

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عدالت

نشان: چهارراهی پشونستان، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، ریاست نشرات و ارتباط عامه، دفتر مجله‌ی عدالت

ماهنامه‌ی تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال شانزدهم / شماره‌ی مسلسل ۱۴۴ / دلو ۱۳۹۳

هیأت تحریر:

- ♦ الحاج سید محمد هاشمی،
- ♦ دکتور عبدالرؤف هروی،
- ♦ اکادمیسین عبدالاحد عشرتی،
- ♦ قانونپوه محمد اشرف رسولی،
- ♦ قانونپال عبدالقدیر قیومی،
- ♦ پوهنوال نصرالله ستانکزی،
- ♦ اسماعیل حکیمی،
- ♦ قانونمل فهیمه واحدی،
- ♦ قانونمل محمد رحیم دقیق،
- ♦ حلیم سروش،

صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. ا.

مدیر مسوول

حلیم سروش
(۰۷۷۱۲۰۱۹۷۸)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد و صفحه آرایی

کریم قریشی آذر

امور تایپ و حروفچینی

کریم قریشی

Website:
www.moj.gov.af

قیمت ۵۰ افغانی
چاپ: مطبعه بهیر

یاد آوری به نویسندگان

- ۱) مقاله در محیط ورد تایپ یا با خط کاملاً خوانا نوشته شود.
- ۲) مقاله ارسالی کمتر از ۱۰ صفحه و بیشتر از ۲۵ صفحه تایپ شده A۴ نباشد.
- ۳) اصل مقاله همراه با فایل تایپ شده آن، در صورت امکان، برای درج در مجله فرستاده شود نه کپی آن.
- ۴) مقاله باید دارای چکیده، واژگان کلیدی و نتیجه گیری نهایی باشد. چکیده باید به گونه‌ای نوشته شود که محتوای مقاله را به اختصار بیان کند.
- ۵) چکیده فارسی یا پشتوی مقاله (حداکثر ۱۵۰ کلمه) و واژگان کلیدی بین سه تا هفت واژه در اول مقاله آورده شود.
- ۶) توضیحات و ارجاع به منابع در پایان مقاله به قرار ذیل آورده شود:
 - a. کتاب: نام و نام خانوادگی نویسنده/ نویسندگان، نام کتاب، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار و شماره صفحه.
 - b. مقاله: نام و نام خانوادگی نویسنده، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد و شماره صفحه.
 - c. سایت اینترنتی: نام و نام خانوادگی نویسنده، (تاریخ دریافت مطلب از سایت)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، نام سایت اینترنتی و بالاخره آدرس کامل سند در سایت مزبور.
 - d. هر گاه به منبعی اشاره شود که قبلاً معرفی شده و تفاوتی حتا در صفحه مورد استفاده نداشته باشد، کلمه «همان» (یا در انگلیسی Ibid) آورده شود.
 - e. در صورتی که صفحه مورد استفاده تفاوت داشته باشد؛ کلمه «پیشین» (در انگلیسی op.cet) و صفحه مورد استفاده آورده شود.
- ۷) معادل لاتین نام‌های خارجی و اصطلاحات مورد استفاده در نوشته در پایین صفحه آورده شود.
- ۸) هر گاه مقاله ارسالی ترجمه باشد، نام نویسنده و منبع مورد نظر ضروری است.
- ۹) نویسنده باید نام کامل، عنوان یا رتبه علمی اش را، همراه با نشانی دسترسی به وی، مثل شماره تلفن و یا آدرس ایمیل و غیره را با مقاله بفرستد.
- ۱۰) مجله در ویرایش مقاله آزاد است.
- ۱۱) مطالب ارسال شده پس فرستاده نمی‌شود.
- ۱۲) مقاله ارسالی نباید قبلاً در مجله یا سایت اینترنتی دیگری نشر شده باشد.

فهرست

مقاله‌ها

- ۴ ← تاریخچه قانونگذاری در افغانستان با تأکید به حقوق مدنی و حقوق فامیل ❖ محمد اسحق رحیمی ***
- ۳۲ ← شروط وقوع طلاق ❖ دکتور عبدالروف هروی *****
- ۶۸ ← د شرعی مقاصد و د علم تاریخی بهیر ❖ عبدالکریم فضلی *****
- ۸۶ ← اداره و سیر تکامل آن ❖ محمد حریف ظریف *****
- ۹۴ ← نگاهی بر پیشینه حقوق تجارت و منابع آن ❖ ناجیه ظریف *****
- ۱۰۷ ← فرد او حکومت په اسلامی شریعت کی ❖ ترجمه حضرت گل حسامی *****

تاریخچه قانونگذاری در افغانستان با تأکید به حقوق مدنی و حقوق فامیل

پوهنیار محمد اسحق رحیمی

چکیده

در اینکه نظام حقوقی افغانستان بر مبنای کدام مکتب و اندیشه حقوقی بنیان نهاده شده است سوالی است که ذهن هر پژوهشگر و فهمیده حقوق را به خود جلب نموده است. از سوی نیز هر یک از اندیشمندان و محققان کشور که در زمینه تحقیق و مطالعه نموده اند؛ به فراخور برداشت شان پاسخ‌های را در زمینه ارائه داشته اند. ما نیز در این نوشته سعی می‌ورزیم تا نگاه مختصری به پیشینه تاریخی قانون گذاری در افغانستان با تأکید ویژه به حقوق مدنی و فامیل داشته باشیم. هر گاه به پیشینه تاریخی قانون گذاری نگاهی داشته باشیم متوجه می‌شویم که روند رشد و تکامل قانون در افغانستان به سه دسته: مرحله نظامنامه، مرحله اصولنامه و مرحله قانون تقسیم شده است.

هم چنین تا قبل از سال ۱۳۵۳ ه.ش. در زمینه حقوق مدنی و معاملات قانون مشخص و معین موجود نبود و امور مدنی و معاملات به اساس فقه حنفی شریعت اسلام مورد اجراء و رسیدگی قرار می گرفت. در سال ۱۳۵۳ ه.ش. بود که به ابتکار حقوقدان شهیر کشور مرحوم محمد موسی شفیق و سه استاد مصری در مدت ۲-۳ سال به زبان عربی به اقتضای قانون اساسی ۱۳۴۳ تدوین و پس از غور و تدقیق همه جانبه و تایید مجلس وزراء و پس از منظوری رئیس دولت به شماره ۲۴۱۸ مورخه ۱۳۵۵/۱۰/۸ ثبت گردید و به شماره نوزدهم مورخ چهارشنبه ۱۵ جدی ۱۳۵۵ جریده رسمی که در مطبعه دولتی طبع گردیده بود انتشار یافت.

کلمات کلیدی: قانون، قانون گذاری، نظام حقوقی افغانستان، حقوق مدنی و حقوق

فامیل.

مقدمه

یکی از موضوعات بحث بر انگیز میان حقوقدانان و کارشناسان مسایل حقوقی بر سر این است که نظام حقوقی افغانستان مبتنی و برخاسته از کدام اندیشه و مکاتب حقوقی شناخته شده در سطح جهان است. تعداد زیادی از حقوقدانان کشور برای سالیان زیادی به این باور بوده اند که نظام حقوقی افغانستان، نظام مختلطی از رومن- ژرمن، حقوق اسلام، عرف و عادات و دکتترین بوده است، که حتی در میان افرادی که با این دیدگاه به استدلال می پردازند و باور دارند که افغانستان دارای یک سیستم مختلط حقوقی است، به مشکل می توان اتفاق نظر و هم رأیی را دید، چون هر کدام شان به نحوی فکر می کنند که میزان تأثیر و نفوذ منابع چهارگانه (قوانین وضعی، حقوق اسلام، عرف و عادات و رویه قضایی) الهام بخش نظام حقوقی افغانستان نظر به شرایط هر عصر و زمان متفاوت از هم بوده و در عین حال جایگاه این منابع چهارگانه تا حدودی از لحاظ علمی و حقوقی تعریف نا شده و مغلق به نظر می رسد.

با توجه به روند تحولاتی که در جریان سالهای پسین در افغانستان اتفاق افتاده است، و با اتکاء به پژوهش ها و تحقیقات علمی پراکنده ای که صورت گرفته و در عین حال با آگاهی از تحولات گسترده ای که در نظام حقوقی این کشور متعاقب کنفرانس بن به وقوع پیوسته است،



می‌توان به این نتیجه رسید که مبناء و اساس نظام حقوقی فعلی افغانستان را به گونه زیر دسته بندی شده است:

الف- قوانین شرعی (حقوق اسلامی)؛

ب- قوانین رسمی (قوانین موضوعه)؛

ج- حقوق تعاملی و عرف و عادات.

در این نوشته کوتاه کوشش می‌شود تا مروری کوتاه به سابقه تاریخی نظام حقوقی افغانستان با تاکید به حقوق مدنی و حقوق خانواده داشته باشیم. با وجود اینکه حکام افغانستان در گذشته دستورات و فرمان‌های را اعلام داشتند ولی عصر قانونگذاری به معنای دقیق آن برای نخستین بار در اوایل دهه ۱۹۲۰ آغاز یافت که از لحاظ تاریخی بر می‌گردد به شاه امان الله خان. شاه امان الله و همکاران اصلاح طلبش به صورت قاطع تصمیم داشتند تا افغانستان را به یک سرزمین آباد و مدرن مبدل سازند. همان بود که به آوردن اصلاحات و نوآوری در عرصه‌های مختلف حیات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی مردم دست زدند که وارد آوردن این روند اصلاحات گسترده امکان پذیر نبود؛ مگر اینکه این جهش با اصلاحات حقوقی آغاز می‌گشت تا مبانی حقوقی اصلاحات در تمام عرصه‌ها ایجاد می‌گردید و در نتیجه یکی از عمده ترین و ماندگار ترین این حرکت‌های اصلاحی، تدوین تعداد بیشماری از قوانین جدید بود که به لحاظ حساسیت‌های مذهبی- سنتی آن روزگار، بالای این دسته از قوانین تازه نام نظامنامه گذاشته شد. روند رشد و تکامل قانون در افغانستان را می‌توان به سه دسته: مرحله نظامنامه، مرحله اصولنامه و مرحله قانون دسته بندی نمود.

تاریخچه قانونگذاری در افغانستان

هرگاه به تاریخچه قانونگذاری در افغانستان نگاهی داشته باشیم متوجه می‌شویم که از دوره امیر شیرعلی خان به بعد از نظر حقوقی، اداری و نظامی اصلاحات قابل توجهی به عمل آمد که از نظر حقوق اداره به ویژه بخش تشکیلات و تقسیم وظایف اداری در تاریخ حقوق افغانستان

قابل یاد آوری است.^۱ بدان لحاظ ضرور می‌نماید تا توجه کوتاهی به این دوره داشته باشیم. در دوره دوم امیر شیر علی خان «۱۲۷۹-۱۲۹۵ ه. ق.» نظام حکومتی منظم و سازمان یافته تأسیس شد و در ساحات ملکی و نظامی یک سلسله تغییرات به وجود آورد که از نظامنامه‌ها و تعلیم نامه‌ها در امور عسکری^۲ و نیز مجموعه قوانین بنام «فتاوی امیری یا تشریح الجرایم» که توسط قاضی عبد القادر و پسر قاضی فضل قادر پسر حسن منشی نظامی و ترجمان انگلیسی امیر شیرعلی خان (رایل ملتری) با استفاده از کتب معتبر فقهی در ۴۱ باب تنظیم شده بود و در سال ۱۲۹۰ در مطبعه مصطفای طبع گردیده بود، می‌توان نام برد. کتاب فتاوی امیری یا تشریح الجرایم در اصلاحات ملکی و نظامی امیر شیرعلی خان نقش بسیار فوق العاده داشته و مبنای استوار حقوقی را به منظور حل و فصل اختلافات با استفاده از کتب معتبر فقهی پایه ریزی نمود. اقدامات قانونی دیگری که در عصر امیر شیر علی خان صورت گرفت می‌توان به «شرح قواعد پیادگان پلتن، قواعد عسکری، قانون عسکری و نیز قانون بودجه» در زمینه‌های نظامی و اقتصادی که وضع گردیده بود، اشاره نمود.^۳

در دوران عبدالرحمن «۱۲۹۷-۱۳۱۹ ه. ق.» نیز به خاطر حفظ حاکمیت گام‌های در حوزه قضاء و قانونگذاری برداشته شد و او دست به ایجاد تأسیس محکمه عالی که حیثیت استناف را داشت زد، که این محکمه به فیصله‌های ابتدائی رسیدگی و مورد تجدید نظر قرار می‌داد. در این زمان از برخوردهای سلیقه‌ای نسبت به نظام قضائی تا حدودی جلوگیری شد. تمام قضات و دوایر قضایی پابند به قانون مدون بنام «اساس القضاة» بودند^۴ و نیز برای اداره امور، حکام را مقید به قانونی که «دستور العمل حکام و ضباط» نام داشت نموده بود و برای محاسبین ادارات

^۱. سید هاشم ساعد، مباحث درباره حقوق، شرح مختصر یک تعداد قواعد حقوق و نظام های حقوقی، گرفته شده از سایت:

www.khorshed.org.

^۲. عبد الواحد حقیقت، پیشینه نظام قضایی در افغانستان، مجله بلندای اندیشه، ش اول، سال ۱۳۸۸، ص ۱۸.

^۳. حضرت گل حسامی، روند سیستم قانونگذاری، مجله عدالت، ش ۱۰۲، سال ۱۳۹۰، ص ۴۶-۴۷.

^۴. عبدالواحد حقیقت، همان اثر، ص ۱۸؛ حضرت گل حسامی، همان اثر، ص ۴۷.

حکومت رساله «شهاب الحساب» و برای تسریع کار «قاعده حاضری» و نیز قوانین دیگر تحت عناوین «پندنامه دنیا و دین»، «مرآت العقول و کلمات موعظه»، «احتساب الدین»، «قانونگذاری در معاملات حکومتی و تعیین جرایم و سیاسیات امیر»، «قواعد حکومت حاکمان ولایات یا کتابچه حکومتی»، «رساله موعظه»، «رساله قواعد کار میرزایان»، «تزوک ناپلیون»^۱ و «کتابچه دستورالعمل کلانترهای گذرهای دارالسلطنه کابل» وضع شده بود.^۲ به علاوه امیر عبدالرحمن یک مدرسه شاهی تأسیس کرد که در آن علوم دینی تدریس می‌شد. دستاورد این مدرسه تدوین کتاب فتاوی تحت نام «ضیاء الاحکام» بود، که چاپ آن بعداً در دوران امیر حبیب الله «۱۳۱۹-۱۳۳۷ ه. ق.» انجام پذیرفت؛ وی نام آن را تغییر داده و سراج الاحکام عنوان داد.^۳ وی مرکز علمی که در دوران عبدالرحمن ایجاد شده بود را توسعه داد و به مرکز تحقیقات علوم اسلامی بنام «محفل المیزان التحقیقات الشرعیه» در کابل تأسیس نمود. اعضای این مرکز ۹ نفر عالم بود که وظایف تألیف، تصحیح، ترجمه و تحقیق را پیش می‌برد. سراج الاحکام فی معاملات الاسلام که نتیجه مساعی اعضای میزبان التحقیقات الشرعیه بود، مشتمل است بر یک مقدمه و چهل مبحث و یک خاتمه، که عمده آن قرار ذیل است: آداب القضاة یا ادب القاضي، کتاب الشهادت، کتاب الوکالت، کتاب الحواله، الکفاله، کتاب الدعوی.^۴

همچنین در این دوره مجلس کوچک قانونگذاری ایجاد شده بود و تعدادی از قوانین مثل قانون حکام دولت خداداد افغانستان و نظامنامه عروسی و تعزیه داری و تذکره راهداری و اصولنامه جلوگیری از مصارف نامزدی و عروسی تدوین گردید به علاوه برای بعضی از امور طرزالعملها و دستورالعملها به میان آمد مثل سراج الملت و الدین در خریداری مال از دول

^۱ تزوک ناپلیون مشتمل بر پند و نصیحت و محتوی تجربه های مجریه ناپلیون است.

^۲ حضرت گل حسامی، همان اثر، ص ۴۷-۵۲.

^۳ گرفته شده از سایت ستره محکمه:

^۴ عبدالواحد حقیقت، همان اثر، ص ۱۸.

خارج و نیز کتاب قانون نظام افغانستان و نظامنامه‌ای به خاطر پوشیدن لباس و شب نشینی اهل اهل دربار تدوین شد.^۱

در دوران امان الله خان «۱۲۹۸-۱۳۰۷ ه. ش.» تحولات و رخدادهای بزرگ اتفاق افتاد که شامل اعلام استقلال کشور و نظام‌مند سازی تشکیلات حکومت می‌باشد که متأثر از سفرهای متعدد وی به خارج از کشور بود. افغانستان متعاقب بدست آوردن استقلال از بریتانیای کبیر، در کنار رویدست گرفتن سایر اقدامات اصلاحی، توجه ویژه‌ای به تطبیق اصلاحات حقوقی نشان داد. گرچه قبل از این تاریخ نیز در کنار حقوق اسلام و حقوق تعاملی به تعداد انگشت شماری از قوانین در ساحات اداری و تنظیم امور اداری تدوین گردیده بود که این قوانین در شرایط خاص خود و در محدوده یک حکومت مطلقه در حالت تجرید و انزواء از سایر کشورهای جهان، برای آگاهی حقوقی اداره کنندگان و اداره شوندگان رهنمای خوب شمرده می‌شد؛ اما برای یک کشور مستقل و درگیر مناسبات گسترده بین‌المللی به هیچوجه بسنده نبوده و ایجاب پایه گذاری اصلاحات گسترده در این عرصه از نیازهای غیر قابل انکار و روز افزون آن دوره بشمار می‌رفت.^۲ بدان لحاظ امان الله خان ریاست محفل وضع قوانین را تأسیس و عمارت برج شمالی ارگ کابل را مقام ریاست آن قرار داده و تعدادی زیادی از علماء، نویسندگان و مترجمان در آن عضویت داشتند. اولین قانون بعد از حصول استقلال در حمل ۱۲۹۹، «نظامنامه مالیه» است. سپس تدوین نظامنامه‌ها در سال‌های ۱۳۰۰ و ۱۳۰۱ ه. ش. انکشاف یافته و در سال ۱۳۰۲ به حد اکثر رسیده و سپس دفعتهاً تقلیل یافته است. پژوهشگران معتقدند که تعداد نظامنامه‌های امانی بالغ بر هفتاد نظامنامه بوده و محترم حبیب الله رفیع در لیست منضمه کتاب حاکمیت قانون در افغانستان تعداد آن را هفتاد و هفت نظامنامه نشان داده است. روند



^۱. حضرت گل حسامی، همان اثر، ص ۵۳.

^۲. میر غلام محمد غبار، افغانستان در مسیر تاریخ، تهران، انتشارات محسن، ج ۱۳۹۱، ص ۷۹۵.

انفاذ نظامنامه‌ها در آن زمان طوری بود که در قدم نخست مجلس عالی وزراء آن را تصویب و سپس به منظوری پادشاه می‌رسید و آن گاه نافذ می‌شد.^۱

با وجود اینکه حکام افغانستان در گذشته دستورات و فرمان‌های را به مردم اعلام می‌کردند ولی عصر حقوق وضعی به معنی دقیق کلمه و یا به عبارتی حکومت قانون از زمان امیر امان الله خان آغاز می‌گردد. از نظر حقوق اساسی تحصیل استقلال دولت مستقل و آزاد و تطبیق حقوق طبیعی و آزادی‌های اساسی نظیر آزادی بیان، نشرات و مصئونیت مسکن و محرمیت مکاتبات و نیز از دیدگاه حقوق بین الملل، برای بار اول کشورهای آزاد جهان افغانستان را به حیث یک کشور واحد و مستقل به رسمیت شناختند از جمله تغییرات این دوره می‌باشد.^۲ افزون بر آن در همین مقطع زمانی است که اولین قانون اساسی (نظامنامه تشکیلات اساسی ۱۲۹۹) به تصویب می‌رسد. با وجود اینکه نظامنامه مذکور قانون اساسی نبود اما بعضی ویژگی‌های قانون اساسی و احکام بنیادی تشکیلات اساسی را شامل می‌گردد که می‌توان آن را به عنوان اصول عمده تشکیل و وظایف وزارتات و ادارات دانست. ولی نکته که در زمینه مهم می‌نماید این است که اکثر محققین مسایل حقوقی و قضایی نظامنامه ۱۲۹۹ را مسکوت عنه گذاشته بلکه به محتویات نظامنامه تشکیلات اساسی منتشره ۱۳۰۲ تمسک جسته و آن را مطمح نظر قرار می‌دهند.

همچنین بعد از استقلال افغانستان تصمیم به این گرفته شد تا از قوانین ترکیه و نظام حقوقی این کشور برای مدرن ساختن نظام حقوقی افغانستان استفاده همه جانبه صورت گیرد. عاملی که اتخاذ این تصمیم را برای شاه امان الله ساده تر می‌ساخت این بود که ترکیه کشور مسلمان و دوست افغانستان بود و در عین حال این کشور برای چندین سده، پی در پی مرکز خلافت و مورد احترام مسلمانان جهان بود. البته زمامداران افغانستان در اوایل نظام حقوقی اقتباس شده جمهوری ترکیه را بی چون و چرا اخذ نکردند؛ بلکه شرایط کشور خود را در نظر گرفته و با

^۱. حضرت گل حسامی، همان اثر، ص ۴۶.

^۲. سید هاشم ساعد، مباحث درباره حقوق، شرح مختصر یک تعداد قواعد حقوق و نظام های حقوقی، گرفته شده از سایت:

احتیاط تمام از آن نظام حقوقی استفاده نمودند. در این اقدام بخش‌های مختلفی مانند احوال شخصیه، حقوق فامیل و حقوق میراث به صورت کلی دست نخورده باقی ماند و به گونه قبل، به حال خود گذاشته شد.^۱

در عرصه مسایل جزایی نیز با احتیاط کامل گام برداشته شد. نخست تمسک القضاة در مسایل جزایی (حصه دوم) در ۱۴ باب در سال ۱۳۰۰ تدوین گردید. در این اثر که به همت علمای آن روزگار و از کتب معتبر فقهی مانند هدایه، قاضی خانی، فتح القدیر و سایر آثار فقهی - حقوقی استفاده شده بود، آن را می‌توان یکی از کتب ارزشمند حقوقی بشمار آورد.^۲ این کتاب در حقیقت بجز از ترجمه و اخذ احکام معتبر فقهی چیزی دیگری نیست چنانچه شاه امان الله در مقدمه این کتاب می‌نویسد:

« چون کتب فقه این زمان دارای اقوال و روایات به عبارات عربی بوده، استخراج حکم معلوم الصحه و حادثه از آنها... دارد که از عموم حکام و کارداران دولت؛ بلکه از خصوص سایر قضات و مفتیان امید کرده نمی‌شود، امر فرمودم تا علمای حضور روایات صحیحه مذهب حنفی را مطابق معمول فرصت حال یکجا کرده و به زبان فارسی... تدوین نمایند.

حسب الحکم «تمسک القضاة الامانیه» را تدوین ساخته کل مسایل و روایات آن به نظر دقت شاهانه ام رسید، حکم فرمودم که قضات محاکم حقوقی و جزایی و احکام، ادارات..... در فیصله دعاوی و مرافعات احکام مندرج کتاب موصوف را معمول داشته از روایات دیگر در کتب و مجموعات صرف نظر نمایند و اگر حادثه واقع گردد که مشخصه حکم آن در مسایل مذکور کتاب مزبور نباشد فیصله حکم مذکور را معطل کرده کیفیت محضر و صورت حال آن را کاملاً به حضور وزارت عدلیه امریست که کیفیت ارسال قضات را بلا معطل تقدیم حضور انور پادشاهی بدارد تا به اتفاق محفل شورای علوم تعیین حکم غیر

^۱. محمد غزنوی، نگاهی مختصر به مراحل قانون گذاری در افغانستان، مجله عدالت، ش ۹۶، سال ۱۳۸۹، ص ۱۸۱.

^۲. مولوی عبدالواسع، تمسک القضاة الامانیه جلد اول و دوم، مسایل جزائی، کابل، افغانستان، گرفته شده از سایت:

مذکور فرموده شود. بعد از امضای پادشاهی برای تکمیل مسایل کتب داخل آن کرده شود. انشاء الله تعالی»^۱.

سپس با قبضه کردن سلطنت توسط محمد نادر شاه، نخستین کاری که انجام داد، تدوین دوباره اصولنامه اساسی دولت علیه (قانون اساسی) افغانستان در سال ۱۳۱۰ ه. ش. بود که به مراتب عقبگرا تر و غیر دموکراتیک تر از نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان (قانون اساسی دوران شاه امان الله) بود. در این دوره، پارلمان به موجب قانون اساسی ۱۳۱۰ برای اولین بار ایجاد گردید و به موجب اصولنامه صلاحیت وضع قوانین را داشت.^۲

حکمرای محمد نادرشاه نیز بعد از مدت کوتاهی به سرانجام می‌رسد و در سال ۱۹۳۳ پسر ۱۸ ساله او ظاهر شاه جانشین وی می‌گردد. دوران سلطنت ظاهرشاه را شاید بتوان یکی از سیاه‌ترین دوره‌های تاریخ حقوقی این کشور دانست، در این دوره دور و دراز؛ اما بی‌ثمر نه تنها افغانستان بصورت تدریجی و سیستماتیک به تدوین قوانین برای تنظیم مناسبات شهروندان دست نزد (البته در موارد خیلی جزئی دست به تدوین تعدادی از قوانین زده شد که به هیچوجه کافی پنداشته نمی‌شد)، بلکه با اعمال سیاست‌های خود کامگی و یکه تازی دار و دسته خاندان حاکم نادر شاه، افغانستان از بسیاری کشورها در عرصه قانونگذاری و پایه گذاری یک نظام حقوقی مدرن، عقب افتاد.

در نهایت در دهه ۶۰ قرن بیستم با توجه به انکشافات در کشورهای منطقه و جهان، زمامداران افغانستان از خواب زمستانی دور و دراز برخاستند و در نهایت تصمیم محمد ظاهر شاه بر آن شد تا این کشور به تدوین قانون اساسی خود پردازد، که در نتیجه همان شد و افغانستان در سال ۱۳۴۳ ه. ش. دارای نخستین قانون اساسی مدرن خود گردید.

متعاقب تدوین و تصویب قانون اساسی جدید در سال ۱۳۴۳ ه. ش.، دولت وقت به تدوین تعداد زیادی از قوانین دست زد؛ ولی تفاوت این حرکت در این بود که این بار دولت به عوض

^۱. مولوی عبدالواسع، تمسک القضاة الامانیة جلد اول و دوم، مسایل جزائی، کابل، افغانستان، گرفته شده از سایت: archive.mashal.org/content.php?c=helmi&id

^۲. محمد غزنوی همان اثر، ص ۱۸۳.

نظامنامه یا اصولنامه به دلیل کاهش تدریجی افکار محافظه کارانه و سنتی طیف‌های مذهبی از واژه قانون استفاده نمود و در نتیجه افغانستان در تاریخ حقوقی خود وارد مرحله تازه‌ای گردید.^۱ با سقوط سلطنت محمد ظاهر شاه توسط کودتای سال ۱۳۵۲ ه. ش. افغانستان وارد دور تازه-ای گردید و نظام حقوقی این کشور نیز از این تحولات بی بهره نماند. رییس جمهور داود متعاقب قبضه قدرت، تعداد زیادی از قوانین نافذ به شمول قانون اساسی ۱۳۴۳ ه. ش. دوران محمد ظاهر شاه را ملغی اعلام نموده و خود به تدوین قوانین تازه دست زد. چراکه رییس جمهور داود مصمم گشته بود تا اساس و مبنای نظام افغانستان را در کل و به صورت ویژه نظام حقوقی این کشور را به صورت کلی دگرگون سازد که در نتیجه همان کرد و بعد از سپری نمودن چند سال بدون قانون اساسی، در نهایت رییس جمهور داود در سال ۱۳۵۵ ه. ش. دست به تدوین و کمی بعدتر تصویب قانون اساسی جمهوری افغانستان زد. قانون اساسی دوران رییس جمهور داود به گونه‌ی طرح و تدوین گردیده بود که بصورت کل همان دموکراسی نیم بندی را که در ده سال اخیر سلطنت محمد ظاهر شاه در حال شکل گیری بود، متوقف ساخته و یکبار دیگر افغانستان را به جانب یک دولت خودکامه و دیکتاتوری می‌کشاند. به هر صورت رژیم محمد داود در اثر اختلافاتی که با اتحاد شوروی پیدا کرد، دیری نپایید و با کودتای ۷ ثور ۱۳۵۷ ه. ش. این رژیم نیز به تاریخ پیوست و فصل تازه‌ای در تاریخ سیاسی و حقوقی افغانستان گشوده شد.^۲

رژیم تحت حمایت اتحاد شوروی در افغانستان متعاقب کودتای هفتم ثور ۱۳۵۷ ه. ش. و سرنگون ساختن جمهوری محمد داود دست به تدوین سند حقوقی جدیدی به نام «خطوط اساسی وظایف انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان» زد که در واقع همین سند حقوقی به عنوان قانون اساسی افغانستان به شمار می‌رفت. این سند حقوقی که در تقلید کامل از قانون

^۱. میر محمد صدیق فرهنگ، افغانستان در پنج قرن اخیر، جلد اول، تهران، انتشارات دارالتفسیر، چ اول، ۱۳۸۰، ص

۷۸۹.

. صباح الدین کشککی، دهه قانون اساسی، پشاور پاکستان، شورای ثقافتی جهاد اسلامی افغانستان، چ ۱۳۶۵، ص ۶۵ به بعد.^۲

اساسی اتحاد شوروی تدوین گردیده بود، تلاشی بود در جهت وارد ساختن تدریجی سیستم حقوقی اتحاد شوروی به افغانستان، تا مبتنی بر آن زمینه‌های تطبیق رژیم مارکسیستی اتحاد شوروی در افغانستان میسر گردد.

خطوط اساسی وظایف انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان بنا بر ویژگی مؤقتی بودن خود نمی‌توانست زیاد دوام بیاورد و پاسخگوی نیازمندی‌های روز افزون جامعه دگرگون شده آن روزگار باشد. در نتیجه به زودی این سند حقوقی جایش را به سند حقوقی دیگری بنام «اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان» عوض نمود و آن سند حقوقی جدید به عنوان قانون اساسی افغانستان بشمار آمد.

رژیم کمونیستی افغانستان بعد از گذشت چندی دست به تدوین قانون اساسی جمهوری افغانستان در سال ۱۳۶۶ ه. ش. زد که تا حدود زیادی در آن از تندروری‌های رژیم کاسته شده بود و در واقع این قانون اساسی تا حدودی زیادی متأثر از قانون اساسی دوران رییس جمهور داود بود. این قانون اساسی بعدتر در سال ۱۳۶۸ ه. ش. دوباره مورد تعدیل قرار گرفت و تا حدودی در آن به ارزش‌ها و معیارهای حقوق بشری شهروندان توجه صورت گرفت.^۱

با فروپاشی دولت تحت حمایت اتحاد شوروی و ایجاد دولت اسلامی مجاهدین، وضعیت خیلی بدتر از قبل شد و دیگر قوانین افغانستان فقط به روی کاغذ باقیمانده و ضمانت اجرا و تطبیق خود را کاملاً از دست داد. چون با آغاز جنگ‌های داخلی و درگیری‌های روز افزون دیگر نمی‌شد انتظار تطبیق قوانین را داشت. با وجودی که حکومت مجاهدین تلاش نمود تا دست به تدوین یک قانون اساسی جدید بزند که این اقدام هم به لحاظ بحران‌های داخلی منتفی دانسته شد و دوران اتکاء به قانون و اصل احترام گذاشتن به حاکمیت قانون کاملاً از میان رفت.

در نتیجه با بالاگرفتن روز افزون تنش‌ها و آغاز موج تازه‌ای از درگیری‌های گروهی میان مجاهدین مسلط بر افغانستان، هر روز وضعیت بدتر از پیش گردیده و به صورت کل تمام ساختارهای حقوقی، اقتصادی و اداری افغانستان از هم پاشید و کشور به ویرانکده واقعی مبدل

^۱ سرور دانش، حقوق اساسی افغانستان، کابل، انتشارات موسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ج اول، ۱۳۸۹، ص ۶۳.

گشت. در نتیجه در همین دوره انارشیزم بود که مقدمات راه اندازی گروه طالبان فراهم گردید و این گروه تندرو بنیاد گرای اسلامی همزمان با اشغال تدریجی اکثریت نقاط افغانستان و قبضه کردن قدرت، به صورت رسمی تطبیق تمام قوانین پیشین را ملغی قرار داده و دستور صادر شد تا تمام مناسبات شهروندان با استفاده از حقوق اسلامی تنظیم گردد که در نتیجه همان شد و دوران تاریک قرون وسطی بر افغانستان حاکم گشت.^۱

با شروع به کار اداره مؤقت و متعاقب آن اداره انتقالی در افغانستان بر اساس شرایط پیش-بینی شده موافقتنامه بن، افغانستان بعد از سالیان پی در پی بی قانونی و عدم تطبیق قانون، دوباره دارای قانون اساسی جدید خود گردید و مناسبات حقوقی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی این کشور در چهارچوب قانون اساسی جدید رقم زده شد. تا پیش از تدوین و تصویب قانون اساسی جدید، بر اساس یکی از بندهای موافقتنامه بن قانون اساسی سال ۱۳۴۳ ه. ش. نافذ پنداشته شده و در عین حال اکثریت قوانین عادی دوره های پیشین مرعی الاجراء و نافذ اعلان گردید.

سیر تاریخی قانون مدنی افغانستان

با وجود اینکه قبل از سال ۱۳۵۳ ه. ش. به ارتباط به تمام مسایل اجتماعی در کشور اسناد تقنینی مختلف و متعدد وجود داشت اما در ارتباط با حقوق مدنی و معاملات قانون مشخص و معین موجود نبود و امور مدنی و معاملات بخصوص معاملات غیر تجارتي به اساس فقه حنفی شریعت اسلام مورد اجراء و رسیدگی قرار می گرفت. از سوی نیز شریعت اسلام به خصوص فقه حنفی، در کلیه زمینه ها و به خصوص امور مدنی احکام وسیع و دقیق را در برداشت، بدان لحاظ محاکم در قضایای مورد بحث به کتب مختلف فقه حنفی مراجعه می کرد و به مشکلات ذیل مواجه بود:

^۱ اسلام در افغانستان بر گرفته شده از سایت انترنتی: www.aals.org

۱. منابع فقهی نهایت وسیع بوده کتب متعدد و فراوان را در برداشت و برای دریافت حکم باید به این منابع مراجعه می شد.
۲. منابع فقهی شامل متون و شروح بود که مسایل قوی و ضعیف، راجح و مرجوح، مفتی به و غیر آن را در بر می گرفت.
۳. تمام منابع به زبان عربی تألیف شده بود. این امر سبب می شد تا قضات از جمله کسانی تعیین شوند که با زبان عربی آشنائی کامل داشته باشند و اصحاب دعوی کفایت استفاده از احکام را بدون مراجعه به اهل زبان نداشتند.^۱
۴. با در نظر داشت ملاحظات فوق و امثال آن در سال ۱۳۵۰ دومین سیمینار رؤسای محاکم ولایات ضمن مصوبه‌ای تجویز ذیل اتخاذ نمود:

تجویز در راه توحید مفتی به فقه حنفی و انسجام مسایل از طریق اتکاء به مأخذ:

«از آنجا که رسیدگی در قضایای حقوقی به شمول قضایای احوال شخصی متکی به ماده (۹۶) و (۱۰۲)^۲ قانون اساسی به موجب قواعد و مسایل فقه حنفی صورت می گیرد مدعی در ادعا و مدعی علیه در دفع و قاضی در دلایل و حکم به جزئیات (مسایل مفتی به فقه حنفی) اتکاء می نماید.

چون مأخذ فقه حنفی متعدد و در قول راجح، ارجح و مفتی به از غیر آن که به امام اعظم ابوحنیفه و یاران او نسبت داده می شود در کتب مختلفه فقه حنفی آراء مختلفی وجود دارد، طرفین دعوی به کتب مختلفه در ادعا و دفع خود مراجعه و به مسایل مندرج اتکاء می نمایند و

^۱. محمد عثمان ژوبل، سیر تاریخی حقوق مدنی در افغانستان، مجله قضاء، جدی ۱۳۸۸، ص ۵۲.

^۲. ماده ۱۰۲ قانون اساسی ۱۳۴۳: «محاکم در قضایایی مورد رسیدگی خود احکام این قانون اساسی و قوانین دولت را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و قوانین دولت حکمی موجود نباشد محاکم به پیروی از اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام در داخل حدودیکه این قانون اساسی وضع نموده در چنین احوال حکمی صادر می کنند که در نظرشان عدالت را به بهترین صورت ممکن تأمین نماید».

برای اینکه قاضی در صحت استناد و عدم آن و اینکه آیا جزئیة مذکور مفتی به است یا غیر آن، مجبور می‌شود به کتب مختلفی در یک قضیه چندین بار مراجعه کند و از یک طرف وقت قضات را بیش از حد در بر می‌گیرد که موجب تعطیل حل و فصل قضایا و تراکم امور می‌گردد و از طرف دیگر تهیه همه مآخذ فقه حنفی به هریک از محاکم در توان پولی ستره محکمه نبوده قضات هم عموماً همه مآخذ را در اختیار ندارند و این وضع، مشکلی را برای قضات به وجود می‌آورد.

از طرفی چون به اساس قاعده فقهی و قانونی (مدعی باید به دعوی خود عالم باشد) تذکر جزئیات فقهی به زبان عربی از متون متعدد فقهی مشکلی را در ادعا و استناد به مدعی و مدعی علیه به وجود می‌آورد و آنچه وکلای مدافع می‌نویسند طرفین آن را خوب نمی‌دانند و به آنچه آرزو دارند وفق داده نمی‌توانند.

به منظور حل این معضله و تأمین عدالت و مساهلت به طرفین دعوی و محکمه و سرعت در اجرای امور چنین تجویز گردید که کتاب الاتاسی (شرح مجله الاحکام) که مسایل راجح فقه را توحید نموده است به حیث مآخذ و محکمه به آن مراجعه و اتکاء نماید.

هرگاه مسئله در کتب فقهی نسبت به آن ارجح بود قاضی می‌تواند در چنین حالت به کتب دیگر نیز مراجعه نماید در چنین حالت به منظور توحید و انسجام و تعمیم قواعد و مسایل مفتی به فقه حنفی، قاضی مکلف است دلایل رجحان قول را با ارائه مآخذ و دلایل حکم به ستره محکمه بفرستد. بناءً روی هدف فوق ترجمه کامل کتاب مذکور بعد از اتمام به همه محاکم فرستاده شود و به دسترس عامه نیز قرار گیرد.^۱

گرچه قبل از آن نیز در عهد محمد ظاهر شاه و صدارت محمد هاشم خان، محمد شاه ارشاد دانشمند و فیلسوف مشرب که در رأس وزارت عدلیه قرار داشت، به منظور توحید آراء قضایی و نیز تهیه منابع علمی جهت نیل به اهداف اصلی قضاء یعنی تطبیق عدالت و قانون و تأمین عدالت مجموعه منیر القاضی شرح مجله الاحکام که توسط منیر بن خضر بن یوسف القاضی

^۱. محمد عثمان ژوبیل، همان اثر، ص ۵۲.

البغدادی نوشته شده بود را برای محاکم خریداری نمود با وجود اینکه مراجعه قضات به مجله حتمیت نداشت ولی با اینهم تسهیلات لازم را برای قضاء فراهم آورد و زمینه فهم و عملکرد به قانون مدون را فراهم ساخت.^۱

همچنان در سیمینار ۱۳۵۰ به منظور غنامندی محاکم از حیث مآخذ و منابع فقهی برخی از قواعد فقهی زیر عنوان: قواعد مربوط به سمع دعوی، قواعد مربوط به موارد بطلان در قضایای حقوقی، قواعد مربوط به احکام غیابی در قضایای حقوقی، قواعد مربوط به اشکال در تنفیذ در قضایای حقوقی، قواعد مربوط به ارزش اسناد شرعی به تناسب ذوالیدی، قواعد مربوط به حجر مدیون و امتناع آن از ادای دین و قواعد مربوط به وصایت و حفظ اموال صغار و محاسبه آن با اوصیاء را به اتکاء و در مطابقت به احکام شریعت اسلام طرح و به تصویب رسید.^۲

این مصوبات در نظام قضایی افغانستان تسهیلات لازم را فراهم آورد اما بسنده نبود. لذا موضوع تدوین قانون مدنی که مفکوره آن طی سالهای ۱۳۴۹ و ۱۳۵۰ ه.ش. به میان آمده بود، روی دست گرفته شد و از طرفی نیز بعد از کودتای ۲۶ سرطان ۱۳۵۲ حسب فرمان رئیس دولت کلیه صلاحیت‌های فصل قضاء قانون اساسی به وزیر عدلیه و لوی ثارنوال تفویض گردید، محمد داود خان نیز به انفاذ قانون مدون علاقه زیاد داشت و می‌خواست که چون ناپلیون از وی یادگاری برای آیندگان بماند.^۳ بدین لحاظ به اساس تجویز حکومت به وسیله ریاست قانون‌گزاری وزارت عدلیه و نیز همکاری متخصصین مصری که در نتیجه تفاهمات دوجانبه متخصصین کشور مصر به افغانستان آمده و از آنجمله متخصصین بخش قانونگذاری آن کشور در دهه چهل شمسی به تدوین و تنظیم کود جزا و مدنی افغانستان مبادرت ورزیده و نقش نهایت دوستانه و صمیمانه شان را ایفا نمودند. قوانین مزبور به ابتکار حقوقدان شهیر کشور مرحوم محمد موسی شفیق که در آن زمان متصدی بخش قوانین وزارت عدلیه بود و توسط سه

^۱. عبد المالک جوهر صدیقی، نگاهی به رویدادهای قانونی در افغانستان، مجله قضاء، شماره حمل ۱۳۸۵، ص ۷۴.

^۲. محمد عثمان ژوبیل، همان اثر، ص ۵۲.

^۳. عبد المالک جوهر صدیقی، همان اثر، ص ۷۷.

استاد مصری در مدت ۲-۳ سال به زبان عربی^۱ به اقتضای قانون اساسی ۱۳۴۳^۲ تدوین و قانون مدنی پس از غور و تدقیق همه جانبه و تایید مجلس وزراء در سال ۱۳۵۳ به اساس فرمان شماره (۱۴۵۸) مورخ ۹ جدی ۱۳۵۵ متکی به مصوبه شماره (۱۷۲۳) مورخ هفتم جدی ۱۳۵۵ مجلس عالی وزراء به داخل (۲۴۱۶) ماده به مهر دارالانشاء رسید. مراتب تصویب مجلس عالی وزراء به شرف منظوری حضور رئیس دولت جمهوری افغانستان رسید و به شماره ۲۴۱۸ مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۸ ثبت گردید و به نشر آن در جریده رسمی اقدام گردید که به شماره نوزدهم مورخ چهارشنبه ۱۵ جدی ۱۳۵۵ آن جریده که در مطبعه دولتی طبع گردیده بوده انتشار یافت.^۳

در نهایت آنچه قابل توجه می نماید؛ با وجود اینکه عمده احکام قانون مدنی از کشور مصر الهام گرفته است اما برخی موضوعات مانند اهلیت حقوقی، شرایط ثبت ازدواج و طلاق، مدارک اثبات ولدیت و خویشاوندی، اصلیت اسناد ثبت شده و سرانجام محل اقامت تحت تأثیر قانون مدنی فرانسه تنظیم شده است. ولی حقوق فامیل نیز دارای برخی احکام طلاق می باشد که آنها از اساسات فقه مالکی منشأ گرفته اند.^۴

موضوعات قانون مدنی

این قانون شامل چهار جلد ذیل می باشد:

جلد اول - باب تمهیدی

۱. نظام قضایی جمهوری عربی مصر، کابل، انتشارات ستره محکمه، چ اول، ۱۳۹۱، ص ۵.

۲. ماده ۱۰۲ قانون اساسی ۱۳۴۳: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی خود احکام این قانون اساسی و قوانین دولت را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و قوانین دولت حکمی موجود نباشد محاکم به پیروی از اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام در داخل حدودیکه این قانون اساسی وضع نموده در چنین احوال حکمی صادر می کنند که در نظرشان عدالت را به بهترین صورت ممکن تأمین نماید».

۳. حضرت گل حسامی، تاریخچه قضاء و قضاوت در افغانستان، قسمت سوم، مجله قضاء، شماره حمل ۱۳۸۵، ص ۱۱.

۴. کعبه راستین و نجما یساری، حقوق فامیل افغانستان، هایدلبرگ، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول انستیتوت حقوق خصوصی خارجی و حقوق بین الملل خصوصی ماکس پلانک، ترجمه فهیم قیومی، چ دوم، ۱۳۸۸، ص ۱۴.

این کتاب از ماده ۱ الی ماده ۴۸۳ مطالب عمده ذیل را تشکیل می دهد:
مباحث تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، استعمال حق، اشخاص حقیقی و حقوقی و عدیم
الاهلیت، حقوق فامیل اعم از ازدواج، انحلال و آثار آن، حقوق اولاد، اداره اموال، احکام وقف
و جمعیت ها را در بر می گیرد.

کتاب اول - حق (جلد دوم)

این کتاب از ماده ۴۸۴ الی ۱۰۳۴ شامل مباحث ذیل می گردد:

باب اول - احکام عمومی

باب دوم - منابع حق

فصل اول - احکام عمومی

فصل دوم - تصرف حقوقی

فصل سوم - حوادث قانونی

قسمت اول - فعل مضر

قسمت دوم - فعل مفید

باب سوم - آثار وجبه

باب چهارم - انقضاء حق

باب پنجم - اثبات حق

کتاب دوم - عقود معینه (جلد سوم)

در این کتاب از ماده ۱۰۳۵ الی ۱۸۹۹ مطالب عمده احکام عقود معینه توضیح شده

است:

باب اول - عقود تملیک

فصل اول - عقد بیع

فصل دوم - هبه

فصل سوم - شرکت

فصل چهارم - قرض

- فصل پنجم - صلح
- باب دوم - عقود انتفاع
- فصل اول - اجاره
- فصل دوم - عاریت
- باب سوم - عقود کار
- فصل اول - مقاوله، استصناع و تعهدات مرافق عامه
- فصل دوم - عقد کار
- فصل سوم - وکالت
- فصل چهارم - ودیعت
- باب چهارم - عقود احتمالی
- باب پنجم - عقود توثیق
- فصل اول - کفالت
- فصل دوم - حواله
- فصل سوم - رهن حیازی
- فصل چهارم - رهن رسمی
- کتاب سوم - حقوق عینی (جلد چهارم)
- این کتاب از ماده ۱۹۰۰ الی ۲۴۱۶ مطالب عمده ذیل را بیان می دارد:
- باب اول - حقوق عینی اصلی
- فصل اول - حقوق ملکیت
- فصل دوم - اسباب کسب ملکیت
- فصل سوم - حقوق متفرع از حق ملکیت
- باب دوم - حقوق عینی تبعی

در باب تمهیدی در فصل اول قانون مدنی ضمن مبحث اول آن در مورد ساحه تطبیق قانون در ماده اول آن چنین صراحت به عمل آمده است: «(۱) در مواردی که حکم قانون وجود

داشته باشد، اجتهاد جواز ندارد. احکام این قانون به اعتبار لفظ و یا فحوای آن، قابل تطبیق می- باشد. (۲) در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق به اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می نماید که عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تامین نماید». ماده ۲: «در مواردی که حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید، مشروط بر این که عرف مناقص احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد».

به استناد ماده ۲۴۱۶ قانون مدنی، این قانون (سی) روز بعد از نشر در جریده رسمی نافذ می- گردد، با انفاذ این قانون، قانون ازدواج منتشره تاریخی ۱۷ اسد ۱۳۵۰ ملغی شناخته می شود. با امعان نظر به ماده اخیر قانون مدنی متوجه می شویم که قبل از انفاذ قانون یاد شده موضوعات مرتبط به حقوق خانواده و مسایل ازدواج در قانون مستقل از موضوعات حقوقی مطمح نظر قرار می گرفته است چه آنکه قبلاً یاد آور شدیم که قانون مدنی ۱۳۵۵ اولین قانون مدنی کشور بوده و موضوعات حقوقی و معاملات به ویژه معاملات مدنی تابع شرح مجله الاحکام قواعد فقه حنفی حل و فصل می گردید. بنابراین شایسته می نماید که در نوشته حاضر نگاه کوتاه به سیر تاریخی حقوق خانواده و قوانین ازدواج نیز داشته باشیم.

سیر تاریخی حقوق فامیل

از آغاز قرن ۲۰ میلادی تا انفاذ قانون مدنی ۱۳۵۵ چندین نظامنامه و قانون نافذ گردیده و بر روابط حقوقی فامیل حکومت می نموده است. در این بند سعی خواهد شد تا به صورت گذرا سیر تاریخی آنها را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم.

اولین گامی که از منظر قانونی در زمینه حقوق فامیل برداشته شد، نظامنامه عروسی ۱۲۹۱ ه. ش. بود تا جلو رسم و عنعنات خرافی را که در آن زمان وجود داشت بگیرد. حاکمیت این نظامنامه بر می گردد به زمان به قدرت رسیدن امیر حبیب الله خان که در آن مقطع زمانی بعضی

از آزادی‌های نسبی به مردم داده شده و جرقه‌های اصلاح طلبانه پیامد مشروطیت و قانونیت را طنین انداخته بود.^۱

در پایان دهه دوم قرن بیستم افغانستان با استرداد استقلال از بریتانیای کبیر، در کنار رویدست گرفتن سایر اقدامات اصلاحی، توجه ویژه‌ای به تطبیق اصلاحات حقوقی نشان داد و تصمیم به این گرفته شد تا از قوانین ترکیه و نظام حقوقی این کشور برای مدرن ساختن نظام حقوقی افغانستان استفاده همه جانبه صورت گیرد. البته طوری که یادآوری شد قوانین فقط در عرصه حقوق عامه مورد اقتباس قرار گرفت و دامنه این اقتباس در دوران زمامداری شاه امان الله به هیچوجه به عرصه حقوق خصوصی کشانیده نشد، با وجود آن نیز نظامنامه‌های زیادی به تصویب رسیده است، از آن جمله نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری در سال ۱۲۹۹ ه. ش. و سپس در سال ۱۳۰۰ طی ماده ۲۴ با اقتباس از ریفورم‌های ترکیه وضع و تصویب گردید.^۲

سپس در ۸ سنبله ۱۳۰۵ ه. ش. نظامنامه دیگری بنام نظامنامه نکاح و سنتی طی ۲۲ وضع و به منصفه تطبیق قرار گرفته و در مقدمه آن هدف از وضع نظامنامه چنین بیان شده است: «چون بسیاری دعاوی و منازعات از باعث مخارج و معاملات نکاح و عروسی و ظلم و تعدی شوهران در حق زنان عاجزه در محکمه شرعیه به کثرت وقوع می‌یافتند بنابر انسداد ظلم و رفع منازعه و مناقشه و مساوات زن‌ها در حقوق که مطابق شرع شریف و موافق مذهب حنیف است قواعد ذیل را امر فرمودیم».^۳

به علاوه موضوعاتی دیگری که در این نظامنامه جالب توجه است ازدواج اطفال را مجاز شمرده اما ماده ۹ نظامنامه یاد شده خیار البلوغ را پیش‌بینی می‌نمود طوری که هرگاه شخصی در



۱. سید سعدالدین هاشمی، جنبش مشروطیت در افغانستان، کابل، بی نا، ج ۱۳۸۷، ص ۱۳۳.

۲. Gregorian, The Emergence of Modern Afghanistan – Politics of Reform and Modernization ۱۸۸۰-۱۹۴۶

۳. (۱۹۶۹)، ۲۴۳.

۳. عبد القدیر قیومی، وضع قانون برگذاری مراسم عروسی و پیشینه تاریخی آن در افغانستان، مجله عدالت، شماره ۱۰۰، سال ۱۳۹۰، ص ۱۱۵.

زمان ازدواج به سن بلوغ نرسیده بود و توسط اولیاء خویش به ازدواج شخص دیگر در آمده بود، می توانستند با تکمیل سن قانونی ازدواج خود را فسخ نمایند.

هم چنان بر مبنای ماده ۶ نظامنامه نکاح و سنتی بد دادن ممنوع شده بود، در زمینه ماده ۶ آن نظامنامه اشعار می دارد: «رسوم بد دادن یا زنی را با جبر و کره به میراث گرفتن و عیال شخصی را موروثه خود دانستن مطلقاً ممنوع و موقوف است». به علاوه براساس این نظامنامه کسی مجاز نبود یک زن بیوه و یا مطلقه را با جبر و اکراه مجبور سازد تا از ازدواج دوباره خود داری ورزد (ماده ۷ نظامنامه نکاح و سنتی).

هم چنین در دوره سلطنت محمد ظاهر شاه به تاریخ ۲۰ ثور ۱۳۱۳ ه. ش. اصولنامه نکاح و عروسی طی ۸ ماده نافذ گردید و در مقدمه آمده است: «از آنجا که نکاح یک امر مسنونه شرعی و وسیله ادامه نسل بشریه است و هر انسان را از این امر چاره و گریز نبوده دیناً و عرفاً به اجرا و تمویل آن مجاز و مکلف می باشد. در ایفای مراسم نکاح و عروسی نظر به عرف و عادات و اصطلاحات بی جا که در بین مردم رایج است مخارج زیادی را ایجاب کرده است بناءً علیه لزوم دید شد تا جهت انسداد این گونه مصارف بیهوده و عرف و عادات غیر مشروعیه اصولنامه هذا وضع گردد...»^۱

در ۸ حمل ۱۳۲۸ ه. ش. قانون دیگر ازدواج در مورد نکاح، عروسی و ختنه سوری بنام اصولنامه عروسی و ختنه سوری وضع و تصویب گردید. هدف عمده اصولنامه یاد شده جلوگیری از تدویر مراسم ناجایز و مصارف ریاکارانه و بی مورد در جشن های عروسی و ختنه سوری تلقی گردیده است.

سپس در سال ۱۳۴۰ ه. ش. قانون دیگر به نام اصولنامه ازدواج و ترتیب نکاح خط وضع و نافذ گردید. بر مبنای این اصولنامه عقد نکاح ناکح و منکوحه تابع رضایت آنها بوده (ماده ۱) و نکاح خط به عنوان وثیقه که دارای ثبت محفوظ قضاء باشد تعریف شده است. سن ناکح و

^۱. برای معلومات مزید مراجعه شود به عبد القدیر قیومی، وضع قانون برگزاری مراسم عروسی و پیشینه تاریخی آن در افغانستان، مجله عدالت، شماره ۱۰۰، سال ۱۳۹۰، ص ۱۱۵.

منکوحه پانزده سال پیش‌بینی شده بود (ماده ۲). نکاح صغیره جواز نداشت مگر در صورت موجودیت ولی و ترتیب نکاح خط. با وجود این، جهت اعتبار نکاح صغیر و صغیره شرط بود که ولی به فساد اخلاقی مشهور نباشد (ماده ۱۸ و ۱۹).

در ماه اسد ۱۳۵۰ ه. ش. قانون ازدواج ضمن ۴۲ ماده وضع در جریده رسمی شماره ۱۹۰ جریده رسمی به نشر رسیده با مطالعه این قانون متوجه می‌شویم قواعد این قانون نسبت به نظامنامه‌ها و اصولنامه‌ها تفصیلی تر بوده و برای از بین بردن رسوم و عنعنات بی‌جا و نیز تحکیم و ثبات بیشتر خانواده‌ها قواعد منصفانه و منطقی داشته است.^۱ طوریکه ماده ۱ این قانون بیان می‌دارد: «نکاح به ایجاب و قبول و رضا عاقدین و در حضور شهود مطابق به احکام شرع شریف صورت می‌گیرد. مراسمی که بر اساس عرف و رواج قبل از عقد نکاح اجرا می‌شود اعتبار ندارد». همچنین با انفاذ این قانون، اصولنامه ازدواج و ترتیب نکاح خط منتشره قوس ۱۳۳۰ ه. ش. ملغی تلقی می‌گردد (ماده ۴۲).

چنانچه قبلاً متذکر شدیم قانون مدنی پس از غور و تدقیق همه جانبه و تایید مجلس وزراء در سال ۱۳۵۳ به اساس فرمان شماره (۱۴۵۸) مورخ ۹ جدی ۱۳۵۵ متکی به مصوبه شماره (۱۷۲۳) مورخ هفتم جدی ۱۳۵۵ مجلس عالی وزراء به داخل (۲۴۱۶) ماده به مهر دارالانشاء رسید. مراتب تصویب مجلس عالی وزراء به شرف منظوری حضور رئیس دولت جمهوری افغانستان رسید و به شماره ۲۴۱۸ مورخه ۸/۱۰/۱۳۵۵ ثبت گردید و به نشر آن در جریده رسمی اقدام گردید که به شماره نوزدهم مورخ ۱۵/۱۰/۱۳۵۵ آن جریده که در مطبعه دولتی طبع گردیده بوده انتشار یافت.^۲ با انفاذ این قانون اولین قانونگذاری جامع در زمینه حقوق مدنی، حقوق فامیل و حقوق میراث در افغانستان به وقوع پیوست و به استناد ماده ۲۴۱۶ قانون مدنی

^۱ . Nadjma Yassari, Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan, in the book titled as Constitutions of Afghanistan, Iran and Egyb, ۲۰۰۵, Edited by Nadjma Yassari, Max-Plank Institut, Mohr Siebeck, Germany, P.

^۲ . حضرت گل حسامی، تاریخچه قضاء و قضاوت در افغانستان، قسمت سوم، ص ۱۱.

این قانون (سی) روز بعد از نشر در جریده رسمی نافذ می‌گردد، با انفاذ این قانون، قانون ازدواج منتشره تاریخی ۱۷ اسد ۱۳۵۰ ملغی شناخته می‌شود.

هم چنان در جلسه تاریخی ۱۳۵۷ / ۷ / ۲۵ شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان فرمان شماره ۷ درباره مهر و مصارف عروسی ضمن ۷ ماده وضع در شماره ۴۰۹ مورخ ۷ / ۲۶ / ۱۳۵۷ جریده رسمی به نشر رسیده است. در مقدمه این چنین آمده است: «این فرمان به منظور تطبیق ماده ۱۲ خطوط اساسی وظایف انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان در جهت تأمین تساوی حقوق زن با مرد در زمینه حقوق مدنی و از بین بردن مناسبات غیرعادلانه پدر سالاری فیودالی بین زن و شوهر به خاطر استحکام هرچه بیشتر روابط حسنه خانوادگی صادر می‌گردد». هم چنین به استناد این قانون هیچ شخص نمی‌تواند دختری را در بدل پول نقد یا جنس نامزد و به نکاح کسی بدهد (بند ۱ ماده ۱).

هیچ شخص نمی‌تواند هنگام عروسی داماد را به پرداخت پول نقد یا جنس بنام طویانه، ولور یا مصارف دیگر مجبور نماید (بند ۲ ماده ۱).

هیچ شخص نمی‌تواند بنام عیدی، نوروزی، براتی و امثال آن داماد یا ولی او را به تهیه لباس و هدایا برای دختر و فامیل او مجبور نماید (ماده ۲).

هیچ شخص نمی‌تواند به سبب نامزدی، تحمل مصارف نامزدی و یا استفاده از جبر و اکراه مانع ازدواج قانونی شخص دیگر شود (بند ۳ ماده ۴). نامزدی و ازدواج برای زن قبل از تکمیل سن ۱۶ و برای مرد قبل از تکمیل سن ۱۸ جواز ندارد (ماده ۵). پول نقد یا جنسی که خلاف احکام این فرمان اخذ شده مصادره می‌گردد (بند ۲ ماده ۶).

در زمان حکومت مجاهدین (۱۹۹۲-۱۹۹۶) و حکومت طالبان (۱۹۹۶-۲۰۰۱) که شریعت اسلام را به عنوان اساس دولت و حقوق معرفی کرده بودند قانون خاصی در قسمت حقوق خانواده وضع نگردیده است.

با شروع به کار اداره مؤقت و متعاقب آن اداره انتقالی در افغانستان بر اساس شرایط پیش-بینی شده موافقتنامه بن، افغانستان بعد از سالیان پی در پی بی قانونی و عدم تطبیق قانون، مناسبات حقوقی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی این کشور در چهارچوب قانون اساسی جدید

رقم زده شد. تا پیش از تدوین و تصویب قانون اساسی جدید، بر اساس یکی از بند های موافقتنامه بن قانون اساسی سال ۱۳۴۳ ه. ش. نافذ پنداشته شده و در عین حال اکثریت قوانین عادی دوره‌های پیشین مرعی الاجراء اعلان گردید. با تصویب قانون اساسی در چهاردهم جدی ۱۳۸۲ طی ۱۶۲ تصویب و در جریده شماره ۸۱۸ در ۸ دلو ۱۳۸۲ به نشر رسید. ماده ۵۴ قانون مزبور در زمینه خانواده بیان می‌دارد: «خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تامین سلامت جسمی و روحی خانواده بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم اتخاذ می‌کند». هم چنین ماده ۱۶۲ آن قانون بیان می‌دارد: «این قانون اساسی از تاریخ تصویب لویه جرگه نافذ و از طرف رییس دولت انتقالی اسلامی افغانستان توشیح و اعلام می‌گردد. با انفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام آن ملغی می‌باشد». بنابراین بر مبنای قانون اساسی جدید قوانین قبلی از جمله قانون مدنی ۱۹۷۷ و فرامین تقنینی که مغایر آن قانون اساسی نباشند مورد اعتبار می‌باشند. لذا مقررات حقوق خانواده در قانون مدنی مدار اعتبار بوده و طرفین دعوی در ادعا، وکلای مدافع در دفاع و قضات محاکم در رسیدگی های شان می‌توانند بدان استناد کنند.

نتیجه

افغانستان به عنوان یک کشور مستقل برای نخستین بار در دهه سوم سده بیستم صاحب قانون اساسی گردید و نظام حقوقی خود را در کنار سیستم حقوقی اسلام و حقوق تعاملی پایه گذاری نمود. سیستم حقوقی که در دوران زمامداری شاه امان الله پایه گذاری شد، با روی کار آمدن امیر حبیب الله کلکانی کاملاً از میان برداشته شد و جالبتر اینکه، در دوران کوتاه و بی دستاورد این پادشاه نه تنها بالای نظام حقوقی پیشین خط بطلان کشیده شد، بلکه بالای هیچ نظام حقوقی دیگر نیز کاری نشد و در نتیجه افغانستان یکبار دیگر بسوی انارشیزم و بی قانونی گام برداشت. سپس محمد نادر شاه با قبضه نمودن سلطنت در سال ۱۹۲۹ م به یکبارگی و برای همیشه دست به تغییر بنیادین سیستم حقوقی افغانستان زد و از قانون اساسی دوران شاه امان الله گرفته تا هر چه

از قوانین را که به نظرش منطقی نمی‌نمود، از بیخ و بن تغییر داد و نظام حقوقی این کشور را وارد دوره تازه‌ای ساخت.

با روی کار آمدن محمد ظاهر شاه، که این دوران را شاید بتوان یکی از سیاه‌ترین دوره‌های تاریخ حقوقی این کشور دانست، در اوایل این دوره دور و دراز شاه بی کفایت زمان دست به تدوین قانون خاصی برای تنظیم مناسبات شهروندانش نزد تا اینکه روزگار بدون اراده زمامداران وقت افغانستان تغییر کرد و محمد ظاهر شاه و خاندانش به این نتیجه رسیدند تا دست به یک سری اصلاحاتی بزنند که در نتیجه همان شد و رژیم شاهی مصمم گشت تا به تدوین قانون اساسی جدید افغانستان پردازد. با تدوین و تصویب قانون اساسی جدید در سال ۱۳۴۳ ه.ش. افغانستان وارد دوره تازه‌ای از حیات اجتماعی خود گردیده و نظام حقوقی جدید را که به تعبیر بسیاری از حقوقدانان آن روزگار سیستم مختلطی از رومن- ژرمن، حقوق اسلام، رویه قضایی و دکترین دانشمندان حقوق بود، پذیرفت.

این وضعیت دیری دوام نیاورد و در سال ۱۳۵۲ ه.ش. با کودتای محمد داوود متوقف گردید چراکه محمد داوود در ابتداء قانون اساسی ۱۳۴۳ و تعداد دیگری از قوانین دوران محمد ظاهر شاه را ملغی اعلان نموده و خود در پی تدوین قانون اساسی تازه‌ای برآمد تا به تحکیم بیشتر پایه‌های رژیم غیر دموکراتیک پردازد، که در نتیجه رییس جمهور داوود در سال ۱۳۵۵ ه.ش. دست به تدوین و تصویب قانون اساسی جمهوری افغانستان زد، این قانون، یک قانون اساسی کاملاً غیر دموکراتیک و بی باور به ارزش‌های حقوق بشری و حقوق اساسی شهروندان بشمار می‌رفت.

با سرنگون ساختن رژیم رییس جمهور داوود توسط احزاب چپی تحت حمایت اتحاد شوروی چنین می‌پنداشتند که با تغییر بنیادین نظام حقوقی افغانستان، راه برای پیوستن این کشور به بلاک کمونیستی شرق مساعد گشته و به این ترتیب زمینه‌های تدریجی پایه‌گذاری یک نظام مارکسیستی در افغانستان میسر می‌گردد؛ ولی با بالا گرفتن موج تازه‌ای از شورش‌ها و نا آرامی‌ها در مقابل رژیم چپ پیرو خط مسکو، این استراتژی (تغییر نظام حقوقی افغانستان)

بصورت سیستماتیک از اولویت افتید و جایش را به اولویت های امنیتی داد که رژیم هر روز بیشتر دچار چالش های تازه ای در آن عرصه می گردید.

سپس، دولت رییس جمهور نجیب الله در پی اعلان مشی مصالحه ملی و سایر حرکت های آشتی جویانه با مخالفین (مجاهدین) به تدوین قانون اساسی جدید افغانستان اقدام کرد و در نتیجه قانون اساسی سال ۱۳۶۶ ه. ش. را تدوین نمود. افزون بر آن دولت رییس جمهور نجیب به صورت گسترده دست به تدوین قوانین در عرصه های مختلف زد که حتی تا امروز تعدادی از آن قوانین در افغانستان مرعی الاجراء پنداشته شده و نافذ می باشد.

دولت مجاهدین همزمان با آغاز به کار در ۱۳۷۱ ه. ش. قانون اساسی دوران داکتر نجیب الله را ملغی اعلام داشته و به این ترتیب ضمانت اجرایی اکثریت قوانین آن دوره را از میان برد، بدون اینکه در جستجوی جایگزین دقیق برای سیستم حقوقی پیشین افغانستان برآید. سپس با روی کار آمدن طالبان آنها می خواستند خط بطلان بر همه آنچه که در جریان یک سده اخیر در عرصه نظام حقوقی افغانستان روی داده بود، بکشند و تاریخ را به نام خود تغییر بدهند. طالبان به یکبارگی و با اصدار فرامین پی در پی تمام قوانین پیشین افغانستان را باطل شده اعلان نمودند و بالای همه مردم با زور سر نیزه، شلاق و تفنگ تطبیق بی چون و چرای قوانین شرعی را مرعی الاجراء ساختند.

با پایان دوره سیاه و ننگین رژیم افراط گراء و تندرو طالبان، اداره مؤقت، اداره انتقالی و کمی بعدتر جمهوری اسلامی افغانستان روی کار آمد. در این دوره کارهای بیشماری در عرصه اصلاح سیستم حقوقی افغانستان صورت گرفت. به علاوه تصویب قانون اساسی، اصلاحات گسترده در نظام عدلی و قضائی، تعدیل و اصلاح تعداد بیشماری از قوانین و تدوین تعدادی از قوانین گام های بلندی برداشته شد که این گام ها در نظام حقوقی کشور از اهمیت بلندی برخوردار می باشد. با وجود آن، هنوز راه دور و درازی در پیش است تا نظام حقوقی افغانستان از یک ثبات کامل برخوردار گردیده و پایه های این نظام به صورت کل به جانب نهادینه شدن حرکت کند.



منابع

۱. جوهر صدیقی، عبد المالك، نگاهی به رویدادهای قانونی در افغانستان، مجله قضاء، شماره حمل ۱۳۸۵.
۲. حسامی، حضرت گل، تاریخچه قضاء و قضاوت در افغانستان، قسمت سوم، مجله قضاء، شماره حمل ۱۳۸۵.
۳. حسامی، حضرت گل، روند سیستم قانونگذاری، مجله عدالت، ش ۱۰۲، سال ۱۳۹۰.
۴. حقیقت، عبد الواحد، پیشینه نظام قضایی در افغانستان، مجله بلندای اندیشه، ش اول، سال ۱۳۸۸.
۵. دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل، انتشارات موسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چ اول، ۱۳۸۹.
۶. راستین، کعبه و یساری، نجما، حقوق فامیل افغانستان، هایدلبرگ، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول انستیتوت حقوق خصوصی خارجی و حقوق بین الملل خصوصی ماکس پلانک، ترجمه فهیم قیومی، چ دوم، ۱۳۸۸.
۷. ژوبل، محمد عثمان، سیر تاریخی حقوق مدنی در افغانستان، مجله قضاء، جدی ۱۳۸۸.
۸. ساعد، سید هاشم، مباحث درباره حقوق، شرح مختصر یک تعداد قواعد حقوق و نظام های حقوقی، گرفته شده از سایت: www.khorshed.org
۹. غبار، میر غلام محمد، افغانستان در مسیر تاریخ، تهران، انتشارات محسن، چ ۱۳۹۱.
۱۰. غزنوی، محمد، نگاهی مختصر به مراحل قانون گذاری در افغانستان، مجله عدالت، ش ۹۶، سال ۱۳۸۹.
۱۱. فرهنگ، میر محمد صدیق، افغانستان در پنج قرن اخیر، جلد اول، تهران، انتشارات دار التفسیر، چ اول، ۱۳۸۰.
۱۲. قانون اساسی، منتشره جریده رسمی، شماره ۱۲، سال ۱۳۴۳.
۱۳. قانون اساسی، منتشره جریده رسمی شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲.

۱۴. قانون مدنی، منتشره جریده رسمی، شماره ۳۵۳، سال ۱۳۵۵.
۱۵. قانون ازدواج، منتشره جریده رسمی، شماره ۱۹۰، سال ۱۳۵۰.
۱۶. فرمان شماره ۷ درباره مهر و مصارف عروسی شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۴۰۹، سال ۱۳۵۷.
۱۷. قیومی، عبد القدیر، وضع قانون برگذاری مراسم عروسی و پیشینه تاریخی آن در افغانستان، مجله عدالت، شماره ۱۰۰، سال ۱۳۹۰.
۱۸. کشکی، صباح الدین، دهه قانون اساسی، پشاور پاکستان، شورای ثقافتی جهاد اسلامی افغانستان، چ ۱۳۷۰.
۱۹. مولوی عبدالواسع، تمسک القضاة الامانیة جلد اول و دوم، مسایل جزائی، کابل، بی نا، بی تا.
۲۰. نظام قضایی جمهوری عربی مصر، کابل، انتشارات ستره محکمه، چ اول، ۱۳۹۱.
۲۱. هاشمی، سید سعدالدین، جنبش مشروطیت در افغانستان، کابل، بی نا، چ ۱۳۸۷.
۲۲. اسلام در افغانستان بر گرفته شده از سایت انترنتی: www.aals.org

منابع انگلیسی

۲۳. Gregorian, The Emergence of Modern Afghanistan – Politics of Reform and Modernization ۱۸۸۰-۱۹۴۶.
۲۴. Nadjma Yassari, Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan, in the book titled as Constitutions of Afghanistan, Iran and Egyb, ۲۰۰۵, Edited by Nadjma Yassari, Max-Plank Institute, Mohr Siebeck, Germany.

شروط وقوع طلاق

دكتور عبد الروف هروى

در بخش نخست این مقاله در باره تعريف طلاق، سابقه تاريخى طلاق در اديان و تمدن هاى سابق، حكم طلاق در اسلام، ارکان طلاق، صيغه و الفاظيکه طلاق با آن واقع مى شود، و با چه زباني واقع مى شود؟ حكم طلاق چيست؟ مورد بررسى قرار گرفت و در اين بخش به شروط وقوع طلاق مى پردازيم.

طلاق يکى از امور و اعمال ارادى است، لذا وقوع آن يک سلسله شروطى دارد، اگر اين شروط متوفر نباشد طلاق نيز واقع نمى شود، برخى از آنها به طلاق دهنده ارتباط دارد که لازم است اهليت طلاق دادن را داشته باشد و برخى ديگر به چگونگى طلاق دادن ارتباط دارد، که طلاق بايد طبق سنت صورت بگيرد و شخص اراده آنرا داشته باشد و بعضى ها به وجود رابطه زوجيت بين مرد و زن ارتباط مى گيرد اين مبحث را طى چهار گفتار مورد مطالعه قرار مى دهيم.

هدف از این مقاله بیان نمودن شروطی است، که بدون تحقق آنها طلاق واقع نمی شود، بلکه لغو می باشد.

واژه های کلیدی: شروط، وقوع طلاق، قصد، اراده، اکراه،

شروط طلاق دهنده (مطلق)

فقهاء مذاهب اسلامی توافق نظر دارند که زوج عاقل، بالغ مختار و هوشیار می تواند در صورت ضرورت خانم اش (زوجه) طلاق دهد که با اراده و اختیار خود به این کار اقدام نماید، بنابر این، طلاق دادن افراد غیر ذی صلاح یا نا بالغ ، دیوانه، معتوه ، نائم ، شخصیکه عقلش به علت زیادت سن و یا مرض مختل گردیده باشد و شخص مدهوش که خیر و شر مصلحت و مفسدت، یا نفع و ضرر خود را تشخیص داده نتواند و همچنین کسی که بیش از حد دچار خشم و غضب و عصبانیت شده و هوشیاری خود را از دست داده باشد و یا اینکه کسی او را مجبور به طلاق دادن کرده باشد (مکره به فتح ر) و کسیکه دارای عقل و اراده نباشد و کلمه طلاق را ذکر کرده باشد در همه این حالات طلاق واقع نمی شود.

شرط نخست : اهلیت طلاق دهنده (مطلق)

فقهای کرام شرط وقوع طلاق را اهلیت حقوقی طلاق دهنده عنوان کرده اند که این امر بر گرفته از ارشادات پیامبر اکرم صلی الله علیه و سلم می باشد، در حدیث که حضرت ابو هریره رضی الله عنه از ایشان روایت کرده است رسول الله صلی الله علیه و سلم فرمودند: " رفع القلم عن الثلاث: عن النائم حتی یتقیظ و عن الصبی حتی یحتلم و عن المجنون حتی یعقل " (۱) ترجمه: مسولیت از سه شخص بر داشته شده است: از شخص خواب تا وقتی که از خواب بیدار شود، از کودک تا زمانی که به سن بلوغ برسد و از شخص دیوانه تا زمانی که عاقل شود.

(۱) این حدیث را امام نسائی در سنن اش ۳/۳۶۰ و ابو داود در سنن اش ۴/۱۴۰ و ابن ماجه در سنن اش ۱/۶۵۸ روایت کرده اند



اسناد تقنینی کشور ما به مساله طلاق و چگونگی آن پرداخته است ، برای روشنی بیشتر موضوع ، به بعضی از ماده های قانون مدنی اشاره میکنم که در مورد وضاحت لازم داده است. در ماده (۱۳۷) طلاق دهنده را مشخص ساخته که چه اشخاصی حق طلاق دادن را دارند " طلاق هر زوج عاقل و بالغ واقع می گردد گرچه زوج سفیه یا مریض غیر مختل العقل باشد. ماده (۱۴۱) قانون مدنی افغانستان در این مور چنین صراحت دارد: " طلاق اشخاص ذیل اعتبار ندارد:

مجنون مگر در صورتی که طلاق را قبل از جنون به شرطی معلق ساخته و شرط در حال جنون موجود شود.

معتوه

مکره

نائم

شخصی که عقل اش به علت زیادت سن و یا مرض مختل گردیده باشد. شخص مدهوش که قوه ممیزه اش را به علت غضب یا عوامل دیگری از دست داده و قولش را درک نکند."

شرط دوم: وجود رابطه زوجیت

دومین شرط برای وقوع طلاق وجود رابطه زوجیت بین زن و شوهر است، به این معنی که طلاق وقتی واقع می شود که میان مرد و زن این رابطه وجود داشته باشد و این منحصر به شوهر است که هیچ کس حق دخالت را در امور خانوادگی ندارد، زیرا رابطه میان زن و شوهر آن قدر نزدیک است که به شخص بیگانه ثالث هر چند که به زن و شوهر نزدیک باشند اجازه نمی دهد که در این مسائل دخالت کند و اسلام رابطه بین زن و شوهر را یک رابطه خاص میداند و به لباس همدیگر تشبیه داده است و در قرآن کریم به عنوان لباس ذکر گردیده است "هن لباس لکم و انتم لباس لهن" یعنی زنان لباس شما و شما لباس آنها هستید" در قانون مدنی افغانستان که بر گفته از فقه اسلامی می باشد در ماده ۱۳۴ با صراحت ذکر کرده است " طلاق تنها بالای

زوجه که در نکاح صحیح یا در عدت طلاق رجعی باشد واقع می‌گردد^۱ بنابر این طلاق دادن مرد بیگانه هیچ تاثیری در امر نکاح ندارد.

در ماده (۱۳۵) فقره دوم قانون مدنی افغانستان آمده است " طلاق از جانب زوج یا محکمه با صلاحیت به درخواست زوجه مطابق به احکام این قانون صورت می‌گیرد".

و ماده (۱۳۶) محل طلاق را مشخص ساخته است " طلاق تنها بالای زوجه که در نکاح صحیح یا در عدت طلاق رجعی باشد واقع می‌گردد"

در این جا مساله طلاق ولی مطرح می‌شود که آیا ولی همچون پدر، پدر بزرگ یا برادر کلان حق دارد که از طرف فرزند صغیرش زنش را طلاق بدهد، در این مورد فقهاء اختلاف نظر دارند فقهای احناف، شافعی‌ها، حنابله در یک روایت و امامیه به این نظر اند که پدر حق ندارد که از طرف فرزند صغیرش زنش را طلاق دهد، زیرا در حدیث شریف است که "الطلاق لمن اخذ بالساق" یعنی طلاق به دست خود شوهر است.

مالکی‌ها و احمد بن حنبل در یک روایت می‌گویند: پدر حق دارد زن پسر صغیر خود را طلاق خلع بدهد.

اما رای راجح این است که ولی حق طلاق دادن را ندارد زیرا این حق منحصر به فرد زوج می‌باشد در صورت اینکه زوجه از زوجه متضرر شود زوجه می‌تواند که به محکمه مراجعه نموده از باب تفریق به سبب ضرر طلاق خود را از قاضی بدست بیاورد^(۱) در قانون مدنی در ماده (۱۴۰) قانون مدنی تاکید تاکید صورت گرفته است که طلاق باید توسط زوج عاقل و بالغ صورت بگیرد نه شخص قاصر یا پدر زوج " زوجه قاصر از جانب زوج یا پدر زوج طلاق شده نمی‌تواند"

عَلَيْكَ



شروط وقوع طلاق



۳۵

^(۱) الفقه علی مذاهب الخمسة تالیف محمد جواد المغنیه، مترجمان: دکتور مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی ص-

شرط سوم: نیت و قصد طلاق دهنده

سومین شرطیکه به طلاق دهنده ارتباط می‌گیرد عبارت از این است که مرد طلاق دهنده باید نیت و قصد طلاق همسر خود را داشته باشد؛ بنابراین اگر کسی از دیگری لفظ طلاق را نقل قول می‌نماید یا به تدریس موضوع طلاق اشتغال داشته باشد و یا کسی که معنی و مفهوم طلاق را نمی‌داند اگر آنرا به زبان بیاورد و نیت و قصد طلاق را نداشته باشد پس طلاق واقع نمی‌شود چون وقوع طلاق را نخواست است.

از آنجائیکه طلاق به اراده شخص ارتباط دارد و اراده یک امر پنهانی است، الفاظیکه از آنها در ایقاع استفاده می‌شود بیانگر آن اراده و ما فی الضمیر می‌باشد.

بعضی مسائل وجود دارد که به قصد و اراده طلاق دهنده ارتباط دارد و در این مسائل اختلاف نظر میان فقهاء نیز وجود دارد و هر یکی از فقهاء ادله قوی بر مذهب خویش دارند لذا این مسائل به بحث و تحقیق بیشتر نیاز دارد در این جا باید به طور مفصل این مسائل را با استفاده از کتب فقهی مذاهب مختلف ذکر کنم.

الف: طلاق سکران یا شخص نشه

سکر یا مستی و نشه باعث از بین رفتن اهلیت موقت انسان میشود، زیرا سکر عبارت از زائل شدن عقل با تناول شراب یا مواد مخدر و غیره می‌باشد وقتیکه انسان به هوش بیاید نداند که چه گفته و یا چه کاری را انجام داده به علت اینکه تمییز خود را از دست داده است^(۱).

تمام فقهاء توافق نظر دارند اگر انسان بدون اینکه خودش به خواست خود مست و بی‌هوش شود عقلش زائل شود، طلاقش واقع نمی‌شود، مثل اینکه انسان خانمش را در حالت خواب طلاق دهد، زیرا عقلش که محل تکالیف شرعی می‌باشد در این حالت اراده انسان دخیل

^(۱) الوجیز فی اصول الفقه د/ عبدالکریم زیدان ص ۹۹

نبوده است؛ از اینجا است که پیامبر خدا صلی الله علیه و سلم فرموده است " رفع القلم عن الثالث عن النائم حتى يستيقظ و عن الصغير حتى يكبر و عن المجنون حتى يعقل او يفیق"^(۱) و در جای دیگر پیغمبر خدا صلی الله علیه و سلم فرموده است " کل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب علی عقله"^(۲) یعنی هر نوع طلاق جائز است به استثنای طلاق شخص معتوه که بر عقلش تسلط نداشته باشد.

اگر عقل انسان بر اساس مستی یا نشه زائل شود و در این حالت طلاق را ایقاع کند آیا طلاق واقع میشود یا خیر فقهاء در زمینه اختلاف نظر دارند.

قول اول از جمهور فقهای اهل سنت و جماعت است ایشان (امام ابو حنیفه ، امام مالک ، امام شافعی و امام احمد بن حنبل در یک روایت) به این باور اند که طلاق شخصیکه در حالت سکر یا نشه بودن خانمش را طلاق دهد، طلاق واقع میشود^(۳) البته چنین مستی یا نشه شدن باید مختار بوده باشد^(۴).

این فقهاء به بعضی از آثار و معقول استدلال کردند که قوی ترین ادله شان دلیل عقلی است ایشان می گویند: ایقاع طلاق از شخص مکلف و غیر مکره صادر شده و در محلش واقع شده است، پس لازم است که طلاق او هم مانند طلاق شخص عادی قبول شود، زیرا او مکلف است بدلیل اینکه اگر کسی را بکشد در مقابلش بر اساس قصاص کشته میشود، و اگر در این حالت دزدی کند دستش بر اساس شریعت اسلام قطع میشود و با این امر از دیوانه فرق دارد و حکم دیوانه بر او تطبیق نمی شود.^(۵)



^(۱) این حدیث را امام نسائی در سنن اش ۳/۳۶۰ و ابو داود در سنن اش ۴/۱۴۰ و ابن ماجه در سنن اش ۱/۶۵۸ روایت کرده اند

^(۲) نیل الاوطار ۶/۲۳۵

^(۳) بدائع الصنائع ۳/۹۹ القوانین الفقهیه ۱۵۱ مغنی المحتاج ۳/۲۸۷ و المغنی ۷/۲۸۸

^(۴) الفقه الاسلامی و ادلته ۷/۳۵۳

^(۵) رساله دکتورا زیرا عنوان التلیف فی الفتوی و اثره علی قوانین الاحوال الشخصیه دراسه فقهیه مقارنه " از دکتور/ عبدالرؤف محمد اسلم " هروی "

قول دوم از امام احمد بن حنبل در يك روايت كه در مذهبش قول راجح است و امام طحاوی و امام كرخي از فقهای احناف، امام المزني از شاگردان امام شافعی و امام ابن حزم ظاهري و عمر بن عبد العزيز از تابعين و عثمان بن عفان از صحابه به اين باور اند كه طلاق سكران واقع نمی شود^(۱).

اين فقهاء به حديث پیامبر خدا صلی الله علیه و سلم استدلال می کنند " كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب علی عقله"^۲

وجه استدلال از اين حديث چنین است كسیكه دارای عقل نباشد و يا بر عقلش حاكم و مسلط نباشد تصرفاتش صحيح نیست چون كاری كه می كند در واقع نمی داند و درك نمی كند و اراده ندارد پس نباید به آن مواخذه شود در اين صورت تكليف بما لا يطاق است و تكليف بما لا يطاق صحيح نیست.

دوم حديث مشهوريكه حضرت عمر بن الخطاب رضی الله عنه روايت کرده است " انما الاعمال بالنيات"^(۳) از اين حديث طوری معلوم میشود كه اعمال انسان به نيت و قصدش ارتباط دارد و شخص سكران يا مست باشد بر عقلش حاكم نیست و هر آنچه كه از چنین اشخاص سر بزند لغو می باشد؛ پس از آنجائيكه شخص سكران دارای اراده نیست، پس به شخص مكره شباهت دارد بنابراین طلاق او واقع نمی شود و قابل اعتبار نیست.

سوم اثری است كه از خليفه سوم مسلمانان حضرت عثمان بن عفان رضی الله عنه روايت شده است كه ایشان فرمودند: "ليس لمجنون ولا لسكران طلاق"^(۴). يعنی طلاق مجنون و سكران واقع نمی شود.

^(۱) بدائع الصنائع ۹۹/۳ القوانين الفقيهيه ۱۵۱ مغنی المحتاج ۲۸۷/۳ المهذب ۲/ ۷۷/ كشاف القناع از امام البهوتي ۲۳۴/۵ و المغنی ۲۸۸/۷ و المحلي ۲۱۱/۱۰

^(۲) متفق عليه

^(۳) متفق عليه صحيح البخاری ۱۱۲۵/۳ او صحيح مسلم ۱۵۶۸/۳

^(۴) رواه البخاری معلقاً. انظر: صحيح البخاری كتاب الطلاق باب الطلاق في الاغلاق ۲۰۱۸/۵ وصله ابن أبي شيبة في مصنفه ما قالوا في طلاق المجنون ۷۱/۴ برقم: ۱۷۹۰۸

چهارم اثری است که از عمل خلیفه راشد پنجم مسلمانان حکایت می کند طوری که امام بیهقی از امام زهری روایت کرده است که: «أتی عمر بن عبد العزیز برجل سکران فقال إنی طلقت امرأتی وأنا سکران فکان رأی عمر أن یجلده وأن یفرق بینهما فحدّثه أبان بن عثمان أن عثمان رضی الله عنه قال لیس للمجنون ولا للسکران طلاق» فقال عمر کیف تأمرنی وهذا یحدثنی عن عثمان رضی الله عنه فجلده ورد إليه امرأته^(۱).

یعنی: حضرت عمر بن عبد العزیز شخص سکران آورد و این مرد گفت که من زوجه ام را طلاق دادم و من مست و یا سکران استم، عمر به این فکر شد که به اساس اقرارش او را تازیانه بزند و بین او و زنش جدائی باندازد؛ زیرا او زنش را خود طلاق داده است ابان فرزند عثمان بن عفان برایش گفت که پدرش عثمان گفته است که طلاق مجنون و سکران واقع نمی شود عمر بن عبد العزیز گفت چگونه تو مرا امر می کنی در حالیکه ابان از حضرت عثمان سخن می گوید او را حد شرب خمر زد و زنش را به او برگشتاند.

بدون شک اصل در طلاق این است که از شخص عاقل و بالغ صادر شود یعنی اهلیت طلاق دادن را داشته باشد شخصیکه منفعت و ضرر خود را دانسته میان مصلحت و مضرت مقائسه و موازنه نماید و بعد از موازنه و دقت، کاری را انجام دهد که منفعت او را تامین کند و در عین حال اسلام نخواسته است که طلاق را به عنوان یک بازیچه قرار دهد بلکه در مسائل خانوادگی اسلام از احتیاط کار گرفته است و عرصه این امور را کاملاً خارج از بازی بازیگران قرار داده است به همین علت طلاق شخص هازل هم واقع میشود.

قول راجح در مساله طلاق سکران

با مقائسه بین دو قول در فقه اسلامی در می یابیم که نظر امام احمد بن حنبل در یک روایت و دیگر فقهای که با وی در این مساله همنظر می باشند راجح تر است، آنها هم بنا بر ادله قوی تر

(۱) السنن الکبری للبیهقی باب من قال لا یجوز طلاق السکران ولا عتقه ۳۵۹/۷ برقم: ۱۴۸۹۰ وفتح الباری ۳۹۱/۹

ایشان ، قانون مدنی افغانستان نیز این قول را ترجیح داده و لازم الاجرا پنداشته است ماده (۱۳۸)
 قانون مدنی چنین مشعر است: " طلاق به حالت سکر واقع نمی شود "
 همچنین این قول را قانونگذاران مصری و سوری و غیره کشور های عربی ترجیح داده اند ،
 قانون شماره ۱۰۰ احوال شخصی مصر که در سال ۱۹۸۵ به تصویب رسید چنین صراحت دارد:
 " لا يقع طلاق السكران"^(۱) یعنی طلاق در حالت سکر واقع نمی شود.
 قانون مدنی سوریه نیز طلاق سکران را رد کرده است ماده ۸۹ قانون مدنی سوریه چنین
 صراحت دارد " طلاق سکران مدهوش و مکره واقع نمی شود"^(۲)

ب : طلاق هازل یا در حالت شوخی

از دیدگاه شریعت اسلام اگر کسی با مزاح و شوخی الفاظ صریح طلاق را بکار بگیرد
 طلاق واقع می شود؛ زیرا سه چیز است که جدی و شوخی بودن اش جدی گرفته می شود و
 این سه چیز در شریعت اسلام عبارت اند از نکاح ، طلاق و رجعت دادن، طوریکه حضرت
 پیامبر خدا صلی الله علیه وسلم فرموده است " ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النکاح و الطلاق و
 الرجعة"^(۳) و در جای دیگری یکی را عتاق یعنی آزاد کردن برده آمده است
 یعنی سه چیز است که جدی ان جدی است و هزل و شوخی ان نیز جدی پنداشته می شود و
 این سه چیز عبارت اند از نکاح طلاق و رجعت.
 تعریف هزل یا شوخی
 هزل یا شوخی و یاوه در لغت عکس جدی است یعنی و شوخی و بازی کردن به یک چیز
 را هزل می گویند^(۴).

(۱) الأحوال الشخصية ص ۲۹۱ وأحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص ۲۸۱

(۲) الفقه الاسلامي وادلته ۳۵۳۷

(۳) این حدیث را همه اصحاب سنن به جر از امام نسائی از ابو هریره روایت کرده اند امام ترمذی گفته است حدیث
 حسن غریب می باشد نیل الاوطار ۶/۲۳۴ و نصب الرایه در تخریج احادیث هدایه ۳/۲۲۳

(۴) مصباح المنیر ص ۳۷۹ والمغرب از مطرزی ص ۵۰۲ وتاج العروسم از حمد مرتضی الرییدی ۱۶۷/۸ المطبعة الخیریة
 بمصر ورد المختار ۳/۲۶۳.

و در اصطلاح عبارت است از به کار بردن کلماتی که نه معنی حقیقی و نه هم معنی مجازی آن مراد باشد، بلکه یک چیز دیگری را اراده داشته باشد که اراده او به اساس لفظ تصحیح شده نتواند. یا به عبارت دیگر منظور از شوخی این است که از یک لفظ چیزی اراده شود که برای آن در حقیقت یا مجاز وضع نشده باشد.^(۱)

باید گفت که کلام عقلاء به خاطر افاده معنی حقیقی یا مجازی وضع شده است و اگر شخص عاقلی بگوید که از این کلام چیزی هدف نداشتم نه معنی حقیقی و نه هم معنی مجازی آن، ادعای است که قابل سمع نیست^(۲). به طور مثال زنی در حالت ناز به شوهرش بگوید که مرا طلاق بده! شوهر به شکل استهزاء آمیز یا هزل بگوید من تو را طلاق دادم در این حالت طلاق واقع می شود گر چه قصد هم نداشته باشد، زیرا کلمه طلاق از شخصی که اهلیت طلاق را دارد صادر شده و در محل خود که رابطه زوجیت وجود دارد واقع شده است و دیگر مانع هم وجود ندارد که از معنی کلام منصرف گردد، بنابر قاعده فقهی که می گوید "اعمال الکلام خیر من اهماله" باید قول این شخص معنی و مفهوم داشته باشد و به احکام خدا بازی نمی شود.

و این یک نظر فقهی است و برخی دیگر از فقهاء به این باور اند که این شخص چون قصد نداشته نباید طلاقش واقع شود بدلیل اینکه شرط وقوع طلاق داشتن نیت و قصد می باشد.

لذا فقهاء در این موضوع به دو دسته تقسیم شده اند بعضی ها قول هازل را جدی دانسته و برخی دیگر در جایش قرار دادند و بر اقوال هازل حکم مترتب نمی دانند.

أقوال فقهاء در مورد وقوع طلاق شخص هازل یا شوخی و یاوه:

هر گاه لفظ صریح طلاق از شخصیکه اهلیت طلاق دادن را داشته باشد صادر شود مگر آن بگوید که هدف من ایجاد التزام نبوده بلکه تنها می خواستم که با این الفاظ مزاح و شوخی نمایم و قرائن هم وجود دارد که دلالت بر آن می کند که وی در استعمال کلمه طلاق جدی

عَلَيْكَ



شروط وقوع طلاق



۴۱

^(۱) الوجیز فی اصول الفقه از دکتر عبد الکریم زیدان ترجمه فرزاد پارسا ص ۱۱۱ چاپ انتشارات سیرت.

^(۲) ورد المحتار ۲۶۳/۳ الوجیز فی اصول الفقه د/ عبدالکریم زیدان ۹۰

نیست در این مورد فقهای اسلام بردو قول اختلاف نظر دارند که آیا طلاق چنین شخصی قبول می شود یا خیر؟

نخست: وقوع طلاق هازل یا در حالت شوخی

جمهور فقهاء به این باور اند که طلاق هازل از نگاه دینی و قضائی واقع می شود و این قول امام ابو حنیفه و امام مالک و امام شافعی امام أحمد بن حنبل در یک روایت و بعضی از فقهای زیدیه و تعداد زیادی از صحابه همچون عمر بن الخطاب و علی بن ابی طالب و عبد الله بن مسعود و ابو درداء (رضی الله عنهم) می باشد^(۱).

دوم: عدم وقوع طلاق هازل

امام أحمد بن حنبل در یک روایت گفته است که طلاق هازل واقع نمی شود جز اینکه نیت داشته باشد و قرائن هم دلالت کند که قصد طلاق دادن را داشته است.^(۲)

سبب اختلاف فقهاء در این مساله

سبب اختلاف شان در این مسئله این است که آیا لفظ صریح طلاق نیاز به نیت دارد تا اینکه لفظ صریح طلاق بدون در نظر داشتن قصد و نیت شخص طلاق دهنده واقع می شود؟ کسانی که برای وقوع طلاق وجود قصد و نیت را لازمی نمی دانند طلاق هازل را می پذیرند که طلاق شخص هازل واقع می شود و کسانی که بر ضرورت نیت منحیث شرط تاکید می کنند انرا قابل قبول نمی دانند^(۳).

(۱) البحر الرائق ۲۷۳/۳ و بدائع الصنائع ۱۰۰/۳ و رد المحتار ۲۶۳/۳ و المهذب ۸۱/۲ و المجموع ۶۸/۱۷ و الوسیط ۳۸۶/۵ و الکافی لابن قدامه ۱۶۹/۲ و المغنی ۳۰۳/۷ و الخرشى علی مختصر خلیل ۳۲/۴ و البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار تألیف أحمد بن یحیی بن المرتضى المتوفى سنة ۸۴۰هـ ط. دار الكتاب الإسلامی بالقاهرة.

(۲) الإنصاف ۴۶۵/۸

(۳) بدائع الصنائع ۱۰۰/۳ و المهذب ۸۱/۲ و المغنی ۳۰۳/۷.

جمهور فقهاء بر اینکه طلاق هازل واقع می شود به ادله از قرآن کریم و سنت نبوی صلی الله علیه و سلم استدلال نمودند.

نخست قرآن کریم ، خداوند متعال فرموده است (وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَسْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا ^(۱) .

یعنی : چون طلاق دادید زنان را پس رسیدند به میعاد خود (انقضای عدت) پس نگه دارید ایشان را یا رها کنید ایشان به نیکوئی و نگه مدارید ایشان را برای ضرر رساندن تا ستم کنید و هر کی این کند پس هر آینه ستم کرد بر خود و مگیرید آیت های خدا را به تمسخر و استهزاء .
وجه استدلال : این آیت که در باره چگونگی طلاق آمده است در آخرش خداوند نهی کرده است که احکام خدا را به استهزاء و تمسخر نگیرند و همه احکام خدا جدی است اگر کسی در هزل و شوخی از آن استفاده کند احکام آن بر او لازم می شود ^(۲) .

دوم حدیث پیامبر اکرم صلی الله علیه و سلم است که در مورد آن صراحت کامل دارد و در جای که نص وجود داشته باشد اجتهاد صحت ندارد و مجالی برای اجتهاد نیست از حضرت ابو هریره رضی الله عنه روایت شده است که رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده است :
(ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ، النَّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ) ^(۳) .

نص حدیث دلالت می کند کسیکه یکی از امور ذیل را چه به طوری جدی باشد یا هزل و شوخی احکام آن لازم می گردد چه نیت داشته باشد یا نداشته باشد .

بر اساس این ادله جمهور فقهاء می گویند که مسائل نکاح طلاق و رجعت از مسائل نیست که هزل و شوخی را قبول کند ، زیرا این مسائل به حیات و زندگی انسان ارتباط دارد و جای به شوخی و بازی هم نیست. بازی و شوخی جای خاص خود را دارد و نباید میان مسائل بسیار

عَلَيْكُمْ



شروط وقوع طلاق



۴۳

(۱) الآية رقم ۲۳۱ من سورة البقرة

(۲) تفسیر القرطبی ۱۵۶۷ و تفسیر الشوکانی ۱۴۲/۱

(۳) سبق تخریجه فی ص ۳۴۰.

حساس غیر قابل شوخی و مسائل قابل شوخی خلط نمود و در امور نکاح و طلاق احتیاط شرط است، زیرا بنابر دو قاعده فقهی اصل در همه چیزها اباحت است مگر در نکاح و طلاق اصل حرام بودن است. "الاصل فی الاشیاء الاباحه" و الاصل فی الابضاع التحريم"

گروه دوم از فقهاء نیز به قرآن کریم و سنت نبوی استدلال کرده اند که طلاق هازل واقع نمی شود؛ زیرا قصد طلاق دادن را ندارد، خداوند متعال می فرماید: (وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)^(۱). یعنی اگر قصد کردند جدائی را پس به تحقیق که خداوند شنوا و دانا است. وجه استدلال از این آیت این است که این آیت بر اعتبار عزم و تصمیم که نمادی از قصد داشتن است تاکید کرده است و شخص هازل عزم ندارد پس کلام او لغو می باشد^(۲)

وحدیث مشهور به روایت حضرت عمر بن الخطاب است که پیغمبر خدا صلی الله علیه و سلم فرمودند: (إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى)^(۳)

پیامبر خدا در این حدیث اعتبار صحت و سقم اعمال را بر نیت داده اند و شخص هازل نیت نداشته پس طلاقش واقع نمی شود، زیرا در حقیقت او نخواسته که طلاق دهد.

رأی راجح در این مسأله

نظر راجح بر اساس قوت دلیل در این مسأله قول جمهور فقهاء است، زیرا هازل اگر چه حقیقت طلاق را نخواسته بود مگر بر خلاف آیات و احادیث رفتار کرده و حدیث صریح در مورد وجود دارد و این حدیث خاص، حدیث عام یا مطلق را تخصیص داده یا مقید ساخته است، زیرا در علم اصول فقه قاعده این است اگر حکم و سبب حکم مطلق و مقید یکی باشد مطلق بر مقید حمل می شود علاوه بر آن در ابضاع مانند مسائل طلاق نکاح و رجعت اصل تحریم است نه اباحت.

(۱) الآية رقم ۲۲۷ من سورة البقرة

(۲) نیل الأوطار ۲۱/۷

(۳) این حدیث قبلاً تخریح شده است.

موقف قوانین مدنی در مورد وقوع طلاق شخص هازل:

قوانین کشور های اسلامی روش های متفاوتی را بر گزیدند در این جا قوانین مدنی کشور های افغانستان و مصر را به بررسی می گیریم: قانون احوال شخصی مصر به مذهب امام أحمد بن حنبل عمل کرده و به این باور است که طلاق هازل واقع نمی شود، زیرا قصد در هزل یا شوخی و یاوه وجود ندارد^(۱) پس قول هازل که به طور شوخی و یاوه گفته است تاثیری بر رابطه زوجیت ندارد، ولی قانون مدنی افغانستان هر چند که برگرفته از قانون مدنی مصری است در زمینه ابراز نظر نکرده و از شیوه تدوین قانون فهمیده می شود که به رأی جمهور فقهاء تمسک جسته و بر وقوع طلاق هازل موافقت دارد در غیر ان در امریکه استثناء قرار داده بود این را هم باید ذکر می کرد. چون در ماده (۱۴۱) قانون مدنی افغانستان در این مورد چنین صراحت دارد: "طلاق اشخاص ذیل اعتبار ندارد:

مجنون مگر در صورتی که طلاق را قبل از جنون به شرطی معلق ساخته و شرط در حال جنون موجود شود.

معتوه

مکره

نائم

شخصی که عقل اش به علت زیادت سن و یا مرض مختل گردیده باشد.
شخص مدهوش که قوه ممیزه اش را به علت غضب یا عوامل دیگری از دست داده و قولش را درک نکند".

می توان گفت که طلاق هازل از این جمله نیست قانون مدنی افغانستان فقط شش مورد را استثناء قرار داده است که طلاق هازل از ان جمله نیست، پس طلاق هازل واقع می شود.



(۱) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ص ۲۸۱

ج: طلاق مکره

طلاق یک نوع عقدی که با اراده واحد یا یک طرفه زوج صورت می گیرد و مانند سایر معاملات باید مبتنی بر اختیار و رضایت باشد، اگر کسیکه طلاق به دست او است و بر طلاق دادن مجبور ساخته شود و به این کار راضی نباشد یا آنرا نخواستہ باشد آیا طلاقش واقع می شود یا خیر؟

در این مورد فقهاء در گذشته و در حال حاضر اختلاف نظر دارند، قبل از این که به مذاهب فقهاء پردازیم لازم است که اکراه را تعریف کنیم که اکراه چیست و در چه حالاتی گفته می شود.

اکراه در لغت

اکراه در لغت عبارت از اجبار کردن شخصی بر انجام دادن یک چیز یا عدم انجام دادن آن است و یا انجام دادن کاری که به آن رضایت نداشته باشد، و اکراه عکس اختیار است.^(۱)

اکراه در اصطلاح:

عبارت از فشار وارد کردن نا مشروعی است؛ جهت گرفتن رضایت بالای زوج تا خانمش را طلاق دهد.

قانون مدنی اکراه را در ماده (۵۵۱) چنین تعریف نموده است " اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص بدون حق، به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد خواه اکراه مادی یا معنوی باشد "

علامه جرجانی می گوید: اکراه عبارت از واداشتن غیر با وعید کسیکه بر تنفیذ وعیدش قادر باشد بر کاری که دوست ندارد که بر اساس ترسی که بر او وارد شده است آن کاری را بدون رضایت انجام دهد تا اینکه از آنچه مضر تر و خطرناکتر است در امان بماند.^(۲)

(۱) المصباح المنیر ص ۲۱۶ المغرب ، از مطرزی ص ۴۰۶

(۲) والتعریفات ص ۱۰

اکراه به صورت عموم به دو قسم است اکراه مادی و اکراه معنوی:

(۱) اکراه مادی

اکراه مادی عبارت از آن نوع فشار نا مشروعی است که جهت گرفتن رضائیت عملا یا مادتا بالای جسم، حیثیت وقار و آبروی یکی از طرفین ازدواج وارد می شود که در اثر آن شخص مکره رضائیت خویش را در مورد طلاق تبارز می دهد. به طور مثلا شخص را طوری تعذیب می کند که شخص مکره برای نجات خودش به طلاق دادن حاضر می گردد.

(۲) اکراه معنوی

اکراه معنوی عبارت از آن نوع فشار نا مشروع می باشد که بر خلاف اکراه مادی فشار هنوز مادتا و عملا بالای شخص مکره صورت نگرفته، بلکه به شکل تهدید آمیز تبارز می نماید، به طور مثال زوج را تهدید می کند اگر به طلاق دادن حاضر نشود حتما به جان، مال حیثیت و وقار او صدمه بزرگی را وارد خواهد ساخت.

فقههای احناف اکراه را به دونوع تقسیم کرده اند: اکراه ملجیء که انرا اکراه کامل یا اکراه تام می نامند که در آن تلف نفس و یا تلف عضو انسان مورد تهدید قرار داشته باشد یا تهدید به تلف ساختن تمام مال یا قتل ان کسیکه انسان ازاین کار در هراس باشد.

اکراه غیر ملجیء عبارت از اکراه است که در ان فوت نفس یا عضو آن مطرح نباشد مانند حبس انسان یا شکنجه او که اختیار انسان را فاسد نمی سازد.^(۱)

قانون مدنی افغانستان در ماده (۵۵۳) اکراه تام را تعریف چنین تعریف کرده است: "اکراه تام عبارت است از تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی تهدید به خطر غیر فاحش اکراه ناقص گفته می شود".

قانون مدنی افغانستان در ماده (۵۵۲) به دو نوع تام و ناقص تقسیم کده است اما کدام نواع اکراه است که محل اعبار است؟ قانون مدنی افغانستان در ماده (۵۵۷) اکراهیکه رضاء را از بین

^(۱) الوجیز فی اصول الفقه ۱۰۴-۱۰۶

می برد وقتی اعتبار دارد که شخص تهدید کننده به اجرای عمل تهدید قادر بوده و شخص تهدید شده وقوع اکراه را در عدم اجرای موضوع تهدید به گمان غالب حتمی پندارد"

تحریر محل نزاع

اکراه به اعتبار به حق بودن یا عدم آن به دو نوع تقسیم می شود اکراه یا به حق است یا نا حق ، اگر اکراه به حق باشد مثلاً حاکم مولی را بر طلاق دادن مجبور می سازد که باید چنین عقدی فسخ شود ، یا مجبور ساختن دو مرد که دو ولی یک زن را برای شان به نکاح دادند و معلوم نباشد که کدام یک اول نکاح کرده اند پس در این دو حالت به اتفاق آراء طلاق با اکراه واقع می شود و آنرا اکراه بحق می گویند.

اگر اکراه بر طلاق دادن به ناحق باشد یا بدون سبب شرعی باشد فقهاء بر دو قول اختلاف نظر دارند آیا در چنین حالتی طلاق واقع می شود یا واقع نمی شود؟

قول اول: وقوع طلاق مکره

امام ابوحنفیه و یارانش وبعضی از صحابه کرام و تابعین به این باور اند که طلاق مکره واقع می شود.^(۱)

قول دوم: عدم وقوع طلاق مکره

فقهای مالکیه، شافعیه، حنابله، اهل تشیع اثنی عشریه ظاهریه، و تعداد زیادی از صحابه و تابعین به این عقیده اند که طلاق مکره واقع نمی شود^(۲).

هر یکی از این دو مذهب بر اقوال خویش از قرآن و سنت و معقول استدلال کرده اند احناف و کسانی که با ایشان هستند با ادله نقلی و عقلی ذیل استدلال می نمایند:

(۱) الهدایة ۲/ ۳۴۷، المبسوط ۴۰/۲۴ بدائع الصنائع ۱۸۲/۷

(۲) بدایة المجتهد ۶۱/۲ والمدونه ۲۹/۵ والمهذب ۷۸/۲ والحاوی الکبیر ۲۲۸/۱۰ وکشاف القناع ۲۳۷/۵ والمغنی ۲۹۱/۷ والمحلی ۲۰۲/۱۰

دلیل اول: حدیث است که حضرت ابو هریره رضی الله عنه از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت کرده که ایشان فرمودند: (كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ) ^(۱) یعنی: هر طلاق جائز و روا است مگر طلاق شخص معتوه که بر عقلش تسلط یا کنترل نداشته باشد. از این حدیث شریف چنین بر می آید که لفظ "کل" از الفاظ عموم می باشد و طلاق مکره هم در ضمن آن شامل است پس طلاق مکره واقع می شود.

از سوی دیگر جمهور فقهاء این حدیث را قبول ندارند، به دلیل اینکه این حدیث ضعیف است و قابل استدلال نمی باشد طوری که امام ترمذی بر آن تاکید کرده است و امام ابن حزم ظاهری آنرا یک حدیث دروغ و موضوعی توصیف کرده و شدیداً ضعیف پنداشته است ^(۲) اگر فرض کنیم که این حدیث صحیح است این حدیث عام است و به حدیث: "إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنَّسِيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ" ^(۳) یعنی خداوند متعال تکلیف را از سه حالت بر داشته است یکی خطا یا اشتباه دوم نسیان یا فراموشی سوم آنچه در حالت اکراه صورت گیرد. خاص گردانیده شده است، پس استدلال به این حدیث که طلاق مکره واقع می شود درست نیست.

لفظ (وما استکرهاوا علیه) به طور واضح دلالت بر این می کند که مکره بر کاری که انجام داده است یا قولی که گفته است مواخذه نمی شود بنابراین این طلاق او واقع نمی شود. دلیل دوم: فقهاء احناف به حدیث صفوان بن عمران الطائی ^(۴) استدلال کرده اند که (أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فأخذت شفرةً وجلست على صدره ثم حرکتة وقالت: لتطلقني

(۱) این حدیث قبلاً تخریج شده است

(۲) سنن الترمذی ۳۳۱/۲ والمجلی لابن حزم ۲۰۴/۱۰

(۳) این حدیث را ابن ماجه در سنن اش کتاب الطلاق باب طلاق المکره والناسی ۶۵۹/۱ شماره ۲۰۴۳ و دارقطنی سنن اش کتاب النذور ۱۷۰/۴ شماره ۳۳. روایت کردند و گفته اند که حدیث حسن می باشد در این مورد به کتاب خیص الحبیر از امام ابن حجر عسقلانی دیده شود. ۲۸۱/۱

(۴) صفوان بن عمران الطائی از بعضی صحابه احادیثی را روایت کرده است. ابو حاتم گفته است که او راوی قوی نیست و امام بخاری او را منکر الحدیث توصیف کرده که احادیث و مرویات او قابل قبول نیست: دیده شود به کتب الجرح والتعديل ۴۲۲/۴ و میزان الاعتدال ۳۱۶/۲

ثلاثاً وإلا ذبحتك فاشدها الله، فأبت فطلقها ثلاثاً، ثم جاء الرجل إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فسأله عن ذلك فقال: "لا قيلولة في الطلاق"^(۱) یعنی: زنی که شوهرش را بد می دید او را در حالت خواب یافت یک کارد تیزی را پیدا کرده و بر روی سینه اش نشست و آن کارد تیز را تکان داده و او را تهدید کرد اگر مرا سه طلاق ندهی تو را ذبح خواهم کرد آن مرد که ترسیده بود از وی خواست که این کار را نکند اما زن بر قصدش اصرار ورزیده تا اینکه شوهرش او را سه طلاق داد سپس آن مرد نزد رسول خدا صلی الله علیه و سلم آمد و از ایشان پرسید رسول الله صلی الله علیه و سلم در پاسخ فرمودند: "فسخ یا رجوع در طلاق نیست"

جمهور فقهاء این حدیث را نیز قبول ندارند امام ابن حزم ظاهری می گوید که این خبر در نهایت سقوط قرار دارد؛ زیرا راوی آن صفوان بن عمران الطائی است و او شخص منکر الحدیث می باشد پس استدلال به این حدیث درست نیست.^(۲) وهیج حکمی بر اساس ان ثابت نمی شود.

دلیل سوم: فقهای مذهب اول بر قول خویش به دلیل عقلی نیز استدلال کرده اند که شخص مکره دو شر یا دو ضرر را دانسته که یکی هلاکت است که توسط مکره (اکراه کننده) به آن تهدید شده دوم طلاق دادن است، شخص مکره (اکراه شونده) بر اساس عقل و اختیار خودش اخف الضررین یا اهون الشرین را به اراده خودش انتخاب کرده است و انتخاب یکی از دو راه حل، نمادی از قصد و اراده است مگر رضائیت نداشته است و عدم رضائیت باعث این نمی شود که بگوئیم طلاقش واقع نمی شود^(۳).

(۱) این حدیث را سعید بن منصور در سننش ۳۱۴/۱ روایت کرده و گفته است که او ضعیف است. دیده شود به

کتاب البدر المنیر ۱۱۸/۸

(۲) الجرح والتعديل ۴۲۲/۴ میزان الاعتدال ۳۱۶/۲

(۳) الهدایة ۱/۲۳۰ و أحكام الأحوال الشخصية ص ۲۸۰

فقه‌های مذهب دوم نیز بر صحت قول خویش از ادله نقلی و عقلی استدلال کرده اند، ایشان نخست به قرآن کریم استدلال نمودند که خداوند متعال می فرماید: (إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ)^(۱) یعنی: مگر کسی که مورد اکراه قرار گیرد و قلبش به ایمان مطمئن باشد. وجه استدلال اگر اکراه در ایمان تاثیر گذار نبوده که اصل است پس در طلاق هم تاثیر ندارد که فرع است بنابر این نباید در نکاح هم تاثیر داشته باشد و طلاق واقع شود^(۲). دوم: صاحبان این قول به حدیث پیغمبر خدا صلی الله علیه و سلم استدلال کردند که ایشان فرمودند: "لَا طَلَّاقَ وَلَا عَتَاقَ فِي إِغْلَاقٍ"^(۳) یعنی طلاق و آزاد ساختن بردگان در حالت اکراه درست نیست

مراد از اغلاق، نظر بر قول مشهور اکراه است زیرا مکره تمام دروازه ها برویش بند می شود و وقتیکه اختیاری نداشته باشد طلاقش نیز واقع نمی شود بنابر نص حدیث فوق الذکر.

همچنین حدیث مشهور حضرت پیغمبر خدا صلی الله علیه و سلم که حضرت عمر بن الخطاب رضی الله عنه روایت کرده است نیز بر آن دلالت می کند: (إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى)

وجه استدلال از این حدیث این است هر عمیکه در آن نیت نباشد ان عمل باطل پنداشته می شود و طلاق مکره یک عملی است که بدون قصد و نیت انجام شده است، پس چنین کاری باطل است و از اعتبار ساقط می باشد.^(۴)

عَلَيْكَ



شروط وقوع طلاق



۵۱

(۱) الآية رقم ۱۰۷ من سورة النحل

(۲) الحاوی الکبیر از امام ماوردی ۴۴۹/۱۳ و بدایة المجتهد ونهایة المقتصد ۲ از امام ابن رشد ۶۱/

(۳) این حدیث را امام أحمد بن حنبل در مسندش ۲۷۶/۶ با شماره : ۲۶۴۰۳ و امام ابو داود در سننش کتاب الطلاق باب فی الطلاق علی غلط ۲۵۸/۲ شماره حدیث ۲۱۹۳ و امام ابن ماجه در سننش کتاب الطلاق باب طَلَّاقِ الْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي ۱/۶۶۰ شماره: ۲۰۴۶ روایت کرده اند حاکم گفته است: این حدیث با شروط امام مسلم صحیح است دیده شود به کتاب خلاصة البدر المنیر ۲/۲۲۰

(۴) المحلی ۱۰/۲۰۵.

سوم دلیل عقلی است که جمهور فقهاء بر آن استدلال می کنند که طلاق مکره واقع نمی شود ایشان طلاق را به ایمان قیاس می کنند و تکیه ایمان انسان بر اثر تهدید یا اکراه که کلمه کفر را تلفظ کند زائل نشود پس طلاقش نیز به طریق اولی واقع نمی شود و وجه تشابه میان هر دو امر این است که هر دو قولی را می گویند که به آن اراده نکرده اند و قصد قلبی ندارند و قول بلا اراده درست نیست و از اعتبار ساقط می شود^(۱).

علامه سید سابق در کتاب فقه السنه در این مورد نوشته است که شخص مکره هیچ نوع اراده و اختیاری از خود ندارد، اراده و اختیار اساس تکلیف را تشکیل می دهد اگر مکره غیر مکلف باشد تمام تصرفات او از اعتبار ساقط است حتی کسیکه با اکراه کلمه کفر را نطق کند نه در ظاهر و نه هم در پیشگاه خدا کافر پنداشته می شود^(۲).

با مقایسه بین دو نظر به اساس ادله که ذکر کردند درمی یابیم که قول جمهور فقهاء در در مساله راجح است، آنهم بنابر قوت ادله ایشان و ارائه جواب بر ادله مخالفین بنابر ارجحیت این قول، قانون احوال شخصی مصری در سال ۱۹۲۹ م از آن گرفته و قانون مدنی افغانستان در سال ۱۳۵۵ نیز آنرا اقتباس کرده است ماده (۱۴۱) قانون مدنی افغانستان در این مور چنین صراحت دارد: " که طلاق شخص مکره اعتبار ندارد. همچنین قانون مدنی سوریه در ماده (۸۹) چنین صراحت دارد " طلاق سکران ، مدهوش و مکره واقع نمی شود " ^(۳).

د: طلاق در حالت غضب و حالات مشابه او مانند مدهوش بودن

غضب: یک حالت انفعالی است که انسان را از هوش و فکرش دور می سازد و آنچه که می گوید معنی و مفهوم درست آنرا نمی داند^(۴).

(۱) المهذب از امام ابو اسحاق شیرازی شافعی ۱۹/۲.

^۲ فقه السنه ۲/ ۲۱۲

^۳ الفقه الاسلامی و ادلته ۳۵۳۷

(۴) إغائنه اللهفان از امام ابن القيم الجوزیه ۶۷/۱ چاپ المكتب الإسلامی - بیروت، در سال ۱۴۰۶ تحقیق: محمد عقیفی.

وأحكام الأسرة في الإسلام للدكتور/ أحمد فراج حسين ص ۴۹

قهر و غضب دارای درجات متفاوت است فقهاء در حالت غضب زوال عقل را شرط نمی دانند چون زوال عقل حالت دیوانگی است و در حالت دیوانگی به توافق اراء طلاق واقع نمی گردد.^(۱)

فقهاء در این مسأله نیز بر دو قول اند :

جمهور فقهاء، ائمه مذاهب چهار گانه اهل سنت و جماعت به این باور اند که طلاق شخص در حالت غضب یا هر کسیکه به حالت او قرار داشته باشد مانند مدهوش واقع می شود^(۲).

قول دوم : عدم وقوع طلاق در حالت غضب و کسیکه مانند او باشد

این قول از یک تعداد از محققین و بعضی از علمای معاصر است از جمله امام ابن عابدین از احناف و ابن قیم الجوزیه از حنبلی ها و امام ابو زهره از علمای معاصر مصر و غیره روشنفکران^(۳)

امام ابو زهره می گوید : فقهاء فیصله کرده اند که طلاق در این حالت در قضاء واقع می شود، اما اگر موضوع به قضاء نرسید شخص می تواند با خانمش زندگی زن و شوهری نماید، زیرا اعتبار به نیت است و او نیت طلاق دادن را نداشته است چون قصد باید در طلاق مد نظر گرفته شود بنابر احادیثی که قبلاً یاد آور شدیم طلاق برای رفع نیازمندی و برای راه حل یک مشکل مشروع گردانیده شده است پس باید قصد صحیح را اعتبار داد در غیر آن طلاق واقع نمی شود^(۴).

صاحبان قول اول استدلال نمودند که طلاق شخص در حالت غضب و کسیکه در حالت او باشد واقع می شود زیرا او در حالتی قرار ندارد که عقلش کار نکند و آنچه از وی صادر شود،



(۱) همان

(۲) رد المحتار ۲۴۲/۳ والبنایه شرح الهدایه ۲۹۰/۴ وحاشیه الدسوقی ۳۶۶/۲ وبلغه السالک ۳۵۱/۲ وإعانة الطالبین ۵/۴ دار الفکر - بیروت. وحاشیه الجمل علی شرح المنهج ۳۲۴/۵ دار الفکر - بیروت.

(۳) رد المحتار ۲۴۲/۳ وإیغاثه اللهفان فی طلاق الغضبان ۶۷/ والأحوال الشخصیه ص ۲۹۱ الفقه الاسلامی و ادلته ۳۵۱/۷ - ۳۵۲.

(۴) الأحوال الشخصیه ص ۲۹۱

نداند بلکه آنچه می گوید خوب می داند و لفظ طلاق هر وقت از اهلش صادر شود باید نافذ باشد شاید ادعا کند که نمی دانسته و بدروغ حلال خدا را حرام و حرام خدا را حلال کند و حقوق را ضایع نماید و نمی شود که احکام شریعت اسلام را بر اساس ظنی بنا نمود و آنچه گفته است که در قلبش قصد نداشته یک امر باطنی است و احکام شریعت بر ظاهر بنا می شود نه بر باطن^(۱).

صاحبان قول دوم به آیات و احادیثی استدلال کردند ولی دور از مدعی است خداوند متعال می فرماید: (وَإِمَّا يَنْزَغَنَّكَ مِنَ الشَّيْطَانِ نِزْعٌ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ إِنَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)^(۲) یعنی اگر باز دارد تو را وسوسه باز دارنده از جانب شیطان آمده پس پناه طلب کن از جانب خدا به تحقیق که او شنوا و دانا است.

و به این حدیث نیز استدلال کردند که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است (إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسِيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ)^(۳)

رای راجح در این مسأله

ارائه رای راجح در مسأله طلاق در حالت غضب و کسبیکه در حالت او قرار دارد کار آسان نیست، چون طرفین دارای ادله قوی نیستند اما آنچه که فقهای معاصر به آن تمایل دارند اعمال شرط قصد داشتن است، پس قصد و اراده را در حالات وقوع طلاق اعتبار بیشتری داده، و آنرا قیاس بر عدم وقوع طلاق سکران نموده اند و قانون احوال شخصی مصر بر آن تاکید کرده است و محکمه عالی مصر نیز بر آن حکم نموده است اگر حالت غضب به درجه برسد که او شخص آنچه می گوید نداند و به حالتی برسد که هذیان بگوید اضطراب در اقوالش نمایان باشد

(۱) البحر الرائق ۲۷۸/۳ ورد المختار لابن عابدین ۲۴۴/۳ وأحكام الأسرة في الإسلام د/ أحمد فراج حسين ص ۴۹

والأحوال الشخصية ص ۲۹۱

(۲) الأعراف الآية ۲۰۰.

(۳) این حدیث را امام ابن ماجه در سننش از ابو ذر الغفاری در شماره ۲۰۳۳ در باب طلاق المکره والناسی روایت کرده است و در روایت دیگر به این متن آمده است: "إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسِيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ"

که او نمی تواند تصمیم بگیرد پس بخاطر حمایت خانواده از فروپاشی ناگهانی توسط کسیکه اهلیت تصمیم گیری را ندارد و دارای آثار سخت و دشوار در آینده زندگی زن و شوهر از یک طرف و فرزندان از طرف دیگر می باشد طلاق وی نافذ نیست و واقع نمی شود، زیرا باید به طلاق وقتی اعتبار داده شود که واقعا شخص آنچه می گوید بداند^(۱).

قانون مدنی افغانستان حالت مدهوش بودن را در جز ششم ماده (۱۴۱) یکی از حالات قرار داده است که طلاق واقع نمی شود. در این ماده تصریح شده است که طلاق " شخص مدهوش که قوه ممیزه اش را به علت غضب یا عوامل دیگری از دست داده و قولش را درک نکند" دارای اعتبار نیست.

همچنین قانون مدنی سوریه در ماده (۸۹) چنین صراحت دارد " طلاق سکران، مدهوش و مکره واقع نمی شود"^(۲)

شرط چهارم وقوع طلاق: ایقاع طلاق طبق سنت.

فقهاء طلاق را به اعتبار صفت به دو نوع تقسیم کرده اند یکی طلاق سنی و دیگری طلاق بدعی ، طلاق سنی به آن نوع طلاقی گفته می شود که شارع برای طلاق دادن رخصت داده باشد، طوریکه در سوره طلاق خداوند جل جلاله می فرماید: " یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"^(۳)

حضرت ابن عباس و ابن مسعود در تفسیر این آیت گفته اند: "طاهرات من غیر جماع" شما زنان خود را در حالتی طلاق دهید که پاک باشند و بدون اینکه در طهر با ایشان جماع صورت گرفته باشد^(۴)



(۱) أحكام الأحوال الشخصية فی الشریعة الإسلامیة والقانون ص ۲۸۰

(۲) الفقه الاسلامی وادلته ۳۵۳۷

(۳) آیت ۶۵ سوره الطلاق.

(۴) الفقه الاسلامی وادلته ۴۰۷/۷

و حدیث ابن عمر وقتیکه خانم اش را در حالت حیض طلاق داده بود، حضرت پیامبر خدا صلی الله علیه و سلم از این امر خبر شده و حضرت عمر را دستور دادند، تا فرزندش را امر کند که به خانمش مراجعه کند تا با او زندگی کند تا زمانی که از حیض پاک شود و بعد از آن اگر خواست او را در حالت طهر طلاق دهد قبل از اینکه با او مقاربت جنسی نماید.^(۱)

حضرت امام ابو حنیفه و یارانش امام ابو یوسف، امام محمد بن الحسن شیبانی و امام زفر بن هذیل طلاق را به سه نوع تقسیم نموده اند:

۱- طلاق احسن یا طلاق برتر

طلاق احسن عبارت از طلاقی است که مرد خانمش را در یک طهر که با او مقاربت نکرده باشد یک بار طلاق دهد و او را ترک کند تا زمانیکه عدتش تمام شود، زیرا صحابه این چنین عمل می کردند و این چنین طلاق دادن پشیمانی را بار نمی آورد و ضرر آن نسبت به زن کمتر است و زوج می تواند در خلال عدت بدون عقد یا مهر جدید دوباره به زوجه خویش رجوع کند.

۲- طلاق حسن عبارت از طلاق است که طلاق دهنده خانمش را در زمان طهر یا پاکی از مریضی ماهوار سه بار در سه طهر طلاق دهد در هر طهر یک طلاق مشروط بر اینکه مقاربت جنسی میان زوجین بعد از طهر صورت نگیرد.

طلاق بدعی عبارت از طلاقی است که شارع آنرا منع کرده است و مخالف با سنت پیامبر صلی الله علیه و سلم می باشد که شامل حالات ذیل اند:

۱- طلاقی که شخصی همسر خود را به یک بار سه طلاق یا دو طلاق بیک

کلمه دهد.

۲- طلاقی که شخصی همسرش را در یک طهر سه طلاق به صورت متفرق

طلاق دهد.

^(۱) مرجع سابق

۳- طلاقى كه شخصى همسر خود را در حالت مريضى ماهوار (حيض) طلاق

دهد.

۴- طلاقى كه شخصى همسرش را در طهرى كه در آن نزديكى صورت گرفته

باشد طلاق دهد^(۱).

فقهائى احناف مى گويند كه در حالات فوق الذكر طلاق مكروه است و طلاق دهنده به آن شكل گناه كار محسوب مى شود، زيرا اصل در طلاق ممنوع است، جز در حالت ضرورت نبايد به آن روى آورد، طلاق، ازدواج را كه در آن منافع دنيوى و اخروى نهفته است ويران مى سازد و در صورت نياز مى تواند طورى كه در شرع شريف آمده از اين حق استفاده كند و اما زيادت در استفاده از اين حق نارسواست و به همين خاطر طلاق بدعى گفته مى شود يعنى بدعت است و مخالف با سنت و روش پسنديده پيامبر و يارانش.

جاي دارد كه حكم سه بار طلاق را با يك كلمه در مذاهب فقهى و نظام حقوقى افغانستان بيان نمايم زيرا يكي از انواع طلاق بدعى است كه در مردم به روبرو هستند و در زندگى روزمره مردم رخ مى دهد.

تمام فقهائى اسلام توافق نظر دارند كه طلاق قطعى زن را بر شوهرش حرام مى گرداند و ان طلاق است كه زوج زوجه اش را سه بار در سه طهر به طور متفرق طلاق دهد و عدتش نيز بدون رجوع زوج پايان يابد ايقاع طلاق به اين شكل موافق سنت است و با طبيعت مشروعيت طلاق به منظور رفع ضرر يا تحقق مصلحت سازگار است.

تحرير محل نزاع

فقهائى توافق نظر دارند كه زوج بر زوجه اش حق ايقاع سه طلاق را بر اساس فرموده خداوند متعال " (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ) ^(۲) دارد.

^(۱) الهداية شرح بداية المبتدى ۳۴۳/۲

^(۲) الآية رقم ۲۲۹ من سورة البقرة.



همچنین ایشان توافق نظر دارند کسیکه خانمش را به طور متفرق سه بار در سه طهر با الفاظ مستقل طلاق دهد و عدت خود را سپری کند خانمش طلاق میشود و تا زمانیکه ان زن با مرد دیگری ازدواج صحیح نکند و آن مرد با اراده و دلخواه خودش زنش را طبق سنت طلاق ندهد آن مرد نمی تواند که زن سابق خود را به عقد نکاح در آورد^(۱) آیا مرد حق دارد که زنش را بیک کلمه سه طلاق دهد مثلا بگوید تو سه طلاق هستی یا با انگشتانش اشاره کند که تو سه طلاق استی در این صورت چند طلاق واقع می شود ایا سه طلاق واقع می شود یا یک طلاق یا اصلا هیچ طلاق واقع نمی شود؟

فقهاء در این زمینه به سه گروه تقسیم شده اند

جمهور فقهاء ائمه مذاهب چهار گانه اهل سنت و جماعت و تعداد زیادی از صحابه کرام و تابعین و فقهاء مشهور شهرها مانند امام اوزاعی و غیره به این باور اند که هر گاه طلاق به هر شکلی که گفته شود به همان اندازه واقع میشود^(۲).

طلاق در این صورت باین کبری واقع می شود و تا زمانیکه ان زن با مرد دیگری ازدواج صحیح نکند و آن مرد با اراده و دلخواه خودش زنش را طبق سنت طلاق ندهد آن مرد نمی تواند که زن سابق خود را به عقد نکاح در آورد آنها بنا بر فرموده خداوند متعال (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ^(۳) . پس اگر طلاق داد بار سوم پس هر گز حلال نمی شود این زن آن مرد را تا آنکه در آید به نکاح شوهر دیگر (او دخول کند) پس اگر طلاق دادش شوهر دیگر پس گناه نیست بر آن هر دو در آنکه باز گردند به نکاح با هم اگر بدانند که بر پا می توانند داشت احکام خدا را و این حدود خدا است بیان می کند ان حدود را برای قوم که می دانند.

(۱) الإنصاف از مرداوی ۴۵۳/۸ و المغنی از مرداوی ۳۸۱/۲

(۲) الهدایة ۲۲۷/۱ والبحر الرائق ۱۴/۵ و بدایة المجتهد ۴۷/۲ وحاشیة الدسوقی ۲۵۷/۲ و المهذب ۷۹/۲ و مغنی المحتاج

۳۸۱/۳ و الإنصاف ۴۵۳/۸ و المغنی ۳۸۱/۲

(۳) الآية رقم ۲۳۰ من سورة البقرة.

گروه دوم که بعضی از فقهای جهان اسلام از جمله داود ظاهری و گروهی از متاخرین مانند شیخ الإسلام ابن تیمیة و شاگردش ابن قیم الجوزیة بعضی ها از مذهب اهل تشیع امامیه و گروهی از علمای محققین معاصراند به این باوراند که طلاق مقترن با سه طلاق فقط یک طلاق واقع می شود این قول بعضی از صحابه از جمله علی بن ابی طالب و عبد الله بن عباس و عبد الله ابن مسعود و عبد الرحمن بن عوف و بعضی از تابعین مثل طاووس و عطاء می باشد^(۱).
در این صورت مرد دو طلاق دیگر را نیز حق دارد که ایقاع نماید.

گروه سوم بعضی از فقهای شیعه امامیه و ابن حزم الظاهری به این باور اند که طلاق مقترن با سه و طلاق در حالت حیض اصلاً هیچ واقع نمی شود چون مخالف با سنت یا شریعت است^(۲).

صاحبان قول اول با قرآن، سنت، اجماع و قیاس استدلال نموده و چنین بیان می کنند:
نخست خداوند متعال می فرماید: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ^(۳))

و فرموده خداوند متعال: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ)^(۴) یعنی: نیست گناهی بر شما اگر طلاق دادید زنان را.

وجه استدلال از دو آیت: خداوند متعال در این آیات میان اینکه طلاق تنها و تنها ایقاع شود یا دو بار یا سه بار فرقی قائل نشده است پس طلاق به آنچه مرد گفت پذیرفته می شود چه یک بار باشد یا دو بار یا سه بار.

(۱) بدایة المجتهد ۴۷/۲ و الإنصاف ۴۵۳/۸ و المغنی ۳۸۱/۲ و المحلی ۱۶۶/۱۰-۱۶۷. نیل الأوطار ۱۷/۲ و تفسیر القرطبی

۹۳۷/۱ و الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة الناشر: دار العالم الإسلامی - بیروت ۶۴/۴

(۲) الروضة البهیة ۶۴/۴ و المحلی ۱۶۶/۱۰-۱۶۷.

(۳) الآیة رقم ۲۳۰ من سورة البقرة.

(۴) الآیة رقم ۲۳۶ من سورة البقرة.

این دلیل را صاحبان قول دوم و سوم رد کرده اند زیرا این عمومیات با ادله دیگری تخصیص داده شده است و این چنین طلاق مخالف شریعت است و لذا به اتفاق آرای فقهاء غیر سنی پنداشته می شود و قابل قبول نیست^(۱)

دوم سنت رسول الله صلی الله علیه و سلم است از جمله به این احادیث استدلال نمودند:
از حضرت عائشه صدیقه رضی الله عنها روایت است که فرموده است " أَنْ امْرَأَةً رَفَاعَةَ الْقُرَظِيَّ جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَنِي فَبِتَّ طَلَّاقِي."^(۲)

یعنی: زن رفاعه قرضی نزد رسول الله آمد و گفت رفاعه مرا طلاق داده است و طلاقم را قطعی کرده است.

و در حدیث فاطمه بنت قیس آمده است که شوهرش توسط یک رسول یا پیام آور سه طلاق آن را فرستاده است^(۳)

وجه استدلال از این دو حدیث شریف این است که پیغمبر خدا صلی الله علیه و سلم این نوع طلاق را تأیید کرده و از آن انکار نکرده است و تأیید پیامبر که به نام سنت تقریری یاد می شود یکی از اقسام سنت است که واجب التطبیق است.

سوم: اجماع امت است طوریکه صاحب کتاب الهدایه انرا نقل کرده است که ترجمه ان قرار ذیل است او می نویسد: طلاق بدعت عبارت از طلاقی است که مرد بیک بار و یا با یک

(۱) نیل الأوطار ۱۷/۷.

(۲) متفق علیه، أخرجه البخاری فی صحیحہ کتاب الطلاق باب من أجاز طلاق الثلاث ۲۰۱۴/۵ برقم: ۴۹۶۰ وأخرجه مسلم کتاب النکاح باب لا تجلُّ المطلقَةُ ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطلقها ثم يفارقها وتتفصى عدتها ۱۰۵۵/۲ برقم: ۱۴۳۳

(۳) أخرجه الجماعة إلا البخاری. مسلم فی صحیحہ کتاب الطلاق باب باب المطلقَةُ ثلاثاً لا نفقة لها ۱۱۱۸/۲ برقم: ۱۴۸۰ وأحمد فی المسند عن حدیث فاطمة بنت قیس رضی الله عنها ۳۷۳/۶ برقم: ۲۷۱۴۵ النسائی فی سننه کتاب الطلاق باب الرجعة ۳۵۰/۳ برقم: ۵۵۹۶.

کلمه در یک طهر سه طلاق می گوید اگر چنین کاری کرد طلاقش به توافق آراء واقع می شود مگر او گنهکار است^(۱).

این دلیل نیز از جانب اصحاب قول دوم و سوم رد شده است چون اجماع عبارت از اتفاق تمام مجتهدین اسلام بعد از وفات رسول الله بر یک امر از امور شرعی اجتهادی می باشد در حالی که توافقی در این موضوع وجود ندارد و از صدر اسلام تا کنون اختلافات موجود بوده و هست.

چهارم: قیاس است ایشان گفتند که طلاق کسیکه حق طلاق دادن را دارد از او صادر و در محل آن واقع شده است پس هیچ فرقی وجود ندارد که طلاق دهنده این حق را یک بار استفاده کند یا سه بار، پس این طلاق طوریکه یک بار استفاده کند بر او لازم میشود سه طلاق نیز بر او لازم میشود.^(۲)

اصحاب مذهب دوم بر صحت قول خویش از قرآن، حدیث و معقول استدلال کردند نخست قرآن کریم خداوند متعال می فرماید: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)^(۳) یعنی: طلاق دو بار است پس از آن نگهداشتن است به خوش خوئی و یا رها کردن است به نیکی.

این آیت نص است در مدعی که طلاق باید بار بار صورت بگیرد نه یک بار و طلاق سه بار در یک مجلس مخالف آیت فوق الذکر می باشد؛ پس طلاق جز بار بار واقع نمی شود، اگر شخصی با این آیت مخالفت کند دو طلاق را یک بار یا سه طلاق را یک بار ایقاع نماید صرف حد اقل آن پذیرفته می شود که یک طلاق است و زیادت آن لغو است.



(۱) الهدایة ۲۲۷/۱ بدایة المجتهد ۴۷/۲ والمغنی ۳۸۱/۲

(۲) تفسیر القرطبی ۹۳۸/۱ والمغنی ۳۸۱/۲

(۳) الآیة رقم ۲۲۹ من سورة البقرة

دوم حدیث صریح در موضوع وجود دارد که شخصی بنام رکانه بن عبد یزید زنش را که سهمیه نام داشت به طور قطعی طلاق داد سپس پیغمبر خدا صلی الله علیه و سلم را از این امر خبر داد و گفت که سوگند به خدا من جز یک طلاق را بیشتر اراده نداشتم ، پیامبر خدا صلی الله علیه و سلم از او پرسید که واقعا تو را به خدا سوگند که بیشتر از یک طلاق را قصد نداشتی ؟ رکانه گفت : سوگند بخدا من جز یک طلاق را بیشتر قصد نداشتم رسول الله صلی الله علیه و سلم زنش را به شوهرش برگشتاند و آن شخص ان زن را بار دوم در زمان حضرت عمر فاروق طلاق داد و طلاق سوم را در زمان حضرت عثمان بن عفان رضی الله عنهم ایقاع کرد^(۱).
وجه استدلال از این حدیث این است که این حدیث در موضوع نص است و اجتهاد در برابر نص صحت ندارد.

از همه مهمتر این که ایشان به ان چه استدلال کردند که عبد الله ابن عَبَّاسِ رضی الله عنهما روایت کرده است و گفته است که "كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَيِّئِينَ مِنْ خِلَافَتِهِ عُمَرَ طَلَّاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرِ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ."^(۲)

یعنی طلاق در عصر رسول الله و ابو بکر و دو سال از خلافت حضرت عمر سه طلاق دادن بیک بار صرف یک طلاق پذیرفته می شد حضرت عمر گفت که مردم در امر طلاق بسیار شتاب زدگی می کنند اگر آنچه می گویند بر ایشان لازمی بسازیم بهتر خواهد بود پس بر ایشان لازمی گشتاند.

ثالثا معقول: عقل و منطق هم این را می پذیرد که سنت این است که یک مرد خامنش را فقط در حالت طهر که با او مقاربت نکند یک طلاق بدهد و اگر بیشتر طلاق بدهد و یا غیر این

(۱) این اثر را امام ابو داود در سننش کتاب الطلاق باب فی البتة ۲۶۳/۲ در شماره : ۲۲۰۶ و امام دارقطنی در سننش

کتاب الطلاق والخلع ۳۳/۴ با شماره ۸۸ روایت کرده اند.

(۲) أخرجه مسلم فی صحیحه کتاب الطلاق باب طلاق الثلاث ۱۰۹۹/۲ برقم: ۱۴۷۲.

حالت مخالف سنت بوده پس باید حد اقل ان را بپذیریم که عبارت از یک طلاق است اما زیادت که مخالف سنت می باشد لغو می گردد.

گروه سوم نیز به سنت و معقول استدلال کردند نخست حدیث که حضرت عائشه صدیق روایت کرده که رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرموده است " مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ ^(۱) ". یعنی کسیکه در امر دین چیزی را از پیش خود آورده باشد مردود است.

وجه استدلال از این حدیث این است که طلاق مقترن با سه بدعت است و آنچه بدعت باشد هیچ یکی از مذاهب آن را قبول ندارد پس هر آنچه استدلال کردند قابل قبول نیست.

دوم معقول: دلیل عقلی هم این امر را تأیید می کند که طلاق مقترن با سه یک بار بدعت است و عمل به بدعت حرام است پس هر آنچه بر خلاف شریعت بیاید به ان التفاتی نمی شود زیرا غیر شرعی است. ^(۲)

این بود مذاهب سه گانه و ادله ایشان در این جا ببینیم که کدام یک از این سه مذهب برتری دارد و راجح است به نظر می رسد که بنابر قوت ادله مذهب دوم یعنی داود الظاهری و گروهی از متأخرین مانند شیخ الإسلام ابن تیمیة و شاگردش ابن قیم الجوزیة و بعضی از مذهب اهل تشیع امامیه و گروهی از علمای محقق معاصر طلاق مقترن با عدد سه فقط یک طلاق قبول می شود نه بیشتر از آن . و این امر با سنت موافق است و خانواده را از فروپاشی ناگهانی حمایت می کند و برای هر یکی از زن و شوهر فرصت می هد که بر رفتار و کردار خویش فکر کنند. از این جا است که قانون مدنی افغانستان در ماده های (۱۴۴) و (۱۴۵) تصریح کرده است: " زوج در برابر زوجه صلاحیت سه طلاق را دارد " " طلاق مقترن به عدد خواه به الفاظ یا اشاره صورت گرفته باشد یک طلاق شناخته می شود "

(۱) أخرجه البخاری فی صحیحه کتاب الصلح باب إذا اصطَلَحُوا عَلَى صَلْحٍ جَوْرٍ فَالصُّلْحُ مَرْدُودٌ ۹۵۹/۲ برقم: ۲۵۵۰
ومسلم فی کتاب الأفضیة ۱۳۴۳/۳ باب نَقْضِ الْأَحْكَامِ الْبَاطِلَةِ وَرَدِّ مُخْدَتَاتِ الْأُمُورِ برقم: ۱۷۱۸.

(۲) الروضة البهیة ۶۴/۴



قوانین احوال شخصی تمام کشور های جهان اسلام چنین حکمی را پذیرفته اند از جمله قانون احوال شخصی مصر سوریه و عراق.

شرط پنجم: شهادت شهود در هنگام طلاق

پنجمین شرط از شروط وقوع طلاق این است که طلاق در حضور دو نفر شاهد با اهلیت واقع شود.

بدون شک حضور شهود در هنگام طلاق از امور مهم در مسائل احوال شخصی بوده و به منظور اثبات حقوق و کاهش دادن پدیده طلاق مفید و موثر خواهد بود، فقهای مذاهب اسلامی در باره حضور شهود در هنگام طلاق اختلاف نظر دارند اهل تشیع که در هنگام نکاح به شهود ارزشی قائل نبودند اما در وقت طلاق آنرا شرط می دانند و فقهاء اهل سنت و جماعت که در قبال آن چه نظر دارند؟ نظرات فقهاء را با ادلهء شان در این بحث به بررسی می گیریم:

دانشمندان فقه اسلامی توافق نظر دارند که اشهاد یا حضور شهود در هنگام طلاق به منظور اثبات حقوق زن و زوجه یک امر شرعی و مطلوب می باشد و شرع شریف به اعتبار آن دعوت کرده است آیا این واجب است یا خیر؟ فقهاء مذاهب اسلامی در این مورد به دو گروه تقسیم شده اند

جمهور فقهای اهل سنت و جماعت از مذاهب چهارگانه، حنفیه، مالکیه، شافعیه، وحنابله شهادت را بر وقوع طلاق شرط ندانسته اند گرچه حضور شاهدین در صحت ازدواج شرط می دانند^(۱).

جمهور فقهاء از اهل سنت و جماعت برای اثبات نظریه خویش به ادله ذیل استدلال کردند نخست: آیت قرآن کریم (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا

(۱) المبسوط از امام سرخسی ۲/۶ والدر المختار ۲۲۶/۳ ومواهب الجلیل ۱۰۵/۴ والمهذب ۷۷/۲ والمجموع ۲۷۰/۱۷ والمغنی ۲۷۹/۳ والکافی لابن قدامة ۱۵۹/۳ والمغنی ۲۷۷/۷ أحكام الأحوال الشخصية ص ۳۴۱ والأحوال الشخصية از امام أبو زهره ص ۳۶۸

ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا^(۱)

یعنی: پس چون مطلقات به میعاد خود رسند پس نگه دارید ایشان را به وجه پسندیده یا جدا شوید از ایشان به وجه پسندیده و گواه بگیرید دو نفر شاهد صاحب تقوی را از قوم خود و راست اداء کنید برای خدا، به این حکم پند داده می شود برای آن شخصی که مومن باشد به خدا و روز رستاخیز و هر کسی که بترسد از خدا، پدید آرد برای او راه بیرون رفت. وجه استدلال از این آیت کریمه این است که ضمیر این آیت به رجعت باز می گردد نه به طلاق اشهاد بر رجعت هم واجب نیست بلکه یک امر مستحب است از باب احتیاط برای حفظ حقوق زنان خوب است.^(۲)

امام شیخ مرحوم محمد ابو زهره که از علمای معاصر مصر بود بر این استدلال اعتراض می کند که امر اشهاد بعد از ذکر انشای طلاق و جواز رجعت آمده است پس سزاوار و مناسب است که به هر دو راجع شود، نه به یکی از آنها؛ زیرا حضور شهود عدول بی فائده نیست علی الاقل باعث پند و موعظه حسنه برای زوجین خواهد شد^(۳)

دوم: فقهای اهل سنت و جماعت این است که از پیغمبر خدا صلی الله علیه وسلم و یا یکی از صحابه کرام اثری وجود ندارد که حضور شهود را برای وقوع طلاق شرط گذاشته باشند.^(۴) پس اگر حضور شهود در وقوع طلاق شرط می بود باید از ایشان نقل میشد اما آنچه معلوم است که نقل نشده پس شرط گذاشتن حضور دو نفر شاهد درست نیست.

به این دلیل هم جواب داده شده است که قول عمران بن الحصین رضی الله عنه بهترین دلیل بر قول بعض از صحابه بر وجوب اشهاد بر طلاق می باشد.^(۵) اینکه از پیغمبر خدا صلی الله

(۱) الآية رقم ۲ من سورة الطلاق.

(۲) تفسیر ابن کثیر ۳۸۰/۴ و تفسیر القرطبی ۱۵۷/۱۸ و احکام القرآن از امامک ابوبکر راضی جصاص ۳۵۱/۵.

(۳) الأحوال الشخصية ص ۳۶۸

(۴) احکام الأحوال الشخصية ص ۳۴۱ والأحوال الشخصية ص ۳۶۸

(۵) احکام القرآن از ابن عربی ۲۸۳/۴ و احکام قرآن از ابوبکر رازی ۳۵۰/۵



علیه وسلم و یا یکی از صحابه کرام اثری وجود ندارد که حضور شهود را برای وقوع طلاق شرط گذاشته باشند، نقل نشده یک ادعا است که قابل قبول نیست.
سوم: امام شوکانی در این مورد اجماع امت را بر عدم اشتراط اِشهاد بر طلاق نقل کرده است^(۱)

ادعای اجماع نیز قابل پذیرش نیست، تعریف که از اجماع وجود دارد این است که تمام ائمه مجتهدین امت محمد صلی الله علیه و سلم در امر از امور بعد از وفات رسول الله صلی الله علیه و سلم توافق نظر داشته باشند، پس به دلیل مخالفت های که وجود دارد ادعای اجماع را نیز نمی توان قبول کرد.

فقهاء مذاهب شیعه امامیه وزیدیه و ظاهریه به این باور اند که اِشهاد بر طلاق یک امر حتمی بوده که شرع شریف به آن دعوت نموده و به عنوان یک واجب بر آن دستور داده است ، بنابراین بدون حضور دو نفر عاقل ، بالغ و با عدالت طلاق واقع نمی شود.^(۲) در قانون مدنی ایران ماده ۱۱۴۳ به ان چنین تاکید شده است " طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لا اقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد"^(۳)

فقهاء شیعه امامیه و تمام دانشمندانی که با ایشان هم نظر اند بر مذهب خویش به این آیت استدلال نمودند: (فَإِذَا بَلَغَ الْبَلَغَ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُؤَعِّظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا)^(۴)

وجه استدلال این چنین است که خداوند متعال به شهادت امر کرده است بعد از ذکر انشای طلاق و جواز رجعت پس مناسب است که به هر دو بر گردد نه به یکی.

(۱) نیل الأوطار ۴۴/۷

(۲) شرائع الإسلام ۲۵۱/۲ و تفسیر کنز العرفان للشیخ مقداد الحلّی ۲۵۳/۲ والبحر الزخار ۲۰۷/۳ والمحلّی ۲۵۱/۱۰

(۳) حقوق مدنی خانواده از دکتر ناصر کاتوزیان ۳۲۰/۱ چاپ خانه بهمن تهران سال ۱۳۸۵ هـ ش

(۴) الآية رقم ۲ من سورة الطلاق.

ودوم اینکه گفته اند که هر آیت از خود سباق دارد و سیاق، أما سباق این آیت این است که طلاق به عدت ارتباط می گیرد و باید این مدت مد نظر گرفته شود و اما سیاق ان این است که از رجعت و طلاق نام گرفته سپس خواهان إشهد مستقیم بر آن شده است^(۱)

و در این زمینه آثاری از صحابه کرام وجود دارد که بر استحسان آن دلالت می کند از حضرت عمران بن الحصین روایت است که (سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يَقَعُ بِهَا وَلَمْ يُشْهَدْ عَلَى طَلَّاقِهَا وَلَا عَلَى رَجْعَتِهَا فَقَالَ: "طَلَّقْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ وَرَاجَعْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ أَشْهَدُ عَلَى طَلَّاقِهَا وَعَلَى رَجْعَتِهَا وَلَا تَعْدُ"^(۲).)

عَلَيْكَ



یعنی در مورد یک مردی سوال شد که زنش را طلاق می دهد سپس به ان رجوع میکند و بر طلاقش و نه هم بر رجوعش شاهد می آورد او گفت تو زنت را بر خلاف سنت طلاق دادی و بر خلاف سنت به او مراجعه کردی پس بر طلاقش و رجعتش شاهد بیاور و دو باره این کار را نکن.

ابن جریر می گفت که عطاء بنابر این آیت کریمه می گفت (وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ) نکاح و طلاق و رجعت جز با دو شاهد با عدالت روا نیست جز اینکه عذر موجه وجود داشته باشد^(۳).

رأی راجح در این مساله قول شیعه امامیه و دیگر علمای که با ایشان همنظر اند می باشد تا اینکه از کثرت طلاق جلو گیری کند و بر مقاصد شریعت اسلام نیز تاکید میکند که عبارت از تحقق جلب مصلحت یا منفعت و دفع مفسدت یا مضرت می باشد.

شروط وقوع طلاق



(۱) تفسیر کنز العرفان للشیخ مقداد الحلّی ۲/۲۵۳ طبع باهتمام محمد باقر شریف زاده

(۲) أخرجه أبو داود فی سننه کتاب الطلاق باب الرَّجُلِ يُرَاجِعُ وَلَا يُشْهَدُ ۲/۲۳۷ برقم: ۲۱۸۶ وابن ماجه فی سننه کتاب الطلاق باب الرجعة ۱/۶۵۲ برقم: ۲۰۲۵ ولفظ ابن ماجه كلفظ أبي داود إلا أنه لم يَقُلْ (وَلَا تَعْدُ). انظر: البدر المنير ۱۳۱/۸.

(۳) تفسیر ابن کثیر ۴/۳۸۰ ط دار الفكر - بیروت ۱۴۰۱هـ و تفسیر القرطبی ۱۸/۱۵۷ وأحكام القرآن للجصاص ۵/۳۵۱.

د شرعي مقاصدو د علم تاريخي بهير

عبدالکریم فضلي

سريزه

څرنگه چې د اسلام د سپيڅلي دين احکامو د پلي کولو سره د انسانانو د دنيا او آخرت نيکمرغي ترلی ده نو د هغوی لپاره هم په دنيوي ژوند کې او هم د آخرت لپاره احکام لري چې دغو احکامو پورې د بنده گانو د دنيا او آخرت مصلحت ترلی دی.

د اسلامي شريعت احکام کوم جامد او متحجر احکام نه دي، بلکې دا هغه مرن احکام دي چې په هر وخت او هر ډول ظروفو کې د تطبيق وړ دي.

د اسلامي شريعت هيڅ حکم که هغه په ټيټه کچه وي او که په لوړه کچه يې موخې او بې مقصده نه دی، د شريعت هر حکم يو حکمت او مصلحت په خپل ځان کې رانغښتی، چې همدغه د شارع مقصود او مطلوب دی.

د شريعت موخې کېدای شي ځينې عامې او ځينې خاصې وي، ځينې دنيوي او ځينې اخروي وي، ځينې کلي وي او ځينې جزئي وي. اوس چې شرعي مقاصد د يو ځانگړي علم په بڼه کې مطرح دي او ځانگړی علم گرځيدلی او د اصول فقه د علم سره ځانگړی تړاو او نژدېوالی لري او ډير زيات کتابونه په دی علم کې ليکل شوي دي او د پوهنتونونو د شرعياتو په پوهنځی کې يې تدريس کېږي او زيات فقهاء او مجتهدين د شرعي مقاصدو په رڼا کې فتوا ورکوي او د مجتهد لپاره دا شرط دی، چې هغه د اسلامي شريعت په مقاصدو باندې پوه وي.

اوس شرعي مقاصد يو ځانگړی علم دی، نو دغه علم د کومو پړاونو څخه تیر شوی او دې مرحلې ته رسیدلی؟ چا په دې هکله لومړنی قدم پورته کړی؟ کومو فقهاو په دې هکله ډیر کونښن کړي؟ غواړم همدغو پورته پوښتنو ته په لنډه توگه په دغه مقاله کې ځواب ووايم او په دې وپوهیږو چې د شرعي مقاصدو علم د انسان له پیدائښت څخه پیل کېږي، ځکه چې الله انسان پیدا کړ او هغه ته یې د لارښوونې لپاره، پیغمبران او آسماني کتابونه راوړل، خو هغه په سمه او نیغه لاره روان شي، چې وروستی پیغمبر محمد (صلى الله عليه وسلم) او وروستی آسماني کتاب یې پر هغه باندې نازل کړی، د کتابونو نزول او د پیغمبرانو رالېږل د شارع په مقصود دلالت کوي.

زما مقاله د شرعي مقاصدو پیژندنه، چې د مقاصدو لغوي او تعریف او د شرعي مقاصدو تاریخي بهیر باندې مشتمله ده.

غواړم چې په دې لنډه لیکنه کې د شرعي مقاصدو د پړاونو په هکله لنډ تصویر وړاندې کړم، خو د شرعي علومو پوهان په دې وپوهیږي، چې دغه ارزښتناک علم له څو پړاونو تیر شوی او اوس ځانگړی علم گرځیدلی دی.

د شرعي مقاصدو پیژندل: وړاندې تر دې چې د مقاصدو په تاریخي بهیر پیل وکړم، غوره گڼم چې لومړی د مقاصدو لغوي، شرعي معنا او د مقاصدو د علم په موضوع باندې بحث وکړم، ترڅو د مقاصدو علم وپیژنو او له موضوع څخه یې خبر شو چې دغه بحث دوه مطلبونه لري:

لومړی د شرعي مقاصدو لغوي او شرعي معنا او دوهم د شرعي مقاصدو د علم موضوع.

د شرعي مقاصدو لغوي او شرعي معنا: د مقاصدو لغوي معنا، د مقاصدو تعریف او د شرعي مقاصدو د علم موضوع، دغه درې واړه مسائل د شرعي مقاصدو په ماهیت پورې تړلي دي، دا چې (د شریعت مقاصد) له دوه کلمو (شریعت او مقاصد) څخه جوړه اصطلاح ده، نو اړینه ده د دواړو کلیمو لغوي معنا وړاندې او بیا دغه اصطلاح چې د ځانگړي علم (نوم) گرځیدلی تعریف کړو.

شریعت: له شرع څخه مشتق او د ابوخور په معنا ده (۱) او په اصطلاح کې عبارت له هغو احکامو څخه ده چې الله تعالی د خپلو بنده گانو لپاره روا کړي وي، له لغوي معنا څخه وروسته د (مقاصد الشریعة) چې اوس د ځانگړي علم نوم گرځیدلی دی، تعریف یا شرعي معنا وړاندې کوم.

دغه راز د شریعت اطلاق په دین، ملت او لاره باندې هم کېږي خو د فقهاو په نزد د شریعت اطلاق په هغو فقهي احکامو باندې کېږي چې عملي بڼه لري لکه لمونځ کول، روزه نیول او داسې نور.

مقاصد د مقصد جمع ده، د ثلاثې مجرد له باب څخه مشتق شوی، چې اصل یې قصد دی او مقصد ميم مصدر دی، په بیلابیلو معنا گانو استعمالیږي، د قصد جمع قصد هم راغلی دی، د قصد یوه معنا منخلاریتوب دی، چې اعتدال هم ورته ویل کېږي^(۱) په همدغه معنا په قران کریم کې هم استعمال شوې ده، الله تعالی فرمایي: (و اقصد فی مشیک) ^(۲) معنی دا چې په خپل تگ کې اعتدال کوه) په دې ځای کې د افراط ضد ده. دغه راز دسمې لارې په معنا هم راځي لکه الله تعالی فرمایي: وعلی الله قصد السبیل ^(۳) معنا دا چې: په الله تعالی باندې د سمې لارې ښول دي، د قصد بله معنا ماتول دي، لکه چې ویل کېږي: قصدت العود قصداً ^(۴) یعنی لرگي مې مات کړل، د قصد بله معنا د یو شي غوښتنه ده او طلب لکه ویل کېږي: قصدت وقصدت الیه ^(۵) دغه راز د قصد بله معنا اسانتیا او نژدېوالی دی لکه په قران کریم کې راغلي: (لوکان عرضا قریبا وسفرا قاصدا لاتبعوک) ^(۶) که چېرې مال او سامان نژدې وي او سفرهم اسانه وي نو خامخا ستا پیروي به یې کړې وای، خو په دې ځای کې مناسبه معنا د یو شي غوښتنه، طلب او توجه ده او همدغه معنا (د مقاصد شریعت) په اصطلاح کې مطلوبه او ښه اړخ ورسره لگوي.

د شرعي مقاصدو تعریف

د شرعي مقاصدو لپاره ډیر تعریفونه شوي، خو زه په دې ځای کې یو څو تعریفونه راوړم او وروسته د مقاصدو لپاره خپل تعریف وړاندې کوم.

۱- شاه ولي الله دهلوي مقاصد داسې تعریفوي: علم اسرارالدين الباحت من حکم الاحکام ولمياتها واسرار خواص الاعمال ونکاتها^(۱) مقاصد د اسلامي شریعت د موخو هغه علم دی، چې د اسلامي شریعت د احکامو حکمتونه، حقیقتونه او د عملونو د د قیقو رازونو او خواصو څخه بحث کوي.

۲- دوکتور یوسف العالم مقاصد داسې تعریفوي: مقاصد الشریعة التي شرعت الاحکام لتحقيقها ومقاصد الشارع هي مصالح التي تعود العباد فی دنیا هم و اخرهم سواء كان تحصيلها عن طریق جلب المنافع او عن طریق دفع المضار^(۲). ژباړه: د اسلامي شریعت مقاصد هغه موخې دي، چې د تحقق لپاره یې شریعت راغلی او د بنده گانو د دنیا او اخرت مصالح او ښیگني ورپورې تړلې دي، برابره خبره ده چې ددغو گټولاسته راوړل د منافعو د جلبولو له لپارې څخه وي، او که د ضررونو د دفع کولو له لارې څخه وي.

۳- دکتور وهبة الزحيلي مقاصد داسې تعريفوي: مقاصد الشريعة هي الغاية من الشريعة والاسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من احكامها (١) معنا دا چې: شرعي مقاصد هغه موخې دي چې شارع د شرعي احكامو په هر حكم كې ايښې دي.

كوم تعريفونه مو چې پورته وړاندې كړل، ټول په يو مدلول دلالت كوي او د شريعت مقاصد يې په بيلا بيلو تعبيرونو لكه: اسرار، معاني، مصالح، مقاصد او غايه سره نومولي دي، او په ټولو تعريفونو كې د شرعي احكامو په موخو او هدفونو باندې دلالت كوي.

د ابو صهيب تعريف: د اسلامي شريعت مقاصد له هغو ښيگڼو څخه عبارت دي، چې په شرعي احكامو پورې تړلي او د بنده گانو دنيوي او اخروي گټې له ځان سره لري.

د اسلامي شريعت د مقاصدو ادراك او پيژندل هغه وخت رامنځ ته كېداي شي، چې د علم سره ممارست ورو، او داسې ملكه د علم راسره وي چې مقاصد و پيژنو او په احكامو كې يې پلټنه وكړو.

د شرعي مقاصدو د علم موضوع

دا چې شرعي مقاصد ځانگړې علم دی او په اوسني وخت كې دغه علم ډير پرمخ تللی او ډيرو عالمانو ورته په خپلو فقهي، اقتصادي او په ځانگړې توگه نوي فقهي معاصر مسايلو كې توجه او پام گرځولی او د مجتهد لپاره يې دا شرط گڼلی دی، چې هغه په شرعي مقاصدو باندې پوهه او علم ولري.

دا چې هر علم او فن له يوې موضوع څخه بحث كوي او په يوې خاصې موضوع پورې تړلی وي، نو شرعي مقاصد هم ځانگړې موضوع لري او له هغې څخه بحث كوي، كه مونږ پورتنيو تعريفونو ته ځير شو نو هر تعريف د شريعت د مقاصدو په موضوع دلالت كوي او په حقيقت كې د يو شي تعريف د هغه موضوع او موخه مونږ ته را په گوته كوي، نو له ټولو تعريفونو څخه دا څرگندېږي چې د شرعي مقاصدو موضوع (د شرعي احكامو حكمتونه گټې، د دين مقصد او موخه او د شارع غوښتنې كوم چې اسلامي شريعت يې له احكامو څخه لري، بيانوي او له هغو څخه بحث كوي) (١)

دا چې الله تعالی محمد (صلى الله عليه وسلم) معلم او لارښود رالېږلی او د هدايت لپاره يې په هغه باندې قرآن كريم نازل كړی تر څو بنده گان سمې لارې ته برابر كړي او په نتيجه كې د دنيا او اخرت برياليتوب وړ په برخه شي، نو د پيغمبر (صلى الله عليه وسلم) په رالېږلو او د قرآن كريم په نازلېدو سره د بنده گانو د دنيا او اخرت مصلحت تړلی دی او د احكامو په منلو او سرته رسولو

کې يې مصالح او گټې انغښتي او له مفاصدو څخه بنده گان مصوٰن پاتي کېږي، نو معلومه شوه چې د مقاصدو موضوع مصالح او مفاصد دي، مصالح له دې جهته چې هغه لاس ته راوړل شي او د هغو رعایت او ساتنه وشي او درجې او مراتب يې وپيژندل شي او مفاصد ددې له امله چې هغه دفع شي او د مفاصدو مخنيوی وشي او هر هغه څيز چې د مفاصدو لامل گرځي، هغه دفع شي او د مفاصدو څخه بنده گان ځان وساتي ترڅو د دنيا او اخرت له زيان او تاوان څخه وساتل شي.

د شرعي مقاصدو علم تاريخي بهير:

هر علم او فن يو تاريخي پسمنظر لري، چې د مختلفو مراحلو او پړاونو څخه تير او خاصې مرحلې ته رسيدلی دی، که د فقهي علم دی، او که د اصول فقه علم، د حديثو علم او دغه راز نور علوم هريو ځانگړې تاريخي بهير لري، نو دغه راز د شرعي مقاصدو علم هم ځانگړې تاريخي بهير او اوس د يو مستقل علم بڼه لري، داچې د شرعي مقاصدو علم څرنگه رامنځ ته شو، کوم مراحل ورباندې تير شوی او ايا د صحابه ؓ په وخت کې له مقاصدو څخه گټه اخيستل کيده.

د مقاصدو د تاريخي بهير په هکله بيلا بيلو پوهانو څيړنه او ليکنې کړي دي، لکه احمد الريسوني او نور الدين الخادمي، احمد الريسوني د مقاصدو تاريخ له هغه چا څخه پيل کړی، چې د مقاصدو په هکله يې په خپلو کتابونو کې څيړنه او ليکنه کړی او د شرعي مقاصدو په اړوند يې بحث کړی دی، په لومړي سر کې يې د حکيم ترمذي نوم اخيستی، داچې حکيم ترمذي په دريم قرن کې ژوند کاوه، بيا يې ابو منصور الماتريدي، ابوبکر القفال، ابو بکرالابهري، ابوبکر الباقلاني، عبدالملک الجوينی، ابوحامدالغزالی، فخرالدين الرازي، سيف الدين الآمدي، ابن الحاجب، البيضاوي، الاسنوي، ابن السبكي، عزالدين بن عبدالسلام، او تقی الدين احمد بن تيميه، يو پر بل پسې ذکر کړي دي او د مقاصدو په هکله يې چې کوم ابتکار سرته رسولی په گوته کړي دي.

د احمد الريسوني کتاب (نظريّة المقاصد عند الشاطبي) لومړنی څپرکی د همدغو پورته ذکر شوو علماو د کورنبنونو په اړه په کې بحث شوی، چې د مقاصدو اصطلاح د لومړي ځل لپاره چا کارولې ده او چا مقاصد په مختلفو ډولونو ويشلي، د اصول فقه په کتابونو کې څومره بحث او چا ورباندې کړی دی، احمد الريسونی يواځې هغه عالمان په دې فصل کې ياد کړي دي، چې د مقاصدو لفظ يې کارولی، يا يې د مقاصدو ډولونه رامنځ ته کړی او يايې مقاصد مختلفو ډولونو ته ويشلي دي.

نور الدين الخادمي چې اوس د مقاصدو په علم کې مطرح شخص دی او څو کتابونه يې د مقاصدو د علم په هکله ليکلي دي، هغه هم د مقاصدو د تاريخي بهير په هکله بحث کړی، هغه لومړی د صحابه و زمانه او عصر یاد کړی، د امامانو زمانه ياده يې کړې لکه ابراهيم نخعي، امام ابوحنيفه، امام احمد، امام مالک، او امام شافعي (رحمة الله عليهم) بيا يې د نورو علومو په ترڅ کې د مقاصدو مرحله ذکر کړې، چې له دريم قرن څخه پيل او تر شپږم قرن پورې رسېږي، او بله مرحله يې د تاليف ذکر کړې ده، چې د مقاصد علم د کتاب په بڼه کې راڅرگند شو او په دې لړ کې يې د عزالدین بن عبدالسلام او ابو اسحاق الشاطبي نومونه اخيستي دي.

احمد الريسوني د شرعي مقاصدو د تاريخي بهير په يوه مشخصه برخه باندې بحث کړی او د صحابه و د فقهي امامانو او د تاليف او تدوين برخه يې تر بحث لاندې نيولې نه ده او د نورالدین الخادمي په کتاب کې د مقاصدو تاريخي بهير داسې نه دی وړاندې شوی، چې هره مرحله جدا پيل او پای يې د نوم په اېښودلو سره ذکر کړی وي، چې لومړی مرحله اودوهمه مرحله، زه غواړم چې د مقاصدو علم په مشخصو پړاوونو چې پيل او پای يې معلوم وي ذکر کړم، که څه هم ځينو علماء د مقاصدو لپاره يواځې دوه مرحلې ذکر کوي (د تدوين او تاليف نه مخکې مرحله او د تاليف مرحله).

د شرعي مقاصدو علم د نورو شرعي علومو په څير په يو ځل نه دی را منځ ته شوی بلکې زما په آند څلور مرحلې ورباندې راغلي:

۱- مرحله: د صحابه و له عصر څخه تر حکيم ترمذی پورې.

۲- مرحله: د حکيم ترمذی څخه تر الجويني پورې.

۳- مرحله: د الجويني څخه تر عز بن عبد السلام پورې.

۴- مرحله: د عزالدین بن عبدالسلام څخه تر اوسه پورې.

دغه پورته څلور مرحلې په خپل وار تر بحث لاندې نيسو او د هرې مرحلې ځانگړتياوې به مونږ ته په گوته شي.

لومړی مرحله: د صحابه و څخه تر حکيم ترمذی پورې

په دې مرحله کې په ليکنې بڼه د مقاصدو بحث نه دی شوی، مقاصد د نصوصو، اجماع، او قياس سره مطرح و، صحابه و، تا بعينو او د فقهي مذاهيو امامانو په خپلو اجتهادونو او فتواگانو کې شرعي مقاصد له پامه غورځولي نه دي، د هغوی اجتهاد او فتواگانې پر مقاصدو ولاړې وې.

دشربعت مقاصد ځینې دنصوصو سره جوخت راغلي لکه الله تعالی د لمانځه په هکله فرمایي (ان الصلاة تنهی عن الفحشاء والمنکر)^(۱۲)

ژباړه : البته لمونځ کول (بنده گان) له ناروا او بی حیا چارو څخه منعه کوي.

دغه راز د روژې په هکله الله تعالی فرمایي: (یاایها الذین آمنوا کتب علیکم الصیام کما کتب علی الذین من قبلکم لعلکم تتقون)^(۱۳) ژباړه : ای مؤمنانو پرتاسو باندي روژه نیول فرض شوې لکه څرنګه چې له تاسو څخه مخکینو امتونو باندي فرض شوې، تر څو تاسو پر هیزګاره شی.

په بل آیت کې د زکات په هکله راغلي: (خذ من اموالهم صدقة تطهرهم و تزکبهم بها وصل علیهم ان صلا تک سکن لهم)^(۱۴) ژباړه : د دوی له مالونو څخه زکات واخله څو دوی ته پاکي او تزکیه حاصله شي او دوی ته دُعا غواړه بيشکه ستا دُعا دوی ته اطمینان ور په برخه کوي.

په حدیثو کې راځي: (فانما بعثتم میسرین ولم تبعثوا معسرین)^(۱۵) بيشکه تاسو ددی لپاره راپورته شوي یاست چې اساني وکړئ او تاسو سختي کوونکې نه یئ لیرل شوي، په بل حدیث کې راغلي: یا معشرالشباب من استطاع الباءة فلیتزوج فانه اغض للبصر واحصن للفرج ومن لم یستطع فعلیه بالصوم فانه له وچاء)^(۱۶) ای د ځوانانو ټولیه! څوک چې له تاسو څخه د نکاح توان لري، نو نکاح دې وکړي، ځکه چې نکاح سترګې (له پردیو) ټیټوي او شرم ګاه پاکه ساتي، او که څوک توان نلري نو هغه دې روژه ونیسي ځکه چې روژه شهوت کمزوری کوي.

د اصحابو په وخت کې که څه هم چې د شریعت مقاصد تدوین شوی نه وو، خو هغوی ته به چې کله مسئله پېښه شوه لومړی به یې نصوصو ته مراجعه کوله، که چېرې په هغو کې به مسئله پیدا نه شوه، نو بیا یې له قیاس او اجتهاد څخه کار اخیست، لکه معاذ (رضی الله عنه) چې کوم وخت رسول الله (صلی الله علیه وسلم) یمن ته د قاضي په توګه ولېږد او، نو له هغه څخه یې وپوښتل چې په څه څیز فیصله او حکم کوې، هغه ورته وویل چې په کتاب الله او بیا یې ور څخه پوښتنه وکړه چې که په کتاب الله کې دې مسئله پیدا نه کړه بیا په څه حکم کوې، هغه وویل په سنتو او بیا یې ور څخه پوښتنه وکړه چې که په سنتو کې دپیدانه کړه بیا په څه شی فیصله کوي، هغه وویل چې اجتهاد او قیاس کوم، د معاذ(رضی الله عنه) له دې خبرې څخه معلومېږي چې له اجتهاد او قیاس کار اخیستل دا په مقاصدو باندي عمل کول دي.

دصحابه و په وخت کې ډیر فقهي مسایل رامنځ ته شوي، چې هغوی د شرعي مقاصدو په بنسټ او رڼا یې حکم راویستلی، چې څو بیلګې یې دلته راوړو:

- ۱ - د قرآن کریم جمع او را ټولول، چې د رسول الله (صلی الله علیه وسلم) په وخت کې نه و راټول شوی، د قرآن کریم راټولولو مقصد دا وو چې د قرآن کریم ساتنه وشي او ضائع نه شي.
- ۲ - دلورې په کال (عام المجاعة) چې په مدینه کې قحط راغلی وو، د غله لاس نه پرې کېده، ځکه چې شبهه په کې وه او په شیهاتو سره حدود منع او دفع کېږي.
- ۳ - خو تنه په یو تن باندې وژل او قصاص کول: که چېرې خو تنه په گناه یو تن ووژني نو دغه ټول قاتلین بلل کېږي او ټول قصاص کېږي، تر څو د نفسونو ساتنه وشي.
- ۴ - د تراویحو د لمانځه لپاره اجتماع او راټولیدل: چې دا عمل د عمر فاروق (رضی الله عنه) په وخت کې شوی دی.

د فقهی مذهبونو په دور کې هم امامانو له مقاصدو څخه په خپلو فتوا گانو کې ګټه اخیستې ده او شرعي مقاصدو یې په نظر کې نیولي دي، ځکه چې د دوی په مذهبي اصولو کې او د احکامو د استنباط لپاره قیاس، مصالح، استحسان، عرف او سد الذرائع راغلي دي دغه ټول د شرعي مقاصدو لپاره کارول کېږي او د هر امام او د هغه شاگردان په خپلو اجتهادي اصولو کې له پورته مصادرو څخه یادونه کړې ده، د امام شافعي (رحمة الله علیه) له خپل لومړني مذهب څخه راګرځیدل او جدید مذهب او نظر غوره کول د مقاصدو په بنسټ رامنځ ته شوی دی، دغه راز په حنفي فقه کې معرفه مسئله ده، چې که په کوهی کې یو حیوان مړ شي، نو دکوهي ټولې اوبه نجسې شوې او دکوهي بوکه او رسی هم پلپټه ګڼل کېږي او کله چې اوبه راوویستل شي، نو د حرج او مشقت له امله په کوهي او د هغه په رسی د پاکې حکم کېږي، او حال داچې قیاس دا شیان پلپټ ګڼي او باید هر یو څیز بوکه، رسی او دکوهي دیوالونه ومینځل شي.

دغه راز داستصناع عقد جواز لري، حال داچې قیاس یې نه مني ځکه چې د معدوم څیز پلورل جواز نلري، خو د بنده گانو د اړتیاو لپاره په اجماع سره دغه بیعه روا شوی ده، ترڅو د بنده گانو اړتیاوې پوره شي، همدا راز د قیاس له مخې سقاوې (حمام) ته تلل جواز نلري، ځکه چې د اوبو اندازه نامعلومه ده نو قیاس یې د عدم جواز غوښتنه کوي، خو د ضرورت له مخې حمام ته تلل او هلته غسل کول جواز لري، ځکه چې له یوې خوا څخه اړتیا ده اوله بلې خوا عرف او د خلکو دود په دې هکله راغلی.

دغه راز د زمانې په بدلون سره په احکامو کې هم بدلون راځي لکه د متاخرینو علماو فتوا د قرانکریم د تعلیم، امامت او اذان سره په مزدوري اخستلو باندې فتوا ورکړې ده او دا فتوا د

ضرورت په بنا ورکړل شوې، داځکه چې که دغه خلک په کسبونو، زراعت او سوداګرۍ سره مشغول شي، نو ديني شعایر او قرانکریم به ضایع شي.

دوهمه مرحله: د حکیم الترمذي څخه تر الجويني پورې:

په دغه مرحله کې مقاصد له نورو علومو سره جوخت او پیوست ذکر شوي، چې د الجويني تر زمانې پورې رسېږي.

حکیم ترمذي د (ترمذ) په منطقه کې زیږېدلی د پیدایښت نېټه یې معلومه نه ده، دغه راز د هغه د وفات په نېټه کې هم اختلاف دی، خو هغه د دریم او څلورم قرن له علماؤ څخه دی، ځینو د هغه دوفات نېټه (۳۲۰) هجري کال ښودلی دی، د هغه پوره نوم محمد بن علي بن الحسن بن بشر الحکیم الترمذي دی، حکیم ترمذي ډیر کتابونه لیکلي چې په هغو کې (الصلاة ومقاصد ها) او بل (الحج واسراره) هم دی. (۱۷) د دواړو کتابونوله نومونو څخه جوتیږي چې د لمانځه او حج له موخو او اسرارو څخه یې بحث او بیان کړی، او لومړنی کس دی چې شرعي احکام یې معلول په علت سره ګڼلي دي، حکیم ترمذي په خپل یو بل کتاب (نوادراصول) کې د شرعي احکامو اسرار او موخې بیان کړي دي، داچې په هغه باندې تصوف غالب و، نو د رکوع، سجدې لپاره یې بیل بیل تعبیرونه کړي دي، لکه قبلې ته مخ کولو سره لمونځ کوونکی له سرغړونې څخه ساتل کېږي، او په تکبیر ویلو سره لمونځ کوونکی له کبر او لویې څخه پاک کېږي او په ثنا ویلو سره له غفلت څخه خلا صیږي، او په رکوع کولو سره له خیانت او غدر څخه ساتل کېږي، او په سجده کولو سره له ګناه څخه پاک ساتل کېږي او له ګناه څخه بچ کېږي. (۱۸)

۲ - ابو زید البلخي: دغه فقهی عالم په (۳۲۲) هجري کې وفات شوی، ده هم یو کتاب لیکلی چې نوم یې دی (الابانة عن علل الديانة) په دې کتاب کې هم د معاملاتو په هکله یې مقاصد بیان کړي دي (۱۹)

۳ - ابوبکر القفال الشاشي: مکمل نوم محمد بن اسماعيل شافعي مذهب منسوب، په (۲۹۱) هجري کې زیږېدلی، او په (۳۶۵) هجري کال کې وفات شوی، د التقريب، محاسن الشريعة، کتابونه یې لیکي او د امام شافعي (رحمة الله عليه) د (الرسالة) نومې یې کتاب هم شرح کړی. (۲۰) ابوبکر القفال د محاسن الشريعة، نومې کتاب کې د اسلامي شریعت د احکامو موخې راوړي، هغه په دغه کتاب کې په اجمالي ډول او بیا په تفصیلي توګه د شرعي احکامو محاسن او موخې وړاندې کړي، په دې ځای کې ځینې هغه محاسن او موخې د شرعي احکامو چې هغه ور څخه یادونه کړې راوړم (لمونځ په ټوله کې د الله تعالی تعظیم دی، او الله تعالی ته تذلل او د هغه د

نعمتونو شکر ادا کول دي، زکات له فقيرانو سره مرسته او د هغوی لاس نیوی دی، روژه انسان له شهوت څخه منع کوي او الله تعالی ته نژدیوالی دی، حج کول الله تعالی ته په توبه سره رجوع ده او په خپلو گناهونو باندې پینمانتیا ده، جهاد د دین د اقامې لپاره دی، په خوراکونو او څښاکونو سره د انسان د جسم تقویه او قوام راځي، تر څو د انسان نفس وساتل شي، په نکاح کې توالد او تناسل او د نسل د پایښت لامل دی، په تجارت او سوداګري کې د انسانانو اړتیاوې او ضروریات پوره کېږي، د جنایاتو د مخنیوي لپاره حدود مشروع شوي دي، ترڅو بنده ګان وویریږي اوله ظلم او تیري کولو څخه ځان وساتي، تر څو ټولنه په ډاډه زړه ژوند وکوي^(۲۱)

د ابوبکر القفال د کتاب مکمل نوم دادی (محاسن الشریعة فی فروع الشافعیة، کتاب فی مقاصد الشریعة) ددې کتاب له نوم څخه معلومیږي، چې قفال د شرعي احکامو علتونو څخه بحث کړی دی، او مقاصد یې ویشلي او هغه یې صنف بندي کړي دي او د مقاصدو له ماهیت څخه یې بحث نه دی کړی.

۵ – ابوبکر الابهری پوره نوم یې محمد بن عبد الله بن محمد الابهری دی، مالکې مذهب ته منسوب په بغداد کې اوسیدلی په (۲۸۹) هجري کال کې دنیا ته راغلی او په (۳۷۵) هجري کال کې وفات شوی، ډیر تالیفات لکه (شرح مختصر ابن الحکم، الرد علی المزنی فی ثلاثین مسئله، مسئله الجواب والدلائل والعلل، فضل المدینه علی مکه، شرح کتاب عبد الحکم الکبیر) لري.^(۲۲) الابهری چې په اصول فقه کې کوم کتاب لیکلی، له نوم څخه یې معلومیږي، چې د شرعي احکامو علتونه او محاسن یې په هغه کې څیړلي دي، خو دغه کتاب زما لاس ته راغی، چې څرنگه بحث یې ورباندې کړی دی.

۶ – محمد بن الطیب بن محمد بن جعفر په الباقلاڼي سره مشهور دی، په بصره کې پیدا شوی، د پیدایښت کال یې (۳۳۸) هجري دی، په بغداد کې اوسیدلی او په همدې ځای کې په (۴۰۳) هجري کال کې وفات شوی، ډیر کتابونه یې لیکلي چې په هغو کې (التقریب والإرشاد فی ترتیب طرق الاجتهاد) هم دی،^(۲۳) او همداراز په اصول فقه کې یې بل کتاب (الأحكام والعلل) لیکلی چې له نوم څخه یې معلومیږي چې د شرعي احکامو په علتونو باندې یې لیکنه کړې.

له دوهمې مرحلې څخه وروسته د مقاصدو علم په یو بل پړاوو کې داخلېږي چې هغه د مقاصدو وېش ده او مقاصد علم د مباحثو په بڼه کې را بر سیره شو او فقهاو په خپلو کتابونو کې ځای ورکړی دی.

دریمه مرحله: له امام حرمین څخه تر عز بن عبدالسلام پورې :

۱ - امام حرمین، چې پوره نوم یې عبدالملک بن عبد الله چې په امام حرمین او الجوینی سره شهرت لري، په (۴۱۹) هجري کې زیږېدلی او په (۴۷۸) هجري کې وفات شوی، د ده تالیفات دادی: غیاث الأمم او التیاث الظلم، العقیده النظامیة فی الأركان الاسلامیة، البرهان فی اصول الفقه، نهایت المطلب فی درایة المذهب، الارشاد فی اصول الدین، الورقات فی اصول الفقه، الشامل فی اصول الدین، او داسې نور (۲۴)

امام حرمین د قیاس په باب کې د قیاس د علتونو په هکله د فقهاو نظرونه وړاندې کړي، وروسته بیا قیاس په هکله خپل ویش وړاندې کوي: امام حرمین پنځه ډولونو ته اصول ویشي: (۲۵)

۱ - هغه اصول چې په ضروریاتو پورې تړاو لري، لکه قصاص چې علت یې د نفسونو ساتنه ده او څوک چې په نفسونو باندې تیری کوي د هغو لپاره زجر گرځي.

۲ - هغه اصول چې عامو حاجیاتو پورې تړاو لري او دغه مقاصد د ضروریاتو کچې ته نه رسېږي، لکه د خلکو تر منځ د اجارې معامله.

۳ - هغه اصول چې نه په ضرور یاتو اونه هم په حاجیاتو پورې اړه لري، بلکې د مکرماتو او ادابو په باب کې دا خلیږي، چې هغه په محاسنو سره تحلی او له رذایلو څخه ځان ساتل دي لکه د پاکۍ او نظافت رعایتول او پليتي لري کول.

۴ - هغه اصول چې استناد نه ضروري مقاصدو ته کېږي او نه هم حاجیاتو ته کېږي بلکې ددغه ډول مقاصدو لاسته راوړل مندوب او نفل گڼل کېږي، لکه د کتابت عقد چې د غلام یا مریې ازادول یې موخه او هدف وي.

۵ - هغه اصول چې نه د ضروریاتو غوښتنه کوي اونه هم د حاجیاتو غوښتنه کوي او نه هم مکرماتو ته تشویق او ترغیب لامل جوړېږي دا داسې اصول دي چې ډیر لږ رامنځ ته کېږي په هغو پورې د مفاسدو دفع کول او د مصالحو جلبول تعلق نه نیسي، لکه بدني عبادت.

امام حرمین لومړنی فقهي عالم دی چې شرعي مقاصد یې د مباحثو په بڼه کې ترتیب او په پنځو ډولونو یې ویشلي، که څه هم چې په بنسټیزه توګه د هغو پنځو ډولونو مرجع همدغو درې ډولونو ضروریات، حاجیات او تحسینیات ته کېږي.

۲ - حجة الإسلام الغزالي: پوره نوم یې محمد بن محمد بن محمد بن احمد، کنیه یې ابو حامد په الغزالي سره شهرت لري، شافعي مذهب ته منسوب دی، په (۴۵۰) هجري کال کې په طابران نومي ځای کې چې په طوس نومي ښار کې زیږېدلی، په (۵۰۵) هجري کال کې وفات شوی، هغه

حکیم، فقہی، اصولی، صوفی عالم و، ډیر تالیفات لري مشهور تالیفات یې: احیاء علوم الدین، الفرق بین صالح و غیر صالح، مقاصد الفلاسفہ، جواهران القرآن، شفاء علیل، المستصفی من علم الأصول، المنخول من علم اصول، میزان العمل. (۲۶)

امام غزالی چې د امام حرمین شاگرد پاتې شوی، د مقاصدو علم کې یې خپل برخه په لاندې توگه اداء کړې ده.

۱ - داچې د هغه استاد امام حرمین مقاصد درې ډولونو ته ویشلی وو، نو امام غزالی یو بل ډول (مکملات) هم ور اضافه کړی، لکه چې وايې: (ان المصلحة باعتبار قوتها تنقسم الى ماهی فی رتبة الضرورات و الى ماهی فی رتبة الحاجات و الى مايتعلق بالتحسينات ويتعلق بأذیال کل قسم من الأقسام مايجري منها مجرى التكملة والتممة لها ولنفهم) (۲۷)

۲ - ضروري مقاصد یې پنځو ډولونو ته ویشلي دي، لکه چې وايې (وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع فی رتبة الضرورات فهی اقوى المراتب فی المصالح) (۲۸) دغه پنځه اصولونه (د دین، نفس، عقل، نسل او مال) ساتنه یې د ضروریاتو په لړ کې راځي او دغه ضروریات د مقاصدو په لړ کې ډیر قوي مقاصد دي.

۳ - هغه دلایل چې مقاصد ورباندې پیژندل کېږي او د مقاصدو د فهم په هکله وايې (شرعي مقاصد په کتاب الله، سنت او اجماع سره پیژندل کېږي، پس هر هغه مصلحت چې فهم یې په کتاب الله، سنت او اجماع سره ثابت نه وي هغه ناپیژندل شوی او ملغا مصالح دي). (۲۹) امام غزالی د مقاصدو په علم کې ډیر ښه ابتکارات لري چې یو څو پورته وړاندې شول.

۳ - فخرالدین الرازی: پوره نوم یې محمد بن عمر بن الحسین بن علی الرازی، شافعي مذهب ته منسوب دی، په فخرالرازي سره شهرت لري، په ډیر زیاتو علومو کې یې لاس رسی درلود لکه تفسیر، فقه، اصول، ریاضي او حکمت په (۵۴۳) هجري کې زیږیدلی او په (۶۰۶) هجري کال کې وفات شوی، ډیر تالیفات لري چې په هغو کې (المحصول فی علم الاصول) هم دی. (۳۰)

له امام غزالی څخه وروسته فخرالدین الرازي په خپل کتاب (المحصول فی علم الاصول) کې د مقاصدو په اړوند پوره بحث کړی، هغه مصالح په لومړي ځل دوو ډولونو ته ویشي (مصلحت به یا په دنیا پورې تړاو لري او یا به مصلحت په آخرت پورې تړاو لري، هغه مصلحت چې په دنیا پورې تړاو لري هغه په درې ډوله دي، یا به د ضرورت په مرتبه کې وي، یا به د حاجیاتو په مرتبه کې وي، او یا به هم د ضرورت او حاجیاتو په درجه کې نه وي، لکه تحسینات او هغه مصلحت چې د

ضرورت په مرتبه کې ځای لري هغه لکه پنځه گوني مقاصد: د نفس، مال، نسب، دين او عقل ساتنه).^(۳۱)

د فخرالدين الرازی په عبارتونو کې کوم چې پورته وړاندې شول، د توجه او فکر وړ داده، چې هغه پنځه گوني مقاصد په هغه ترتيب سره نه دي راوړي، کوم چې امام غزالي راوړي دي، د امام الرازی په ترتيب کې لومړی نفس راغلی او د امام غزالي په خپل ترتيب کې لومړی دين راوړی، د فخرالدين الرازی په ترتيب کې د مال ساتنه په دوهمه درجه کې راغلي او د غزالي په ترتيب کې د مال ساتنه په پنځمه درجه کې ځای لري، دغه راز امام غزالي د مصلحتونو ترمنځ د اهم او مهم معلومولو په هکله وايي: ځينو مصلحتونو ته په ځينو نورو ترجيح ورکول کېږي، لکه ضروري مقاصد په حاجياتو مخکې دي او حاجيات پر تحسينياتو مخکې دي، همدا راز امام الرازی د پنځه گونو مقاصدو لپاره دا اصطلاحات کاروي: (التي من باب الضرورة خمسة وهي مصلحة النفوس، العقول و الأديان و الأموال والأنساب)^(۳۲) هغه مقاصد چې د ضرورياتو په لړ کې راځي هغه پنځه مقاصد دي: چې نفسونو، عقلونو، اديانو، مالونو او نسلونو ساتنه ده.

دغه راز امام الرازی د اعتبار له مخې مقاصد داسې ويشي (الوصف المناسب اما ان يعلم ان الشارع اعتبره او يعلم انه الغاه او لا يعلم واحد منها)^(۳۳) د امام الرازی له دې ويش څخه د اعتبار له مخې د مقاصدو ډولونه (معتبره مصالح، ملغا مصالح او مرسله مصالح) معلومېږي.

۴ - ابو الحسن علي بن ابي علي محمد، چې په سيف الدين الآمدي باندې ډير پيژندل کېږي، حنفي مذهب ته منسوب او بيا شافعي مذهب ته تللی، په (۵۵۱) هجري قمري کال کې زيږيدلی، په (۶۳۱) هجري کال کې وفات شوی، تر شلو پورې تالیفات لري او د هغو په لړ کې يوه (الإحكام في أصول الأحكام) څلور جزء دی،^(۳۴) سيف الدين الآمدي په دريم جزء (الإحكام في أصول الأحكام) په څلورم فصل کې د شرعي احکامو مقاصد او درجې ذکر کړي دي، هغه لومړی مقاصد په دوو ډولونو ويشي، مقاصد به يا ضروري وي او يا به ضروري نه وي، ضروري به يا اصلي وي او يا به اصلي نه وي، نو اصلي ضروري مقاصد يې پنځو ډولونو ته ويشلي دي: د دين، نفس، عقل، نسل او مال ساتنه ده، که مقاصد د ضرورياتو په لړ کې نه راځي، نو يا به خلک هغو ته اړين وي، او يا به خلک ورته اړين نه وي، که خلک هغو ته اړتيا ولري، نو بيا به يا اصلي وي، او يا به اصلي نه وي، که اصلي وي، نو دا دوهم ډول مقاصد شول چې حاجيات ورته ويل کېږي، که اصلي نه وي، نو بيا د دوهم ډول مکملات گڼل کېږي، چې هغوته مکملات ويل کېږي، او که مقاصد د حاجياتو په لړ کې نه راځي، نو بيا تحسينيات ورته وايي چې د مقاصدو دريم ډول جوړوي.^(۳۵)

همداراز د دريم جزء په دوهم فصل کې ليکي: المقصود من شرع الحكم اما جلب مصلحة او دفع مضرة او مجموع الأمرين بالنسبة الى العبد لتعالى الرب تعالى عن الضرر والإنتفاع^(۳۶) په دې پورته نص کې هم د شرعي احکامو موخه او هدف بيان شوی، په بل ځای کې د مقاصدو په اړوند ليکي: (المقاصد الخمسة التي لم تخل من رعايتها ملة من الملل ولاشريعة من الشرائع وهي حفظ الدين والنفس، والعقل والنسل والمال فإن حفظ هذه المقاصد الخمسة من الضروريات وهي اعلى مراتب المناسبات)^(۳۷) له پورته عبارت څخه معلومېږي چې ضروري مقاصد په ټولو ملتونو او شريعتونو کې شتون درلود، او دغه ضروريات د مقاصد په اوچته درجه کې ځای لري، دغه راز د اعتبار له مخې يې مقاصد درې ډولونو ته ويشلي دي، په دريمه مرحله کې د اسلامي شريعت فقهاؤ د مباحثو په بڼه کې د شرعي مقاصدو تفصيل او تشریحات وړاندې کړي دي او مختلفو ډولونو ته يې مقاصد ويشلي دي.

څلورمه مرحله - له عز بن عبدالسلام څخه تر ننه پورې:

په دغه مرحله کې د مقاصدو علم ډير زيات رشد وکړ، چې د مباحثو له دايرې څخه راوايستل شو او د ځانگړو کتابونو او تالیفاتو په څيره کې وړاندې شو، په دې مرحله کې به هغه فقهاء او علماء تر بحث لاندې ونيسو کوم چې د مقاصدو په علم کې يې کتابونه ليکلي دي.

۱ - عز بن عبدالسلام: پوره نوم يې عبد العزيز بن عبدالسلام بن ابي القاسم بن الحسن السلمی الدمشقی، په سلطان العلماء سره شهرت لري، د شافعي مذهب پيرو، په (۵۷۷) هجري قمری کې په دمشق کې زيږيدلی او په (۶۶۰) هجري قمری کال په قاهره کې وفات شوی.

عز بن عبدالسلام ډير کتابونه ليکلي، چې تالیفات يې ديارلسو ته رسيږي، چې په هغو کې (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) او مقاصد الرعاية او قواعد الشريعة راځي، نو دغه درې سره کتابونه په ځانگړې توگه د (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) کتاب چې د شرعي مقاصدو پر حقيقت او ماهيت غږيږي، په دې کتاب کې مختلف فصلونه دي چې زيات يې په شرعي مصالحو باندې راڅرخيږي، لکه وايي (فيما تعرف به المصالح والمفاسد وفي تفاوتهما) تردې فصل لاندې راغلي چې: منځکې له دې څخه چې شرعي دليل راشي خالص دنيوي مصالح او مفاسد په عقل سره هم پيژندل کېږي، او دا خو په عقل هم معلومېږي چې راجح مصلحت يا غټ مصلحت پر کوچني او مرجوح مصلحت وړاندې وي، دغه راز غټه مفاسده د کوچني مفسدې په منلو بايد دفع شي، خو اخروي مصالح يواځې په وحې سره پيژندل کېږي، په دې ځای کې عقل اعتبار نه لري.



عزبن عبدالسلام د مصالحو او مفسادو په حقيقت باندې بحث کړی، دا چې په طاعتو او مفسادو باندې څه اثر مرتبېږي هم بحث کړی، عز بن عبدالسلام په يو ځای کې داسې ليکلي: (الشريعة كلها مشتملة على جلب المصالح كلها دفعها و جملها و على درء المفساد بأسرها دفعها و جملها ، فلا تجد حكما لله إلا و هو جالب المصلحة عاجلة او آجله او درء مفسدة عاجلة او آجلة) (۳۸)

دغه راز نوموړي د مصالحو او مفسادو تر منځ په تعارض او ټکر، او د مفسادو تر منځ په ټکر باندې پوره بحث کړی، همدا راز د شرعي احکامو په حکمتونو او علتونو باندې يې هم بحث کړی، نو په اخر کې ويلای شو، چې عزبن عبدالسلام هغه شخص دی، چې شرعي مقاصد او مصالح يې د کتاب په بڼه کې وړاندې کړل او ځانگړی کتاب يې ورباندې وليکه او دده کتاب د وروستنيو فقهاء لپاره اساسي مصدر گڼل کېږي، او چا چې له عز بن عبدالسلام څخه وروسته د شرعي مقاصدو په هکله کتاب ليکلی له (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) څخه يې استفاده کړی ده.

د (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) کتاب ځانگړتيا په دې کې ده، چې د شرعي احکامو جزئي مقاصد يې بيان کړي دي، او د مقاصدو په خپل منځ او د مفسادو په خپل منځ کې د تعارض په دفع او ترجيح باندې راڅرخيږي، د دې کتاب ځانگړتيا دا هم دی چې مصالح او مفساد يې په ډولونو ويشلي دي.

۲ - ابو اسحاق الشاطبي: پوره نوم يې ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، په (الشاطبي) سره شهرت لري، مالکي مذهب ته منسوب د غرناطی او سيدونکې دی، د پيداينست کال يې نامعلوم دی او په (۷۹۰) هجري قمري کال کې زيږيدلی دی، ډير تالیفات لري، چې تر اتو پورې يې تالیفات رسېږي او په هغو کې يې مشهور کتاب (الموافقات في أصول الفقه) دی، چې د اصول فقه په علم کې ليکل شوی، او دغه کتاب څلور ټوکه کې چاپ شوی، چې په لومړي ټوک يې پر مقدماتو مشتمل دی، په دوهم ټوک کې يې په (کتاب الأحكام) باندې بحث کړی، او دريم ټوک کې يې (کتاب المقاصد) دي، چې په دې کتاب کې د شرعي مقاصدو پر حقيقت او ډولونو يې بحث کړی، مقاصد يې ضروريات، حاجيات، او تحسينياتو ته ويشلي او د هغو مکملات يې هم ذکر کړي دي، دغه راز شرعي مقاصد يې اصلي او تبعي مقاصدو ته ويشلي دي، شاطبي د مقاصدو کتاب په دوه برخو ويشلی، لومړنۍ برخه کې يې د شارع مقاصد او په هغو پورې مربوط مسائل او په دوهمه برخه کې د مکلف مقاصد راوړي دي، تر عزبن عبدالسلام څخه وروسته د ده کتاب ډير مهم او حتا هغه ته د مقاصدو پلار ورته ويل کېږي.

د شاطبي کتاب کې دا ځانگړتياوې شته دي، چې د مقاصدو ډولونه لکه د مصالحو ویش اصلي اوتبعي ته او حقونه يې په دوه برخو ويشلي: د الله تعالی حقونه او د بنده گانو حقونه او همداراز هغه په دې خبره بحث کړی چې اصل په طاعتو کې د الله تعالی عبادت او بنده گمی ده او په عادتونو کې اصل تعلیل دی.

۳ - محمد الطاهر بن عاشور: دغه نامتو عالم په (۱۲۹۶) هجري کال په تونس کې زيږيدلی دی، ډير کتابونه يې ليکلي دي چې (مقاصد الشريعة) يې ډير معروف کتاب دی، په (۱۳۹۴) هجري کې په تونس کې وفات شوی دی. (۳۹)

ابن عاشور هم د مخکنیو فقهاؤ په څير د مقاصدو ارزښت او د مقاصدو د اثبات لارې يې تر بحث لاندې نيولي دي، او د ظني مقاصدو په ډولونو باندې يې بحث کړی، ابن عاشور د خپل کتاب په دوهم باب (القسم الثاني) کې د اسلامي شريعت عام مقاصدو باندې بحث کړی، او هغه يې د احکامو تفصيلي او جزئي مقاصدو ته ويشلي دي، او د کتاب دريم باب يې (القسم الثالث) هغو خاصو مقاصدو ته ځانگړی کړی، چې د خلکو ترمنځ د معاملاتو په ترڅ کې تحقق پيدا کوي، لکه د کورنۍ مقاصد يې ذکر کړي دي، د نکاح مقاصد يې بيان کړي، د مالي تصرفاتو مقاصد يې بيان کړي، د قضاء او شهادت مقاصد يې تر بحث لاندې نيولي دي، په اسلامي شريعت کې چې کومې جزاگانې راغلي د هغو مقصد يې بيان کړی دی.

زما په آند د ابن عاشور د کتاب ځانگړتيا په دې کې دی، چې د شريعت د عام مقصد په لړ کې يې مساوات او حریت ذکر کړی دی، او پر هغو يې بحث کړی او بله ځانگړتيا يې دا ده چې د کتاب څخه داسې څرگنديږي، چې د مقاصدو د علم په نوم، د تاسيس غږ او داعيه يې راپورته کړی ده، طاهر ابن عاشور څخه وروسته د مقاصدو علم يو ځانگړی علم وگرځيده او فقهاؤ دغه علم ته مخه وکړه او زيات کتابونه په کې وليکل شو او د مجتهد لپاره شرط چې هغه په شرعي مقاصدو باندې پوه وي، يواځې مجتهد نه بلکه مفتي او مقنين هم اړينه ده چې د شرعي مقاصدو علم ولري.

پايښي:

- ۱ - شرعي مقاصد په اوس وخت کې يو ځانگړی او مستقل علم دی.
- ۲ - د شرعي مقاصدو علم په تدريجي توگه وده کړی دی.
- ۳ - د شرعي مقاصدو علم د مجتهد لپاره ډير اړين دی.
- ۴ - فتوا بايد د شرعي مقاصدو په رڼا کې وي.
- ۵ - د اسلامي شريعت احکام مفاصد دفع کوي او مصالح جلبوي.

- ۶ - د اسلامي شريعت احكام د دنيا او آخرت لپاره دي.
 ۷- مقاصد به د اسلامي شريعت د نصوصو په رڼا كې وي .
أخځليک او مراجع:

- ۱- المحيط في اللغة، الطالقاني، اسماعيل ابن عباد بن العباس، المحيط في اللغة، دارالنشر: عالم الكتب بيروت، لومړی چاپ (۱۴۱۴) كال، ۴۴ مخ.
- ۲- المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي ابوالعباس، المصباح المنير، اوم جزء، ۴۱۲ مخ.
- ۳- لقمان، ۱۹ ايت.
- ۴- النحل، ۹ ايت.
- ۵- الصحاح في اللغة، الفراهي، أبونصر اسمعيل بن حماد الجوهري، دوهم جزء، ۷۹ مخ.
- ۶- تاج العروس، الزبيدي، محمد بن عبدالرزاق ، الناشر: دارالهداية نهم جزء، ۳۵ مخ.
- ۷- التوبة، ۴۲ ايت.
- ۸- حجة الله البالغة، الدهلوي، الامام أحمد المعروف بشاه ولي الله، قديمي كتاب خانه كراچي، لومړی ټوك، ۲۱ مخ.
- ۹- المقاصد العامة للشريعة الاسلامية، يوسف حامد، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، لومړی چاپ، (۱۴۱۲) كال، ۷۹ مخ.
- ۱۰- اصول الفقه الاسلامي، دكتور وهبة الزحيلي، دارالفكر دمشق، (۱۴۰۶) كال، دوهم ټوك، ۱۰۱۷ مخ.
- ۱۱- علم المقاصد الشريعة، الخادمي، نورالدين مختار ، الناشر: مكتبة العبيكان الرياض، لومړی چاپ (۱۴۲۱) كال، ۲۷ مخ.
- ۱۲- العنكبوت، ۴۵ ايت.
- ۱۳- البقرة، ۱۸۳ ايت.
- ۱۴- التوبة، ۱۰۳ ايت.
- ۱۵- سنن ابي داود، السجستاني، سليمان ابن اشعث، دارالكتب العربي بيروت، لومړی جزء، ۱۴۵ مخ.
- ۱۶- سنن ابي داود، شپږم جزء، ۵۷ مخ.
- ۱۷- خيرالدين بن محمود بن علي الدمشقي، الاعلام للزركلي، دارالعلم الملايين، پنځلسم چاپ (۲۰۰۲) كال شپږم جزء، ۲۷۲ مخ.
- ۱۸- فقه المقاصد: نوط الاحكام الشرعية بمقاصدها، جاسر عودة، دريم چاپ، (۲۰۰۸) كال ۱۶ مخ.
- ۱۹- پخوانی مرجع، ۱۸ مخ.
- ۲۰- معجم المؤلفين، الكحالة، عمررضا، مكتبة المثنى بيروت، احياء التراث العربي. لسم جزء، ۳۰۸ مخ.
- ۲۱- محاسن الشريعة، الشاشي، ابوبكر القفال، دارالكتب العلمية، لومړی چاپ (۱۳۲۷) كال، ۳۰ مخ.
- ۲۲- معجم المؤلفين، لسم جزء، ۲۴۱ مخ.
- ۲۳- ملاحق تراجم الفقهاء الموسوعة الفقهية، وزارت الاوقاف والشئون الاسلامية. يولسم جزء، ۳۰ مخ.

- الاعلام للزرکلي، خلورم جزء، ۱۶۰مخ. ۲۴
- ۲۵– البرهان فى اصول الفقه، الجويني، عبدالملك بن عبدالله، الوفا المنصورة مصر، خلورم چاپ (۱۴۱۸) كال دوهم جزء، ۶۰۲مخ.
- الاعلام للزرکلي، اوم جزء، ۲۲مخ. ۲۶
- ۲۷– المستصفى فى علم الاصول، ابوحامد محمد بن محمد الغزالي، الناشر: مؤسسة الرسالة، لومړى چاپ (۱۴۱۷) كال.
- لومړى جزء، ۴۱۶مخ.
- المستصفى فى علم الاصول، لومړى جزء، ۴۱۷مخ. ۲۸
- پخوانى مرجع، ۴۳۰مخ. ۲۹
- معجم المؤلفين، يولسم جزء، ۷۹مخ. ۳۰
- ۳۱– المحصول فى علم الاصول، الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية رياض، لومړى چاپ (۱۴۰۰) كال، پنځم جزء، ۲۲۳مخ.
- پخوانى مرجع، ۶۱۲مخ. ۳۲
- پخوانى مرجع، ۲۲۹مخ. ۳۳
- الاعلام للزرکلي، خلورم جزء، ۳۳۲مخ. ۳۴
- ۳۵– الاحكام فى اصول الاحكام، الآمدي، على بن محمد أبوالحسن، الناشر: دار الكتاب العربى بيروت، لومړى چاپ (۱۴۰۴) كال. دريم جزء، ۳۰۰-۳۰۲مخ.
- پخوانى مرجع، ۲۹۶مخ. ۳۶
- پخوانى مرجع، ۳۰۰مخ. ۳۷
- ۳۸– قواعد الأحكام فى مصالح الأنام، سلطان العلماء، عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام، دار ابن حزم بيروت، لبنان لومړى چاپ (۱۴۲۴) كال. ۳۳مخ.
- موقع الاسلام السؤال والجواب. ۳۹

اداره و سیر تکامل آن

قانونمل محمد حریف ظریف

مقدمه

در دنیای امروز، اداره و حقوق اداری چنان نقش ارزنده و مهم دارد که هیچ امری اعم از فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، بدون وجود اداره سالم و حقوق اداری که ضمن قوانین، مقرر شده، لوازم و تعاملات سالم اداری تنظیم می گردد. بدرستی میسر نیست.

اداره توانسته است همزمان با تحولات اجتماعی انکشاف پیدا نماید و بتواند. نظم عمومی را برقرار کرده تا صلح و امنیت اجتماعی که برای تحقق آزادی های فردی و جمعی لازم است استقرار یابد. اداره به ایجاد مدیریت سالم جهت عرضه خدمات عمومی به خصوص هنگامیکه ابتکارات خصوصی قادر به انجام آنها نیستند. مبادرت می نماید و باعث می شود که قدرت عمومی مداخله کند. اداره مجموعه فعالیت های خصوصی را نیز نظم می بخشد و مقرراتی را برای آن ها وضع می کند.

فعالیت دولت عموماً دارای یک ساحت وسیع تطبیقی بوده و در تمام ساحات زندگی عامه و انفرادی، اراده دولت محسوس می باشد خواه با موجودیت قانون یا توسط تدارک شرایط جهت رفاه عامه و یا توسط مداخلات امریه و یا طور ساده توسط هر فعالیت دولتی.



این اصل را فیلسوف یونانی ارسطو برای بار اول چوکات بندی نموده و اظهار داشت که فعالیت دولت به سه دسته تقسیم می گردد: تشریحی، اجرائیه و قضائیه.^۱ این سه قدرت دولتی بعداً توسط مونتسکیو فیلسوف معروف فرانسه به صورت ارگان های مشخص تفکیک گردیده و به طور مدرن و علمی اصل تفکیک قوا را به وجود آورد. ۱- قوه اجرائیه ۲- قوه قضائیه ۳- قوه مقننه.

در قرن (۱۸) و به خصوص با نظریات مونتسکو اداره به شکل یک قدرت مستقل عرض وجود نمود و با روی کار آمدن وزارت ها و تشکیلات اداری آن، اداره دارای نظم خاص گردید.

اداره بعد از جنگ جهانی دوم سریعاً انکشاف نموده و قسمتاً ادارات، از نظر وظایف اجتماعی و تخصصی و داشتن کارکنان در رشته های تکنالوژی و الکترونیکی طوری انتظام یافت، که امروز شاهد آن هستیم.

مفهوم و ماهیت اداره:

اداره عبارت از نظام اجتماعی و طرح روش ها و شالوده های خاص که در آن، عده کثیری از افراد به منظور رسیدن به یک سلسه اهداف نسبتاً مشخص به انجام وظایف پیچیده و دقیق مشغول اند.^۲

کلمه اداره می تواند، مفاهیم زیادی داشته باشد. در حقوق اساسی عموماً این کلمه به مفهومی استعمال گردیده که قوه اجرائیه را از دو قوه دیگر دولتی جدا می نماید. البته این مفهوم از تفکر فیلسوف حقوق منتیسکو، نشئت نموده است در غیر آن از اداره در حقوق اساسی عموماً به صورت جزوی، اسم می برند. در بعضی از قوانین اساسی کتبی، قوه سه گانه دولت به قوه اجرائیه، مقننه و قضائیه تقسیم شده و در نتیجه از اداره چنین تعریف به عمل آمده

۱- پوهاند دکتور عطا محمد نورزائی، حقوق اداره، چاپ اول، ص (۵۸) سال ۱۳۸۹.

۲- پوهنیار گلرحمن، حقوق اداری، چاپ دوم، ص (۴)، سال ۱۳۸۸.

است: اداره عبارت از فعالیت است که اگر از قوه مقننه وقضائیه صرف نظر کنیم از طرف دولت اجرا می شود.

مشابه به این شکل اکثراً در حقوق اداره به تعاریفی بر می خوریم ، مخصوصاً در قاره اروپا در ساحة علم حقوق که بیشتر اداره را حقوقی می دانند که اتکا می کنند به اداره عامه ، مورد استعمال قرار می گیرد. به اساس این مفهوم اداره عبارت از فعالیتی است که از طرف مقامات عالی دولتی بدون در نظر گرفتن موضوع اجرا واعمال می گردد.^۳

در جزء (۱) ماده سوم قانون کار در رابطه به اداره تحت عنوان اصطلاحات چنین حکمی پیشینی گردیده است :

۱- اداره: عبارت از وزارت ها ، ادارات دولتی و غیر دولتی ، کمیسیون های مستقل ، تصدی ها ، تشبثات خصوصی ومختلط ومؤسسات خارجی مقیم جمهوری اسلامی افغانستان که کارکن در آن مصروف کار تولیدی یا خدماتی می باشد.^۴

فقره های (۲و۱) ماده یکصدوسی وششم قانون اساسی افغانستان در رابطه به اداره جمهوری اسلامی افغانستان چنین صراحت دارد:

« اداره جمهوری اسلامی افغانستان بر اساس واحد های اداره مرکزی وادارات محلی ، طبق قانون تنظیم می گردد.

اداره مرکزی به یک عده واحد های اداری منقسم می گردد که در رأس هر کدام یک نفر وزیر قرار دارد.^۵

واژه اداره ، از نظر پروفیسور ژرژودل دارای دو مفهوم آتی می باشد:

^۳ - پوهاند دوکتور عطا محمد نورزائی، حقوق اداره ، چاپ اول ، ص(۳۹) ، سال ۱۳۸۹.

^۴ - قانون کار منتشره جریده رسمی شماره(۹۶۶) سال ۱۳۸۷.

^۵ - قانون اساسی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره(۸۱۸) سال ۱۳۸۲هـ.ش.

۱- مفهوم کاربردی اداره:

اداره به مفهوم کاربردی آن عبارت از فعالیت‌ها و خدماتی است که به وسیله سازمان‌های عمومی و یا تحت نظر آنها انجام و ارایه می‌شود. در مفهوم کاربردی اداره، اهداف و مقاصد اداره مورد نظر است. به عنوان مثال، مکتبی که از لحاظ کاربردی به دنبال تعلیم و تربیه دانش‌آموزان است، به عبارت دیگر هدف از تأسیس مکتب، آموزش، دانش‌آموزان است. منظور از مفهوم کاربردی اداره، اهدافی است که اداره دنبال می‌نماید. در حقوق اداری دو هدف عمده را برای اداره یا سازمان اداری در نظر گرفته‌اند. حفظ نظم عمومی و انجام خدمات عمومی.

۲- مفهوم سازمانی اداره:

اداره به مفهوم سازمانی به مجموع امکانات و اشخاصی گفته می‌شود، که اهداف اداره را تحقق می‌بخشند. در مفهوم سازمانی اداره، بکارگیری ابزارهای مادی و نیروی انسانی که در تحقق اهداف اداره مؤثراند، مورد نظر می‌باشد. در مثالی که ارایه شد. مکتب از لحاظ سازمانی شامل ساختمان، تجهیزات درسی، بودجه، آموزگاران و غیره می‌باشد. به هر اندازه مکتب از امکانات سازمانی برخوردار باشد، به همان اندازه می‌تواند به اهداف خود دست یابد. اداره در واقع واحد سازمان یافته‌ای است که فعالیت آن بستگی به وجود امکانات مادی و غیر مادی (نیروی بشری) دارد. تحقق اهداف دولت یعنی حفظ نظم عمومی و انجام خدمات عامه با استفاده از خدمات مذکور میسر است. اداره از نظر سازمانی عبارت از مجموع سازمان‌های اداری، اعم از وزارت خانه‌ها، ادارات دولتی و مؤسسات عمومی که با تمام امکانات موجود، شامل امکانات مادی و انسانی اهداف اداره را تحقق می‌بخشند.^۶



^۶ - دکتر رضا موسی زاده، حقوق اداری، چاپ یازدهم، ص (۳۶) سال ۱۳۸۸.

اداره و سازمان های اداری:

اداره یک سازمان رسمی است که برای نیل به هدفی که معمولاً نفع عمومی را دربر دارد به وجود می آید. مثلاً وزارت تحصیلات عالی که برای تنظیم و اجرای سیاست های دولت در این موضوع طبق احکام قانون تشکیل شده است. همچنین یک شرکت دولتی که به طور نسبی هم هدف ارایه خدمت به مردم را تعقیب می نماید و هم هدف بدست آوردن منفعت را دارد، سازمان رسمی محسوب می شود. این سازمان ها را سازمان های عمومی گویند. در مقابل این سازمان ها، سازمان های بخش خصوصی قرار دارد که هدف اصلی و اولیه آنها بدست آوردن منفعت است اگرچه به نحوی در ارایه خدمات عمومی مشارکت نمایند. مانند شفاخانه های خصوصی.^۷

سیر تکامل اداره:

اکثریت دولت های امروزی در گذشته ها ساحات کوچکی بودند که در داخل سرحدات یک دولت بزرگ ویا تحت فرمانروائی یک پادشاه با هم ارتباط داشتند. مثلاً قبل از اینکه اسرائیلی ها به فلسطین داخل شوند، این سرزمین به یک تعداد از دولت های شهر نشین کوچک خود مختار تقسیم گردیده بود. برای اولین بار یک اداره مرکزی از طرف داود "David" به میان آمد. که بعد از مدت کوتاهی از بین رفت، اما برعکس دولت های خود مختار شهری در یونان قدیم هیچ وقت نتوانست شکل یک دولت ملی را به خود اتخاذ نماید، لیکن هنگامی که رومی ها انگلستان را فتح نمودند، در آنجا به یک نوع تشکیلات محلی بر خوردند، که از خود مختاریت اداری برخوردار بود. رومی ها این تشکیلات را (pagi) پگی نام گذاری نمودند. این طور ساختمان اداری را در ایتالیا به نام (sivitates) یاد می کردند و

^۷ - دکتر ولی الله انصاری، کلیات حقوق اداری، چاپ پنجم، ص (۳۷) سال ۱۳۸۳.

رومی ها از این (pagi) اتحاد بزرگ اداری را به میان آوردند، و به نام (sivitaten) مسمی نمودند.

جرمن ها به عین ساختمان اسم (gau) را اطلاق نمودند و در کشور های ممالک اسکندیناوی، قسماً این ساختمان های اداری خود مختار را به نام (gewely) یاد می کردند.^۸ برای اینکه از این خود مختاری های کوچک اداری، بتوانند دولت های ملی را به میان آورند، تقریباً هزاران سال را در بر گرفت تا کشور های قوی مرکزی به میان آمده و ساختمان دولت های ملی را به وجود آوردند. و بعداً کشور گشائی های این دولت های ملی سبب شد تا بعضی کشور های دیگر را به خود مطیع ساخته و از موجودیت چندین دولت ملی یک دولت بزرگ ملی پر قدرت به میان آوردند، قوی ترین آنها دولت روم بود که تقریباً (۴۰۰) سال قبل از میلاد به میان آمده و قوی ترین دولت مرکزی را به جهان بوجود آورده و مدنیت با ارزشی را به میراث گذاشت.

در روم اساساً هر کلیسای کاتولیک مستقلاً توسط خود کلیسا اداره می گردید، اما بعد از سده اول میلادی شکل اداره آنها تغییر نموده و کلیسای ایالتی به دور کلیسای شهری جمع شده، که در سده دوم کلیساهای مرکزی قدرت کامله را بدست گرفتند و از تمرکز قدرت های پراکنده جلوگیری نمودند، تا اینکه به مرور زمان قدرت مرکزی قوی در روم به میان آمد و پاپ به حیث عالی ترین و قوی ترین قدرت مرکزی تمام قدرت ها را به شکل مرکزی به خود انتقال داد. قسمیکه دیده می شود واضح می گردد که تشکیلات کلیسا در سیر تکامل خود، تمایلات مرکزیت را پی ریزی نموده و هرم اداره مرکزی را از پائین به بالا به میان آوردند.

در تحت حکمروائی رژیم فیودالی مخصوصاً در آلمان و فرانسه تمام قدرت حکومتی در دست شهزاده های ایالتی قرار داشت. در این دوره به مشکل سلسله مراتب اداری را در تحت نظام شاهی می توان سراغ نمود، زیرا اشراف هر کدام بالذات دارای قدرت بودند که این سلطه بیشتر رژیم های کشور های اسکندیناوی مخصوصاً دنمارک را تحت تسلط خود داشت، تأثیر

- پوهاند دوکتور عطا محمد نورزائی، حقوق اداره، چاپ اول، ص (۷۰)، سال ۱۳۸۹.^۸

این سیستم در آلمان عواقبی را به خود آورد ه تقریباً در هر ایالت جرمنی شاهان مطلق العنان به وجود آمدند . که تا قرن (۱۸) ادامه داشت ، بعد از قرن (۱۸) آلمان واحد ایجاد ، اما بعد از کشمکش های جنگی مخصوصاً پس از لشکر کشی های ناپلیون در اروپا از اوضاع اداره به صورت مشخص در این سرزمین ، کدام تصویر دولتی به نظر نمی خورد و این وضع تا زمان حمله المان به اطریش و فرانسه دوام داشت تا اینکه در سال (۱۸۶۶) دولت المان قیادت دوباره قدرت مرکزی اداره را در دست گرفت.^۹

در انگلستان اوضاع شکل دیگری را داشت ، از نظام فیودال که بتواند با مقام شاهی رقابت نماید ، چیزی به چشم نمی خورد ، بدین منظور انگلستان به حیث یک دولت ملی با مرکزیت قوی باقی ماند . مامورین اداری به همان سبک ماموریت در خدمت پادشاه باقی مانده و اوامر او را که در بخش حکومت داری از طرف اداره مرکزی صادر می گردید ، اجرا می نمودند ، در دنمارک و سویدن که اساساً تعداد زیادی از مردم در دهات زندگی می نمودند ، نظم اداری به شکل خود اداریت اداری به نحوی در جریان بود که از نظر ماهیت مانند نظم اداری یی بود که در دیگر جاها از طرف اداره مرکزی تحمیل می گردید . حتی این نظم در دوره های که آزادی دهاقین شدیداً از طرف اشرافیون محدود گردیده بود ، نیز جریان داشت .

انکشافات اداری در اکثر کشور های اروپائی تقریباً به شکل مقایسوی در رشد و تکامل بودند اما وضع انکشاف اداره در ایالت متحده امریکا شکل دیگری داشته که با اداره اروپا قابل مقایسه نبود ، زیرا انکشافات اداره مرکزی که با توجه با ساختمان اجتماعی و عوامل مؤثر این کشور ها انکشاف نمود ، در امریکا به عین شکل انکشاف ننمود .

نتیجه:

جهان معاصر پر از نیازها ، مسایل و مشکلات شخصی ، گروهی ، ملی و بین المللی است و روز تا روز دامنه این نیازها و ضروریات گسترش می یابد . وضع دهاقین و روستا نشینان دیروز

^۹ پوهاند دوکتور عطا محمد نورزائی، حقوق اداره ، چاپ اول ، ص (۷۳) ، سال ۱۳۸۹ .

به کلی متفاوت از وضع انسان صنعتی و شهر نشین امروزی است. حکومت های امروز نیز با حکومت های دیروز متفاوت است، حکومت های امروز، قوت و مشروعیت خود را از مردم می گیرند. و در مقابل آنها مسئولیت دارند. فلسفه کشور داری عصر حاضر بر تأمین و رفع نیاز های همگانی مادی و معنوی مشترک مردمی پیوند دارد که بر آنها حکمرانی می کند و انجام چنین کاری ساده نمی باشد. به منظور حل مسایل و مشکلات پیچیده اجتماعی و نیاز های روز افزون عمومی مانند، مبارزه با جرایمی که ناشی از فقر، جهل می باشد نیاز به ایجاد یک اداره دارد. این یک واقعیت است که کار پیچیده به وسیله و افزاری که به آن بتوان آن کار را انجام داد، اداره یاسازمان احتیاج دارد. از آنجائیکه منابع و امکانات محدود است و نیاز ها زیاد و روز به روز هم فاصله بین آنها زیاد می شود، بنابراین عاملی که تنها میتواند این فاصله ها را از میان بردارد، اداره است. اداره با دخالت مدیریت به نیروی بزرگی تبدیل می گردد، که قادر به انجام هر کار پیچیده باشد.

اداره به معنی مجموع دستگاه اداری می باشد و مراد از آن مجموع، سازمان ها مقامات و اشخاصی اند که قوانین کشور، برنامه ها، سیاست ها و خط مشی عمومی حکومت را به موقع اجرا می گذارند.

منابع و مأخذ:

- ۱- پوهنیار گلرحمن، حقوق اداری، چاپ دوم، ص (۴) سال ۱۳۸۸.
- ۲- پوهاند دوکتور عطا محمد نورزائی، حقوق اداره، چاپ اول، صفحات (۳۹، ۵۸، ۷۰ و ۷۳)، سال ۱۳۸۹.
- ۳- داکتر رضا موسی زاده، حقوق اداری، چاپ یازدهم، ص (۳۶) سال ۱۳۸۸،
- ۴- دکتر ولی الله انصاری، کلیات حقوق اداری چاپ پنجم، ص (۳۷) سال ۱۳۸۳.
- ۵- قانون کار منتشره جریده رسمی شماره (۹۶۶) سال ۱۳۸۷.
- ۶- قانون اساسی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره (۸۱۸) سال ۱۳۸۲ هـ ش



نگاهی بر پیشینه حقوق تجارت و منابع آن

قانونمل ناجیه ظریف

مقدمه

تجارت در رشد اقتصاد کشور رول به سزائی دارد روی این ملحوظ حقوق تجارت یکی از مهمترین رشته های حقوق خصوصی محسوب می گردد. اگر توسعه ماشینیزم، تسهیلات ترانسپورتی و سایر تحولات اقتصادی معاصر مورد بررسی قرار گیرد، ملاحظه می شود. که نظر به عوامل مذکور روابط اجتماعی و اقتصادی مردم بیش از پیش انکشاف یافته و متعدد گردیده است این انکشاف وجود قوانین و مقرراتی را ایجاب مینماید تا جهات مختلف فعالیت های اقتصادی جامعه بشری را تنظیم کند. تنظیم کننده این امور، حقوق تجارت میباشد. امروز در اکثر کشور های جهان حقوق مدنی بخش از حقوق خصوصی را تشکیل داده ورشته های دیگر مانند حقوق تجارت، حقوق دریائی، حقوق هوائی هریک به طور مستقل و تحت مقررات خاص خود عمل می نمایند.

حقوق تجارت یکی از رشته های حقوق خصوصی بوده که همزمان با رشد فعالیت های اقتصادی و تجارتي به سرعت در حال انکشاف است این رشته حقوق در واقع تمام فعالیت های

تجارتی را از یکطرف مشروعیت بخشیده و از طرف دیگر به تنظیم این فعالیت ها جنبه حقوقی میدهد و نظر به نیاز های خاص این رشته به صورت مستقل از حقوق مدنی به تنظیم اعمال تجارتي می پردازد. باید گفت که این استقلالیت بصورت نسبی می باشد نه مطلق. زیرا ساحة حقوق تجارت نسبت به حقوق مدنی کوچکتر بوده و حقوق مدنی شامل کلیه روابط خصوصی افراد مانند خرید و فروش رهن، کرایه، عاریت، ودیعت، طلاق، ازدواج، مهر، نفقه و غیره می باشد. در حالیکه حقوق تجارت قواعد و دساتیری است مربوط به صنف و گروه خاص از شخصیت های تجارتي و معاملات خاص تجارتي.

طوریکه قبلاً یاد آور شدیم ساحة حقوق مدنی نسبت به ساحة حقوق تجارت وسیع می باشد. بنابراین هرگاه در ساحة حقوق تجارت به مشکلی مواجه شویم که توسط مقررات حقوق تجارت پیشینی نشده باشد در این صورت برای حل موضوع به قواعد حقوق مدنی مراجعه نموده و حل مطلب می نماییم.

سیر تاریخی حقوق تجارت :

حقوق تجارت نتیجه عادات و رسوم متداول بین اقوام مختلف است و مطالعه آن، سیر تکامل این رشته حقوق را روشن می سازد. با ظهور احتیاجات جدید، هر دوره ضرورت به پیروی از اصول و قواعد خاص را دارد. مطالعه این اصول و قواعد که تابع عادات و رسوم تجارتي است، مشکل می باشد زیرا اصول حقوق تجارت مانند اصول حقوق مدنی روشن و مشخص نیست و باید از آثار و نوشته های مختلف به کیفیت آن پی برد این تحولات را مختصراً به طور جداگانه به بحث می گیریم:

۱- مصر قدیم :

در مصر قدیم اثری از حقوق تجارت مستقل به نظر نمی رسد. اقتصاد مصر قدیم براساس زراعت استوار بوده و تجارت مختصری که صورت می گرفت در دست خارجیان، مانند یهودیان و یا اهالی بابل قرار داشت اما در بابل قدیم از قرن (۲۰) قبل از میلاد قواعد چندی راجع به سود پول، شرکت تجارتي، نگهداری مال التجاره، دیده می شود.

فنقی ها که تجارت بحری رادر مدیترانه شرقی در دست داشتند، از قواعدی پیروی می کردند که در قرون بعدی ادامه پیدا میکند یونانی ها از قرن (۷) قبل از میلاد، تجارت و بحر پیمائی مدیترانه شرقی را در دست گرفتند. ولی معلوماتی از قواعد مخصوص تجارت آنها در دست نیست و حقوق تجارت شان تابع حقوق مدنی و مقررات عادی بود تنها بعضی از رسوم از زمان یونانی ها باقی مانده است. مانند قرض به تجار برای حمل و نقل کالا های آنها با کشتی به این شرط که اگر کالا به مقصد می رسید. نفع قابل ملاحظه برای قرض دهنده بدست می آمد در غیر آن قرض گیرنده مسئول پرداخت دین نبود به همین ترتیب آثاری از استفاده حواله و برات نزد یونانیان دیده میشد خلاصه میتوان گفت که عملیات تجارته بین یونانیان به طور سازمان یافته وجود داشت .

۲- قرون وسطی: بعد از حملات و اغتشاشاتی که در قرن پنج میلادی در اروپا شروع شد تجارت تا قرن ده میلادی توسعه نداشت، توسعه حقوق تجارت از قرن یازدهم شروع و تا قرن پانزدهم ادامه یافته و میتوان گفت که این دوره شگوفائی تجارت بوده و دوره توسعه حقوق تجارت و بین المللی شدن آن نیز می باشد. سه عامل عمده باعث ایجاد این وضع گردیده بود:

۱- عامل سیاسی ۲- عامل مذهبی ۳- عامل صنعتی .

با توجه به عوامل فوق الذکر این مرحله دوره ایجاد بسیاری از تأسیسات حقوقی است که اثرات آن امروز هم در حقوق تجارت موجود می باشد خلاصه آنچه امروز به نام حقوق تجارت یاد می گردد. در قرن سیزدهم و چهاردهم میلادی به عالیترین مرتبه خود رسیده بود . از این تاریخ به بعد خصوصاً از قرن شانزدهم بدین طرف حقوق تجارت سیر نزولی خود را می پیماید. و دوره آغاز می شود . که میتوان آنرا عصر ملی شدن حقوق تجارت و دخالت دولت ها در تدوین این حقوق نامید. این عصر تا آغاز قرن اخیر که علاقه کشورها برای بین المللی شدن قواعد حقوق تجارت تبارز نمود، ادامه یافت .

۳- دوره جدید :

دوره جدید از قرن پانزدهم میلادی آغاز می شود . با حقوق تجارت قرون وسطی متفاوت است . در این دوره حقوق تجارت که حاصل آزادی عمل تجار در قرون وسطی است . و بر اساس ضرورتی دست اندر کاران امور تجاری شکل گرفته است . دولتی میشود . نتیجه دولتی شدن حقوق تجارت نیز باعث از بین رفتن خصوصیت بین المللی آن می شود . و دخالت دولت ها در تدوین قواعد تجاری جای برای تحول آزاد حقوق تجارت در یک فضای بدون مرز باقی نمی ماند . در این دوره حقوق تجارت در انگلستان استقلال وجودی خود را از دست داده در کاملاً حل می شود .

در فرانسه کوشش های زیاد دولت در جهت تحت قانون در آوردن عرف و عادات تجاری باعث به وجود آمدن اولین اصولنامه تجارت شد . بالاخره با پیروزی انقلاب کبیر فرانسه تجارت و صنعت آزاد شد و سیستم اصناف که انقلابیون نسبت به آنها بد بین بودند . از میان برداشته شده حقوق تجارت یعنی حقوق تجار به حقوق اعمال تجاری تبدیل شد . البته محاکم تجاری باقی ماند . و اعضای آنها از طرف تجار انتخاب می گردیدند .

در قرن ۱۸ از یکطرف توسعه روابط تجاری با دنیائی جدید ، انکشاف و پیشرفت صنعت ، توسعه حمل و نقل و تغییراتی که در ارزش پول به میان می آید . و از جانب دیگر توسعه امور بانکی و صرافی ، تشکیل دولت های جدید ، باعث می گردد . تا هر کشور قواعد و اصول ملی خود را بر قرار سازد و از جنبه بین المللی آن بکاهد .

۴- دوره معاصر :

انقلاب صنعتی و توسعه حمل و نقل باعث تحول عظیمی در اقتصاد و تجارت گردید . تجارت تابع اصول عرضه و تقاضا و آزادی کامل بود دولت ها سعی می کردند قواعد و اصول تجارت را در چوکات قوانین مخصوص تنظیم نمایند به این ترتیب در اکثر کشور ها با در نظر داشت احتیاجات روز ، قوانین تجاری تدوین گردید که بعداً به مرور زمان تعدیلاتی در آن وارد شده و حتی دولت ها که مقررات تجاری جداگانه نداشتند ، مجبور شدند . قواعد مربوط به حقوق



تجارت را در قوانین خود بگنجانند. حتی در انگلستان راجع به بعضی از امور تجارتي مانند شرکت ها و امور ورشکستگي قوانيني وضع شد .

در اخير قرن نژده مخصوصاً در قرن بيست اصول آزادي تجارت دچار محدوديت هاي مختلفي شده ، بعضي دولت ها کوشش مي نمودند ، صنايع اصلي را ملي کرده و راجع به ساير امور نظارت خود را تقويت نمايند .

در افغانستان لوايح و اصولنامه هاي که قبلاً در بخش حقوق تجارت تدوين و نافذ گرديده بود . اکثراً موضوعات حقوق تجارت را به شکل ابتدائي آن مورد بررسي قرار داده است . به طور مثال مي توانيم ، از لايحه دلالي منتشره سال (۱۳۲۹) ، اصولنامه ثبت تجارت در افغانستان منتشره سال (۱۳۳۰) ، اصول نامه ثبت علايم تجارتي منتشره سال (۱۳۳۹) ، اصول نامه افلاس و ورشکستگي منتشره سال (۱۳۲۹) وغيره نام ببريم . در سال ۱۳۳۶ براي اولين بار در افغانستان قانون مکمل تري به نام اصول نامه تجارت افغانستان نافذ گرديد ، که با انفاذ آن اصول نامه ها و لوايح قبلي ملغي گرديد . و اين قانون تقريباً جواب گويي نياز هاي تجارتي افغانستان بود ، اين اصول نامه بداخل چهار باب و (۹۴۵) ماده احکامي رادر رابطه به تجارت و اهليت تجارتي پيشيني نموده است . بر علاوه يک تعداد قوانين ديگري نيز نظر به نياز مندي هاي وقت و زمان نافذ گرديد . مانند قانون بانکداري ها منتشره جريده رسمي شماره (۸۱۹) سال ۱۳۸۲ ، قانون سرمايه گذاري خصوصي منتشره جريده رسمي شماره (۹۵۶) سال ۱۳۸۷ ، قانون بيمه منتشره جريده رسمي شماره (۹۵۴) سال ۱۳۸۷ ، قانون حکميت تجارتي منتشره جريده رسمي شماره (۹۱۳) سال ۱۳۸۵ ، قانون اسناد قابل معامله منتشره جريده رسمي شمار (۹۷۱) سال ۱۳۸۷ و غيره . همچنان جهت تنظيم امور مربوط به شرکت هاي سهامی ، محدود المسئوليت و تضامنی قانون جديد به اساس فرمان تقينی نافذ و در جريده شماره (۹۱۳) سال ۱۳۸۵ نشر گرديده است .

تعريف حقوق تجارت:

حقوق تجارت مجموع قواعدی است که امور مربوط به تجار و شرکت های تجارتي و روابط تجارتي را تنظيم مي نمايد و دولت ضامن اجراي آن است .

حقوق تجارت جزء حقوق خصوصی داخلی است زیرا روابط افراد کشور را در امر تجارت و همچنان مناسبات تجار را در قبال یکدیگر تعیین می نماید
از لحاظ اقتصادی، تجارت به فعالیت هائی اطلاق می شود. که منحصر به جریان انداختن و توزیع ثروت باشد. در حالیکه دایره عمل حقوق تجارت وسیعتر بوده، شامل فعالیت های مربوط به صنعت نیز می گردد، و فقط امور مربوط به اموال منقول، به موجب قوانین اکثر کشورها از آن مستثنی شده است.

حقوق تجارت مجموعه قواعد و اصولی است. که روابط حقوقی و معاملات بین تجار و امور تجارتي را تعريف و تنظيم می نماید. اما این موضوع کاملاً حل نشده است. که آیا حقوق تجارت، حقوق مربوط به تاجر است و یا حقوق مربوط به اعمال تجارتي.
در این مورد دو سیستم حقوقی متفاوت وجود دارد که اینک به توضیح آن می پردازیم:

۱- تعریف حقوق تجارت بر اساس سیستم آفاقی یا موضوعی :

در این سیستم معاملات تجارتي اساس و هدف قرار داده شده است و هر شخصی که این معاملات را انجام دهد، تاجر محسوب می گردد. براساس این سیستم که مبنای حقوق تجارت فرانسه را تشکیل می دهد حقوق تجارت عبارت از حقوق مربوط به معاملات تجارتي بوده در این سیستم اولاً معاملات تجارتي توسط قانون معین و مشخص می شود و بعداً تاجر. بناءً هر فردی که این اعمال را انجام دهد، عمل تجارتي محسوب شده و چون شخص تابع عمل می باشد تاجر پنداشته می شود.

۲- تعریف حقوق تجارت بر اساس سیستم انفسی یا شخصی :

برخلاف سیستم فوق الذکر در این سیستم قانون ابتدا تاجر را تعريف نموده شخصیت های تجارتي را معین می کند بعداً کلیه معاملاتی که برای پیشبرد امور تجارتي صورت میگیرد، تجارتي محسوب می گردد. در این سیستم، معیار شخص تاجر می باشد در حقیقت معاملات تجارتي تابع اشخاص است. از نگاه این سیستم که اساس حقوق تجارت آلمان را تشکیل می دهد. حقوق تجارت عبارت از حقوق تاجر می باشد.

البته باید گفت که حقوق تجارت کشور ما با وجودی که از هر دو سیستم متأثر می باشد اما بیشتر از سیستم آفاقی پیروی می نماید .

در اخیر گفته می توانیم که حقوق تجارت بنابر خصوصیت های خاص شغلی که دارد .هم مربوط به اعمال مخصوص ، یعنی معاملات تجارتهی وهم مربوط به اشخاص معین ، یعنی تاجر و شرکت های تجارتهی است ولی چون در دنیای کنونی کلیه دولت ها در روابط بین افراد ، تولید و توزیع ثروت کم و بیش نظارت می نمایند ، تاجران مکلف اند که مقررات حقوق عمومی رانیز اطاعت و پیروی نمایند .حقوق تجارت که بخشی از حقوق خصوصی شمرده می شود امروز روابط مداوم با حقوق عمومی حاصل کرده است .

جایگاه حقوق تجارت در بین سایر علوم حقوقی:

طوریکه قبلاً متذکر شدیم حقوق تجارت یکی از شعبات حقوق خصوصی بوده و تا مدت زیادی به عنوان یک بخشی از حقوق مدنی شناخته می شد . تحولات اقتصادی ، سرعت عمل در معاملات و فعالیت های تجارتهی باعث گردید .تا این رشته به عنوان یک شعبه مستقل از حقوق خصوصی تحت نام حقوق تجارت تبارز نماید .عواملی که این رشته حقوق را از سایر رشته های حقوق مجزا ساخته است ، عبارت از اصل سرعت عمل در معاملات تجارتهی ، اعتبار و اعتماد در ساحه حقوق تجارت ، موجودیت اسناد خاص در ساحه تجارت و مداخله دولت در امور تجارتهی . که هر یک آنرا به طور مفصل و جداگانه بررسی می نمایم .

۱- اصل سرعت عمل در معاملات تجارتهی:

زندگی مدنی دارای خصوصیت ثبات و استقرار می باشد . اما زندگی تجارتهی چنین نبوده بلکه ملحوظات دیگری بر آن حاکم می باشد . که با زندگی مدنی فرق دارد . بدین مفهوم که هدف تجارت کسب مفاد است و وسیله حصول مفاد ، از طریق تداول ثروت ها و حصول پی در پی و مکرر معاملات تجارتهی تأمین می شود . بناً سرعت عمل مهم ترین رکن تجارت محسوب می گردد . قابل تذکر می باشد . که عقود تجارتهی و اجرای آن ها نیاز به سرعت دارد و به هر اندازه ای که سرمایه سریع تر دوران نماید به همان اندازه فعالیت شرکت ها و خدمات تجارتهی

فعال تر می شود. روی همین ملحوظ در حقوق تجارت برای تحقق تعهدات، آزادی عمل بیشتر وجود دارد و به صورت عموم انعقاد قرار داد های تجارتي از لحاظ تشریفات و ارایه دلیل، متکی به نوشته کتبی نبوده و تاجر می تواند، به طور شفاهی و یا هم از طریق وسایل ارتباطی قرار داد عقد نماید.

چنانچه ماده (۶۰۸) اصولنامه تجارت در مورد چنین صراحت دارد:

« برای عقود تجارتي رضا و موافقت طرفین کافی است، تنظیم قرار داد و یا ایفای مراسم دیگر لزوم ندارد.»

۲- اعتبار و اعتماد در ساحة حقوق تجارت :

اعتبار و اعتماد در ساحة تجارت یک موضوع ضروری پنداشته می شود. زیرا عنصر سرعت عمل به تنهایی نمی تواند، انجام دادن بسیاری از معاملات تجارتي را امکان پذیر سازد. زیرا احتمال نیازمندی به وجوه نقد وجود دارد و هم بدون آن معاملات تجارتي صورت گرفته نمی تواند. بناً یکی از اساسات معاملات تجارتي را اعتبار و اعتماد تشکیل می دهد. زیرا شخصیت های تجارتي معاملات خود را در بسیاری حالات توسط قرضه و براساس اعتماد انجام می دهند. در صورت عدم موجودیت اعتبار در ساحة تجارت ضرورت احساس می شود. که برای انجام معاملات تجارتي تشریفات و شکلیات خاصی در نظر گرفته می شود. در صورتی که تاجر به طور مطلق به تعهد خود عمل ننماید. چه این تعهد با دائنین باشد. و یا به صورت عموم با معامله داران، اعتبار تاجر تحت سوال واقع شده و زمینه رشد تجارت وی محدود گردیده بدین منظور عنصر دوم و مکمل کننده عنصر سرعت می باشد.

۳- موجودیت اسناد خاص تجارتي :

اسناد تجارتي وسیله سهل و مناسبی برای تحصیل اعتبار بوده که در حقوق تجارت نشان دهنده مطالبات، ملکیت ها و کالاهای تجارتي می باشد. از تشریفات ساده تبعیت می نمایند. اسناد مذکور عبارت اند از: برات، چک، حجت، اسناد بهادار، اسناد قرضه، اسناد مربوط به گدام های تجارتي و غیره.

چنین خصوصیت ایجاب می نماید ، که سرعت عملکرد محاکم اختصاصی تجارتي و یا لاقبل شعب خاص امور تجارتي به وسیله اصول محاکمات تجارتي تأمین گردد. اسناد تجارتي به مالک خویش تأمینات بیشتری می دهد زیرا مالک می تواند از مدیون در مهلت های تعیین شده در حقوق تجارت دیون خود رامطالبه نماید و این هم بدون آن که مدیون بتواند ، مهلت اضافی را برای پرداخت دین اش مطرح سازد

۴-مداخله دولت در امور تجارتي

همان طور که یاد آور شدیم اجرای تعهدات در امور تجارتي ضرورت به شدت عمل دارد . ضمناً برای اعتماد مردم ودائین شرکت های تجارتي ، تشکیلات دولتي ونیمه دولتي به مقصد کنترل امور تجارتي در کشورهای مختلف جهان ایجاد شده است.

تا داین بر مبنای اعتماد اقدام به سرمایه گذاری نماید. به این ترتیب زندگی اقتصادی کشوررا تحرك وبهبود بخشد. در حالی که در حقوق مدنی دائین حمایت کمتری شده اند برای وضاحت بیشتر موضوع می توان گفت که در حقوق تجارت اگر تاجری دین خود را پرداخته نتواند ، تابع قواعد ومقررات افلاس وورشکستگی می گردد. جامعه اقتصادی امروز تابع سرعت عمل وتجارت متکی به اعتبار است . وقواعد خشک ومحکم قانون مدنی ، اجرای تعهدات طرفین معامله ، باعث رکود امور می شود لهذا برای اثبات تعهدات ودلائل مربوط حقوق تجارت ، آزادی بیشتر واصول خاصی پیش بینی شده است .مانند دفاتر تجارتي که می تواند ، به طرف داری دائین مورد استناد قرار گیرد.

برخلاف حقوق مدنی در حقوق تجارت برای اثبات تعهدات ، آزادی عمل بیشتری وجود دارد.به طور کلی انعقاد قرار داد های تجارتي تابع نوشته نمی باشد .تاجر می تواند قرار داد خود را به طور شفاهی وحتی تلفونی منعقد نماید.

حقوق تجارت تابع سیاست اقتصادی بوده وهم زمان به آن تحول می نماید .امروز دولت ها به منظور جلوگیری از رقابت ناسالم ، حمایت از کارگران ، حمایت از پس اندازکنندگان ومصرف کنندگان که قدرت مالی کمتر دارند. یا برای حفظ منافع عمومی ، نوعی اقتصاد

ارشادی را جاگزین رقابت ناسالم کرده اند در حالی که حقوق مدنی بر مبنای اخلاق و سازمان خانواده و جامعه استوار است و از تحول آرام تری برخوردار می باشد.

کنترول حمل و نقل، اعمال مجازات جزائی برای جلوگیری از تقلب در فروش، محدودیت ورود به شغل تجارت در شرکت های سهامی عام، ممنوع کردن محکومین جزائی و ورشکستگان، کسب جواز اداری قابل قبول، تنظیم مقررات در مورد شرکت های حمل و نقل بیمه و غیره، نوعی از مداخله دولت را در امور تجاری نشان می دهد.

وحدت حقوق تجارت

با وجود علاقه دولت ها به حفظ منافع ملی و میهنی، مدت ها است که حقوق تجارت در اثر فشار نیاز های تجارت بین المللی، گرایش به وحدت دارد. قرار داد هائی در این زمینه بین کشور های مختلف منعقد شده است. مانند قرارداد ۱۸۹۰ در مورد حمل و نقل از راه خط آهن، قرارداد بروکسل در خصوص حمل و نقل هوائی، قرارداد های سال ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ ژینوا در مورد اسناد تجاری و کنوانسیون بین المللی برات و حجت، قرارداد پاریس و برن (سویس) ۲۰ اکتوبر ۱۹۷۹ راجع به حمایت بین المللی از مالکیت صنعتی، تجاری، ادبی و هنری.

منابع حقوق تجارت

حقوق تجارت دارای منابع مختلف می باشد. به صورت عموم منابع حقوق تجارت عبارت اند از: قانون، مقاولات تجاری، عرف و عادات تجاری، رویه قضائی و دکترین.

۱- قانون

عبارت از تجویز صریح و معقول است که از طرف هیئت حاکمه به منظور سعادت فرد و تنظیم اجتماع وضع شده و تطبیق آن توأم با اجبار می باشد.

ماده (۱۱) قانون اساسی افغانستان در رابطه امور مربوط به تجارت چنین صراحت دارد:

امور مربوط به تجارت داخلی و خارجی مطابق ایجابات اقتصادی کشور و مصالح مردم توسط قانون تنظیم می گردد.



در افغانستان فعالیت های تجارتي بر نظام بازار استوار است. چنانچه ماده دهم قانون اساسی افغانستان در مورد چنین حکم می نماید:

دولت سرمایه گذاری ها و تشبثات خصوصی را مبتنی بر نظام اقتصاد بازار، مطابق احکام قانون تشویق، حمایت و مصونیت آن ها را تضمین می کند.

۲-مقاولات تجارتي :

مقاولات یا قرارداد های تجارتي یکی از منابع اولیه حقوق تجارت محسوب می گردند. در قرار داد های تجارتي به اراده و خواست طرفین معاملات اهمیت بیشتر قایل شده اند. تا بدین وسیله مرجع اولیه حل و فصل دعاوی آنها باشند. روی همین ملحوظ اصولنامه تجارت افغانستان در ماده دوم خود در مورد اهمیت و قدرت مقاولات، به حیث منبع حقوق تجارت چنین صراحت دارد:

مسائل تجارتي ذریعۀ مقاوله نامه ها معتبر قانونی و در صورتی که چنین مقاوله موجود نباشد، به موجب صراحت و یا دلالت قوانین تجارتي حل و فصل می گردد. اگر به این ترتیب حل و فصل شده نتوانست، عرف و عادات تجارتي تطبیق می شود

عرف و عادات محلی و خصوصی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده می شود در صورت نبودن عرف و عادات، احکام قوانین دیگری که به آن استناد می شود تطبیق می گردد.

۳-عرف تجارتي

عرف تجارتي از دیدگاه حقوقی عبارت از مجموع قواعد و دستاویزی است که از زندگی روزمره اجتماعی مردم پدید آمده و به اثر استعمال مکرر و قبول آن توسط همه، واجب التعمیل گردیده است.

بر طبق حکم مندرج اصولنامه تجارت افغانستان هر گاه مسائل تجارتي مطابق قوانین تجارتي حل و فصل نگردید به عرف و عادات تجارتي مراجعه صورت می گیرد. عرف و عادات خصوصی نسبت عرف و عادات عمومی ارجحیت داشته و علت آن این است که هر محل تابع عرف و تعاملات حوزه محلی خودش می باشد، نه تابع عرف و عادات مناطق دیگر. هر گاه عرف

وعاداتی که در حل و فصل معاملات تجارتي مؤثر واقع شده بتواند در يك حوزه محلي موجود نباشد، به عرف و عادات نزديكترين محل استناد شده مي تواند.

۴- رویه قضائي

مجموع فيصله های محاکم می باشد. که در باره يك قضيه معين اتخاذ می شود ومورد تائيد محکمه نهائي قرار می گيرد رویه قضائي در ساحه تجارتي مانند ساحات جزائي ومدني، از اعتبار والزامی برخوردار است به نسبت اينکه حقوق تجارت رابطه حقوقی بسيار نزديك با حقوق مدني دارد. بناءً در صورتی که در ساحه تجارت رویه قضائي مشخص وجود نداشته باشد معمولاً به رویه قضائي موجود در ساحه مدني مراجعه می شود.

۵- دکترین

نظريات علمای حقوق، يك منبع ديگر حقوق تجارت به شمار می رود. تاثير نظريات علمای حقوق در تدوين وتحول حقوق غير قابل انكار می باشد. آنها قوانين ومقررات موضوعه را تفسير نموده وهم می توانند برای اصلاح قوانين پيشنهادات لازم ارايه نمايند. البته نمی توان گفت که نظريات آنها منبع مستقيم حقوق تجارت است بلکه جنبه غير الزامی ومشورتي دارد و تا همين حد به طور غير مستقيم بر حقوق تجارت تاثير دارد.

نتيجه

حقوق تجارت یکی از مهمترين رشته های حقوق خصوصي بوده نظر به تحولات اقتصادي معاصر، روابط اجتماعي واقتصادي مردم نسبت به گذشته ها انكشاف ومتعدد گرديده است. اين عامل باعث شد تا قوانين ومقرراتی به وجود آيد که عرصه های مختلف جامعه بشري را تنظيم نمايد در حقيقت حقوق تجارت تنظيم کننده اين روابط می باشد.

حقوق تجارت فعاليتهاي تجارتي را مشروعيت بخشیده واز طرف ديگر اين فعاليت ها را تنظيم می نمايد. حقوق تجارت دارای منابع مختلف بوده ونتيجه عادات ورسوم بين اقوام مختلف جهان می باشد. که در طول تاريخ نظر به تحولات اقتصادي پيشرفت وانكشاف نموده است

دولت های سعی نموده اند تا قواعد و اصول حقوق تجارت را در چوکات قوانین مخصوص تنظیم نمایند به این ترتیب در اکثر کشور ها با در نظر داشت احتیاجات روزمره قوانین تجارتی تدوین گردید. حتی کشور های که مقررات تجارتی جداگانه نداشتند مجبور شدند قواعد و مقررات مربوط به تجارت را در قوانین خود بگنجانند. چنانچه در کشور ما لوایح و اصولنامه های که قبلاً در بخش تجارت تدوین و نافذ شده بودند اکثراً موضوعات حقوق تجارت را به شکل ابتدائی مورد بررسی قرار می دادند تا اینکه در سال ۱۳۳۶ اصولنامه تجارت افغانستان برای اولین بار در کشور ما نافذ گردید که با انفاذ آن لوایح و اصولنامه های قبلی لغو گردیدند.

منابع و مأخذ

- ۱- اصولنامه تجارت منتشره جریده رسمی شماره (۸۹) سال ۱۳۳۶.
- ۲- محمد علی عبادی، حقوق تجارت، چاپ بیستم، ص (۱۲)، سال ۱۳۸۲.
- ۳- پوهندوی نصرالله ستانکزی و پوهنمل محمد ولی ناصح، حقوق تجارت، چاپ اول، ص (۱۸۷) سال ۱۳۸۷.
- ۴- دکتر ربیعا اسکینی، حقوق تجارت، چاپ اول، ص (۷) سال ۱۳۷۵.
- ۵- محمود عرفانی، حقوق تجارت، چاپ سوم، ص (۳۸) سال ۱۳۸۶.
- ۶- دکتر حسن حسنی، حقوق تجارت مشتمل بر کلیه مباحث، چاپ پنجم، ص (۳۵) سال ۱۳۸۵.

فرد او حکومت په اسلامی شریعت کی

(۳)

لیکونکی : ډاکتر عبدالکریم زیدان

ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامی

۳۱- دشورا اهل:

سلامشوره څرنګه ترسره کېږي؟ آیا لازمه ده چې د حکومت مشر له ټول امت سره سلامشوري ته کښيني، ياد هغوی له یوی ډلی سره؟ هغه څه چې د پیغمبر صلی الله علیه وسلم له کارونو او چال چلندونو څخه ترلاسه کېږي دا دی چې هغوی په هغه کارونو کې چې په مستقیمه توګه یی له ټولو پوری اړه پیدا کوله له ټولو مسلمانانو سره سلامشوره کوله. هماغسی چې د احد په غزاکي له مشرکینو سره د جګړې لپاره له مدینې څخه د بهر تللو په مسئله کې ترلاسه شول چې له ټولو کسانو سره چې په مدینه کې یی حضور درلود سلامشوره وکړه او هغوی ته یی دارنګه وفرمایل: (اشیرو علی) ژباړه: (ماته لاره وښایست) (امتاع الاسماع، ص ۱۱۶) همدارنګه له هوازن څخه په لاس ته راغلیو غنیمتونو کې پیغمبر صلی الله علیه وسلم کونښن کاوه ترڅو د ټولو ګاونډیو کونکو مسلمانانو په نظر دهغه غنیمتونو په هکله پوه شی چې دوی ته راغلي و. نکل کوی چې وروسته له هغی چې پیغمبر صلی الله علیه وسلم خپل تصمیم د غنیمتونو په اړوند له هغوی سره په مینځ کې کښیښود حاضرینو ویل: (ای رسول الله صلی الله علیه وسلم مونږ ټول په هغه رضایت لرو او ستا فرمان ته تسلیم یو. پیغمبر(ص) وفرمایل: (فمروا عرفاء کم آن یرفعوا ذلک الینا حتی نعلم...) ژباړه: (نوخپلو خبرو ځلکوته ووايست هغه مونږ ته ورسوی ترڅو ستاسی له رایو څخه خبر شو) نوله دی امله زید بن ثابت د انصارو لوری ته ولاړ او له هغوی څخه یی وپوښتل: آیا د پیغمبر صلی الله علیه وسلم رایې ته تسلیم او پری راضی یاست؟ ده ته یی خبر ورکړ چې هغوی تسلیم دی او ټولو پری رضایت ورکړ او حتی له هغوی څخه یوکس هم مخالفت ونه کړ. الخ) (امتاع الاسماع، ص ۴۲۹)، په دی پېښه کې دشورا اهل ټول هغه مسلمانان وه چې موضوع دهغوی په سلامشوري پوری اړه پیدا کوله. په ځینو مواردو کې هم پیغمبر صلی الله علیه وسلم یوازی له ځینو اصحابو سره سلامشوره کوله نه دهغوی له ټولو سره. هماغسی چې د بدر د غزا د اسیرانو په

اړوند پيغمبر صلی الله عليه وسلم له خپلو ځينو اصحابو سره د اسيرانو په هکله او داچې له هغوی سره څه وکړي او ايا له هغوی څخه فديه واخلي يانه؟ په سلا مشورې لاس پورې کړي.

همدارنگه پيغمبر صلی الله عليه وسلم له سعد بن معاذ او سعد بن عباده سره د غطفان له قبيلې سره د جوړجاړي (سازش) په مسأله کې چې دمدينې ديو پردري برخې محصول د ترلاسه کولو په مقابل کې د خندق په ميدان کې له مسلمانانو سره له جگړې لاس واخلي په سلامشورې لاس پورې کړي. هغوی وويل که دا دځبنتن تعالی (ج) فرمان دی، پرځای يې کړه. که داسې کاردی چې پر هغه پرتا امرنه دی شوی خو هغه ته ليوال يې مونږ اطاعت کوواو که دا يوازی يو وړاندیز دی زموږ په عقیده له توري پرته بل څيز د هغه په وړاندې کارنه ورکوي. پيغمبر صلی الله عليه وسلم د هغوی نظرومانه او د غطفان له قبيلې سره يې د جوړجاړي موضوع خوشي کړه (پريښووله) (امتناع الاسماع، ص ۲۳۶). د نبوی صلی الله عليه وسلم په سيرت کې د دی مسلمو سوابقو له مخې شورا کله د امت له ټوله افرادو څخه تشکیل شويده لکه د پيغمبر صلی الله عليه وسلم سلا مشوره له مسلمانانو سره د احد لوري ته دوتلو (بهر کيدلو) په مسئله کې. په ځينو مواردو کې هم د شورا اهل د سلا مشورې په مهال کې له موجودو مسلمانانو څخه غوره شوی دی، که څه هم موضوع د هغوی د ټولو لپاره مهمه وي، لکه د هوازن د غنيمتونو مسأله. کله هم د شورا اهل د قبيلو له مشرانو څخه مينځ ته راتلل لکه هماغسې چې د غطفان په مسأله کې پيښ شول ځکه چې سعد بن معاذ او سعد بن عباده د انصارو د لويانو او لارښوونکو څخه و. په ځينو مواردو کې هم د شورا اهل له ځينو مسلمانانو څخه تشکیليدې لکه هماغسې چې دبدر د اسيرانو په اړوند هم داسې و.

د دی سوابقو په رڼاکي، کولای شو ووايو هغه کسان چې د حکومت له مشر سره سلامشوره کوي د موضوع داخلاف له مخې سلامشوره يوله بل سره توپير کوي. که چيرې مسأله له مهمو عمومي چارو څخه وي چې د ټولو پورې اړه لري، د حکومت په مشروا چې دی د امکان په صورت کې له ټول امت سره سلامشوره وکړي او يادې دحل او عقد له اهل سره چې دامت دمننې وړ دي سلامشوره وکړي. که په داسې مواردو کې وي چې يو ډول پيژندنې او غوره تدبير ته اړتيا ولري بايد دهغه فن له اهل او متخصص (کارپوه) سره سلامشوره وکړي. قرطبي په خپل تفسير کې دی مورد ته اشاره کوي: (په دی مواردو کې پرواليانو له علماووسره سلامشوره واجبه ده، پر هغه څه کې چې پری نه پوهيږي او د دين په ځينو مواردو کې چې په هغو کې له ستونزې سره مخامخ شي، دقواووپه سازمان ورکولو له جگړې پورې اړوندو مسایلو کې، دخلکو په چارو کې او هغه څه چې د هغوی له مصالحو پورې اړوند دي، دکاتبانو او وزيرانو او کارگرانو چارې او دهيواد

دمصالحو او دهغه دآبادولو پوری اړوندی چاری). ترهغه ځایه چی وایی علماوو فرمایلی دی: (که چییری سلامشوره د احکامو په باره کی صورت ومومی ، مستشارباید دعالم کیدو او دیندارکیدو له ځانگړنی څخه برخمن وی او که د دنیوی کارونوپه هکله وی باید عاقل او په کارپوه وی .) تفسیرالقرطبی ، ج ۴ ص ۲۴۹-۲۵۰).

۳۲- په اوسنی عصرکی دشورا تنظیم :

په مخکنیو مواردو کی مود شورا په هکله دنیوی سنتومسلم سوابق وڅیړل. دهغوله مجموعی څخه مووموندل چی اسلامی شریعت د شورا لپاره کومه ځانگړی او محدوده طریقه نده وضعه کړی چی البته دا دهغه راتلونکی ته دپاملرنی له خاصیت څخه سرچینه اخلی ځکه دشورا کړنی د زمان اومکان له مخی توپیرلری . له دی امله تنظیم یی دظروفو(شرایطو) او احوالوله مخی خلکوته پریښوول شویدی چی دا طریقه د شورا لپاره یو ډول استحکام او پیاوړتیا رامینځ ته کوی . پردی بنسټ په اوسنیوشرایطوکی هم خلک باید د شورا اهل وټاکی ، یعنی هغه کسان چی د حکومت مشرورسره په عمومی مسایلوکی سلامشوره وکړی. همدارنگه دحکومت دمشرتابه منصب دتشوالی په صورت کی وکولای شی دهغه مسند لپاره یو څوک وټاکی او د تخصص په موضوع کی یی له سلامشوری څخه د حکومت مشربرخمن وی . که دمنتخبی شورا له اهل څخه وی یانه وی په مهمومسایلوکی باید دخلکونظردهغوپه هکله وپوښتی او د دی مسایلو او نورومسایلولپاره یوه کړنلاره وړاندی کړی له هغی جملی دهغه څه په اړوند چې دشورا له مسایلو څخه ورپوری اړه پیدا کوی لکه د شورا دمجلس دغوره کولو څرنګوالی او واک یی دشریعت دعمومی قواعدو په رڼا کی

دشورادمجلس دټولټاکنو دسلامتیا د ټاکلولپاره او دهغه د غړیتوب لپاره دوړاو مخلصو افراد و دغوره کولو په موخه ، یوازی د طرزالعمل وضعه کول کافی نه دی . بلکی باید داسلامی مفاهیمو دخپریدا او پراخوالی په لوری کی هڅه وکړی ترڅودخلکو اخلاقی کچه لوړه شی او خلک له الله تعالی څخه دویری او تقوا په سیوری کی دارنگه وروزل شی چی له صالحانو څخه پرته نورڅوک ونه ټاکي او دامت غوره کړای شوی شخص هماغسی چی اسلام امرکوی خپلی دندی ته راپورته شی.

۳۳- دحکومت دمشراو دشورامجلس ترمینخ اختلاف:

کله کله دحکومت مشرد شورا له مجلس سره په اختلاف کې واقع کېږي . په دې صورت کې دحل لاره څه شی ده ؟ دحل لاره هماغه ده چې په قرآن کریم کې ورته اشاره شویده : ژباړه: (ای مومنانو دالله حکم ومنئ او دالله د رسول حکم ومنئ او) (حکم ومنئ) له تاسې څخه دحکم دځاوندانو(مسلمانانو یعنی حاکمانو او مشرانو) ، نو بیا که جگړه وکړه تاسې په یوه شی کې ، نو وگرځوئ دا(کار) دالله طرف ته(د الله کتاب ته) او رسول ته (د رسول الله حدیث ته) که یې تاسې ، چې په الله او په اخري ورځې (قیامت) باندې (په اخلاص سره) ایمان لرئ ! دغه (رجوع الله او رسول ته) خیر(ډیرغوره) دی (تاسې ته ستاسې له ناقصه فکړه) او دا(رجوع) د عاقبت له جهت ډیره ښه ده) (دالنساء سورت - ۵۹- آیت) . له دې امله شخړه کوونکي په کې دالله کتاب او دپیغمبرصلي الله عليه وسلم کتاب ته ارجاع ورکول کېږي . په همدې دلیل مفسرین وایي (تفسیرالطبری، ج ۵، ص ۸۷، تفسیرالقرطبي، ج ۵، ص ۲۶۱، احکام القرآن ، جصاص ج ۲، ص ۲۱۲) هرکله که حکم په صریح ډول په قرآن یا سنت کې وموندل شي پیروي تری واجب ده اودهغه پر خلاف له بل چاڅخه پیروي روانده . او که په صریح ډول سره حکم ونه موندل شو په داسې عقیده دی عمل وشي چې قرآن او در رسول الله صلی الله علیه وسلم سنت ته ډیرورته اوځوراندې وی (الیساسته الشرعیه ، ص ۱۷۰)

خو که هغه نظر چې د الله له کتاب او د رسول الله صلی الله علیه وسلم له سنت سره ډیرورته وی معلوم نه شي، دحل لاره څه ده ؟ په هغه صورت کې دحل درې لاری مطرح کېږي :

دلومړی حل لاره: دحکمت طریقه :

دا طریقه دفقهي داهل او دنظر دځاوندانو او په حکومتي چاروله خبرو(اگاه) ځانگړي پلاوی د ټاکلو او دکارونو په ترسره کولو کې له خپلواکي څخه د برخمن کیدولولپاره او دکافي تضمیناتو داعطا کولو او دهغوی په نظریاتو باندې د اغیزې ایستلوپرتله غوښتونکي ده . دا پلاوی د حکومت دمشراو دشورا دمجلس ترمینخ اختلاف ته رسیده گي کوی او دهغه درای منل الزامی دی .

په دې اړوندهغه څه چې له حضرت عمر(رض) څخه شام ته دتگ پرمهال روایت شوی دی، د دې حل لاری بیانوونکي دی : د لاری په اوږدو کې ، دوی په شام کې دوبامرض له خپریدا څخه خبرشول، نوله دې امله یې له هغو مهاجرینو سره چې له ده سره ملگری ؤ په دې اړوند چې خپل حرکت ته ادامه ورکړي اویا بیرته راستون شي په سلامشوره لاس پوري کړخو هغوی له اختلاف

سره مخامخ شول. نو بیایي د انصار وله هغه ډلي سره چي له ده سره ملگري ؤ سلامشوره وکړه هغوی هم دوه ډلي شول . له دی کبله یی د قریشود لومړنیو مهاجرینو ټول سپین ږیری افراد چي حاضرؤ راوبلل او له هغوی سره یی په سلامشوری لاس پوری کړ.

هغوی په بیرته ستینیدو رای ورکړه او حضرت عمر (رض) د دوی نظرومانه اوله خپلو ملگرو سره یو ځای مدیني ته راستون شو(تفسیر المنار، ج ۵، ص ۱۹۶-۱۹۷) .
د دوهم حل لاره : د اکثریت د رای منل:

د دی حل لاری غوښتنه دا ده چي د حکومت مشرد اکثریت په رایه عمل وکړی که څه هم د ده له خپل نظر سره مخالفه وی . د دی نظریه تائید سره کولای شو دی ټکی ته اشاره وکړو چي پیغمبر صلی الله علیه وسلم د احد په غزاکي له مشرکانو سره مخامخ جگړی ته د بهرراوتلو په مسأله کی د اکثریت رایه منلی ده سره له دی چي پخپله د مدیني دننه پاتی کیدو ته لیوال ؤ (سیره ابن هشام)، ج ۲، ص ۶) پردی بنسټ اکثریت (عالمه ، عاقله او په موضوع دخپله) دسموالی او رښتیا میزان اومعیار دی ، که څه هم ،(عام) اکثریت د رای پرسموالی غوڅ دلیل نه دی ځکه کیدای شی (عام) اکثریت په اشتباه کی وی او (خاص،عالم،عاقل او په موضوع پوه) اقلیت په رښتیا کی .

د دریم حل لاره : په مطلقه توگه د حکومت دمشر د رای منل :

د دی میتود غوښتنه دا ایجابوی چي د حکومت مشرد شورا له اهل سره له سلامشوری وروسته د اکثریت یا اقلیت په رای پوری له مقید کیدو پرته په هرډول چي پخپله یی غوره وبولی اقدام وکړی .

علماد آل عمران د(۱۵۹) آیت په تفسیر کی چي پښتو ژباړه یی ده :

(اوله دوی سره) ای محمده!) په کارکی مشوره وکړه نوکله چي دی ټینگه اراده وکړه) دیو کار کولو ته (، نو پرالله باندي (اعتماد) وکړه) مونږد دی حل له لاری سره اشناکوی . قتاده فرمایي : (الله تعالی خپل پیغمبر علیه السلام ته فرمان ورکړی دی هرکله دی دیو کار لپاره ټینگه اراده وکړه هغه سرته ورسوه پرالله توکل وکړه نه په خپلو سلاکارانو) (تفسیر القرطبی) له هغه ځایه چي د حکومت مشر مسئول دی او دخپلو کړنو(اعمالو) په وړاندي به حساب ورکړی ، ایجاب کوی په هغه مسایلو کی کوم مهال چي یوه اجتهادی چاره وی او له هیڅ کوم قطعی شرعی نصوصو سره مخالفت نه لری نوموړی ته دی دعمل آزادی ورکړل شی .

دا مورد دحل دریمه لاره پیاوړی کوی جوته ده چي دخپلو اعمالو پروړاندي د انسان مسئولیت د دی غوښتونکی دی چي په خپل اختیار او نظر سره هغه سرته ورسوی نه دا چي له خپلی رایي پرته

هغه ترسره کړې او دنوروله رایې څخه پیروي پرده لازمه وی . ځکه نه شو کولای یوشخص د خپل ځان پرته د بل په نظرملزم اوار کړو او له هغه سره د دی رایې په خاطر محاسبه وکړو .

۳۴- دحل هغه لاره چی مونږ یی غوره کوو:

دریمه لید توگه له نظری پلوه غښتلی ده خو دزمانی اړتیاوو ته په پام له هغی جملی ، روحی بدلونونه ، د دین کمرنگه کیدل (پیکه کیدل) ، دایمان کمزورتیا او هغه د سپاڼه خلکو لږوالی چی نمونه د مثال وی ، مجبور یو دوهمه نظریه خوبه (غوره) کړو او دحکومت مشرد ځینو شرایطو په قید سره داکثریت د رایې منلوته اړباسو: (لومړی) که چیری دحکومت مشرداکثریت له رایې څخه ناخوبه و، اختلاف د تحکیم (حکمیت) پلاوی ته پرېښودل کیری (دوهم) که د حکمیت پلاوی هم نوموړی قانع نه کړ باید د اختلاف وړموضوع ټولپوښتنی ته واچوی که چیری خلکو د حکومت د مشرنظر تائید کړ نظری منل کیری او که تائید یی نه کړ، باید دخلکورا یه ومنی او یا په خپل نظر عمل وکړی. (دریم) په هغه څه کی دعمل له ازادۍ څخه برخمنتوب چی پخپله یی په استثنایی شرایطو کی تشخیصوی . لکه دجگړی حالت یاد سترخطر رامینځ ته کیدل چی د هیواد امنیت تهدید کړی ، پرته له دی چی په هیڅ نظر، یی له هغه چی خپله یی غوره بولی مقید وی .

دریم : دڅارنی حق او هغه څه چی له هغه څخه ترلاسه کیری :

۳۵- خلک او دهغوی هر فرد دحکومت پرمشراو نورووالیانو باندی په هغه چارواو تصرفاتو کی چی په حکومتی چارویوری اړه پیدا کوی ، د څارنی حق لری . دا حق دحکومت له مشرسره دخلکو د اړیکی له طبیعت څخه سرچینه اخلی چی د وکالت اړیکه ده او هغه داسی کس دی چی پخپله یی غوره کړی دی او دموکل دحقوقو له جملی څخه پروکیل څارنه ده ترڅو دهغه څه داجرا له درستوالی (صحت) څخه چی ده ته یی وکالت ورکړی ډاډ ترلاسه کړی .

۳۶- دڅارنی حق دهغه له اړخونو په سترگو ټولولو پخپله په پام کی نه دی :

د څارنی له حق څخه موخه دا ده چی که چیری د حکومت مشر په حکم ورکولو کی له صحیحی لاری - د اسلام له لاری ځینی واوښت (منحرف شو) هغه دی سمی لاری ته راستون کړی . په دی اړوند سمی لاری ته د رااړولو لومړنی پړاو نصیحت دی . په یوه حدیث شریف کی چی امام مسلم په خپل صحیح کی روایت کړی دی راغلی دی .

ژباړه : (دین خیرخواهی (نصیحت) دی ، عرض مو وکړ دچالپاره ؟ ویی فرمایل : دخدای (ج) لپاره (دعبادت دحق په ادا کولو او له هغه سره دشریک په نه پیدا کولو کی) او کتاب لپاره یی(پرهغه په عمل کولو کی) او د ده دیغمبر لپاره (د ده له سنت او لاری څخه په پیروی کی) او

دمسلمانانود لارښوونکواو مشرانو لپاره (دهغه څه په امرکی چی الله تعالی نازل کړی دی) او دهغوی دټولولپاره (د الله له فرمانونوڅخه په اطاعت کی) که چیری پنداو نصیحت گټورواقع نه شو . امت سمی لاری ته دهغه په اړولو کی دلازم قدرت څخه د کاراخیستلو حق لری چی نوموړی له ظلم او انحراف او دهغه له ښکارندواو نورو بی لاریوڅخه راستون کړی . له پیغمبر صلی الله علیه وسلم ځینی روایت شوی دی چی ویی فرمایل :

ژباړه : (په څښتن تعالی(ج)سوگند یا به هرورومرو په غوره کارونوامرکوی او له بدوکارونوڅخه به منع کوی او د ظالم لاس به نیسی او هغه د حق په لوری راکاری (راکش کوی) او پر حق به یی د روی (راستنوی) یا به څښتن تعالی (ج) ځینی ستاسی د ځینونورو په نسبت زړه وهلی (دل زده) کړی ، بیا به دهغوی په څیر ، تاسی په خپل لعنت گرفتار کړی (ابوداود هغه روایت کړی دی . و . هک : ریاض الصالحین ، ص ۱۱۲) . په بل حدیث کی فرمایي : (که ظالم خلک ووینی اومخه یی ونه نیسی څښتن تعالی (ج) به ډیر ژر هغوی ټول په خپل عذاب گرفتار کړی) (ریاض الصالحین ، ص ۱۱۳) .

۳۷- مسلمان حکمرانان ، پر خپلو چارود څارنی لپاره امت رابولی :

د حکومت پرمشراو نورو عمالواو والیانوی په څارلو کی دامت حق په خوراغوره بڼه د اسلام د صدر په دوره کی مراعات شویدی . سربیره پردی د اسلامی حکومت مشرانو ، امت پر خپلو چارو کی دڅارنی او دبی لاریتوب (انحراف) پرمهال د دوی سمی لاری ته د رارولو لپاره ، رابللی دی . تاریخی تلپاته سوابقو داباب زمونږ لپاره خوندی کړی دی . له هغی جملی هغه څه چی ابوبکر صدیق رضی الله عنه په خپله خطبه کی وفرمایل : (که می سم عمل وکړله ماسره مرسته وکړی او که وښوئیدم ماسمی لاری ته راوړی) (الطبقات الکبری ، ابن سعد ، ص ۱۸۳) . همدارنگه د عمر بن الخطاب رضی الله عنه په خطبه کی راغلی دی چی : (له تاسی څخه هر یوه چی په ماکی کوږوالی او انحراف ولید ماسمی لاری ته راوړی . له حاضرینو څخه یوه وویل : په الله سوگند که چیری په تاسی کی کوږوالی ووینم په دی توره موسمی لاری ته راوړم په دی وخت کی خلیفه حضرت عمر بن الخطاب رضی الله عنه وفرمایل : (الحمد لله چی د محمد صلی الله علیه وسلم په امت کی یی داسی یو څوک پیدا کړی دی چی په خپله توره عمر سمی لاری ته راوړی) .

څلورم : دعزل حق

۳۸- د حکومت دمشریه گوبڼه کولو کی د خلکو حق :

لکه هماغسی چی وړاندی مووویل د حکومت مشردخلکوپه نسبت دوکالت په دریغ کی قرارلری . په دی صورت کی څرگنده ده چی کوم مهال چی د خپل وکالت له محدودی څخه بهرشی او یا د ناتوانی او تقصیریه سبب د وکالت دندی په نښه توگه سرته ونه رسوی، امت کولای شی عزل یی کړی . ځکه هغه څوک چی د ټاکلو له حق څخه برخمن وی دعزل حق هم لری . خلکو دی غوره کړی دی او دگوبښه کولو حق یی هم لری . د دی حق د په کاروړلوپرتیا دشرعی منل شویو دلایلو شتون دی ، لکه د وکالت د دندو له محدودی څخه بهرکیدل یا دوکالت د دندو له اداکولو څخه ناتوانی . فقها وو هم په دی ټکی تصریح کړی ده له هغی جملی دا چی (امت کولای شی امام دهغه سبب دشتون په صورت کی چی د خلع لامل دی له خپل مقام څخه گوبښه کړی ، دبیلگی په توگه که له هغه څخه دارنگه یو څیزولیدل شی چی د مسلمانانو داوضاع احوالو دگه وږید او د دینی چارو په کمزوری کیدو پای ومومی ، هماغسی چی د نظم ورکولو او د دین دلورپرتیا لپاره د امام د انتصاب او حکومت د ټینگښت له حق څخه برخمن دی) (دایجی (المواقف) او شرح یی چی د استاد ضیاء الدین رئیس د النظریات السیاسته الاسلامیه) کتاب له ۲۷۰ مخ څخه نقل شویدی) .

مشهورفقیه ابن حزم اندلسی دامام - د حکومت مشر- په اړوندوایی : (..... هرکله که امام دقرآن او درسول الله صلی الله علیه وسلم دستت په وسیله مونږ ته لارښوونه وکړی له هغه څخه اطاعت واجب دی . خو که په کوم مورد کی دهغو له یوه ځینی منحرف شی ، مخنیوی یی کبیری او حد او حق پری جاری کبیری او که له گوبښه کیدو پرته د هغه له شرڅخه په امان کی نه شی ، عزل کبیری او یو بل شخص په سرپرستی غوره کبیری) (هماغه مرجع ، ص ۲۷۰)

۳۹- دگوبښه کولو لاری چاری :

امت د حکومت دمشر دگوبښه کولو دحق دلرودونکی وی او کولای شی هغه د خپلواستازیو په وسیله چی د حل او عقد له اهل څخه عبارت دی ترسره کړی ځکه هغوی په دی اړوند د امت داعتقاد وړدی او دنوموړی دگوبښه کولو(عزل) د ستورصادروی . شونی ده چی د حکومت مشردی فرمان ته اعتناونکړی او ځواب ورته ورنکړی . په دارنگه حالت کی امت کولای شی دهغه دلیری کولو لپاره له قدرت څخه گټه واخلي . البته دا په هغه صورت کی دی چی دهغه لپاره منلی شرعی دلیل شتون ولری دمثال په توگه هرکله که داسلام له اصولو او دهغه له احکامو څخه ووځی چی داسلام په نظرکی کفروگنیل شی . په صحیح حدیث کی چی عبادة بن صامت روایت کړی دی راغلی دی : ژباړه : (پیغمبرصلی الله علیه وسلم مونږراوبللو ، بیاموله ده سره بیعت وکړ

له هغه څخه په اوریدلو او فرمان ورلو کې په پریمانی او ناراحتی او سختی او فراخی کې او پرمونې دگومارلو کې او له مونږ څخه یې ژمنه واخیسته پردی چې له چارواکو سره شخړه مه کوی مگرداچې څرگند کفرووینی چې دهغه په مورد کې له څښتن تعالی (ج) څخه یو دلیل ولری) (البخاری ، ج ۹ ص ۸۵).

- خو قدرت (ځواک) ته لاس اچول دلازم قوت په راغونډولو او دبریالیتوب دا احتمال دزیاتوالی پوری مشروط دی ، له دی پرته دزورڅخه کاراخیستل رواندی ، ځکه په معروف امراوله منکرڅخه نهی (منعه کول) دقواعدو له جملی څخه دا دی چې دمنکر له مینځه وړلو لپاره اقدام دسترمنکر مستلزم نه وی . بی شکه له مقام څخه د حکومت د مشردلیری کولو لپاره دلازم قدرت نه راغونډول او د ده پرضد د وسله وال پاڅون اعلانول - هماغسی چې فقهایی تعبیروی - له وینو تولویو او بنارونو وړانولو او دحکومت له کمزوری کولو څخه پرته به بله پایله ونه لری چې دا ټول کارونه دمنکراتو له جملی څخه دی او دهغه د عواملورامینځ ته کول جایزندی .

پنځم : دانتخابیدلو حق :

۴۰- په کاندیداکیډو کې د فردحق :

دکاندیداکیدو له حق څخه موخه دا ده چې فردخپل ځان په حکومت کې د یوه منصب دتصدی یاعوممی مسئولیتونو لپاره کاندیداکړی . آیا په اسلامی حکومت کې د فرد لپاره دا حق شتون لری ؟ دیوی کلی قاعدی پربنسټ دا حق نه لری ، لکه څرنگه چې په صحیح حدیث کې له عبدالرحمن بن سمره څخه راغلی دی چې پیغمبر صلی الله علیه وسلم ورته وفرمایل: ژباړه: (ای عبدالرحمن بن سمره دامارت غوښتنه مه کوه ، ځکه که ستاد غوښتنی له مخی تا ته درکړل شی ، په هغه به موکول شی (تاته به وسپارل شی) او که چیری له غوښتنی پرته تاته درکړل شی ، پرهغی له تاسره مرسته کیږی) (البخاری ج ۹ ص ۱۱۴). له دی امله نوماندکیدل دمنصب اومسئولیت دغوښتنی متضمن دی او رواندی . خوکه انسان له ځان پرته بل څوک کاندیداکړی جایزدی ځکه هغه د امارت دغوښتنی متضمن ندی بلکی دوړنوماند دغوره کولو لپاره د امت بلنه رانغاړی او دبلنی دا طریقه روا او منلی ده .

۴۱- په اوسنی زمانه کې د کاندیدا کیدلو حکم :

که څه هم دیوی کلی قاعدی پربنسټ جایزه نده چې یو شخص ځان کاندیدا کړی ، خوکه چیری ضرورت یا شرعی مصلحت دهغه دوجود غوښتنه وکړی روا ده . په دی کې شک نه شته

چی زمونږ په زمانه کې کارونه پېچلی او پراخ شوی دی ، له هغې جملې ، هغه چاری چې د صالحو او کفایت لرونکو افراد و د پېژندنې او ټاکنې په اړوند وی . له هغه ځایه چې دهغه حکومتی منصوبونو سرپرستی د چارو د ادارې لپاره د شریعت مطابق زیات اهمیت لری ، یو فرد چې خپل ځان د یو کفایت لرونکی شخص په عنوان کاندیدا کوی د ده دا کار دخیرپه لوری یو ډول لارښوونه ګڼل کیږی او دخورا غوره صلاحیت لرونکی له ټاکنې او د دی مطلب له رښتیاڼی (تحقق) سره مرسته مهمه ده ، له دی امله جایز ده .

هغه څه چې له یوسف علیه السلام څخه په قرآن کریم کې راغلی دی مونږ له دی نظر سره خورا اشنا کوی : ژباړه (یوسف پاچاته) وویل چې ما (د مصر) د ځمکې په خزانو مقرر کړه ، بیشکه زه (د مالونو) ښه ساتونکی (د تصرفاتو په انواعو او د ګټو په راجلبولو کې) ښه پوه یم (د یوسف سورت - ۵۵ - آیت) .

ګومان نه کیږی چې یوسف علیه السلام دا منصب د مقام او منزلت غوښتنی په خاطر غوښتنی وی بلکې هغه یی وغوښته ترڅو د الله د رضایت وړموخو د رښتیاڼی په لوری کې دیوی وسیلی په عنوان په کارپورل شی .

۴۲- دانتخاباتی نوماندانولپاره تبلیغات :

اوس چې دارتیا په خاطر په اوسنی عصر کې نوماندکیدل جایز ګڼل شوی دی ، دهغه چا لپاره چې خپل ځان یی نوماند کړی دی جایزنده داسی کارونو ته اقدام وکړی چې دانتخاباتی تبلیغاتو په عنوان تری نوم اخیستل کیږی چې په هغه کې کاندیدان په خپله ستاینه او صفت او درقیبانو په عیب پلټلو لاس پوری کوی .

انتخاباتی کاندیدا کولای شی خپل ځان معرفی کړی ، هغه افکار او اصول چې په عمل کې تری پیروی کوی دانتخاب کوونکو لپاره توضیح کړی او نورڅه پری ور زیات نه کړی .

شپږم : دعمومی چاروسرپرستی

۴۳- دعمومی چارو سرپرستی یو مکلفیت دی نه یو حق :

زمونږ په اند په اسلامی شریعت کې دعمومی چارو سرپرستی پر حکومت باندی د فرد د حقوقو له جملې څخه نه دی بلکې پرفرد باندی د حکومت له خوا دیو مکلفیت په حکم کې دی . لکه هماغسی چې په دی حدیث شریف کې چې ابوموسی اشعری رضی الله عنه هغه روایت کړی دی ، راغلی دی :

ژباړه : (زه او دوه تنه د کاکا زامن می د پیغمبر صلی الله علیه وسلم خدمت ته ورسیدلو. له هغه دواړو څخه یی یوه وویل ای رسول الله مونږ پر ځینو هغه شیانو باندی چی الله تعالی تاسی سرپرست کړی یاست ، مامور وگرځوه بل یی هم دارنگه وویل . پیغمبر صلی الله علیه وسلم وفرمایل : په الله تعالی سوگند مونږ دا کارهغه چاته نه سپارو چی ویی غواړی یا پری حریص شی) (تیسیرالوصول ، ج ۱ ص ۱۸) . له دی صحیح حدیث څخه کولای شو ومومو چی د عمومی چارو سرپرستی پر حکومت باندی د افرادو د حقوقو له جملی څخه نه ده ځکه په هغه صورت کی نه بنای د سرپرستی اودندی غوښتل دهغه دغوښتونکی څخه دمنعی کولولامل وگرځی ځکه دحق څښتن له خپل حق څخه نه منع کیږی هرڅومره که هغه یی وغواړی یا هغه ته بلنه ورکړی یا پر حریص اولیوال وی .

۴۴- افراد څرنګه حکومتی دندی په غاړه اخلی :

په هغه صورت کی چی د شریعت له مخی دچارود پر غاړه اخیستلو غوښتنه ناروا اوناوړه وی ، افراد وته د حکومتی دندو ورکول څرنګه شونی دی ؟ دلته ده چی د حکومت دمشر او د ده دنوروالیانو دنده څرګندیږی او پرهغوی ده چی په حکومتی چاروکی تر ټولو غوره په کار وګوماری او جایزنده په ځینو دلایلو لکه خپلوی ، دوستی ، جناحی تمایلو نواو داسی نورو مواردو چی په هغه څه کی چی د چارود سرپرستی غوښتنه ده د فرد دصلاحیتونو پوری اړیکه نه لری له ډیر غوره څخه بل ته ورتیرشی . پیغمبر صلی الله علیه وسلم فرمایي :

ژباړه: (هغه کس چی دمسلمانانو دچارویو برخه ورته وسپارل شی او یو څوک پری وګوماری په داسی حال کی چی کولای یی شول دمسلمانانو لپاره له هغه څخه خوراوړ ومومی له الله او دهغه له رسول (استازی) سره یی خیانت کړی دی) (السیاسة الشرعية ، ابن تیمیه ، ص ۴).

هرکله که د حکومت مشریانور چارواکی داسی یوشخص چی د یوی ټاکلی دندی لپاره وړتیاو لری پیدا نه کړی باید په دارنگه حالت کی داسی یو څوک غوره کړی چی خورا وړدی او په بل عبارت له ټولو شتو افرادو څخه دهغوی ډیر لایق په هره یوه حکومتی دنده کی وګوماری . په تیره بیا دا مهمه ده چی د دی ستړی چاری دترسره کولو لپاره خپله وروستی هڅه وکړی چی دا دتوان تر حده پوری دی لکه ، هماغسی چی الله تعالی فرمایي : ژباړه : (نوویرپری له الله څومره چی توانیږی) (دالتغابن سورت - ۱۶ - آیت) .

۴۵- د عمومی چارود اداری لپاره دصلاحیت (واک) اندازه :

له هغه ځايه چي دحکومت مشراو چارواکي د ترټولو صالح موجود فرد په ټاکنه کي دهغي دندی په ورکړه کي چي ورته سپاري يي ملزم دی او په دی چاره کي دعمل آزادي لری ، بايد پوه شي د افراد ودواک دټاکلواندازه عبارت ده له: قدرت او امانت ساتلوڅخه . الله تعالی په قرآن کریم کي فرمایي : ژباړه : (بیشکه چي غوره دهرهغه چاچي مزدوريي نیسي هغه څوک دی چي قوتناک او امانتگروي) (دالقصص سورت - ۲۶ - آیت) .

القوة هماغه دحکومتي دندی پوري دارونده چارو د سرته رسولو لپاره دقدرت او وړتيا درلودل دی چي په نوعي پوري ترلتيايي سره توپيرلری .

امانتداری (امانت ساتنه) داسلامي شريعت د احکامو له مخي دچارو داداری پوري اړونده ده او عبارت ده له الله تعالی څخه ډار او د ده له څارني ځيني ، نه له خلکو څخه ويره اود دی درضايت ترلاسه کول .

۴۶- په اوسني زمانه کي دعمومي چاروسرپرستي :

که دشریعت له مخي د حکومتی دندی غوښتل ناوړه دی اوله بلي خوا اولی الامر دعمومي دندو لپاره دوړکسانو په غوراوی (انتخاب) کي دعمل خپلواکي ولری ، په اوسني زمانه کي څرنگه کولای شو دا قواعد پلي کړو ؟

د دی پوښتنی په ځواب کي باید و وایومهمی حکومتی دندی لکه : وزارت ، د پوځ قوماندانی ، د اداری سازمانونو ریاست د دی غوښتنه کوی چي دحکومت مشرپه کي وړکسان وگوماری او په دی صورت کي شرعی پخوانی قواعد او دصلاحیت اندازه اجرا کړی . د نورو دندو په اړه دا تصور نه کپړی چي چارواکي د مستقیم انتخاب له لاری د وړافرادو دغوراوی له عهدی څخه ووځی بلکي هغه څه چي شونی دی دا دی چي دهغه لپاره دی ځيني ضوابط په پام کي ونيول شي چي دحکومتي دندی دمنلوشرایط او حداقل کفایت پکی قید شي او غوښتونکو(داوطلبانو) ته اجازه ورکړل شي خپله غوښتنه مطرح کړی او چارواکي دنده لری دهغوی دغوښتنی په مورد کي اوهرهغه څه چي له هغه سره دخپل کفایت او امانتداری- په اړه مرکه کوی په پراخ لیداو له تنگ نظری- څخه لیری او دواسطه کیدو، یا خپلوی- یاگوندي تمایلاتو له اغیزمنلوڅخه لیری څپړنه وکړی اوهرشخص چي لایق ؤ اوله خورا بشپړو شرایطو څخه برخمن ؤ په کاروگوماری که څه هم

دهغوی له مخالفانو څخه وی او که دهغه شرایطو درلودونکی نه و غوښتنه دی یی نه منی که څه هم له دوستانو څخه یی وی .

هغه قدرت چی د حکومت د مشراو دده دنورو عاملانو په اختیار کی قرار لری په واقعیت کی یو ډول امانت دی او پردوی ده چی د دی امانت په کارولو سره د الله تعالی درضایت په لوری کی دهغه له عهدی څخه ووخی . د الله تعالی رضایت هغه مهال ترلاسه کیږی چی د حکومتی عمومی مسئولیتونو د تصدی لپاره خوراوړ صلاحیت لرونکی فرد د شریعت دمعیارونو سره سم غوره شی نه دا چی مسئولیتونه خپلونیږدی کسانو (خپلوانو) ته وسپاری او کفایت لرونکی او صلاحیت لرونکی اشخاص و شړل شی چی دا په امانت کی خیانت او دهغه ضایع کول دی . پیغمبر صلی الله علیه وسلم فرمایي: ژباړه (هر کله که امانت ضایع شی د قیامت منتظر اوسئ پوښتنه وشوه، ضایع کیدل یی څرنگه دی؟ ویی فرمایل: هغه مهال چی د چارو اداره نا امله کسانوته وسپارل شوه).

(نوربیا)

