

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 ۱۴۲ / قوس 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

## امور تایپ و حروفچینی

عبدالکریم قریشی

Website: [www.moj.gov.af](http://www.moj.gov.af)

E-mail: [adalat@moj.gov.af](mailto:adalat@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 عدالت ترمیمی ❖ سید محمد هاشمی
- ۱۴ سرفلی ❖ حسین تقی زاده
- ۳۹ اصولی قاعدی او د هغو په اړه د فقهاو د اختلاف فقهی اغیزی ❖ سیف الرحمن ستانکزی
- ۵۱ فرد او حکومت په اسلامی شریعت کی ❖ ژبارونکی حضرت گل حسامی
- ۶۱ جرایم جنگی ❖ ترجمه ذاکر حسین رضایی
- ۸۷ کشور فرانسه و نگاه گذرایی به تاریخ و نهادهای قانونگذاری آن ❖ عبدالقدیر قیومی

## گزارش‌ها

- تدویر ورکشاپ سه روزه انکشاف پالیسی و معرفی استراتژی پنج ساله وزارت عدلیه ۱۰۰

# عدالت ترمیمی<sup>۱</sup>

سید محمد هاشمی

## مقدمه

پس از ایرادهای وارده به عدالت کیفری متعارف (کلاسیک) و آشکار شدن ناکارآمدی آن، الگوی جدیدی در سیاست جنایی مطرح گردید که به عدالت ترمیمی موسوم شده است. این نوع از عدالت کیفری توجه و تمرکز خود را از جرم و گناهکار به متضرر و جبران خسارت های وارده و التیام بخشی به آن معطوف کرده است.

اهمیت این دیدگاه در این است که اعتقاد دارد ارتکاب بزه در درجه اول به بزه دیده ضرر و ضربه وارد می آورد و بنابراین آنچه در اولویت قرار می گیرد، جبران خسارتهای مادی، معنوی، روانی و عاطفی وارد شده بر اوست. از سوی دیگر، دیدگاه طرفداران این مفهوم مبتنی بر این است که حل و فصل اختلافات ناشی از ارتکاب بزه و آشتی و مصالحه بین طرفهای درگیر و یا ذینفع نه به وسیله قدرت حاکم و دولت بلکه توسط جامعه محلی و با حضور فعال بزه دیده، بزه کار در چارچوب میانجیگری، مصالحه، مذاکره نشست و... که سازوکارهای مختلف عدالت ترمیمی محسوب می شوند، باید صورت پذیرد.

---

<sup>۱</sup> Restorative Justice

الگوی عدالت ترمیمی ارتکاب بزه را نقض قوانین ومقررات رسمی ومخالفت با دولت نمی پندارد بلکه آن را به عنوان یک اختلاف وتعارض درروابط اشخاص قلمداد می کند) (آبادی, ۱۳۸۷, ص. ۱۹۴). بنابراین دراین مقاله ابتدا به اختصار مطالبی درباره الگوی عدالت ترمیمی بیان می گردد وسوال اصلی مقاله عبارت است ازاینکه آیا عدالت ترمیمی درجامعه افغانستان قابل اجرا واعمال هست؟

### مفهوم عدالت ترمیمی وسیرتاریخی آن

عدالت ترمیمی یکی ازالگوها ومدل های نوینی ازعدالت جزایی است که دردهه های اخیر پس ازانتقادها وایرادهای که نسبت به مدل های کلاسیک یا سنتی عدالت کیفری صورت گرفت این الگو مطرح گردید.

درعصرحاضررایج ترین پارادایم های عدالت، عدالت سزادهنده که همان مدل کلاسیک عدالت کیفری است و عدالت ترمیمی است.

درعدالت سزادهنده، براستحقاق بزهکاربرکیفرتوجه وتاکید می شودوبه همین اساس باید باوی به گونه ای رفتارشود که اوبا دیگران رفتارنموده است.

اما درپارادایم ترمیمی به عوض توجه وتکیه برکیفربزهکار، به اصلاح آسیب های ناشی ازبزه وبه نیازهای بزه دیده ترکیض وتوجه می شود.

طرفداران عدالت ترمیمی معتقدند که الگوی سزادهی عدالت کیفری درمبارزه با بزه شکست خورده است؛ نرخ روبه افزایش کیفرهای حبس، افزایش نرخ بزه وتبديل شدن جرم به یک هنجار نه یک استثناء را مثال می آورند. ازجانب دیگر درفرایندرسمی نظام عدالت کیفری به همان اندازه که ضمانت اجراهای مهمی را برای اجرای حقوق افراد تامین می سازد؛ به همان اندازه نیز افراد را ازدسترسى به مهارت ها وابزار های عملی حل وفصل اختلافات همچون معذرت خواهی، بخشش، ترمیم وجبران خسارت ها محروم می سازد(زاده, ۱۳۸۶, ص. ۱۰۶) تاریخ آغازوشروع بحث درمورد عدالت ترمیمی را بعضی ها مربوط به زمانی می دانند که مباحث مربوط به ایجاد یک نظام اصلاحی برتادیب به جای کیفر آغازشد. لذا محدوده تاریخی



۱۹۷۲-۱۹۷۴ استفاده وسیع از این مفهوم را مربوط به سال ۱۹۷۷ توسط آلبرت آگلش کانادایی می‌دانند. البته برخی از نویسندگان مارشال بارنت انگلیسی را مبتکر این واژه می‌شناسند.

تعاریف متعددی از عدالت ترمیمی صورت گرفته و تا کنون تعریف جامعی از این مفهوم ارائه نشده ولی هوارد زهر و تونی اف مارشال بارنت عدالت ترمیمی را اینگونه تعریف می‌کنند:

عدالت ترمیمی پاسخ و واکنشی است به بزه که بر ترمیم و جبران خسارت های بزه دیده تاکید داشته و بزهکار را نسبت به آسیب و خساراتی که بوجود آورده مسئولیت پذیر نموده و طرفهای که در یک جرم خاص حق و سهم دارند، دور هم جمع می‌شوند و بین خود آشتی بوجود می‌آورند (شیری، ۱۳۸۵، ص. ۲۲).

در این تعریف عدالت ترمیمی یک فرایند و روش خاصی است که به رابطه بین بزه دیده، بزهکار و کلیه گروه‌های که به نوعی با بزه ارتباط دارند مربوط می‌شود.

نکته مهم در این تعریف، توجه به خسارت‌های حاصله از بزه است، خسارت‌های که متوجه بزه دیده می‌شود باید چاره‌ای برای جبران آن اندیشیده شود و التیام و جبران بر کیفر ترجیح داده شود.

اما در یک نگاه کلی، عدالت ترمیمی نگاه به آینده دارد یعنی دست یافتن به اجماع و توافق کلی برای موارد مشابهی که ممکن است در آینده رخ دهد.

یکی از تعاریف دیگری که درباره این مفهوم بعمل آمده چنین است: عدالت ترمیمی فرایندی است برای درگیر نمودن کسانی که سهمی در جرم خاص دارند تا بطور جمعی درباره چگونگی برخورد با آثار و نتایج جرم و مشکلاتی ناشی از آن برای آینده تصمیم گرفته، از رهگذر میانجیگری و سازش در فضای دوستانه و غیر پولیسی راه حلی بیابند (ساریخانی، ۱۳۹۱، ص. ۵۲). بریث وایت در تبیین این تعریف به پنج ویژگی عدالت ترمیمی اشاره می‌کند:

۱- عدالت ترمیمی دعوتی است به مشارکت کامل و اتفاق نظر و اجماع؛ در مقایسه با عدالت کیفری کلاسیک که محاکم رسمی تشکیل می‌دهند برای تحمیل کیفر بر مجرم بدون اجماع و گفتگو راجع به ابعاد جانبی بزه.

۲- عدالت ترمیمی درصدد ترمیم روابطی است که به اثرو وقوع جرم گسیخته شده است؛ درمقایسه با عدالت کیفری کلاسیک که مترصد ایجاد جرم، حرمان و ناتوانی برای مجرم است.

۳- این نوع عدالت کوششی است برای ایجاد احساس شرم بازسازگارکننده درمقایسه با شرم مخرب که از پیامدهای سوء عدالت کیفری کلاسیک سزادهنده است.

۴- هدف عدالت ترمیمی تقویت اجتماعی برای پیشگیری از جرم در آینده است، درمقایسه با عدالت کیفری ارعابی که گذشته نگر و درپی تحمیل کیفر جرم ارتكابی است.

۵- واکنش های جرایمی عدالت ترمیمی بسیار متنوع و انسان گرایانه هستند (مانند حکم کیفری به ترمیم خسارت بزه دیده و جامعه، عذرخواهی، جزای نقدی روزانه، تعلیق مراقبتی، خدمات عام المنفعه)، درمقایسه با عدالت کیفری کلاسیک که واکنش هایش محدود به حبس، شلاق، تبعید، اعدام و امثال آنهاست (Braith Waite, ۲۰۰۲, p۹۹) به نقل از ساریخانی و اصفهانی). و در تعریف دیگری آمده است که: عدالت ترمیمی عدالتی است که تلاش می کند بین منافع بزه دیده و جامعه و نیازهایی بازپذیری اجتماعی بزهکار توازن و تعادل ایجاد نماید و می کوشد که ترمیم و بهبود وضعیت بزه دیده را تا حد امکان عملی ساخته و در این مسیر تمام اشخاصی را که به نحوی در حادثه مجرمانه نفعی دارند (مانند بزه دیده، بزهکار، وابستگان آنها، نمایندگان جامعه و مقامات عدالت کیفری) به مشارکت فعال و سازنده برای ایجاد چنین توازنی فرا می خواند (ندوشن, ۱۳۸۶, ص. ۳۸)



### عناصر تشکیل دهنده عدالت ترمیمی

۷ آنچه در عدالت ترمیمی مهم به نظر می رسد، عناصر تشکیل دهنده آن است. عناصری چون داوطلبانه بودن، اظهار حقیقت، رودررویی، توافق، حمایت و غیر علنی بودن در مقابل عناصر عدالت سزادهنده که اجباری بودن، کتمان حقیقت، تحمیلی بودن، علنی بودن و نادیده گرفتن را شامل می باشد.

## داوطلبانه بودن

یکی از عناصر اصلی فرآیند عدالت ترمیمی، شرکت داوطلبانه بزه دیده و بزهکاری باشد و هیچ گونه اجبار، ترس و تهدیدی نباید در بین باشد و از جانبی این مشارکت نباید به شکل تشریفاتی و ساختگی برگزار شود، همانطوریکه در عدالت سزادهنده مشاهده می شود که بزهکار داوطلبانه و با اراده خود اکثرا به محاکم حاضر نمی شود بلکه مجبور است که تن به محاکمه دهد.

## اظهار حقیقت

در فرآیند عدالت سزادهنده، بزهکاری سعی می کند با انکار و تکذیب بزه ارتكابی، از کیفر رهایی یابد. در حالی که در عدالت ترمیمی، بحث بر سر پذیرش گناهکاری و اظهارندامت و پشیمانی است و در واقع پیش شرط شرکت در فرآیند های ترمیمی، پذیرش مسئولیت به جای انکار جرم است.

## رودرویی

یکی از عناصر دیگر فرآیند ترمیمی، رودرویی بین سهم داران عدالت ترمیمی با یکدیگر است، بزه دیده و بزهکار رودرویی یک دیگر و با کمک و مساعدت میانجی، تسهیل کننده، اعضای خانواده، مشاوران حقوقی و غیره به نقل ما جرا می پردازند، نظرات خود را مطرح می سازند و دیدگاه های طرف مقابل را می شنوند. هدف از این عنصر، یافتن راهی جهت رسیدن به جبران و ترمیم آسیب های وارده است. و در واقع پس از این مرحله اصلاح روابط بین بزه دیده و بزهکار آغاز می شود و می تواند در صورت توافق، به جبران التیام و آشتی منجر شود.

## توافق

مرحله دیگری است که بزه دیده و بزهکار بر سر نحوه جبران آسیب و پاسخ به بزه باهم به نتایج و توافقاتی دست می یابند. در فرآیند های کیفری، پاسخ به عمل بزه، یعنی کیفر، از طریق توافق با بزهکار و بزه دیده تعیین نمی شود بلکه کیفر بر اساس قوانین جزایی و به وسیله قاضی صادر کننده حکم و بدون در نظر داشت خواست و توافق بزه دیده و بزهکار تعیین و صادر می شود.



هرچند ممکن است که این جزا مورد تقاضای بزه دیده بوده و یا حتی برای بزهکار نیز درموردی خوشایند باشد چون منتظر کیفر سنگین تری بوده است. ولی آنچه مهم به نظر می رسد، کیفر و جزا به اساس خواست و در نتیجه یک فرایند توافقی به دست نمی آید درحالیکه در عدالت ترمیمی توافق باعث می شود که فرایند ترمیمی را یک فرایند سازشی بدانیم نه یک فرآیند تحمیلی و اجباری.

### حمایت

حمایت از بزه دیده، حمایت از بزهکار، حمایت از اشخاص آسیب پذیر: زنان، کودکان، افراد مریض و حمایت از جامعه. در ابتدا این تصویر به ذهن می رسد که بزه دیده نیاز به حمایت دارد که مطلبی درستی است زیرا اوست که آسیب دیده است و ممکن در خطر بزه دیدگی دوباره نیز قرار داشته باشد و باید به او اطمینان داد تا دیگر مورد بزه دیدگی واقع نخواهد شد. ولی نباید حمایت از بزه دیده و دادن اختیار و قدرت لازم به او، موجب شود تا بزهکار نادیده گرفته شود، و او نیز باید مورد حمایت قرار گیرد تا موازنه و تعادل در فرآیند عدالت ترمیمی ایجاد گردد و از سوی دیگر ممکن است بزهکار درموردی قادر به پرداخت غرامت و جبران آسیب های وارده نباشد. در اینگونه موارد باید جامعه محلی مشارکت نموده و به جبران آسیب کمک نمایند و همینطور ارائه مشوره های لازم به بزهکار، در موارد لازم، معرفی به داکتر و روانشناس، پیدا نمودن شغل مناسب در صورت بی کار بودن او و... حمایت های متعددی است که در فرآیند عدالت ترمیمی می توان نسبت به بزهکار به عمل آورد و هم چنین جلوگیری از توهین به بزهکار. ممکن است بزهکار مورد توهین و تحقیر قرار گیرد و به ویژه اگر از اقشار پایین و فقیر جامعه باشد یا از اقلیت های نژادی، قومی و دینی.

### غیر علنی و محرمانه بودن

یکی دیگر از عناصر عدالت ترمیمی، غیر علنی و محرمانه بودن آن است. اهمیت این عنصر به ویژه ناظر به بزه های اطفال و نوجوانان می باشد که در صورت علنی بودن، راه آنان را برای بازگشت به جامعه دشوار می سازد. واقعیت امر این است که یکی از موانع مهم در مسیر بازپذیری



دوباره بزهکار، از بین رفتن حیثیت، اعتبار و آبروی وی است زیرا بزهکار، منزوی می گردد و همین انزوا، زمینه بزهکاری دوباره وی را فراهم می سازد. البته این پیامد های منفی، محدود به بزهکار نیست بلکه گریبان خانواده وی را نیز می گیرد. آنان در محل کار و زندگی خویش در وضعیت حیثیتی نامناسبی قرار می گیرند، هم چنین بزه دیده نیز از این امر آسیب می بیند، دختری که به زور به او تجاوز شده است، تحمل علنی شدن این محاکمه را ندارد و با علنی شدن محاکمه آسیب دوباره می بیند. هم چنین خانواده وی نیز، در صورت علنی بودن، مورد بزه دیدگی مجدد قرار می گیرد (همان، ص ۳۱)

فرایندهای عدالت ترمیمی هم خیلی مهم است و الگوهای متفاوتی دارند اما وجه اشتراک همه شان از نظر ماهوی ترمیمی بودن آن است، در حالیکه در عدالت سزادهنده وجه اشتراک فرایندهای متفاوت کیفری، ماهیت تنبیهی دارد. یکی از گسترده ترین فرایندهای میانجی گری بزه دیده- بزه کار است و میانجی گری ابزار، شالوده و سنگ بنای عدالت ترمیمی است. نشست های گروهی و حلقه های تعیین مجازات از فرایندهای دیگر این پارادایم است.

طرفداران عدالت ترمیمی معتقدند با کیفر نمی توان عدالت واقعی را محقق ساخت ، عدالت زمانی محقق می شود که در جهت اصلاح آسیب های ناشی از بزه، جبران و التیام این آسیب ها ، اقدامی انجام شود. البته این موضوع را نباید از نظر دور داشت که در جرایم مهم یعنی جرایم خشونت آمیز ، تروریستی، جرایم سازمان یافته و نظایر آن کماکان به عدالت سزادهنده نیاز است و فرایندهای ترمیمی در آن بخش ها کارآیی نداشته بلکه منجر به افزایش بزهکاری در جامعه خواهد شد اما در جرایم ساده و کم اهمیت که عمدتاً ناظر به نقض حقوق افراد است بخصوص زمانی که مرتکب نوجوان است و یا برای بار اول مرتکب بزه می گردد، استفاده از فرایندهای ترمیمی سودمند خواهد بود.

البته میزان موفقیت این فرایندها بستگی دارد به تقویت نهادهای مردمی، تقویت حس مسئولیت پذیری جمعی، ایجاد شرایط فرهنگی مناسب، افزایش آگاهی عمومی ، تبیین عواقب سوء بزه بر جامعه ، تاکید بر کرامت و ارزش ذاتی انسان ، تقویت آموزه های دینی و اخلاقی.

همانگونه که در فوق تذکر رفت، سنگ بنای عدالت ترمیمی، میانجیگری است و لازم است تا پیرامون میانجیگری از منظر دین مقدس اسلامی مطالبی مطرح گردد.

درفر هنگ و حقوق اسلامی، میانجیگری به دو معنی به کار برده شده است:

۱- میانجیگری بین طرفین دعوی

۲- میانجیگری نزد حاکم به نفع مجرم

درفلمرو حقوق الناس که دعاوی با تراضی و توافق طرفین فیصله می یابد، میانجیگری شخص ثالث بین اطراف دعوی به منظور حل اختلاف و رفع دعوی بدون توسل به طرق رسیدگی قانونی و قضایی، بسیار مورد توجه و توصیه شارع مقدس اسلام بوده است، این قلمرو شامل بخش اعظم دعاوی حقوقی (مدنی) و آن دسته از دعاوی جزایی می باشد که جنبه خصوصی (حق الناسی) آن غالب و تعقیب و مجازات مجرم منوط به اراده و مطالبه قربانی، دانسته شده است (جرائم قابل گذشت).

این گونه میانجیگری تحت عنوان اصلاح ذات البین در آموزشهای اخلاقی و حقوقی اسلامی مورد توجه و تایید قرار گرفته است. والصلح خیر (صلح بهتر است)، انما المومنون اخوه فاصلحو بین اخویکم (همانا مومنان برادرند، پس میان برادران خود سازش برقرار کنید)، فاتقوا الله واصلحوا ذات بینکم (از خدا بترسید و میان خود اصلاح کنید)، اگر اختلاف میان زن و شوهر آگاه شدید، داوری از کسان مرد و داوری از کسان زن برگزینید، اگر آن دورا قصد اصلاح باشد خداوند میان شان موافقت بوجود می آورد که خداوند دانا و آگاه است (سوره نساء)

در روایات اسلامی نیز به این معنی توجه بسیار شده است، اصلاح ذات البین برترین عبادت است، اصلاح ذات البین افضل از صدقه دادن زرو مال است. آیات و روایات فوق نشاندهنده میزان اولویت و اهمیتی است که در اسلام به رفع خصومت و حل اختلافات مردم، خارج از دایره قانون و قضا داده شده است.

در کشور ما از دیر زمانی میانجیگری و مصالحه در جهت حل و فصل خصومت ها رواج داشته و در حال حاضر نیز جایگاه خاص خود را دارد و آنچه در این مورد مهم به نظر می رسد، جلوگیری از حل و فصل دعاوی و اختلافات خلاف شرع میان اشخاص حقیقی توسط



میانجیگران است و به همین اساس تدوین چارچوب حقوقی و قانونی میانجیگری ضروری به نظر می رسد، آنچه تا حال بدان پرداخته نشده است.

از مزیت های مهم میانجیگری؛ دسترسی مردم به عدالت آسان، کم هزینه و ارزان، سریع و منصفانه قبل از رسیدگی رسمی و یا در جریان رسیدگی توسط مراجع عدلی و قضایی می باشد. دسترسی آسان و کم هزینه به این مفهوم است که بیشتر میانجیگران و تسهیل کننده گان از محلی انتخاب می شوند که منازعه در همان محل رخ داده و سریع هم به لحاظ اینکه پروسیجرهای اداری پیچیده و وقت گیر در آن وجود ندارد و منصفانه بودن آن بدین معنی است که میانجیگران به توافق طرفین منازعه انتخاب می شوند و قبول سازش هم با موافقت و اختیار دو جانب دعوی صورت می گیرد. البته پیرامون عدالت ترمیمی یا عدالت نرم و یا سازشی و مصالحه ای مطالب بسیاری است که باید بدان پرداخته شود ولی چون در این مقاله بیشتر از این گنجایش دیده نمی شود، مطالب بعدی در ارتباط با تطبیق و عملی شدن عدالت ترمیمی در کشور و در کدام نوعی از جرایم، اصول عدالت ترمیمی و اجتماع محلی، در مقاله دیگری تنظیم خواهد شد.

### منابع:

آبادی، ع. ت. (۱۳۸۷). اصلاح ذات البین و نظریه عدالت ترمیمی. فصلنامه مدرس علوم انسانی.

توجهی، ع. ح. (بدون تاریخ). اصلاح ذات البین و نظریه عدالت ترمیمی.

زاده، ع. ش. (۱۳۸۶). بررسی مفهوم، نقش و جایگاه جامعه محلی در فرایند های میانجیگری و شورای حل اختلاف. فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم.

ساریخانی، م. خ. (۱۳۹۱). نقد عدالت کیفری ترمیمی در گفتمان جرم شناسی غربی از منظر سیاست جنایی قرآن کریم. کاوشی نو در معارف قرآنی.

شیری، د. ع. (۱۳۸۵). فرآیند های عدالت ترمیمی. فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم.

ندوشن, ب. ا. (۱۳۸۶). مفاهیم و شیوه های اجرای عدالت ترمیمی در لایحه مجازات های  
اجتماعی جایگزین زندان. فصلنامه حقوقی گواه .



عدالت ترمیمی



## سرقفلی

حسینه تقی زاده

مقدمه

سرقفلی در مفهوم عام، از جمله مقوله هایست که فهم و برداشت عمومی از آن آسان به نظر میرسد، زیرا نهادیست عرفی که ابتدا از معاملات و دادستد اهل کسبه و بازار سرچشمه گرفته و به تدریج منحصیث یک عرف مدنی-تجاری در میان مردم شکل گرفته و تکامل یافته و بلاخره در دنیای حقوق پایه گذاشته است. جایگاه مهم و ارزشمند سرقفلی در عرصه اقتصاد و دارایی اشخاص و معاملات روز افزون مردم در موضوع سرقفلی؛ فقهاء، حقوقدانان و قانونگذاران را بر آن داشت تا این نهاد عرفی را درسیستم حقوقی کشورها داخل و با استنباط و استفاده از اصول فقهی و مقررات سنتی برای آن چوکات حقوقی تراشیده و به حیث یک نهاد حقوقی تعریف، شرایط و اوصاف معین بر آن وضع و تحت شرایطی مشخص حقوقی بر آن آثار

و نتایجی را در قانون مرتب نمایند تا معاملات و منازعات ناشی از آنها از تضمینات و حمایت های قانونی برخوردار شده و اصل حاکمیت قانون محقق گردد. ازین رو در اکثر کشورها درین رابطه قانون مشخص و یا احکام مشخصی وجود دارد.

اما در کشور ما با وجود اینکه سرقتی یک نهاد پذیرفته شده عرفی - مذهبی میباشد و عملاً قضایای آن در محاکم مورد حل و فصل قرار می گیرد، نمیتوانیم در مواد و احکام قوانین مربوطه عنوان و حتی تعریفی مشخصی از سرقتی بیابیم. با وصف اینکه قاضی مقید به قانون بوده و به استناد قانون باید حکم و فیصله خویش را صادر نماید، اما قانونی که حق سرقتی را تحت پوشش قرار دهد؛ در نظام کنونی کشور ما وجود ندارد.

از آنجائیکه سرقتی نقش مهمی در رابطه به حقوق موجر و مستاجر دارد، و تثبیت حق سرقتی منجیث حق تقدم اجاره برای مستاجرین محلات تجارتي، برای تضمین حقوق آنان و رشد و شکوفایی تجارت نقش ارزنده ای دارد. و از آنجائیکه تعیین و تبیین نهاد سرقتی میتواند به خیلی از پرسش های حقوقی از قبیل اینکه (آیا سرقتی مال است یا خیر؟) اگر سرقتی مال است؛ (آیا میتواند موضوع وثیقه قرار گیرد؟) پاسخ دهد که در راستای حمایت از حقوق اشخاص ثالث و حتی تامین منافع دولت ها قابل اهمیت است.

در نوشته حاضر سعی بر آن شده است تا پس از ذکر تعریف و مفاهیم اصطلاحی، ماهیت حقوقی، منشاء، تفاوت آن با سایر مفاهیم حقوقی، حکم و ادله شرعی و بلاخره نحوه انتقال سرقتی مورد بررسی قرار گرفته و در پایان نتایج بدست آمده ازین تحقیق ارایه میگردد.

### **گفتار اول: تعریف سرقتی**

بررسی پیشینه تاریخی سرقتی بیانگر آنست که این نهاد پیش از آنکه بصورت حقوقی در قانون تعریف و پیش بینی گردد؛ بصورت عرفی در مراودات و معاملات مردم معمول و مروج

بوده است. لذا رجوع به چگونگی برداشت عرفی مردم ازین نهاد میتواند ما را در ارایه تعریف مشخصی از آن یاری رساند.

### الف - تعریف عرفی سرقتی

با توجه به اینکه نظام حقوقی افغانستان عرف را منحصی یکی از منابع قانون برسمیت شناخته است، و با توجه به اینکه در کشور ما قانون مشخص و مدون در رابطه به سرقتی وضع نگردیده است، میتوان جهت معرفی و شناخت مبانی و مشخصات آن به عرف عمومی رجوع نمود.

مطابق گزارشی که یکتن از قضاات محکمه استیناف ولایت لغمان، محترم قضاوتپوه شمس الرحمن شمس ارایه کرده است، در آن با استمساک به عرف و قواعد فقهی تعریف نسبتا جامعی از سرقتی ارایه شده و همچنین تاریخچه و قواعدی چند پیرامون این حق نگاشته شده است. گرچند این نوشته حیثیت قانون را ندارد اما عملا قواعد مندرج آن در محاکم قابل تطبیق عملی میباشد. درین گزارش سرقتی چنین تعریف شده است: " سرقتی عبارت از عقدیست که صاحب یک ملک به مستاجر خود، حق استمرار را در استفاده از همان ملک، در بدل یک مبلغ معین برای یکبار علاوه بر کرایه ماهوار داده و میدهد."<sup>۱</sup>

در عرف معمول است که موجر با توجه به بعضی صفات و مشخصاتی که در ملک رقبه اش وجود دارد، علاوه بر اخذ اجاره بها مبلغ و یا جوهری را منحصی سرقتی در ابتدای اجاره از مستاجر می گیرد. و به این اساس مستاجر با پرداخت سرقتی از حق تقدم در اجاره برخوردار میشود.

همچنان سرقتی به این مفهوم نیز رایج است که مستاجر ملکی را اجاره و از برای آن سرقتی هم پرداخت نموده باشد، و به درخواست موجر قبل از تکمیل معیاد اجاره، همین ملک را به دیگری واگذار نماید و در مقابل این واگذاری که در عرف مردم "تخلیه" به آن می گویند؛ مبلغی پول دریافت مینماید که به همین مبلغ نیز سرقتی اطلاق میگردد.

۱ شمس، مجموعه قوانین، جلد ۱۲، ص ۲



## ب- تعریف اصطلاحی سرقفلی

داکتر جعفر لنگرودی حقوقدان ایرانی در ترمینولوژی حقوق سرقفلی را این گونه به معرفی می‌گیرد:

" سرقفلی پولی است که مستاجر ثانی ( به معنی اعم کلمه) به مستاجر سابق در موقع انتقال اجاره، بلاعوض می‌دهد و همچنین مستاجر اول به مالک می‌دهد. که این وجه از مصادیق دارایی نامرئی بوده و عنوان در آمد اتفاقی را ندارد به شرط اینکه ناشی از جمع‌آوری مشتریان و کارگران مستاجر باشد. والا مالکی که مغازه می‌سازد و آنرا با گرفتن پولی بنام سرقفلی به اجاره می‌دهد، این پول جز در آمد محسوب شده و مالیات به آن تعلق می‌گیرد."<sup>۱</sup>

در فرهنگ فارسی معین سرقفلی به عنوان حقی تعریف شده است که بازرگان و کاسب به جهت تقدم در اجاره، شهرت جمع‌آوری مشتریان ... نسبت به محلی پیدا می‌کند.

دکتر ناصر کاتوزیان سرقفلی را امتیازی میدانند که مستاجر متصرف به نسبت حقی که که در نتیجه فعالیت خود در جلب مشتری پیدا کرده است، در اجاره دادن محل کسب خویش، بر مستاجران بعدی، مقدم شناخته شده است.<sup>۲</sup>

با بررسی تعاریف فوق میتوان گفت که به دلیل غلبه اصطلاح سرقفلی در فرهنگ عامه ، اکثر حقوقدانان در تعریف، سرقفلی و حق کسب، پیشه و تجارت را با هم خلط کرده اند و بیشتر به شرح ماهیت حق کسب، پیشه و تجارت پرداخته اند تا سرقفلی.

چنانچه در تعریفی که از جعفری لنگرودی ارایه گردید، منظور و مقصود وی بیشتر حق تخلیه بوده است که در موارد انتقال عقد اجاره به مستاجر دومی مطرح میشود. درحقیقت این تعریف بدو بخش تقسیم میشود که در بخش نخست روی حق کسب، پیشه و تجارت تمرکز

۱ جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۳۵۶

۲ کاتوزیان، حقوق مدنی ( اموال و مالکیت)، ص ۶۱



شده و در بخش دوم به سرقفلی اشاره شده ، طوریکه حق کسب، پیشه و تجارت از جمله دارایی نامرئی تلقی شده و شامل دارایی نمیشود. اما بخش دوم همان سرقفلی است که جزء دارایی محسوب میگردد.

اما بعدا جعفری لنگرودی در مبسوط (ترمنولوژی حقوقی) تعریف مشرح تری از حق سرقفلی ضمن تفکیک آن از حق کسب، پیشه و تجارت بیان نموده است. چنانچه در تعریف سرقفلی مینویسد:

- عوض وجهی است که مستاجر کسب، از منتقل الیه آن محل، بابت سابقه کار خود در آن محل، در رابطه با جلب ارباب رجوع می گیرد. که این جزء دارایی نامرئی است و درآمد بر دارایی نیست و شامل مالیات نمیشود.

- عوض وجهی است که مالک کسب تازه ساز، در اولین عقد اجاره علاوه بر اجاره بها از مستاجر می گیرد. این پول در آمد است و مشمول مالیات بر درآمد میگردد<sup>۱</sup>

تعریف فوق درحقیقت هر دو اصطلاح اعم از حق کسب، پیشه و تجارت و همچنان حق سرقفلی را تحت پوشش قرار داده است با وصف اینکه هر دو تحت یک عنوان (سرفقلی) معرفی شده است. مورد اول همان تعریف حق کسب، پیشه و تجارت است؛ زیرا این حق از جمله حقوق وابسته به موسسه تجارتي یا حقوق مکتسبه از کسب و صنعت (fonds de commerce) است.

در عرصه تجارت دونوع دارایی و مال در نتیجه فعالیت های تجارتي ایجاد میشود که یکی از سرمایه و دیگری از کار.

درینجا حقوق ومالیکه از سرمایه ایجاد میشود؛ مورد بحث ما نیست. و اما دارایی و مالی که در نتیجه کار وشغل تجارتي ایجاد میشود، همان کارمایه تجارتي است که معادل اصطلاح فرانسوی (fonds de commerce) میباشد. که حق کسب، پیشه و تجارت هم شامل این دسته

<sup>۱</sup> مبسوط، ص ۴۳۰

از حقوق است. زیرا در نتیجه فعالیت دوامدار مستاجر تاجر، در یک محل معین و با توجه به کسب شهرت تجاری، ارایه مواد مرغوب، جذب مشتریان و ایجاد محبوبیت و اعتبار تجاری بوجود می‌آید. اما به عقیده بعضی از حقوقدانان، از آنجاییکه این حق به تدریج بوجود آمده و اعتباری و نامرئی است؛ نمیتوان آنرا جزء دارایی دانست ازینرو مالیات به آن تعلق نمی‌گیرد.

و اما مورد دومی که در تعریف فوق به آن پرداخته شده است، منظور همان سرقتی است زیرا با توجه به عرف موجود میان مردم، وجه سرقتی از همان ابتدای اجاره از مستاجر گرفته میشود و در ایجاد آن کار و فعالیت تجاری مستاجر نقشی ندارد. چنانچه در عرف عمومی شاهد آن هستیم. سرقتی تنها در عرصه تجارت معمول نیست بلکه در عرصه معاملات مدنی هم رایج و معمول است. در عصر کنونی حتی دفاتر اکثران، و کلای مدافع و رهنمایی‌های معاملات هم دارای سرقتی بوده با وجود اینکه ارایه خدمات صحتی و حقوقی از معاملات تجاری محسوب نمیشود.

سید حسین حسینی یک وکیل مدافع و حقوقدان ایرانی طی یک مقاله ای تعریف نسبتاً جامعی از سرقتی به ترتیبی ذیل ارایه کرده است:

" سرقتی وجهی است که مالک محل تجاری در آغاز علاوه بر اجوره، از مستاجر می‌گیرد تا محل را به او به اجاره دهد و یا مستاجری که حق انتقال به غیر را دارد و به موجر سرقتی پرداخته، درقبال انتقال منافع به مستاجر دست دوم؛ دریافت می‌کند و یا مستاجری که به موجب شروط ضمن عقد، امتیازاتی دارد که مانع از تخلیه عین مستاجره بوسیله موجر است، درقبال اسقاط این امتیاز و استرداد مورد اجاره به مالک، از وی می‌گیرد.<sup>۱</sup>

با توجه به این تعریف سرقتی در موارد ذیل بوجود می‌آید:

• سرقتی همان وجهی است که موجر در آغاز معامله اجاره با توجه به مشخصات محل اجاره از مستاجر می‌گیرد.



<sup>۱</sup> حسینی نیک، بررسی راه‌های واگذاری و انتقال سرقتی، ص ۶۸

- در مواردیکه مستاجر حق اجاره دادن منافع عین مستاجره را به مستاجر ثانی دارد ( اجاره در بطن اجاره)، مستاجر اولی وجهی را تحت عنوان سرقفلی به موجر می پردازد. در مواردیکه مستاجر ضمن عقد اجاره، از بعضی امتیازاتی از قبیل اجاره مستمر یا طولانی مدت برخوردار میشود. اما اگر بدلایلی این امتیازات اش ساقط گردد، مستاجر در قبال استرداد مورد اجاره به مالک آن، از موجر سرقفلی می گیرد. (حق التخلیه عین مستاجره)

### گفتار دوم: حق کسب، پیشه و تجارت

با وجود اینکه اکثر علماء حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت را یکسان تعریف کرده اند و یا اینکه تحت نام سرقفلی ماهیت حق کسب، پیشه و تجارت را بیان داشته اند؛ ولی باز هم در عصر کنونی، دکترین حقوق بعضی از کشورها بر علاوه تعریف مشخص از سرقفلی، تعریفات جامعی را از حق کسب، پیشه و تجارت ارایه داده اند که جهت تشخیص و برشمردن تفاوتها؛ ذکر آن درینجا بی مورد نخواهد بود.

### الف - تعریف حق کسب، پیشه و تجارت

بعضی از حقوقدانان در معرفی حق کسب، پیشه و تجارت چنین نگاشته اند:  
 " حقی است برای مستاجر بازرگان، پیشه ور و مطلق کسانی که از طریق اجاره محلی، کسب معاش کنند و لو آنکه بازرگان نباشند و با سرقفلی فرق دارد. زیرا شهرت مشتری و وجود مشتریان از عناصر سازنده سرقفلی نیست."  
 و یا به عبارتی دیگر " حق کسب، پیشه و تجارت، حق مالی تدریجی الحصول و قابل تقویم است که قانونگذار در قبال فعالیت کسی و رونق اجاره مستاجر محل کسب در نظر گرفته و به تبع منافع مورد اجاره (در صورت جواز انتقال با سند رسمی) قابلیت انتقال به غیر را دارد."<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> همان، ص ۶۹

دکتر ناصر کاتوزیان به نقل از ریپرو و روبلو، در کتابش (دوره عقود معین) حق کسب و پیشه را چنین به معرفی گرفته است: "مالکیت غیر مادی یا حقی است بر مشتریان دایم و سرمایه تجارخانه"<sup>۱</sup>.

این حق که نوعی از حق تقدم در اجاره محل کسب میباشد، با این مبنا توجیه میشود که چون موسسات تجارتي، اکثرا در ساختمانهای اجاره ای تاسیس میشوند که مالکیت رقبه آن متعلق به دیگران است. در نتیجه، کوشش و فعالیت و همچنان پشتکار تاجر در اثر پیدا شدن مشتری محل کسب و فعالیت، مرغوبیت و ارزشی پیدا میکند که نمیتوان آنرا نادیده گرفت. چون ادامه استقرار او در محلی است که کار و فعالیت تجارتي خود را از آنجا آغاز کرده و توسعه داده است، به موازات حقی که مالک محل برخوردار است، تاجر مستاجر نیز دارای حقوقی میشود که در اثر سعی و تلاش تاجر در آن محل بوجود آمده است. زیرا تاجری که در اثر تولید بهتر و مرغوب، سبب جلب و جذب مشتریان و کسب شهرت در محل کسب خود شده، ارزش محل را چند برابر نموده است. ازینرو هر کسی جانشین او شود از نتیجه فعالیت وی استفاده خواهد نمود.

و بعضا این گونه توجیه میشود که اگر مالک محل کار تاجر، آزادانه و بدون کدام محدودیت قانونی بتواند تاجر را از ملک خود بیرون کند، نه تنها تاجر از نتایج سعی و تلاشش که همان حقوق مکتسبه تجارتي (شهرت محل تجارتي و جلب مشتریان...) وی است، محروم میشود بلکه مالک یا موجر بی جهت از ثمره فعالیت او استفاده خواهد نمود.

برخی از فقهاء نیز معتقدند که اجاره دادن اعیان مستاجر برای کسب و تجارت منجر به ایجاد حق برای مستاجر تاجر میشود که با استفاده ازین حق موجر نمیتواند پس از تمام شدن مدت اجاره؛ مستاجر را اخراج نماید.



<sup>۱</sup> کاتوزیان، دوره عقود معین، ص ۵۱۶

اما در مقابل عده ای زیادی از فقهاء و علمای اسلام فتوی داده اند که به مجرد تمام شدن مدت اجاره، مستاجر مکلف است که عین مستاجر را تخلیه و به موجر تسلیم دهد. چنین حقی ایجاد نمیشود و در صورتیکه مستاجر بعد از انتهای مدت، محل را تخلیه نکند؛ غاصب شناخته میشود.

در عصر کنونی حق کسب، پیشه و تجارت منحصراً حقی از حقوقی مکتسبه موسسه تجارته شناخته شده است که به آن "حق تقدم و امتیاز در اجاره محل" نیز اطلاق میشود. در نظام های حقوقی اکثر کشورها رژیم های متفاوتی برای حمایت از تاجر مستاجر در نظر گرفته شده است. چنانچه تاجر، مالک محلی که در آن تجارتخانه تاسیس نموده، نباشد میتواند از حق امتیاز و تقدم در اجاره استفاده نموده، و اشتغال خود را در آن محل ادامه دهد و مالک نمیتواند محل استیجاری تاجر را از او گرفته و به دیگری اجاره دهد.

### ب - مقایسه سرقفلی با حق کسب، پیشه و تجارت

با توجه به تعاریفی که از هر دو مقوله ارائه گردید، میتوان گفت سرقفلی مختص به ملک عقار بوده و موقعیت ملک تجاری (مرغوبیت محل و موقعیت یا کسبه، میزان جلب مشتری) و همچنین نوعیت ساختمان (کیفیت ساخت و ساز، وضعیت ظاهری و دکوراسیون) آن، در میزان سرقفلی موثر خواهد بود. اما حق کسب، پیشه و تجارت به عواملی غیر از موقعیت ملک، چون نوع شغل، مدت اشتغال، یا شرایط بخصوصی مندرج در قرارداد اجاره؛ بستگی داشته و با توجه به این عوامل ارزشیابی میگردد.

علاوه بر نکات متفاوت فوق در عوامل موجد هر یک، تفاوت های دیگری نیز از سوی حقوقدانان بین سرقفلی و حق کسب، پیشه و تجارت ارائه گردیده که شامل موارد ذیل میباشد:

۱. سرقفلی همان پولی است که در ابتدای عقد اجاره به موجر پرداخته میشود. اما حق کسب پیشه و تجارت در جریان کسب و فعالیت های تجارته با توجه به عواملی چون اعتبار تجارته، شهرت و میزان جلب مشتریان بوجود میآید.

۵- اکثر فقهای امامیه در مورد مجاز بودن اخذ سرقفلی اجماع نظر دارند در حالیکه حق کسب، پیشه و تجارت را مناقض اختیارات مالکانه تلقی نموده و شرعا آنرا مجاز نمیدانند.

۶- گرفتن سرقفلی میتواند سبب تخفیف و یا تقلیل در اجاره بها گردد چنانچه اماکن تجارتهای که با سرقفلی به اجاره داده میشوند، اجاره بهای کمتری نسبت به عین مستاجر بدون سرقفلی دارد. در حالیکه حق کسب، پیشه و تجارت بدلیل اینکه به مرور زمان ایجاد میگردد، نه تنها باعث تقلیل اجاره بها نمی گردد، بلکه ممکن است بدلیل افزایش معاملات و رونق تجارت تاجر مستاجر، سبب افزایش اجاره بها نیز شود.

۷- اسقاط حق کسب و پیشه در اول اجاره با توجه به اینکه در ابتدای قرارداد محقق و موجود نیست، ممکن نیست. در حالیکه اسقاط حق سرقفلی در اول اجاره به اساس توافق طرفین ممکن میباشد.

۸- سرقفلی از جمله تاسیسات عرفی - حقوقی است که بدلیل فراگیر شدن آن در معاملات و مبادلات تجارتهای حقوقدانان را بر آن داشت تا قواعد و مقررات لازم الاجرای برای آن وضع نمایند لهذا واژه سرقفلی در محاورات مردم کاملا شناخته شده و مانوس است. اما حق کسب و پیشه در عرف عمومی واژه نا مانوس میباشد.

۹- سرقفلی اکثرا از طرف مستاجر به موجر پرداخته میشود مگر در بعضی حالات خاصی که موجر مکلف به پرداخت سرقفلی به مستاجر میشود. اما حق کسب، پیشه و تجارت همیشه از جانب موجر به مستاجر یا از طرف مستاجر ثانی به مستاجر نخستین پرداخت میگردد.

۱۰- سرقفلی بیشتر در مورد محلات کار داکتران و وکلای مدافع مطرح میشود، زیرا با توجه به مطرح بودن شخصیت این دسته در شغل شان و اینکه در جلب مراجعین و کلا و داکتران، شخصیت آنها مد نظر است نه پیشه و عنوان کاری آنها، نمیتواند حق پیشه و تجارت مطرح بحث شود چون در توجیه حق پیشه و تجارت حسن شهرت و میزان جلب و جذب مشتریان نقش عمده را داراست، که در نتیجه فعالیت مستاجر بدست آمده و ارزش واقعی دارد، حالانکه داکتر و وکیل مدافع چنین ارزشی را برای محل کارشان ایجاد نمیکند. هر عایدی



را که یک وکیل در نتیجه اعمال مهارت، امانت داری و سخندانی خود کسب میکند ارزشی بر محل کارش نمی افزاید که در قبال واگذاری آن وجهی را دریافت بدارد. با وجود این، حق کسب، پیشه و تجارت و هم چنان سرقفلی هردو از تاسیسات حقوقی و منشاء هردو یکی هست که به اموال غیر منقول اختصاص دارند و شامل اموال منقول نمیشوند.

### گفتار سوم: ماهیت حقوقی سرقفلی

از آنجائیکه در هیچ یک از قوانین مربوطه در کشور ما، سرقفلی تعریف نشده است، برای ارایه مشخصات یکدست و صفات ماهوی آن باید به همان عرف که خواستگاه اصلی آنست و مقررات عمومی مربوط به اجاره، مراجعه نمود زیرا بدون قرارداد اجاره نمی توان از سرقفلی صحبت کرد.

میتوان گفت سرقفلی یک حق مالی و غیر منقول تبعی است.

حق مالی است زیرا دارای ارزش مادی بوده و در معاملات و تجارت در میان مردم، قابل تقویم به پول میباشد. چنانچه سرقفلی املاک تجارتي در عرف، خرید و فروش میشود. حق مالی عبارت است از اقتداریکه در انجام یا عدم انجام امری وجود دارد. اگر این اقتدار و سلطه ارزش مادی داشته باشد، حق مالی به آن می گویند مثل حقوق اعیان. و اگر ارزش مادی نداشته باشد، حق غیر مالی گفته میشود مانند زوجیت.

با توجه به اینکه حق سرقفلی بدون عقد اجاره فی مابین موجر و مستاجر در مورد یک مال غیر منقول، قابل تصور نبوده و تحقق آن مستلزم انعقاد عقد اجاره میباشد؛ سرقفلی یک نوع حق مالی تبعی تلقی میشود. زیرا به تبعیت از یک عقد دیگر محقق میشود. و بعضا به آن حق مالی غیر منقول هم گفته اند. همچنان این حق به تنهایی و بخودی خود قابلیت مال را ندارد زیرا به تنهایی قابل مبادله نبوده و ارزش اقتصادی ندارد. مستاجر نمیتواند در عین حالیکه منافع عین مستاجر را برای خود حفظ میکند، حق سرقفلی را به غیر واگذار کند. بلکه بر عکس انتقال حق سرقفلی لاینفک از انتقال عین مستاجر نمیشود یا به عباره دیگر مالیت حق سرقفلی نسبت به



مالیت عین مستاجرہ یک مالیت (تبعی) است نہ مالیت استقلالی. به همین جهت انتقال تابع بدون انتقال متبوع عقلاً محال است.

### گفتار چهارم: مبناء شرعی سرقفلی

سرقفلی حقیست کہ به تبعیت از حق انتفاع ایجاد میشود و حق انتفاع بوسیله عقد اجاره قابل انتقال به غیر میباشد. در رابطه به مبانی شرعی سرقفلی دو نظر وجود دارد:

۱. تعدادی از علماء و فقہاء با استنباط از قاعدہ فقہی تسلیط ، ( الناس مسلطون علی اموالہم)\* مبناء سرقفلی را اختیارات ملکانه دانستہ اند.

۲. برخی ہم متعقدند کہ مشروعیت سرقفلی ناشی از احکام اولی است یعنی با توجہ بہ اینکه سرقفلی تابع دیگر عقود است، جهت تشخیص مبناء آن باید بہ مبناء و احکام مربوط بہ عقد متبوع رجوع کرد. از آنجایی کہ در عرف عمومی، **منشاء** ایجاد حق سرقفلی، انعقاد قرارداد اجاره است بناء جهت تشخیص مبنای حق سرقفلی باید بہ مبانی شرعی اجاره رجوع کرد.

اجاره عبارت از عقدیست کہ بہ موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجرہ میشود. اجاره دہندہ را موجر، اجاره کنندہ را مستاجر و محل اجاره را عین مستاجرہ گویند. مطابق مادہ ۱۳۲۲ قانون مدنی افغانستان "عقد اجاره عبارت از تملیک منفعت مورد نظر از عینی کہ بہ اجاره دادہ میشود، توسط اجاره دہندہ بہ اجاره گیرندہ، بہ عوضیکہ قابلیت بدل را دارا باشد."

اجاره عقد لازم و تملیکی است. در مورد مبانی شرعی اجاره فقیهان و علماء مسلمان بہ قرآن، سنت و نیز اجماع امت استناد می جویند: چنانچہ در قرآن کریم بہ آیات ۲۶ و ۲۷ سوره قصص بہ بیان حکایت از داستان حضرت موسی کہ برای شعیب(ع) بہ مدت ہشت سال بطور اجاره خدمت می کند؛ زرداختہ است. و همچنان در آیہ ۵ سوره طلاق خداوند(ج) میفرماید:

"فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن"

ترجمہ: پس ہر گاہ شیر دہند بہ فرمان شما، پس بدہید ایشان را اجرت ایشان.



همینطور در سنت به اساس احادیثی که از رسول اکرم (ص) روایت شده؛ استناد شده است. چنانچه به روایتی حضرت فرموده اند: "مزد اجیر را قبل از آنکه پیشانی اش خشک شود؛ بدهید."

\* { تسلیط در لغت به معنای چیره گردانیدن کسی بر دیگری و مسلط کردن همراه با قهر و غلبه است. در اصطلاح فقهی عبارت است از تسلط و اختیار مالک برای هرگونه تصرف در اموال خودش میباشد. فقهای شیعه قاعده تسلیط را با توجه به حدیث نبوی "انَّ النَّاسَ مَسْلُطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ" نام گذاری و مطرح کرده اند، هرچند که در آثار فقهای متقدم شیعه نیز به این حدیث و مفاد قاعده تسلیط استناد شده است. در آثار اهل سنت به این قاعده تصریح نشده، اما فقها به مقتضای آن عمل کرده اند. قاعده تسلیط، در نزد مکاتب حقوقی جدید تثبیت کننده ارکان مالکیت است و نظر به اهمیت مسئله اموال و مالکیت، تمامی مکاتب حقوقی جدید این قاعده را پذیرفته اند. به نظر اکثریت فقیهان مدرک این قاعده را ادله چهارگانه کتاب (از آیات ۲ و ۲۹ سوره نساء و آیه ۱۸۸ سوره بقره)، سنت، عقل (قیاس) و اجماع تشکیل میدهد { در رابطه به اجماع امت هم علما نوشته اند که همانطوریکه مردم به اعیان ضرورت دارند، به منافع آن نیز ضرورت دارند و چنانچه بیع اعیان جواز دارد، اجاره منفعت نیز مجاز است.<sup>۱</sup> همانطوریکه در آغاز گفتیم، سرقفلی حقیقت که از عرف به قانون راه یافته و قوانین آنرا به معرفی گرفته و احکام و شرایطی بر آن وضع نموده و فقها هم مبانی فقهی آنرا از مدارک مستنبطه شرعی که قبلاً تذکر داده شد؛ استخراج نموده اند. کما اینکه سرقفلی منحیث یک ضرورت اجتماعی در عرف وجود دارد و مورد خرید و فروش و معاملات قرار میگیرد. اما با این هم هستند کسانی که آنرا مخالف قانون و شرع دانسته اند. و استدلال می کنند که هر حقی را که قانون آنرا برسمیت شناخته و برای آن ضمانت اجرایی وضع کرده؛ حق است و حقی را

<sup>۱</sup> نظام الدین عبدالله، حقوق عینی (پژوهشی در قانون مدنی افغانستان)، ص ۱۰۹

که قانون آنرا نشناخته باشد؛ وجود ندارد. لہذا سرقفلی ہم حق وضعی و مصوبہ نیست، ازینرو وجود ندارد.

مخالفین برین عقیدہ اند کہ سرقفلی خلاف اصل مالکیت بوده چنانچہ حق مالکیت حقی نیرومند است کہ بہ مالک منحیث صاحب سلطہ آن، سہ امتیاز را میدہد:

۱- حق استعمال

۲- حق استعمار

۳- حق اخراج

بناء قایل شدن حق تقدم در اجاره سبب سلب تسلط مالک میشود. زیرا از عناصر ملکیت اینست کہ مالک ہر وقت بخواہد، میتواند مستاجر را از ملک خودش بیرون نماید.

اما در مقابل، موافقین سرقفلی دلایل جامع تری را ارایہ کردہ اند کہ طور ذیل بیان میشود:

۱. سرقفلی سبب سلب مالکیت نمیشود بلکہ نوعی مالکیت را تحدید میکند در مواردی خاصی بنا بر حکم قانون و ارادہ مالکین، مالکیت تحدید میشود. حتی در بسیاری موارد خود قانون بہ گونه یکجانبہ مالکیت را محدود ساختہ است. مثلا استملاک اراضی خصوصی بوسیلہ دولت بہ منظور احداث شاہراہ ہا و راہای عمومی و غیرہ گرچند مالکین خود راضی بہ واگذاری ملک خود بہ دولت نباشند. همچنان حق شفیعہ و حقوق ارتفاق و امثال اینہا خود نوعی از تحدید و تضییق دایرہ تصرف و مالکیت افراد است کہ قانون با توجہ بہ مصالح دیگر اجتماعی آنرا برسمیت شناختہ است.

۲. برای بوجود آمدن یک حق علاوہ بر قانون، ضرورت ہای اجتماعی و فطرت اجتماع و از ہمہ مهمتر عرف رایج مردم، منبع و اساس بودہ میتوانند. چنانچہ متعقدند کہ ہر امتیاز و ہر توانایی و احتیاری کہ در نتیجہ فطرت یا نیاز اجتماع برقرار گردیدہ و در روابط مدنی افراد بہ منصبہ ظہور رسیدہ، غیر قابل تردید و مسلم است.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> حسین قلی کاتبی، حق سرقفلی یا مالکیت تجارتی، ص

۳. اصل تسلیط بوسیله قاعده (لاضرر) در مواردی زیادی تحدید شده است. مانند تحدید مالکیت در مواردی چون بیع مال مرهونه در موقع فساد واسعر فروش اموال احتکاری. بنابراین از راه اجتهاد میتوان سرقفلی را که از روابط موجر و مستاجر منشاء میگیرد و به نفع مستاجر، ملکیت موجر را محدود میسازد؛ جایز شناخت.

### گفتار پنجم: نحوه پرداخت حق سرقفلی

حق سرقفلی عموماً بدو صورت پرداخته میشود:

۱. در ابتدای عقد اجاره: در صورت فروش سرقفلی ملک تجاری، مستاجر ضمن اینکه به اساس عقد اجاره مالکیت بر منافع عین مستاجر را کسب میکند، سرقفلی آنرا نیز خریداری مینماید. که البته خریداری حق سرقفلی بدون تاثیر در میزان کرایه (مال الاجاره) نیست. ملکی که سرقفلی آن به فروش میرسد، احتمالاً کرایه آن کمتر از کرایه ملک مجاور آنست.
  ۲. همچنان رایج است که وجه سرقفلی منحصت یک پیش پرداخت به موجر پرداخته میشود که با توجه به شرایطی که ضمن عقد اجاره، طرفین به آن توافق نموده اند؛ هنگام تخلیه موجر مکلف به پرداخت آن به مستاجر میشود. چنانچه هنگام انعقاد عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستاجر به غیر به اجاره ندهد و هر ساله آنرا در برابر کرایه مناسب، به مستاجر متصرف به اجاره دهد، در صورتیکه مالک خلاف این شرایط عمل کند، مستاجر میتواند با تخلیه محل؛ مبلغی را منحصت سرقفلی از مالک اخذ نماید.
- این تجویز مبنای شرعی داشته و فقهاء آنرا جایز دانسته اند. چنانچه فتوی امام خمینی (رح) درین رابطه چنین است: "اگر کسی محلی را برای مدت طولانی اجاره کند، و حق انتقال دادن مورد اجاره را به غیر هم داشته باشد، و اتفاقاً اجاره محل در ضمن این مدت ترقی کند، مستاجر میتواند این محل را به مبلغی که اجاره نموده به دیگری اجاره دهد و هم میتواند از مستاجر ثانی، سرقفلی اخذ نماید."<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> مجموعه قوانین مورداستناد در جمهوری اسلامی افغانستان (سرقفلی)، ص ۲

## گفتارششم: طرق انتقال سرقفلی

سرقفلی حق مالی است. اما در مورد اینکه از کدام نوع مال، حق مالی منقول و یا غیر منقول است، اختلاف نظر وجود دارد. اما با استناد به منشاء سرقفلی و اینکه بدون انعقاد عقد اجاره، نمیتوانیم از حق سرقفلی صحبتی نماییم، سرقفلی را به تبعیت از اجاره، حق مالی غیر منقول دانسته اند.

مطابق تعریفی که از اجاره ارایه شد، اجاره عقد تملیکی دانسته شده و مستاجر نسبت به منافع عین مستاجر مالک تلقی می گردد. بناً مستاجر میتواند با استفاده از اختیارات مالکانه اش نسبت به منافع عین مستاجر؛ آنرا به غیر انتقال دهد. فلهدذا این حق مالی قابلیت انتقال به غیر را دارد اما با توجه به شرایط خاص و تشریفات خاصی، از شخصی به شخصی منتقل میشود. علماً تقسیم بندیهای مختلفی از انتقال حق سرقفلی ارایه داده اند که درینجا با توجه به نقش و دخالت اراده در انتقال آن، طور ذیل تقسیم بندی میگردد:

## الف- انتقال قراردادی یا ارادی

انتقال ارادی سرقفلی، باعث انتقال ملکیت منافع با توافق و اراده طرفین میشود. البته تذکر این نکته لازمی است که اصطلاح انتقال بدو مفهوم قابل استفاده است:

- انتقال به مفهوم واگذاری حقی در نتیجه قرارداد است. مانند تملیک مبیعه به مشتری در نتیجه انعقاد عقد بیع

- انتقال به مفهوم حالتی که شخص ثالث جانشین یکی از طرفین قرار داد میشود و به عبارتی، جایگاه حقوقی یکی از طرفین به انضمام تمام حقوق و تعهدات ناشی از آن به شخص دیگری منتقل می شود. مثلاً مالکی تعهد می کند که ملک خود را در برابر مبلغی به دیگری به فروش میرساند و طرف قرارداد این حق تملک را بدیگری انتقال دهد و او را جانشین خود نماید. که البته تنها در عقود مستمر و عقودیکه مباشرت و شخصیت متعهد در اجرای قرارداد شرط نباشد؛ قابل اعمال است ورنه در عقد نکاح، انتقال قرارداد امکان پذیر نیست.

در موضوع سرقفلی، انتقال قرارداد (به مفهوم اولی) قابل بحث است.



سرقفلی حقوق مالی، دارای ارزش و قابل مبادله و تقویم است، بنابراین می‌تواند موضوع عقد و معامله قرار گیرد. از آنجایی که منشاء سرقفلی عقد اجاره است، انتقال سرقفلی از طریق‌های زیر صورت می‌گیرد:

۱. انتقال سرقفلی وقتی که مستاجر حق انتقال به غیر را دارد.

۲. انتقال حق سرقفلی به غیر با اخذ رضایت مالک

### ۱. انتقال سرقفلی، وقتی که مستاجر حق انتقال به غیر را دارد

در صورت عقد متریلی (عقدیکه به موجب آن مستاجر اولی حق به اجاره دادن عین مستاجره به غیر را دارد) مستاجر می‌تواند در مدت اعتبار همان عقد، دکان را به مستاجر دیگری به کرایه بدهد اما بعد از انقضای مدت اعتبار قرارداد اول، تمام روابط مستاجر اول با دکان قطع گردیده و مستاجر مذکور حق هیچگونه استفاده را از دکان یا عواید آن ندارد.<sup>(۱)</sup>

عام‌ترین و شایع‌ترین نوع انتقال سرقفلی، آنست که مستاجر ضمن عقد اجاره، حق واگذاری عین مستاجره به غیر را به اجازه مالک؛ کسب می‌کند و می‌تواند اقدام به اجاره دادن آن و ایجاد حق سرقفلی به مستاجر جدید کند. مالک می‌تواند هنگام تفویض چنین صلاحیتی، شرایط معینی برای انتقال عین مستاجره قید کند و می‌تواند این صلاحیت را از لحاظ زمانی محدود کند و یا برای کسب و پیشه معینی مشروط نماید.

در کشورهای که قانون مشخصی در رابطه به سرقفلی وجود دارد، شرایط ویژه‌ای در رابطه به تفویض صلاحیت انتقال سرقفلی، پیش‌بینی شده است. چنانچه در قانون روابط موجر و مستاجر ایران (۱۳۷۶)، شرایطی چون: تجاری بودن ملک اجاره، انتقال برای همان شغلیکه مستاجر اولی به آن شاغل است و انتقال بصورت سند رسمی، قید شده است.

این نوع انتقال را فقهاء اسلام هم مشروع دانسته‌اند. چنانچه امام خمینی درین زمینه چنین فتوی داده است:

" اگر کسی محلی برای مدت طولانی (مدت بیست سال) اجاره کند و حق انتقال دادن مورد اجاره به غیر را هم داشته باشد و اتفاقاً اجاره محل در ضمن مدت ترقی کند، مستاجر

میتواند محل را به مبلغی که اجاره کرده است، اجاره دهد و مقداری هم از کسی که ملک به او اجاره میدهد، با توافق او، به عنوان سرقفلی بگیرد.<sup>۱</sup>

## ۲. انتقال حق سرقفلی به غیر با اخذ رضایت مالک

با انعقاد عقد اجاره، مالکیت مستاجر نسبت به عین مستاجر محرز است. و در صورت تفویض صلاحیت انتقال اجاره به غیر، در ابتدای عقد اجاره، مستاجر قانوناً حایز حق انتقال میشود. اما در صورتیکه ضمن العقد اجاره به مستاجر در چنین موردی اجازه صریح تفویض نشده باشد و یا درین مورد سکوت شده باشد، با در نظر داشت اینکه اجاره یک عقد تملیکی است، این مسئله مطرح میشود که آیا مستاجریکه مالک منافع عین مستاجر هم است، حق اجاره دادن آنرا به غیر دارد و یا خیر؟

در رابطه به این مسئله نظرات متفاوت ارایه شده است که درینجه طور زیل ذکر میگردد:

• مستاجر میتواند عین مستاجر را به غیر اجاره دهد مگر اینکه مالک با این امر مخالفت کرده باشد و یا شرط کرده باشد که حق انتقال نفع را به دیگری ندارد. (اباحت انتقال انتفاع اصل است).<sup>۲</sup>

• مستاجر حق انتقال اجاره را به غیر ندارد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد. مقصود از انتقال اجاره، جانشین ساختن دیگری بجای مستاجر اولی میباشد که درینصورت رابطه میان مستاجر اولی و موجر از بین رفته و مستاجر دومی به جانشینی از مستاجر نخست طرف قرارداد اجاره محسوب میگردد. در مواردی هم که مستاجر حق انتقال به غیر را دارد او نمی تواند عین مستاجر را به هر که بخواهد، به اجاره دهد. بلکه شغل مستاجر و میزان سرقفلی و سایر مشخصاتیکه برای موجر موثر است، باید در نظر گرفته شود.<sup>۳</sup>



<sup>۱</sup> حسینی نیک، بررسی راه های واگذاری و انتقال سرقفلی، ص ۸۱

<sup>۲</sup> کاتوزیان، دوره عقود معین، ص ۴۸۵

<sup>۳</sup> همان

داکتر کاتوزیان درین باره چنین مینویسد: " مستاجر مالک منفعت عین مستاجر است، میتواند آنرا به غیر انتقال دهد بناء لازم نیست که مالک عین باشد، زیرا آنچه درین عقد مورد مبادله قرار می گیرد، منافع مال است نه خود عین."<sup>۱</sup>

چنانچه در مصر چون اجاره عقد عهدی تلقی شده، اجاره دادن عین مستاجر از طرف مستاجر به غیر، بدون اذن مالک جایز نیست. در ایران نیز با وجود نقد استدلال های حقوقدانان، انتقال اجاره و واگذاری حق سرقفلی بدون اذن مالک به غیر جواز ندارد.

مطابق ماده ۵ قواعد سرقفلی<sup>۲</sup> که در محاکم افغانستان مورد استناد قرار می گیرد؛ مستاجر میتواند در عقد متریلی ( اجاره طولانی مدت) دکان را به غیر، به کرایه دهد، مشروط بر اینکه در مدت اعتبار قرارداد اولی باشد. درین قاعده هیچ شرطی مبنی بر اذن و یا اطلاع مالک از اجاره بطنی، ذکر نشده است. که با استنباط از آن میتوان گفت مستاجر میتواند بدون اذن مالک حق سرقفلی را به غیر واگذار کند. همچنان در ماده ۱۵ آن از فیصدی یاد شده که مالک حین انتقال سرقفلی از یک مستاجر به مستاجر دیگر؛ می گیرد.

اما مواردی هم پیش میآید که در ضمن العقد اجاره، صلاحیت انتقال اجاره به مستاجر تفویض نشده باشد و مستاجر بدون اذن موجر، عین مستاجر را به غیر انتقال دهد. درین حالت دو راه قابل تصور است:

#### ۲-۱ گرفتن اذن موجر قبل از انتقال سرقفلی

در عرف معمول است که مستاجرین بعد از یافتن مشتری سرقفلی، و قیمت گذاری روی آن به مابلیک مراجعه و نخست موافقت وی را حاصل نموده و مالک برای صدور چنین اجازه ای، از مستاجر نخست، مبلغی را به عنوان حق مالکانه اخذ مینماید. که میزان این حق را عرف محل تعیین میکند. و اگر منتقل الیه ( مستاجر دومی) قصد تغییر شغل در محل مورد نظر را داشته باشد، به مبلغ حق مالکانه افزوده میشود.

<sup>۱</sup> ۴-همان

<sup>۲</sup> مجموعه قوانین مورد استناد در افغانستان (سرقفلی)، ص ۲



در صورت انتقال اجاره به غیر رابطه میان مستاجر اولی و مالک عین مستاجر تنها به نسبت حق سرقفلی باقی میماند و رابطه میان مستاجر اولی و مستاجر ثانی در قرارداد اجاره؛ تنظیم میگردد. همچنان مالک میتواند با مستاجر دومی قرارداد اجاره را امضاء نموده و حق سرقفلی مستاجر اولی را نسبت به عین مستاجر ضمن یکی از عقود ناقله سرقفلی، مانند عقد صلح تنظیم و مشخص نماید.

## ۲-۲ - گرفتن اذن موجر پس از انتقال سرقفلی

درین حالت چون معامله فضولی است؛ تنفیذ اجاره دومی بستگی به اجازه مالک دارد. چنانچه مالک مخالف این عقد باشد و نخواهد آنرا تنفیذ نماید، میتواند با پرداخت نصف سرقفلی، تخلیه عین مستاجر را مطالبه نماید.

## ب- انتقال قهری یا غیر ارادی سرقفلی

درین نوع انتقال، بدون توافق طرفین حق سرقفلی به غیر منتقل میشود یا به تعبیری اسباب موجهه این نوع انتقال، توافق طرفین نه بلکه توارث و حالاتی دیگری است که اشخاص ثالث قهرا جانشین مستاجر میشوند. عقد اجاره، عقد لازم بوده و با فوت یکی از طرفین آثار آن به وارثین قابل انتقال میباشد. کیفیت و شرایط حق منقوله که به تبع حق موجهه برای مورث، بوجود آمده تابع شرایط اولیه میباشد. چنانچه مالک سرقفلی حق انتقال آنرا به غیر نداشته باشد، وارثین که مالک جدید آن میشوند، نیز حق انتقال آنرا ندارند.

سرقفلی حق مالی است و حقوق مالی مانند حق شفع در حکم اموال منقول است، بناء هم به ارث برده میشود و هم به آن وصیت میشود. اما درین مورد مسئله ای طرح میشود اینکه اگر سرقفلی به تبع عین مستاجر، بصورت ارث به ورثه قابل انتقال باشد، آیا ورثه میتوانند افزای آن از محکمه مطالبه نمایند؟

درین خصوص نظریات متعددی ارایه شده است که به ترتیب زیر ارایه میشود:

- افزای منافع مستلزم افزای عین است، بنابراین افزای آن ممکن نیست زیرا به حقوق مالکانه موجر ضرر میرساند. اما در صورتیکه مستاجر اولی (مورث) دارای حق انتقال بوده باشد، به تبع



آن ورثه نیز حایز این حق شناخته شده و میتوانند که با انتقال آن، سرقفلی را بفروش رسانده و سهم شانرا تصاحب نمایند. و در صورتیکه حق انتقال را نداشته باشد میتواند از محکمه اجازه انتقال منافع را در حدود سهم خویش مطالبه نماید.<sup>۱</sup>

• تعدادی از حقوقدانها هم معتقد اند که درخواست افراز منافع از محکمه در مدت زمانیکه معیاد قرارداد اجاره تکمیل نشده، مشروط بر عدم تعدی و تفریط در عین مستاجر، بلامانع است. اما اگر مدت اجاره سپری شده باشد، درینصورت مالکیت مستاجرین نسبت به منافع عین مستاجر خاتمه یافته بناء با زوال مالکیت منافع دلیل بر افراز آن باقی نمی ماند.<sup>۲</sup>

### ج- انتقال اجرایی یا قضایی

همانطوریکه در مباحث قبلی گذشت، سرقفلی حقوق مالی بوده و قابلیت داد و ستد را داشته و از همه مهمتر اینکه دارای ارزش اقتصادی است. بناء مالکین سرقفلی بنا بر داشتن چنین حقی، دارا و صاحب یک ارزش اقتصادی شناخته میشوند. ازینرو مالکیت مستاجر مدیون نسبت به سرقفلی، میتواند سبب اطمئنان داینی وی شوند تا با توقیف کردن و به مزایده گذاشتن این حق، دین خود را وصول نمایند. اما در مورد اینکه آیا سرقفلی قابل توقیف است و یا خیر، دیدگاه های مختلف وجود داشته که در ذیل یاد آوری میشود:

• از دیدگاه بعضی ها سرقفلی قابلیت توقیف را نداشته و نمیتوان آنرا دین و یا طلب اشخاص ثالث توقیف نمود زیرا سرقفلی حق تبعی بوده، وجود و استمرار آن وابسته به عقد اجاره میباشد. بناء انتقال آن نیز بستگی به انتقال عین مستاجر دارد و از رفی دیگر حق مالی مطابق این دیدگاه قابل انتقال نبوده و جهت انتقال، داشتن وجود خارجی برای مال را شرط اساسی میدانند.

<sup>۱</sup> حسینی نیک، بررسی ره های واگذاری و انتقال سرقفلی، ص ۹۰

<sup>۲</sup> حسینی نیک، بررسی ره های واگذاری و انتقال سرقفلی، ص ۹۰

- گروهی دیگر استدلال می کنند که هر چند سرقفلی یک حق مالی است، اما قابل تقویم به پول است، بناء قابل توقیف میباشد.
- دیدگاه سومی ضمن تایید دیدگاه مخالفین توقیف سرقفلی، به مزایده گذاشتن و به فروش رساندن حق سرقفلی را به لحاظ اینکه یک حق مالی است و تا زمانیکه به مال مطلق تبدیل نشود؛ جایز نمیداند. اما در صورت اجازه مالک، انتقال سرقفلی به غیر را، جهت تضمین و تامین دین داینین جایز میداند.

### گفتار هفتم: عقود ناقله حق سرقفلی

طوریکه گذشت، سرقفلی قابل انتقال به غیر است، اما این سؤال پیش میآید که آیا این انتقال تنها در قالب عقد اجاره ممکن است و یا بوسیله عقود دیگر نیز انتقال آن میسر میباشد؟ با توجه به مبادلات و معاملات عرفی مردم و با توجه به نظرات برخی از فقها و حقوقدانان، شیوه های متعددی در قالب عقود مختلف برای انتقال حق سرقفلی بیان شده اند که میتوان بطور زیر برشمرد:<sup>۱</sup>

#### الف - عقد اجاره

چنانچه در مبحث انتقال قراردادی گذشت، مستاجر میتواند در قالب عقد اجاره حق سرقفلی را با توجه به شرایط توافق شده، به شخص ثالث انتقال دهد. ممکن انتقال به شکل واگذاری حق سرقفلی به غیر باشد و یا انتقال قرارداد اجاره به غیر باشد که در صورت دوم، رابطه میان مستاجر اول و موجر خاتمه یافته و مستاجر دومی جانشین وی میشود.

#### ب - عقد صلح

در صورتیکه مستاجر دوم برای اجاره کردن عین مستاجر، مبلغی پول به مستاجر اولی پردازد و با وی شرط نماید که در اجاره گرفتن عین مستاجر از مالک، مزاحم وی نشود و



<sup>۱</sup> موسوی بجنوردی، سرقفلی، ص ۳۶

مستاجر اولی از حق تقدم خود در مقابل این مبلغ بگذرد؛ این عمل نوعی مصالحه است . چنانچه صلح عبارت از بریدن نزاع و یا قطع خصومت است، خواه نزاع موجود و محقق باشد و یا احتمالی و تقدیری.<sup>۱</sup>

### ج - عقد هبه

هرگاه شخصی مبلغی را به مستاجریکه صاحب سرقفلی است، هبه نماید و از وی بخواهد که از حق تقدم اش نسبت به عین مستاجره گذشت نماید، تا او محل سرقفلی را اجاره نماید، این شیوه نیز جایز و هبه تلقی میشود.

### د - عقد جعاله

اگر شخصی به مردم بگوید، من میخواهم دکانی را که در اجاره ای دیگری است، اجاره کنم، و اگر مستاجر (مستاجریکه حق تقدم دارد) در این کار مزاحم من نشود، مبلغی را (نا معین) به وی میدهم. این عقد جعاله بوده و جایز میباشد. در شیوه های فوق، با توجه به اینکه به سبب پرداختن سرقفلی، برای مستاجر حقی ایجاد شده، وی میتواند در چوکات عقود فوق آنرا به غیر انتقال دهد.

### نتیجه:

با توجه به مباحثی که گذشت میتوان گفت، سرقفلی نهاد و یا تاسیس حقوقی است که ریشه در اجتماع و رویه کسبه کاران دارد. در حقیقت این نهاد از بطن اجتماع برخاسته و به تدریج در نظام های حقوق جای خود را باز و پیدا کرده است. در شرایط کنونی سرقفلی منحیث یک حق در حیطه نظام حقوقی کشورها شناخته شده و دارای اصول و قواعد تنظیم کننده میباشد. در جوامع مسلمان و پیرو نظام حقوق اسلامی، این نهاد بیشتر در چوکات سایر عقود مشروع، مورد

<sup>۱</sup> یدالله بازگیر، صلح و اجاره و احکام راجع به آنها، ص ۲۸

استفاده قرار می گیرد. چنانچه قوانین بعضی از کشورها آنرا در قالب عقد اجاره و تحت شرایط و قواعد عقد اجاره قراردادده اند.

سرقفلی با توجه به ایجاد اطمینان و آرامش خاطر اهل کسب و پیشه، از ناحیه ثبات و استمرار مکان کسب و از جانبی دیگر با توجه به استفاده موثر و مستمر مالک از ملک تجارته اش، یک نهاد عرفی - حقوقی با اهمیت تلقی شده و همین، حقوقدانان و قانونگذاران را بر آن داشت تا قواعد مشخص و مدونی را در رابطه وضع نمایند.

سرقفلی از دید حقوقی، یک حق مالی تبعی بوده که به تبعیت از عقد اجاره بوجود می آید، زیرا تنها زمانی میتوانیم از حق سرقفلی صحبت نماییم که ملکی عقاری ای به اجاره داده شود، درین حالت است که مالک، ضمن اجاره بها مبلغی را به عنوان سرقفلی از مستاجر می گیرد. و یا هم مستاجریکه به اساس عقد اجاره طولانی مدت، مالک منافع عین مستاجر شناخته شده و در محل اجاره به کسب شهرت پرداخته؛ درین حالت اگر مالک به دلایلی، تخلیه محل را خواستار شود، مستاجر مستحق حق سرقفلی شناخته شده و مالک باید متقبل پرداخت وجهی بنام سرقفلی به مستاجر شود.

سرقفلی حق قابل انتقال است، اما اینکه چگونه از شخصی به شخصی دیگر منتقل میشود، نظرات گوناگونی از جانب حقوقدانان و فقها ارایه شده است. بعضی انتقال سرقفلی را در چوکات عقود چون وکالت، جعاله و صلح جایز و مشروع دانسته اند. اما در عمل شایع ترین طرق انتقال سرقفلی، انتقال از طریق عقد اجاره است. مستاجر میتواند بوسیله اجاره دادن ملک به مستاجر دومی در عین زمان سرقفلی اخذ نماید.

## منابع و ماخذ:

کتابها:

- ۱- بازگیر، یدالله، صلح و اجاره، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۹
- ۲- جعفری لنگرودی، جعفر، مبسوط (ترمینولوژی حقوق)، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، جلد سوم
- ۳- جعفری لنگرودی، جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۵



- ۴- حسینی نیک، سید حسین، بررسی راه های واگذاری و انتقال سرقتی، مجله کانون، تهران، ۱۳۹۰، شماره ۱۲۴
- ۵- رضایی، جهانگیر، اجاره و سرقتی از دیدگاه اسلام، مجله حسابدار، تهران، ۱۳۶۴، شماره ۱۵
- ۶- شمس، شمس الرحمن، سرقتی (مجموعه قوانین مورد استناد در جمهوری اسلامی افغانستان)، کابل، پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان، ۱۳۸۵، جلد ۱۲
- ۷- عبدالله، نظام الدین، حقوق عینی، چاپ اول، کابل، مولف، ۱۳۸۵
- ۸- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (دوره عقود معین)، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴
- ۹- کاتبی، حسین قلی، حق سرقتی یا مالکیت تجارتي، مجله حقوقی کانون و کلا، تهران، ۱۳۳۵، شماره ۵۱
- ۱۰- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، مجله حقوقی دادگستری، تهران، ۱۳۷۲، شماره ۸
- سایت مرجع مقالات: <http://www.noormags.com/view/fa/articlepage/۳۲۸۹۶۵>
- تاریخ دانلود مقالات: ۱۳۹۳/۱/۲۹

# اصولي قاعدی اودهغو په اړه د فقهاؤ داخترلاف فقهی اغیزی

خیرنوال سیف الرحمن ستانکزی

قاعده عربی کلمه په لغت کی د بنسټ، اساس اوداسی نورو په معنی ده برابره ده چی بنسټ  
حسی وی لکه دکور بنسټ اویا معنوی وی لکه د دین قاعدی. (۱) مخکی له دی چی اصولی  
قاعدی تعریف کړوښه به داوی چی مطلق قاعدی تعریف کړو. دمطلق قاعدی لپاره (که هغه  
د فقهی، اصول فقهی، نحوی اوداسی نوری قاعدی وی) علماؤ زیات اصطلاحی تعریفونه کړی  
دی.

جرجانی قاعده په اصطلاح کی داسی تعریف کړی ده: هغه کلی قضیه ده چی پخپلو ټولو  
اجزائو باندی د تطبیق وړ وی. (۲)

فیومی قاعده داسی تعریف کړی ده: هغه کلی امر دی چی پخپلو ټولو اجزائو باندی د تطبیق  
وړ وی. (۳)

تفتازانی قاعده داسی تعریف کړی ده: هغه کلی حکم ده چی پخپلو ټولو اجزائو د تطبیق وړ وی، ترڅوله کلی حکم څخه د قاعدی احکام وپیژندل شی. (۴)

تشریعی قاعدی هغه قاعدی دی چی د اصولو علماؤ د نصوصود تفسیر لپاره وضع کړی وی. (۵)

اصولی قاعده مرکبه اصطلاح ده. یوه کلمه یی اصول او بله کلمه یی فقه ده. اصول داصل جمع ده او اصل په اصطلاح کی هر هغه شی دی چی د دین د احکامو په ایجاد کی دلیل وی. پخوانیو علماؤ د اصولی قاعدو لپاره مشخص او ځانگړی تعریف نه دی کړی خو معاصرو علماؤ په اصطلاح کی داسی تعریف کړی ده: اصولی قاعده هغه کلی قضیه ده چی مجتهد په دی سره شرعی فرعی احکام له تفصیلی دلایلو څخه استنباط وی. (۶) یا هغه کلی قضیه ده چی د اصول فقهی علم ته منسوب ده یا هغه کلی اصولی قضیه ده چی د شرعی عملی احکامو په استنباط کی ورته استناد او فقهی متضادو اقوالو کی ورباندی ترجیح کیدلی شی یا قضایا کلیة یتوصل بها الی استنباط الاحکام الشرعیه من الأدلة. ژباړه. هغه کلی قضیه او یا قاعدی دی چی په دی سره له شرعی دلایلو څخه د احکامو استنباط ته ورباندی رسیدلی شی. (۷)

اصولی قاعدی لکه نوری قاعدی له دوو رکنونو (مسند الیه یعنی موضوع) او (مسند یعنی محمول) څخه جوړی شوی دی. مسند الیه هغه امر ده چی په نفی یا اثبات یی حکم کیدونکی وی او مسند هغه حکم دی چی په موضوع باندی کیدونکی وی. د بلگی په ډول العلة لا تثبت الا بدلیل. اصولی قاعده ده (العلة) کلمه په کی مسند الیه او (لا تثبت الا بدلیل) یی مسند (محمول) دی.

قاعدی په دوه ډوله دی:

۱- کلی قاعده: هغه قاعده ده چی دهغی لاندی نوری قاعدی شتون ولری.

۲- مندرجه قاعده: هغه قاعده ده چی د بلی قاعدی لاندی راغلی وی.

د ضابطی او قاعدی توپیر: د ځینو له نظره قاعده او ضابطه په یوه معنی او د ځینو له نظره توپیر لری: قاعده مختلفو موضوعاتو او مختلفو بابونو ته شامله وی، ترڅو دنوموړو احکامو په منځ کی اړیکی ټینگی کړی او په یو مسلک سره یی تنظیم کړی او ضابطه هغه ده چی دیو موضوع احکام سره راټول کړی. (۸)



## دققه قاعدو او اصولی قاعدو په منځ کی توپیر

- ۱- داصولی قاعدو موضوع شرعی دلایل اودققه قاعدو موضوع دمکلفینو افعال دی. (۹)
- ۲- دیدایینت له منځی اصولی قاعدی په ذهنی فرض کی په فروع باندی وړاندی دی اوفقهی قاعدی په ذهنی فرض کی وروستی دی. همدارنگه داصولی قاعدو دوره دققه قاعدو په دوری باندی وړاندی ده.
- ۳- اصولی قاعدی کلی دی اواستثنا نه لری اوفقهی قاعدی اکثری دی اوځینی استثنات لری.
- ۴- اصولی قاعدی هغه دی چی مجتهد په دی سره شرعی احکامو ته رسیږی اوفقهی قاعدو ته مجتهد داصولی قاعدو په استعمال سره رسیږی.
- ۵- اصولی قاعدی ثابتی او دوخت په بدلون سره بدلون وړ نه دی اوفقهی قاعدی ځینی وخت په ځانگړی ډول په هغه وخت کی چی سد ذرایع اویا عرف ته تکیه کړی وی، بدلون وړ دی.
- ۶- اصولی قاعدو ته مجتهد دشرعی احکامو داستنباط لپاره اړتیا لری اوفقهی قاعدو ته فقهه، زده کوونکی اومفتی اړتیا لری.
- ۷- فقهی قاعدو څخه احکام په مباشر ډول استنباط کیږی اوله اصولی قاعدو څخه احکام په مباشر ډول نه استنباط کیږی.

## داصولی قاعدو صفات اوځانگړتیاوی:

- ۱- داصولی قاعدی عبارت لنه او واضح وی، التباس اوپیچلتیا په کی نه وی. لکه انما تفید الحصر. ژباړه د (انما) توری حصر افاده کوی یا النکره فی سیاق النفی تعم. ژباړه. نکره د نفی په سیاق عام وی.
- ۲- رانیونکی اوشامله وی اودټولو هغو شرعی احکامورانیونکی وی چی د دی امکان ولری چی د نوموړی قاعدی په واسطه استنباط شوی وی. دمعین شخص، یو جماعت اوځانگړی پیښی ته شامله نه وی.
- ۳- په ټینگ باور سره چلیدونکی وی. دښک ځای په کی نه وی اویواځی یوه معنی ورڅخه وپوهیدل شی.



۴- دشریعت له اصولو سره په معارضه کې نه وی له دی کبله هره هغه قاعده چې دشریعت له اصولو سره اتفاق ونه لری، هغه باطله اوداعتبار وړنه ده اونه هم اصولی قاعده گڼل کېږی. لکه یجوز تخصیص السنة بالسنة ژباړه. دستتو تخصیص په سنتوسره جواز لری. البیان یحصل بالقول. ژباړه. بیان په قول سره حاصلېږی. (۱۰)

۵- مطرده اوخوره وی دقاعدی اودهغی لاندی مواد په منخ کی تسلسل اوتلازم وی لکه دقاعده لاتکلیف بما لایطاق. په هغه عمل کی چی مکلف یی دکولو طاقت نه لری، په هغه کی تکلیف نشته. (۱۱)

تکلیف هغه وخت رامنخ ته کېږی چی په مکلف کی دکولو قدرت وی. تکلیف دطاقت په ضمن کی وی کله چی قدرت په داسی ډول له منخ ولاړ شی چی دشرعی تکلیف سرته رسول ورباندی ممکن نه وی، شرعی تکلیف هم له منخ شی.

داصولی قاعدو تشریعی ارزښت:

- ۱- دالله(ج) احکامو پیژندلو ته لاره اسانه او هواره وی.
- ۲- دشرعی احکامو په استنباط کی دښه منهج په لرلو سره شریعت ساتل کېږی اودغلطو، فاسدو تاویلاتو او وهمونو مخه نیسی.
- ۳- اصولی قاعدی مجتهد ته ددی وړتیا وربښی چی دشرعی احکامو په استنباط کی په ځانگړی تگلاری اومنهج باندی ملتزم شی.
- ۴- په هر عصر کی علماؤ ته داسی منهج اوتگلاره روښانه کوی، چی ددغه منهج په نظر کی نیولو سره نوو پښوته احکام استنباط کړی.
- ۵- دمذاهبوپه منخ کی دمقارنی فقهی په درس کی مرسته اوکمک کوی اودمذاهبو داقوالو په منخ کی ترجیح ته لاری هواروی.
- ۶- دقران اوسنتو دپوهی لپاره ضوابط ورباندی وضع کېږی.
- ۷- داصولی قاعدو پیژندنه عالم ته داملکه ورکوی چی شرعی نصوصو څخه احکام راوباسی.

اصول قاعدي په لاندې بنسټونو باندې بنا شوی دی:

۱- قران کریم:

الف- الحاکم هو الله عزوجل. ژباړه حکم کوونکی یواځې الله (ج) دی. ددغې قاعدې دلیل دالله (ج) دا قول دی: الحکم الا لله یقصر الحق وهو خیر. ژباړه حکم یواځې الله (ج) لره دی، الله حق بیانوی او هغه خیر دی. (۱۲)

ب- لا تکلیف الا بمقدور علیه. تکلیف هغه وخت شتون لری چی انسان دنوموړی تکلیف په سرته رسولو قادر وی. ددغې قاعدې دلیل دالله (ج) دغه قول دی: لا یكلف الله نفسا الا وسعها. ژباړه. الله هیڅ نفس نه مکلف کوی مگر په هغه څه چی په کولو یی قادر وی.

۲- حدیث: هغه قاعدی چی په سنتو باندې بنا شوی دی:

الف- الامر المطلق یفید الوجوب دمطلق امر هغه صیغه چی دقرینې څخه خالی وی، دوجوب افاده کوی. عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا يُقَالُ لَهُ مُغِيثٌ كَانِي أَنْظَرُ إِلَيْهِ يَطُوفُ خَلْفَهَا يَبْكِي وَدُمُوعُهُ تَسِيلُ عَلَيَّ لِحَيْتِهِ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعَبَّاسٍ يَا عَبَّاسُ أَلَا تَعْجَبُ مِنْ حُبِّ مُغِيثِ بَرِيرَةَ وَمِنْ بَغْضِ بَرِيرَةَ مُغِيثًا فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَوْ رَاجَعْتَهُ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ تَأْمُرُنِي قَالَ إِنَّمَا أَنَا أَشْفَعُ قَالَتْ لَا حَاجَةَ لِي فِيهِ. ژباړه. له ابن عباس (رض) څخه روایت ده چی دبریره مېړه غلام اونوم یی مغیث وه. داسی وه لکه چی زه ورته گورم، دبریری په شاه پسی روان وه، ژړل یی او اوبسکی یی په ژیری روانی وی. پیغمبر (ص) عباس (رض) ته وویل: ای عباس! ته دمغیث محبت چی له بریری سره یی لری اوبریری کینی ته چی له مغیث سره یی لری تعجب نه کوی؟ نبی کریم (ص) وفرمایل: ای بریری! ته مغیث ته واپس رجوع نه کوی؟ هغی په خواب کی ورته وویل: ای دالله رسول! ته ماته امر کوی چی زه مغیث ته واپس رجوع وکړی؟ رسول الله (ص) ورته وویل: زه امر نه کوم بلکی شفاعت کوم. بریری وویل: زه مغیث ته اړتیا نه لرم.

(۱۳) له پورتنی حدیث څخه معلومیږی چی کله بریری رسول الله (ص) ته وویل: چی تاسی ماته امر کوی چی زه مغیث ته واپس مراجعه وکړم اوایا تاسی په دی قول ددی اراده لری چی زه په وجوبی ډول مغیث ته مراجعه وکړم. رسول الله (ص) داخبره ورته روښانه کړه چی زه په تا باندی وجوبی حکم نه کوم بلکی دشفاعت په ډول له تاسی څخه غوښتنه کوم. (۱۴) دشارع هغه امر چی له قرینې څخه خالی وی، په وجوب باندی دلالت کوی.

۳- اجماع: ځینی هغه قاعدی چی په اجماع باندی بنا شوی دی:



الف- قاعده: مذهب الصحابی فی مسایل الاجتهاد لایکون حجة علی غیره من الصحابة المجتهدين. ژباړه: په اجتهادی مسایلو کې د صحابی مذهب په نورو مجتهدو صحابه ووباندی حجت نه دی. (۱۵)

د نوموړی قاعدی په اړه امدی لیکي: ټول علمایه دی اتفاق لری چی په اجتهادی مسایلو کې د صحابی مذهب په نورو صحابو مجتهدینو که هغه امام یا حاکم او یا مفتی وی، حجت نه دی. (۱۶)

ب- قاعده: لایجوز للمجتهد ان یقلد غیره فی مسالة اجتهاد فیها وغلب علی ظنه حکم فیها. (۱۷) ژباړه: مجتهد ته جواز نه لری چی په هغی مسله کې چی اجتهاد یی په کی کړی او په غالب گمان یی حکم په کی راویستلی وی، په هغه کی دبل مجتهد تقلیدو کړی.

غزالی په مجتهد باندی دا جتهاد دوجوب او په هغه باندی دتقلید دحرمت په هکله وایی: په دی باندی اتفاق شوی چی کله مجتهد له اجتهاد څخه فارغ شی او په غالب گمان باندی حکم وکړی په دی صورت کی ده لره په همدغی مساله کی جواز نه لری چی دبل مجتهد په مخالف نظر باندی عمل وکړی، دهغه تقلید وکړی او خپل نظر پریژدی. که چیری داسی وی چی له هغه څخه وروسته اجتهاد ونه کړی او یا له اجتهاد څخه عاجز شی په دی صورت کی دی عامی دی او مجتهد نه دی او باید چی دبل مجتهد تقلید وکړی. (۱۸)

۴- اصول الدین (توحید او عقیده): ځینی هغه اصولی قاعدی چی په توحید او عقیدې باندی بنا شوی دی:

الف- قاعده: عصمة النبي ثابتة بالشرع لبالعقل. ژباړه: د نبی کریم (ص) عصمت په عقل نه بلکی په شریعت باندی ثابت دی. (۱۹)

ب- قاعده: لاحکم علی العقلا قبل ورود الشرع. د شریعت له نزول څخه دمخه، د عقل په خاوندانو باندی حکم نشته دی. (۲۰)

۵- د صحابه وو اقوال: ځینی هغه اصولی قاعدی چی د صحابه وو په اقوالو باندی بنا شوی دی.

الف- قاعده: مراسیل الصحابه حجة معتبرة شرعا: ژباړه: د صحابه وومرسل احادیث د شریعت له مخی معتبر حجت دی. دا اصولو د علمائو له نظره صحابی هغه مسلمان دی چی له رسول الله (ص) سره یی زیات وخت تیر او دهغه متابعت کوونکی وی. (۲۱) او د محدثینو له

نظره هغه څوک دی چې له رسول الله (ص) سره یې ملاقات شوی وی، مسلمان وی او په اسلام سره وفات شوی وی. (۲۲)

مرسل حدیث هغه دی چې تابعی یې روایت کړی وی او هغه صحابی چې حدیث یې له رسول الله (ص) څخه اوریدلی وی هغه حذف کړی او د صحابی مرسل هغه دی چې صحابی حدیث روایت کړی او هغه صحابی چې حدیث یې له رسول الله (ص) څخه اوریدلی وی، حذف کړی.

ددغی قاعدی دلیل دادی: أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَدَّثَ بِحَدِيثٍ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ رَجُلٌ : أَنْتَ سَمِعْتَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَغَضِبَ غَضَبًا شَدِيدًا ، وَقَالَ : وَاللَّهِ مَا كُلُّ مَا نَحْدُثُكُمْ بِهِ سَمِعْنَاهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَلَكِنْ كَانَ يُحَدِّثُ بَعْضُنَا بَعْضًا ، وَلَا يَتَّهِمُ بَعْضُنَا بَعْضًا. (۲۳) ژباړه. انس بن مالک له رسول الله څخه حدیث روایت کړ، یوتن انس بن مالک ته وویل: چې تا پخپله نوموړی حدیث له رسول الله (ص) څخه اوریدلی دی؟ انس بن مالک (رض) زیات غوسه شو او وویل: په الله لورې کوم چې ټول هغه څه چې مونږ روایت کوو هغه مو له رسول الله څخه نه دی اوریدلی، بلکې ځینی زموږ ځینو نورو ته روایت کوو او ځینی زموږ ځینی نور نه تورن کوو

ب- قاعده: سد الذرائع حجة معتبرة شرعا. ژباړه. سد ذرایع شرعی معتبر حجت دی. ددی قاعدی دلیل دغه حدیث دی: عن أبي سلمة ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها (۲۴) ژباړه. عبدالرحمن بن عوف دناروغی په وخت کې خپله ښځه په مغلظه طلاق سره طلاق کړه او عثمان بن عفان (رض) نوموړی ښځی ته د عدت له تیریدو وروسته میراث ورکړ.

ددی لپاره عثمان (رض) له عدت څخه وروسته د عبدالرحمن بن عوف (رض) ښځی ته میراث ورکړ چې ددی ویری شتون درلوده چې عبدالرحمن بن عوف دناروغی په وخت کې خپلی ښځی ته ددی لپاره طلاق ورکړی وی چې د طلاق په سبب یې له میراث څخه محرومه کړی

۶- عربی لغت: قران اوسنت په عربی ژبی دی له دی کبله داسی قاعدی شتون لری چې په عربی ژبی بنا شوی وی.

الف- الواو للجمع المطلق. ژباړه. (دواو) توری دمطلق جمع لپاره وی. (۲۵)

ب- إلى تفيد انتهاء الغاية. ژباړه. (الی) توری دغایی پای افاده کوی. (۲۶)



۷- عقل: هغه قاعدی چي دعقل په غوښتنه بنا شوی دی.

قاعده: ما لا یتیم الواجب إلا به فهو واجب إن كان مقدوراً. ژباړه. په هغه څه چي دواجب وجود ورپوری تړاو ولری، هغه هم په دی شرط واجب دی چي کول یی مقدور وی. (۲۷)

عقل دا لازم گڼی چي واجب تحقق نه مومی مگر هغه وخت چي هغه شی موجودشی چي دواجب وجودپه هغه پوری تړاو ولری. لکه دجمعی لمونځ چي له سعی او کشش پرته نشی اقامه کیدلی له دی کبله دجمعی لمانځه ته سعی او کوشش کول واجب دی.

قاعده: يستحيل الجمع بين الحظر والوجوب في فعل واحد من جهة واحدة. ژباړه. له یوه لوری اوپه یو فعل کی دمنع کولو او واجبولو یو ځای کول منع دی. (۲۸)

دعقل له مخی په یوه وخت او یوه ځای کی دیو شخص له خوا دواجب او منع کولو یوځای کول منع دی، ځکه چي منع دفعل دنه کولو غوښتنه کوی او دواجب دفعل دکولو غوښتنه کوی، دواوړغوښتنو کی تناقض دی.

۸- دفقهي فروعاً تو څیرل اودهغو په څیرلو کی استقرا تر څو دهغو په څیرلو کی اصول منع ته راشی اوپه عربی ژبه کی دی ته تخريج الاصول من الفروع ویل کیږی. ځینی لاندی قاعدی دفقهي فروعو په استقرا اوپلټنی سره بنا شوی ده:

الف- قاعده: الامر لا یقتضی التکرار. ژباړه. دامر صیغه دماموربه دتکرار غوښتنه نه کوی.

دامر صیغه په دی دلالت کوی چي کار یوځل سرته ورسول شی اودزیاتوالی احتمال هم لری. ظاهره خبره داده چي دامر صیغه تر وخت پوری په لږ باندی حمل شی ترڅوپه زیاتوالی یی دلالت پیدا شوی نه وی اوزیاتوالی هغه وخت منع ته راځی چي دلالت منع ته راشی. کله چي څوک خپلی بنځی ته وویي چي: ځان دطلاق کړه. له دغه امرڅخه یوطلاق معلومیږی اوکه چیری میږه له دغه امرڅخه د دریو طلاقونو اراده ولری، په دی صورت کی دری طلاق واقع کیږی. (۲۹)

ب- قاعده: الواجب الموسع یتعلق بآخر جزء من الوقت. ژباړه. هغه واجب چي داډا کولو وخت یی پراخه وی، هغه دوخت په اخری جز پوری تړلی دی. نوموړی قاعده دحنفی فقهي دفروعاً تو له پلټنی څخه استنباط شوی ده. سرخسی لیکي: که چیری یوه بنځه دلمانځه په اخر وخت کی حايطه شی، نوموړی بنځه چي کله پاکه شی دنوموړی لمانځه قضایي ورباندی نشته.

(۳۰)

قاعدي داستقلال اونه استقلال له مخي په دوه ډوله دی:

۱- هغه اصولی قاعدی دی چی مستقل دلیل او شرعی احکام په مباشر ډول ورڅخه استنباط

شی په دوه ډوله دی:

الف- هغه قاعدی دی چی شرعی تکلیفی احکامو، شرعی وضعی احکامو، حاکم، محکوم به او محکوم علیه ته شامل وی. لکه

۱- الواجب الکفایي اذا قام به البعض سقط عن الباقيين. ژباړه. کفایي واجب هغه دی چی

ځینی مکلفین یی سرته ورسوی، سرته رسول یی دنورو له ذمی څخه ساقط کیږی.

۲- ما لایتم ترک الحرام الا بترکه فترکه واجب. ژباړه. په هغه څه چی دحرامو پیرینودل

ورباندی صورت مومی، پریږودل یی واجب دی.

۳- لا تکلیف علی المجنون. ژباړه. په لونی باندی شرعی تکلیف نشته دی.

ب- هغه قاعدی چی ددلیل بڼه لری او قران کریم، سنتو، اجماع، قیاس، استحسان، مرسله

مصالحو، سد ذرایع، استصحاب الحال، عرف، دمدینی دخلکو عمل، دصحابی قول، پخوانی شریعتونو ته شاملی وی. لکه

۱- القراءة الشاذة لا توجب علما ولا عملا. ژباړه. دقران کریم شاذ قرات عمل او علم نه

واجبوی.

۲- السنة النبوية حجة واجبة الاتباع. ژباړه. نبوی سنت واجب الاتباع حجت دی.

۳- خبر الواحد حجة فيما تعم به البلوی. ژباړه. خبر واحد په هغه څه کی چی بلوی په کی

عاموی، حجت دی.

۴- اجماع اهل المدينة ليس حجة. ژباړه. داهل مدیني دخلکو اجماع حجت نه ده.

۵- القياس حجة. ژباړه. قیاس حجت دی.

۶- قول الصحابي حجة فيما ليس للاجتهد مجال. ژباړه. په هغه ځای چی اجتهاد شونی نه

وی، دصحابی قول په کی حجت نه دی.

۷- المصلحة المرسله حجة. ژباړه. مرسله مصالح حجت دی.

۸- تقرير النبي الذي تظهر فيه قرينة يدل على الندب. ژباړه. دنبی کریم (ص) تقریری سنت په

هغه څه کی چی ثواب په کی وی، په ندب باندی دلالت کوی.

۹- الوعيد لا يلحق بالمباح. ژباړه. په مباح عمل پوری وعید تړاو نه لری یعنی دمباح عمل په

نه کولو کی وعید نشته دی.

۲- هغه اصولی قاعدی چی مستقلی نه وی اوشرعی احکام په مباشر ډول ورڅخه نه استنباط کیری او هغه قاعدی دی چی دلالتو (لکه عام، خاص، مطلق، مقید، امر، نهی، مشترک، صریح، کنایه، مجمل، حقیقت، مجاز، ظاهر، نص، مفسر، محکم، مبهم، خفی، مشکل، متشابه، عباره النص، اشاره النص، دلالة النص، منطوق، مفهوم، دمعانیو، توری، پوری، تراو لری لکه الف- الامر المطلق لایقتضی التکرار. ژباړه. هغه مطلق امر چی له قرینی څخه خالی وی، دتکرار غوښتنه نه کوی.

ب- النکرة فی سیاق النفی تعم. ژباړه. نکره دنفی په ځای کی عامه وی.

ج- لایحمل المطلق علی المقید اذا اختلفا فی السبب والحکم. ژباړه. کله چی مطلق او مقید په حکم اوسبب کی مختلف وی، مطلق په مقید باندی حمل کیدلی نشی.

د- العام لاینسخ به الخاص. ژباړه. په عام باندی خاص منسوخ کیدلی نشی.

ه- لانسخ بعد وفاته (ص). ژباړه. دنی کریم (ص) له وفات څخه وروسته نسخ نشته.

و- العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. ژباړه. دالفاظو عاموالی اعتبار لری دسبب خاصوالی اعتبار نه لری.

ز- مسایل الاجتهاد مظنونه، فلا یقطع ببطلان المخالف. ژباړه. اجتهادی مسایل ظنی دی له دی کبله په مخالف نظر دبطلان حکم نشی کیدلی.

ح- اسباب النزول تفسر مراد الله. ژباړه. دنزول اسباب دالله (ج) مراد تفسیروی.

ط- العام یجری علی عمومه ما لم یرد دلیل یخصصه. ژباړه. عام ترهغه وخت په خپل عموم باندی جاری کیری چی په تخصیص سره یی دلیل نه وی راغلی. (۳۱)

دمذاهبو امامان او نور محققین علما دتولواصولی قاعدو په اړه اتفاق نه لری، بلکی په ډیرو لږو اصولی قاعدو باندی اتفاق لری او په زیاتو اصولی قاعدو کی اختلاف لری او هر مذهب له نصوصو څخه داحکامو دراویستلو لپاره دخپلو اصول سره سم اصولی قاعدی وضع کړی دی. په اصولی قاعدو کی اختلاف ددی لامل دی چی په شرعی فرعی احکامو کی اختلاف منځ ته راشی. دبیلکی په ډول حنفی علما وایی چی هر عام دتخصیص وړ نه دی له دی کبله عام له تخصیص څخه دمخه قطعوی وی او امام شافعی (رح) وایی چی هر عام مخصص لری له دی کبله عام ظنی دی. یادځینو له نظره دامر صیغه سمدلاسه دعمل دسرتو رسولو غوښتنه کوی اودځینوله نظره دوروسته والی غوښتنه کوی یا په دی کی اختلاف چی دمشرک لفظ کومه معنی غوره شی یا دامر صیغه په وجوب اویاندب باندی دلالت کوی یا دنهی صیغه په تحریم دلالت کوی



اوکه په کراحت بانندی دلالت کوی یا دلظت خخه حقیقی معنی مراد ده اوکه مجازی معنی مراد ده اوداسی نور

### ماخذونه:

- ۱- محمد بن مکرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ۱۱ ټوک، ۲۳۹ مخ، الناشر : دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى
- ۲- التعريفات، ۲۱۹ مخ.
- ۳- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير، ۲- ۲۱۰ مخ.
- ۴- سعد الدين، تفتازاني، التلويح الى كشف حقائق التنقيح، لومړی ټوک، ۲۱۰ مخ.
- ۵- الدكتور سعد بن ناصر الششري، الاصول والفروع حقيقتهما والفرق بينهما والاحكام المتعلقة بهما دراسة نظرية تطبيقية، مخ ۳۸، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع
- ۶- القواعد الاصولية تحديدا وتاصيلا، فلوسى، ۱۹ مخ.
- ۷- القواعد الكلية والضوابط الفقهية فى الشريعة الاسلامية، ۲۷ مخ.
- ۸- الدكتور محمد بن عبدالله، القواعد الاصولية عند ابن تيميه وتطبيقاتها فى المعاملات التقليدية والاقتصاديه المعاصره، لومړی ټوک، ۲۵۲ او ۲۵۰ مخونه، مكتبة الرشد.
- ۹- الدكتور الجليلي المريني، القواعد الاصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامه فى كتابه المغنى، لومړی ټوک، ۴۰ مخ، دار ابن القيم دار ابن عفا.
- ۱۰- الدكتور محمد بن محمود الولايلي، القواعد الفقهية تاريخها واثرها فى الفقه، ۹ مخ، الطبعة الاولى ۱۴۰۷
- ۱۱- تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار ، شرح الكوكب المنير، دريم ټوک، ۳۲۳ او ۳۲۸ مخونه، الناشر : مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ۱۴۱۸ هـ - ۱۹۹۷ م
- ۱۲- دانعام سورت، ۵۷ ايت.
- ۱۳- بقرى سورت، ۲۸۶ ايت.
- ۱۴- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله ، الجامع الصحيح، كنيه ۵۲۷۳، الناشر : دار الشعب - القاهرة، الطبعة : الأولى ، ۱۴۰۷ - ۱۹۸۷
- ۱۵- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، لسم ټوک، ۵۱۴ مخ، الناشر : دار المعرفة - بيروت
- ۱۶- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط فى أصول الفقه، اتم ټوک، ۵ مخ، الناشر : دار الكتب العلمية، سنة النشر : ۱۴۲۱ هـ - ۲۰۰۰ م، مكان النشر : لبنان/ بيروت
- ۱۷- الإحكام فى أصول الأحكام، الأمدى، ج ۳ ، ص ۱۹۵

- ١٨- الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، ج ٣ ، ص ٢٣٣
- ١٩- محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، دويم توك، ٤٥٧مخ، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤١٣
- ٢٠ - عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، لومري توك، ٨مخ، الناشر : الوفاء - المنصورة - مصر، الطبعة الرابعة . ١٤١٨
- ٢١- مسلم الثبوت، ابن عبد الشكور، ج ٢ ، ص
- ٢٢ - مسلم الثبوت، ابن عبد الشكور، ج ٢ ، ص ١٥
- ٢٣- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الإصابة في تمييز الصحابة، الناشر : دار الجيل - بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤١٢
- ٢٤- صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، شرح الورقات في أصول الفقه، ٦مخ.
- ٢٥- ابو عبدالله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، كنيه ٦٤٥٨، الطبعة : الأولى ، ١٤٢٧ هجرية
- ٢٦- مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، موطأ الإمام مالك، كنيه ١١٨٣، الناشر : دار إحياء التراث العربي مصر
- ٢٧- أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي أبو علي، أصول الشاشي، ١٨٩مخ، الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت ، ١٤٠٢
- ٢٨- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، ٢توك، مخ، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة : الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م
- ٢٩- نهاية الوصول، الهندي، ج ٢ ، ص ٦
- ٣٠- القواعد، ابن اللحام، ج ١ ، ص ٣١٥
- ٣١- أصول الجصاص المسمى الفصول في الأصول، الجصاص، ج ١ ، ص
- ٣٢- أبو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ، أصول السرخسي، لومري توك، ٣١مخ، الناشر : دار الكتاب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الاولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م
- ٣٢- الدكتور الجليلي المريني، القواعد الاصوليه وتطبيقها الفقهيه عند ابن قدامه في كتابه المغنى، لومري توك، ٣٥مخ، دار ابن القيم دار ابن عفا.

## فرد او حکومت په اسلامی شریعت کی

لیکونکی : ډاکتر عبدالکریم زیدان

ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامی

لومړی خپرکی

په اسلامی شریعت کی دحکومت دریځ

۱-سریزه:

دځینو خلکو په تصور(آند) ، اسلام یوه دیني بلنه ده چی یوازی اخلاقو او دانسان داریکی تنظیم ته دهغه له پروردگار سره پاملرنه لری او له دی څخه وراخوا، د ژوند په نورو چارو کی اوله هغی جملی حکومت او فرمان چلولو کی کوم رول نه لری .  
دالید توگه سمه نده او اسلامی شریعت لکه څرنگه چی له لاندنیو مواردو څخه جوتیږی هغه یی مردوده گنلی او نه یی منی.

۲- دحکومت تاسیسول د اسلامی شریعت له موخو څخه دی :

داسلامی شریعت له ځانگړتیاوو څخه یوهم دهغه شاملوالی ( شمول) او هراړخیزتوب دی او په ژوندکی هیڅ یو داسی څیزنه موندل کیږی مگر دا چی په شریعت کی دهغه په اړوند کوم حکم

شتون لری . له همدی امله دی چی په دینی متونو کی دعباداتو ، اخلاقو، عقاید و او معاملاتو احکام دهغه په پراخه معنا سره مومو چی په فردی یا عمومی بڼه د اشخاصو ترمنیخ د اړیکو د تنظیم قوانین رانغاړی . او دڅښتن تعالی (ج) فرموده بالکل ټیک ده چی فرمایي :

ژباړه : نه دی پریښی مونږ په کتاب ( لوح محفوظ ) کی هیڅ شی ( بلکی گړدمو لیکلی دی ) ( دانعام سورت - ۳۸ - آیت )

لکه څرنګه چی شریعت د دارنګه شمولیت درلودونکی وی ، جوته ده چی دهغه په احکامو او قواعدو کی دحکومت او فرمان چلولوپوری اړوند مسایل لکه دشورا اصل، د چارواکودندی او په معروف کی له هغوی څخه د اطاعت اړتیا او دجګړی او سولی قوانین او تړونو نه موندل کیږی . همدارنګه پردی سربیره کولای شو له هغه احکامو څخه یادونه وکړو چی په حکومت او دهغه په دندو پوری اړه پیدا کوی . په نبوی سنت کی داسی الفاظ لکه امیر، امام او سلطان څوڅوخلی تکرارشویدی او دا الفاظ داسی چاته اشاره کوی چی ځواک او واکمنی په لاس کی لری چی هماغه ( حکومت ) دی . په بل عبارت ( واک چلول - فرمانروایی ) (د حکومت ) له مهمو رکنونوڅخه ګڼل کیږی . په دی کی تردید نه شته چی دانصوص باید په عملی توګه اجرا شی ځکه د وحی له لاری یی له نزول څخه موخه دنده چی ولوستل شی او بیا پریښوول شی بلکی موخه دا ده چی ولوستل شی او اجرا شی او اجراکول یی یعنی دحکومت تاسیس دهغه مفاهیموپریښسټ چی شریعت راوړی دی .

### ۳- هغه احکام چی اجراکول یی دحکومت د تشکیل غوښتونکی دی :

د اسلام په دین کی داسی احکام لکه : دمجازاتو اجرا کول ، دخلکوپه مینځ کی دقضاتو وجوب دهغه څه پریښسټ چی ( الله ) تعالی استولی دی او دڅښتن تعالی (ج) په لاره کی جګړه شتون لری چی اجرا کول یی دهغه ماهیت له مخی چی لری یی یوازی له حکومت څخه دهغه قدرت او حاکمیت په دلیل چی په افراد ویی لری پوره دی او افراد نه شی کولای پخپله یی اجرا کړی . امام ابن تیمیه په دی هکله فرمایي :

(د خلکو دچاروسرپرستی د دین له خورامهمو دندو څخه دی چی له هغه پرته دیانت ټینګ نه پاتی کیږی او له دی امله دی چی الله تعالی په معروف امر او له منکرڅخه نهی او دمظلوم مرسته او نورموارد لکه جهاد، عدالت او دحدودو اجرا کول چی له قدرت او حکومت پرته به تحقق ونه

مومی ، واجب کړی دی ) (السیاسة الشرعية، ابن تیمیه ، ص ص ۱۷۲-۱۷۳). له دی کبله د اسلامي حکومت تاسیس ، د شریعت د احکامو د اجرا لپاره ، اړینه چاره ده .

#### ۴- د الله د عبادت تحقق د اسلامي حکومت د تشکیل غوښتونکی دی :

الله تعالی انسان دخپل ذات د عبادت لپاره پیدا کړی دی او فرمایي :

ژباړه : اونه می دی پیدا کړی پیریان او انسانان مگر د دی لپاره چی دوی خُما عبادت وکړی . (الداریات سورت - ۵۶- آیت) او عبادت اسم جامع دی د هغه څه لپاره چی الله بی خوبوی له وینا او ظاهری او باطنی کردار څخه . ( فتاوی ابن تیمیه ، ج ۱ ، ص ۳۰۴ او له هغی وروسته )

د عبادت دمعنا تحقق په دی پراخ مفهوم کی ، د دی غوښتونکی دی چی انسان خپل ټول ژوند ، له هغی جملی وینا ، کړنه ، تصرفات او له خلکوسره خپلی اړیکی له هغه میتودونو او لاروچارو سره چی اسلامي شریعت وضعه کړی دی سمبست ورکړی .

انسان نه شی کولای خپل ژوند ته په دی توگه سمون ورکړی مگر داچی ټولنه د ژوندانه دا ډول ورته اسانه کړی . ځکه انسان یو ټولنیز موجود دی او په قطعی توگه له هغه ټولنی څخه چی په کی اوسپړی اغیز (تاثیر) منی . د دی اغیزمنلو پایله کولای شی خیر او لارښوونی ( هدايت) ته لیوالتیا او یا دشراو بی لاریتوب (گمراهی) لوری لودن (مسیر) وی . د دی مطلب تائیدوونکی په لاندینی صحیح حدیث کی نغښتی دی : (مامن مولود الایولدعلی الفطرة ، فأبواه یهود انه وی نصرانه ویمجسانه ، كما تنتج البهیمة بهیمة جمعاء هل تحسون فیها من جدعاء حتی تکنوا أنتم تجدعونها) (المنتخب من السنة- ص ۳۹۱) .

ژباړه : ( هیڅ ماشوم نه زیریږی مگر په اسلامي فطرت سره ، بیا مور او پلار هغه یهودی ، نصرانی یا مجوسی کوی . هماغسی چی یو حیوان له بل حیوان څخه په سالمه توگه نړۍ ته راځی ، آیا په هغه کی پریکړی غوږ وینی ترڅوتاسی بی غوږ پری نه کړی . )

نومور او پلار د ماشوم په اړوند یوه کوچنی ټولنه ده . که چیری هغوی گمراه وی هغه د بی لاریتوب کندي ته راکاری او له سالم فطرت څخه بی چی الله (ج) پر هغه پیدا کړی دی لیری کوی او که چیری هغوی دواړه صالح وی ، نوموړی به پرالهی فطرت پریږدی او په هغه کی دخیراړخ غوړوی (شگوفان کوی) . دهغه څه پربنسټ چی په قرآن کریم کی راغلی دی ، فاسده ټولنه دهغه څه له ټینگښت څخه چی اسلام پری حکم کړی دی مخنیوی کوی او په دی صورت کی به



مسلمان فرد ، د اسلام د غوښتنې له مخې ، په هغې کې د ژوند په ادامې قادرنه وی او هجرت او د استوګنځي تغیر پری واجبیږی . په قرآن مجید کې راغلی دی .

ژباړه: (بیشکه هغه کسان ، چې ( دمرگ ) ملایکو دهغوی وفات کړی وی په داسې حال کې چې دوی په خپلو ځانونو ظلم کوونکي وی وایې ورته ( ملایکي ) په کوم حال کې وی ( په خپلو دیني چارو کې ) وایې چې مونږ په ځمکه کې ( د کفارو په لاس ) ضعیفان کړي شوي وو ، ( بیا ملایکي ورته ) وایې ، چې آیا د الله ځمکه ارته نه وه پس هجرت کړی وای تاسې په دی ( ځمکه ) کې ، نو( د هجرت تارکان ) د دوی ځای دوزخ دی او نا کاره ځای د ورتلودی دا دوزخ . ( دالنساء سورت -۹۷- آیت ) .

ابن کثیر د دی آیت په تفسیر کې فرمایي : ( دا آیت په عامه بڼه نازل شوی دی او هرڅوک چې د مشرکینو د سلطې او واکمنۍ په محدوده کې ژوندو کړی او له هغه ځایه د هجرت توان ولری او حال دا چې د دین په اجرا کې نا توانه وی که هجرت ونه کړی د علماوو په اجماع پر خپل نفس یی ستم کړی دی او د حرامو مرتکب شوی دی ) ( تفسیر ابن کثیر ، ج ۱ ص ۵۴۲ ) .

له دی امله تر هغه مهاله چې د ټولنی بنسټ د اسلامي اصولو پراساس کښینېږي شوی فرد نه شی کولای د اسلام د زده کړو او ښوونو سره سم ژوندو کړی او له نورو سره خپلې اړیکې د شریعت د قواعدو پر بنسټ تنظیم کړی مگر دا چې د اسلامي اصولو له مخې د ژوندانه امکان ورته برابري او د عبادتونو په پلوشو کې کمال ته درسیږي په لوری کې ورته سالم چاپیریال تیار شی .

په واقعیت کې د اسلام په طریقه د ټولنی جوړول یوازی په موعظه او ارشاد ممکن نه دی بلکې باید داسې حکومت تشکیل شی چې ټولنه د مطلوب وضعیت لوری ته را کاري . هغه حکومت چې ځواکمن شویږي او دهغه له طبیعت څخه ساتنه وکړی او په ټول ځواک سره دهغه کسانو په وړاندې درېږی چې درنگولو او د له مینځه وړلو په لټه کې دی . الله تعالی فرمایي :

ژباړه : ( خامخا په تحقیق لېږلی مو وو خپل پیغمبران سره له ښکاره و دلایلو او نازل کړی موؤ له هغوی سره کتاب او میزان ، تله [ د عدل قواعد ] د دی لپاره چې خلک په انصاف و درېږی . او رالېږلی موده او سپنه چې په دی کې سخت جنگ ، ډیر قوت دی ، او [ په کی ډیری ] گټې دی دخلکو لپاره او بل د دی لپاره چې الله عالم شی ( په ظاهري علم سره ) چې مرسته کوی له ده سره اود ده له رسولانو سره په غیبو [ بی له لیدلو ] بیشکه الله ډیر قوی دی [ په نصرت د احبائو ] ښه غالب دی په ذلت د اعداؤ ] ( د الحدید سورت -۲۵- آیت ) . له دی کبله هغه څوک چې د قرآن د لارښوونو په وسیله یادوونکي نه شی په اوسپنی - ځواک - سره یی له فساد او بی لاری توب

څخه راستنوی .نوهیڅوک نه شی کولای بیرۍ سورۍ کړی او سپاره کسان یی غرق کړی ... او هغه اغیزناک ځواک چی ټولنه دله مینځه تللو او انحراف څخه ژغوری هماغه د ( حکومت ) قدرت دی دهغه واکمنۍ او برلاسی څخه په گټی چی لری یی . لکه هماغسی چی په روایتونو کی راغلی دی : ( ان الله لیزع بالسلطان مالا یزع بالقرآن ) ژباړه : ( په تحقیق سره الله تعالی د قدرت په وسیله د یو څه مخنیوی کوی چی د قرآن په وسیله یی مخه نه نیسی ) .

### ۵- رسول اکرم صلی الله علیه وسلم د اسلامی حکومت تشکیل ته اقدام کړی دی :

له هغه ځایه چی اسلامی شریعت په ذاتی توگه د حکومت د تشکیل غوښتونکی دی او دهغه په مینځ ته راوړو امرکوی پیغمبر صلی الله علیه وسلم د دارنگه حکومت د تشکیل لپاره په لومړنیو هڅو اهلو څلو پیل کوی او لومړنی پیل یی د عقبی دوهم تړون ؤ چی مدینې ته له هجرت څخه وړاندی رامینځ ته شو . دسیرت د کتابونو دروایتونو له مخی د دی مهمی پېښی لنډیز دا دی چی د مدینې یوه ډله مسلمانان چی شمیر یی دری او یا (۷۳) نارینه او بنځی وی مکی ته نږدی یی له پیغمبر(ص) سره ولیدل . د دی تاریخی لیدنی کتنی په پای کی پیغمبر(ص) وینا وکړه او له څښتن تعالی (ج) څخه په اطاعت یی فرمان ورکړ . بیا د دوی ځینو خبری وکړی او له هغی جملی یی وپوښتل : (ای د الله استازیه په څه شیانو له تا سره بیعت وکړو؟ ) ویی فرمایل: (له ماسره بیعت وکړی په فرمان وړلو او اطاعت کی که پراخی کی وی او هوساینه کی او که په ناچاری او تنگسه کی وی او په معروف په امر او له منکر څخه په نهی کی او داچی د الله څخه په دفاع کی وگړپړئ او د الله په خاطر د ملامت کوونکو له رټی او سرزنش څخه مه ډارپړئ ، له ما سره مرسته وکړی او هرکله که ستاسی لوری ته راغلم له هغه څه چی د هغه پر وړاندی له خپل ځان او خپلو بنسځو او اولادونو څخه دفاع کوی له ما څخه هم دفاع وکړی په هغه صورت کی به جنت ستاسی استوگنځای شی . ) نو د رسول الله(ص) په لوری ولاړل او ددی شروطو پر بنسټ یی ورسره بیعت وکړ . ( البدایة والنهاية ، امام ابن کثیر ج ۱ ص ۱۵۹ ، سیرة ابن هشام ، ج ۲ ص ۴۸ ، امتاع الاسماع ، مقریزی ، ص ۳۵ ) . نو دا بیعت د پیغمبر(ص) او دهغوی ترمینځ د لومړنی اسلامی حکومت د بنسټ ایښوولو لپاره یوه قطعی او صریحه عهد نامه ( ژمنلیک ) ؤ او رسول الله (ص) ته د فرمان ورکولو اعطا او د بیعت کوونکو التزام او پابندی - چی د تړون د قبلولو اړخ ؤ - دنوی حکومت په اداره کی د واکمنۍ پوری په اړونده مسایلو کی له رسول الله (ص) څخه په اطاعت او له ده څخه د دفاع او نوی ټاټوبی څخه د ملاتړ لزوم - چی هماغه له حکومت څخه دفاع ده - په هغه



کی تصریح شوی دی . همدارنگه د دی حکومت له نظام څخه ننگه اوملا تړلکه هماغسی چی د پیغمبر(ص) له سپارښتنی څخه په دی اړوند چی په معروف باندی امر او له منکر څخه په نهی کی له ماسره بیعت وکړی جوتیری چی له حکومت څخه دفاع هماغه د اسلام له قانون څخه دفاع ده .

#### ۶- په ځمکه کی د اسلامی حکومت لومړنی تشکیل :

وروسته له هغی چی پیغمبر(ص) مدینی ته هجرت وکړ او خپلو گرانو اصحابوته یی هم دهجرت امر وکړ په داسی حال کی چی هغوی ته یی فرمایل:

( هماغسی الله عزوجل دتاسی لپاره وروڼه پیدا کړی دی او همدارنگه داسی ځمکه چی په هغی کی هوساینی ته رسیرئ. ) پیغمبر(ص) په مدینه کی له ټیکاور ( استقرار) او په هغه ځای کی دجومات له جوړولو وروسته (دمهاجرینو او انصارو په مینځ کی تړون وکړ او یهودی په کی داخل نه کړل، خوله هغوی سره یی هم تړون لاسلیک کړ چی کولای شی په خپل دین پاتی شی او مالونه یی خوندی وی او دهغوی لپاره یی شرایط وټاکل) ( سیره ابن هشام ، ج ۲ ص ۱۱۹).

په دی ترتیب سره په ځمکی کی لومړنی حکومت شکل ونیو او رسول الله (ص) دهغه لومړنی واکمن شو. د یهودوسره د پیغمبر(ص) تړونو نه دسیاسی قدرت دڅرگندتیاوو بیانونو کی دی چی هغه یی نیغ په نیغه له مدینی څخه د راپورته شوی اسلامی حکومت د واک چلولو له ځانگړنی ځینی اخیستی دی . له هغی وروسته پیغمبر(ص) د کورنی جبهی سازمان ورکولوته اقدام وکړ او دمهاجرینو او انصارو ترمینځ یی دورورگلوی- تړون وکړ دارنگه چی د دی ورورگلوی- پربنسټ یی یو له بل څخه میراث وورترهغه مهاله چی دا حکم د میراث د احکامو په وسیله منسوخ شو( البداية والنهاية، ابن کثیر، ج ۳، ص ۲۲۴) .

#### ۷- دحکومت دعناصرو تشکیلیدل :

دن ورځی د قوانینو په اصطلاح ( حکومت ) دارنگه تعریفوی :

( د سازمان ورکړل شویو افراد ویوه ټولگه چی د واکول څښتنه او ټاکلی قلمرو ( ساحه ) ولری اوله حقوقی شخصیت څخه برخمنه وی ) ( شرح القانون الدستوری ، دکتورمصطفی کامل ، ص ۲۵) نو دحکومت تشکیلونکی عناصر عبارت دی له :

- ۱- دیوی ډلی خلکو ټولنه .
- ۲- دیوه خاص نظام منل .
- ۳- په ټاکلی جغرافیایی محدوده کی اوسیدل .



۴- د واکمن درلودل .

۵- د حقوقی شخصیت درلودونکی ( پورتني. مرجع ص ۲۶- او له هغی وروسته ) . دا ټول عناصر په لومړني اسلامي حکومت کي چي رسول الله (ص) په مدينه کي جوړ کړي پوځای شوی دی ، د یوی ډلي خلکو ټولنه دمهاجرو او انصارو هماغه لومړني مسلمانان دي . هغه نظام چي د نوموړي ټولني د منني وړوگرځيد، داسلام شريعت دهغه د احکامو له مجموعی او قوانينوسره یی و او هغه ځمکه چي دا ډله پکي ميشته وه ، مدينه وه ، واکمن یی پيغمبر(ص) و چي نيغ په نيغه یی د چاروپه اداره او عمومي مصالحو کي په اسلامي حکومت کي لارښود رول په غاړه درلود . د نوموړي ټولني حقوقی شخصیت هم څرگند دی . له دی امله هغه تړونو نه چي پيغمبر(ص) د حکومت په لارښوونکي مقام کي منعقد کول حکومت یی په عمومي توگه دهغه په اجرا ژمن کاوه ، نه يوازی د پيغمبر(ص) شخص په ځانگړي ډول .

۸- د پيغمبر(ص) په وجود کي د نبوت او قضاوت د دوو ځانگړنو يو ځای کيدل :

په مدينه کي د اسلامي حکومت په تشکيليدو سره پيغمبر(ص) هم مهاله د څو ځانگړنو درلودونکی و . نبوت او دالله تعالی د فرمان تبليغ ، داسلامي حکومت ډيرلوړ مقام او دقاضي څوکی چي دخلکوپه مينځ کي په قضاوت لاس پوري کوی او پردی بنسټ په کي اجرائي او قضايي ځواک يوځای کيږي سربيره پردی د الله (ج) له شرعی څخه د نبوت او رسالت د صفت په درلودلوسره یی خلکوته تبليغ هم کاوه .

فقهاپه يقيني توگه د پيغمبر(ص) په وجود کي د دی ځانگړتياوو په يوځای کيدو پوه شوی دی او دهرهغه څه حکم چي له رسول الله (ص) څخه صادرشوی دی د دی هرويوو ځانگړنو په اعتباری بيان کړی دی . دهغوی د نظرپربنسټ هرڅه چي د نبوت له صفت څخه د الله (ج) د شرعی په ابلاغ صادرشوی وی د ټولوخلکولپاره د يو عمومي حکم او اجرا وړ قانون په بڼه دی . هغه څه چي له ده څخه د امامت په صفت صادرشوی دهغه سرته رسول د حکومت د رئيس په وسيله او دهغه له اجازي پرته جايزنه دی . همدارنگه هغه څه چي د قاضيتوب د ځانگړني په علت له ده څخه صادرشوی سرته رسول یی دهیچالپاره د قاضي له حکم پرته جايزنه دی . په اجتهاد کي د فقها وواختلاف پردی بنسټ دی هغه څه چي له پيغمبر(ص) څخه صادرشويدي دکومي ځانگړتيا پوري اړه لری ، د دوی د نبوت ، امامت او يا قضاوت پوري ؟ د اختلاف د مواردو له جملی څخه ، ( د موات ( شاري ) ځمکي دملکيت په ترلاسه کولو او دهغی دابادولو لپاره د امام د اجازي ) په شرط کيدو کي دی . ټول فقها په دی حديث شريف استناد کوی چي فرمایي : ( من أحيأ أرضاميته فهی

له ( خو په هغه صفت کی چی د هغه پرموجب دا حدیث بیان شوی دی ، اختلاف لری ، ځینی معتقد دی چی : دا تصرف د فتوا او تبلیغ په بڼه صادرشوی دی او هرڅوک کولای شی شاړه ځمکه آباډه کړی که امام ( دحکومت رئیس ) ورته دا اجازه ورکړی او که اجازه ورنکړی او دا دامام مالک او شافعی مذهب دی . یوه بله ډله وایی دا حدیث دامامت په مقام کی د دوی له لوری د تصرف بیانوونکی دی یعنی ( دحکومت د رئیس کیدو) په اعتبار دی نو جایزنده یو څوک شاړه ځمکه آباډه کړی مگر دحکومت درئیس په اجازه او دا دابوحنیفه مذهب دی . د اختلاف له نورو مواردوڅخه ، د پیغمبر(ص) په کلام کی اختلاف دی چی (هند) د ابوسفیان میرمنی ته یی وفرمایل: ( خدی لک ولولدک ای من مال ابی سفیان – مایکفیک بالمعروف ) ژباړه ( د ابوسفیان له مال څخه د خپل ځان او خپلو فرزندانو لپاره واخله ترهغه ځایه چی دعرف له مخی تاته کافی وی ) .

ځینی وایی د پیغمبر(ص) د اخبره تصرف دفتوا او احکامو د ابلاغ له لاری ، صادرشویده نو دهرچالپاره چی وکولای شی خپل حق واخلي او خپل مال دخصم له خبرتیا پرته واخلي جایزدی او دا دشافعی مذهب دی .

ځینی هم وایی دا تصرف له انحضرت (ص) څخه د قضا یعنی د قاضی توب په اعتبارصدرشویدی نو جایزنده یو څوک خپل حق یا مال د پوروړی د استتکاف ( منعه راوړلو) په صورت کی ، له هغه څخه واخلي مگر د قاضی له طرفه دحکم په وسیله ( الفروق ، قرافی ، ج ۱ ص ص ۲۰۷ او ۲۰۸ ) .

#### ۹- دارالاسلام دققها وو په اصطلاح هماغه اسلامی حکومت دی :

داسلامی فقهاوو په اصطلاح له اسلامی حکومت څخه د دارالاسلام په عنوان یادونه شویده چی هماغه مفهوم رانغاړی چی د نن ورځی د قوانینو په اصطلاح د( حکومت ) کلمه یی لری او دا معناله هغه تعریفونوڅخه چی د دارالاسلام په باره کی یی ویلی دی جوتیبری دا تعریفونه که څه هم دحکومت ځینی عناصر په پام کی نیسی او له نوروڅخه سترگی پتوی ، خو هغه موارد چی د حکومت دعناصروپه عنوان یی یادوی په ضمنی او څنگزنه توگه هغه له پام غورځول شوی موارد هم رانغاړی . د دی تعریفونو له جملی څخه یود ادی چی : ( دارالاسلام دهغه ځمکی نوم دی چی د مسلمینو تر فرمان او قدرت لاندی وی ) ( شرح السیر الکبیر، سرخسی ، ج ۱، ص ۸۱) په دی تعریف کی ځینی عناصرلکه تر فرمان لاندی اوسیدل او جغرافیایی محدوده ترسترگوکیږی او دحکومت نورعناصرلکه د خلکو ټولنه او قانون هم رانغاړی ، ځکه چی د مسلمانانو په مورد کی

فرض په دی دی چی هرکله بی حکومت وکړ داسلام قانون دی اجرا کړی . د یو بل تعبیر پربنسټ ، دارالاسلام هغه ځمکه ده چی دمسلمانانو دقدرت او شوکت ( دبدبی ) په وسیله په کی اسلامی شعایر ( اداب او رسوم ) څرگند شی ( شرح الازهار، ج ۵، ص ۵۷۱ او ۵۷۲ ) . په دی تعریف کی دحکومت نظام او دهغه قدرت جوت دی او هم نورحکومتی عناصرلکه خلک او قلمرو هم راجاپیروی . لکه چی وینو دحکومت تشکیل په دی مشروط نه دی چی د هغی جغرافیایی محدودی ټول اوسیدونکی دی مسلمانان وی بلکی دهغوی په مینځ کی به غیرمسلمانان هم شتون ولری پرمهدی بنسټ فقهاووتصریح کړی ده چی: (ذمی: د دارالاسلام یو غیرمسلمان هیوادوال (بشهروند) دی ، ( البدایع الصنایع ، کاسانی ، ج ۵، ص ۲۸۱، المیسوط ، سرخسی ، ج ۱ ص ۸۱، المغنی ، ج ۵ ، ص ۵۱۶) . له دی کبله دهغه د ټولو اوسیدونکوپه مسلمان والی ( مسلمان کیدلو) پوری مشروط نه دی او د دارالاسلام د مینځ ته راتلو شرط دا دی چی واکمن بی مسلمان وی او داسلام قوانین اجرا کړی.

امام رافعی په دی هکله فرمایي : ( د یوځای د دارالاسلام کیدلو شرط ، داندی چی مسلمانان هلته وی . بلکی همدومره چی د مسلمینود امام په لاس کی وی کافی دی ) ( فتح العزیز، ج ۸، ص ۱۵).

#### ۱۰- د اسلامی حکومت ماهیت او موخه یی :

اسلامی حکومت ، ایډیالوژیک حکومت دی چی د اسلامی عقیدی او هر هغه څه چی دهغه له احکامو او قوانینو څخه سرچینه اخلی ، پربنسټ تشکیلیږی . له دی کبله په جغرافیایی سرحدونوپوری محدود سیمه ییز حکومت نه دی ، همدارنگه ملی او په قوم او نژاد پوری تړلی یو حکومت نه دی . بلکی یو عقیدتی حکومت دی چی دسرحدونو امتدادی د فکراو عقیدی تابع دی او په هغه کی د پوستکی ( پوټکی ) د رنگ ، نژاد او هیواد پربنسټ امتیازونه ځای نه لری .

دا د اسلامی حکومت ماهیت دی چی د یو نړیوال نظام په څیر بیلابیل ملتونه او قومونه یی یو دبل په څنگ کی درولی دی او دارنگه چی که یو څوک نوموړی عقیده ومنی د اسلام له امت څخه گنیل کیږی او که څوک یی ونه منی کولای شی دهغه تر قانونی نظام لاندی خپل ژوند ته ادامه ورکړی او دهغه داتباعو په ډله کی ودریږی او پرخپل مسلک باقی پاتی شی پرته له دی چی د حکومت له لوری تر فشار لاندی واقع شی .

هغه موخي چي دا حکومت يي تعقيبوي دهغه له ماهيت څخه راولاړيږي چي د اسلام پر بنسټ ايښودل شوي دي نو له دې امله يو عقيدتي حکومت دي او موخي يي هماغه د اسلام موخي دي او موخي يي د افراد و دامنيت تأمين او دهغوي له ژوندانه څخه ساتنه اوياله بهرني غليم سره مقابله نده ، بلکي موخي به يي پر ټولو حکومتي چارو کي داسلامي احکامو ترا اجرا او ټولي نړۍ ته داسلامي بلني تر رسولوپوري ادامه ومومي .

پراسلامي حکومت واجب ده چي داسي شرايط رامينځ ته کړي چي افراد وکولای شي د(الله ) په لمانځنه بوخت شي او داسلامي عقيدې او اسلام دقوانينوله مخي ژوندو کړي اوهغه خنډونه له مينځه يوسي چي د دي موخي منځيو کوي او هغه څه چي داسلام دافکارو او ټولنيزو اقتصادي نظم د گډوډولوپه لټه کي دي له مينځه يوسي . په قرآن کریم کي راغلي دي : ژباړه [ دغه مظلوم مهاجر] هغه کسان دي چي که چيري قدرت ورکړو دوي ته په ځمکه کي [ په دښمن باندې دغلبې په اعتبار] نوقايموي لمونځ او ورکوي به زکات او امرحکم به کوي [خلکوته ] په معروف [په نيك شرعي کار] سره او منع کوي به (خلک) له بدکارڅخه ، او خاص د الله په اختيار کي ده خاتمه د ټولو کارونو ( دالحج سورت - ۴۱ - آيت .)

له دې امله د لمانځه ادا کول د( الله ) په لمانځنه کي د فرد د توانيبي بيانونکي دي او په معروف امراو له منکرڅخه نهی داسلام دلارښوونو پر بنسټ د ژوندانه دلاري په وهلو(طي کولو) کي د فرد د قدرت څرگندوي او د حکومت په چارو کي دهغه د احکامو اجرا کول دي .

دا دي د اسلامي حکومت هماغه موخي ، او دا ټول په هغه لارو چاروسره چي الله تعالی هغه تشریح کړي دي او د فرد او ټولني د مصالحو(منافعو) مراعات ته ورگرځي پردې بنسټ حکومت په اوس اوراتکونکي کي د فرد مصلحت رانغاړي .

# جرایم جنگی<sup>۱</sup>

## ترجمهٔ ذاکر حسین رضایی

مقدمه

### دیدگاه عمومی

جرایم جنگی نوع نقض فاحش قوانین و عرف‌های قابلیت‌اجراء در منازعات مسلحانه است (و یا به معنی دیگر حقوق بشردوستانه بین‌المللی) که طبق حقوق بین‌المللی، مسئولیت جزای فردی را در پی دارد. از بابت که حقوق جرایم جنگی مبتنی بر حقوق بشردوستانه بین‌المللی است، بخش ۱ این قسمت اصول اساسی مربوط به حقوق بشردوستانه بین‌المللی و سپس پیشرفت حقوق جرایم جنگی را تشریح خواهد کرد.

در بخش ۲ این قسمت مسائل معمول در تمامی جرایم جنگی را بررسی خواهد کرد، از جمله منازعات مسلحانه موجود، در قدم بعدی فعل ارتكابی و منازعات مسلحانه و قواعد مربوط به فعالیت مرتکب و قربانی در آن را مورد بررسی قرار خواهد داد. بخش ۳ این قسمت به جرایم خاص تشکیل‌دهنده جرایم جنگی خواهد پرداخت.

---

<sup>۱</sup> این مقاله ترجمه‌ای است از:

**An Introduction to International Criminal Law and Procedure**

Authors: Robert Cryer, hakan Friman, Darryl Robinson and Elizabeth Wilmshurst

Second edition (۲۰۱۰), Cambridge University

مغایرت ارتکاب جرایم جنگی و جنایات علیه بشریت، در دستورات وسیع و ارتکاب سیستماتیک است که جرایم جنگی به آنها نیاز ندارد. در جرم جنگی صرف یک عمل، به تنهایی می تواند باعث بوجود آمدن جرم جنگی گردد. وضعیت منازعات مسلحانه توجیه کننده جنبه بین المللی جرم در حقوق جرایم جنگی است.

### تاریخچه کوتاه از حقوق بشردوستانه

اساس یا ریشه قانون و عرف های تشکیل دهنده مقررات جنگی در زمان باستان بر می گردد. درحالیکه مقررات مذکور در بین تمدنها و دولتها مختلف بوده و معیارهای شگفت آوری امروزی اکثراً در آنوقت بصورت منسجم نبود و کمتر بشکل امروزی به نظر می رسد. اما به صراحت می توان گفت که فرهنگ های مختلف که در جهان به نظر می رسد با ایجاد معاهدات، مقررات مذهبی و دستورات نظامی، شروع به تشکیل قواعد بنیادین و ابتدائی در خصوص منازعات مسلحانه نظامی نموده اند. در عصر کنونی، در جریان جنگ داخلی آمریکا قانون لیبر انتشار یافت که بعنوان قوانین نظامی باعث گسترش و تصحیح عرفها شد.

تصویب و گسترش روز مره این قوانین در سطح بین المللی از سعی و تلاش یک شخص ناشی می گردد. هنری دونان که تاجر ژنوبی بود، در سال ۱۸۹۵، با مشاهده وحشتناک سربازان مجروح که در صحنه جنگ بحال خودش رها شده بود تا فوت کند، از عواقب جنگ سلفورینو و دیدن این صحنه ها به شدت متأثر گردید. ایشان بخاطر چاره ای برای کاهش از چنین درد و رنج های غیر ضروری با انتشار شدید الحن و تند که در رابطه به فاجعه های ذیربط مشاهده کرده بود، اسرار ورزید. درخواست وی، به سرعت ایجاد کمیته بین المللی صلیب سرخ را در سال ۱۸۶۳ باعث شد و نیز اولین کنوانسیون ژنو برای بهبود وضعیت مجروحان نظامی در میدان نبرد در سال ۱۸۶۴ تصویب شد.

از آنوقت تا به امروز معاهدات بسیاری بخاطر گسترش حقوق بشردوستانه بین المللی به تصویب رسیده است. برخی از آنها مربوط به حقوق ژنو هستند که مبتنی به حمایت از غیر نظامیان و سائر کسانی که در جنگ فعالیت ندارند (همانند افراد مریض و مجروحان) معطوف می

شوند و برخی دیگر مربوط به حقوق لاهه است که در خصوص تنظیم قواعد و روشهایی خاص حاکم بر جنگ، به منظور کاهش خرابی و درد و رنج های غیر ضروری می شوند. مهمترین اسناد موجود در این مورد از بین همه، می توان به قواعد سال ۱۹۰۷ لاهه اشاره نمود که در آن، از حق منازعه کننده در اعمال شروط زیادی در روشها و قواعد حاکم بر جنگ اشاره کرده است که امروزه به عنوان حقوق عرفی شناخته شده اند.

کنوانسیون های چهارگانه ای ژنو در پاسخ به فجایع صورت گرفته در جنگ جهانی دوم در سال ۱۹۴۹ به تصویب رسیدند، با اضافه شدن به کنوانسیون های پیشین ژنو، بشکل قابل توجهی موجب مدرن شدن قواعد اسناد مزبور شدند. کنوانسیون های ۱۹۴۹ در مورد بیماران و مجروحان جنگی (کنوانسیون ۱ ژنو) بیماران و کشتی شکسته ها در دریا (کنوانسیون دوم ژنو) اسیران جنگی (کنوانسیون سوم ژنو) و غیر نظامیان (کنوانسیون چهارم ژنو) هستند. در سال ۱۹۷۷، مقررات مذکور با تصویب دو پرتکل اضافی به شکل مدرن تر در آمدند، طوریکه پروتوکل ۱ در مورد منازعات مسلحانه بین المللی و پروتوکل ۲ نیز مربوط به منازعات مسلحانه غیر بین المللی (داخلی) است. پروتوکل ۱ با پیوستن اصول موجود در حقوق لاهه ژنو، باعث کم رنگ شدن تمایزات سنتی موجود بین این دو حقوق گردید.

پیشرفتهای دیگری این معاهدات مهم نیز باعث تقویت، حمایت از اموال فرهنگی، ممنوعیت استفاده از سلاحهای خاص و یا استفاده اصولی از آنها (نظیر سلاحهای بیولوژیکی و کمبایی و مین های ضد افراد) و ممنوعیت استفاده از سرباز اطفال شدند. از مهمترین پیشرفتهای صورت گرفته در دهه های اخیر، توسعه تدریجی اصول اجرایی منازعات مسلحانه بین المللی در خصوص منازعات مسلحانه داخلی است که در این فصل به آن پرداخته خواهد شد.

قواعد ۱۹۰۷ لاهه مثل قواعد مندرج در کنوانسیون های ژنو ۱۹۴۹، امروزه همانند حقوق عرفی در آمده اند؛ بدین لحاظ، صرف نظر از اینکه آیا طرفین منازعه عضو کنوانسیونهای مذکور هستند یا خیر، قواعد فوق در مورد آنها قابل تطبیق و اعمال است. برخی از قواعد پرتوکلهای الحاقی، نه تمامی آنها، نیز شکل حقوق عرفی را به خود گرفته اند.

عنا



در  
جنگ



## اصول اصلی حقوق بشردوستانه

می توان اصول به دست آمده را به شکل مختلفی خلاصه کرد. اما عناصر کلیدی موجود، بشرح ذیل می باشند:

۱. باید غیر نظامیان از انواع مختلف آسیب در امان باشند، در این دسته بندی، نه تنها غیر نظامیان، بلکه نظامیان سابق مثل اسیران جنگی و آنهایی که به دلیل محرومیت، بیماری، کشتی شکستگی، و یا محاصره قادر به ادامه جنگ نمی باشند نیز شامل می گردد(اصل ضرورت نظامی)؛
  ۲. منازعه کننده ها باید بین اهداف نظامی و جمعیت غیر نظامی تمایز قائل شود و صرف به اهداف نظامی حمله کنند.(اصل تفکیک)؛
  ۳. در حمله به اهداف نظامی، منازعه کننده ها باید اصولی را جهت احتراز از وارد کردن خسارت یا کاهش خسارات جانبی به اشخاص غیر نظامی به کار بگیرد و از ارتکاب حملاتی که موجب وارد آمدن خسارت بیش از حد به غیر نظامیان می شود، خودداری نمایند(اصل تناسب)؛
  ۴. در مورد روشها و شیوه های جنگی، محدودیتهایی جهت کاستن از ایجاد درد و رنج غیر ضروری و محترم داشتن اصول بشردوستانه لحاظ گردد(اصل محدودیت).
- محصول وقوع منازعات مسلحانه، حقوق بشردوستانه بین المللی بوده و حقوق بشردوستانه بین المللی در صدد قاعده مند نمودن اعمالی است که در چنین وضعیتی هائی صورت می گیرد. هدف از میان برداشتن جنگ، روی هم رفته به حوزه های حقوقی و سیاسی دیگری نیز محول می شود.

در واقع یکی از اصول اساسی حقوق بشردوستانه بین المللی ایجاد تفکیک کامل حقوق حاکم بر منازعات مسلحانه و حقوق حاکم بر فعالیتهای در طول منازعات مسلحانه است. برخی از صاحب نظران در قرون گذشته معتقد بودند که کشوری که جنگ عادلانه را در پیش می گیرد، باید تسهیلات حقوق بشردوستانه بین المللی زیادتر بهره مند شود. نکته جالب و مهم اینجاست که طرفین منازعه مدعی هستند که بنا بر دلایل عادلانه ای جنگ می کند و این امر باعث یکنوع



ابهام و سردرگمی در اجرای قواعد می شود. علاوه بر این، قربانیان منازعات مسلحانه (صرف نظر از هدف آن) همچنان نیازمند حمایت می باشد. به منظور ارتقاء اهداف اساسی حقوق بشردوستانه بین المللی، امروزه این یک اصل شناخته شده است که حقوق مزبور، بطور مساوی و یکنواخت، بدون در نظر گرفتن منشاء و یا دلایل جنگ اعمال گردند. مباحث حقوق حاکم بر منازعات مسلحانه نقشی را در تفسیر یا اجرای حقوق بشردوستانه بین المللی در فرایند منازعه ایفاء نمی کند. بدین لحاظ، مثلاً نمی توان در خصوص عادلانه بودن یک جنگ اظهار نظر کرد؛ در نتیجه، تمامی قتل‌های صورت گرفته در طول منازعه، جرائم جنگی و یا تمامی حملات غیر متناسب تلقی می شوند. مسئله اینکه آیا توسل به زور بصورت قانونی یا غیر قانونی است، تحت شمول سایر قوانین مثل منشور سازمان ملل متحد (و شاید جرم تجاوز) قرار می گیرد.



### چالش تنظیم قواعد جنگی

تلاش در جهت قاعده مند کردن وضعیت استثنایی منازعه مسلحانه، پر از مشکل است. در واقع، به نظر می رسد که جنگ از بسیاری جهات در تناقض با قانون است؛ در نتیجه ممکن است این برداشت نادرست پیش بیاید که قانون در طول جنگ ساکت است. قواعد رایج (نظیر منعیات قانونی و اخلاقی اساسی در خصوص کشتار و نابودی) به معیار گسترده در منازعات مسلحانه مورد جابجایی قرار می گیرند و متخاصمان را نمی توان برای ارتکاب اعمال قانونی جنگ مورد مجازات قرار داد. اما آغاز یک منازعه مسلحانه موجب ایجاد خلاء حقوقی نمی شود. اعمال قواعد حقوق بشردوستانه امری ضروری است و نظامیان همچنان بایستی از ضوابط خاصی پیروی نمایند. با وجود این، در مواقع درگیری بین گروه‌های مسلح که خواستار غلبه بر یکدیگرند، اجرای ضوابط بین المللی که در بهترین اوضاع و احوال نیز می تواند چالش بر انگیز باشد، مسئله ای به مراتب دشوار تر است. یکی از ابزارهای جلوگیری از نقض حقوق عدالت جزای بین المللی اند و به مردم آموزش می دهد که برخی از قوانین اولیه در تمامی شرایط ها بایستی به منصفه اجراء قرار گیرند.

موجبات تنش میان ملاحظات نظامی و بشردوستانه، بحث نفوذ توسعه و تفسیر حقوق بشردوستانه بین المللی و حقوق جرایم جنگی است. منازعین ممکن است در مقایسه با ملاحظات بشردوستانه اهمیت بسیار زیادی برای دستورات نظامی قائل باشند. در مقابل، آنهایی که به اندازه کافی خوش چانس بوده اند که درگیر منازعه نشوند، ممکن است در هنگام صحبت درخصوص حقوق بشردوستانه بین المللی و حقوق جنایات جنگی، ملاحظات نظامی را کم اهمیت جلوه داده یا نادیده انگارند. هریک از این نقطه نظرات موانعی را در مسیر فهم حقوق ایجاد می کنند.

هنگام ارزیابی حقوق جرایم جنگی، بررسی وضعیت های نابسامان در مواجه شدن به منازعه مسلحانه و شرایط تدابیر و شیوه های نظامی مهم تلقی می شود. حتی تخریب و تلفات ممکن است اتفاق بی افتد از اثر صدمات رفتارهای غیر قانونی. هر اشتباهی که رخ دهد، صرف نظر از تلقی شدن به عنوان جنایت جنگی، می تواند عواقب وخیمی را به دنبال داشته باشد.

در حالیکه حقوق بشردوستانه بین المللی حاوی نوعی توازن بین ملاحظات نظامی و بشردوستانه است، در سالهای اخیر می توان شاهد این واقعیت نیز بود که، اهمیت اعطایی به این ملاحظات به شکل روز افزونی تغییر یافته و این پروسه بیشتر به مسئله مردمی کردن حقوق بشردوستانه تمایل داشته است. عوامل متعددی از جمله مبحث تاکید بیشتر بر حقوق بین الملل و روابط بین الملل به منظور حمایت از افراد بشر در مقابل توجه انحصاری به منافع دولتها، در این بحث جای گرفته است. نتیجه این امر، وضع قواعد رفتاری جدی تری شد که گروههای بیشتری از قربانیان را مورد حمایت قرار داده و در وضعیت های بیشتری از جمله منازعات مسلحانه داخلی نیز قابلیت اجرا داشته باشد.

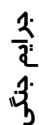
اضافه بر آن، در حالیکه نقض فاحش قواعد در بسیاری از منازعات امری معمول تلقی می شود، اما رویه بسیاری از دولتها حاوی افزایش اهمیت ملاحظات بشردوستانه است. ظهور پدیده هایی چون رسانه های جمعی، دمکراتیک شدن و جهانی شدن به این معناست که امروزه ارائه تصاویر رنج غیر نظامیان نسبت به گذشته بسیار در دسترس تر است (اگرچه سانسور تبلیغاتی همچنان گسترده است). افزایش انتظارات در خصوص مخابره صحت حملات منوط به پیشرفت

های تکنالوژیکی است. آنهایی که ترسیم حمله را بر عهده دارند، به خوبی خبردارند که هر حادثه که موجب بروز خسارت جدی به غیر نظامیان شود، می تواند کاهش حمایت از سوی اتباع خودی، متحدین و جامعه بین المللی را به همراه داشته باشد. همینطور، شواهد نشان می دهد که آگاهی سازمانهای عدالت جزای بین المللی موجب اطاعت بیشتر رهبران نظامی می شود. از طرفی، مشکلاتی که منشاء آن جنگ های نا متعارف علیه اتباع غیر دولتی هستند و بدون به حقوق بشر دوستانه موجب شده است که برخی از دولتها درصدد سرپیچی یا محدود کردن اعمال حقوق بشردوستانه بر آیند و بدین سبب، موجب بروز تنش های جدید گردند.



### ارتباط میان حقوق بشردوستانه بین المللی و جرایم جنگی

حقوق جرایم جنگی بصورت یک محدوده در مرتبه دوم به جرم انگاری حقوق بشردوستانه بین المللی می پردازد. سوال مهم اینجا است که نقض کدام قواعد حقوق بشردوستانه بین المللی باعث ایجاد جرم جزایی می شوند.



برخی از معاهدات، صراحتاً نقض اصول بنیادین مشخص را جرم انگاری می نمایند مثل کنوانسیون های ژنو. همچنین جرم جنگی را حتی در صورت عدم قواعد معاهدات در خصوص جرم انگاری برخی از اعمال در حقوق عرفی نیز می توان یافت. برای مثال، محکمه نورنبرگ مقرر می دارد که قواعد کلیدی مقررات لاهه ۱۹۰۷ به انعکاس حقوق عرفی و نقض های در قطار جرم محسوب می شوند، پرداخته است. اگرچه مقررات لاهه اشکارا به جرم انگاری چنین نقض های اقدام نکرده است.



۶۷

در رأی شعبه ابتدایی قضیه تادیچ، شعبه استیناف دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق عبارت نقض حقوق و عرف های جنگی را اینگونه تفسیر کرده است تا از این طریق، موجب تعیین زمینه اجرای حقوق جرایم جنگی شود. رأی مذکور تأیید نمود که نقض تمامی قواعد حقوقی بشردوستانه بین المللی منجر به بروز جنگ نمی شود. چنین نتیجه گیری کاملاً صحیح است. بخاطریکه حقوق بشردوستانه بین المللی شامل قوانین بسیار فنی و مهم است که جرم انگاری آنان امری غیر متناسب به نظر می رسد. بطور نمونه کنوانسیون سوم ژنو مقرر می دارد که برای

اسیران جنگی باید فروشگاه برای خرید مواد غذایی، صابون و تنباکو به قیمت فروشگاه های داخلی تهیه شود و به آنان یک مبلغی بعنوان کمک بر اساس رتبه شان، پرداخت شود. عدم دسترسی به تنباکو، فروش اجناس به قیمت بالاتر از نرخ تجاری و یا پرداخت کمک کمتر همه نقض حقوق بشردوستانه تلقی می شوند. اما قطعاً متناسب نیست که یک جرم جنگی تلقی شود. از لحاظ شعبه استیناف، جرایم که در حدود صلاحیت محکمه باشد باید از خصوصیات جرم جنگی برخوردار باشد، دارای شرایط ذیل باشند:

۱. نقض یکی از اصول حقوق بشردوستانه بین المللی باشد.
  ۲. باید اصل مذکور جزء حقوق عرفی یا معاهدات قابل اجراء باشد.
  ۳. باید نقض جدی باشد، یعنی نقض اصل از ارزشهایی اساسی حمایت کرده و عدم رعایت آن نتایج بدی را برای قربانی در پی داشته باشند.
  ۴. باید نقض مسئولیت جزای افراد را در برداشته باشد.
- این قواعد یا اصول به قسم موثری در قضیه های بعدی محکمه نیز مورد استفاده قرار گرفت. در رابطه به اضافه بودن شرط چهارم مسائل مطرح شده. زیرا معمولاً این عمل بانوع پراکنده گی همرا بوده، لذا جرم انگاری آن به منزله جرم انگاری تمامی نقض های جدی است. همچنین یادآور شده است که بکار بردن صفت جدی، مسئله ساز بوده و وجه مشخصه موثری نمی تواند قرار بگیرد. بدین سبب، این موضوع نیازمند توضیحات بیشتری است. تئودور مورن، در مقاله با موضوع بررسی رأی تادیب معیارهای نظیر اینکه آیا قواعد، مستقیماً متوجه افراد شد و صریح و بدون شک می باشند را در پهلوی مسائل شدت عمل مزبور و نیز منافع مرتبط جامعه ای بین المللی در خصوص آن مورد بررسی قرار می دهد. بهر صورت، رویکرد تشخیص نقض های شدید حقوق بشردوستانه مثل جرایم جنگی گسترده در گزینش جرایم مندرج در اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری رم موثر واقع شد.

در حین جرایم جنگی از آنجاییکه از جمله نقض حقوق بشردوستانه بین المللی است، اغلب لازم است تا جهت تفسیر حقوق جزای بین المللی در این خصوص، به اصول مربوطه در حقوق بشردوستانه بین المللی اشاره شود. به همین دلیل است که قسمت ۲ بند الف ماده ۸ اساسنامه

دادگاه بین‌المللی کیفری رم قواعد مندرج در کنوانسیون‌های ژنو را در بر گرفته است و نیز قسمت ب از بند ۲ ماده ۸ به چارچوب موجود در حقوق بین‌الملل اشاره می‌کند. اگرچه تفسیر عبارت اخیر با نوع عدم قطعیت همراست است، اما در واقع نوعی احاله به قواعد مرتبط در حقوق بشردوستانه بین‌المللی است که به تفسیر قواعد مختلف کمک می‌کند.

حقوق جرایم جنگی و حقوق بشردوستانه بین‌المللی دارای اهداف مشابه، اما زمینه‌ها و عواقب بسیار متفاوت از یکدیگر هستند. حقوق نوع اول (بشردوستانه)، دولتها و سائر طرفین منازعه را مورد توجه قرار می‌دهد؛ این حوزه به تنظیم معیارهای مربوط به منازعات مسلحانه پرداخته و نقض قواعد آن، حداکثر می‌تواند جبران خسارت و یا سائر شیوه‌های جلب رضایت طرف مقابل را به همراه داشته باشد. حقوق جرایم جنگی توجه‌شان به افراد، به معرفی آن دسته از نقض‌های می‌پردازد که در کل، بعنوان مهمترین جرایم مربوط به جامعه بین‌المللی شناخته شده و می‌تواند توقیف فرد را بعنوان یک جنایتکار جنگی در برداشته باشد. از اینرو، در حوزه حقوق جرایم جنگی ممکن است تفسیری محدود تری از مقرراتی مشابه بعمل آید که با جدیت حقوق جرایم جنگی و اصول کلی حقوق جزای سازگار باشد. بطور مثال، بر اساس حقوق بشردوستانه بین‌المللی قبل از اعمال هرگونه مجازات در خصوص افراد حمایت شده، طرفین منازعه باید به برپایی یک محاکمه عادلانه با رعایت تمامی ضمانت‌های قضایی لازم شروع کند. حتی نقض جزئی یکی از حقوق مزبور می‌تواند بعنوان تعدی از استاندارد‌ها و نقض حقوق بشردوستانه بی‌انجامد و جبران خسارت مناسب را به همراه داشته باشد. به هرنحو، این گفته صحیح نیست که بعداً تمامی افراد مورد محاکمه، جنایتکار جنگی هستند. براساس حقوق جرایم جنگی، جهت عدم برپایی محاکمه عادلانه بایستی به تأثیرات کلی، کاستی‌ها و نقاط ضعف موجود در رسیدگی‌ها توجه کرد.

### تاریخچه مختصری از حقوق جرایم جنگی

جرایم جنگی با بحث مسئولیت جزای افراد در زمان نقض جدی حقوق بشردوستانه بین‌المللی مرتبط است. حقوق داخلی مقرراتی راجع به تعقیب قانونی جرایم جنگی خیلی وقت

است که تدوین کرده است؛ بعنوان مثال قانون لیبر مسئولیت جزای افراد را از جهت نقض قواعد شناسایی کرده و در مقررات بسیاری از کشورهای دیگر نیز عین مقرراتی در این خصوص ملاحظه می گردد. یکی از اولین عنوان نمونه های تاریخی موجود در مورد تعقیب جرایم جنگی و پس از تلاش های بی نتیجه جهت بر ایجاد محاکم بین المللی، بعد از پایان جنگ جهانی اول، منشور نورمبرگ به تنظیم حقوق بین المللی جرایم جنگی پرداخت. بند ۶ ماده ۶ اساسنامه آن اظهار می دارد که: «جرم جنگی به معنی نقض حقوق و عرف های جنگی است. چنین نقض های می تواند شامل قتل، سوی رفتار با جمعیت غیر نظامی و یا تبعید آنان به منظور بیگاری و یا هر هدف دیگر، به داخل یا خارج از مناطق اشغالی، قتل یا سوء رفتار با اسیران جنگی یا افراد که در دریا گرفتار شده اند، هشدار گروگانها، غارت و چپاول اموال عمومی یا خصوصی، انهدام بی رویه شهرها، شهرک ها و روستاها و یا تخریب فاقد توجیه نظامی ...» در حدود جرایم جنگی محکمه نورمبرگ، به اصول کلیدی مقررات لاهه اشاره نموده که مسئولیت جزای افراد بر اساس حقوق عرفی را دربر میگیرد.

کنوانسیون های چهارگانه سال ۱۹۴۹ ژنو راجع به قواعدی در خصوص نقض کاهش مقررات، صراحتاً به شناسایی برخی نقض ها بعنوان جرم پرداخته که تحت صلاحیت دادگاه قضایی جهانی قرار می گیرند. این قواعد حقوق بین المللی عرفی را منعکس می کند. اولین پروتوکل الحاقی به این کنوانسیونها در سال ۱۹۹۷، به اضافه نمودن برخی دیگر از نقض های جدی پرداخته که البته تمامی انها در حقوق عرفی شناسایی نشده اند.

اساسنامه دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق (ماده ۲) با ذکر نقض های فاحش مذکور در کنوانسیون های ژنو، همانند نقض سائر حقوق و عرف های جنگی، فهرست نامحدود را با ذکر پنج نمونه از این جرایم فراهم آورده است. اساسنامه دادگاه بین المللی روندا نیز با طرح بحث منازعات داخلی، با توجه به نقض های فاحش مذکور در ماده ۳ و پروتوکل الحاقی سال ۱۹۰۷ با ذکر ۸ نمونه، اقدام به ایجاد فهرست نامحدود دیگری نموده است.

اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری که در سال ۱۹۹۸ به تصویب رسید، در بردارنده طولانی ترین و جامع ترین فهرست جرایم جنگی در مقایسه با اساسنامه محاکم موقت است. برخلاف

موارد پیشین، فهرست مندرج در ماده ۸ فهرست جامع است. برخی دولتها، از جمله ایالات متحده آمریکا که از غیر حذفی بودن فهرست های پیشین (نورمبرگ، یوگسلاوی سابق و محکمه روندا) کاملاً خوشحال بودند، در حین روبروی آن به اقدام دادگاه بین المللی کیفری که می توانست به صورت بالقوه بر اعمال قدرت شان موثر باشد، شک کردند. علاوه بر این، نگرانی های دیگری نیز در مورد ممانعت از شکل گیری حقوق ایجاد شده از سوی قضات، در جریان رسیدگی های دادگاههایی موقت وجود دارد. غلی رغم وجود استانداردهای، دوگانه، وجود یک فهرست جامع قطعاً با اصول حقوق جزای و بخصوص اصل منع قانونی جرم و مجازات سازگار تر است.

اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری متشکل از فهرست کامل پنجاه جرم است. که نقض های فاحش مندرج در کنوانسیون های ژنو نقض های فاحش ماده ۳ مشترک و دیگر نقض های فاحش برگرفته از سائر منابع را خود جای داده است. هدف نویسنده گان پیش نویس طوریکه بحث شد، بیشتر انعکاس حقوق عرفی موجود بوده تا ایجاد حقوق جدید، بسیاری از قواعد موجود در اسناد پیشین به دلیل فقدان توافق کلی در خصوص جایگاه عرف آنها، از درج در اساسنامه مورد استثناء قرار گرفته اند. فهرست اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری در عین طولانی بودن، تمامی جنات جنگی شناسایی شده در حقوق عرفی را در بر نمی گیرد؛ معمولاً نمونه قابل ذکر در این زمینه، مسئله ممنوعیت استفاده از سلاحهای شیمیایی یا بیولوژیکی است. همانگونه که صراحتاً اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری در ماده ۱۰ تلقی شده، فقدان قاعده ای در فهرست اساسنامه در این خصوص، تأثیری در جایگاه مسئله مزبور در حقوق بین الملل موجود یا در حال ایجاد ندارد.

اساسنامه های محکمه خاص سیرالئون و محکمه خاص عراق، برخی قواعد کلیدی را از فهرست دادگاه بین المللی کیفری اتخاذ کرده است. ماده ۱۴ اساسنامه محکمه خاص عراق، از تعاریف اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری رونوشت گرفته که بیانگر نمونه دیگری از رویه دولتها در رابطه با تأیید تعاریف مذکور است. اساسنامه محکمه خاص سیرالئون نیز متضمن نقضهای مندرج در ماده مشترک ۳ و نیز فهرست کوتاهی از سائر نقضهای فاحش می باشد و به

عندك



در  
صفت



بازنمایی برخی از جرائم خاص موجود در اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری، نظیر حمله غیر مستقیم به غیر نظامیان و کارکنان و مددکاران فعال در حیطه‌های بشردوستانه و نیز خدمت اجباری اطفال پرداخته‌اند.

برعلاوه فهرست طویل اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری در رابطه با جنایات جنگی، ممکن است جرایم جنگی دیگری نیز در حقوق عرفی و معاهداتی مورد شناسایی قرار گیرند. طوریکه در فوق اشاره گردید، که اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری تمامی جرائم موجود در حقوق عرفی را بصورت جامع تدوین نکرده و قواعد دیگری نیز، مثل آنچه در بخش ۱۲. ۱. ۵. در مورد رای تادیب‌بدان اشاره شد ممکن است قابل اجرا تشخیص داده شوند. علاوه بر این، جرایم جنگی می‌توانند در حقوق تعهدات نیز مورد شناسایی قرار گیرند. مثلاً تمامی نقضهای فاحش مندرج در پروتوکل الحاق ۱، صرف نظر از عرفی بودن آن در میان کشورهای عضو آن بنحوی حقوق تعهدات لازم‌الاجراء می‌باشند.

### جرایم جنگی در درگیری‌های مسلحانه داخلی

عرفاً پذیرفته‌اند که حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق جرایم جنگی در عرصه منازعات مسلحانه داخلی قابل اجراء نمی‌باشد. دولتها در اوضاع شورش و نابسامانی، پیش از پیدایش حقوق بشر، کم و بیش مختار بودند تا به گونه‌ای که طبع شان میخواستن با شهروندان خود رفتار کنند. این مسئله جزء امور داخلی هر کشوری مسحوب می‌شد که دیگر دولتها حق هیچگونه اظهار نظری در مورد آن را نداشتند. دولتها خواستار حفظ آزادی عمل خود به منظور سرکوب شورشها بوده و حاضر به اعطاء هیچ نوع شناسایی ممکن درخصوص گروههای شورشی نیز نبودند. استثناء در برخی موارد، دولتهای درگیر در منازعات مسلحانه شدید، به شناسایی وضعیت تجاوز اقدام می‌نمودند تا که این وضعیت موضوع اعمال قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی قرار می‌گرفت.

هنگام مذاکرات کنوانسیونهای چهارگانه سال ۱۹۴۹ ژنو، تعدادی از نمایندگان به اعمال فشار جهت شناسایی قواعدی در رابطه به منازعات داخلی روی آوردند که این پیشنهاد به شدت با



مخالفت سائر نمایندگان مواجه شد. پس از مذاکرات بسیار، توافق حاصل شد تا در هر کنوانسیون ماده مشترکی (ماده ۳) گنجانده شود که شامل برخی از اساسی ترین اصول شناخته شده جهت اعمال در تمامی منازعات مسلحانه داخلی باشد. حتی توافق بر اصول نسبتاً ابتدایی نیز نوعی موفقیت محسوب می شد.

در پرتوکل الحاقی ۲ سال ۱۹۷۷ در خصوص تنظیم قواعد منازعات مسلحانه داخلی توافق صورت گرفت. مجدداً مذاکرات سختی در مقابله با دولتهای مخالف مقررات مذکور در گرفت. طبق توافق بدست آمده، لیست کوتاهی از مقررات تهیه شد که اگرچه در قسمت گسترش و توسعه قواعد مندرج در ماده ۳ مشترک بود، اما هنوز در مقایسه با مقررات قابل اعمال در منازعات مسلحانه بین المللی بسیاری اندک بود.

مهمتر از همه این که، ماده مشترک ۳ و پرتوکل الحاقی دوم، هیچ قاعده ای در رابطه با نقضهای فاحش نداشت و عدم جرم انگاری قواعد مزبور را در برداشت. تا سال ۱۹۹۰، این نقطه نظر همچنان در سطح گسترده ای پذیرفته شده بود که حقوق جرایم جنگی در منازعات مسلحانه داخلی قابل تطبیق نمی باشد.

در دهه ۱۹۹۰، خلاء موجود به شکل روز افزون مشکل آفرین شد و عوامل مختلفی موجب تسریع روند ایجاد یک تحول حقوقی به سرعت ضروری دانسته شد. در قدم اول، افزایش تعداد و طول مدت منازعات داخلی موجب کشتار هرچه زیاده تر غیر نظامیان با مقایسه با سالهای قبل گردیده بود. دوم اینکه، منازعات داخلی نسبت به منازعات بین المللی جنبه فراگیر تری پیدا کرده بود که این امر، لزوم ایجاد تغییراتی را جهت اعمال حقوق جرایم جنگی بر قربانیان منازعات مذکور نمایان می کرد. سوم، وابستگی بین دولتها افزایش یافت و به این معنی بود که منازعات داخلی عواقب گسترده تری را متوجه کشورهای منطقه می کند، که این امر به معنی لزوم قاعده مند سازی منازعات بود. چهارم، حقوق و امنیت بشر مقدم و افزایش یافت به این معنا که دولتها تمایل بیشتری بر پافشاری در خصوص گسترش حمایت از حقوق بشر، حتی در زمینه هایی که پیش از این بعنوان امور داخلی محسوب می شد، از خود نشان دادند.

اولین گام اساسی را شورای امنیت سازمان ملل در این خصوص با تصویب اساسنامه دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق برداشت. همانگونه که منازعه رواندا نوعی منازعه داخلی بود، شورای امنیت با مسئله جرم جنگی در منازعات داخلی روبرو شده بود. شورای مذکور با مدنظر قرار دادن جایگاه نقضهای جدی مشمول در ماده مشترک ۳ و قواعد اساسی پروتوکل الحاقی دوم، صراحتاً به شناسایی جرم انگاری چنین ممنوعیت‌های رو آورد.

در قضیه تادیچ برای شعبه استیناف در خصوص صلاحیت خود تأثیری بسزایی در توسعه حقوق در این زمینه از خود به جای گذاشت. با بازنگری این رأی در رویه دولتها، قطعنامه‌های جامعه ملل، مجمع عمومی، شورای امنیت و اتحادیه اروپا، آراء دادگاه بین‌المللی دادگستری نظامنامه‌ها و نیز توافقنامه‌ها به این نتیجه رسید که دوگانگی شدید و سنتی بین منازعات بین‌المللی و داخلی در حال کمرنگ شدن است و برخی از مقررات جرایم جنگی را امروزه می‌توان در منازعات مسلحانه داخلی نیز اعمال کرد. شعبه قبول کرد که در این مورد با انتقال کلی قواعد و یا نوعی همگرایی همه‌جانبه مواجه نیستیم، بلکه تنها شماری از قواعد و اصول، به تدریج جهت اعمال در منازعات داخلی عمومی می‌شوند. علاوه بر این، چنین توسعه‌ای هنوز به معنی گنجاندن کامل و فنی قواعد مزبور در منازعات داخلی به شمار نمی‌آید؛ بلکه صرفاً تأثیر کلی این قواعد، صرف نظر از مقررات جزئی که ممکن است در برداشته باشند، در منازعات داخلی قابلیت اجرایی یافته است. برای تشخیص این امر که یک اصل را می‌توان در منازعات داخلی اعمال نمود یا خیر، باید به موارد ذیل توجه گردد: شناسایی صریح و آشکار اصل، رویه دولتها مبنی بر تمایل به جرم انگاری اصل شدت اعمال مزبور و منافع جامعه بین‌المللی از منع آنها.

چنین آراء در آن زمان نوعی ساختار شکنی محسوب می‌شد، اما به سرعت مورد پذیرش جامعه بین‌المللی قرار گرفت. اندکی بعد، دادگاه بین‌المللی روندا به پیروی از رویه مزبور پرداخت و مهمتر اینکه، این امر در جریان مذاکرات اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری اکثریت آراء موافق دولتها را با خود کرد. اگرچه اقلیت خاصی از دولتها در رم، سرسختانه با تحت شمول قرار گرفتن جرایم جنگی در منازعات داخلی مخالفت ورزیدند اما از سوی دیگر،

اکثریت قابل توجهی از دولتها بر این امر پافشاری می نمودند. مخالفان از پذیرش ماده مشترک ۳ و لیست محدودی از اصول اساسی مندرج در اساسنامه ممانعت ورزیدند. مورد قابل تمرکز اینکه، رویکرد اتخاذ شده در کنفرانس رم با شناسایی ممنوعیت های اساسی و انتقال آنها به منازعات داخلی، به شکل گسترده ای از رویه تادیب پیروی کرده بود.

در نتیجه، در اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری نزدیک به نصف از اصول مذکور در منازعات بین المللی در گستره منازعات داخلی راه پیدا کردن. در قسمت سائر قواعد، در رابطه با درجه اهمیت آنها در حقوق عرفی جهت اعمال در منازعات داخلی موافقت حاصل نشد. با وجود اینکه شناسایی نصف قواعد مذکور در سال ۱۹۹۸ موفقیتی چشمگیر محسوب می شد، اما شواهد نشان می دهد که فهرست جرایم جنگی در قسمت ج از بند ۲ ماده ۸، همان لیست محدود مندرج در رای تادیب بوده است. برای مثال، ممنوعیت اعمال گرسنگی به عنوان یکی از روشهای جنگی استفاده از سلاحهای شیمیایی، حمله به موقعیت های غیر نظامی و اقدام به حملات ناهمگون یا غیر متناسب، تماماً از اصول اساسی هستند که از قبل در حقوق و عرفهای جنگی تعریف شده بودند و از اینرو قابلیت شناسایی در منازعات داخلی را نیز داشتند. در حقیقت، کامل نبودن فهرست مندرج در جزء e قسمت b از بند ۲ ماده ۸ عواقب خاصی را به دنبال داشت. طوریکه در بالا بحث شد، ماده ۱۰ تأکید می کند که هیچ امری در اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری موجب محدود کردن و یا پیش داوری در خصوص توسعه سائر حقوق بین المللی نمی شود.

پیشنهاد اینکه اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری با حذف نکردن تمامی فرق های بین المللی - داخلی به نوعی عقب نشینی کرده است. بدین لحاظ، اگرچه قطعاً تمایلاتی در رابطه با همگرایی این دو حوزه وجود دارد اما در حال حاضر، رویه دولتها از پیوست دو نظام مذکور حمایت نمی کند. در واقع حتی رأی تعیین کننده تادیب نیز انتقال کامل و فنی قواعد از منازعات بین المللی به جبهه مقابل آن در سطح داخلی را تذکر نداده است و تنها به قابلیت اجرایی برخی از مهمترین قواعد اشاره کرده است. همچنین، برخی از مقررات حاکم بر منازعات مسلحانه بین المللی به راحتی در منازعات داخلی قابلیت اجرایی ندارد. بالاخص قواعدیکه در رابطه به

عنا



در  
رابطه



سرزمین های اشغالی، اسیران جنگی و انتقال جمعیت غیر نظامی به سرزمین های اشغال شده می باشد.

حقوق مذکور با این وجود به پیشرفت خویش ادامه می دهد. نظر به نقاط اشتراک که تاحالا بدست آمده است، پرداختن به مبحث ادغام آن دسته از مقرراتی که در هر دو نوع منازعات داخلی و بین المللی قابل اجراست، در فهرست زیر مربوط به جرایم جنگی مفید به نظر میرسد. ساختار دوگانه فعلی در اساسنامه های موجود می تواند پیچیدگی های غیر ضروری را به همرا داشته باشد؛ چون حتی در صورت شباهت و وحدت مقررات مذکور، این امر نیاز مند تشخیص ویژگی یک منازعه مسلحانه به منظور آگاهی از اعمال بخش خاصی از قواعد (همچون قسمت ب از بند ۲ ماده ۸ و یا قسمت e از بند ۲ آن ماده) در خصوص آنها می باشد. سرانجام شاید زمانی که هیچ رفتار نشان دهنده نقش و مسئولیت مرتکب جرم در دسترس نباشد، جمع آوری ادله و طرح دعوا در رابطه با مسائل بغرنج همانند نقش کشورهای سومی امری ضروری به نظر می آید.

دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق با تکیه بر ماده مشترک ۳ و دیگر قواعد قابل تطبیق در منازعات داخلی، تا اندازه ای از این بابت دوری جسته اند. در اکثریت از فهرستهای ذیل در رابطه با جنایات جنگی، تهیه یک لیست واحد از جرائم که قابلیت اجرا در منازعات بین المللی و داخلی را داشته باشد و فهرستی کوتاه در رابطه با جرائمی که تنها در خصوص منازعات بین المللی قابل اجراء باشد، مناسب تر به نظر می رسد. چنین لیست نیازمند هیچگونه تغییری در حقوق عرفی نیست، اما وضعیت حقوقی موجود را بصراحت آشکار می سازد.

### مسائل مشترک

#### درگیری های مسلحانه

رکن مهم در ارتکاب هر جنایت جنگی، ارتباط آن با منازعه مسلحانه است. شرایط نا امن و بی ثبات منازعات مسلحانه است که منافع بین المللی را به شکل بحث بوجود آورده و مسئله صلاحیت بین المللی در رسیدگی به جرائم را مطرح می کند. درحالیکه حقوق بشردوستانه قبلی متکی به بیانیه اعلام وضعیت جنگ بود، این موضوع در مواقعی که طرفین به منظور اجتناب از

ابراز وضعیت جنگی از عبارات فورمالیته استفاده می کردند، باعث بروز مشکلاتی می شد. درحال حاضر حقوق بشردوستانه بین المللی و حقوق جرایم جنگی توجه خود را به مسائل موجود در منازعات داخلی تمرکز می نماید؛ حتی اگر یک یا هر دو طرف از اعضای درگیر منازعه از حالت جنگ انکار ورزند.

در قضایایی منازعات داخلی میزان مشخصی از شدت و سازماندهی جهت تمیز منازعه مسلحانه از یک اعتشاش و شورش داخلی صرف بایستی وجود داشته باشد که بعدا مورد بحث و بررسی قرار می گیرد. هنوز بطور کامل مشخص نشده است که آیا شدت مورد نظر بایست در مقایسه با منازعه داخلی سنجیده شود یاخیر. بسیاری از کاشناسان ابراز می دارد که هرگونه توسل به زور از سوی نیروی نظامی، منجر به درگیری مسلحانه می گردد.

در هر صورت مفهوم منازعه مسلحانه نه تنها شامل اعمال زور بین نیروهای مسلح می شود، بلکه حملات بدون مقاومت، بمباران هوایی و یا تعدی از مرزهای کشور توسط نیروهای نظامی را نیز در بر می گیرد.

رفتار منازعه مسلحانه با اعلام آتش بس خاص به پایان نمی رسد و تا زمان توقف تمامی اعمال نظامی ادامه خواهد داشت. بر اساس رویه قضایی، وضعیت منازعه مسلحانه تا زمانی که نتیجه کلی در خصوص صلح حاصل نشده، همچنان بر قرار است. همچنین وضعیت منازعه مسلحانه ممکن است با توقف تعیین کننده اعمال نظامی و بدون انعقاد موافقتنامه خالصی خاتمه یابد. چنین وضعیتی از درگیری منازعات مسلحانه در طول اشغال نیز اعمال می شود، این درحالی گفته می شود که سرزمین مذکور تحت اقتدار یک نیروی متخاصم قرار بگیرد.

### وجه تمایز میان منازعات بین المللی و داخلی

وجه مشخصه منازعات بین المللی، این است که با توسل به زور نظامی کشورها ناشی می گردد. مسائل پیچیده ای که خارج از این نمونه ناشی می گردد، عبارتند از جنگ های آزادی بخش ملی، عملیات اجرای سازمان ملل متحد و دخالت های خارجی از طریق نیروهای نماینده.

## جنگ های آزادی بخش ملی

طبق بند ۴ ماده ۱ پروتوکل الحاقی ۱، مفهوم منازعات مسلحانه مخاصماتی که در آنها مردم علیه حاکمیت استعماری، اشغال بیگانگان و رژیمهای نژاد پرست برای احقاق حق تعیین سرنوشت خود می جنگند را نیز در بر می گیرد. بر اساس حقوق معاهدات، چنین تعریفی در خصوص تمامی رسیدگی های مبتنی بر نظام نقض فاحش مقرارت مندرج در پروتوکل الحاقی ۱، مجری است.

مشکل ترین سوال اینست که آیا گسترش دامنه مفهوم منازعات مسلحانه بین المللی در خصوص حقوق کلی جرایم جنگی نیز کاربرد دارد یا خیر. از یک سو، اگر به سوال مذکور پاسخ منفی داده شود، اعضاء پروتوکل الحاقی ۱، همزمان تحت حاکمیت دو نظام قرار می گیرند. نظام منازعه بین المللی مندرج در پروتوکل الحاقی ۱ و نظام مخاصماتی که طرفین آن پروتوکل الحاقی را به تصویب نرسانده اند نیز اعمال شود؛ که این امر هم نا مناسب به نظر می رسد.

جواب به سوال فوق چنین به نظر می رسد که منوط به اینست که آیا تعریف پروتوکل الحاقی شماره ۱ می تواند بعنوان حقوق عرفی در نظر گرفته شود یا خیر؟ رویه اندک دولتها به منظور اجتناب از هر نوع اظهار نظر رسمی و عجولانه در این رابطه موجب بافی ماندن پرسش مزبور در هاله ای از ابهام شده است. علاوه بر این، خصوصیات متفاوت موجود می تواند موجب تسهیل اطلاق یک منازعه به عنوان منازعه بین المللی شود و یا بالعکس، استعماری پایداری می کنند، بهتر می تواند از شاخصه بین المللی برخوردار باشد. از سوی دیگر، منازعه ای که متضمن درگیری گروههای مخالف محلی علیه یک رژیم نژادپرست و بدون دخالت بیگانگان می باشد، یک علت اساسی داشته باشد، اما به نظر نمی رسد که بتوان برای آن ویژگی بین المللی قائل شد.

## نیروهای سازمان ملل متحد

یکی دیگر از پرسش های جالب، تأثیر حقوقی مداخله سازمان ملل از طریق عملیات اجرایی است. اولین سوال مطروحه این است که آیا اصلا حقوق بشردوستانه بین المللی در خصوص

چنین نیروهایی قابل اجرا است یا خیر؟ چرا که سازمان ملل متحد، سازمانی بین‌المللی است، نه یکی از اعضای کنوانسیون‌های ژنو و سایر معاهدات حقوق بشردوستانه بین‌المللی. در حال حاضر، بحث اعمال حقوق منازعات مسلحانه بر عملیات‌های نیروهای سازمان ملل شناسایی شده است. دولتهای ملی که نیروهای شرکت‌کننده به آنها تعلق دارند، ملزم به رعایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی بوده و سازمان ملل، اصول بنیادین و قواعد بشردوستانه بین‌المللی را اعمال می‌نماید. شرکت‌کنندگان در یک مخاصمه، از اصول اولیه حقوق بشردوستانه بین‌المللی مستثنی نمی‌شوند؛ چرا که آنجا به دلایل برحق (استقرار صلح و امنیت بین‌المللی) می‌جنگند. قربانیان درگیرها تحت مراقبت و حفاظت حقوق بشردوستانه بین‌المللی در تمامی منازعات قرار دارد. تجربه نشان می‌دهد، متأسفانه، که حتی نیروهای حافظ صلح نیز ممکن است درگیر نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی و جرایم جنگی باشند.

سوال باقی مانده این است که آیا مداخله نیروهای سازمان ملل - خواه عملیات تحت پرچم سازمان ملل باشد و یا به سادگی توسط سازمان ملل طراحی شده باشد، می‌تواند یک درگیری که قبلاً منازعه داخلی بوده و اکنون به بین‌المللی تلقی کرد؟ به نظر نمی‌رسد که حقوق موجود در این زمینه راه‌گشا باشد. در نظر گرفتن نیروهای ملل متحد به مثابه یکی از طرفین منازعه موجب خدشه دار شدن نقش این سازمان شده و می‌توان گفت که در چنین حالتی بهتر است ویژگی داخلی بودن منازعه مزبور همچنان حفظ شود. به هر حال، این امر می‌تواند موجب ابهام در برحق بودن مبارزه و نیز این پرسش شود که آیا نیروهایی مذکور در منازعات مسلحانه شرکت می‌نمایند یا خیر؟ زمانی که عملیات اجرایی (تحت لوای سازمان ملل متحد یا با تجویز این سازمان) بطور قابل توجهی متضمن اعمال زور است، واقعیت عینی حاکی از درگیر شدن نیروهای خارجی در جریان منازعات است. رویه موجود در این قسمت از سوال تا هنوز مبهم باقی مانده است.



## نیروهای نیابتی

در نهایت یک منازعه عیناً داخلی، در زمانی که مشخص شود گروههای مسلح محلی در حقیقت به نمایندگی از یک کشور خارجی به مبارزه می پردازند، وجهه بین المللی می یابد. بطور مثال، در قضیه تادیچ تعیین این امر که آیا نقض فاحش قواعد قابل اجرا به بین المللی بودن منازعه بستگی دارد یا خیر، موجب مشخص شدن این مسئله می شد که آیا اعمال نیروهایی خاص (VRS) قابل نسبت دادن به جمهوری فدرال یوگسلاوی است یا خیر. جمهوری فدرال یوگسلاوی از خروج نیروهای خویش از بوسنی ادعا کرده بود. اما اقدام به استفاده از نیروهای خاص نمود که متشکل از سربازان پیشین (JNA) با اصالت بوسنیایی بوده و دارای همان فرماندهان، سلاحها، تجهیزات، متصدیان و نیز اهداف بودند؛ اما همچنان از حمایت جمهوری فدرال یوگسلاوی برخوردار می شدند.

اکثراً شعبه مقدماتی چنین مواردی را به تصامیم دیوان دادگستری بین المللی نیگاراگوئه راجع ساختن، مسئله احراز دقیق کنترل موثر جهت تعیین این امر که آیا یک گروه مسلح می تواند جزء ارکان عملی یک کشور باشد یا خیر، مورد پذیرش قرار گرفته بود. اکثراً شعبه مزبور قبول کردند باوجود اینکه جمهوری فدرال یوگسلاوی توانایی هدایت عملیاتها را داشت، اما هیچگونه شواهدی در رابطه با صدور دستورات خاص و یا اینکه جمهوری فدرال یوگسلاوی واقعاً به هدایت عملیاتها پرداخته باشد، در دست نیست. این رای به علت عدم انعکاس حقیقی وضعیت موجود، ازسوی مخالفان و در تعبیرهای بعدی به شدت مورد انتقاد واقع شد.

شعبه استیناف با تصریح اینکه برای افراد و یا گروههای که از سازماندهی نظامی برخوردار نیستند، دستورالعمل یا موافقتنامه عطف به ما سبق شده و یا برگه تأیید شده از طرف کشور سوم لازم است، به شفاف سازی در این رابطه پرداخت. باوجود این، شعبه با مدنظر قرار دادن گروههای مسلح، از رویکرد مجری در دادگاه بین المللی دادگستری فاصله گرفته و معیار کنترل موثر را بجای کنترل کلی نموده است. بر اساس این معیار، نیازی به جمع آوری شواهدی در خصوص صدور دستورات خاص و یا دستور العمل های مرتبط با عملیاتهای نظامی خاصی



نیست. به تنهایی کافی است که کنترل کلی تحت بیرق کمکهای مالی صرف و یا تجیز نیروهای مزبور و مشارکت در برنامه ریزی و نظارت بر عملیتهای نظامی عملی گردد.

### وجوه تمایز درگیری های داخلی از شورش و اعتشاشات

بخش ۲.۲.۱۲. خط و مرز موجود بین منازعات مسلحانه بین المللی و داخلی را به بحث گرفت، درحالیکه حد و مرز دیگری نیز وجود دارد که وضعیت های با شدت عمل خاص، بعنوان منازعه مسلحانه از شورشها و اعتشاشات، با شدت عمل کمتر را مشخص و تفکیک می کند. اهمیت مورد اخیر به اندازه ای نیست که موجب اجرای حقوق بشردوستانه بین المللی و حقوق جرایم جنگی شود. گاهی مواقع تشخیص این امر دشوار است که ایا منازعات غیر نظامی صرف با تعدی از مرزهای موجود نیز این واقعیت است که دولتهای مختلف، تقریبا قائل به اعمال حد و مرزهای مختلفی هستند که این امر موجب ایجاد شرایط متفاوت برای اهداف متفاوت می شود. ماده مشترک ۳ به هیچ نکته ای در رابطه با حد و مرز تعیین منازعات مسلحانه اشاره نمی کند، در حالیکه پروتوکل الحاقی ۲، قواعدی زیادی را در نظر گرفته که تنها در خصوص آن دسته از منازعات مسلحانه ای قابلیت اجرایی دارد که:

در حیطه سرزمین یکی از دولتهای معظم معاهده و بین نیروهای مسلح آن کشور و نیروهای مسلح مقابل و یا سائر گروههای سازمان یافته ای به وقوع پیوسته باشد که تحت لوای فرماندهی مسئول، به اعمال کنترل بر بخشی از سرزمین خود، جهت قادر ساختن آن نیروهای به انجام عملیتهای نظامی، در جهت اجرای این پروتوکل بصورت متداوم و منظم پرداخته است.

سوال اینجاست که آیا حقوق عرفی جرایم جنگی نیز متضمن حدود متفاوتی در خصوص جرائم مختلف (نظیر ماده مشترک ۳ و جرائم مندرج در پروتوکل الحاقی ۲) است یا خیر. رویه قضائی در رابطه با منازعات داخلی، قائل به حدود و صغور مختلف در مورد جرائم متفاوت نیست. درحالیکه راههای متعددی برای تفسیر نظرات متفاوت وجود دارد، پیشنهاد می شود که حقوق جرایم جنگی باتوجه به حد و مرز واحدی برای تمامی جرائم در منازعات مسلحانه داخلی پردازد. این امر چهار مسند مشخص را در پی دارد.

مسند یا گزاره اول این است که منازعه مسلحانه متضمن شدت معین و نیز سطح خاصی از سازماندهی طرفین منازعه است. براساس معیاری که از سوی شعبه استیناف دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ مطرح شده و در هر زمانی که بین دولتها بحث توسل به فشار نظامی پیش آید و یا خشونت مسلحانه دامنه داری بین مقامات دولتی و گروههای سازمان یافته مسلح و یا بین خود این گروهها در داخل مرزهای یک کشور به وقوع بپیوندد، می توان از وجود منازعه مسلحانه سخن به میان آورد. طبق تعابیر مطرح شده اظهارات مزبور متشکل از دو ضابطه است: شدت عمل منازعه و سازماندهی طرفین مخاصمه. چنین معیاری در قضیه آکایسو نیز از سوی دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق مورد اجرا قرار گرفت.

دومین گزاره یا مسند مفاد مندرج در پروتوکل الحاقی دوم و قسمت های d و f بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری، اعمال انفرادی و پراکنده حاوی خشونت و سائر اعمال با ماهیت مشابه که در بردارنده مفهوم منازعه مسلحانه نیستند، بطور ضمنی در مفهوم منازعه مسلحانه گنجانده شده است. در واقع، اظهارات مزبور به معنی استنباط معیارهای شدت عمل و سازماندهی هستند.

به نظر می رسد طبق مسند سوم محدودیتهای اضافه شده در پروتوکل الحاقی ۲، تاکنون در بطن حقوق کلی جرایم جنگی جذب نشده است. بعنوان نمونه پروتوکل الحاقی اظهار می دارد که یکی از طرفین منازعه مسلحانه را درگیری بین گروههای مسلح شناسایی نموده اند. علاوه بر این، بحث کنترل سرزمین یکی از لوازم، مورد قبول رویه قضائی و اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری واقع نشد؛ اگرچه این امر به مثابه یکی از عوامل تعیین کننده مهم جهت واضح ساختن وجود منازعه مسلحانه مورد پذیرش واقع شده است. از اینرو، هرچند موانعی ممکن است موجب محدودیت اجرای پروتوکل الحاقی ۲ به عنوان حقوق معاهداتی شود، اما نمی تواند بر تفسیر مفهوم منازعه مسلحانه برای اهداف دیگری تأثیری در حقوق عرفی جرایم جنگی داشته باشد.

گزاره چهارم اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری ممکن است با توجه به چارچوب رویه قضائی تفسیر شود. درحالیکه عبارت خشونت دامنه دار تنها در قسمت f بند ۲ ماده ۸ به چشم

می خورد. اما عبارت مذکور جزء صفات ذاتی منازعات مسلحانه بوده و لذا در خصوص تمامی جرایم جنگی در منازعات داخلی جرائم متفاوت در نظر گرفته شود. بنابراین، نباید این چنین تفسیر گردد که ایجاد کند یک سرحد یا استانه برای جرایم مختلف، بلکه باید آن را به منزله عاملی برای تسهیل حصول توافق در رابطه با اختلاف موجود در خصوص قسمت e بند ۲ ماده ۸ گردد. علاوه بر آن، زمانیکه قسمت f از بند ۲ ماده ۸ اشاره به حمایت بیشتر به منازعه مسلحانه نسبت به خشونت مسلحانه می باشد، این امر واضح می سازد که مشکل سر راست در مسوده بوده، زمانیکه هدف، بهم پیوستن و تبعیت از حدود و مرزهای مذکور در رای تادیج بود، نه مستثنی نمودن گروهی از منازعات مسلحانه. متن فرانسوی اساسنامه از این نظریه حمایت می کند که هدف، اشاره به مفهوم پذیرفته شده خشونت دامنه دار بوده است و نه ایجاد نوعی استاندارد جدید. در واقع، رویه قضایی دیوان بین المللی کیفری در تفسیر خویش همانند رویه قضایی داخلی رفتارهای مشابه همان نظریه را حمایت کرده است.

اگر گزاره های چهارگانه فوق صحیح باشند، آنگاه حد و مرز واحد و هماهنگی را برای جرایم جنگی در منازعات داخلی توسط رویه قضایی و هم اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری، ارائه خواهند کرد.

### ارتباط میان جرم و منازعه

برای وقوع جنایات جنگی، اعمال ارتكابی باید در ارتباط با یک منازعه مسلحانه باشد. بعنوان مثال، عناصر جرم اساسنامه دادگاه بین المللی کیفری رم اظهار می دارد که اعمال مزبور باید در چارچوب یک منازعه مسلحانه و در ارتباط با آن به وقوع بپیوندد.

اصطلاح در چارچوب، به زمینه جغرافیایی و زمانی در سطح وسیع اشاره می کند: یعنی عمل ارتكابی در طول یک منازعه مسلحانه و در داخل سرزمینی که منازعه مسلحانه در آنجا در حال وقوع است، اتفاق افتاده باشد. چنین شرطی بسیار کلی است. نظر به اینکه وضعیت منازعه مسلحانه در داخل یک سرزمین و فارغ از موقعیت زمانی و مکانی افراد در حال منازعه شناسایی



شده است، هیچ نیازی نیست که در زمان ارتکاب جرم عملیات نظامی صورت بگیرد. جرایم می تواند با توجه به محل جنگ از لحاظ زمانی و جغرافیایی فاصله داشته باشند.

اصطلاح در ارتباط با، رابطه خاص بین عمل مرتکب و منازعه اشاره می کند و مطابق با قواعد محکمه بین المللی یوگسلاوی سابق در رابطه با لزوم رابطه نزدیک جرم با منازعه است. تمامی اقدامات جنایتکارانه واقع در سرزمین محل منازعه را نمی توان جرم جنگی تلقی نمود. برای مثال، چنانچه فردی صرفاً شخصی همسایه اش را به دلیل حسادت و یا اختلاف به قتل برساند و چنین اتفاقی در طول یک منازعه مسلحانه بوقوع پیوندد، عمل ارتكابی جرم جنگی محسوب نمی شود.

در قضیه راجع به کوناراک شعبه استیناف محکمه بین المللی یوگسلاوی سابق با تأکید بر این امر که ایا وجود مخاصمه، نقش اساسی را در توانایی مرتکب ارتكاب، تصمیم گیری در رابطه با ارتكاب، شیوه ارتكاب و یا هدف وی از این اقدام ایفاء نموده است یا خیر؟ بشکل موثری به شفاف سازی این مبحث کمک نمود. بدین سبب، تنها کافی است که مرتکب با کمک گرفتن از وضعیت منازعه مسلحانه و یا تحت لوای آن اقدام به ارتكاب جرم نماید. به منظور ارزیابی چنین مسائلی، می توان از میان موارد مختلف، عوامل ذیل را نیز مدنظر قرار داد: اینکه موقف شخص رزمنده، عضو جبهه مخالف؛ آیا عمل ارتكابی در راستای تحقق هدف یکسری عملیات جنگی بوقوع پیوسته است یا خیر؟ و اینکه ایا عمل مزبور مبتنی بر انجام وظایف رسمی مرتکب بوده است یا خیر.

### مرتکب

حقوق جرایم جنگی صرف نیروها و یا گروههای مسلح و رهبران آنها را شامل نمی گردد. سوال اینجاست که مرتکب اگر از اعضای نیروهای مسلح باشد، به ایجاد ارتباط با منازعه مسلحانه کمک می کند اما جزء ملزومات به حساب نمی آید. فعالیت غیر نظامیان نیز حتی اگر قابل انتساب به یکی از طرفین منازعه نباشد، در صورت اثبات ارتباط می تواند منجر به وقوع جرم جنگی شود.

مسئله دشوارتری که وجود دارد اینست که آیا مرتکب بایستی از وجود منازعه مسلحانه آگاه باشد یا خیر. این امر بستگی دارد به اینکه آیا وجود منازعه مسلحانه صرفاً بعنوان یک مسئله صلاحیتی مطرح می شود یا اینکه از الزامات صلاحیتی- ماهوی است. رویه محکمه بر اساس روند معمول، به تحقیق در خصوص لزوم آگاهی از وقوع منازعه که بر طبق آن، وجود منازعه امری کاملاً صلاحیتی بوده و یا بحث آگاهی مشهود می باشد، نه پرداخته است. شعبه استیناف دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق در قضیه کاردیچ، اظهار داشت که، آگاهی متهم از وجود منازعه مسلحانه در واقع وارد است. طوریکه منازعه یکی از عناصر جرم است.

همانند عناصر جرم دادگاه بین المللی کیفری اظهار می دارند که شخص را نمی توان بعنوان جنایت کار جنگی معرفی کرد؛ مگر اینکه وی در خصوص وضعیت که موجب تلقی شدن عمل ارتكابی بعنوان جرم جنگی شده است، از آگاهی لازم برخوردار بوده باشد. این شرط در صور متعدد عناصر جرمی دادگاه بین المللی کیفری مورد تصریح و یا مداخله قرار گرفت. یک؛ در مقدمه بحث جرایم جنگی مقرر شده است که هیچ نوع ارزیابی حقوقی از سوی مرتکب در خصوص وجود منازعه و یا خصوصیات بین المللی و یا داخلی بودن آن مورد نیاز نیست. دو؛ بنابر مقدمه نیاز نیست که مرتکب از وضعیت حقیقی که منجر به تعیین خصوصیات بین المللی و یا داخلی بودن منازعه می شود، آگاهی داشته باشد. سه؛ اساسی ترین موضوع اینست که مقدمه می پذیرد: تنها یک شرط در رابطه با آگاهی مرتکب از وضعیت حقیقی که بر موجودیت یک منازعه مسلحانه می باشد، وجود دارد که بصورت ضمنی در عبارت وقوع در چارچوب (یک منازعه مسلحانه) و در ارتباط با آن درج شده است.

نتیجه بدست آمده یک نوع شفاف سازی قانونگذاری نیست، بلکه این امر را متذکر می شود که تنها وجود آگاهی کافی در رابطه به شرایط موجود، کفایت می کند تا بتواند جرم مزبور را بصورت عملی واجد وابستگی و یا ارتباط نزدیک دانست. با توجه به عوامل مذکور و مورد بحث قضات در قسمت تصمیم گیری اختیار دارد. بهر حال، موضوع فوق بیشتر از اینکه در عمل از اهمیت برخوردار باشد، جنبه نظری دارند. زیرا؛ زمانیکه مرتکب تقریباً از وجود منازعه

عنا



در  
رابطه



مسلحانه پیرامون خود بی اطلاع است، تصور شرایطی که عمل مرتکب در ارتباط با منازعه مزبور باشد، مشکل به نظر می‌رسد.

ادامه دارد...



قوس

« ۱۳۹۳ »

شماره مسلسل

۱۴۲



۶۴

# کشور فرانسه و نگاه گذرائی به تاریخ و نهادهای قانونگذاری آن

عبدالقدیر قیومی

## الف: سیر تاریخی

فرانسه کشوریست در نیم کره شمالی میان ۴۲ درجه و ۵۱ درجه عرض البلد شمالی و وسط منطقه معتدله شمالی، میانه استوا و قطب که جزء کشورهای اروپای غربی قرار دارد، شمال آن دریای شمال و دریای مانش، مغرب اوقیانوس اطلس، جنوب آن اسپانیا و بحر الروم و مدیترانه، از مشرق به ایتالیا، سوئیس، المان و بلژیک واقع و مساحت کشور ۵۴۸۶۶۰ کیلو متر مربع و بالغ بر ۵۳۲۸۰۰۰ جمعیت مییابد.<sup>۱</sup>

فرانسه در اراضی کول قدیم جا دارد که سالیان اخیر قبل از میلاد اهالی سلت و ایر نژاد در آن مسکون بودند.

قشون رومی به فرماندهی جیولیس سزار، کول را فتح و ضمیمه امپراطوری روم نمود، گرچه آنها استقلال سیاسی نداشتند ولی متأثر از عالی ترین تمدن و حسن انتظام دولت رومی بودند.

---

<sup>۱</sup> فرهنگ داکتر محمد معین ج (۶) ص ۱۳۲۵.

در قرن چهاردهم میلادی روم مورد تاخت و تاز قبایل وحشی قرار گرفته متحمل خسارات سنگینی گردیده یکی ازین قبایل فرانک ها بودند که در کول مستقر و پاداشتن مدنیت پیشرو، آثار زیادی در فرانسه از خود بجا گذاشتند.

کلو ویس از پادشاهان این سلسله همینکه در ۴۹۱ میلادی بقدرت رسید در ۴۹۶ بر سباکرولس حاکم رومی حمله نموده او را مغلوب و قلمرو خود را تارودلوار وسعت داد و در ۵۰۰ میلادی مملکت بورگندیها را فتح و شاه آنجا را به تادیه خراج مجبور ساخت و پس از هفت سال همه اراضی فرانسه را از رودلوار تا کوه های پیرنه ضمیمه کشور خود گردانید و تا ۵۱۱ میلادی به استثنای وادی رودلون ورن، تمام خاک فرانسه امروزی را به تصرف درآورد. بعد از مرگ کلوویس، پین، شارل مارتل و شارلمانی یکی بعد دیگری فرمانروائی فرانک را بکف داشتند.

چنانچه شارلمانی با هارون الرشید خلیفه عباسی رابطه حسنه برقرار نمود. با مرگ شارلمانی سلطنت پهناور او مطابق عهد نامه وردن میان پسران وی تقسیم شد که این معاهده در تاریخ اروپا حایز اهمیت زیادی می باشد زیرا طرح ایجاد سه دولت بزرگ اروپائی، فرانسه، آلمان و ایتالیا را ریخت.

در ۸۴۰ میلادی نرو ماندی ها از ممالک اسکاند ناوی آمده فرانسه را محل تاخت و تاز قرار دادند و شهرهای اباد را به آتش کشیدند آنها معاهده در سال ۹۱۲ میلادی بسته و متعهد شدند تا دست از غارت بردارند و در ولایتی موسوم به خودشان (نورماندی) متوطن و با اشتغال بر زراعت، منطقه را از حاصل خیزترین نقاط فرانسه گردانیدند.

از ۹۸۷ تا ۱۲۷۵ هوگ کاپه، فیلیپ آگوست، لوئی هشتم، فیلیپ سوم، لویل ولوئی نهم از خانواده روبرتین بالنوبه زمام دار فرانسه بودند، متعاقبا شارل چهارم از خانواده کاپسین که آخرین شاه ازین دودمان بود بر فرانسه حکمروائی نموده جنگ های صلیبی نیز در همین مقاطع زمانی به وقوع پیوست.

آغاز قرن چهاردهم میلادی دولت فرانسه از مقتدرترین کشورها در اروپا بود ولی جنگ های متواتری که از ۱۳۳۷ تا ۱۴۵۲ با انگلس ها نمود ترقیات سریع را در آنجا مانع شد.



با مرگ شارل، ادوارد سوم پادشاه انگلستان از حیث وراثت با شارل که خواهر زاده او بود فرانسه را تحت الحمایه خود قرار داد ولی ارکان مملکت این حالت را نپذیرفته خیانت ملی تلقی و فلیپ دووالوا را که از خانواده فیلپ سوم بود به سلطنت برگزیده ازین جهت جنگهای میان فرانسه و انگلیس رخ داد که تقریباً ۱۱۶ سال ادامه یافته اساس سلطنت آنکشور را متزلزل ساخت تا آنکه ژان دوآرک دختر ازاده و وطن خواه فرانسوی با فداکاری بی شائبه ای انگلیس را از کشور خارج نموده، آزادی فرانسه را تأمین و فرانسه در عهد شارل هفتم بکلی مستقل شد.

از ۱۴۶۳ تا ۱۶۵۳ دوره زمام داری لوئی یازدهم، شارل هشتم، هانری دوم، شارل نهم، هانری سوم، لوئی سیزدهم و لوئی چهاردهم، فرانسه شاهد تحولات سیاسی، اقتصادی و اجتماعی بود، کاردینال ریشیلو و کار دینال مازرن که یکی بعد از دیگری صدارت عظمای فرانسه را بکف داشتند نقش برجسته ای از خود بجا گذاشته خدمات بزرگی برای کشور خود انجام دادند ولی وخامت اوضاع اقتصادی و وضع مالیات سنگین عوام را علیه پارلمان وا داشت که این حالت بیش از شش ماه طول کشیده این جنگ معروف به فروند هنوز خاموش نشده بود که قبل از امضای شرایط صلح در ۳۰ مارچ ۱۶۴۹ شورش دیگری بوقوع پیوست اما مازرن این شورش ها را با تدبیر فرو نشانده.

در همه حال لوئی چهاردهم علماء و ادبا را دوست میداشت و از جمله کرنی، مولیر، راسین، لافونتین و مادام دوسیوینی بیشتر مورد احترام وی بودند و از نقاشان مشهور آندوره شارلی دوبران عصر لوئی چهاردهم را دوره کلاسیک ساخت.

کولبرت از وزاری مشهور این دوره طی ۲۳ سال صدارت خود نصب العین عالی را تعقیب و به توسعه تجارت، صنعت، بحریه و اصلاح سیستم مالیه خدمات شایانی نمود. اما لوئی پانزدهم و لوئی شانزدهم برای ملت فرانسه اثرات ناگواری از خود بجا گذاشته مهمترین مستعمرات خود هند و کانادا را از دست دادند، دارائی های ملی در جنگ های که فاقد ارزش بود به مصرف رسید، عمال دولت در حالی مصارف گزاف می نمودند که فقر بر عوام بیداد میکرد و آنها محروم از همه حقوق بودند، این عوامل به حکمروائی لوئی شانزدهم و سلسله بوربونها پایان داده نشر افکار آزادی خواهانه فلاسفه از جمله ولتر، روسو و منتسکو نهال انقلاب کبیر فرانسه را

بارور ساخت و همین زمان بود که اعلامیه جهانی حقوق بشر شاهکار بزرگ این انقلاب گردیده این اعلامیه دیباچه قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه قرار گرفت، بطوریکه آن سند مهم سیاسی و مدنی تا اوائل قرن بیست انجیل سیاسی تعبیر می شد.

گر چه انقلابیون در آغاز، رژیم جمهوریت را بنا نهادند ولی ناپلیون بنا پارت کونسل را ایجاد و خودش کنسل اعلی انتخاب شد اما در ۱۸۰۴ تاج امپراطوری به سر نهاد. ناپلیون نه تنها یک شخصیت نظامی بلکه در میدان سیاست نیز مرد آزموده کار بوده قانون اساسی را وضع نموده و در آن سه کنسل پیشینی کرد تا هریک مدت ده سال برای کشور خدمت نماید اما کلیه صلاحیت ها را این قانون اساسی به کنسل اول تفویض نمود. نامبرده ارگان مشورتی را بنام شورای دولتی تاسیس و دو مجلس بنام های تریونات و مجلس قانونگذاری بوجود آورد ولی هر دو مجلس صلاحیت های شان محدود و اعضای ان علی الرغم آنکه توسط مردم انتخاب شوند از طرف مجلس سنا منسوب می گردیدند.

از ویژه گی های بزرگ دوره ناپلیون بسر رسانیدن کار قوانین که از مجالس قانونگذاری سلف باقی مانده بود از یک طرف و وضع قوانین جدید از جانب دیگر بوده مهمترین ان قانون مدنی بود که در ۱۸۰۴ وضع و به کود مدنی معروف است و آنرا خلاصه و صورت اصلاح شده انقلاب کبیر فرانسه تحلیل کرده اند چنانچه با توجه به اهمیت آن ناپلیون چنینکه در تبعیدگاه خود جزیره ( سنت هلن) بسر می برد گفته بود: ( سر فرازی من این نیست که در چهل نبرد پیروز شدم بلکه در ان است که قانون مدنی را استوار ساختم).

درین قانون حقوق اشخاص و مقررات دارائی، وراثت و غیره تعریف و مساوات در برابر قانون که از ارمغانهای انقلاب بود حفظ گردید.

ناپلیون با همه فتوحاتی که نمود در محاربه لیبزیک (۱۸۱۴) شکست خورده به جزیره البا پناه برد، چندی بعد با قشون متحده جنگید اما درین جنگ منهزم شده انگلیس ها او را در جزیره سنت هلن تبعید نمودند.

پس از آن لوئی هژده نواسه لوئی شانزده و شارل دهم منسوب به خانواده بوربن ولوئی فلیپ یکی پس از دیگری در فرانسه حکمروائی داشتند.

در ۱۸۴۸ جمهوری دوم تا سیس و ناپلیون سوم رئیس جمهور انتخاب شده چندی بعد اعلان امپراطوری نمود اما در ۱۸۷۱ مردم آن کشور با ردیگر جمهوری سوم را اعلام کردند.<sup>۲</sup>

باید یاد آور شد که لوئی هژده با بقدرت رسیدن خود قانون اساسی را وضع کرد که به منشور ۱۸۴۸ معروف است، درین منشور حفظ کلیه پدیده های انقلاب کبیر فرانسه تعهد شده بود و قانون مدنی ناپلیون نیز اعتبار خود را حفظ نمود.

انقلاب ۱۸۴۸ به رهبری کاو یناک و لامارتین ( جمهوری خواهان) منتج به تأسیس حزب سوسیالیست شد، انقلابیون لوئی فلیپ را اجباراً از پاریس راندند و جمهوری خواهان حکومت مؤقتی را به وجود آوردند که از جانب (۵) تن جمهوری خواه و (۴) تن سوسیالیست اداره ورهبری می شد. ولی میان هردو گروه یکی طرفدار استقرار جمهوری دیموکراتیک و دیگری هوا خواه نقشه های لوئی بلان جنگ های سختی درگرفت سر انجام سوسیالیست ها پراکنده شدند، اسامبله ملی قانون اساسی جدیدی را وضع کرده، به موجب آن یک مجلس قانونگذار و یک رئیس جمهور رویکار آمد که هر دو به آرای مردم انتخاب می شدند، این جمهوری در تاریخ فرانسه بنام جمهوری دوم مسمی گردیده مردم در نخستین انتخابات پس از تنفیذ قانون اساسی لوئی ناپلیون برادر زاده ناپلیون کبیر را به عنوان رئیس جمهور برگزیدند.<sup>۳</sup>

در ۱۸۷۵ جمهوری پارلمانی در فرانسه بوجود آمد که تا ۱۹۵۸ ادامه داشته درین مقاطع زمانی ۱۵ قانون اساسی یکی بعد دیگری وضع شد.

## ب : نهادهای قانونگذاری در فرانسه:

شورای دولت در فرانسه میراثی است از دوره شاهی آنکشور که پس از انقلاب کبیر فرانسه به شورای دولت تغییر نام داد و ترکیب آنرا نخبه گان جامعه میسازند.

<sup>۲</sup> سالنامه ۱۳۱۳ انجمن ادبی کابل از صفحه ۴۷۳، ۴۷۶.

<sup>۳</sup> تاریخ سیاسی: صنف اول پوهنچی حقوق مرحوم محمد عزیز نعیم.

آنها در دوره پادشاهی به شاه مشوره میدادند، این شورا که بیش از ۲۰۰ سال عمر دارد حالا از دید حقوقی به دولت مشوره میدهد اما به جهات سیاسی مسائل علاقه نمی گیرد.

شورای دولت دو نقش عمده را به عهده دارد:

۱— رسیدگی به قضایای اداری ( محاکم اداری )

۲— نقش موره دهر در عرصه قانونگذاری.

نقش مشوره دهی شورای دولت:

این بخش شورا متشکل از پنج شاخه یل دیپارتمنت می باشد که در ثبات و کیفیت قوانین ارزش عمده و اساسی دارد.

طرح قوانین را وزارت ها و ادارات ذیربط تسوید می کنند و درین شورا مورد تدقیق قرار داده می شود سپس به دار الانشای حکومت ارسال میگردد و از آنجا به مجلس کابینه ارایه و پس از آن به پارلمان میرود، قانون اساسی، میثاقهای بین المللی و قوانین ملی اسنادی می باشد که شورای مذکور به آن تمسک می نماید.

### محاکم اداری:

درین کشور دو نوع نظام قضائی یا به تعبیر دیگری دو ستره محکمه وجود دارد

- مسایل قضائی مدنی و جزائی که در واقع دادگاه عالی می باشد.

- مسایل اداری که شورای دولت آنرا اعمال و حل و فصل میگردد.

محاکم اداری متشکل از ۴۲ محکمه ابتدائیه و ۸ محکمه استیناف بوده که در رأس همه شورای دولت قرار دارد.

این شوری ۲۰۰ تن عضو داشته، عضویت در آن تابع داشتن تجارب کافی می باشد. از جمله باید دو ثلث آن در بخش دعاوی و یک ثلث در امور مشورتی کار نمایند.

عضو شورای دولت علاوه بر فراگیری دانش حقوقی باید در مکتب اداره ملی آموزش دیده باشد و نیز آگاهی از کلیه جوانب حقوقی در استخدام و انسلاک قضائی به این شورا کمک می کند.

تصامیم شورای دولت در قسمت طرح قوانین الزامی نبوده پذیرش یا عکس آن به شورای وزیران مربوط است.

شورای دولت در مورد قوانین بودجوی و مالیاتی نیز نقش مشورتی دارد اما اسنادی که تا کنون به این شورا ارایه شده آنرا رد نه نموده این اسناد را بر مبنای تعهداتی که با شورای اتحادیه اروپا دارد مورد مطالعه قرار میدهد و از ابعاد مختلف بررسی می نماید در حالیکه شورای قانون اساسی صرفاً مطابقت آنرا با قانون اساسی می بیند.

### سلسله مراتب قوانین در فرانسه:

در سیستم قانون گذاری فرانسه جایگاه اسناد بین المللی بعد از قانون اساسی قرار دارد چنانچه این مطلب در ماده (۵۵) قانون اساسی آن کشور طوری مسجل گردیده که ابتدا به قانون اساسی، بعد اسناد بین المللی و سپس به قوانین ملی اتکاء می شود.

همه معاهداتی که فرانسه با کشورها به امضا میرساند به شورای دولت میرود، اگر این معاهدات با قانون اساسی در مغایرت قرار داشته باشد به تجدید نظر در آن مشوره میدهد.

از جانبی هم معاهدات دو جانبه، چند جانبه، معاهدات بین المللی مرتبط به نظم امور مالی و ساحه قوانین و معاهداتی که به حالت حقوقی افراد ارتباط می گیرد ضرورت تصویب پارلمان را دارد اما تشخیص احاله وارجاع آن به پارلمان از وظایف شورای دولت می باشد.<sup>۴</sup> در سلسله مراتب قوانین، قوانین عادی جایگاهی سوم را داشته بعد از آن بالای نورم های اداری و سایر مقررات اتکا می شود.

پارلمان فرانسه دو اتاق می باشد یعنی مجلس نمایندگان و سنا، نظارت از امور حکومتی و قانونگذاری از جمله وظایف اصلی مجلس نمایندگان است.



<sup>۴</sup> ایرگونن مشاور شورای دولت فرانسه

## ۱- مجلس نمایندگان:

صلاحیت های پارلمان فرانسه تصویب قوانین، تصویب بودجه، تصدیق اسناد بین المللی نظارت و کنترل از اجرای امور حکومت می باشد.

تعداد نمایندگان به ۵۷۷ تن میرسد که برای مدت پنج سال انتخاب میشوند و به کمیسیون های هشت گانه تقسیم گردیده در ترکیب اعضای کمیسیون تعادل احزاب در نظر گرفته شده اهم این کمیسیون ها تقنینی، امور بین المللی، دفاعی، اقتصادی، اجتماعی، مالی، فرهنگ، تحصیلات عالی و انکشاف متوازن می باشد اما در مسائل مغلق کمیسیون خاص ایجاد می شود تا طرح ارایه شده را طوری همه جانبه تحلیل نماید ولی با حل موضوع کمیسیون مذکور منحل می گردد.

در حالات عادی طرح به کمیسیون مربوط فرستاده شده در هر کمیسیون یک گزارش گر وجود دارد در فرانسه علاوه بر نمایندگان، تعدادی از اهل خبره در عرصه نظارت بر امور حکومت با این نمایندگان همکاری می نمایند.

در کمیسیون های تقنینی اعضای سایر کمیسیون ها نیز شرکت می نمایند اما حق رای را ندارند که این خود یک نوع محدودیت به حساب می آید، یک نماینده میتواند عضو چند کمیسیون باشد، ولی همه این اعضاء حقوق دان نبوده بیشتر به فهم خود و مردم میسازند.

در مجلس عمومی دو نوع عملکرد وجود دارد.

- بحث روی قانون بطور یک کل.
- بحث روی هر ماده ورأی گیری بالای آن.

تعداد کمیسیون ها در پارلمان فرانسه علی الرغم سائر کشورها محدود است.

مجلس نمایندگان حکومت را میتواند منحل نماید آنهم در صورتیکه پارلمان به پالیسی

حکومت موافقه نداشته باشد.

## ۲- مجلس سنا

مجلس سنای فرانسه که از اعضای شورای بلدیة توسط اعضای شورای بلدیة یا شورای محلی برای مدت ۶ سال انتخاب میشوند انتخابات در (۲۸) حوزه و در هر سه سال صورت می گیرد. به آن راه می یابند دارای ۳۴۸ عضو و شش کمیسیون در موارد مختلف است. اعضای سنا میتوانند در کمیسیون های متعدد عضویت داشته باشند به استثنای رئیس آن. عضویت مجلس سنا به شکل انتصابی نبوده سناتور بر علاوه مجلس سنا عضو شورای محلی نیز می باشد.

قانون گذاری در فرانسه کار مشترک حکومت و پارلمان است، طرح قانون را هم حکومت وهم وکلا ارایه میدهند و اگر روی موضوعی اختلاف رخ دهد کمیته مشترک هفت نفری از هر دو مجلس نمایندگان و سنا برای رفع آن تعیین می گردد.

طرح سند تقنین دو بار به هر دو مجلس می رود که هدف از آن ایجاد توافق میان هر دو اتاق نمایندگان و سنا بر سر طرح می باشد.<sup>۵</sup>

نقش دار الانشاء حکومت در امور قانونگذاری

دار الانشاء حکومت که حایز اهمیت بسزائی در روند قانون گذاری می باشد به سال ۱۹۱۷ ایجاد و اما از ۱۹۳۵ به بعد به این روال جریان دارد.

این نهاد در عرصه قانونگذاری نقش اداری داشته در هم آهنگی با شورای دولت وظایف خود را پیش میرد. ریاست دار الانشا وظیفه طی مراحل قوانین و مقررات به عهده داشته طرح قوانین را به پارلمان می فرستد و در مجالس پارلمان آن را تعقیب می نماید.

دار الانشاء در هر شش ماه جلساتی را در باره پلانهای تقنینی با وزرا دایر می کند و روی ضرورت اولویت دهی اسناد تقنینی بحث صورت می گیرد. که طبق آن وزارتها اسناد تقنینی مورد نیاز را تسوید و به دار الانشای حکومت فرستاده انضمام آن یاد داشتی ضمیمه بنما (اکیودمیک) که نمودار تاثیرات حقوقی اقتصادی واجتماعی ناشی ازین سند تقنینی ودلائل

<sup>۵</sup> پاتریس بورسل مشاور مدیر عمومی شورای دولت.

ضرورت وضع اسناد تقنینی می باشد در آن تهیه وارایه می گردد و با نهادهای ذیربط از جمله اتحادیه های کار گری و جامعه مدنی نیز در باره مشوره به عمل می آید تا تدابیر مؤثری به طی مراحل سند مورد نظر اتخاذ گردیده بتواند. اکثریت اسناد در جریده رسمی نشر می شود چنانچه تیراژ آن ماهانه به ۲۵ هزار نسخه میرسد.

وظیفه نشر قوانین و معاهدات بین المللی به دوش ریاست دار الانشای حکومت می باشد در دار الانشاء اداره ای هم برای نظر خواهی و اطلاعات نیز وجود دارد، این اداره مجهز با تکنالوژی معاصر بوده که راه دسترسی به اسناد تقنینی گذشته را برای مردم هموار ساخته است.<sup>۶</sup>

### شورای قانون اساسی

از نهاد های دیگری که در پروسه قانونگذاری کشور فرانسه سهم در خور توجه دارد یکی هم شورای قانون اساسی است، این شورا دارای ۹ عضو بوده مدت کار هر عضو ۹ سال می باشد که غیر قابل تمدید است، از جمله ۳ عضو را رئیس جمهور ۳ عضو را مجلس نمایندگان و ۳ عضو را مجلس سنا تعیین می نمایند. شورای قانون اساسی نهادی است که شکل محکمه قانون اساسی را با بخود گرفته است. رؤسای جمهور سابق فرانسه نیز بعضا پس از ختم مدت خدمت بصفت عضو این شورا علاوه بر اعضای یاد شده برگزیده می شوند.

از حیث پیشبرد امور مربوط به قانون گذاری میان شورای قانون اساسی و شورای دولت روابط تنگاتنگ کاری وجود دارد یکی از وظایف عمده این شورا بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی می باشد در عین زمان این شورا بعد از سال ۲۰۰۸ وظایف و صلاحیت های خود را منحصث یک محکمه رویه قضائی نیز اعمال می نماید علاوه تا سمع شکایات انتخاباتی و رفع اختلافات ناشی از آن از وظایف این شورا می باشد.<sup>۷</sup> همچنان بررسی و مطابقت قوانین عادی باقانون اساسی و اسناد بین المللی را دو ارگان ستره محکمه و شورای دولت به دوش دارد.

<sup>۶</sup> خانم فرانسوا مدیر سرویس امور بین المللی و دفاعی.

<sup>۷</sup> آقای رمی فوشه مشاور شورای دولت.



تصامیم شورای قانون اساسی فرانسه همیشه از طریق وب سایت مربوط و رسانه ها نشر می گردد.

نا گفته نباید گذاشت که فرانسه در زمان معاصر از کشورهای دارای سیستم حقوقی با اعتبار بوده مؤسسات بزرگ تحصیلات عالی حقوقی آن به سطوح ماستری و دکتورا دانشجویان را جذب و تربیت نموده که از جمله این نهاد های بزرگ یکی هم مکتب ملی اداره می باشد، این مکتب را جنرال دوگول که یکی از رؤسای جمهور پیشین بوده در ۱۹۴۵ اساس گذاشته کسانی که سند ماستری دارند ریشه های حقوق، اقتصاد و اداره را به سطح بالا تر درین مکتب تعقیب می نمایند.

در مکتب ملی اداره حقوق، سیاست، قانونگذاری، اقتصاد و اداره تدریس می شود فارغان این دانشگاه عالی پس از آموزش درین نهاد به عضویت در شورای دولت و سایر امور مهم حقوقی و قانونگذاری پذیرفته می شوند.<sup>۸</sup>

پاره از معلومات بدست آمده نشان میدهد که فرانسوی ها به علم قانونگذاری اهمیت زیادی میدهند آنها نه تنها مشکل ظاهری بلکه جوانب تطبیقی قانون را نیز حین تسوید آن مد نظر می گیرند و اعتقاد دارند که این علم مانند علم ساینس و تکنالوژی است. چنانچه آنها در قانون نویسی ازین میتود ها استفاده میکنند:

- سنجش معیار علاقه مندی اداره تسوید کننده قانون به پروژه مذکور
- بخش عمده که در قانونگذاری کاربرد داشته باشد.
- ترمینولوژی
- کیفیت نوشتاری
- لسان
- سلسله مراتب مطالب
- توجه به اینکه قبلا قانونی در مورد وجود داشته یا خیر؟

<sup>۸</sup> آقای ژرومی میشل مشاور در شورای دولت

- رعایت میعادیکه در آن قانون طی مراحل می گردد
- بخش مالی که مصارف قانونگذاری را ایجاب میکند یا قانونگذاری مسایل مالی را تنظیم می نماید.
- مطالعه شیوهای منطقی که در عرصه قانونگذاری بکار می رود.
- تحلیل و تجزیه قبل از طرح

در عرصه قانون نویسی و بلند بردن کیفیت قانونگذاری، اعضای اتحادیه اروپا پروگرام ظرفیت سازی را تطبیق نمودند خاصا در ده های ۶۰ و ۷۰، اما از سال ۲۰۰۸ به بعد این فعالیتها افزایش یافت چنانچه حالا دفتر صدر اعظم امور بالا بردن سطح قانونگذاری را بدوش دارد. نصب العین قضائی وقتی بدرستی تامین شده میتواند که شیوه های قانونگذاری با کیفیت مطلوب آن تبارز نماید.

زیرا رعایت سفارش ها در اصول قانونگذاری باعث بهتر شدن وضع قوانین در انکشاف اقتصادی و اجتماعی می گردد.

انتخاب ترمینولوژی در نوشتن قانون گره از کارهای دشوار می کشاید. قانون قابل فهم برای مخاطب آن باشد وهمه گان بر آن دسترسی حاصل نمایند. در سال ۱۹۹۸ پرنسیب قابل فهم بودن و قابل دسترسی بودن قوانین، شامل قانون اساسی فرانسه گردیده که با عملی شدن پراگندگی و تراکم قوانین نگرانی های را نیز که ازین ناحیه بار آورده بود رفع نمود.

در سال ۲۰۰۵ شورای قانون اساسی اصل مشخص بودن وعمده بودن قوانین را مطرح و مشوره با ارگانهای مختلف طی تعدیل که در ۲۰۰۸ صورت گرفت جزء قانون اساسی گردید، همچنان موضوع نتیجه و تاثیر گذاری قانون در ابعاد زندگی مردم، تحلیل ضرورت وضع قانون، مشکلی که با وضع آن حل می شود، آیا قوانین فعلی جواب گوی نیاز جامعه می باشد،

جایگاه سند تقنینی عدم مغایرت آن با قوانین، دقت در ترمینولوژی، سادگی و کوتا بودن جملات، همه مسائلی بوده که درین تعدیل مد نظر گرفته شده است.<sup>۹</sup>

### مراجع دریافته:

- ۱- فرهنگ معین — داکتر محمد معین
- ۲- سالنامه کابل ۱۳۱۳ هـ ش — انجمن ادبی کابل.
- ۳- تاریخ سیاسی پروگرام درسی صنف اول پوهنچی حقوق وعلوم سیاسی — مرحوم محمد عزیز (نعیم).
- ۴- توضیحات آقای ایرگونن مشاور شورای دولت در فرانسه.
- ۵- توضیحات آقای پاتریس بروسل مشاور شورای دولت در فرانسه.
- ۶- توضیحات خانم فرانسوا مدیر سرویس امور بین المللی و دفاعی در فرانسه.
- ۷- توضیحات آقای رمی فوشه مشاور شورای دولت در فرانسه.
- ۸- توضیحات آقای ژرومی میشل مشاور شورای دولت در فرانسه.
- ۹- توضیحات خانم رآن فراگو مدیر سرویس امور فرهنگی و آقای فرید ریک دپیو مشاور شورای دولت در فرانسه.



---

<sup>۹</sup> خانم سآن فراگو مدیر سرویس فرهنگی

## تدویر ورکشاپ سه روزه انکشاف پالیسی و معرفی استراتیژی پنج ساله وزارت عدلیه



ریاست پالیسی و پلان وزارت عدلیه دولت جمهوری اسلامی افغانستان به کمک و همکاری دفتر محترم (JSSP) ورکشاپ سه روزه را تحت عنوان (ورکشاپ انکشاف پالیسی و معرفی استراتیژی پنج ساله وزارت عدلیه) از تاریخ ۲۳ الی ۲۵ قوس ۱۳۹۳ در هوتل صافی لاند مارک شهر کابل دایر نمود.

درین ورکشاپ قانونوال سید یوسف حلیم معین مسلکی و سرپرست وزارت عدلیه، سید محمد هاشمی معین اداری وزارت عدلیه، رحیم الله مجددی رئیس دفتر (JSSP)، روسای مرکزی وزارت عدلیه و روسای عدلیه ۳۳ ولایت افغانستان اشتراک نموده بودند.

ابتدا قانونوال سید یوسف حلیم سرپرست وزارت عدلیه پیرامون موضوع صحبت نموده فرمود: جهت پیشرفت سالم یک اداره، مدیریت و تنظیم بهتر امور آن، داشتن پالیسی و استراتژی یک اصل مهم است.

هیچ اداره نمی تواند بدون داشتن یک پالیسی و استراتژی مناسب پیشرفت خوبی داشته باشد. تدوین پالیسی ها یک جهت مساله است ولی تطبیق آن موضوع مهمتر از تدوین است.

وی اضافه نمود که در تدوین پالیسی ها مسوولین ادارات ذیربط که همه روزه با اجرای آن سروکار دارند نقش اساسی و محوری دارند ولی در مرحله تطبیق پالیسی ها و استراتژی ها یک وظیفه دیگر هم به آن علاوه میگردد که آن مساله نظارت از تطبیق پالیسی ها است. اگر پالیسی ها تدوین شوند ولی تطبیق نشود و یا از تطبیق آن نظارت نشود، زحمات را که اداره برای تدوین آن کشیده نتیجه مطلوب را از آن بدست نخواهد آورد.

وی روسای عدلیه ولایات را خطاب قرار داده فرمود: دانش و تجربه را که در طول چندین سال درین اداره آموختین در تدوین پالیسی، وزارت عدلیه را کمک بسیار موثر می کند و از آنها خواست تا نظریات شانرا جهت تکمیل و غنای بیشتر طرح پالیسی وزارت عدلیه شریک سازند تا در تطبیق آن با مشکل مواجه نشوند.

بعداً آقای رحیم الله مجددی رئیس دفتر (JSSP) پیرامون اهمیت پالیسی و استراتژی در یک اداره صحبت نموده و از همکاری های که با سکتور عدلی افغانستان خصوصاً وزارت عدلیه داشتند یاد آوری نمود.

وی همچنان ازینکه فرصتی میسر شد تا در تدویر این ورکشاپ با وزارت عدلیه همکار باشد ابراز خرسندی نموده و اظهار امیدواری نمود که این ورکشاپ یک ورکشاپ مثمر و مفید برای همه باشد.

در سه روز ورکشاپ استراتژی پنج ساله وزارت عدلیه به معرفی گرفته شده و کار های  
گروپی جهت انکشاف طرح پالیسی وزارت عدلیه انجام شد.  
در اخیر برای اشتراک کنندگان این ورکشاپ تصدیق نامه ها توزیع گردید.  
منبع: آمریت مطبوعات