایي اجرآټو قانون نهه ويشتمه ماده پردي صراحة لري: «که چيرى د حاضرو کسانو له جملې خخه یو کس د قضائي ضبط د مامور له داسې امر خخه چې اته ويشتمي مادې مطابق صادر شوي وی، غاره وغروي او يا د پېښې خاي ته دراتلو څان خنګ ته کړي، دا خبره په رپوت کې لیکله کېږي او خنګوال (متخلف) د بند په یوه داسې جزا چې موده به بې له یوې هفتې زياته نه وی او په نقدی جريمې چې اندازه به بې له سلواګانيو زيانه نه وی او يا د دغو دواړو له جملې خخه په یوه جزامحکومېږي. دا حکم د ابتدائيه محکمي له خوا د قضائي ضبط د مامور د لیکلې رپوت له منځي صادرېږي.» د جزایي اجرآټو د قانون د تعديل خليرويشتمه ماده په دې اړوند دارنګه صراحة لري: په مشهودو جرمونو کې د قضائي ضبط مامور کولی شي چې درسيدلو سره سم د پېښې په خاي کې حاضر کسان د رپوت د لیکلو تربای پوري له دغه خایه خخه د تللو نه منع کړي. او دا هم کولای شي چې د کومو خلکو نه د پېښې په باب د توضیحاتو اخیستل ممکن وی هفوی سمدلاسه راوغوارې.

د تورن تسلیمیدل له خلکو او امنیتي خواکونو له افرادو خخه (د ۱۳۴۴ کال د تصویب شوي جزایي اجرآټو د قانون دری ديرشمه ماده)

هر شخص چې جاني د مشهود جرم په ترسره کولو که د جنایت له نوعی خخه وی یا جنحي خخه چې په اړوند بې احتیاطي حبس د قانون له منځي مجاز وی، مشاهده کوي، کولای شي نوموري ونيسي او د امنیتي خواکونو ډیرو نېدې افرادو ته بې وسپاري، پرته له دې چې دده د نيونې امر ته اړتیا وی. دا صلاحیت ټولو وکړو ته ورکړل شویدی کومې ځانګړې دندې او یا افرادو ته بې تخصیص نه دی موندلی، له همدي کبله دا عملیه د امنیتي خواکونو ډیرو نېدې افرادو ته د جانی په تسلیمولو پای ته رسیبوی.

یادګیرنه: دا ماده د جزایي اجرآټو د قانون په تعديل کې حذف شویده او په عوض د نوموري تعديل په شلمه ماده کې دارنګه تصریح شویده: هرڅوک کولای شي چې د هغه جرم په هکله چې

په پیښیدلو بی خبر شی د دیری نبدي اداري ته خبوررکړي. همدارنګه د عمومي وظيفه لرونکو او ساتونکو خخه هر یو مکلف دی چې که چيرې د وظيفي د اجرا په ترڅ او یا په نتيجه کې د یو جرم دوقوع په هکله خبر شی بی له خنډه د پوليسو چېرې نبدي اداري ته خبوررکړي.

۲ - د تحقیق اجرآات

د اصولو له محې د قضائي ضبط مامورین د تحقیق د اجرآاتو د سرته رسولو هیڅ دول صلاحیت نه لري، ځکه هغوي د تحقیق مرجع نه دی، نه شی کولای په دې هکله لازمه ناپلوی وساتي. د تحقیق اجرآات دی ته په پام سره چې له آزادۍ او د خلکو له خپلواکۍ سره تراو لري یوه ډېره ستره چاره ده، ځکه د خاصو صلاحیتونو د درلودونکو مراجعي پرته، نورو ته پريښودل کيدای نه شي. خو دی په پام سره چې د مشهود جرم په حالت کې د تورن په حق کې د فرييکاري. احتمال منتفی دی، قانون، په دارنګه حالتونو کې، د تحقیق خيني صلاحیتونه د قضائي ضبط مامورينو ته ورکړي دی. خو سره له دې چې نيونه «ګرفتاري» د تحقیق د اجرآاتو له جملې خخه ګنيل کېږي، خو هغه مهال چې د قضائي ضبط د مامور په واسطه د مشهود جرم په حالتونو کې صورت مومي، د جزايی دعوي د تحریک لامل نه ګرځي، ځکه نوموري په دارنګه حالتونو کې د تحقیق مرجع نه ګنيل کېږي، نو هغه اجرآات چې د قضائي ضبط ماموري د تحقیق د اجرآاتو په حيث د مشهود جرم په حالت کې ترسره کوي، د تحقیق د اجرآاتو له جملې خخه د هغه په واسطه د جزايی دعوي تحریک صورت مومي، نه ګنيل کېږي.

د حاضر تورن نيونه

د جزايی اجرآاتو د موقت قانون ديرشمہ ماده دارنګه صراحت لري:

«(۱) عدلی پوليس کولي شي په خپل واک په لاندی حالاتو کې شخص ونيسي:

۱ - د جنایت يا جنحي د جرم د ارتکاب په وخت کې چې جزا یې متوسط حبس وي.

۲ - هغه شخص چې د جنایت د جرم په ارتکاب قلمداد شوي او د عايدو امکان بې متصرور

وي.

(۲) په نورو حالاتو کې د پولیسو په واسطه نیول د واکمنو عدلی او قضایي مقاماتو د دستور په اساس صورت مومي.»

د قضایي ضبط مامور کولای شي د جنایت او هغه جنحي په مواردو کې چې جزایي له درېو میاشتو حبس خخه زیاته د کافې دلیلونو د شتون په صورت کې د حاضر تورن د نیولو امر صادر کړي.

دا یو له هغه ډیرو مهمو اجرآتو خخه دی چې د قضایي ضبط مامور یې د مشهود جرم په حالت کې بې صلاحیت لري. په اصل کې نیونه یو د تحقیق له اجرآتو خخه ګنبل کېږي نه د کشفی اطلاعاتو له اجرآتو خخه، نو د تحقیق له مرجع خخه پرته بله مرجع، د هغه صلاحیت نه لري.
خو د مشهود جرم حالت له دې قاعدي خخه مستشی شویدی، لکه هماغسی چې د افغانستان د اساسی قانون خلیرویشتمه ماده پرې صراحت لري: «آزادی د انسان طبیعی حق دی. دا حق د نورو له آزادی او له عامه مصالحو پرته چې د قانون له لارې تنظیمې د حدود نه لري.»

د اساسی قانون اته دیرشمہ ماده دارنګه صراحت لري: «د شخص استوکنځی له تیری خخه خوندی دی. هیڅوک د دولت په ګډون نه شي کولای د استوکن له اجازې یا د واکمنې محکمې له قرار پرته او بې له هغه حالاتو او لارو چې په قانون کې بنودل شوی، د چاکورته ورنوزی یا پې وپلتني.

د خرګند جرم په مورد کې مسؤول مامور کولای شي د محکمې له مخکینې، اجازې پرته د شخص کورته ورنوزی یا هغه وپلتني. نوموری مامور مکلف دی کورته له ننوتو یا پلتني وروسته، په هغه موده کې چې قانون بې تاکې د محکمې قرار ترلاسه کړي.»

له دې خایه خرګندېږي چې د مشهود جرم له حالت پرته صلاحیت لرونکی قاضی له امر پرته چې د تحقیق د اجرآتو او یا د تولې د امنیت د ساتې په مونه د قانون د احکامو سره سه صادرېږي، هیڅوک د نیونی، تلاشی، حبس له سفر خخه د مخنيوی او یا د یو چا د انتقال حق نه لري. د احتیاطی حبس موده په قانون کې تاکل شویده.

د نيونې په برخه کې چې د مشهود جرم په حالت کې د قضائي ضبط د مامور له صلاحيتونو خخه دی، شرط دی چې مشهود جرم يا جنایت وي او يا هغه جنه چې حبس بي له يوي اوونې شخه زيات وي، لکه هماخسي چې د ۱۳۴۴ کال تصويب شوي د جزائي اجرآتو قانون ديرشمہ ماده پوري صراحت لري: «که چيري د قضائي ضبط له مامور سره د حاضر تورن د تور په باب کافي دليونه موجود وي نو په دې لاندنيو مواردو کې د ده د نيلو امر صادرولي شي:

الف: په جنایاتو کې

ب: په مشهودو جنحو

ج: په هغه جنه چې جزائي له يوي هفتې خخه زياته وي.»

يادگيرنه: د جزائي اجرآتو د قانون د تعديل په شپږ ويشتمه ماده کې په دې هکله دارنګه تصريح شوي ده: «که چيري د قضائي ضبط له مامور سره د حاضر تورن د تور په باب کافي دليونه موجود وي نو په دې لاندниو مواردو کې د ده د نيلو امر صادرولي شي.

په جنایاتو کې

په جنحو کې

سربيره پردي، باید د شخص د تور په هکله کافي دليونه چې نيونه بي د جرم د ارتکاب په ارونډ صورت مومني، شتون ولري. د يادونۍ ورده چې د جرم په ارتکاب د شخص د تور لپاره د کافي دليونو شتون، يوازي دده د تور په موخه، د جرم د حقيقي فاعل په حيث نه دي، بلکې په جرم کې دشريک «ګډون وال» په حيث هم دي. د دليونو د کفایت ارزونه او سنجش، د قضائي ضبط د مامور پوري، د تحقیق د مرجع او اړونډي محکمي تر سر پرستي لاندې اړه نيسی.

په حاضرولو امر او د غایب تورن نيونه

د ۱۳۴۴ کلا د تصويب شوي د جزائي اجرآتو قانون ديرشمہ ماده دارنګه صراحت لري:

^۱ د ۱۹۷۶ کال دنومبر د لسمی نقض، د پنځه ويشتم کال د نقض د احکامو ټولکه، ص ۷۱۵، ځبه ۱۵۵.

«که چیری د قضایي ضبط له مامور سره د حاضر تورن د تور په باب کافي دليلونه موجود وي
نو په لاندنيو مواردو کې د ده د نيوالو امر صادرولي شي:
الف: په جنایاتو کې
ب: په مشهودو جنحو

ج: په هغه جنه کې چې جزايي له یوې هفتې خخه زياته وي.
يادگيرنه: په دي هکله د جزايي اجرآتو د قانون د تعديل شپړويشتمه ماده دارنګه وای: ««که
چيرې د قضایي ضبط له مامور سره د حاضر تورن د تور په باب کافي دليلونه موجود وي نو په دي
لاندنيو مواردو کې د ده د نيوالو امر صادرولي شي.



هدارنګه د ۱۳۴۴ کال د تصویب شوی د جزايي اجرآتو قانون یو ديرشمہ ماده صراحت
لري:

«که چيرې تورن په پورتنيو حالاتو کې حاضر نه وي، د قضایي ضابط مامور کولی شي چې دده
د نيوالو امر صادر او دا خبره په رپوت کې ولیکي.
دغې امر د شپړو میاشتو له تیریدو وروسته نه چلېږي، مګر هله چلېږي چې د قضایي ضبط
مامور یې د یوې بلی مودې دباره اوږد کاندي.



په دي هکله د جزايي اجرآتو د قانون د تعديل اووه ويشتمه ماده دارنګه تصریح کوي: «که
چيرې تورن د پورتنی مادي په ذکر شوو حالاتو کې حاضر نه وي د قضایي ضبط مامور کولای شي
چې د ده د حاضر و لوامر صادر او دغه خبره په رپوت کې ولیکي.
دغه امر د شپړو میاشتو د مودې له تیریدو وروسته نه چلېږي مګر دا چې د قضایي ضبط ماموی
د یوې بلی مودې لپاره اوږد د کاندي.»

له مشهود جرم وروسته نیغ په نیغه، د نیونی اړتیا:

لکه هماغسې چې وړاندې مو یادونه وکړه د مشهود د جرم حالت د قضایي ضبط مامور ته
صلاحیت ورکوي تر خو تورن و نیسي. خو په هغه صورت کې چې د قضایي ضبط مامور تورن

^۱ د ۱۹۹۶ کال د نومبر ۲۴-می تفض، د شلم کال د نقض د احکامو تولکه، ص ۱۳۶۳، گیهه ۲۷۰.

ونیسي او له هغه حالت وروسته د مشهود جرم حالت خرگند شي، په دي صورت کي نيونه باطل
کليل کيږي. خکه د نيوني پر مهال، مشهود د جرم شتون نه درلود، تر خو د هغه دنيوني له پاره
مجوز قرار ونیسي^۳

د تورن د نيوني په حالت کي د قضائي ضبط مامور مکلفيتونه:

قانون جوړونکي، د تورن دنيوني د اجراتو د تر لاس لاندي نیولو پرمهال، د قضائي ضبط مامور
په غاره شخص مکلفيتونه اينښي دي چې تر ټولو مهم بي د نیول شوي شخص د ویناوو اوريدل او
د ده دنيوني به سبیونو د هغه خبرول دي. بل شرط دا دی چې باید له ۲۴ ساعتونو خخه زیات له
د سره باقي پاتي نه شي.

هغه خه چې د لوړۍ مکلفيت پوري اړیکمن دی دنيول شخص د ویناوو اوريدل او دده د
نيونې به سبیونو د هغه خبر ول دي، د افغانستان د اساسی قانون د یو ديرشمې مادی دوهمه فقره
دارنګه صراحت لري: «متهم حق لري چې له نیولو سره سم له منسوب اتهامه ځان خبر کړي او
دهفي مودې دنه چې قانون بي تاکې، محکمه کي حاضر شي.»

تورن کولای شي له هر چاسره چې غونبشي بي اړیکه ونیسي او هغه له خپلی نيوني خخه خبر
کړي، او یا له هغه خخه د مرستي او کومک غونبنته وکړي، د ارنګه چې قانون هغه تنظيم او ترتیب
کړي، او یا له هغه خخه د مرستي او کومک غونبنته وکړي، د ارنګه چې قانون هغه تنظيم او ترتیب

^۳. د دی موضوع د تطبيق په موخه د مصر د تمیز محکمی د تورن دنيوني په بطلان پریکړه کړیده خکه چې نيوني بي د مشهود
جرائم له پیښیدو وړاندی صورت موندلی دي، د قضيې د پیښې لنډیز دارنګه دی چې د نشه بي توکيو سره د مبارزې داداري دوه
نفره ضابطان په موټر کې ناست دي او د پولیس افراډ هم ورسه دی تر خو د سرکون او سماواړ خانو امنیت چې اکټه هله له
نشه بي توکيو خخه استفاده کړي تر خیپنی لاندی و نیسي د... سیمې په سړک کې... تورن هم به هماماغه سړک روان او به
لاس کې بي یو کاغذی پاکت و چې د شک او تردید لامل ګرڅیده، لومړنۍ ضابط له موټر خخه بشکته شو توکيو بی ودر او
څو په اړوندې تحقیق وکړي. خو تورن کڅوره غورخوی اوتبېنى، ضابط وکولای شول نو مورۍ ونسې، کڅوره بی ونیوله او
د کیمیاوی لابراتوار او عدلی طب د ریوبت په پاپله کې خرګتمدہ شو چې په پاکت کې اصلی ماده چې چرس تری جور یېږي،
خای په خای شویده. د تمیز محکمی ویلى دی چې د جزاې محکمی قول په دي اړوند چې تورن کڅوره چې د نشه بي توکيو
درلودونکي وه په خمکه غور خولی ده ددى له پاره چې ده د نیوني له پاره بی مجوز حاصل کړي وي. صحیح بنسټ نه لري،
په هغه صورت کې چې پیښه تابتوبي چې د تورن نیولو د کڅورې له معاینې خخه وړاندې صورت نیولی دي . د ۱۹۹۶ کال د
نومبر د ۲۴ می نقض د شلم کال د نقض د احکامو تولګه ص ۱۳۶۳، کېه ۲۷۰.

کړي ۵۰. تورن باید په ډیروز وخت کې له هغه تور خخه چې ۵۰ ته بنسټ ورکړل شویدی، خبر شي. نوموري او یا بل هر شخص کولای شي محکمی ته د آزادی او دده د شخصی آزادی د مقید کیدوله امله شکایت وړاندې کړي. د ارنګه چې د ۱۳۴۴ کال د تصویب شوي د جزایي اجرآتو قانون د دوه دير شمي مادې لوړۍ فقره پري صراحت لري «د قضائي ضبط مامور مكلف دی چې ډیروز د نیول شوي تورن بیان واوري، که چيرې تورن د خپلې یګناهی سبونه ونه بسولی شي نو دی په خلیرویشتو ساعتونو کې مربوطې خارنوالي ته ليږل کېږي»

يادګيرنه: د جزايي اجرآتو د قانون د تعديل اته ويستمه ماده په دي اړوند دارنکه وایي: «د قضائي ضبط مامور مكلف دی چې ډیروز د حاضر مظنون اظهارات واوري او په محضر کې ې ثبت کاندي. په هغه صورت کې چې د قضائي ضبط مامور د مظنون دلایل د هغه درائت لپاره کافي و نه بولي مكلف دی چې د (۲۴) ساعتو په موده کې د نه هغه تر استنطاق لاندي ونيسي د حالاتو د خرنګوالی په نظر کې نیولو سره ې آزاد او یا دخپل واک په حدود و کې د نه ې تر نظارت لاندې ونيسي.

که چيرې حالت غوبښنه و کړي چې مظنون تر توقيف لاندې ونيول شي پوليس د تور د دلایلو په وړاندې کولو سره د واکمنې محکمې خخه د توقيف د اجازې د لاس ته راولو لپاره خارنوالي ته پیشنهاد کوي.»

د نوموري مادې حکم ته په پام سره، قضائي مامور مكلف دی چې سملاسي د تورن ویناوی واوري، د نيوني له سببونو خخه ې خبر کړي. که چيرې برائت ې ثابت شو سملاسي باید آزاد کړاي شي، له هغې پرته باید (۲۴) ساعتونو د نه خارنوالي ته واستول شي. له تورن خخه د قضائي ضبط مامور له پوښتني کولو خخه موخه داده چې یوازي ۵۰ ته خبر ورکړي چې هغه تور چې ۵۰ یې نسبت ورکړل شوي دی غواړي چې په هکله ې د د رايه واوري. پرته له دي په تفصيلي بهه د هفو په اړوند مناقشه او خبرې اترې و یشي او پرته له دي چې نو موري د تورله د لیلونو سره مخامنځ کړي.

د تورن د نيوني موده:

يو بل مکلفيت چې د قضائي ضبط مامور ېې لري دا دی چې نيوں شوی شخص باید له (۲۴) ساعتونو خخه زيات له ده سره پاتې نه شي، بلکې نوموري باید اړوندي خارنوالي ته واستوي. که له نوموري مودې خخه زيات پاتې کېږي، په اضافې موده کې نيونه، باطل ګټل کېږي، باید چې تورن په سملاسي ډول خوشی شي. سر بيره پردي، تاديبي، مدنۍ او حتی جزايی مسؤوليت د قضائي ضبط مامور ته متوجه کېږي، خکه چې له حق پرته ېې د شخص نيوني ته لاس اچولي دی ۴

د تورن قضائي پلتنه:

د افغانستان د اساسی قانون خلیرویشتمه ماده دارنګه صراحت لري: «آزادی د انسان طبیعی حق دی. دا حق د نورو له آزادی او له عامه مصالحو پرته چې د قانون له لارې تنظیمېږي حدود نه لري. دولت د انسان د آزادی او کرامت په ساته او درناري مکلف دی.»

د مشهود جرم له حالت پرته نور په هیڅ صورت کې د هیڅ شخص نيونه، پلتنه، حبس، د آزادی مقید کول او یا له تګ راتګ خخه منع کول جواز نه لري، مګر د صلاحیت لرونکي فاضی د امر د شتون په صورت کې چې د قانون له احکامو سره سم د تحقیق او یا د ټولني د امنیت ساته په موخه، صادر شوی وي. دي احکامو ته په پام سره د افغانستان د اساسی قانون، قانون جورونکي د قضائي ضبط مامور له پاره د مشهود جرم په حالت کې د تورن شخص د پلتني صلاحیت ورکړي دی. خو کوم خاصه قانونی ماده شتون نه لري چې د قضائي ضبط مامور صلاحیت د مشهود جرم په حالت کې د پلتني په اړوند تنظیم او ترتیب کړي. د جزايی اجراآتو موقت قانون له دوه دیرشمې مادې پرته چې د ارنګه صراحت لري: «(۱) د قضائي ضبط مامورین د جرم د ارتکاب په وخت کې

د مصر د تمیز محکمې پړیکړه کپیده چې اعتراض پردي چې له نيوني خنده (۲۴) ساعته وروسته، تورن خارنوالي ته معرفې شوی نه دی، که چېږي صحیح هم وي هیڅ کومه فایده پری نه مرتب کېږي، په هغه صورت کې چې نوموري «اعتراض کونکي» مدعی نه دی چې د اچاره د دعوى له نیتعو خخه د یوه دلیل په اثر روښا نه شوې ۵۵. د ۱۹۳۹ کال د فبروری د یوه ویشتمې نقض د شپارسم قضائي کال (۱۰۵۶۰) اعتراض، مجله المحامات، د ۱۹۴۹ کال اپريل. دکتور محمود مصطفې، حقوق الانسان في مرحلة ما قبل المحكمة، په اسكندریه کې د مصر د جزا قانون د انجمن کنفرانس، د ۱۹۸۸ کال د اپريل له ۹ می تر - ۱۲ مې پوري.

او د موجه دليونه د موجوديت په صورت کې د عاجلو اجرآټو دتر سره کولو لپاره د هغو دليونه د لاس ته راپلوا په خاطر چې ضروري بې بوی، لاندې ابتدائي تحقیقات پیل کوي:
د مظنون شخص داوسيدنې د کور او نورو مربوط خایونو تلاشي کول.
د شيانو او اسناد و ضبطول.

د نورو اشخاص او خایونو پلتل او له هغوي خخه عکس اخیستن.

۴- د مربوط اجرآټو د ترسره کولو لپاره له متخصصينو او اهل خبره وو خخه چې د مسلکي ورتهيا لرونکي وي د مرستي غونښته.

(۲) د قضائي ضبط مامورين مکلف دی چې د خپلو اجرآټو راپورته له خنده ابتدائيه خارنوال ته وړاندې کړي.

(۳) مدافع وکيل، مظنون يا تورن حق لري چې د (۳۸) مادى د حکم مطابق د قضيي د استنطاق او تحقیق په تولو پړاونو کې حاضر وي.

روښانه ده چې دا احکام د قانوني نیونو په تولو حالاتو صدق کوي، که د مشهود جرم په حالت کې بې صورت موندلې وي يا له هغې پورته. نو هغه پلتنه چې د قضائي ضبط ماموري د مشهود جرم په حالت کې ترسره کوي د هغه شرایط او ضوابط پوري مشروط دی چې نوموري ته د نیولو اجازه ورکوي. په دی معنا چې مشهود جرم له هغه جرمنو خخه وي چې د مجازاتو موده بې له دریو میاشتو خخه زیاته وي.

له نوموري پلتنه خخه موخه په دی څای کې قضائي پلتنه ده. يعني هماماغه پلتنه چې د تحقیق د مراجعاو په واسطه د جرم له دليونو خخه د بحث او پلتني په اړوند چې بالفعل واقع شوي دي، صورت مومي او د قضائي تحقیق د اجرآټو له جلمې خخه ګټل کېږي چې صلاحیت بې د اړونده تحقیق مرجع يعني خارنوالي په غاره لري، نه د کشفني اطلاعاتو مراجع. خو د قضائي ضبط مامور یوازې د مشهود جرم په حالت کې له دې صلاحیت خخه برخمن دي.

وқایوی پلتیه:

له وқایوی پلتیه خخه موخه په جرم د تورن شخص پلتنه ده، د هغه د بی وسلی کولو له پاره او یاد هغه خلع کول دی له هغه شیانو خخه چې خطرناک دي، امکان لري خپل خان به هفو سره، د یوې قانوني اجرا په صورت کې، ژوبل کړي. مشروط په دې چې نو مورې پلتیه د همدې قانوني اجرا غونښتونکې وي.

هغه پلتیه چې د تورن دنیولو پرمهال په هر سبب چې وي، حتی که د ده پر ضد د یوه صادر شوي حکم د تنفید په موخه هم وي، صورت مومني، د تمیز د محکمی پروراندې له وқایوی او یا احتیاطي وسایلو یوه وسیله ګټل کېږي، چې د نیول شوی شخص له فتنی جوړو لو خخه د مخنيوی په موخه تر لاس لاندې نیول شوی دی چې نه ویل کېږي و تبني له وسلی او یا داسي نوروشیانو خخه چې له خانه سره بی لري، استفاده وکړي، په چا حمله وکړي.

د دې پلتیه له پاره قانوني سند هماغه سند دی چې د قضایي ضبط د ماموریت مرجع بی په نورو عمومي پلتیو کې لري. په هغه حالتونو کې چې د تورن نیونه د قانوني له مخې جواز لري، د قضایي ضبط مامور کولای شي نومورې و پلتی. سر بیره پردي، دا پلتیه د تورن پر ضد د قانوني اجرا د تطبیق د غونښتو له جملې خخه ده. له دې کبله وқایوی پلتیه یوازی په هغه جرمونو کې د تورن په اړوند جواز لري چې د نومورې نیونه او پلتیه مجاز کوي.

د مشهود جرم حالت او د استو ګنځایونو تلاشي:

د افغانستان د اساسی قانون اته دیرشمہ ماده دارنګه صراحة لري چې: «د شخص استو ګنځۍ له تيري خخه خوندېي دي. هیڅوک د دولت په ګډون نه شي کولای د استو ګن له اجازې یاد واکمنې محکمې له قرار پرته او بې له هغه حالاتو او لارو چې په قانون کې بنوول شوي، د چاکورته ورنوزي یا بې وپلتی.

د خرگند جرم به مورد کې مسؤول مامور کولای شي د محکمې له مخکینې اجازې پرته د شخص کورته ورنوزي یا هغه وپلتی. نو مورې مامور مکلف دي کورته له ننوتو یا پلتی و روسته، په هغه موده کې چې قانون بې تا کې د محکمې قرار تر لاسه کړي.»



د افغانستان په اساسی قانون کې راغلي حکم ته په پام سره د استو ګنځایونو پلټیه جواز نه لري مګر پخپله د استو ګنځی د څښتن او یا د صلاحیت لرونکي محکمې په اجازه او یا په هغه حالاتو کې چې قانون پوري صراحت لري. همدارنکه د شخص د استو ګنځی پلټیه د محکمې شخه له مخکینی اجازې پرته جوازنه لري، مګر د مشهود جرم په حالت کې، چې وروستي اجازه بې د تاکلي مودي په ترڅ کې بايد له اړوندي مرجع خخه واخیستل شي.

خو هغه مهال چې د مصر قضائي سیستم ته نظر واچوو وينو چې د مصر د جزايی اجرآټو قانون اووه څلويښتمي مادي د قضائي ضبط مامور ته اجازه ورکړي وه ترڅو په جنایت او جنحو کي د مشهود جرم په حالت کې د تورن کور و پلتني. خو د مصر د اساسی قانون ستري محکمې د ۱۹۸۴ کال د جون د میاشتی په دوهمه نیټه ۵ د دې مادي په نه قانونیت حکم صادرکړ، څکه د مصر له اساسی قانون سره په اختلاف کې واقع کیده، چې د کورونو پلټی او هغفته ننوتلوته یې یوازې د قاضي په امر د هغه د سبیونو په بیان سره اجازه ورکوله، پرته له دې چې مشهود جرم ترى استشنا کړي. څکه د شخص د استو ګنځی خوندي توب او دهغه درناوي دهغه له آزادۍ او شخصي ژوندانه خخه سرچینه اخلي.

له همدي امله د مصر اساسی قانون ټینګار کړيدی تر خو د شخص استو ګنځی ته درناوي وشي د هغه له سپکاوي او بې احترامي خخه هغه ته له ننوتلو یا پلتلو خخه مخنيوی وشي، مګر په هغه صورت کې چې په هکله یې د قاضي امر موجه اسبابو له یادولو سره صادر شي. پرته له دې چې په دې مساله کې کومه استشنا شتون ولري.

خو زمونې په نظر د مشهود جرم حالت یو استثنائي حالت دی، پر دې بنسټ قانون جورونکي د قضائي ضبط د مامور لپاره د تحقیق د مرجع صلاحیتونه په استثنائي توګه ورکړي دي. له همدي کبله د دې صلاحیتونو پر اخтиما او د نوروحالاتو قیاس کول پوري جواز نه لري.

° د مصر (د اساسی قانون) د ستري محکمې حکم، د ۱۹۸۴ کال د جون دوهمه، د اساسی قانون د خلورم کال (۱۰۵) مه کېډه قضیه

ورکشاپ معرفی ابزار نظارت از تطبیق کنوانسیونهای بین المللی حقوق بشر



اداره حمایت از حقوق بشر وزارت عدليه به منظور نظارت از تطبیق کنوانسیون های جهانی حقوق بشر بسته ابزار نظارتی را تهیه دیده است که توسط آن میتوان بصورت سیستماتیک و منظم از پیشرفتها درین رابطه اطلاع حاصل نمود.

بسته یاد شده روز چهارشنبه اول قوس ۱۳۹۱ در ورکشاپ که به همین مناسبت در تالار کنفرانسهاي وزارت عدليه راه اندازي شده بود به معرفی گرفته شد. درین ورکشاپ نماینده های با صلاحیت وزارت

امور خارجه، وزارت امور داخله، وزارت امور زنان، وزارت معارف، احصائیه مرکزی، وزارت کار و امور اجتماعی، کمیسیون مستقل حقوق بشر، شبکه جامعه مدنی و حقوق بشر و نماینده تمویل کننده گان پژوهش عدالت و حقوق بشر برنامه انکشافی ملل متحد که تمویل مالی این پژوهه را به عهده دارد اشتراک ورزیده بودند و در رابطه به اهمیت ابزار نظارتی اطلاع حاصل نمودند. اشتراک کننده گان از ابتکار اداره حمایت از حقوق بشر قدر دانی بعمل آورده و در قسمت تطبیق و به کار گیری آن وعده هر نوع همکاری سپرندند.

این ابزار نظارت در دو بخش تهیه شده است که بخش اول آن شامل رهنمود ها و قسمت دوم آن شامل فورم ها، چک لست ها و شاخصها میباشد که میتواند در تشخیص سطح تطبیق کنوانسیون های بین المللی حقوق بشر ممد واقع شود.

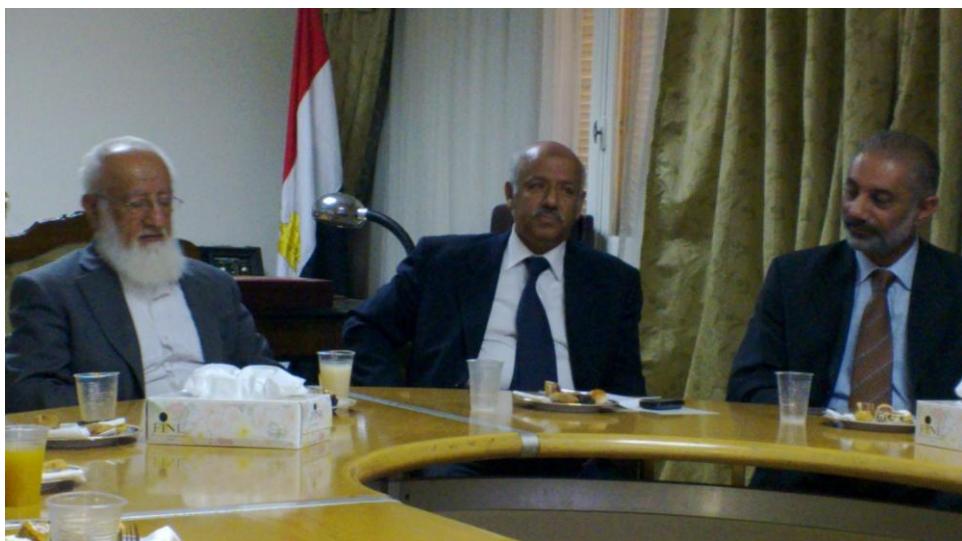
اداره حمایت از حقوق بشر در نظر دارد تا بسته یاد شده را برای بار نخست در زمینه حق تعلیم و تربیه تطبیق نماید که درین رابطه وزارت معارف در قسمت تعیین شاخصها همکاری های شایان نموده است.

همچنان این اداره درین زمینه دیتابیس را به منظور جمع آوری معلومات از تطبیق کنوانسیون ها در ادارات تهیه نموده که میتواند به وزارت خارجه یک کمک کننده خوب در قسمت تهیه گزارش دولت از تطبیق کنوانسیونها به کمیته های مربوطه باشد.

منبع: امریت مطبوعات

سفر وزیر عدليه دولت جمهوري اسلامي افغانستان به جمهوري عربي

مصر



خانپوه حبيب الله غالب وزیر عدليه دولت جمهوري اسلامي افغانستان و هیئت همراه
شان روز سه شنبه مورخ ۱۳۹۱/۹/۷ طی يك سفر رسمي عازم قاهره پايتخت جمهوري
عربى مصر گردیدند.

درین سفر وزیر عدليه را قانونپوه داکتر محمد قاسم هاشمزى، مشاور ارشد وزارت عدليه،
داکتر عبدالروف هروي مشاور حقوقى و سرپرست رياست عمومي تقنيين و عبدالمهيمن
منصورى، مشاور مقام وزارت عدليه همراهى مينمودند.

هدف ازین سفر را امضای تفاهمنامه همكارى ميان وزارت عدليه دولت جمهوري اسلامي
افغانستان و وزارت عدليه جمهوري عربي مصر بمنظور ارتقاء ظرفيت رياست عمومي
انستيتوت امور قانون گذاري، تحقيقات علمي- حقوقى در ابعاد خاص و از سائر ادارات عدلی

و قضائی، حصول بورسهای تحصیلی از پوهنتون الازهر مصر برای وزارت عدیه و تقویت روابط در سکتور عدلی و قضائی تشکیل میداد.

وزیر عدیه و هیئت همراه شان روز شنبه ۱۳۹۱/۹/۱۱ جلسه را با معین وزارت عدیه مصر و سائر مشاورین ارشد آن وزارت در ارتباط با این تفاهمنامه دایر نمودند، هر دو جانب استاد را دقیقاً مطالعه نموده و توافق نمودند تا موافقت نامه را به هر دو لسان دری و عربی امضاء نمایند، و لسان مرجع عربی خواهد بود.

هیئت مذکور روز یکشنبه ۱۳۹۱/۹/۱۲ جلسه را با لوی خارنوال مصر دایر نمود که طی آن سیستم عدلی و قضائی افغانستان مورد بحث قرار گرفته و از کشور مصر در زمینه تقاضای همکاری بعمل آمد، در نتیجه لوی خارنوال کشور مصر حتی المقدور تعهد مبنی بر کمک به افغانستان را نمود.

روز دوشنبه مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۳ هیئت جلسه را با آقای سلیمان رئیس مرکز ملی مطالعات قضائی وزارت عدیه آن کشور دایر نمود، که طی آن آموزش کارمندان وزارت عدیه افغانستان در بخش های مختلف در آن کشور مورد بحث قرار گرفت. رئیس مرکز ملی مطالعات عدلی و قضائی مصر تعهد نمود که زمینه آموزش عدلی و حقوقی را برای کارمندان وزارت عدیه افغانستان تأمین نماید.

بعداً هیئت مذکور از موزیم، کتابخانه حقوقی و میکروفلم که کلیه قضایای ۳۰ الی ۴۰ سال گذشته را حفظ نموده دیدن نمودند.

وزیر عدیه ج.ا. و هیئت همراه شان روز سه شنبه ۱۳۹۱/۹/۱۴ با وزیر عدیه مصر ملاقات نمودند که طی آن مسائل آتی مورد بحث قرار گرفت:

تقویت روابط دوستانه و برادرانه بین دولتین

تقویت ریاست تقнین در طرح قانون جزاء

تقویت ریاست تقنین در امر طرح مسوده قانون مدنی (قانون خانواده)

تقویت ریاست تقنین در طرح قانون اقتصادی، تجاری و اداری

درین نشست وزیر عدیه ج.ا. در باره سه دهه جنگ و امحاء کلیه نهادهای تعلیمی و سابقه ریاست تقنین و ارتباط آن با دولت مصر در گذشته تماس گرفته توضیح دادند که قانون مدنی، قانون جزاء و قانون اجرأت جزائی افغانستان توسط متخصصین مصری از پوهنتون الازهر و وزارت عدیه آن کشور با اقتباس از قوانین مصر و آوردن اصلاحات لازم در آن مطابق شرایط جامعه افغانی با استفاده از تجارب گذشته و رفع مشکلات عملی و اعتراضات مراجع حقوقی در آنها ترتیب و تنفيذ گردیده است و یا به شیوه از آن ترجمه گردیده است. بتعقیب این گزارش وزیر عدیه دج، ا.ا از وزیر عدیه مصرخواست که حکومت افغانستان را در جهت افزایش و طرح ریزی قوانین مبتنی برهمگانی ساختن با در نظر داشت کنوانسیون های بین المللی کمک نماید.

وزیر عدیه مصر آقای احمد مکی تعهد نمودند تا افغانستان را در کلیه عرصه های عدی و قضائی کمک نماید، افزون برآن گفتند که آنها آماده ارسال متخصصین به افغانستان و آموزش کارمندان عدی و قضائی افغانستان در کشور مصر می باشند، در اخیر وزرای عدیه هر دو کشور تفاهمنامه را که قبلًا با معین وزارت عدیه مصر مطرح نموده بود امضا نمودند. سپس هیئت مذکور جلسه را با داکتر عمر شریف رئیس تقنین وزارت عدیه مصر دایر نموده و ایشان تعهد خویشا مبنی بر کمک به همتای افغانی اش در طرح ریزی و تصحیح قوانین ارائه نموده افزود: در صورتیکه جانب افغانی قوانین را به لسانهای عربی و یا انگلیسی ترجمه نموده باشند آنها را میتوانند بما جهت بررسی و شریک سازی نظریات ما بفرستند و در صورت لزوم ما متخصصین خویش را جهت آموزش کارمندان ریاست تقنین به افغانستان خواهیم فرستاد.

هیئت ساعت ۲ بعد از ظهر همان روز جلسه را با ریاست مساعدت های حقوقی جهت اینکه آنها چگونه در مصر فعالیت می نمایند دایر نمودند، که ریاست مساعدت حقوقی مصر گزارش مختصری را در رابطه به مساعدت حقوقی در مصر ارائه نمودند.

روز چهارشنبه مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۵ وزیر عدیه ج.ا. و هیئت همراه شان با امام اکبر الازهر ملاقات نموده و در رابطه با حالت جاری در افغانستان معلومات ارائه نمودند، ضمناً تمنیات

نیک آقای کرزی رئیس جمهور دلت جمهوری اسلامی افغانستان را به ایشان تقدیم نموده و از ایشان خواست تا در برنامه صلح و استقرار مجدد افغانستان سهیم گردیده، و بعنوان یک عالم اسلامی نقش ارزشمند اش را در افغانستان ایفاء نماید. در نتیجه فضیلت مآب شیخ الازهر، داکتر احمد طیب ایفای نقش در پروگرام صلح افغانستان را پذیرفته و گفتند که به زودی دعوت نامه را عنوانی شورای عالی صلح افغانستان جهت دعوت شان به مصر و بحث مفصل در زمینه با ایشان خواهد فرستاد.

وزیر عدیله ج.ا. روز پنجشنبه مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۶ جلسه را با مفتی اعظم مصر داکتر علی جمعه دایر نموده و وضعیت موجود در افغانستان و توجیهات و تفسیرات مختلف از فعالیت هاییکه باعث نا امنی و قتل و قتال در افغانستان گردیده و تحت نام اسلام و شعار جهاد صورت میگیرد توضیح و در این راستا بحیث مرجع صدور افتاآ در جهان اسلامی نظر به موقعیت جامع الازهر شریف و وظایف علمای اسلامی در ایفای نقش میانجی بین گروه های متخاصم اسلامی و فریضه تایید و تقویت و همکاری با جانب حق و وادر ساختن جهت باطل و ناروا در زمینه و انجام صلح از ایشان خواهان موقف گیری های سازنده در مجتمع بین المللی و تحلیل و ارزیابی دقیق اوضاع در پرتو توصیه های قرآنی گردیدند. و همچنان در مسائل اختلاف نظر های حقوقی، اصلاح قوانین، هم آهنگی و وحدت نظر در زمینه بین کشور های اسلامی در مسائل شرعی به ضرورت یک موسسه واحدیکه بتواند در جوامع اسلامی جلو همچو فتوا های ناسالم و اختلافات ناشی از آنرا بگیرد و باعث همبستگی بیشتر و روابط برادرانه بین مسلمانان گردد تأکید بعمل آوردن. درپاسخ وی از ابتکار افغانستان در زمینه قدردانی نموده و آمادگی شانرا درباره گسترش و توسعه دارالافتاآ در افغانستان اظهار داشتند.

هیئت مذکور بعداً جلسه با رئیس پوهنتون الازهر دایر نموده و در رابطه به دست آوردهای حقوقی و نیازها در موارد مشخص مانند؛ قانون جزا، قانون مالی و قانون خانواده بعنوان بخش از قانون مدنی معلومات ارائه نمودند، وزیر عدیله ج.ا از پوهنتون الازهر خواست تا

متخصصین را در عرصه فوق الذکر جهت طرح ریزی قوانین و کمک با ما در افغانستان آماده سازند. افزون برآن آقای غالب وزیر عدليه ج.ا.ا از رئیس پوهنتون الازهر خواست تا سالانه یک بورس را به سطح ماستری در رشته شریعت و قانون برای کارمندان وزارت عدليه افغانستان تخصیص دهند تا ازین طریق خلاء موجود در زمینه برطرف گردیده و نیازی به دریافت مساعدت از کشور های خارجی نداشته باشیم.

رئیس پوهنتون الازهر داکتر اسماعیل العبد در پاسخ گفتند که ایشان آماده تهیه همچو یک بورسیه سالانه به وزارت عدليه افغانستان جهت بهبود ظرفیت ریاست تقنین وزارت عدليه می باشند.

بر اساس این تفاهمنامه وزارت عدليه مصر حمایت تخفیکی به وزارت عدليه افغانستان در تسویید قانون خانواده، قانون جزا، و قانون تجارت فراهم نموده و همچنان برنامه آموزشی جهت ارتقاء ظرفیت کارمندان ریاست تقنین در قاهره تهیه خواهد نمود.

پوهنتون الازهر سالانه یک بورس تحصیلی را به وزارت عدليه برای سه سال تهیه خواهد دید و همچنان پوهنتون الازهر تعهد نمود تا با وزارت عدليه افغانستان در امر ارتقاء ظرفیت کمک نماید.

منبع: امریت مطبوعات

ملاقات رئیس امور بین المللی مواد مخدر و تنفیذ قانون با وزیر عدليه

آقای تامس هوشك رئیس امور بین المللی مواد مخدر و تنفیذ قانون روز سه شنبه ۱۳۹۱/۹/۷ با خارپوه حبیب الله غالب وزیر عدليه جمهوری اسلامی افغانستان در حضور داشت آقای گیری سوبیری مشاور عدلی امور بین المللی مواد مخدر و تنفیذ قانون و خانم رنی کریکو از دفتر سازمان انکشاف بین المللی حقوق (IDLO) در دفتر کارشن دیدار و ملاقات نمود.

موضوع ملاقات طرفین را انتقال برنامه های آموزشی از موسسه (JSSP) به سازمان انکشاف بین المللی حقوق (IDLO) تشکیل میداد. وزیر عدليه ج.ا. از کارکرد ها و کمک های موسسه (JSSP) با وزارت عدليه اظهار سپاس و قدردانی نموده و موافقت خویش را

با انتقال برنامه های آموزشی از موسسه (JSPP) به سازمان انکشاف بین المللی حقوقی (IDLO) ابراز نمود.

خانم رنی کریکو به وزیر عدليه اطمینان داد که با انتقال برنامه های آموزشی به اين سازمان هيچگونه تغييری در شيوه تدریس و ارائه خدمات به وجود نخواهد آمد بلکه صرف مسؤوليت آن از يك ارگان به ارگان ديگر تعلق ميگيرد.

در اخير خانم کریکو وعده سپرد که سازمان انکشاف بین المللی حقوق (IDLO) در ضمن موضوعات جزايانی در بخش های مدنی نيز با وزارت عدليه همكاری خواهد نمود.

منبع: امریت مطبوعات

ملقات وزیر عدلیه ایتالیا با وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان



خانم پولا سیغیرینو دیبنی دیتو وزیر عدلیه ایتالیا و هیئت همراه شان روز یکشنبه ۱۳۹۱/۹/۱۹ با خارنپوه حبیب الله غالب وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان در دفتر کارشان دیدار و گفتگو نمودند.

وزیر عدلیه ایتالیا از همکاری کشورشان با افغانستان در بخش عدلی و قضایی یاد آوری نموده فرمود:

ایتالیا در بخش محظوظ است علیه زن، مبارزه با فساد اداری و حاکمیت قانون با بخش عدلی و قضایی افغانستان همکاری می نماید زیرا حاکمیت قانون تنها راهی است که فاصله بین مردم و حکومت را از بین میبرد. وی وضعیت حقوقی خانم ها را در عرصه های مختلف

قناعت بخش خوانده فرمود که ایجاد یک تغییر مثبت نیاز به تلاش های دوامدار و خسته گی ناپذیر دارد.

وزیر عدله جمهوری اسلامی افغانستان از کمک های جامعه بین المللی با افغانستان تشکری نموده و نقش کشور ایتالیا را در سکتور عدلی و قضایی برجسته خواند و از کمک هایشان با محابس و مراکز اصلاح اطفال ابراز قدردانی نمود.

وی همچنان از وزیر عدله ایتالیا خواست که کمک هایشانرا تنها منحصر به هرات نساخته و به دیگر ولایات افغانستان نیز گسترش بدهند و همچنان از آنها خواست که در ضمن ظرفیت سازی در بخش ساختار و زیربنا ها هم توجه نمایند زیرا زیربنا مستقیماً با موثریت کار در یک اداره ارتباط دارد و ایجاد زیربنا یک موضوع قابل دید و محسوس است که به روابط بین کشور ها تاثیر میگذارد.

در اخیر وزیر عدله ایتالیا یکبار دیگر تعهد کشورش را به ادامه کمک ها به افغانستان ابراز نموده فرمود که ایتالیا با کمک هایش با افغانستان متعهد بوده و این کمک ها همچنان ادامه خواهد یافت.

منبع: امریت مطبوعات

امضاي موافقتنامه مرحله دوم پروژه عدالت و حقوق بشر در افغانستان ميان وزارت عدليه و برنامه انکشافي ملل متعدد (UNDP)



موافقتنامه مرحله دوم پروژه عدالت و حقوق بشر در افغانستان روز یکشنبه ۱۳۹۱/۹/۱۹
ميان وزارت عدليه جمهوري اسلامي افغانستان و برنامه انکشافي ملل متعدد (UNDP) به
امضاء رسيد.

اين موافقتنامه را خارنيوه حبيب الله غالب وزير عدليه جمهوري اسلامي افغانستان و آقاي
الوارو رود رگيف رئيس عمومي برنامه انکشافي ملل متعدد (UNDP) در تالار کنفرانس هاي
وزارت عدليه به امضا رسانيدند.

وزیر عدليه در مراسمي که به همین مناسبت داير گردیده بود، از کارکردهای گذشته (UNDP) در وزارت عدليه و سكتور عدلی و قضائي اظهار سپاس و امتنان نموده و کارکردهای گذشته آنها را مثبت ارزیابي نمود و از برنامه انکشافي ملل متحده (UNDP) خواست تا در بخش زيربناء ها هم کمک هاييشانرا توسيعه بدنهند چون زيربناء يك موضوع اصلی و اساسی در يك ارگان است و تازمانيكه يك محل مناسب کاري وجود نداشته باشد ساير کارها به صوريكه باید انجام شود انجام شده نميتواند.

پروژه عدالت و حقوق بشر در افغانستان در سال ۲۰۰۹ با همکاري مالي برنامه انکشافي ملل متحده آغاز و مرحله اول خويش را در دسمبر ۲۰۱۲ به اتمام رساند و اينک مرحله دوم پروژه عدالت و حقوق بشر از آغاز سال ۲۰۱۳ شروع و الی آخر سال ۲۰۱۵ ادامه خواهد يافت.

مرحله دوم پروژه عدالت و حقوق بشر در افغانستان با وزارت عدليه، دفتر لوی خارنوالي، ستره محکمه، انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان و جامعه مدنی بمنظور تقويت دسترسى به عدالت و آگاهى حقوقى عامه همکاري خواهد نمود.

منبع: آمریت مطبوعات

تجلیل از روز جهانی حقوق بشر در وزارت عدله



واحد حمایت از حقوق بشر وزارت عدله جمهوری اسلامی افغانستان روز دوشنبه ۱۳۹۱/۹/۲۰ از روز جهانی حقوق بشر تجلیل به عمل آورد.

در محفلی که به همین مناسبت در تالار کنفرانس های وزارت عدله دایر گردیده بود، نمایندگان وزارت خانه ها، کمیسیون مستقل حقوق بشر، جامعه مدنی، انجمن مستقل وکلای مدافع و سایر موسسات داخلی و خارجی ذیربطر اشتراک نموده بودند.

در ابتدا این مراسم سید محمد هاشمی معین اداری وزارت عدله پیرامون اهمیت اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر اسناد بین المللی حقوق بشر که افغانستان به آن ملحق شده است صحبت نموده فرمودند:

امروز در حالی از روز جهانی حقوق بشر تجلیل به عمل می آوریم که شصت و چهار سال پیش از امروز بعد از دو رخداد خونین و خانمانسوز جنگ های اول و دوم جهانی اتفاق بس بزرگ در حیات اجتماعی و سیاسی جامعه بین المللی به وجود آمد که در اثر آن منشور سازمان ملل متحد تدوین و تصویب شد، سازمان ملل متحد پایه گذاری گردید و به تعقیب آن سند مهم در راستای تضمین و تامین حقوق و آزادی های اساسی بشر تحت نام اعلامیه جهانی حقوق بشر به تصویب رسید.

وی همچنان فرمود: اعلامیه جهانی حقوق بشر با آنکه از لحاظ حقوقی الزام آور نیست اما در حقیقت یک سلسله اصول و قواعد اساسی را به سطح بین المللی در عرصه حقوق بشر بنیاد نهاده و منبع سایر اسناد الزامی و غیر الزامی حقوق بشر میباشد که الزامیت رعایت و تحقق آن در میثاق ها و کنوانسیون های حقوق بشر ضمانت اجرایی یافته است.

وی اضافه نمود: دولت جمهوری اسلامی افغانستان منحیث عضو سازمان ملل متحد تا اکنون به هفت میثاق بین المللی حقوق بشر و دو پروتوكول اختیاری کنوانسیون حقوق طفل پیوسته است و این بدان معنی است که سطح تعهدات و مکلفیت های دولت افغانستان در زمینه حقوق بشر نهایت بلند است و ملزم است تا از تطبیق آن به مراجع بین المللی گزارش دهد. طبیعی است که اگر دولت افغانستان در انجام آن کوتاهی نماید و آنرا به صورت درست عملی کرده نتواند یک سلسله سفارشات و توصیه ها را از مکانیزم های نظارتی حقوق بشر دریافت میکند که ملزم به تطبیق آن میباشد.

بعداً نمایندگان اشتراک کننده در محفل از دست آوردها و مشکلات موجود در زمینه تطبیق کنوانسیون های بین المللی حقوق بشر در ادارات مربوطه شان گزارش مفصل ارائه نمودند.

از آنجائیکه اعلامیه جهانی حقوق بشر به سطح ملی و بین المللی از اهمیت خاص برخوردار است و ماده ۷ قانون اساسی افغانستان همچنان به رعایت و احترام آنرا تاکید نموده است، بنابرین اداره حمایت از حقوق بشر وزارت عدليه که در راستای تطبیق اسناد بین المللی

حقوق بشر با نهاد های دولتی کار مینماید غرض تجلیل از این روز این نشست را با اشتراک نمایندگان ۳۵ نهاد دولتی و غیر دولتی تدویر نمود.

منبع: امریت مطبوعات

ملاقات وزیر عدليه با مشاور حاكمیت قانون دفتر یوپول



خانپوه حبیب الله غالب وزیر عدليه دولت جمهوری اسلامی افغانستان روز چهارشنبه ۱۳۹۱/۹/۲۹ با خانم انا لینکس فیلد یکی از مشاورین حاكمیت قانون دفتر یوپول در دفتر کارش دیدار و ملاقات نمود.

هدف از اين ملاقات را مشورت در مورد چگونگی مصرف و استفاده از (۱۲۰.۰۰۰) یکصدوبیست هزار يورو كه قرار است در ولايات بلخ و سمنگان در بخش آگاهی حقوقی عامه به مصرف برسد، تشکيل ميداد.

ابتدا خانم انا در مورد صحبت نموده فرمود: "ما یک مقدار پول را از وزارت خارجه آلمان دریافت نموده ایم که قرار است جهت ارائه آگاهی حقوقی عامه در ولسوالی ها و مناطق دوردست مربوط ولایات بلخ و سمنگان به مصرف برسد و رهبری آنرا افغانها به عهده خواهد داشت".

وی جهت مؤثثیت و هماهنگی هرچه بیشتر در زمینه وزیر عدله را در جریان قرار داده و از ایشان طالب مشورت گردید.

وزیر عدله به موجودیت یک هماهنگی میان نهاد های دولتی و غیر دولتی ارائه کننده مساعدت های حقوقی تاکید نموده فرمود: باید تمام نهاد های دولتی و غیر دولتی که مساعدت های حقوقی را به مردم ارائه مینمایند با هم هماهنگی داشته باشند تا از تکرار یک برنامه در یک محل جلوگیری شده و تمام مناطق دوردست و ولسوالی ها به طور مساویانه تحت پوشش قرار گیرند.

وی تاکید نمودند: مردمیکه در مناطق دوردست مثل قریه جات، دره ها و ولسوالی ها زندگی مینمایند به آگاهی بیشتری نسبت به شهر ها و مراکز نیاز دارند و تمام نهاد های دولتی و غیر دولتی که درین راستا کار مینمایند باید این کمپاین را به صورت محتاطانه و تدریجی به پیش ببرند تا با عکس العمل منفی مردم مواجه نشوند و این کمپاین باید از طریق ملا امامان مساجد، اشخاص بانفوذ، استادان صادق که افراد جامعه بالای شان اطمینان داشته باشند عملی شود تا مورد قبول آنها قرار گیرد.

وی مطالعه دقیق از وضعیت اجتماعی و فرهنگی مناطق که این کمپاین در آنجا راه اندازی میشود را کلید موقیت این برنامه دانسته فرمود: در نظر گرفتن سطح سواد و دانش، سن، عادات و فرهنگ مربوط در یک جامعه نقاط کلیدیست در پیشبرد این کمپاین و این کار نیاز به متخصصین ورزیده دارد، این کار ما را قادر میسازد تا برنامه های خود را اولویت بندی نموده و یک استراتئیژی ملی موثری را در زمینه بسازیم.

در اخیر وزیر عدليه جمهوری اسلامی افغانستان از کمک های یوپول با بخش عدلی و قضایی اظهار سپاس و قدردانی نموده از ایشان خواست که اين برنامه ها را در سایر ولايات نيز گسترش دهند.

منبع:amerit مطبوعات

ملاقات مشاور ارشد وزارت عدليه با هيئت برنامه بورسيه همکاري های عامه و خصوصی ایالات متحده امریکا



قانونپوه داکتر محمد قاسم هاشمزی مشاور ارشد وزارت عدليه روز دوشنبه ۱۳۹۱/۹/۲۰ هيئت برنامه بورسيه همکاري های عامه و خصوصی ایالات متحده امریکا را در دفتر مقام وزارت به حضور پذيرفته و بايشان ديدار و گفتگو نمود.
مشاور ارشد وزارت عدليه از تلاش های هيئت متذکره در مورد تحصيلات حقوقدانان جوان افغان به درجه ماستري ابراز قدردانی نموده و اميدواری خويش را در مورد تاثيرات مثبت اين برنامه در سكتور عدلی افغانستان در آينده نزديك ابراز داشت.

وی از چالش ها و مشکلات که سکتور عدلي افغانستان به آن مواجه است یادآوری نموده و در مورد مرکز ملي آموزش حقوقی، ستاذ قضایي و انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان و مشکلات که به آن مواجه اند معلومات داد.

وی همچنان از کارکردهای نادرست EMG که یک قراردادي USAID بود، پروژه ILF و معاش گراف متخصصین خارجی یادآوری نموده فرمود: ما باید قدر پولی را که ماليه دهنده‌گان کشور های خارجی به ما کمک میکنند بدانیم و آنرا به هدر ندهیم و در چگونگی مصرف آن باید هماهنگی بین دونر ها و نهاد های دولتی وجود داشته باشد و با برنامه های اولویت ملي و سکتور عدلي افغانستان که وزارت عدليه یک بخش آنست هماهنگ شود.

مشاور ارشد وزارت عدليه از آنها خواست که در هنگام مصاحبه با کاندیدان بورسيه ها نيازمنديهای سکتور عدلي را در نظر بگيرند زيرا سکتور عدلي به متخصصين در ساحت تكنين، حقوق، حقوق مقاييسوي وتطبيق آن در عمل، وکلای مدافع و مساعدين حقوقی ضرورت دارد و اين متخصصين در آينده ميتوانند موضوعات مرتبط و غير مرتبط را از هم تفكيك نموده و اصلاحات بنويادي را در سистем عدلي ايجاد نمايند و زمينه را برای حاكميت قانون در افغانستان مساعد سازند.

سپس رئيس هيئت برنامه بورسيه همکاري های عامه و خصوصی ایالات متحده امريكا از معلومات صريح و مفصل مشاور ارشد وزارت عدليه ابراز امتنان نموده فرمود که فعلاً به تعداد ۱۴ نفر از حقوقدانان افغان مصروف تحصيل دوره ماستري در پوهنتون های مختلف امريكا هستند و عنقریب مصاحبه با کاندیدان جديد آغاز خواهد شد و وزارت عدليه را در جريان خواهد گذاشت.

در اخیر هيئت متذکره فرصت یافتند که با وزیر عدليه جمهوري اسلامي افغانستان ديدار نموده و يك نشان از محکمه ایالات متحده امريكا را به وی تفویض نمايند.

منبع : امریت مطبوعات