

عدالت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نشانی: وزارت عدلیه، ریاست نشرات و ارتباط عامه، دفتر مجله عدالت، سرک (۱۵) وزیر محمد اکبر خان (شیرپور) کابل

ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال بیستم / شماره مسلسل ۱۸۵ / سرطان ۱۳۹۷

صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. ا.

مدیر مسوول

حلیم سروش

(۰۷۷۱۲۰۱۹۷۸)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمال و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

هیأت تحریر:

♦ الحاج سید محمد هاشمی،

♦ قانونپوه محمد اشرف رسولی،

♦ قانونوال عبدالقدیر قیومی،

♦ پوهاند نصرالله ستانکزی،

♦ قانونپال فهیمه واحدی،

♦ دکتور مفتی محمدولی حنیف،

♦ قانونمل محمد رحیم دقیق،

♦ دکتور غلام حضرت برهانی،

♦ حلیم سروش،

Website: www.moj.gov.af

E-mail: adalat@moj.gov.af

قیمت این شماره: (۵۶,۷۶) افغانی

چاپ: مطبعه بهیر

یادآوری 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 A4 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 نتیجه‌گیری 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. هرگاه 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) هرگاه مقاله ارسالی ترجمه باشد، نام نویسنده و منبع مورد نظر ضروری است.
- (۹) نویسنده باید نام کامل، عنوان یا رتبه علمی‌اش 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 ارسالی پس فرستاده نمی‌شود.
- (۱۲) مقاله ارسالی نباید قبلاً در مجله یا سایت اینترنتی دیگری نشر شده باشد.

فهرست

مقاله‌ها

- ۴ ⇐ جایگاه پالیسی و استراتژی در نظام حقوقی افغانستان ✦ شاه ولی عطایی.....
- ۳۲ ⇐ بررسی تطبیقی حجر در مال و اسباب آن در فقه و قانون مدنی افغانستان ✦ محمد ولی حنیف.....
- ۸۶ ⇐ بررسی اصول حاکم بر حقوق متهم در پرتو حقوق جزای افغانستان... ✦ غلام حضرت برهانی.....
- ۱۲۳ ⇐ چگونگی تفسیر معاهدات بین المللی ✦ امین الله وزیری.....
- ۱۴۲ ⇐ په اسلامي شريعت کې د اعدام موارد ✦ محمد عارف لودين.....

گزارش‌ها

- ۱۶۱ ⇐ دیدار وزیر عدلیه با رییس بخش محافظت از اطفال یونیسف.....
- ۱۶۳ ⇐ نشست کمیته تخنیکي کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق مهاجران.....
- ۱۶۵ ⇐ گزارش سال ۱۳۹۶ کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران.....

جایگاه پالیسی و استراتژی در نظام حقوقی افغانستان

شوونوال شاه ولی عطائی

چکیده

حقیقت مسلم است که کشور عزیز ما افغانستان دارای نظام حقوقی مشخص بوده و مبنای آن را معتقدات و احکام دین مقدس اسلام، قانون اساسی، میثاق‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق گردیده است، خطوط اساسی سیاست کشور، اولویت‌های ملی و تعهدات در قبال جامعه بین‌المللی و ... تشکیل می‌دهد. چنانچه قانون اساسی کشور در ماده ۷۶ چنین صراحت دارد: "حکومت برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود مقررات وضع و تصویب می‌کند، این مقررات باید مناقص نص یا روح هیچ قانون نباشد". همچنین فقره دوم ماده ۶۴ قانون اساسی مشعر است: "تعیین خطوط اساسی سیاست کشور به تصویب شورای ملی" از صلاحیت‌ها و وظایف رئیس‌جمهور اند.

بنای پالیسی سازی خاصاً در سکتور عامه در تمام کشورهای جهان مروج بوده و به اساس تدوین پالیسی ها است که پلان و یا تسلسل اقدامات را برای سمت دهی تصمیم عامه جهت رسیدن به نتایج متوقعه فراهم می سازد.

پالیسی های عامه بیشتر روی این نکته تأکید می کنند که حکومت چي اقداماتی را روی دست گیرد، اقدامات چگونه و از طریق کدام مرجع عملی گردد، خدمات و محصولات چطور عرضه گردد و امثال آن، پالیسی عامه باید در چهارچوب قانون تدوین و تطبیق گردد و پالیسی ها باید از طریق نهادهای که آن را اداره می کنند ایجاد، اصلاح و یا کنار گذاشته شود.

پالیسی عامه به طور کل یکی از وظایف اساسی حکومت و به طور خاص از وظایف عمده ارگان ها و ادارات عرضه خدمات عامه است. وقتی به ادارات نگاهی می اندازیم درمی یابیم که ادارات عصر حاضر نقش ها و ماموریت هایی فراتر از نقش های سنتی و کلاسیک برعهده گرفته اند و در محیط سیاسی و اجتماعی متغیر و پویا وظایف و مسئولیت های جدیدی بر عهده آن ها محول گردیده است.

با توجه به مطالب فوق تحقیق حاضر در نظر دارد تا در قدم نخست پیشینه تاریخی پالیسی و استراتژی را به بحث گیریم و نگاهی مختصر به مفاهیم و تعاریف از پالیسی و استراتژی در نظام حقوقی افغانستان داشته باشیم و از جانبی هم نقش های پالیسی و استراتژی را در نظام حقوقی کشور بنا بر مقتضای وقت ، و نیازمندی جامعه خویش ، برشماریم . پس در آخرین تحلیل می توان یادآور شد که :

هدف اصلی پالیسی ها را تطبیق احکام قانون اساسی و قوانین نافذ کشور در بخش های مختلفه از طریق تقویت سیستم ارگان های ذی ربط ، بهتر ساختن پروسه تصمیم گیری و ارایه خدمات باکیفیت توسط آن واحدها تشکیل می دهد .

واژه های کلیدی : نظام حقوقی ، پالیسی ، پالیسی عامه ، استراتژی ، مدیریت استراتژیک

مقدمه

چون نظام‌های حقوقی مجموع از نهادها، سازمان‌ها و قواعدی بوده که بر اساس آن مبانی و برای تحقق آن، اهداف به‌صورت منظومه‌ای هماهنگ و منسجم به وجود می‌آیند.

در حال حاضر عرضه خدمات عامه نا مؤثر و بی‌کیفیت ادارات و ارگان‌های ذی‌ربط به مردم، یکی از چالش‌های اساسی در راستای نزدیک شدن دولت به مردم به شمار می‌رود. روی این ملحوظ، امروزه زندگی شهروندان در هر کشوری از جهات گوناگون با پالیسی‌های عامه پیوند خورده است. دولت در مفهوم وسیع خویش که با قدرت ایجاد نظم در قالب وضع و اجرای پالیسی‌های عامه شکل می‌گیرد به تنظیم روابط اجتماعی اقدام می‌نماید و امور جامعه را سازمان می‌بخشد. از این‌رو آگاهی از مفاهیم پالیسی عامه، چگونگی وضع و نحوه اجرای آن از ضروریات اولیه در تشخیص نیازهای شهروندان و عرضه خدمات و تولیدات مؤثر و به‌موقع به آنان به شمار می‌رود. ارج نهادن به منافع عامه و توجه به نیازهای شهروندان از جمله مسایلی است که مدیران در کنار اهداف اداره باید به آن موارد ارج فراوان نهند. در عصر ما مدیر موفق کاردان کسی نیست که صرف اهداف اقتصادی و فنی و تخصصی را ملاک کاری خود قرار دهد؛ بلکه کسی است که اهداف اداره خویش را در کنار منافع عامه و پالیسی‌های عامه طرح، ارزیابی و ارزش‌گذاری کند.

مدیریت در عصر حاضر برای بقا و تداوم فعالیت‌های خویش، جزء در نظر گرفتن و شامل شدن در پالیسی‌های عامه، چاره دیگری در پیش رو ندارد. مدیریت باید از مسایل مربوط به پالیسی‌های عامه خارج از سازمان خود، مطلع باشد و بداند که پالیسی‌های موجوده از چه نوعی هستند و چه نتایج و پیامدهایی بر سازمان و اهداف آن می‌گذارند. خلاصه اینکه چگونه می‌توان در مقام آن‌ها پاسخ مناسبی ارائه داد و به‌صورت عامل مؤثری در تعیین پالیسی‌های عامه اقدامات مؤثری اتخاذ نمود.

همچنان به دلیل اهمیت اداره مطلوب جوامع انسانی، پاسخگوئی به نیازها و حل مشکلات فراروی انسان، از دیرزمان نخبگان و حاکمان تلاش کرده‌اند تا باهنر، ابتکار و خلاقیت، مدیریت خود بر جوامع را بهبود بخشند و از این رهگذر، ضمن حفظ و تثبیت قدرت، بر رقبای خود پیشی گرفته چهره ماندگاری در تاریخ از خود باقی گذارند. با سرعت گرفتن تحولات و پیچیدگی مسائل، مدیریت استراتژیک که مدعی حل مشکلات اساسی جوامع در پرتو آینده‌نگری و جامع‌نگری است، توجه مدیران و دانشمندان علم مدیریت را به خود معطوف داشته است. به همین جهت شاید مدیریت استراتژیک موضوعی باشد که در قرن حاضر بیش از موضوعات دیگر به آن پرداخته شده است.

بنأ این مقاله با بررسی وضعیت کنونی کشور، جایگاه پالیسی و استراتژی را در نظام حقوقی افغانستان خاطرنشان می‌سازد.

این مقاله در بخش اول سیر تکامل تدریجی پالیسی عامه، سیر تاریخی مدیریت استراتژیک، نگاه مختصر به مفهوم پالیسی عامه، مفهوم استراتژی، تعریف از پالیسی و استراتژی و تفکیک میان پالیسی و استراتژی را معرفی می‌دارد، در بخش دوم نگاه کلی به نقش‌های پالیسی عامه و نقش کلیدی پالیسی‌ها و استراتژی‌های دولت، دارد و در آخر نتیجه‌گیری از این مقاله را با یک جمع‌بندی کلی از تحقیقات موجود در زمینه ارایه داشته‌ایم.

۷

هدف تحقیق: هدف عمده تحریر این مقاله عبارت از ارائه تازه‌ترین معلومات در مورد جایگاه پالیسی و استراتژی در نظام حقوقی افغانستان با استفاده از تجارب کشورهای همسایه، منطقه و جهان پیشرفته و تحلیل از شرایط کنونی کشور جهت تنویر اذهان عامه از دولتمردان و مردم است تا هریک به سهم خویش در تقویت حکومت‌داری خوب کشور نقش را ایفا نمایند.

روش و مواد: شیوه تهیه این مقاله تحقیقی، کتابخانه‌ای بوده و از منابع معتبر داخلی و خارجی مانند کتب، مجلات، سایت‌های اینترنتی، رهنمودهای کشورهای

مختلف جهان بالخصوص کشورهای همسایه و منطقه و سایر مأخذهای جدید و معتبر استفاده گردیده است .

بخش اول - کلیات:

بحث اول - پیشینه تاریخی پالیسی و استراتژی:

۱- سیر تکامل تدریجی پالیسی عامه:

کلمه پالیسی از واژه یونانی "پولیس" (Polis) یعنی شهر اقتباس گردیده است. ارسطو (تولد ۳۸۴ ق م. وفات ۳۲۲ ق م) فیلسوف مشهور یونان باستان که استاد اسکندر مقدونی و شاگرد افلاطون بود، اظهار داشت که انسان به حکم طبیعت (Physis) موجودی است که برای زندگی در شهر (پولیس) آفریده شده است. از نظر یونانی‌ها سیاست دربرگیرنده دانش مربوط به اداره امور یک شهر بود اما در یونان شهر و دولت از هم جدایی ناپذیر بودند. یونانی‌ها در مناطقی زندگی می‌کردند که به نام «دولت - شهر» (City - state) یاد می‌شدند. افزون بر آن واژه (Polis) در زبان یونانی تنها دربرگیرنده شهر نبود، بلکه به معنی «دژ»، «دولت» و «جامعه» هم به کار برده می‌شد. این واژه بعدها وارد زبان لاتینی شده و مفهوم شهروندی (Citizenship) را داشته است. سپس این واژه از طریق زبان لاتینی وارد زبان فرانسوی شد که در فرانسوی به مفهوم اداره ملکی (Civil administration) به کار می‌رفت. در سال ۱۵۸۹ م. این واژه وارد زبان انگلیسی شده و به معنای اداره امور عامه (Conduct of Public Affairs) به کار رفته است.

اما مطالعه رسمی و سیستماتیک پالیسی عامه در قرن اخیر صورت گرفته است. در قرن بیستم و قبل از آن تنها علوم سیاسی عاملی در جهت ایجاد و حفظ نظم و دسپلین در جامعه بود و بیشتر بالای این امر تمرکز داشت که دستگاه‌ها و ادارات دولت چگونه تنظیم شوند، بعد از سال ۱۹۲۰ مطالعات در موارد فوق‌الذکر گسترش پیدا کرد. خلاصه اینکه مطالعه سیستماتیک پالیسی عامه از اختراعات قرن بیستم است. در اوایل قرن بیستم میلادی که "چارلس میریم ۱۸۷۴ - ۱۹۵۳" دانشمند علوم سیاسی در جستجوی

آن شد تا اقدامات اساسی حکومت را بدانند، موضوع پالیسی عامه مطرح شد. موصوف در زمان تصدی وظیفه خود به حیث پروفیسور علوم سیاسی در پوهنتون شیکاگو در پروسه سیاسی اشتراک فعال داشت و تحقیقات اکادمیک وی هم روی چگونگی پیوند دادن تیوری و اجراءات کاری مقامات دولت تمرکز داشت. وی به این باور بود که در برخی موارد تیوری ها در پروسه سیاسی باید با اقدامات عملی مرتبط گردند.

از جانب دیگر پلان‌های اداره عامه که مامورین دولت را آموزش می‌داد تا پلان‌های حکومت را اداره کرده و به منصه اجرا درآورند، با مرور زمان این نوع پلان‌ها انکشاف یافته و پالیسی عامه را نیز در برگرفت که در نتیجه بسیاری از پوهنتون ها در مورد اداره عامه پلان‌هایی طرح و ترتیب کردند.

چون در تدوین پالیسی، آینده مدنظر است یعنی وضعیت فعلی طوری است که نیاز به تغییرات عمده دارد و ما از این وضع راضی نیستیم بنابراین می‌خواهیم به نقطه برسیم که وضعیت تغیر نماید به عباره دیگر پالیسی باید تفاوت میان آنچه فعلاً است و آنچه باید می‌بود، را از میان برمی‌دارد.

بناً باید متذکر شد که تدوین پالیسی برای سطح رهبری خدمات عامه نهایت حایز اهمیت است زیرا دانستن پالیسی، آن‌ها را کمک خواهد کرد تا طرح‌های پالیسی وزارت‌های خود را روی دست‌گیرند، پالیسی‌های مؤفّقانه را تهیه و ترتیب کنند، موانع احتمالی را مدنظر داشته باشند و بالاخره منحصث یک رهبر تبارز نمایند تا دیگران از آن‌ها متابعت نمایند. (پالیسی عامه و حکومت‌داری خوب ، انستیتوت خدمات ملکی ، ص ۱-۳)

۲- سیر تاریخی مدیریت استراتژیک :

با یک دید کوتاه بر مبحث مدیریت استراتژیک، چنین به نظر میرسد که این بحث در حوزه آموزشی و کاربرد آن در عمل در مدیریت‌های مختلف از سال‌های اول دهه ۶۰ میلادی خود را ظاهر ساخته است. به این استناد باید گفت که این نوع مدیریت

چون مفهومی نو را ارائه داده است و بین صاحب‌نظران درزمینه‌های نظری و کاربردی آن اختلاف‌نظرهای گوناگون وجود دارد، بنابراین، می‌توان گفت که به‌طور کامل و به‌صورت مرتب و درجه‌بندی‌شده هنوز نتوانسته است خود را مطرح کند.

از دید واژه‌شناسی، کلمه استراتیژی، ریشه یونانی دارد و ابتدا با تلفظ "استراتگوس"، به مفهوم یک نقش (یک فرمانده در نقش فرماندهی یک نیروی نظامی) به کار می‌رفت. سپس به معنای "هنریک فرمانده نظامی" تعبیر شد که به مهارت‌هایی رفتاری و روان‌شناختی فرماندهی اشاره داشت. این کلمه، در زمان اسکندر (۳۳۰ پیش از میلاد) به مهارت به‌کارگیری نیروها برای غلبه بر مقاومت و مخالفت و ایجاد یک نظام یکپارچه دولت جهانی، اشاره داشت. علاوه بر او، "هانپیل سردار کارتاژ" (تونس کنونی) و برخی رهبران نظامی آریانا همچون "سورنا" (سردار ساسانی) و همین‌طور "ناپلئون بناپارت" در شرایط بحران جنگ، انواع استراتیژی‌های نظامی را به اجرا درمی‌آوردند.

از دیدگاه نظری، غیر از "سن تسو" متفکران دیگری همچون گتیوس، "هنری جومینی"، "نیکولو ماکیاولی"، "کارل فن" و... در باره مباحث استراتیژیک، در قلمرو نظامی سخن گفته‌اند. گتیوس نویسنده رومی در قرن دوم میلادی در نوشته‌های خود، عمدتاً به آموزش نظامی و نظم تأکید داشته، معتقد بود که ژنرال‌های موفق آن‌هایی هستند که از اصولی ثابت پیروی می‌کنند و بر شانس نیز تکیه ندارند. در جاپان تفکر استراتیژیک در مدیریت نظامی مدیون "موساشی" است که در سال ۱۶۴۵، کتاب "پنج حلقه" خود را منتشر ساخت. از دیگر نظریه‌پردازان استراتیژیک نظامی، می‌توان از "کلازویتس" یاد نمود که در نیمه نخست قرن ۱۹، پس از جنگ‌های ناپلئون، به مسئله استراتیژی پرداخت. کارهای وی درزمینه تعریف اهداف و برنامه‌ریزی استراتیژیک، در کتاب "در جنگ"، به چاپ رسید.

انسان قرن بیست و یکم در فضای یک جامعه‌سازمانی زندگی می‌کند و سرنوشت او با سرنوشت‌سازمانی جامعه همسو شده است. هدایت و پویایی ادارات تابع نظام نوین

مدیریت است، اینکه نقش مدیریت‌های تخصصی همچون مدیریت‌های مالی، تولید، فروش، تحقیق، مهندسی و ... در اداره حائز اهمیت است، برای همه محققین و نویسندگان روشن و مشخص است؛ ولی هماهنگی تخصص‌ها، تعیین جایگاه هریک به اقتضای نشیب و فرازی که اداره جهت رسیدن به‌سوی هدف با آن مواجه می‌شود و رهبری تمامی اداره وظیفه‌ای ممتاز و مشخص است که فقط در قلمرو مدیریت استراتژیک امکان‌پذیر است. (مدیریت استراتژیک، پوهنتون یومف سویس کابل، ص ۷-۸)

استراتژی، پالیسی و قانون:

استراتژی یک طرح جامع، سازگار و درازمدت است که نقاط اصلی قوت و ضعف سازمان را با فرصت‌ها و تهدیدات محیطی، سازگار نموده دستیابی به اهداف اصلی سازمان را میسر می‌سازد. پالیسی‌ها رهنمودها و قواعدی هستند که محدوده‌های انجام یک کار را معین می‌کنند.

پالیسی عامه مواردی را که حکومت انجام دادن یا ندادن آن را به خاطر منافع جامعه انتخاب می‌کند، پالیسی نامیده می‌شود و یا به عبارتی دیگر یک سلسله اقدامات (تصامیم حکومت) که توسط ارگان‌های حکومتی در موارد مشخص اتخاذ می‌گردد، پالیسی گفته می‌شود.

قانون عبارت از مجموعه‌ای از قواعدی است که از طرف مقامات ذیصلاح جهت تنظیم اجتماع وضع گردیده و تطبیق آن توأم با موعیده و اجبار است. قانون می‌تواند کسی را وادار به رفتاری کند یا اینکه از آن منع کند (مثلاً، قانونی که پرداخت مالیات بر عایدات را حکم می‌کند) درحالی‌که در پالیسی بیشتر نحوه جهت‌دهی تصامیم برای اتخاذ اقدامات مشخص جهت رسیدن به نتایج مطلوب در محراق توجه قرار دارد.

در حقیقت پالیسی یا پالیسی‌های عامه تهداب قانون را تشکیل می‌دهد. زیرا پالیسی‌های عامه در متن قوانین، مقررات، تصامیم و اقدامات حکومت بیان می‌شود.

و یا بعبارۀ دیگر پالیسی عامه به مفهوم کلی آن ، به این معنی است که دولت ، به نمایندگی از مردم عامه ، تصمیم می گیرد که چه باید بکند و چه نکند یعنی پالیسی بیانیه /بلاغیه دولت است پیرامون اراده دولت مبنی بر اینکه چه می خواهد بکند و چه نکند ، که این بیانیه همان قانون ، مقررات ، حکم ، تصمیم یا دستور ، یا ترکیبی از همه ای این ها است .

برنامه (پروگرام):

برنامه ها تداوم مرحله به مرحله را که برای دستیابی به هدف های اساسی لازم اند مشخص می کنند. برنامه ها چگونگی دستیابی به هدف ها را در محدوده ای که توسط پالیسی ها بنانهاده شده است معین می کنند. آن ها این اطمینان را پدید می آورند که منابع برای رسیدن به هدف ها صرف می شوند و نیز یک مسیر پویا و متحرک را برای سنجش پیشرفت فراهم می آورند. برنامه های عمده یی که حرکت و بالندگی کلی اداره را تعیین می کنند، برنامه های استراتژیک نامیده می شوند.

بحث دوم - مفاهیم و تعاریف از پالیسی و استراتژی در نظام حقوقی افغانستان :

۱- نگاهی مختصر به مفهوم پالیسی عامه :

مطالعه رسمی پالیسی عامه در قرن اخیر به وجود آمده است. در قرن بیستم و قبل از آن تنها علوم سیاسی عامل در جهت ایجاد و حفظ نظم و دسیپلین بود و بیشتر بالای این امر تمرکز داشت که دولت و ادارات رسمی دولت چگونه تنظیم شوند. بعد از سال (۱۹۲۰م) مطالعات گسترش پیدا کرد و موضوع پالیسی عامه مطرح شد.

پس در آغاز در رابطه به مفهوم پالیسی به طور کل اندکی بحث نموده سپس، مفاهیم پالیسی عامه را تحت بحث می گیریم. در زبان دری معادل واژه پالیسی خط مشی و سیاست به کاررفته است. البته سیاست بیشتر در علوم سیاسی به کار می رود گرچه سیاست به معنای عمل اتخاذ تصمیم و اجرای آن برای جامعه است اما در علوم

سیاسی، سیاست به مفهوم مبارزه برای کسب قدرت است، درحالی که پالیسی به طور خاص بیشتر به مفهوم مدیریتی در چهارچوب دستگاه اجرایی دولت یعنی حکومت مطرح می شود که دارای تعاریف متعدد است

در رابطه به مفهوم پالیسی عامه باید بیان داشت که پالیسی عامه از نقطه نظر تیوری ساده به نظر می آید اما در عمل، ارایه تعریف جامع و واضح از آن دشوار است. علاوه بر آن نحوه وضع پالیسی عامه در نهادها و دستگاه های مختلف دولت، متفاوت است. پالیسی عامه را می توان به سادگی تشخیص داد، اما به سهولت نمی توان تعریف نمود. از دیدگاه دیگر پالیسی عامه عبارت است از تصامیم و خط مشی های که به وسیله مراجع مختلف بخش عامه؛ مانند: شورای ملی، حکومت و قوه قضاییه که نماینده حفظ منافع عامه هستند، اتخاذ می شود. دولت در مفهوم عام، یک نهاد قانونی برای وضع پالیسی عامه است که به اشکال مختلف؛ مانند: وضع قوانین، مقررات و دستورالعمل ها به بیان پالیسی عامه می پردازد.

پالیسی عامه مفهوم گسترده و انعطاف پذیری دارد که به اشکال مختلف بیان می شود و آن را نمی توان در شکل معین و قالب ثابتی محدود و مقید ساخت. این تفاوت برداشت ها از پالیسی عامه در تعاریف مختلفی که از آن صورت گرفته است، به صراحت مشاهده می گردد. طور مثال :

- پالیسی عامه عبارت است از اتخاذ یک سلسله اقدامات هدفمند توسط مقامات و مسؤولین حکومت در رابطه به رسیدگی به یک مشکل عامه و یا به یک موضوع قابل نگرانی در جامعه.

- پالیسی های عامه اصولی اند که به وسیله مراجع ذیصلاح کشور وضع شده و به عنوان یک الگو و رهنمود، اقدامات و فعالیت های لازم را در جامعه رهبری می کند.

پالیسی عامه بیشتر روی این نکته تأکید می کند که حکومت چه اقداماتی را باید روی دست گیرد، اقدامات چگونه و از طریق کدام مراجع عملی گردد، خدمات و محصولات چگونه عرضه گردد. خلاصه اینکه کی، چه را، چگونه، چرا، چگونه و چه وقت به دست می آورد.

در نتیجه باید متذکر شد که اگرچه پالیسی عامه را به اشکال مختلف در قالب الفاظ مختلف تعریف کرده‌اند، اما به طور ساده پالیسی عامه اتخاذ تصامیمی است که در قبال یک مشکل عامه صورت می‌گیرد. ولی باید خاطرنشان نمود که پالیسی عامه صرف اتخاذ تصامیم نیست بلکه پروسه است شامل تمام اقدامات که از زمان بروز مشکل آغاز و به ارزیابی نتایج حاصله از اجرای پالیسی منتهی می‌گردد. علاوه بر آن پالیسی عامه موجب هماهنگی در اجراات و فعالیت‌های عامه می‌شود. پالیسی عامه با خاصیت تکرار و تداوم خود، نوع هماهنگی را میان بخش‌ها و سازمان‌های مختلف به وجود می‌آورد که زمینه همبستگی را میان دستگاه‌ها و نهادهای دولتی و شهروندان فراهم می‌سازد. (مقدمه بر پالیسی و اداره عامه، پروگرام ماستری پالیسی و اداره عامه، پوهنتون کابل، ص ۲۵-۳۲).

دوران پالیسی:

دوران پالیسی ابزاری است برای تحلیل و انکشاف یک پالیسی که شامل مراحل ذیل است:

- مشکل
- تعریف مشکل
- شناسایی بدیل‌ها
- ارزیابی بدیل‌ها
- تشخیص چند گزینه برای پالیسی
- انتخاب بهترین گزینه
- تطبیق

۲- مفهوم استراتیژی:

کلمه استراتیژی (strategy) از ریشه یونانی (Strategyema) به معنای افسر اردو، مرکب از (stratos) به معنی اردو و (ago) به معنای رهبر گرفته شده است.

مفهوم استراتژی ابتدا به معنای فن هدایت، تطبیق و هماهنگ‌سازی نیروها جهت نیل به اهداف جنگ در علوم نظامی به کار گرفته شد.

استراتژی، مفهوم است که از حوزه مدیریت نظامی سرچشمه گرفته است و اولین آثار مکتوب در این زمینه در حدود ۲۵۰۰ سال پیش بازمی‌گردد ولی سابقه کاربرد این مفهوم در حوزه مدیریت و تجارت به دهه پنجاه میلادی و در حقیقت به زمانی بازمی‌گردد که نظریه پردازان سیستم‌های طبیعی، عامل محیط را در مطالعه سازمان‌ها وارد ساختند اما کلمه استراتژی برای اولین بار توسط "آلفرد چندلر" در کتاب "استراتژی و ساختار" به کار رفت. پس از "چندلر" دانشمندان دیگر به توسعه این مفهوم پرداختند. در سال (۱۹۸۰)، "میکائیل پورتر" مفاهیم اقتصاد را در این حوزه به کار گرفت و موضوع استراتژی‌های عام را پس از چندین سال مجدداً مطرح ساخت. "هنری مینتزبرگ" مفهوم استراتژی‌های عام را گسترش داد و آن‌ها را در چارچوب سطوح سه‌گانه استراتژی ارایه کرد.

از آنجایی که بحث استراتژی در سازمان‌ها تا حد زیادی مربوط به زمان معاصر است، در اینجا مباحث بیشتر به صورت موضوعی دنبال خواهند شد تا تاریخی. دانشمندان علم مدیریت، استراتژی را چگونگی تخصیص مطلوب منابع کمیاب جهت رسیدن به اهداف اقتصادی تعریف کرده‌اند. استراتژی تعیین‌کننده زمینه‌های فعالیت در محیط پیچیده متحرک و وسیله‌ی است که به عنصر انسانی در یک سیستم اداری حیات بخشیده و افراد را به حرکت وامی‌دارد. آنسوف (Ansoff) به عنوان اولین دانشمندی که استراتژی را به شکل جامع و معنی‌دار توضیح داد، معتقد است که هر قدر بین اهداف و فعالیت‌های فعلی اداره سازگاری بیشتری وجود داشته باشد، اندازه رشد و توسعه بزرگ‌تر و منظم‌تر خواهد بود.

استراتژی در مفهوم برنامه (Plan): معنایی که عموماً از واژه استراتژی در ذهن هرکس تداعی می‌شود این است که استراتژی، همان برنامه است و به مجموعه اقدام‌های گفته می‌شود که به شکل آگاهانه و به منظور رسیدن به هدفی خاص اتخاذ

می‌گردد یا دستورالعمل‌های است که نحوه عملکرد در شرایطی خاص را نشان می‌دهند. بنابراین با این مفهوم استراتیژی راهی برای رسیدن به آینده مطلوب است.

استراتیژی در مفهوم اقدام یا تمحید (Ploy): استراتیژی نیز همانند برنامه‌ها ممکن است مفهوم کلی یا خاص داشته باشد. یکی از معانی خاص این واژه ترفند (تزویر) است. در این مفهوم استراتیژی مانور یا اقدامی برای مقابله با رقبا است که به قصد فریب رقیب انجام می‌شود.

استراتیژی در مفهوم الگو (Pattern): با این مفهوم استراتیژی الگوی است که اقدام‌های از طریق آن انجام می‌شود. در این معنی استراتیژی رفتار هماهنگ در طول زمان موردنظر است.

استراتیژی در مفهوم موضع (Position): چهارمین تعریف استراتیژی از نگاه مینتزرگ راهبرد در مفهوم موضع یا موقعیت است. با این مفهوم استراتیژی تعیین موقعیت سازمان در محیط است. به عبارت دیگر، انتخاب بازار خاص برای محصول خاص. طبق این تعریف استراتیژی نوعی واسطه است که موجب همگونی شرایط درون سازمان با شرایط محیطی می‌شود. این تعریف به عوامل خارجی سازمان توجه دارد و با تعیین موقعیت سازمان در محیط خارج به دنبال موقعیتی معمولی و عینی برای سازمان است.

استراتیژی در مفهوم چشم‌انداز (Perspective): این مفهوم به عوامل داخلی اداره توجه دارد. در این مفهوم استراتیژی به منزله چراغ راهنمایی برای تصمیم‌گیری‌های اساسی است. چون با داشتن تصویری روشن از مسیر حرکت اداره با اطمینان خاطر بیشتری می‌توان قدم برداشت و خطرهای را پذیرفت. در این تعریف استراتیژی با ارائه تصویری مثبت و تلاش برانگیز از آینده اداره و تاکید بر اعتقاد عمیق مدیریت در خلق آینده، الهام‌بخش فعالیت‌های کارکنان اداره است.

نمونه جامع مدیریت استراتژیک:

برخی مدیریت استراتژیک را عبارت از پروسه تضمین دستیابی اداره به استراتژی های انتخاب شده می دانند. طبق این بیان، یک استراتژی مناسب، مطابق با نیازمندی های یک اداره در زمان مشخص، تعریف می شود.

مراحل مدیریت استراتژیک شامل شش گام متوالی است:

- تجزیه و تحلیل محیطی؛ (عملیاتی) اداره
- پایه گذاری جهت گیری های اداره؛ (ماموریت، چشم انداز، ارزش ها)
- هدف گذاری؛
- تعیین و تدوین استراتژی ها؛
- بسترسازی و اجرای استراتژی ها؛
- کنترل استراتژی ها.

مدیریت استراتژیک عبارت است از هنر و علم فورمول بندی، اجراء و ارزیابی تصمیمات چند بُعدی با تأکید بر یکپارچه سازی عوامل مدیریت، بازاریابی، امور مالی، تولید و خدمات، تحقیق و توسعه، نظام های اطلاعاتی و... جهت رسیدن به اهداف سازمانی. (پالیسی عامه - استراتژی و رهبری، انستیتوت خدمات ملکی افغانستان، ص ۱۸-۲۰)

۲- تعریف از پالیسی:

- به ارتباط پالیسی عامه تعاریف مختلف بیان شده است که در ذیل به چند تعریف از پالیسی عامه می پردازیم:
- پالیسی های عامه عبارت از مجموعه فعالیت های حکومتی است که تأثیر مستقیم بر زندگی شهروندان دارد. (گای پترز)
 - پالیسی عامه دربرگیرنده برنامه های سیاسی برای اجرای طرح های برای دستیابی به اهداف اجتماعی و اقتصادی است. (ایلوین مالون)

- آنچه را که دولت‌ها انجام می‌دهند، چرا انجام می‌دهند، آنچه انجام می‌دهند چه خاصیتی دارد. (توماس دای) یعنی نکته اساسی در این تعریف این است که پالیسی‌ها باید‌ها و نبایدهای تصامیم دولت را انعکاس می‌دهند.
- پالیسی عامه یعنی دولت در عمل. (پیرمولر)
- پالیسی عامه عبارت از تصامیم و سیاست‌های که به‌وسیله مراجع مختلف بخش عمومی از قبیل مجلس، دولت، قوه قضاییه که نماینده حفظ منافع عمومی جامعه می‌باشند، اتخاذ می‌گردد. دولت به مفهوم کلی، یک‌نهاد قانونی پالیسی‌های عمومی است و به‌صورت‌های مختلف مانند قوانین، ضابطه‌ها، مقررات به تعیین پالیسی‌های عمومی می‌پردازد. (پچ هولز)
- پالیسی عمومی عبارت از یک سلسله اقدامات هدف‌دار که به‌وسیله یک فرد یا گروه از افراد که قدرت و مشروعیت پالیسی‌سازی را داشته باشند، برای مقابله و یا رفع مشکل عمومی شکل می‌گیرد. (اندرسون)
- پالیسی عمومی مشخص‌کننده‌ای باید‌ها و نبایدها در جامعه و سازمان‌ها است که معین می‌کند چه فعالیت‌ها و اقداماتی در بخش عمومی باید انجام شود و چه اقداماتی نباید انجام شود. پالیسی عمومی بیانگر فرهنگ، نظام اقتصادی و اولویت‌های موردقبول جامعه است. (سمت)

خلاصه اینکه:

مواردی را که حکومت انجام دادن یا ندادن آن را به خاطر منافع جامعه انتخاب می‌کند و یا یک سلسله اقدامات (تصامیم حکومت) که توسط ارگان‌های حکومتی در موارد مشخص اتخاذ می‌گردد، پالیسی عامه گفته می‌شود. و اگر گاهی از پالیسی به‌عنوان روش عملی ساختن استراتژی نام‌برده شده نباید آن را با پالیسی عامه که جامع و کلی است، یکی دانست. استراتژی درواقع مسیر هدف را تعیین می‌کند و پالیسی راه‌های دستیابی به هدف را مشخص می‌کند.

پس در آخرین تحلیل می‌توان یادآور شد که :

پالیسی عبارت از یک رهنمود جامع برای تصمیم‌گیری است. پالیسی دایره تصمیم‌گیری را مشخص می‌کند و تعیین می‌کند که چه تصمیماتی می‌تواند گرفته شود و چه تصمیماتی نباید گرفته شود. برای این کار، نظریات اعضای اداره را باهم مرتبط می‌سازد تا با اهداف اداره سازگار شوند. به گفته جورج تیری "پالیسی عبارت از رهنمای کلی شفاهی، نوشته‌شده یا اجراشده است که تعیین‌کننده محدودیت و جهت کار مدیران است".

هرچند که پالیسی بر چگونگی انجام کار تمرکز دارد اما برای انجام کار شرط یا روش خاصی بیان نمی‌کند. پالیسی تنها چهارچوب تصمیم‌گیری‌ها را تعیین می‌کند تا مدیران در سطوح متفاوت تصمیم‌های خویش را بر اساس آن بگیرند. باید گفت که پالیسی و اهداف هر دو عملکرد و طرز تفکر سازمان را هدایت می‌کنند، اما با روش متفاوت.

۴- تعریف از استراتژی:

این یک حقیقت مسلم است که مدیران باید اداره خود را به‌سوی آینده ناشناخته هدایت کنند که کامیابی در برابر این چالش به توانمندی آنان در تجسم و درک دنیای اطرافشان بستگی دارد؛ دنیایی پیچیده و انباشته از ظرافت‌ها، ناپایداری‌ها، دیوان‌سالاری‌ها، تحرکات سیاسی و سرانجام واقعیت‌های انکارناپذیر. از آنجاکه نمی‌توان شیوه‌ای یگانه را برای برخورد با تمامی مسائل مدیریت برگزید، لازم است مدیران، مسایل گوناگونی را که اداره به آن‌ها مواجه است بشناسند و عملکرد اداره را متناسب با آن هدایت و کنترل نمایند که به تدوین استراتژی نیاز مبرم احساس می‌گردد.

شاندلر (۱۹۶۲) استراتژی را به این صورت تعریف می‌کند: استراتژی عبارت است از یک طرح واحد، همه‌جانبه و تلفیقی که نقاط قوت و ضعف سازمان را با فرصت‌ها و تهدیدهای محیطی مربوط ساخته و دستیابی به اهداف اصلی سازمان را میسر می‌سازد.

استراتیژی برنامه، الگوی رفتاری، سیاست یا تصمیمی است که سمت و سوی دیدگاه‌ها و جهت حرکت اداره را نشان می‌دهد. استراتیژی می‌تواند تحت سطوح سازمانی، وظایف و محدوده زمانی متفاوت تعریف شود. کلمه استراتیژی دارای معانی و کاربردهای متفاوتی از جمله طرح، نقشه، نوع مسیر اقدام آگاهانه و موردنظر یک رهنمود یا مجموعه‌ای از آن‌ها برای برخورد با یک وضعیت و یا الگو (نقشه پیش از اقدام) و غیره است. اما استراتیژی در مدیریت عبارت است از: به‌کارگیری منابع ملموس و غیرملموس برای توسعه قابلیت‌هایی که به مزیت‌های رقابتی پایدار اداره منجر شود. و یا طرحی واحد، جامع و یکپارچه که برای اطمینان از دستیابی به هدف‌های اساسی تنظیم می‌شود.

یک استراتیژی باید سه چیز را مشخص کند:

۱. چه اهدافی باید محقق گردد؟
۲. روی کدام نوع خدمات، صنایع، محصولات و بازارها باید تمرکز کرد؟
۳. چگونه برای بهره‌برداری از فرصت‌های محیطی و مواجهه با تهدیدهای محیطی به‌منظور کسب یک مزیت رقابتی، منابع تخصیص یابد و چه فعالیت‌هایی انجام گیرد؟ (رهبریت استراتژیک، پروگرام ماستری پالیسی و اداره عامه، پوهنتون کابل، ص ۳۲۶).

استراتیژی برنامه نیست ولی برای ظهور، رشد و مؤثریت نیازمند برنامه است. هیچ اداره را نمی‌توان صرفاً با استراتیژی اداره کرد. برنامه‌ریزی، زیر بنای اداره سازمان‌های است. "استراتیژی" و "برنامه" دو ابزار مدیریتی تکمیل‌کننده یکدیگر هستند.

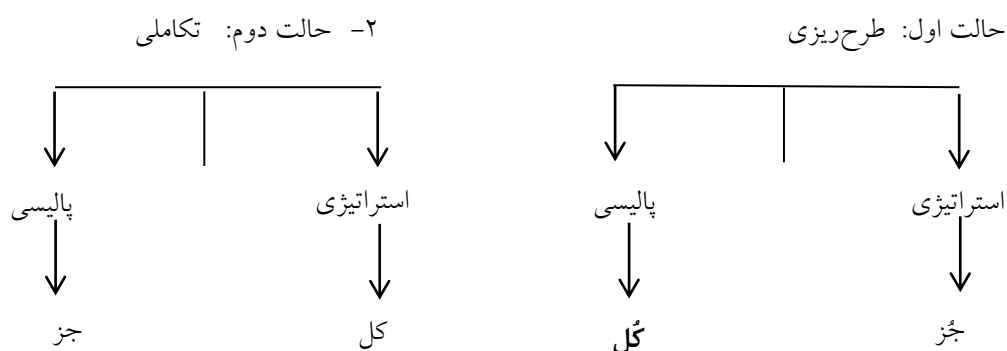
تفکیک میان پالیسی و استراتیژی :

درینجا بی‌مورد نیست که به نکته‌ای که اغلب باعث بروز ابهام در معنای پالیسی عامه می‌گردد، یعنی رابطه پالیسی عامه و استراتیژی، اشاره صورت گیرد. درمتون مربوط به مدیریت استراتژیک، استراتیژی را به شرح زیر تعریف می‌کنند :

استراتیژی، الگوی تصمیم‌ها در یک اداره است که اهداف، مقاصد جهت‌گیری‌های اداره را بیان می‌کند. به عبارت دیگر استراتیژی یک طرح جامع، سازگار و درازمدت است که نقاط اصلی قوت و ضعف اداره را با فرصت‌ها و تهدیدات محیطی، سازگار نموده دستیابی به اهداف اصلی اداره را میسر می‌سازد. پالیسی‌ها شامل رهنمودها و قواعدی هستند که محدوده‌های انجام دادن یک کار را معین می‌کنند.

استراتیژی‌ها، باید درازمدت جامع و کلی باشند و تمام برنامه‌های اداره را به شکل کلی و جامع در برگیرند. و یا این‌که استراتیژی‌ها را می‌توان مجموعه برنامه‌های کلی و جامعی دانست که با توجه به منابع و امکانات اداره، طریق نیل به آرمان‌ها و اهداف عالی اداره را معین می‌سازد. به این ترتیب با توجه به تعریف مذکور درمیابیم که استراتیژی، مشابهت بسیاری با پالیسی عامه دارد، به طوری که یکی از صاحب‌نظران معاصر، پالیسی سازی و تنظیم استراتیژی را یکی دانسته است. همچنین باید متذکر شد که قلمرو استراتیژی، سازمان است، درحالی که پالیسی عامه جامعه را در برمی‌گیرد و روابط حکومت و ملت را شامل می‌شود.

پس در یک دید کلی فرق بین پالیسی و استراتیژی در دو حالت مقایسه می گردد:



۱- حالت اول : مرحله طرح ریزی

استراتیژی
پالیسی

جز
کل

جـزج

- نوت: در صورتی که بر اساس چارچوب و معیار پالیسی ، استراتیژی و برنامه بسازیم در این صورت پالیسی کُل و استراتیژی جُز است.

- در این حالت در روشنی پالیسی، استراتیژی ساخته می شود یعنی در قدم نخست پالیسی ساخته می شود و بعداً استراتیژی

- در این مرحله پالیسی ها چارچوب برای استراتیژی ها است.

۲- حالت دوم : مرحله تکاملی استراتیژی

استراتیژی کل

پالیسی جز

- نوت: در صورتی که برای تطبیق استراتیژی پالیسی
سازیم در این حالت پالیسی جز و استراتیژی کل
است.

- در این حالت در روشنی استراتیژی، پالیسی
می‌سازیم یعنی در قدم نخست استراتیژی ساخته
می‌شود و بعداً پالیسی برای آن ساخته می‌شود.

تفاوت‌های جزئی بین پالیسی و

تفاوت‌های جزئی بین پالیسی و استراتیژی :

استراتیژی :

- ۱- استراتیژی به یک دور نمایی کلان ضرورت دارد و مسائل کلی را حل می‌کند.
- ۲- استراتیژی مقید به محدوده زمانی مشخص است.
- ۳- استراتیژی از نظر ابزاری در تحلیل وضعیت متفاوت است.
- ۴- ساخت استراتیژی و تطبیق آن نیاز به بودجه دارد.

پالیسی :

- ۱) پالیسی به یک دور نمایی کلان ضرورت ندارد و مسائل کلی را حل کرده نمی‌تواند.
- ۲) پالیسی‌ها مقید به محدوده زمانی مشخص نیست.
- ۳) پالیسی‌ها از نظر ابزاری در تحلیل وضعیت متفاوت نیستند.



(۴) ساخت پالیسی و تطبیق آن نیاز به بودجه ندارد.

شباهت‌ها بین پالیسی و استراتژی :

- (۱) هردو برای رفع یک نیاز یا مسئله بکار می‌رود.
- (۲) هردو توسط تیم‌ها شکل می‌گیرد.
- (۳) هردو ابزاری شناسایی تجزیه و تحلیل است.
- (۴) از نظر چارچوب مراحل پالیسی با مراحل استراتژی تفاوت دارد. (دوکتور فرید احمد ، منیب ، اداره پالیسی عامه ، ص ۴۴-۴۵)

بخش دوم - نقش‌های پالیسی و استراتژی در نظام حقوقی افغانستان:

بحث اول - نقش‌های پالیسی عامه:

پالیسی‌های عامه نقش‌های مختلفی را در جامعه ایفا می‌نماید که عمده‌ترین آن‌ها قرار ذیل است:

راهنمای عمل: یکی از نقش‌های مهم و اساسی پالیسی عامه "راهنمای عمل" بودن آن در بخش عامه و به‌طور کل در جامعه است، یعنی پالیسی عامه، ادارات، موسسات و نهادهای موجود در جامعه را در جهت‌گیری عملکردها و فعالیت‌هایشان کمک می‌رساند و آن‌ها را راهنمایی می‌کند که به کدام اموری مبادرت ورزند و از اتخاذ کدام اقدامات اجتناب نمایند. به عبارت دیگر پالیسی عامه راهنمای عمل در تصمیم‌گیری‌ها و انتخاب گزینه‌ها است ، که خطوط کلی فعالیت‌ها و اقدامات موردنظر در جامعه را معین و مشخص می‌سازد.

هماهنگی: نقش دیگر پالیسی عامه "هماهنگی" است. پالیسی عامه موجب هماهنگی و هم‌جهتی عملیات و اقدامات ادارات، مؤسسات و نهادهای مختلف موجود در جامعه با یکدیگر می‌شود و جلو تکرار فعالیت‌ها و ضیاع منابع را می‌گیرد. پالیسی‌های عامه وظایف مرتبط و مشابه را در سطح کشور با یکدیگر هماهنگ و هم‌جهت می‌سازد. وظایف مرتبط یعنی ادارات مختلف عهده‌دار انجام دادن بخشی از وظایف

هستند؛ به طور مثال: در رابطه به رشد اقتصاد کشور ادارات و سازمان‌های مختلف نقش دارند که وظایف آن‌ها در راستای انکشاف اقتصادی به نحوی از آن‌ها باهم ارتباط وظیفوی دارد.

اما وظایف مشابه همان فعالیت‌های یکسانی است، که توسط ادارات مختلف انجام می‌شود؛ به طور مثال: برنامه‌های آموزشی و تحقیقاتی که ادارات مختلف راه‌اندازی می‌نمایند، باید متذکر شد که نقش پالیسی عامه در وظایف فوق‌الذکر هماهنگ کردن است.

از آنجایی که پالیسی‌های عامه هماهنگ‌کننده‌اند، باید بین خود آن‌ها نیز هماهنگی کامل ایجاد گردد، زیرا زمانی می‌توان انتظار داشت که پالیسی عامه موجب هماهنگی بین ادارات می‌گردد که تضاد و تعارض در مجموعه پالیسی‌های عامه از بین برود و همه آن‌ها در قالب یک مجموعه هماهنگ و متعادل تنظیم گردیده در ساحة عمل اجرا شوند.

تحفظ منافع عامه: نقش دیگر پالیسی عامه در جامعه این است که محافظ منافع عامه باشد. به عباره دیگر، نماینده و بیانگر منافع و مصلحت عامه است. به نظر بعضی از صاحب‌نظران منافع عامه، موضوع جهان‌شمول است که تقریباً به صورت پدیده مشترک در تمام جوامع ظاهر گردیده است. امنیت، آزادی، صحت و آموزش مواردی هستند که در جهان به عنوان منافع عامه شناخته شده‌اند و کمتر کشوری است که آن‌ها را حداقل به ظاهر نپذیرفته باشد. به هر حال پالیسی عامه، بیان‌کننده منافع عامه در زمینه‌های مختلف است. پالیسی سازان باید مصلحت عامه را برای حل مشکلات جامعه در نظر داشته و انعکاس‌دهنده آن باشند.

کنترول اقدامات و پلان‌های عامه: پالیسی‌های عامه در "ارزیابی و کنترول" پلان‌ها و اقدامات بخش عامه نقش مهم دارند.

وضاحت قوانین و مقررات: نقش دیگر پالیسی‌های عامه (روشن ساختن روح قوانین و مقررات) حاکم بر جامعه است. پالیسی‌های عامه از ارزش‌های مورد قبول جامعه نشأت کرده و خطوط کلی اقدامات و پلان‌های جامعه را طراحی می‌کند.

بدین جهت پالیسی های عامه معیار خوبی برای درک صحیح و تعبیر و تفسیر درست اصول و ضوابط هستند. (پالیسی عامه - استراتیژی و رهبری، انستیتوت خدمات ملکی افغانستان، ص ۱۷-۲۰)

بحث دوم - نقش کلیدی پالیسی ها و استراتیژی های دولت:

پالیسی های عامه تصامیم دولت را انعکاس می دهد و می توانند نقش ارزنده و اساسی در عملکرد فعالیت های اقتصادی و غیراقتصادی دولت داشته باشند چنانچه در ذیل به چند نقش کلیدی پالیسی ها و استراتیژی های دولت اشاره شده است:

یکی از نقش های مهم و اصلی پالیسی های دولت، رهنمایی عملی بودن آن در بخش عمومی به طور کلی در کشور است، یعنی پالیسی های عمومی، ادارات، مؤسسات و نهادهای موجود در جامعه را در جهت گیری عملکردها و فعالیت هایشان کمک نموده و آنها را هدایت می دهد که به چی اموری پردازند و از چی اقدامی بپرهیزند. به بیان دیگر پالیسی های عمومی دولت، راهنمای عمل در تصمیم گیری ها و انتخاب ها است و خطوط کلی فعالیت ها و اقدامات مورد نظر جامعه را معین می کند.

نقش دیگر پالیسی های عمومی دولت، نقش هماهنگ کننده آن است. پالیسی های عمومی موجب هماهنگی و هم سویی عملیات و اقدامات ادارات و مؤسسات و اجزای مختلف موجود در جامعه با یکدیگر می شود و جلو تداخل کاری و اصراف مکرر منابع را می گیرد. همچنین فعالیت های مرتبط و مشابه در کشور را با یکدیگر هماهنگ می سازد. فعالیت های مرتبط فعالیتی است که ادارات مختلف هر کدام عهده دار انجام دادن بخشی از آنها می باشند و فعالیت های مشابه فعالیت های یکسان اند که به وسیله ادارات مختلف انجام می پذیرند. مثلاً عملیات فعالیت های بودجه سازی ممکن در سطح تمامی وزارتخانه ها به صورت یکسان طراحی شود. فعالیت های کنترل و تفتیش در وزارتخانه ها به صورت یکسان وجود دارد که نمایندگان وزارت مالیه در هر اداره وجود

دارند و از فعالیت‌های مالی کنترل و تفتیش می‌کنند. همچنان برنامه‌های ارتقای ظرفیت کارمندان و غیره یکی از راه‌های اساسی طرح پالیسی‌های عمومی است. نقش دیگر که پالیسی عامه دولت دارد این است که تامین کننده و تضمین کننده منافع عامه مردم است. نفع عمومی عبارت از منافع افراد جامعه است که بر اساس معیارها مانند قانون، اکثریت، نظام پارلمانی و امثال آن تعیین می‌شود. بدین ترتیب نفع عمومی، لزوماً مجموع منافع تمام افراد جامعه نیست، بلکه در حالت ایده آل، مصلحتی است که در جامعه جمع کثیری از آن سود می‌برند، به‌زعم برخی از صاحب نظران، نفع عمومی، موضوع جهان شمول است که تقریباً به صورت امر مشترکی در تمامی جوامع ظاهر می‌شود.

امنیت، آزادی، تمامیت ارضی، صحت و غیره موضوعات هستند که در دنیا به عنوان نفع عمومی شناخته شده‌اند و کمتر کشورهای است که آن‌ها را حداقل به ظاهر نپذیرفته باشد. به هر حال پالیسی‌های عمومی بیان کننده منافع در زمینه‌های مختلف است. پالیسی‌های عمومی برای حل از مشکلات جامعه، باید مصلحت عموم را در نظر داشته و منعکس کننده آن‌ها باشد.

پالیسی‌های عمومی همچنین می‌تواند در ارزیابی و کنترل برنامه‌ها نقش داشته باشند و به کمک پالیسی‌ها می‌توان برنامه‌ها را مورد آزمایش قرارداد. مثلاً اگر مطابق به شرایط جامعه و توزیع مجدد عاید باشد، از طریق مالیات می‌توان عواید مردم را کنترل کرد.

نقش دیگر پالیسی‌ها روشن ساختن روح قوانین و مقررات حاکم بر جامعه است، زیرا پالیسی‌های عمومی از ارزش‌های مورد قبول جامعه نشأت گرفته و خطوط کلی اقدامات و برنامه‌های جامعه را طراحی می‌کنند. بدین جهت پالیسی‌های عمومی معیار خوبی برای درک صحیح، تعبیر و تفسیر درست مقررات و ضوابط هستند. پس به صورت خلاصه می‌توان نقش پالیسی عمومی دولت را ذیلأ تذکر داد:

- پالیسی ها راهنمای عمل هستند و تصمیم گیری را بهبود می بخشند.
- باعث تمرکز دولت روی حیطه های مهم می شوند، نشان دهنده اولویت ها اند و ادارات را راهنمایی می کنند (چگونه تغییر را به کار برند، با چالش ها برخورد کنند، از هدر رفتن منابع جلوگیری کنند، باعث صرفه جویی در زمان و بودجه شوند).
- ضرورت تغییر را توضیح می دهند، هرگونه تغییر را در راستای تامین اهداف عالی روشن می کنند.

➤ ریسک را مدیریت کرده و خطر را به حداقل کاهش می دهد.

از توضیحات فوق به این نتیجه می رسیم که پالیسی عامه کشور عبارت از تصامیم حکومت در جهت تأمین اهداف و مقاصد مشخص است. پالیسی های عامه در ماهیت هدفمند بوده و معرف برنامه های حکومت اند. این تصامیم در واقع نتیجه یک مساعی حکومت افغانستان بوده و می تواند اشکال مختلف مانند ؛ قانون ، فرمان ، تصامیم محاکم ، احکام اجرایی ، تصمیم و غیره داشته باشد .

همچنان در رابطه به نقش ستراتیژی در نظام حقوقی کشور می توان یادآور شد که : در دنیای امروز که آن را بنام عصر تکنالوژی معلوماتی نیز یاد می کنند، ادارات که فاقد ستراتیژی جامع اند، نمی توانند باهم قطاران خود مقابله نمایند، مزید بر آن تداوم و ثبات این نوع ادارات همواره در معرفت آسیب پذیری قرار می گیرد. زیرا آن ها نتوانسته اند خود را با اوضاع و شرایط محیطی و منطوقی در مطابقت قرار دهند.

فلهذا لازم است مدیران ، مسایل گوناگون را که اداره با آن ها مواجه است بشناسند ، از جمله قوت ها و ضعف ها را منحیت فکتور داخلی و فرصت ها و تهدیدات را منحیت فکتور خارجی در اداره خویش درک نموده و عملکرد اداره را متناسب با آن هدایت و کنترل نمایند بنأ تدوین ستراتیژی (منحیت برنامه های جامع و کلی که با توجه به منابع و امکانات اداره ، طریق نیل به آرمان ها و اهداف عالی اداره را معین می سازد) نیاز مبرم احساس می گردد، که خوشبختانه ادارات ذی ربط کشور ما در راستای تحقق پالیسی های دولت جمهوری اسلامی افغانستان با در نظر داشت دیدگاه و هدف ستراتیژیک

خویش بالخصوص از بدو ایجاد حکومت وحدت ملی تاکنون استراتژی های را در امورات مربوطه طرح و تطبیق نموده است .

خلاصه اینکه:

پالیسی و ستراتیژی باهم پیوند نزدیک دارند. هردو چهارچوب پلان یک اداره را مشخص می کنند. هردو جهت دهنده و رهنمود دهنده بوده ، هردو اساس پلان عملیاتی اند. هر دو رفتارها در داخل اداره را تنظیم نموده و هردو تمام ابعاد مدیریت و اداره را متأثر می سازند، بنا حکومت برای تبدیلی به یک نظام قانونمند و مسیریابی نیازمند به پالیسی و استراتژی است. (پالیسی سازی ، موسسه حمیده برمکی برای حاکمیت قانون ، ص ۲۶-۲۷)

نتیجه گیری:

چون نظام های حقوقی مجموع از نهادها، سازمان ها و قواعدی بوده که بر اساس آن مبانی و برای تحقق آن، اهداف به صورت منظومه ای هماهنگ و منسجم به وجود می آیند .

همچنان پالیسی عامه تهداب قانون را تشکیل می دهد؛ زیرا پالیسی عامه در متن قوانین، مقررات، تصامیم و اقدامات حکومت بیان می شود. بنا : قانون در حقیقت مجموعه قواعد و نورم های است که روابط یا مناسبات خاص میان ارگان ها و افراد را تعریف و تعیین نموده در روابط با افراد اصل بی طرفی را مدنظر گرفته و برای متخلفین مجازات معین را تعیین می نماید، درحالی که در پالیسی بیشتر نحوه جهت دهی تصامیم برای اتخاذ اقدامات مشخص جهت رسیدن به نتایج مطلوب در محراق توجه قرار دارد. از جانبی هم در تدوین پالیسی، آینده موردنظر است. یعنی وضعیت فعلی طوری است که نیاز به تغییرات عمده دارد و ما از این وضع راضی نیستیم ، بنابراین

می‌خواهیم به نقطهٔ برسیم که وضعیت تغییر نماید به عباره دیگر پالیسی باید تفاوت میان آنچه فعلاً است و آنچه باید می‌بود، را از میان برمی‌دارد.

شکل‌دهی و تعمیم پالیسی شامل نمونه‌های پلان شده و تنظیم رفتارها است. پالیسی عامه شامل یک شبکه روابط و تعامل بین ارگان‌های مهم حکومت، قوای اجرائیه، مقننه، قضائیه، رسانه‌ها و نهادهای جامعه مدنی است. برای فهم بهتر پالیسی نکات ذیل را باید مدنظر داشت:

- پالیسی عامه پدیده‌های هدفمنداند؛ پالیسی‌های عامه معمولاً برای کسب اهدافی که دارند شکل گرفته و تعمیم می‌شوند. این پالیسی‌ها درواقع تعریف‌کننده برنامه‌های حکومت می‌باشند.
- پالیسی‌های عامه بازده تشریک‌مساعی ارگان‌های حکومت‌اند. به این معنی است که در شکل‌دهی پالیسی‌های عامه ارگان‌های متعدد نقش دارند. اگر این ارگان‌ها باهم تشریک‌مساعی نداشته و هدف را تعقیب نکنند، شکل‌دهی این پالیسی‌ها با چالش مواجه خواهند شد.
- پالیسی عامه درواقع آن چیزی است که حکومت انتخاب می‌کند و انجام می‌دهد. این درواقع تعیین کننده رابطه محیط سیاسی حکومت با سیستم سیاسی آن است. معمولاً پالیسی‌ها متأثر از محیط خود بوده و روی محیط خویش نیز تأثیرگذارند.
- پالیسی حکومت زمانی می‌تواند مثبت باشد که عملکرد حکومت را به شکل درست شکل داده و آن را هدفمند سازد. پالیسی‌ها دارای پشتوانه قانونی‌اند. پالیسی‌ها می‌توانند منفی باشند در صورتی که عمل حکومت را به شکل درست در امتداد اهداف ملی شکل ندهند.

پس باید یادآور شد که تدوین پالیسی برای سطح رهبری خدمات عامه نهایت حایز اهمیت است زیرا دانستن پالیسی، آن‌ها را کمک خواهند کرد تا طرح‌های پالیسی وزارت‌های خود را روی دست‌گیرند، پالیسی‌های موفق را تهیه و ترتیب کنند، موانع

احتمالی را مدنظر داشته باشند و بالاخره منحيث يك رهبر تبارز نموده تا ديگران از آن متابعت نمايند .

ويا بطورخلاصه مي توان گفت: پاليسي هاي عامه اصولي كه به وسيله مراجع ذيصلاح كشور وضع شده اند و به عنوان يك الگو و رهنما ، اقدامات و فعاليت هاي لازم در جامعه را رهبري مي كنند.

پس در آخرين تحليل مي توان يادآور شد كه:

پاليسي عبارت از يك رهنمود جامع براي تصميم گيري است، پاليسي دايره اي تصميم گيري را مشخص نموده و تعيين مي كند كه چه تصامي مي بايد گرفته شود و چه تصامي نبايد گرفته شود ، بنا پاليسي ها داراي پشتوانه قانوني بوده و دولت در مفهوم كلي يك نهاد قانوني پاليسي گذار عمومي است و از طريق قوانين، مقررات و ضوابط به تعيين خط و مشي عمومي مي پردازد .

فهرست منابع و مآخذ :

- ۱- اميري، محمد كاظم، پاليسي سازي، مؤسسه حميده برمكي براي حاكميت قانون، كابل: ۱۳۹۶ .
- ۲- رهنمود براي اشتراك كنندگان پاليسي، استراتيژي و رهبري ، انستيتوت خدمات ملكي افغانستان، كابل: ۱۳۸۸.
- ۳- منيب، دوكتور فريد احمد، اداره پاليسي عامه، پوهنتون يومف سويس، كابل: ۱۳۹۴
- ۴- رهنمود آموزشي، پاليسي عامه- استراتيژي و رهبري، انستيتوت خدمات ملكي افغانستان، كابل: ۱۳۹۱ .
- ۵- منيب، دوكتور فريد احمد، مديريت استراتيژيك، پوهنتون يومف سويس، كابل: ۱۳۹۵
- ۶- رهنمود آموزشي، پاليسي عامه و حكومتداري خوب براي توانمندسازي مديران ارشد، انستيتوت خدمات ملكي افغانستان، كابل: ۱۳۹۰ .
- ۷- پاليسي و اداره عامه ، پروگرام ماستري پاليسي و اداره عامه، پوهنتون كابل ، كابل : ۱۳۹۶.
- ۸- حميدي، خليل الله ، مباني سياست گذاري عمومي. چاپ اول انتشارات سراج ، كابل : ۱۳۹۴ .
- ۹- رهبريت استراتيژيك، پروگرام ماستري پاليسي و اداره عامه ، پوهنتون كابل، كابل : ۱۳۹۶ .
- ۱۰- اندوخته ها و تجارب عملي شخص نويسنده در قسمت پاليسي و استراتيژي طي ده سال گذشته در وزارت عدليه، كابل: ۱۳۹۷.

بررسی تطبیقی حجر در مال و اسباب آن در فقه و قانون مدنی افغانستان

مفتی محمدولی حنیف

چکیده

حجر یک امر شرعی و ضروری بوده که در ثبوت اصل آن از طرف شارع هیچ گونه اختلاف و تردیدی وجود ندارد، و هدف از آن پایمال کردن شرف و کرامت انسانی نبوده بلکه جز رحمت و مهربانی و لطف و همکاری چیزی دیگری نه است، و حجر با در نظر داشت اسباب مختلف آن گاهی به خاطر مصلحت فرد معین (محجورعلیه) و در مواردی هم به قصد حفظ مصلحت غیر و عامه است، و حجر دارای اسباب مختلفی است که برخی اتفاقی و عده ای هم در میان فقها اختلافی است. اما نظر به شرایط و زمان طبق قول جمهور فقها و قانون گذاران در توسعه اسباب حجر قسمی که

در ضمن حکمت تشریع حجر بیان می‌گردد نفع افرادی ایکه محجورعلیه قرار می‌گیرند جامعه خواهد بود چون هدف شرع و قانون از جمله در نظر گرفتن مصالح مردم است و تحقق مصالح گاهی در وارد کردن حجر و در مواردی هم در آزادی و انفکاک از حجر است بناءً حجر علاوه از اسباب اتفاقی در میان فقها که عبارت از صغر، جنون و رق (بردگی) است می‌تواند اسباب دیگری نیز داشته باشد که هدف از آن وارد کردن حجر را که عبارت از حفظ مصلحت همگان است در قبال داشته باشد. در مجموع اشخاص ذیل در موارد مختلف با در نظر داشت شرایط مختص و متعلق به هریکی آنها همراه با اختلاف فقها در صورت‌های مختلف تحت حجر در مال قرار می‌گیرند که عبارت‌اند از: صغیر، مجنون، غلام، معتوه، سفیه، مغفل، مفلس مدیون، فاسق، همسر در تبرعات اش، مریضی که در مرض مرگ قرار دارد، راهن در مال مرهونه، مفتی ماجن، طیب جاهل، مکاری مفلس (به اجرت دهنده نادار) به خاطر مصلحت عامه و شخص مرتد. از جمله سه فرد اول یعنی صغیر، مجنون، غلام به اتفاق فقها (رح) تحت حجر قرار می‌گیرند اما متباقی مذکور در نزد امام ابوحنیفه و امام زفر (رح) محجورعلیه قرار نه می‌گیرند و همچنان ابراهیم نخعی (رح) نیز به همین نظر بودند و دلایل جانبین به شکل تفصیلی درین مقاله بیان شده. اما در نزد دیگر فقها و ائمه کرام حجر تنها به سه مورد فوق منحصر نه بوده و دارای اسباب مختلفی است و علت مشروعیت حجر که همانا عبارت جلوگیری از ضیاع مال است هرگاه در هر موردی تحقق پیدا کند می‌توان حجر را وارد دانست، تا باشد که مال به هدر نه رود و یا در موارد بی‌سود صرف نه گردد قانون مدنی کشور نیز حجر را تنها به موارد اتفاقی منحصر نه نموده بلکه مواردی دیگری را نیز از قبیل غفلت، معتوهیت، افلاس و غیره طی مواد قانون گنجانیده است.

واژه گان کلیدی: حجر، محجورعلیه، صبی، مجنون، معتوه، سفیه و مفلس مدیون.

مقدمه

خداوند متعال به حفاظت از مال دستور داده است و یکی از راه‌های حفظ مال را همین حجر قرار داده است که به این وسیله جلوی این اشخاص را می‌گیرد: کسی که استفاده از مالش را نمی‌داند مانند دیوانه؛ یا کسی که مالش را به او بدهند بلد نیست که درست استفاده کند و ممکن است ضایع کند، مانند کودک؛ یا کسی که اسراف می‌کند مانند احمق و کم‌خرد؛ یا کسی که مانند افراد ورشکست به جای استفاده‌ی درست از مالش آن را به ضرر می‌فروشد؛ در چنین مواردی از تصرف فرد در مالش سلب اختیار می‌شود. حجر دو نوع است یکی حجر به سبب مصلحت شخصی که از تصرف منع شده و برای او سود است. و دیگر حجر برای مصلحت غیر است. نوع اول: مانند منع کودک و دیوانه و سفیه و نادان از تصرف در مالش، و دلیل آن قول خدا است که می‌فرماید: (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ) [البقرة: ۲۸۲]. «اگر کسی که بر او حقی است سفیه یا ناتوان (از نظر خرد)، یا کسی باشد که نمی‌تواند املاء کند، در این صورت ولی او حق را املاء کند و سند را بنویسد به عدل».

خداوند سبحانه و تعالی خبر داده است سفیهان که در اموال خود اسراف و تبذیر می‌کنند و ضعفاء که کودکان و بزرگانی هستند که نیکو تصرف نمی‌کنند و کسی که به علت دیوانگی قادر به املاء کردن نیست به نیابت آن‌ها اولیای آنان برای مصلحت و منافع آنان در اموالشان تصرف می‌کنند. نوع دوم که حجر برای حق غیر است: مانند حجر نهادن بر کسی که مفلس شده، و بر کسی که دچار بیماری خطرناک و مخوفی گشته و بر بنده. اما حجر نهادن بر مفلس برای حق صاحبان دیون و طلبکاران است، که مفلس حق ندارد به معامله و هبه وقف کردن مبادرت کند و همچنین از جمیع تصرفات

ممنوع است، چون تصرفات مالی او موجب فوت حق دیگران می‌شود پس تصرفات مالی او نافذ و قابل اجرا نیست و الا حجر نهادن بر او فایده ندارد. و اما حجر نهادن بر بیمار در جهت مصلحت وارثان است تا پس از استهلاك دیون در بیش از ثلث دارایی خود تصرفی نکند و نسبت به یک‌سوم دارائی‌اش بر او حجر نیست و حجر موت معتبر است. پس اگر وارث نداشت و در بیش از یک‌سوم مالش وصیت کرده بوده این وصیت به نسبت مازاد بر یک‌سوم باطل است و نسبت به یک‌سوم درست است.

محتویات این مقاله تحقیقی به دو بخش اساسی تقسیم گردیده است که در بخش اول تعریف حجر از حیث لغت و اصطلاح، مشروعیت حجر، حکمت تشریع حجر، اسباب حجر، اقسام حجر و در بخش دوم احکام حجر در مال بر محجورین یعنی احکام حجر در مال متعلق به صبی، مجنون، معتوه، مدیون مفلس، فاسق، همسر در تبرع‌اتش، مریضی که در مرض مرگ قرار دارد، راهن در مال مرهونه، مفتی ماجن، مکاری مفلس، طیب جاهل به خاطر مصلحت عامه و شخص مرتد از دیدگاه فقهای مذاهب چارگانه اهل سنت و قانون مدنی افغانستان به بحث گرفته شده است و نیز درین تحقیق از روش کتابخانه‌ی، توصیفی و از منابع معتبر و کتب معتمد فقه مذاهب اسلامی استفاده شده است.

بخش اول: کلیات

گفتار اول: تعریف حجر

حجر در لغت و شرع:

حجر در لغت به معنای منع آمده است، طوری که گفته می‌شود حجر علیه حجرا از باب نصر یعنی منع کرد او را از تصرف و به فتح و کسر "ح" هردو منقول است و همین معنی را این قول الله تعالی می‌رساند طوری که می‌فرماید: (وَحَرِّثُ حِجْرًا)

[۱:الأَنْعَام: ۱۳۸] و کشت بازداشته شده و منع شده است . و عقل را حجر می‌نامند چون صاحب اش را از ارتکاب قبایح بازمی‌دارد ، طوری که خداوند جل‌جلاله می‌فرماید . (هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ) [۱:الفجر: ۵]. آیا در این (چیزها) سوگندی برای صاحب‌خرد نیست؟! (۶۷ / ۲۳) و یا حجر در لغت به معنی منع و تضییق ، و حرام را هم به همین خاطر حجر می‌نامند چنانچه الله سبحانه‌وتعالی می‌فرماید: (وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا) [۱: الفرقان: ۲۲]. و (فرشتگان) می‌گویند: «(بهشت) بر شما ممنوع (و حرام) است و از همین لحاظ حطیم کعبه را حجر می‌نامند چون از شامل شدن در کعبه بازداشته شده. (۲۷۶ / ۲۴) . و همچنان قول رسول‌الله صلی‌الله علیه وسلم است در جواب کسیکه گفت : اللهم ارحمني وارحم ، محمداً و لا ترحم معنا احداً برایش فرمود لقد حجرت واسعاً یا اعرابی (۱۵۰ / ۴۳) یا الله بر من و محمد رحم بفرما و همراه با ما دیگر بر هیچ کس رحم مکن (رسول‌الله در جواب گفت): به تحقیق رحمت فراخ الله را قید ساختی ای اعرابی.

حجر در شرع عبارت است از: منع الانسان من التصرف فی ماله (۵۶۶ / ۲۹). یعنی باز داشتن انسان است از تصرف کردن در مال اش. و در مقابل آن اذن است به معنی آزاد کردن از حجر و از بین بردن حق بازداشتن (۲۷۶ / ۲۴) و یا حجر در شرع منع نفاذ تصرف قولی را گویند، و حجر نسبت به تفلیس از حیث اثر عام است چون حجر از نگاه تصرف در مال شامل منع صبی ، سفیه ، مجنون و اشخاصیکه در حکم ایشان است می‌گردد نه تفلیس (۳۰۱ / ۴۸) .

حجر در اصطلاح :

و اما معنای حجر در اصطلاح فقها نظر به اختلاف مذاهب در تفصیل و شرایط حجر فرق می‌کند بناءً تعریف موردنظر هر مذهب به ترتیب ذکر می‌گردد .

علماء احناف میگویند: الحجر هو عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه (۲۷/۵). یعنی حجر عبارت از منع ویژه است که متعلق است به شخص معین از تصرف مشخص یا از نافذ شدن آن تصرف. پس حجر در صورت ضرر محض از ابتداء صبی، مجنون و غیره را در تصرفات قولی باز می دارد، مانند طلاق دادن ایشان خانم های خود را، و اگر نفع محض باشد در هر صورت نافذ می گردد مانند هبه و غیره، و اگر دایر بین نفع و ضرر باشد موقوف به اجازه ولی است مانند خرید و فروش و غیره.

مالکی ها میگویند: الحجر صفة حکمیة توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فیما زاد علی قوته او تبرعه بزائد علی ثلث ماله. فدخل بالثانی حجر المریض و الزوجة و دخل بالأول حجر الصبی و المجنون و السفیه و المفلس و الرقیق (۲۲/ ۲۹۲). یعنی حجر عبارت از صفت حکمی (شریعت به آن حکم می کند) است که با ضرورت از نفوذ تصرف موصوف خویش در زاید از قوت وی ممانعت می کند یا از تبرع زائد از ثلث مال جلوگیری می کند. پس توسط قید اول حجر شامل صبی، مجنون، سفیه، مفلس و غلام می گردد یعنی این گروه منع کرده میشوند از تصرف کردن در زائد از قوت (خوردنی و نوشیدنی) بناءً اگر یکی از این ها خرید و فروش را انجام دهد یا تبرع کند اگرچه مقدار کم هم باشد تصرف وی موقوف باذن ولی است. و توسط قید دوم حجر بر مریض و زوجه به میان می آید پس این ها از تصرف در خرید و فروش منع کرده نه می شوند اما از تبرع کردن زائد از ثلث مال منع کرده میشوند.

حجر در نزد شوافع: هو منع التصرف فی المال لاسباب مخصوصة. یعنی باز داشتن است از تصرف در مال به علت اسباب خاص. پس به قید المال تصرف در غیر مال خارج گردید چون در آن حجر نیست پس سفیه، مفلس، و مریض توانند در امور

غیرمالی تصرف کنند مانند خلع ، طلاق ،ظهار و عبادت بدنی واجب یا مندوب اما در عبادات مالی تنها عبادات واجبه را انجام داده می‌تواند فقط مانند حج اما صبی و مجنون تصرف شان در هیچ چیزی مطلقاً نافذ نمی‌گردد .

تعریف حجر در نزد حنابلہ: الحجر هو منع مالک من تصرفه فی ماله . سواء كان منع من قبل الشرع كمنع الصغير و المجنون ، و السفیه او كان من قبل الحاكم كمنع الحاكم المشتري من التصرف فی ماله حتی یقضی الثمن الحال علیه (۱۱/ ۱۵۵) . یعنی حجر عبارت از منع کردن مالک است از تصرف نمودن در مال اش . برابر است که از جانب شارع باشد مانند منع نمودن صغیر ، مجنون و سفیه یا از جانب حاکم باشد مانند منع کردن حاکم مشتری را از تصرف نمودن در مال خریده‌اش تا اینکه ثمن آن را در صورتی که معجل است نه پردازد .

گفتار دوم : مشروعیت حجر

دلایل مشروعیت حجر از قرآن کریم :

۱- الله تعالى می‌فرماید : (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا) [۱: النساء: ۵] . و به سفیهان اموالتان را ندهید که خداوند آن را سبب قوام معیشت شما قرار داده است و از آن، خوراک و پوشاک شان دهید با آنان سخنی پسندیده بگویید .

در آیه مذکور الله متعال در خطاب به اولیاء حکم می‌کند که مال را به دست سفهاء و بی‌خردان نه سپارید ، تا مال ضایع نگردد ، پس نص مذکور دلالت دارد بر بازداشت ایشان از تصرف نمودن در اموال شان و حجر بر آنها نیز همین معنی را افاده می‌کند .

۲- قال الله تعالى : (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [۱: النساء: ۶] و یتیمان را بیازمایید تا وقتی که به (سن) ازدواج (و بلوغ)

برسند، پس اگر در ایشان رشد (کافی) یافتید، اموالشان را به آنان بدهید. در آیه مذکور الله متعال امر می‌کند به آزمایش یتیم‌ها در حفظ اموال شان ، و روش آن تا جایکه بنده از کتب فقه درک دارم طور است که قسمتی اندکی مال بآنها داده شود ، تا دیده شود که چه طور تصرف می‌کنند ، پس اگر از آنها آثار عقل مندی و شائستگی قبل از بلوغ دیده شد اینجاست که مال شان بآنها سپرده شود و اگر آثار عقل مندی دیده نه شد حجر در مال بر ایشان ادامه پیدا می‌کند ، بناءً نص مذکور دال است بر منع سپردن مال به آنها قبل از درک علائم عقل مندی و حسن تصرف واضح هست که حجر نیز چنین چیزی هست .

۳- قال الله تعالى : (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ) [۱: البقرة: ۲۸۲] اگر کسی که حق بر ذمه‌ی اوست سفیه یا ناتوان باشد، یا خود نمی‌تواند املا کند، پس باید ولی او با (رعایت) عدالت؛ املا کند . در آیه فوق الله متعال خبر می‌دهد و امر می‌کند برین که از طرف اشخاص مذکور اولیاء آنها در داد و ستد حق تصرف کنند و عدالت را مراعات کنند چون اختیار و حق تصرف به دست آنها است نه به دست اشخاص مذکور ، باین روش آیت دلالت می‌کند بر ثبوت حجر بالای آنها .

مشروعیت حجر از سنت :

طوری که در سنن و آثار صحیحه ثابت است نبی کریم صلی‌الله علیه وسلم بر حضرت معاذ رضی‌الله عنه تصرف مال اش را منع فرمود و آن را در بدل قرضی که بالای او بود بفروش رسانید طوری که در مستدرک حاکم روایت است : (أن رسول الله صلی‌الله علیه وسلم حجر علی معاذ ماله و باعه فی دین علیه (۲/ ۶۷) . و همچنان حضرت عثمان (رض) بر عبدالله بن جعفر حجر وارد فرمود به علت تبذیر و

اسراف کاری ایکه داشت. اَنَّ عبدالله بْنَ جَعْفَرٍ ابْتَنَعَ بَيْعًا ، فَقَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا تَبْنِ عَثْمَانَ لِيَحْجُرَ عَلَيْكَ ، فَأَتَى عبدالله بْنَ جَعْفَرٍ الزُّبَيْرَ ، فَقَالَ : قَدْ ابْتَعْتُ بَيْعًا وَإِنْ عَلِيًّا يُرِيدُ أَنْ يَأْتِيَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَثْمَانَ فَيَسْأَلُهُ الْحَجْرَ عَلَيَّ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَكَ فِي الْبَيْعِ . فَأَتَى عَلِيُّ عَثْمَانَ ، فَقَالَ : إِنَّ ابْنَ جَعْفَرٍ قَدْ ابْتَنَعَ بَيْعَ كَذَا فَاحْجُرْ عَلَيْهِ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَهُ فِي الْبَيْعِ ، فَقَالَ عَثْمَانُ : كَيْفَ أَحْجُرُ عَلَى رَجُلٍ شَرِيكَهُ الزُّبَيْرُ (۱۰۱/۱۳) . عبدالله بن جعفر یک معامله خریداری را انجام داد ، پس علی رضی الله فرمود که حتما نزد عثمان (رض) می‌روم و از وی می‌خواهم تا بر تو حجر را وارد سازد ، سپس عبدالله بن جعفر نزد حضرت زبیر (رض) آمد و گفت که من یک معامله خریداری را انجام داده‌ام و علی (رض) می‌خواهد که نزد امیر المومنین برود تا از وی بر من خواهان حجر گردد ، پس حضرت زبیر فرمود که من شریک توأم در معامله ایکه انجام داده‌ای . سپس علی (رض) نزد حضرت عثمان (رض) رفت و گفت فرزند جعفر معامله بیع چنین گونه‌ای را انجام داده است ، بناءً بر او حجر را وارد بساز . زبیر (رض) فرمود که من شریک وی هستم در بیع پس عثمان (رض) فرمود : من چگونه حجر را وارد بسازم بر شخصی که شریک وی زبیر است . پس از حدیث و اثر فوق به‌خوبی مشروعیت حجر واضح می‌گردد و هیچ‌گونه تردیدی در مشروعیت آن باقی نه می‌ماند تا اینکه به دلایل عقلی و اجتهادی نیاز باشد ولی در تائید می‌توان من حیث دلیل عقلی به حکمت‌های تشریع حجر ذیلاً مراجعه نمود .

گفتار سوم: حکمت تشریع حجر

در حقیقت هدف در حجر پایمال کردن کرامت و شرف انسان مطلوب نبوده ، بلکه جز رحمت و مهربانی و حفظ و همکاری چیزی دیگر مقصود نمی‌باشد ، رحمت و مهربانی بر محجور علیه طوری است تا مال وی اضافه گردد و نابود نه گردد تا باشد زمانی که مسئولیت‌های وی و ضرورت‌های لازمه زندگی‌اش بیشتر می‌شود از عهده آن‌ها برآمده بتواند ، و بازندگی نامساعد و فقربار دست‌وپنجه نرم نکند و سر دچار

مشکلات و زحمت‌های گوناگون نگردد، بلکه در مال و دارای خود راه بیرون رفت را دریابد و باسعادت زندگی دنیوی را سپری کرده بتواند، و اگر عمیقاً نگریسته شود، در حجر مصلحت افراد و جامعه هردو نهفته هست و همچنان دفع ضرر از هر دو را نیز در برداشته است، طوری که محجور را آموزش داده می‌شود که چگونه در امور تجارت و تصرفات مالی دست به عمل شود تا اینکه بار دوش جامعه نگردد، و همچنان اموال باید از هدر رفتن و هلاک شدن بی‌مورد نگهداری شود. بناءً دیده می‌شود اگر محجورعلیه صغیر، مجنون، معتوه باشد، حجر بر آن‌ها به خاطر عجز ایشان از تصرف کردن به وجه درست، مناسب است، تا مال آن‌ها حفظ گردد و اگر سفیه و مبذر باشد پس به خاطر اینکه مال را در موارد بی‌سود تلف نکنند. و اگر مغفل باشد حجر به خاطر این است که تصرفات سودمندی را انجام داده نه می‌تواند بلکه در بیوع و داد ستد متضرر می‌گردد. و اگر محجورعلیه مدیون باشد علت حجر رعایت اموال داینین است تا مال آن‌ها ضایع نگردد، و تا اینکه اشخاصیکه به دادن قروض حسنه به برادران ضرورت مند خویش کمک می‌کنند و آن‌ها را در مشکلات یاری می‌رسانند از همکاری آن‌ها بدگمان شده دست نکشند. بناءً حجر مصلحت محجورعلیه را به‌صورت حفظ مال و حقوق آن در بردارد و مصلحت جامعه و عامه مردم را به شکل دربستن راه‌های فقر و درماندگی و بیچارگی در بردارد. چون مال ستون فقرات زندگی دنیوی را من حیث وسیله تشکیل می‌دهد بناءً باید متصرف آن بدون اسراف و تبذیرتصرف کند، طوری که الله سبحانه و تعالی می‌فرماید: (إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا) [۱: الإسراء: ۲۷]. به‌راستی که تبذیر کنندگان؛ برادران شیاطین هستند، و شیطان نسبت به پروردگارش بسیار ناسپاس است. الله سبحانه و تعالی تأکید فرموده اولیاء و اوصیاء یتیم‌ها و مساکین را که در امور زندگی آن‌ها به نحو احسن و حق و عدالت سرپرستی نمایند. چه‌بسا اوقات شخصی پس‌ماندگان را می‌گزارد که به کمک و همکاری نیاز دارند، طوری که الله سبحانه و تعالی می‌فرماید: (وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا، إِنَّ الَّذِينَ

يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّهُمْ يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا (۱: النساء: ۹-۱۰) و کسانی که اگر فرزندان ناتوانی پس از خود بر جای بگذارند، بر (آینده) آنان می ترسند؛ باید (از ستم درباره یتیمان مردم نیز) بترسند، پس باید که از الله بترسند و سخنی سنجیده و درست بگویند ، بی گمان کسانی که اموال یتیمان را به ستم می خورند، جز این نیست که آتش را در شکم خود (فرومی برند و می خورند، و به زودی به آتشی برافروخته درآیند. و طوری که امام احمد و نسائی و ابو داود و غیرهم از ابن عباس رض الله عنه روایت کردند که ایشان فرمودند وقتی که آیت ذیل نازل گردید (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) [۱: الأنعام: ۱۵۲] و به مال یتیم نزدیک نشوید، مگر به نیکوترین وجهی (که برای اصلاح باشد)، مردم از اموال یتیم ها دوری می جستند تا اینکه خوراکه و گوشت بد بودار شد و سپس به نبی کریم صلی الله علیه وسلم خبر داده شد و در پی اش این آیت نازل گردید : (وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) [۱: البقرة: ۲۲۰] و اگر با آنان همزیستی کنید؛ آن ها برادران (دینی) شما هستند». و الله تباهکار را از درستکار می شناسد، و الله سبحانه و تعالی آزمایش و امتحان یتیم ها را قبل از سپردن مال به آن ها لازم گردانیده است طوری که الله جل جلاله می فرماید الله : (وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [۱: النساء: ۶] و یتیمان را بیازمایید تا وقتی که به (سن) ازدواج (و بلوغ) رسند، پس اگر در ایشان رشد (کافی) یافتید، اموالشان را به آنان بدهید، و قرآن کریم منع فرموده از دادن مال سفیه برایش به خاطر مصلحت خود سفیه و مردم طوری که الله سبحانه و تعالا می فرماید : (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا) [۱: النساء: ۵] و به سفیهان اموالتان را ندهید که خداوند آن را سبب قوام معیشت شما قرار داده است. و طوری که ذکر گردید در سنت حجر بر قرضدار منقول است برای دفع ضرر ازدائنین ، طوری که حجر وارد کردن از حضرت عثمان (رض) منقول است بالای مبذر تا مال او بیجا تلف نگردد ، و از روایت ذیل معلوم می گردد که آن شخص عبدالله بن جعفر بود . اما شافعی (رح) درمسند اش ازعروه بن الزبیر روایت نمودند که

عثمان (رض) بالای عبدالله بن جعفر حجر را صادر فرمود از جهت تبذیر و اسرافکاری ایکه داشت. (۴۴۶۳/۲۴). و همچنان نمونه دیگری حجر نبی کریم صلی الله علیه وسلم بر معاذ (رض) مال اش را و فروختن آن در مقابل دین وی . در جمع حکمت های حجر می توان گفت : بدون شک یکی از حکمت های وارد کردن حجر بالای شخصی که عقل اش مختل باشد مانند مجنون و معتوه این است که اموال از سوء تصرف اشخاصیکه مالکین هستند محفوظ بماند و همچنان اموال مردم از چنگال کسانیکه به ناحق و باطل مال می اندوزند در امن بماند و ، و همچنان شارع حجر را روا می داند بالای افرادی که مال را در هوا و هوس و غرائز نامشروع تلف می کنند تا باشد که مال محفوظ بماند و در امور ضروری فامیل و کسانیکه نفقه شان در زندگی و بعد از مرگ به دوش آن هاست به مصرف برسد. و همچنان حجر را که شارع مشروع گردانیده شامل کسانی می گردد که در امور افتاء دست فراخی می کنند درحالی که اهل علم نیستند و از حقیقت حکم شرعی بی خبر هستند و بالاخره توسط فتوای خود در میان مسلمان ها سبب فتنه می گردند . و همچنان حجر وارد کرده می شود بر طبیب جاهل در صورتی که از فن طبابت و درمان کاملاً بی بهره است تا مردم دچار مشکلات و نا بسامانی ها نگردند . به همین ترتیب حجر وارد کرده می شود بر مکاری مفلس (مفلسی که اسپ یا شتر را و امثال این دو را به کرایه بدهد و از قبل اجرت آن را اخذ نماید اما زمانی که آوان تحویل دهی برسد معلوم گردد که اصلاً شتر و غیره نداشته است ، (۲۲۸/۱۸) . به علت اینکه اموال مردم را به ناحق تلف می کند

گفتار چهارم: اقسام و اسباب حجر

الف: اقسام حجر

حجر به اعتبار مصلحت مقصوده به دو نوع است :

اول : به خاطر مصلحت محجور علیه ، مانند حجر بر مجنون ، سفیه ، صغیر ، و

شخص اسراف کار چون غالباً فایده حجر به خود افراد مذکور برمی گردد.

دوم : حجر به خاطر مصلحت غیر مانند حجر بر مدیون مفلس به خاطر حق غرماء (دائنین) و حجر بر مریضی که در مرض مرگ قرار دارد در زائد از ثلث ترکه به خاطر حق ورثه ، بناءً حجر بر اشخاص مذکور غالباً به خاطر حق غیر است (۳۰ / ۵۶۶) . و همچنان تقسیم‌بندی مذکور در کتاب الفقه الاسلامی وادلته و الموسوعه الفقهیه الکویتیه تذکر یافته است .

ب: اسباب حجر

در تعداد اسباب حجر فقها اختلاف نظر دارند یعنی حجر دارای اسباب متعددی است که برخی اتفاقی و تعدادی هم اختلافی است ، در نزد امام ابوحنیفه (رح) اسباب موجب حجر تنها سه چیز است که عبارت‌اند از صغر ، جنون ، رق (بردگی) زیرا که در این سه صورت یا اهلیت کاملاً از بین می‌رود و یا هم ناقص می‌ماند و این قول از امام زفر (رح) نیز منقول است اما در نزد جمهور فقها مثلاً امام شافعی و امام ابو یوسف و امام محمد و دیگر عامه اهل علم (رح) علاوه بر این سه چیز دیگر دواعی حجر نیز وجود دارد چون : سفه ، تبذیر (اسراف) و همچنان مطل غنی (تاخیر کردن شخص سرمایه‌دار در پرداخت دیون) و تحت قرض‌های زیاد قرار گرفتن ، خوف هلاک شدن مال در تجارت ، تلجنه یعنی مال خود را به بعض ورثه بخشیدن تا برخی دیگری محروم بماند (۱۵۹/۲۵) یا اینکه تلجنه از الجأته إلى کذا به معنی مجبور ساختن کسی را است و هدف از آن بیعی است که در آن انتقال ملکیت مقصود نه است یعنی در صورتی که شخصی خوف داشته باشد که مال اش را شخصی توسط بیع یا به نحوی دیگری ایکه مستحق است می‌گیرد پس به خاطر دفع آن با شخصی ثالث به خاطر نجات دادن مال خویش بیع کاذبانه را انجام بدهد (۱۲۰/۴۵) ، اقرار در حق غیر غرماء را نیز اسباب حجر می‌دانند ، بناءً در نزد ایشان بر سفیه که مال را در راه‌های نامطلوب تلف می‌کند و همچنان شخص اسراف‌کار در نفقه و کسیکه با وصف توان پرداخت قرض نه می‌پردازد اگر این عادت او نزد قاضی ظاهر گردد و غرماء (دائنین) تقاضا

نمایند که مال او را در بدل قرض آن‌ها به فروش برساند و همچنان شخصی که قرض‌های زیادی بر او عاید گردیده باشد و صاحب دارای است ولی داینین خوف دارند از هلاک شدن مالی که دارد که مبدا در تجارت اش بیشتر خساره مند شده مال را از بین ببرد بناءً نزد قاضی رفته ماجرا را در میان می‌گذارند ، و بر او خواهان حجر می‌گردند ، یا داینین خوف این را داشته باشند که مدیونشان به خاطر حفظ مال خود در حق کسی دیگری مبدا اقرار نه کند پس از قاضی بخواهند تا او را از اقرار در حق غیر منع کند یعنی در این اقرار بر او حجر را وارد کند پس در موارد مذکور در نزد جمهور فقها حجر وارد می‌گردد نه در نزد امام ابوحنیفه (رح) .

اما آنچه که از قانون مدنی افغانستان برمی‌آید وانمود می‌سازد که هدف مقنن عام‌تر بوده نسبت به نظریه امام ابوحنیفه (رح) و در برخی موارد مذکور به تائید آراء جمهور فقها چنین تصریح می‌نماید : شخص بالغ به سبب جنون ، معتوهیت ، سفاهت یا غفلت وی در اداره اموال محکوم به حجر گردیده و تا وقتی دوام می‌کند که محکمه به رفع آن حکم نه نموده باشد (۴۷/ م : ۳۱۹) . پس دیده شد که در ماده قانون گذشته از سه موارد اتفاقی حجر (صغر ، جنون ، رق) مواردی دیگری نیز یعنی عته ، سفه ، و غفلت نیز از موارد حجر به شمار می‌آید. اما آنچه که منقول است از امام ابوحنیفه (رح) در مورد این که حجر را وارد نه می‌دانست مگر بالای سه نوع اشخاص یعنی مفتی ماجن: کسیکه پروای آنچه را که انجام می‌دهد نداشته باشد ، (۲۳/ ۲۹۰) یا اینکه مفتی ماجن کسی است که به مردم حيله‌های گوناگونی باطل را یاد بدهد مثلاً به زنی بگوید که اگر می‌خواهی که از شوهرت باین گردی مرتد شو باز مسلمان شو به مردی یاد بدهد که اگر می‌خواهد که زکات از وی ساقط گردد مرتد گردد و سپس مسلمان شود خلاصه اینکه پروای حلال را حرام و برعکس را نداشته باشد (۴۶/ ۹) . و همچنان طبیب جاهل و مکاری مفلس: کسیکه حیوانی را به اجرت به کسی بدهد و اجرت را از قبل بگیرد اما زمانی که آوان تسلیم دهی حیوان به شخصی که به اجرت گرفته و سفر

فرارسد معلوم گردد که چنین حیوانی برای سواری اصلاً نداشته است (۹/ ۴۶) پس مراد از حجر بر این سه نوع اشخاص حجر حقیقی که هدف از آن حجر مصطلح شرعی باشد تا از نفوذ تصرف جلوگیری کند نه است، طوری که اگر مفتی مذکور بعد از وارد شدن حجر بر وی درست فتوی بدهد فتوی او درست است، قسمی که اگر قبل از حجر بالای وی فتوی نادرست می‌داد فتوایش مردود به شمار می‌رفت، همچنان اگر طبیب نادان اودیه را به فروش برساند بیع او نافذ می‌گردد پس معلوم گردید که هدف حجر حقیقی نبوده بلکه باز داشتن آن‌ها عملاً مقصود است چون این‌طور رفتار با آن‌ها از قبیل امر به معروف و نهی از منکر به شمار می‌آید نه از باب حجر بر آن‌ها چون مفتی ماجن ضرر دینی را بر مردم وارد می‌سازد و طبیب نادان ضرر جسمی و فیزیکی را ایجاد می‌کند و مکاری مفلس ضرر مالی را خلق می‌کند. (۱۶۹/۴۱)

دلایل جمهور:

خداوند متعال می‌فرماید: (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ) [۱: البقرة: ۲۸۲] یعنی اگر کسی که حق بر ذمه‌ی اوست سفیه یا ناتوان باشد، یا خود نمی‌تواند املا کند، پس باید ولی او با (رعایت) عدالت؛ املا کند. یعنی الله تعالی برای هریک از افراد مذکور در آیت ولی ای رامی‌گمارد تا از طرف اوارد صحنه عمل گردد و در امور متعلق بر آن‌ها تصرف کند و از جمله چنین اشخاص یکی هم سفیه است طوری که در آیت به‌صراحت بیان گردید، اما در نزد امام ابوحنیفه (رح) بر سفیه ولایت هیچ کس جاری نه می‌باشد، زیرا که اگر بر اوولی گماشته شود پس باید که تصرفات او نافذ نه گردد مانند صبی و مجنون در حالی‌یکه این‌طور نیست.

دلیل دیگر قول خداوند است که می‌فرماید: [وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ] [۱: النساء: ۵] و اموال خود را که الله آن را وسیله قوام (زندگی) شما قرار داده است، به سفیهان (و کم‌خردان) ندهید. خداوند متعال در این آیت منع فرموده از دادن مال به سفهاء ، اما در نزد امام ابوحنیفه (رح) در سن بیست و پنج سالگی مال سفیه در هر صورت به او سپرده می‌شود . و همچنان از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت است که مال معاذ بن جبل را در بدل قرض‌های وی به فروش رسانید ، و این دلیل روشن بر موضوع باب است چون به فروش رسانیدن مال او در چنین حالتی که حضرت معاذ (رض) داشت دال بر عدم رضامندی وی می‌کند .

دلیل عقلی :

تصرفات شرعی به خاطر مصالح مردم مشروع گردیده است و مصلحت گاهی در آزاد بودن از حجر و گاهی هم در حجر وارد کردن نهفته است ، و در صورت‌های متذکره که بنا بر نظر جمهور باید حجر وارد کرده شود مصلحت در حجر است نه در آزادی ، از همین لحاظ صغیر اگر به بلوغ برسد و سفیه باقی بماند به اتفاق آراء تا عمر بیست و پنج سالگی حجر بر او وارد دانسته می‌شود ، و از همین لحاظ بر صبی و مجنون حجر وارد کرده می‌شود به اساس اینکه مصلحت در حجر وارد کردن بر آنها ظاهر است ، پس همچنان در مسائل مذکور مصلحت در وارد کردن حجر است نه در آزادی از حجر .

دلایل امام ابوحنیفه (رح):

: امام ابوحنیفه (رح) استدلال می‌کند به عموماتی که در باب بیع ، هبه ، اقرار ، ظهار ، قسم وارد شده است طوری که الله تعالی می‌فرماید: [وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ] [۱: البقرة: ۲۷۵] خداوند خرید و فروش را حلال گردانیده و همچنان می‌فرماید: [يَا أَيُّهَا

الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ [۱: البقرة: ۲۸۲] ای کسانی که ایمان آورده‌اید! هرگاه به همدیگر تا مدت معینی وامی‌دادید (یا معامله‌ی نسبی‌ای انجام دادید). آن را بنویسید، الی قول خداوند [وَلَا يَبْخَسُ مِنْهُ شَيْئًا] [۱: البقرة: ۲۸۲] و از آن چیزی نکاهد. پس‌الله متعال بدین را جواز داده طوری که به نوشتن فرا خوانده و حق را اثبات فرموده به این‌طور که امر فرموده به املا شخصی راکه بر او حق است و از کم کردن حق دیگران مطلقاً بدون تخصیص منع فرموده و همچنان می‌فرماید [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ] [۱: النساء: ۲۹] ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از راه‌های نامشروع) نخورید، مگر اینکه تجارتی با رضایت شما (انجام‌گرفته) باشد (۴۱/ ۲۶۹). و سبب اختلاف در مسائل مذکور برمی‌گردد به دفع ضرر از اشخاص مذکور و همچنان دفع ضرر از عامه مردم نه به علت قصور اهلیت (۲۴/ ۲۸۳). و در الموسوعة الفقهية الكويتية به نقل از کتب مختلف فقهی مثلاً بحر الرایق، و غیره حجر بر سفیه و بر مریضی که در مرض موت قرار دارد از جمله اسباب اتفاقی بین جمهور علماء به جز امام ابوحنیفه (رح) برشمرده است و حجر بر مرتد به خاطر مصلحت مسلمان‌ها و حجر بر زوجه در زائد از ثلث مال را از جمله اسباب اختلافی حجر میان جمهور علماء قلم داد نموده است. (۵۰/ ۸۷).

بخش دوم: احکام حجر در مال بر محجورین

گفتار اول: حجر بر صغیر

تعریف بلوغ :

بلوغ در نزد فقها: عبارت از قوتی هست که پدید می‌گردد برای شخص و او را از حالت طفولیت به حالت فرد کامل بودن منتقل می‌سازد. یا اینکه : الْبُلُوغُ انْتِهَاءُ قُتْرَةِ الصَّغَرِ وَالْدُّخُولُ فِي حَدِّ الْكِبَرِ یعنی بلوغ به پایان رسیدن مرحله صغر و داخل شدن در

مرحله بزرگی را گویند . (۱۶۰/۴۹) . و علایم بلوغی ایکه قابل اعتبار است در پسرها احتلام ، و حامله ساختن ، و انزال است و در دخترها احتلام ، حیض و حامله شدن است و علائم مذکور علائم طبیعی بلوغ است و اگر این علایم دیده نه شد اعتبار بلوغ به سن و سال کرده می شود در نزد ائمه ثلاثه و امام ابو یوسف و امام محمد و در یک روایت از امام ابو ابحنیفه (رح) عمر پانزده سالگی حد بلوغ قرار گرفته است ، ابن عابدین (رح) می فرماید که فتوا به همین قول است بنا بر دلایل ذیل .

اول : اینکه عمرهای مردم این زمان کوتاه اند پس ظاهر است که هر مرحله زندگی را به زودی طی می کنند .

دوم : اینکه ابن عمر (رض) در غزوه احد به رسول الله پیش کرده شد و چهارده سال داشت پس نبی علیه السلام او را رد کرد و در غزوه خندق که پانزده سال داشت قبول اش فرمود .

سوم : اینکه عادت غالب در اهل این زمان این است که در عمر پانزده سالگی به بلوغ می رسند

اما امام ابوحنیفه (رح) هجده سال را در حق مرد اندازه فرموده و هفده سال را برای زن معیار دانسته است ، (۱۵۳/۵ و ۱۵۴) . و در مرحله بلوغ انسان از لحاظ جسمی و عقلی به تکامل می رسد و اهلیت اداء کامل برای وی ثابت می گردد و مکلف می گردد تا واجبات مالی و غیرمالی خود را انجام دهد برابر است که از حقوق الله باشد و یا از حقوق العباد . به اجماع فقهاء کرام صبی ایکه به بلوغ نه رسیده باشد به حکم شرع محجور علیه قرار می گرد تا اینکه به بلوغ برسد و بعد از بلوغ نیز حجر بروی ادامه پیدا می کند تا اینکه آثار سفه در وی دیده نه شود ، چون خداوند متعال می فرماید : [وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ] ۱ : سورة

النساء / ۶] و یتیمان را بیازماید تا وقتی که به (سن) ازدواج (و بلوغت) رسند، پس اگر در ایشان رشد (کافی) یافتید، اموالشان را به آنان بدهید. چون درک و فهم وی کمتر است بناء در نزد جمیع فقهاء اهلیت تصرف را تا زمانی که بالغ و رشید نگردد ندارد ، زیرا که خداوند می فرماید : [فَإِنْ أَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا] یعنی زمانی که در آنها حفظ مال و صلاح و تدبیر را دانستید و مشاهده نمودید ، پس مال را به آنها بسپارید .

و در نزد جمهور علماء حجر به نسبت صبی خاتمه نه می یابد و مال به وی سپرده نه می شود تا اینکه دو امر در وی دیده نه شود (بلوغ و رشد) اگرچه به پیری برسد برخلاف امام ابوحنیفه (رح) که در نزد وی بعد از بیست و پنج سالگی به هر حال مال به وی سپرده می شود . و آیت در نزد جمهور عام است ، چون کلمه رشد نکره درسیاق شرط واقع گردیده که شامل مال و دین می گردد ، طوری که در مغنی المحتاج ذکر است در جواب کسانی که هدف از رشد تنها صلاح و درست کاری را در مال می دانند ، به این طور که نکره هرگاه درسیاق شرط واقع شود عام می گردد قسمی که امام حرمین (امام جوینی) به این امر تصریح نموده اند (۳۲ / ۱۳۵) . پس اطلاق رشید به شخصی می گردد که مرتکب حرامی نه گردد که عدالت او را از بین ببرد و اسراف کار نباشد طوری که مال را به متحمل شدن غبن فاحش در معاملات یا انداختن مال در دریا یا صرف کردن آن در حرام تلف کند. امام قرطبی (رح) می گوید که علماء در تاویل (رشد) اختلاف نمودند طوری که حسن و قتاده می گویند که هدف از رشداً در آیت صلاح در عقل و دین است . و ابن عباس (رض) ما و سدی و ثوری (رح) می گویند که مراد از رشد صلاح در عقل و حفظ مال هرود را در بر می گرد . و سعید ابن جبیر و شعبی می گویند که گاهی انسان به ریش خویش دست کش می کند (به سن بزرگی می رسد) در حالی که رشد وی در عقل اش تکامل نیافته ، پس به یتیم مال وی سپرده نه می شود اگرچه به مرحله پیری برسد تا اینکه از وی رشد را دیده نه شود . و همچنان

ضحاک (رح) می‌فرماید که مال یتیم به او سپرده نه می‌شود اگرچه به سن صدسالگی برسد تا اینکه اصلاح تصرف از وی در مال او دیده نه شود. و مجاهد (رح) می‌گوید که: اطلاق رشد در مورد عقل می‌گردد فقط. و اکثر علما برین نظر هستند که مرحله رشد نه است مگر بعد از بلوغ، و همچنان اگر بعد از بلوغ آثار رشد در وی دیده نه شود اگرچه به پیری برسد حجر از وی زایل نه می‌گردد (۳۷ / ۳۹). اما مذهب امام ابوحنیفه (رح) عکس آن است طوری که در صفحات گذشته به آن اشاره صورت گرفت، و همچنان مذهب ابراهیم نخعی بر این بوده و امام زفر (رح) نیز به همین نظر بودند. و ازجمله دلایل ایشان این است که حبان ابن منقذ در داد و ستد تاوانی و خساره مند می‌شد و رسول‌الله صلی‌الله علیه وسلم او را گفت که از خرید و فروش دست بکش در جواب گفت من از این معامله دست برداشته نمی‌توانم پس نبی علیه‌السلام به وی گفت (فَإِذَا بَايَعْتَ فِقْلًا لَا خِلَابَةَ وَ لَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا) یعنی هرزمانی که خرید و فروش را انجام دادی بگو که فریب کاری نباشد با من و برای من سه روز مهلت خیار داده شود. و از نبی علیه‌السلام خواسته شد تا بر او حجر را وارد کند اما نبی علیه‌السلام چنین نکردند پس معلوم گردید که حجر بر وی جواز نداشت، اما امام قرطبی (رح) می‌فرماید که این امر به شخص حبان ابن منقذ خاص بود طوری که در تفسیر سوره بقره تفصیل آن را بیان نموده است، بناءً حجت بوده نمی‌تواند، بناءً قول جمهور فقها ترجیح داده می‌شود، چون از جمع صحابه کرام (رض)م حضرت عثمان، حضرت علی، حضرت عایشه، ابن عباس، و عبدالله ابن جعفر رضوان‌الله علیهم اجمعین و از تابعین شریح (رح) و بعد از آن امام مالک و اهل مدینه و اوزاعی و اهل شام و امام ابو یوسف و محمد و امام احمد و اسحاق و ابو ثور قائل به محجور علیه بودن سفیه هستند بدون قید عمر. (۳۷/۳۹).

اثر حجر بر تصرفات صغیر :

طوری که گفته شد هرگاه شخصی به بلوغ برسد ولی بازهم سفیه باقی بماند حجر بر وی ادامه پیدا می کند ، ولی برخی فقها در حکم تصرفات صبی ممیز و غیر ممیز فرق نموده اند به این طور که آیا تصرفات صبی ممیز صحیح غیر نافذ است و یا هم از ابتدا فاسد شمرده می شود ؟ شرح آن قرار ذیل است :

علماء احناف بر این نظر هستند که طلاق دادن صبی ، اقرار ، و آزاد کردن وی درست نه است اگرچه ممیز هم باشد ، اما اگر صبی عقدی را انجام دهد که در آن نفع محض باشد مانند قبول کردن هبه ، صدقه و غیره جواز دارد . و همچنان اگر صبی به اجرت نزد کسی کار کند و مدتی را سپری نماید بازهم استحسانا مزد وی بالای مالک کار واجب می گردد . و اگر عملی را انجام دهد که دایر بین نفع و ضرر باشد و این در حالی است که از حقیقت چنین عقد باخبر هست یعنی این را می داند که در چنین معامله چیزی به دست می آید ولی چیزی از دست می رود ، پس در این صورت اگر ولی وی اجازه بدهد عقد چنین صبی ممیز درست تلقی می گردد و اگر ولی رد نماید عقد باطل پنداشته می شود . و این در صورتی است که عقد متضمن غبن فاحش نه باشد وگرنه در هر صورت باطل است اگرچه اذن ولی هم باشد ، و همچنان اگر صبی از حقیقت چنین معامله آگاه نباشد ، بازهم عقد در هر صورت باطل است . و اگر صبی چیزی با ارزش کسی را تلف کند برابر است که ممیز باشد یا غیر ممیز یا جان کسی را تلف کند ضامن قرار می گیرد ، چون طوری که گفته شد حجر بر تصرفات فعلی وارد نه می گردد ، و ضامن قرار گرفتن وی از نوع خطاب وضع: نوع خطاب خداوندی است که یک شی را شرط یا سبب و یا هم مانع از شی دیگر می گرداند مانند شرط بودن وضو برای نماز و ملک نصاب سبب برای زکات (۲۰ / ۱۹۷) . و تعریفی که اباضیه برای

خطاب وضع نمودند مطابقت اش به موضوع خوب تر به نظر می آید : یعنی خطاب وضع خطابی است که در آن علم ، قدرت ، اختیار ، و قصد شرط نیست به خلاف خطاب تکلیف (۱۱۸/۲۸). است که موقوف به تکلیف نیست . لذا اگر شی باارزش کسی را تلف کند در مال وی ضمان لازم می گردد ، و اگر مرتکب قتل شود دیت بر عاقله وی لازم می گردد ، مگر در برخی صورت ها که از جانب مالک مسلط است مانند این که چیزی را که به قرض گرفته است تلف کند ، یا چیزی که نزد اودیعت گذاشته شده است بدون اذن ولی یا به عاریت به او سپرده شده یا بدون اذن ولی چیزی به او فروخته شده باشد ، یعنی در این صورت ها اگر تلف کند ضامن قرار نه می گیرد به علت این که در حقیقت مالک مال او را مسلط به اتلاف نموده است (۹۰ /۴ - ۹۲) .

فقها مالکی بر این نظر هستند که صبی محجور علیه است تا اینکه بالغ و رشید گردد ، و اگر مونث باشد باید که صاحب شوهر باشد ، و اشخاص عادل به صلاح حال وی گواهی بدهند . و اگر صبی تصرفی را بدون اذن ولی در مقابل عوض انجام دهد مانند خرید و فروش و هبه ثواب (هبه در مقابل عوض) در این صورت ولی حق رد را دارد و اگر تصرف بلاعوض باشد ولی جز رد اختیاری دیگری ندارد مانند اقرار به دین . و همچنان صبی ممیز می تواند تصرفی را که قبل از آوان رشد انجام داده است بعد از اینکه به رشد برسد فسخ نماید ، در صورتی که ولی اش از این تصرف او بی خبر باشد یا اصلاً ولی نداشته باشد یا این تصرف وی از یاد ولی رفته باشد . و اگر بعد از رسیدن به رشد حانث قرار گرفت بنا بر قسمی که در حالت صغر انجام داده بود مثلاً در حال صغر قسم یاد نموده بود که اگر فلان کار انجام دهد همسر وی طلاق است ، یا غلام وی آزاد است پس بعد از بلوغ و رشد آن کار را انجام داد در این صورت بر وی چیزی لازم نه می گردد.

و همچنان در نزد فقها مالکی بر صبی و سفیه حجر در آنچه که به ضرورت زندگی تعلق دارد وارد کرده نه می شود به طور مثال در یک درهم ، و تصرف وی در یک درهم رد کرده نه می شود مگر این که حسن تصرف نداشته باشد .

و صبی برابر است که ممیز باشد یا غیر ممیز اگر مال کسی را تلف کند ضامن قرار می گیرد به این طور که اگر صاحب مال بود از مال وی گرفته می شود و اگر مال نه داشت در ذمه وی لازم می گردد تا اینکه مال به دست آورد و از مال وی گرفته شود . وصیت صبی ممیز درست است اگر در وصیت وی خلط کلام و تضاد نباشد و نیز وصیت وی در حق غیر اقارب نباشد .

فقها شوافع بر این نظر هستند که صبی محجور علیه است تا زمان بلوغ برابر است که مذکر باشد یا مونث ، ممیز باشد یا غیر ممیز . و صبی بودن ولایت را از بین می برد و همچنان به عبارت صبی در معاملات اعتبار داده نه می شود ، مثلاً در خرید و فروش و همچنان در امور دینی نیز به عبارت صبی اعتبار داده نه می شود مثلاً اسلام و عدم اسلام وی را دیده نه می شود ، مگر اینکه در صورت ممیز بودن به انجام دادن فریضه دینی مستحق ثواب می گردد اما کمتر به نسبت درجه ثواب شخص بالغ در عبادت نفلی و این فرق شاید به خاطر این باشد که خطاب شرع متوجه چنین کس نه است و قیاس مقتضی این بود که اصلاً مستحق ثواب نباشد ولی به طور ترغیب در عبادات مستحق ثواب می گردد تا اینکه بعد از بلوغ عبادات را ترک نکند . و همچنان صبی ممیز در اجازه گرفتن هنگام داخل شدن در خانه از صبی غیر ممیز مستثنا است یعنی باید که بدون اجازه گرفتن داخل نه گردد و همچنان اگر صبی ممیز باشد در رسانیدن هدیه تصدیق کرده می شود و هدیه : هدیه محسوب می گردد به شرط اینکه دروغ وی در میان مردم شایع نباشد . و صبی برابر است که ممیز باشد یا غیر ممیز مالک اشیا ء مباحه بوده

می‌تواند و همچنان به از بین بردن منکرات مستحق اجر و پاداش می‌گردد مانند شخص مکلف (۱۶۶/۳۱).

فقهاء حنابله حکم صبی، مجنون را مانند حکم سفیه می‌دانند در حق وجوب ضمان اگر شی باارزش کسی را تلف کنند بدون اذن وی یا غصب کنند و در نزد آنها تلف گردد، و همچنان حکم آنها با حکم سفیه یکسان است در انتفاء ضمان به شرط این‌که به اختیار مالک صورت گرفته باشد و یا از طرف مالک مسلط گردیده باشند مانند ثمن مبیع و قرض دادن و خواستن، اما در ودیعت و عاریت اگرچه به علت تقصیر آنها باشد بازهم ضمان نیست، و اگر به قصد تلف کنند در این صورت در ضمان دو قول است.

چه زمانی مال به صبی سپرده می‌شود:

هنگامی که صبی به بلوغ برسد و رشید نیز باشد یا اینکه به بلوغ برسد ولی بعداً رشید و عاقل جلوه کند مال او به او سپرده می‌شود و از حجر آزاد می‌گردد، زیرا که خداوند می‌فرماید: (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [النساء/۶]. و یتیمان را بیازمایید تا وقتی که به (سن) ازدواج (و بلوغت) رسند، پس اگر در ایشان رشد (کافی) یافتید، اموالشان را به آنان بدهید. و در این مورد قول نبی علیه‌السلام نیز وجود دارد طوری که می‌فرماید: لَا يُتِمَّ بَعْدَ احْتِلَامٍ (۱۱۵/۲۷). یعنی بعد از بلوغ یتیم بودن نیست. و در آزادی از حجر نیاز به حکم قاضی نیست چون ثبوت حجر بر وی نیاز به حکم قاضی نداشت پس زوال آن نیز نیاز به حکم حاکم ندارد و این قول جمهور فقهاء احناف، شوافع در مذهب، و حنابله، است (۹۰/۵۰).

اما فقهاء مذهب مالکی تفصیل کرده‌اند، به این‌طور که صبی از جنس ذکور است و یا هم از قشر اناث: اگر مذکر باشد باز به سه نوع است:

اول : اینکه پدرش به قید حیات باشد پس در این صورت به محض به بلوغ رسیدن صبی از حجر آزاد می گردد به شرط اینکه علامات سفه در وی دیده نه شود یا پدرش بر وی حجر را وارد نسازد.

دوم : پدر صبی به قید حیات نباشد و بالای صبی وصی مقرر باشد در این صورت از حجر آزاد نه می گردد مگر اینکه رشید قرار داده شود ، پس اگر وصی از جانب پدر مقرر گردیده باشد که آن را وصی مختار می نامند می تواند بدون اذن قاضی صبی را که تازه به بلوغ رسیده رشید قرار بدهد ، و اگر از جانب قاضی مقرر گردیده باشد در این صورت اذن قاضی ضروری هست .

سوم : صبی به بلوغ برسد و پدر و یا وصی نداشته باشد پس در این صورت به مجرد به بلوغ رسیدن او رشید نیز قرار می گرد مگر اینکه آثار سفه در وی دیده شود .
و اگر صبی که به بلوغ می رسد مونث باشد پس به دو نوع است :

اول : پدرش به قید حیات باشد در این صورت در حجر باقی می ماند تا اینکه ازدواج نماید و شوهرش با او یکجا شود و مدتی را بعد از یکجا شدن با شوهرش همراه با وی سپری کنند .

و در تعیین مدت از یک سال تا هفت سال اختلاف کرده شده . و همچنان شرط است که صاحب تصرف خوب و درست در مال بوده باشد و اشخاص عادل بر این حالت وی گواهی بدهند.

دوم : اینکه بر وی وصی مقرر باشد یا از جانب قاضی بر وی شخصی ناظر مقرر باشد در این صورت از حجر آزاد نه می گردد مگر به این چهار امور (به بلوغ رسیدن وی ، هم بستر شدن شوهرش به او ، و به سر بردن مدتی بر این حالت ، و ثابت شدن

حسن تصرف وی توسط شهادت اشخاص عدول) و همراه با این چهار شرط این نیز لازم است که وصی و یا و قیم یک از طرف قاضی مقرر شده او را از حجر آزاد کنند و او را رشیده قرار دهند وگرنه تصرفات او مردود باقی خواهد ماند ، اگرچه مدتی طولانی بدون شوهر باقی بماند و یا همراه با شوهر مدت طولانی را سپری نمایند.

اما احناف می گویند که صبی اگر به بلوغ برسد ولی سفیه باقی بماند مال اش به او سپرده نه می شود تا اینکه به عمر بیست و پنج سالگی برسد مگر تصرفاتی را که قبل از رسیدن به سن مذکور انجام می دهد نافذ می گردد و مر هنگامی که به سن بیست و پنج سالگی رسید مال به او در هر حال سپرده می شود اگرچه مفسد و مبذر هم باشد زیرا که خداوند می فرماید : (وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ) [۱: النساء / ۲] و به یتیمان اموال شان را بدهید، و (اموال) ناپاک (خود) را با (اموال) پاک (یتیمان) عوض نکنید. و مراد از یتیم در آیه کریمه کسی هست که بالغ باشد و به علت نزدیک بودن به زمان صغر در آیه کریمه یتیم نامیده شده است ، و دیگر اینکه در زمان اول بلوغ سفیه از وی دور بوده نه می تواند چون به زمان صغر نزدیک است لذا امام ابوحنیفه (رح) بیست و پنج سال را آخرین میعاد مقرر نمودند چون در بیست و پنج سالگی به کمال عقل مندی می رسد . و از عمر (رض) روایت است که فرمودند : يَتَهَيَّ لُبُّ الرَّجُلِ إِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً . (۹۷/۴۴) . یعنی عقل انسان در عمر بیست و پنج سالگی به نهایت خود می رسد . و همچنان روان شناس ها می گویند که کسی که به عمر بیست و پنج سالگی برسد به تکامل و رشد می رسد ، طوری که قبلاً ذکر گردید انسان در سن بیست و پنج سالگی امکان دارد که پدر کلان قرار بگیرد ، به این شکل که کمترین زمان مدت بلوغ ۱۲ سال است و در کمترین مدت حمل که شش ماه است فرزندی از وی به دنیا می آید و آن فرزند به عین صورت در ۱۲ سالگی به بلوغ می رسد و در طول شش ماه از وی فرزندی به دنیا می آید که به این ترتیب آن شخص

پدر کلان قرار می‌گردد ، پس اگر در حین بلوغ آثار سفه در وی دیده نه شود ولی بعداً سفیه و مبذر وانمود گردد مال وی از او منع کرده نه می‌شود چون این حالت وی از اثر صغر نه است ، و دیگر اینکه منع مال از وی به خاطر تأدیب است نه به‌عنوان مجازات و اشتغال به تأدیب در صورتی هست که امید ادب یادگرفتن و پندپذیر شدن موجود باشد ، و در سن بیست و پنج سالگی امید اندرز آموختن و ادب گرفتن نه است (۱۹۵/۲۶) .

گفتار دوم: حجر بر مجنون و معتوه

الف: حجر بر مجنون

تعریف جنون : جنون در لغت به معنی پوشیده و پنهان شدن ، پوشیدن شب ، در آمدن شب ، (لغت‌نامه ده خدا) و در اصطلاح : الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جریان الافعال والاقوال علی نهج العقل إلا نادراً (۹۷/۱۸) . یعنی جنون عبارت از اختلال عقل است طوری که بازدارد روند افعال و اقوال انسان را به روش خردمندانه در اکثر اوقات مگر در موارد بسیار کم چنین نباشد . وجه مناسبت بین معنای لغوی و اصطلاحی واضح است . و جنون یا دائمی است و یا هم مقطعی و در نزد امام ابو یوسف اگر در اکثر حصه سال باشد پس جنون اطلاق (پوشنده عقل و دائمی) و اگر در اکثر قسمت از سال نباشد ادواری به شمار می‌رود (۳۶/۳۸۱) . در میان فقهاء در حجر بر مجنون اختلافی وجود ندارد ، برابر است که جنون وی اصلی باشد یا عارضی ، دوام‌دار باشد یا موقتی . و همچنان فقهاء اتفاق دارند بر این که جنون یکی از عوارض اهلیت به شمار می‌آید . پس اهلیت اداء را زایل می‌سازد اگر جنون دوام‌دار باشد و در این صورت بر تصرفات شرعیه او چیزی مرتب نمی‌شود ، اما اگر جنون وی دوام‌دار نباشد پس در حالت افاقه از جنون و هوشمندی از جنون مکلف شمرده می‌شود ،

واصل وجوب را نفی نه می‌کند (۳۱/ ۱۶۵). و تفصیل این نوعی از جنون طور ذیل است: در نزد احناف تصرف مجنون مغلوب الحال در هیچ صورت درست نیست.

چنانچه علامه حصکفی (رح) می‌گوید: و أما الذی یجن و یفیک فحکمه کممیز، یعنی کسیکه گاهی دیوانه و گاهی هم هوشیار است حکم وی مانند حکم صبی ممیز است. و ابن عابدین مجنون مغلوب الحال را به کسیکه اصلاً عقل و درک ندارد تفسیر نموده و سپس گفته: و أحترز به عن المجنون الذی یعقل البیع و یقصدہ فإن تصرفه یتصرف الصبی العاقل وهذا هو المعتوه. یعنی از قید مجنون ایکه جنون بر وی غلبه نموده است خارج می‌شود دیوانه ایکه هدف خرید و فروش را می‌داند و به اراده خود انجام می‌دهد پس حکم تصرفات او مانند حکم تصرفات صبی ممیز است و در حقیقت چنین شخص را معتوه گویند. و زیلعی (رح) چنین مجنون را در حال افاقه مانند شخص عاقل شمرده است یعنی عاقل و بالغ. پس همین قول را ابن عابدین ترجیح داده طوری که می‌گوید: إنه کان ینبغی للشارح (الحصکفی صاحب الدر) أن یقول: فحکمه کعاقل أى فی حال إفاقة کما قاله الزیلعی لیظهر للتقید با المغلوب فائده، فإنه حیث کان غیرالمغلوب کممیز لا یصح طلاقه ولا إعتاقه کالمغلوب. یعنی می‌بایست که علامه علاء الدین حصکفی (رح) می‌گفت که حکم چنین مجنون مغلوب الحال در حالت افاقه مانند شخص عاقل است طوری که زیلعی (رح) چنین گفته است تا برای قید مغلوب ثمره به وجود آید چون اگر مجنون غیر مغلوب الحال مانند صبی ممیز باشد پس طلاق دادن و آزاد کردن وی غلام خود را درست نه است مانند مجنون مغلوب الحال. پس هرگاه اگر مجنون نفس یا شی متقوم کسی را تلف کند پس ضامن قرار می‌گیرد، طوری که در مباحث حجر بر صغیر گفته شد که بر تصرفات فعلی حجر وارد کرده نمی‌شود (۹۰/۴-۹۱). و مالکی‌ها می‌گویند که بر مجنون در تصرفات وی چیزی لازم نمی‌گردد مگر اینکه چیزی کسی را تلف کند پس ضامن در مال او لازم

می‌گردد ، و در دیت اگر از ثلث مال مجنون متجاوز باشد ضمان بر عاقله او لازم می‌گردد و اگر از ثلث مال اش اضافه نباشد ضمان مال بر او لازم می‌گردد مانند ضمان مال (۳۸۸، ۳۸۱/۳۶). و شوافع می‌گویند که توسط جنون ولایات ثابت به شرع همگی از بین می‌رود مانند ولایت نکاح یا ولایت تفویض مانند ایصاء ، قضاء و غیره چون دیوانه اختیار نفس خود را ندارد پس به طریق اولی اختیار دیگرها از وی سلب می‌گردد. و قول مجنون اعتبار ندارد برابر است که به نفع او باشد یا به ضرر آن در امر دینی باشد یا دنیوی مانند اسلام آوردن یا برگشتن از اسلام و معاملات دیگر چون مجنون هیچ قصد و اراده ندارد .

و هرچه افعال او برخی معتبر دانسته می‌شود مانند اینکه زنی توسط او حامله گردد و یا چیزی متقوم کسی را تلف کند ، و همچنان اگر وطی کند مهر لازم می‌گردد ، و بر ارضاع ، برداشتن وی لقطه را و همچنان جمع‌آوری وی هیزم را و شکار کردن او نیز اعتبار داده می‌شود ، و فعل عمد او عمد محسوب می‌گردد در صورتی که نوعی از تمیز در وی وجود داشته باشد ، اما برخی افعال او معتبر دانسته نمی‌شود مانند هبه کردن و صدقه دادن وی (۳۱/ ۱۶۵-۱۶۶).

مذهب حنابله درباره مجنون در ضمن بحث صغیر بیان کرده شد. و حجر مجنون به مجرد افاقه و به حواس برقرار شدنش برداشته می‌شود و نیاز به آزاد کردنش از حجر نیست پس اقوال او معتبر دانسته می‌شود و تصرفات اش نافذ می‌گردد .

ب: حجر بر معتوه

تعریف معتوه :

در تعریف و تفسیر معتوه اختلاف نظر فقهاء احناف وجود دارد اما از نظر ابن عابدین بهترین تعریف قرار ذیل است:

(هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون) . یعنی معتوه کسی است که قوه فهم او کم تر باشد و کلام او پراکنده و غیر مرتب باشد ، و تدبیر امور را به نحو احسن انجام داده نه تواند (۵/ ۱۴) . اما غیر احناف از هیچ فقیه مذهب دیگری تعریف اصطلاحی برای معتوه منقول نیست. و معتوه در نزد احناف در تصرفات خویش و همچنان در رفع تکلیف به منزله صبی ممیز عاقل هست . اما اگر از عته افاقه پیدا کند باز در این صورت به مثابه شخص بالغ و عاقل تلقی می گردد . و علاوه از احناف دیگرها احکام معتوه را به بحث نه گرفتند . اما از دیدگاه شوافع برمی آید که شخصی را که در حکم صبی ممیز می دانند مصداقش معتوه قرار گرفته می تواند طوری که می گویند اگر مجنون از اندکی تمیز برخوردار باشد پس در تصرفات مالی به منزله صبی ممیز تلقی می گردد. علامه سبکی واوزاعی می گویند که شخصی که عقلش زایل گردد مجنون است والا مکلف دانسته می شود (۴/ ۹۲) . مطلب این است که در میان مجنون و غیر مجنون به نوع دیگری از عوارض اهلیت که عته است قایل نیستند . و همچنان مالکی ها و حنبلی ها (رح) مسئله معتوه را بر بساط بحث نه نهادند .

گفتار سوم: حجر بر سفیه

تعریف سفیه :

سفیه در لغت سبکی و خفت را گویند و سفیه شخص خفیف العقل و غیر برد و بار را گویند و یا اینکه سفیه نقیض حلم را گویند و اصل آن خفت و حرکت و یا جهل است (۳۹۷/۳۲) . از مجموعه تعاریف لغوی برمی آید که سفیه نقص در عقل را گویند ، و اصلش خفت و سبکی هست ، و گفته می شود سفیه الحق ای جهله ، یعنی حق را شناخت و سفیهه تسفیهاً : به معنی نسبت به إلى السفه ، أو قلت له : إنه سفیه، یعنی او را نسبت به سفیه نمودم یا او را سفیه خطاب نمودم .

سفه در اصطلاح :

سفه در اصطلاح : (عبارة عن خفة تعرض للانسان من الفرح و الغضب فتحمله على العمل بخلاف طور العقل و موجب الشرع (۱۸/ ۱۱۹) . یعنی سفه عبارت است از خفت و سبکی ای که رخ می‌دهد برای انسان برابر است که از اثر خوشحالی باشد و یا هم در نتیجه خشم و غضب باشد و انسان را وا دارد بر ار تکاب یک عملی که در چوکات عقل و یا شرع پذیرفته شده نباشد . اما در تعریف اصطلاحی سفه در نزد فقها اختلاف نظر وجود دارد : **احناف می‌گویند** : سفه به معنی بی‌هوده و مسرفانه به خرج رسانیدن مال و تضييع آن برخلاف مقتضای شریعت و عقل را گویند ، مانند اسراف و تبذیر در نفقه و یا اینکه تصرفات غیر مقصوده را انجام بدهد ، یا اینکه مال را در مقاصد غیر ضروریه ای که در نزد عقلاء معتبر نیست به مصرف برساند ، مانند دادن مال به آوازخوانان و رقاصان و خریدن کبوتر به منظور تفریح و خوش گذرانی به قیمت گزاف ، و همچنان متقبل شدن غبن فاحش در تجارت‌های ناپسند و یا اهداف نادرست .

اصل تسامح و چشم‌پوشی در تصرفات به خاطر نیکی و احسان مشروع است ولی اسراف در هر صورت حرام هست مثلاً اسراف کردن در خوراک و آشامیدنی ، از همین رو در نزد احناف سفه به شمار می‌رود زیاده‌روی در مصرف و تضييع مال گرچه در جهت خیر هم مصرف کند مثلاً تمام مال خود را در ساختن بنای مسجد مصرف کند یا در غیر آن ، (۵/ ۹۲) .

مالکی هی می‌گویند : که سفه عبارت از تبذیر هست (مصرف کردن مال در مواردیکه شرعاً درست نباشد) مثلاً مصرف نمودن مال در گناه مانند شراب ، قمار ، یا صرف کردن مال در معاملات مثل خرید و فروش به غبن فاحش ، غبن فاحش خساره بزرگی که معمولاً در بیوع تحت قیمت قیمت گذاران درنیايد به غیر کدام مصلحتی که برآن مرتب گردد ، یا مصرف نمودن مال است در خواهشات نفسانی غیر معتاد ، یا

اینکه مال را بیهوده تلف کند مثلاً بر زمین بیندازد یا در آب ویا جای بدرفت پرتاب کند طوری که از برخی سفهاء بی‌خردان انجام چنین کارها بعید نیست که مال را طوری که گفته شد ضایع می‌سازند اما آن مال را صدقه نمی‌کنند . (۳۹۳/۳۶).

اما شوافع از جمله ماوردی در میان تبذیر و اسراف فرق قایل شده است طوری که می‌گویند : التبذیر : الجهل بمواقع الحقوق ، والسرف : الجهل بمقادیر الحقوق . وغرالی به یکسان بودن هردو حکم می‌کند.

به هر صورت سفیه در نزد شوافع کسی هست که مال خود را ضایع و تلف می‌کند به متقبل شدن غبن فاحش در معاملات یا امثال آن درحالی که از چنین معالیه آگاهی درست ندارد ، اما اگر به اجرای چنین معامله آگاه باشد بازهم قیمت زیادی را پرداخت کند در چنین صورت مقدار اضافگی صدقه خفیه شمرده می‌شود که کار درستی هست بی‌شرطی که داد و ستد وی با شخص فقیری صورت گرفته باشد ، و اگر با شخصی غنی صورت بگیرد باز قدر زاید هبه به شمار می‌آید نه صدقه . اما درست در نزد شوافع این است که صرف کردن مال در صدقه و راهای خیر یا در خوراک و لباس ایکه مناسب حالت اقتصادی او نباشد ، تبذیر گفته نمی‌شود . چون در صرف کردن تمام مال در صدقه وجوه خیریه پاداش داده می‌شود که عبارت از ثواب هست ، پس طوری که در اسراف خیر نیست همچنان در خیر اسراف نیست . و در حقیقت اسراف چیزی هست که در دنیا و آخرت انسان را مستحق اجر و پاداش نه می‌سازد . و در مقابل قول اصح شوافع باید گفت که اگر به شکل افراطی مال خود را مصرف کند گرچه در وجوه خیر هم باشد بازهم تبذیر گفته می‌شود ، و اگر این کار را بعد از بلوغ به شکل معتدل انجام دهد باز حکم تبذیر را نه می‌گیرد ، و هرچه در مسئله دوم یعنی مسئله خوردنی و پوشیدنی واضح است که مال به خاطر انتفاع گرفتن و لذت بردن است ،

پس تبذیر در صورتی می‌تواند باشد که در عادت مردم چنین نباشد نه اینکه تنها مطابق حال شخص نباشد (۱۶۸/۳۱-۱۶۹). ابن منذر می‌گوید که: اکثر علماء از اهل حجاز و عراق و شام و مصر برین نظر هستند اند که هر شخصی که مال خود را ضایع و تلف کند باید که محجور علیه قرار گیرد برابر است که صغیر باشد یا کبیر (۵۱۷-۵۰۶/۶) (۴۴۳/۱۲).

حکم حجر بر سفیه :

جمهور فقها مالکی، شافعی و حنبله و هکذا امام ابو یوسف و امام محمد (رح) برین نظر هستند که وقتی که محجور علیه از حجر بنابر دیدن آثار عقل و بلوغ در وی آزاد گردد اما باز بر سفه خود برگردد، حجر دوباره بر وی گردانیده می‌شود، و این قول مفتی به در نزد احناف است، و اوزاعی و اسحاق و ابوعبید هم چنین قول کردند. و به قرآن و حدیث استناد نمودند.

دلایل از قرآن :

(وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا) [النساء ۵] و اموال خود را که الله آن را وسیله قوام (زندگی) شما قرار داده است، به سفیهان (و کم‌خردان) ندهید، و از آن، به آن‌ها روزی دهید، و آنان را لباس بپوشانید، و با آنان سخن شایسته بگویید.

و همچنان خداوند می‌فرماید: (فَإِنْ أَنْسَتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [النساء ۶] پس اگر در ایشان رشد (کافی) یافتید، اموالشان را به آنان بدهید. نظر به دو آیه فوق خداوند متعال منع فرموده از دادن مال تا زمانی که شخص سفیه باقی بماند و از وی عقل مندی و رشد کافی دیده نه شود به علت اینکه منع مال قبل از بلوغ به

خاطر سفه بود پس تا وقتی که علت باقی است حکم هم باقی است برابر است که شخص صغیر باشد یا کبیر .

دلایل از سنت :

رسول الله صلی الله علیه و سلم می فرماید : خُذُوا عَلَى يَدِ سَفْهَانِكُمْ (۶۵/۱۴) . یعنی دست های بی خردان خود را بگیریید و نگذارید که آنها طبق میل خود هرگونه تصرف را انجام بدهند. و همچنان در سنن کبری بیهقی اثر ذیل منقول است که عروه ابن الزبیر روایت نموده : أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ ابْتِاعَ بَيْعًا ، فَقَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا تَبْنِ عُثْمَانُ لِيَحْجَرَ عَلَيْكَ ، فَأَتَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ الزُّبَيْرَ ، فَقَالَ : قَدْ ابْتِغَتْ بَيْعًا وَإِنَّ عَلِيًّا يُرِيدُ أَنْ يَأْتِيَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عُثْمَانَ فَيَسْأَلَهُ الْحَجَرَ عَلَى . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَكَ فِي الْبَيْعِ . فَأَتَى عَلِيًّا عُثْمَانُ ، فَقَالَ : إِنَّ ابْنَ جَعْفَرٍ قَدْ ابْتِاعَ بَيْعَ كَذَا فَاحْجُرْ عَلَيْهِ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَهُ فِي الْبَيْعِ ، فَقَالَ عُثْمَانُ : كَيْفَ أَحْجُرُ عَلَى رَجُلٍ شَرِيكَهُ الزُّبَيْرُ (۱۰۱/۱۳) . عبدالله بن جعفر یک معامله خریداری را انجام داد ، پس علی رضی الله فرمود که حتما من نزد عثمان (رض) می روم و از وی می خواهم تا بر تو حجر را وارد سازد ، سپس عبدالله بن جعفر نزد حضرت زبیر (رض) آمد و گفت که من یک معامله خریداری را انجام داده ام و علی (رض) می خواهد که نزد امیر المومنین برود تا از وی بر من خواهان حجر گردد ، پس حضرت زبیر فرمود که من شریک توأم در معامله ای که انجام دادی . سپس علی (رض) نزد حضرت عثمان (رض) رفت و گفت فرزند جعفر معامله بیع چنین گونه ای را انجام داده است ، بر او حجر را وارد بساز . زبیر (رض) فرمود که من شریک وی هستم در بیع پس عثمان (رض) فرمود : من چگونه حجر را وارد بسازم بر شخصی که شریک وی زبیر است . ضمن استدلال از اثر فوق امام شافعی (رح) می فرماید که طلب نمودن حضرت علی (رض) حجر را دال برین است که ایشان قائل بر این بودند که باید بر سفیه حجر وارد کرده شود و همچنان حضرت زبیر (رض) که چنین پیش کش فرمود می دانست که اگر چنین نکند حتما بر عبدالله بن جعفر حصرت

عثمان (رض) حجر را وارد می‌سازد و همچنان قول خود حضرت عثمان (رض) دال برین است که اگر شراکت حضرت زبیر در میان نه می‌بود بر عبدالله بن جعفر حجر را وارد می‌فرمود (۱۳/ ۱۰۱). و همچنان ابن قدامه ضمن استدلال از قصه فوق می‌گوید : همانند این نوع واقعات مشهور می‌باشند و در عصر صحابه کرام هیچ احدی مخالفت خود را در برابر ایشان نشان نه داده است ، لذا در این صورت گفته می‌توانیم که بر وارد ساختن حجر بر سفیه اجماع صورت گرفته است . و همچنان کسانی که قائل بر وارد دانستن حجر علیه سفیه هستند استدلال می‌کنند بر صورتی که اگر در حین بلوغ سفیه می‌بود به اتفاق همه حجر وارد دانسته می‌شد پس علتی که در آنجا مطرح است در صورت سفیه مطلق نیز وجود دارد . و همچنان از تصریح قانون مدنی افغانستان نیز چنین برمی‌آید طوری که در ماده ۳۹۱ این قانون ذکر است : شخص بالغ به سبب جنون ، معتوهیت ، سفاهت یا غفلت وی در اداره اموال محکوم به حجر می‌گردیده و تا وقتی دوام می‌کند که محکمه به رفع آن حکم نه نموده باشد (۴۷/ م : ۳۹۱). طوری که دیده شد ماده فوق در محکوم نمودن سفیه به حجر مطلقاً از قید کدام حدی از سن تذکر بناءً گفته می‌توانیم که قانون مدنی افغانستان قول جمهور را ترجیح داده و سفیه را در هر حال محجور علیه قرار می‌دهد در هر عمری که قرار داشته باشد . و اما امام ابوحنیفه (رح) برین نظر هستند که بر شخص عاقل و بالغ به سبب سفیه حجر وارد نه می‌شود طوری که قبلاً ذکر گردید (۹۲/۴) .

حجر بر سفیه به حکم حاکم :

جمهور فقهای که حجر بر سفیه را وارد می‌دانند برین نظر هستند که برای محکوم کردن کسی به حجر لابدیاست از حکم حاکم ، طوری که در برداشتن حجر حکم حاکم ضروری است ، به علت اینکه چون حجر به حکم حاکم صورت می‌گردد پس زایل نمی‌گردد مگر به حکم حاکم ، و دلیل دیگر اینکه مرحله رشد و عقل ضرورت به فکر و

اجتهاد دارد تا معلوم گردد که شخص رشید است و از تبذیر دست برداشته یا خیر ؟ پس گویا که ابتداءً حجر وارد کرده می شود .

اما از جمله قائلین حجر بر سفیه امام محمد وابن القاسم مالکی برین نظر هستند که در وارد کردن حجر بر سفیه حکم قاضی ضروری نیست ، چون فساد مالی شخص در مال سبب حجر است و صلاح وی در مال اش او را از حجر می رهند ، و همچنان علت حجر بر وی سفیه است که فی الحال متحقق گردیده ، پس اثر او که وارد نمودن حجر است بدون قضاء قاضی نیز مرتب می گردد مانند صغر و جنون . ثمره اختلاف این طور ظاهر می گردد که اگر سفیه مالی را به فروش رسانید قبل از اینکه قاضی بر او حجر را وارد کند پس این عقد وی در نزد جمهور جواز دارد نه در نزد امام محمد و ابن القاسم (۱۹۵ / ۲۶ و ۵۱۹ / ۶ - ۵۲۰) .

تصرفات سفیه :

فقهاء کرام برین امر اتفاق نمودند که تصرفات مالی سفیه در حکم مانند تصرفات صبی ممیز است ، اما در تصرفات غیرمالی اختلاف نظر دارند اما چون بحث موردنظر در این نوشتار کوتاه حجر در مال است بناء از اختلاف فقهاء در تصرفات غیرمالی صرف نظر می نمائیم (۳۸۴ / ۳۶ و ۳۸۰ / ۳۱ و ۱۷۱) .

گفتار چهارم: حجر بر مغفل (ساده دل)

مغفل کسی است که در خرید و فروش به خساره و تاوان دچار گردد ، و معاملات سودمندی را به خوبی انجام داده نتواند . (۲۴۷ / ۵۲) . یعنی شخص ساده دل و خوش باور . پس مغفل نسبت به سفیه فرق دارد چون سفیه مال را به قصد تلف می کند و در پی خواهشات می گردد اما مغفل قصد تلف مال را ندارد و تابع خواهشات خود نیز نمی باشد .

و از جمع فقها به جز امام ابو یوسف و امام محمد دیگر هیچ فقیهی قایل به وارد کردن حجر برمغفل نیست ، جمهور علما این وصف (غفلت) را در ذیل سفه و تبذیر گنجانیده‌اند (۹۷/۵۱) . صاحبین میگویند که طوری که بر سفيه حجر وارد کرده می‌شود به همین منوال برمغفل هم حجر وارد کرده می‌شود ، اما در نزد امام ابو یوسف از زمان قضاء قاضی و در نزد امام محمد از زمان ظهور آثار و علائم غفلت ، پس به همین ترتیب زوال حجر صورت می‌گردد به قضاء قاضی در نزد امام ابو یوسف و به زوال غفلت در نزد امام محمد (رح) . بنابر نظر صاحبین وارد کردن حجر بر چنین شخص به خاطر حفاظت مال او و شفقت بر او است ، طوری که خویشاوندان حبان ابن منقذ از رسول الله صلی الله علیه وسلم خواستند تا بالای او حجر را وارد نماید پس نبی علیه السلام آن‌ها را تأیید کرد و این نظر آن‌ها را رد نه فرمود ، پس اگر حجر بر چنین شخص نادرست می‌بود هیچ‌گاه نبی علیه السلام آن‌ها را در این نظرشان تأیید نه می‌فرمود و این درخواست آن‌ها را رد می‌نمود . طوری که انس بن مالک روایت نمودند : أَنَّ رَجُلًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَبْتَاعُ وَفِي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ ، فَأَتَى أَهْلَهُ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا : يَا نَبِيَّ اللَّهِ : احْجُرْ عَلَى فُلَانٍ ، فَإِنَّهُ يَبْتَاعُ وَفِي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ ، فَدَعَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَفَنَهَاةً عَنِ الْبَيْعِ ، فَقَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، إِنِّي لَا أَصْبِرُ عَنِ الْبَيْعِ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : إِنْ كُنْتَ غَيْرَ تَارِكٍ الْبَيْعِ فَقُلْ : هَاءَ وَهَاءَ وَلَا خِلَابَةَ (۲۸۱/۲۷ و ۱۵ / ۵۴۴ و ۲۱/۳۵ و ۱۰) . یعنی مردی در زمان رسول الله صلی الله علیه وسلم معامله خرید و فروش را انجام می‌داد درحالی که بستن اش را عقد را ماهرانه نبود (یعنی فریب می‌خورد) بنا ء اقاربین وی نزد رسول الله صلی الله علیه وسلم آمدند و گفتند که ای رسول الله بر فلانی حجر را وارد بساز ، چون او معامله خریداری را انجام می‌دهد درحالی که در اجرای عقود ناتوان است ، پس رسول الله صلی الله علیه وسلم او را خواست و او را از معاملات بیع منع فرمود ، پس آن

شخص گفت : یا رسول الله من از اجرای عقود بازایستاده نه می توانم ، رسول الله فرمود در صورتی که از خرید و فروش بازایستاده نه می توانی پس با هر شخصی که معامله را انجام می دهی به او بگو : بگیر و او نیز چنین گوید ، و بگو که فریب نباشد (بامن مکر و فریب نکن چون من خیار دارم) . امام ابوحنیفه (رح) می فرماید که بر شخص غافل بنا بر غفلتش حجر وارد کرده نمی شود و در جواب از حدیث فوق می فرماید که : نبی علیه السلام طلب آن ها را برآورده نه ساخت ، و به حبان ابن منقذ گفت که تو در حینیکه معامله بیع را انجام می دهی پس به جانب مقابل بگو : لا خلا بئ ولی الخیار . پس اگر حجر مذکور درست می بود نبی علیه السلام این طلب آن ها را برآورده می ساخت . (۵ / ۱۴۸ و ۶ / ۵۱۶) .

گفتار پنجم: حجر بر مدیون مفلس

تعریف افلاس :

افلاس مصدر أفلس ، لازمی است ، طوری که گفته می شود : أفلس الرجل یعنی بعد از اینکه صاحب طلا و نقره بود صاحب فلوس (پول) شد ، یا به این معنی که دچار حالتی شد که برایش هیچ فلوس باقی نماند ، وفلس اسم مصدر به معنی افلاس (۴ / ۴۰۸) .

افلاس در اصطلاح :

مفهوم افلاس در اصطلاح این است که میزان قروض بالای شخص نسبت به دارایی اش بیشتر گردد ، و برابر است که اصلاً مال و دارای نداشته باشد ، یا داشته باشد مگر مقدار دیون بیشتر باشد ، فقها در احکام هر دو صورت اختلاف نظر نمودند ، در صورت اول یعنی مقدار مال کمتر از دیون باشد پس آیا حاکم اختیار دارد تا بر چنین شخص حجر را وارد سازد و او را از تصرف کردن منع نماید و مال او را در مقابل دیونش به فروش برساند و در بین دائنین به نسبت دین هر کس تقسیم نماید که

در زمینه نظریه امام مالک و شافعی (رح) و جمهور موافق است یا این اختیار را ندارد بلکه حبس کرده می شود تا اینکه به دست خود مال اش را به غرماء بسپارد به هر مقداری از فیصدی که برابری کرد یا بدون در نظر داشت نسبت فیصدی داده می شود و این نوع اختلاف بعینه در صورتی متصور است که مال اش برابر به دیون باشد مگر اراده پرداخت آن را نداشته باشد، طوری که گفته شد نظر جمهور فقهاء و امام مالک و شافعی بر این است که حاکم مال وی را به فروش می رساند و در میان داینین به نسبت دین هر داین تقسیم می نماید اگر دیونش را کفایت می کرد و اگر کم تر از دیونش باشد پس وی مفلس قرار می گیرد و از تصرف نمودن در آن محجور قرار می گیرد، دلیل ایشان حدیث معاذ ابن جبل است طوری که در گذشته بیان کرده شد که حجم دیون بروی اضافه گردید و سرمایه موجوده وی در میان داینین به نسبت فیصدی حصه هر داین پرداخته شد و اضافه چیزی بروی تحمیل کرده نه شد. و همچنان حدیث ابی سعید خدری (رض) است که می فرماید: «أَصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ فِي ثَمَرِ ابْتِاعِهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءً بِدَيْنِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : خُدُّوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» (۱۳/۳۸) یعنی شخصی در زمان رسول الله صلی الله علیه وسلم در ثمر خرید ه خویش دچار خساره گردید، پس دین وی افزون گردید (نسبت به سرمایه اش) رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود که بروی صدقه کنید، مردم بروی صدقه کردند، ولی کفایت کننده دیون وی نبود، رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود: چیزی که به دست آوردید بگیرید، و اضافه از آن برای شما چیزی نیست، و همچنان من حیث دلیل عقلی می توان حجر وارد نمودن بر مدیون مفلس را به مریض ایکه در مرض موت قرار دارد قیاس نمود، چون علت وارد ساختن حجر در چنین مرض تعلق حق غیر که ورثه است و همان علت در مدیون مفلس نیز وجود دارد که عبارت از تعلق حق داینین است. و ترجیح به همین قول است چون

ازلحاظ عدالت قوی تر است ، همچنان قانون مدنی افغانستان نیز در مطابقت به دلایل فریق اول به محجور علیه قرار گرفتن چنین شخص حکم طوری که صراحت دارد :

(۱) هرگاه شروط مندرج ماده (۴۴۷) این قانون در مورد مدیون تحقق یابد ، هر یک از داینین می توانند از محکمه ای که محل سکونت مدیون در حوزه قضائی آن قرار دارد ، حجر تصرف مدیون را در مال مطالبه نماید . این مطالبه در دفتر مربوط ثبت می گردد .

(۲) هر نوع تصرف مدیون بعد از ثبت مطالبه ، از اعتبار ساقط شناخته می شود (۴۷ م : ۸۴۸) . از هر دو بند ماده مذکور تحت حجر قرار گرفتن مدیون ای که در وی شرایط خاصی یافته شود روشن می گردد و آن شرایط را قانون مذکور در ماده (۴۴۷) بیان داشته است که قرار ذیل است :

هرگاه مدیون از پرداخت دیون مستحق الاداء امتناع ورزد و چنان ظاهر شود که دیون از مال او بیشتر بوده ، خوف ضیاع دارای او نزد داینین موجود باشد یا مدیون دارای خود را مخفی ساخته و یا به نام دیگری قید نموده باشد مفلس شناخته می شود (قانون مدنی ماده ۴۴۷) بناءً با نظر داشت شرایط مذکور در مدیون که در ماده فوق تذکر داده شد مدیون مفلس قرار گرفته و در نتیجه مطالبه داینین محجور علیه در مال قرار می گیرد طور یکه در ماده قبلی توضیح داده شد . اما کسانی که قائل به مجور علیه قرار گرفتن چنین شخص نیستند به دلایل ذیل استناد می کنند .

دلیل فریق دوم: حدیث جابر بن عبدالله زمان یکه پدرش در غزوه احد شهید شد و درحالی که بر وی قرض های زیادی بود ، هنگامی که داینین از وی مطالبه نمودند : جابر (رض) می فرماید : فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَكَلَّمْتُهُ، فَسَأَلَهُمْ أَنْ يَقْبَلُوا مِنِّي حَائِطِي، وَيَحْلُلُوا أَبِي، فَأَبَوْا، فَلَمْ يُعْطِهِمْ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَائِطِي قَالَ:

وَلَكِنْ سَأَعُدُّو عَلَيْكُمْ، قَالَ: فَعَدَا عَلَيْنَا حِينَ أَصْبَحَ فَطَافَ بِالنَّخْلِ فَدَعَا فِي ثَمَرِهَا بِالْبَرَكَةِ، قَالَ: فَجَذَذْتُهَا فَقَضَيْتُ مِنْهَا حُقُوقَهُمْ، وَبَقِيَ مِنْ ثَمَرِهَا بَقِيَّةٌ» (۱۰ / ۱۱۷). یعنی نزد رسول الله صلی الله علیه وسلم آمدم و با آن جناب صلی الله علیه وسلم سخن گفتم در مورد اینکه دائنین پدرم باید بستان خرما ایکه دارم در بدل قرض هایشان قبول کنند و پدرم را برأت دهند مگر در نهایت انکار کردند بناءً رسول الله صلی الله علیه وسلم بستان ام را برایشان نه داد و فرمود که پگاه به نزدت می آیم ، جابر می فرماید : که پگاه به نزد ما رسول الله تشریف آوردند و در اطراف درختان خرما گشت زدند سپس در میوه باغ دعاء برکت فرمودند ، جابر (رض) می فرماید که پس من میوه آن را چیدم و از آن میوه حقوق (قرض های) آن ها را پرداختم درحالی که از میوه آن مقداری دیگری نیز باقی مانده بود . و همچنان روایت است که اسید بن حضیر وفات نمود درحالی که بروی ده هزار درهم قرض بود پس عمر بن خطاب غرما ء وی را خواست و در عوض قرض هایشان زمین مملو که وی را به مدت چهل سال به آن ها سپارید (تا از حاصل او قرض هایشان را به دست آرند) پس در آثار مذکوره ذکر به فروش رسانیدن مال اصلی منقول نیست ، و اینکه باید حبس کرده شود دلیل اش قول نبی کریم صلی الله علیه وسلم است طوری که می فرماید : «أَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعَقُوبَتُهُ» تاخیر نمودن شخص ثروتمند آبرو مجازات اش را روا می سازد . و شده می تواند که عقوبت از نوع حبس باشد . (۶۸/۳) ابن قدامه می گوید : شخصی که قرضش نسبت به دین او اضافه باشد مفلس گفته می شود به این دلیل اینکه مال موجوده اش مستحق مصرف است در مقابل دین او پس گویا که اصلاً مال ندارد (۴۰۸/۶).

گفتار ششم: حجر بر فاسق و بر همسر بر تبرعاتش

الف: حجر بر فاسق

تعریف فاسق: فاسق کسی هست که مرتکب حرام گردد برابر است که گناه کبیره باشد یا اصرار بر صغائر و نیکی‌های او بر بدی‌هایش غالب نباشد، و به کلمه حرام احتراز لازم می‌آید از آنچه که قبول شهادت را منع می‌کند، چون مخل مروت است مانند خوردن و نوشیدن در بازار ولی رشد و عقل مندی را از بین نمی‌برد، چون اخلال به مروت امر مختلف فیه است و بنا بر قول مشهور از جمله محرمات به شمار نه می‌رود (۳۱/۱۶۸ و ۶/۵۱۶ - ۵۱۷).

نظر جمهور فقها (احناف، مالکی‌ها، حنابله، و همچنین قول صحیح در نزد شوافع) این است که فاسق تا وقتی که سفیه، مبذر (مسرف) مال خود نباشد بر او حجر وارد کرده نه می‌شود، چون مجرد فسق حجر را واجب نه می‌گرداند، چون از گذشتگان در مورد وارد کردن حجر بر فاسق اثری منقول نیست، دیگر اینکه توسط فسق تلف کردن و عدم تلف کردن مال امر لازمی نیست یعنی در میان فسق و اتلاف مال تلازم وجود ندارد.

ب: حجر بر همسر در تبرعات

درین شکی نیست که اسلام برای زن صلاحیت و اختیار داشتن مال و حق تصرف کردن در آن را داده است، بناءً زن می‌تواند مال خود را به کسی هبه کند و یا از مال خود صدقه کند مگر به شرط اینکه رشیده باشد.

طوری که خداوند متعال می‌فرماید: (فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [النساء ۶]. پس اگر در ایشان رشد (کافی) یافتید، اموالشان را به آنان بدهید. و آیه فوق در آزاد گذاشتن آن‌ها در تصرف اموال از حجر ظاهراً دلالت دارد (مرد باشد یا زن). و همچنین نبی علیه‌السلام فرمودند: يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ خُلَيْكُنَّ

(۱۳۳/۳۴ و ۱۰۸/۲). ای گروه زنان صدقه کنید اگرچه از زیورات و جواهراتتان باشد. و همچنین ثابت است که زن‌ها صدقه نمودند و نبی علیه‌السلام صدقه آن‌ها را پذیرفت و از آن‌ها تفصیل و معلومات نه خواست، و به همین‌طور زینب همسر عبدالله با زنی دیگری که او نیز زینب نام داشت نزد رسول‌الله صلی‌الله علیه وسلم آمدند و درباره صدقه کردن از رسول‌الله پرسیدند که آیا بر شوهرهای خود و یتیم‌های خود صدقه کنند کفایت می‌کند (صدقه آن‌ها درست است) نبی علیه‌السلام در جواب فرمودند: آری، و برای آن‌ها شرطی را وضع نکرد، دلیل دیگر اینکه: شخصی که مال اش به او سپرده شود به دلیل اینکه رشید و عاقل است پس تصرفات او نیز موقوف به اذن شخصی نه است. دلیل دیگر اینکه: زن اهل تصرف است و شوهرش در مال او حق ندارد بناءً بر او حجر را وارد کرده نه می‌تواند (۵۱۴/۶). اما امام مالک و در یک روایت امام احمد (رح) برین نظر هستند که بر زن آزاد رشیده به خاطر مصالح شوهرش در تبرع و صدقه که زائد بر ثلث مال او باشد حجر وارد کرده می‌شود یعنی نه می‌تواند زائد از ثلث مال خود را صدقه کند مگر به اذن شوهرش، اگر شوهرش عاقل و بالغ باشد یا ولی او اجازه بدهد در صورتی که شوهرش سفیه باشد. دلیل ایشان حدیث ذیل است: **أَنَّ امْرَأَةً كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِخُلِيِّ لَهَا فَقَالَتْ: إِنِّي تَصَدَّقْتُ بِهَذَا، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ حَتَّى يَأْذَنَ زَوْجُهَا. فَهَلِ اسْتَأْذَنْتِ كَعْبًا؟ فَقَالَتْ: نَعَمْ. فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى كَعْبٍ فَقَالَ: هَلِ أَذِنْتَ لَهَا أَنْ تَصَدَّقَ بِخُلِيِّهَا؟ قَالَ: نَعَمْ. فَقَبِلَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (۷۹۸/۴۰).** همسر کعب بن مالک ((رض)) زیورات خود را نزد رسول‌الله صلی‌الله علیه وسلم آور (به‌طور صدقه) و گفت من این را صدقه نمودم، رسول‌الله صلی‌الله علیه وسلم برایش گفت: که برای هیچ زنی جواز ندارد که صدقه کند تا اینکه شوهرش به او اجازه ندهد، پس آیا از کعب اجازت خواستی؟ گفت: بلی! رسول‌الله

صلی الله علیه وسلم شخصی را نزد کعب فرستاد (و قتیکه آمد) برایش گفت آیا اجازه دادی تا (همسرت) زیورات خود را صدقه کند ؟ گفت : بلی ! پس رسول الله صلی الله علیه وسلم او را پذیرفت . و همچنان از عمرو ابن شعیب از پدرش از پدر کلان اش منقول است که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمودند : لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا (۸۱۶/۲۷) . برای زنی جواز ندارد که صدقه کند مگر به اجازه شوهرش . دلیل دیگر ایشان اینکه حق شوهر متعلق به مال همسرش است . چون نبی علیه السلام فرمودند : تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ : لِمَالِهَا ، وَلِحَسَبِهَا ، وَجَمَالِهَا ، وَلِدِينِهَا (و ۱۵۸/۱۳) . زن به خاطر چهار چیز در نکاح درآورده می شود : به خاطر مال اش ، و نسب و قبیله اش و زیبای اش و متدین بودن اش . پس مال همسر به منزله مال مریضی هست که حقوق ورثه به او تعلق گرفته باشد ، و دیگر اینکه غرض از مال همسر زینت برای شوهر است . اما به اتفاق فقها بر زن از خاطر پدر یا شخصی دیگری حبر وارد کرده نه می شود ، و همچنان اگر زنی مال خود را به خاطر اداء یک امر لازمی و ضروری به مصرف برساند باز هم منع کرده نه می شود مانند نفقه کردن او بر پدر و مادرش ، و همچنان اگر کم تر از ثلث مال خود را نفقه کند باز هم به اتفاق آراء منع کرده نه می شود . و در قرض دادن او زائد از ثلث مال خویش را به کسی دو قول است : جواز و عدم جواز ، دلیل قول اول اینکه این فعل همسر تبرع محض نیست بلکه عوض او را می گیرد لذا مانند فروختن است ، و دلیل قول دوم اینکه قرض مانند هبه است در اینکه هردو از جمله افعال نیک و حسنه اند ، پس قسمی که هبه او جواز ندارد همچنین قرض دادن او مال خود را جواز ندارد . اما اگر مالی را به شخصی به تجارت بدهد این صورت جواز دارد ، چون تبرع نیست بلکه تجارت است . در قول مشهور مذهب مالکی گفته شده که اگر زوجه زائد از ثلث مال خود را تبرع کند جواز دارد مگر این که شوهر کل و یا قسمت زائد از ثلث را مسترد نماید . و قول دیگر اینکه از ابتدا رد شده حساب می شود تا اینکه

شوهر اجازه بدهد. و همچنان شوهر حق رد کردن کل مال تبرع کرده زوجه را دارد اگر زائد از ثلث مال را تبرع کند، اگرچه قدر زائد اندک هم باشد، تا باشد که زوجه از این نوع کارهای خودسرانه دست بردارد، چون درین صورت مانند کسی است که در بین حلال و حرام جمع کرده است بناءً باید کلاً مسترد گردد. و همچنان شوهر اختیار دارد که تمام مال تبرع شده را مسترد نکند بلکه اجازه بدهد، و یا اینکه فقط مقدار زائد از ثلث را رد کند. و اگر زوجه یکبار اندازه ثلث مال را تبرع کرد بار دوم حق تبرع کردن ثلث دیگر مال را ندارد، مگر اینکه در بین این هردو تبرع فاصله یک سال سپری گردد بنا بر قول ابن سهل مالکی، و یا هم فاصله شش ماه سپری گردد بنا بر قول مشهور ابن عرفه (۵۱۳/۶ - ۵۱۴).

گفتار هفتم: حجر بر مریض در مرض موت

تعریف مرض موت:

مرض موت مرضی است که در آن اغلباً خوف مردن زیاد باشد برابر است که شخص مرد باشد یا زن طوری که مریض اگر مرد باشد از در نظر گرفتن مصالح خود خارج از منزل عاجز گردد، و اگر زن باشد از مصالح داخل خانه خود عاجز گردد، و همچنان در این مرض فوت کند قبل از سپری شدن یک سال برابر است که بستری باشد یا خیر (۴۲/ م ۱۵۹۵). و در حکم مریض موت است کسی که به خاطر مبارزه در میدان مبارزه داخل می‌شود و با دشمن مسلح می‌جنگد یا شخصی به خاطر قصاص یا رجم شدن پیش کرده شود، یا شخصی ظالمی او را به خاطر کشتن ببرد یا درندگان او را ناگهان محاصره کنند و چاره خلاصی نداشته باشد یا کشتی بشکند و تنها بر روی یک تخته آن سوار بماند. پس اشخاص مذکور نیز در حکم کسی هستند که در مرض مرگ قرار دارد و علت مشترک در میانشان غالب بودن خوف از بین رفتن است و این قول مختار اکثر مشایخ و قاضی خان است (۱۷/ ۱۵۱۵).

و مالکی‌ها می‌گویند که مرض موت در صورتی اعتبار دارد که طبیب دانا در همچو امراض اکثراً مرگ را پیش‌بینی کند اگرچه غالباً چنین نه شده باشد، یعنی مدار این است که از همچو امراض مرگ‌ومیر شهرت یافته باشد و قابل تعجب نباشد، و از کثرت مرگ غلبه مرگ توسط آن مرض ضروری نیست. (۳۰۶/۲۲).

نظر فقهاء درباره مریضی ایکه در مرض مرگ قرار دارد :

فقهاء اتفاق نظر دارند برین که بر شخص مریض در مرض موت به خاطر حق ورثه حجر وارد کرده می‌شود اگر زائد از ثلث ترکه خود را تبرع کند و این در صورتی که است که قرض دار نباشد، و اگر زائد از ثلث مال خود را تبرع کرد در مرض مرگ پس اگر بمرد حکم وصیت را می‌گیرد. مالکی‌ها می‌گویند که شخصی که در مرض مرگ قرار دارد اختیار زائد از قدر ضرورت خوراک و آشامیدنی، لباس و تداوی از او گرفته می‌شود. (۴/۹۳، ۴۲۳ و ۱۲/۴۱۶).

گفتار هشتم: حجر بر راهن در مال مرهونه

جمهور فقهاء برین نظر هستند که بر راهن در عین مرهونه بعد از اینکه حق مرتهن به او تعلق بگیرد به خاطر ضمانت حق وی حجر درست است. (۱۰۱/۵۰) پس در میان فقهاء هیچ اختلافی وجود ندارد که راهن بعد از لزوم عقد حق تصرف را در شی مرهونه ندارد یعنی تصرفی که زایل کننده ملک باشد مانند بیع، هبه، وقف، و یا هم طوری تصرف کند که مزاحم باشد برای حق مرتهن در مقصود از رهن مانند رهن گذاشتن در نزد شخص سوم، مگر به اجازه مرتهن (۲۴۷/۳۷). و اگر تصرفات مذکور را انجام داد پس موقوف است به اجازه مرتهن، چون تصرف او حق مرتهن را در وثیقه بودن مال مرهونه از بین می‌برد. بناءً اگر مرتهن اجازه نه دهد تصرف او درست نه می‌گردد و اگر اجازه دهد تصرف او درست است اما معامله رهن از بین می‌رود در صورتی که تصرف طوری باشد که در آن برای مال مرهونه عوض نباشد مانند هبه،

وقف ، و مرتهن بعد از آن حق حبس مال مرهونه را ندارد ، چون حبس کردن به خاطر حق مرتهن بود و حقش در شی مرهونه به اجازه خودش از بین رفت . و اگر مال مرهونه عوض داشته باشد مانند بیع ، در این صورت تفصیل است : طوری که اگر مرتهن بدون کدام قیدی مطلقاً اجازه داد درحالی که دین او بالای رهن مؤجل باشد در این صورت بیع درست است و رهن باطل می گردد چون مال مرهون از ملکیت رهن به اجازه مرتهن برآمده است ، و ثمن عین مرهونه در مقام خود آن عین مرهونه قرار گرفته نه می تواند چون دین مرتهن بالای رهن مؤجل است وقت حلول آن نه رسیده . و اگر در وقت اذن مرتهن دین معجل باشد پس حق مرتهن از ثمن مذکور اداء می گردد و اذن مرتهن محول می گردد برین که هدف مرتهن از اجازه تصرف در مال مرهون به دست آوردن دین اش بوده است ، دیگر اینکه از مناسبات رهن این است که فروخته شود و بدل قرض به دست آورده شود ، بناءً رهن باطل نمی گردد ، بنابراین رهن در ثمن مرهون محجور علیه قرار می گیرد تا اینکه قرض را بپردازد (۳۳ / ۲۶۹).

گفتار نهم: حجر به خاطر مصلحت عامه

از دیدگاه فقها احناف (رح) علیه سه نوع اشخاص به خاطر مصلحت عامه حجر وارد کرده می شود که عبارت اند از:

(۱) مفتی ماجن ، یعنی فاسق شیوه که پروا ندارد از آنچه می گوید و می کند و فعل او بر نهج فعل فساق است . (۱۸ / ۲۲۳). و یا مفتی ماجن کسی که به مردم حيله های باطل و نادرست را یاد بدهد مثلاً زنی را بگوید که به خاطر اینکه از شوهر خود باین گودی ارتداد را اختیار کن ، یا اینکه به مردم حيله ساقط شدن زکات را یاد بدهد، و همچنین کسی که از روی نادانی فتوی بدهد .

(۲) طیب جاهل : کسی که مریضان را دوا کشنده بخوراند و چون مرض زیاد گردد قادر به دفع ضرر نباشد .

(۳) مکاری مفلس : آنکه اسب یا حیوان سواری را به شخصی به طور اجاره عقد نماید و اجوره را پیش از پیش بگیرد و چون هنگام سفر شخص مستاجر فرارسد و بخواهد که از موجر همان گونه حیوانی را مطالبه کند معلوم گردد که او را اسب یا حیوان سواری نباشد. (۱۸ / ۲۲۸). یا کسی که شتر را به کرایه دهد درحالی که شتر ندارد و نه مالی دارد که شتر بخرد و چون وقت سفر کسی که به کرایه گرفته است فرارسد مخفی گردد ، و همانند این مثال های جدیدی را می توان به طور مثال پیش کرد مانند کرایه گرفتن یک موتر نامعین از شخصی یا امثال آن . اما طوری که در بحث احکام اجمالی حَجَر گفته شد : حَجَر بر اشخاص مذکور حَجَر حقیقی نبوده یعنی منع شرعی ای که از نفاذ تصرف ایشان جلوگیری کند مراد نه است ، چون اگر مفتی مذکور بعد از وارد شدن حَجَر بر آن درست فتوی دهد جواز دارد، و همچنان اگر طیب مذکور ادویه را به فروش برساند نافع می گردد چون مقصود منع حساسیت، به علت اینکه فرد اول مفسد ادیان و دومی مفسد ابدان و سومی مفسد اموال است . پس منع ایشان در حقیقت دفع ضرری است که به خاص و عام می رسد ، و این از جمله امر به معروف و نهی از منکر محسوب می گردد (۴ / ۹۳) .

گفتار دهم: حَجَر بر مرتد

تعریف ارتداد :

ارتداد از ماده ردت گرفته شده و ردت در لغت رجوع کردن از چیزی ، از جمله ردت از اسلام . قسمی که گفته می شود ارتد عنه ارتداداً ای تحول یعنی برگشت از او، و ردت از اسلام به معنی رجوع از اسلام است . و همچنان گفته می شود إرتد فلان عن دینه إذا كفر بعد إسلامه (۸ / ۴۶) .

و در اصطلاح : الردء: كفر المسلم بقول صريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه (۲۹/ ۱۳۴) . یعنی مرتکب شدن مسلمان کفر را به قول صریح یا لفظی که مقتضی کفر باشد یا فعلیکه شامل کفر باشد .

شوافع و حنابله (رح) برین نظر هستند که بالای مرتد به خاطر حق مسلمانها حجر وارد کرده می شود چون ترکه مرتد برای مسلمانها حکم فی را دارد پس از تصرف در مال منع کرده می شود تا از دست مسلمانها نه رود. (۳۱/ ۱۶۵، و ۲۲/ ۲۹۲).

اموال مرتد و تصرفات آن :

مالکی ها و حنابله و شوافع بنا بر قول ظاهر و ابوحنیفه (رح) برین نظر هستند که مملو کات مرتد به مجرد ارتدادش از ملکیت او بیرون نه می شود بلکه موقوف بر آینده او است پس اگر مرد یا در حال ردت کشته شد ملکیت او زائل می گردد و مال او فی محسوب می گردد و اگر به اسلام برگشت مال وی در ملکیت او داخل می گردد چون از زوال عصمت زوال ملک لازم نه می گردد و دیگر اینکه احتمال دارد که دوباره به سوی اسلام برگردد بناء نباید از قبل مال او از ملکیت اش کشیده شود . بنابراین بر او حجر وارد کرده می شود و از تصرف منع کرده می شود ، و اگر تصرفی را انجام داد نفاذ آن موقوف می ماند ، پس اگر دوباره به اسلام برگشت تصرف او جواز پیدا می کند ، و اگر کشته شد یا به مرگ خود مرد تصرفاتی را که در حال ارتداد انجام داده باطل و لغو می گردد و این نظر مالکی ها و حنابله و احناف است اما شوافع (رح) تفصیل کردند : طوری که اگر تصرفی را انجام دهد که تعلیق را می پذیرد مانند عتق ، مدبر ساختن وصیت درین صورت تصرف او موقوف باقی می ماند تا اینکه حال او معلوم گردد، اما تصرفاتی که تعلیق را نه می پذیرد مانند بیع ، هبه ، رهن از ابتدا باطل محسوب می گردد ، بنا بر قاعده بطلان موقوف کردن عقود و این مذهب جدید شوافع است اما در مذهب قدیم این نوع عقود نیز موقوف می ماند . و امام ابو یوسف و امام محمد و در یک قول

شوافع (رح) می‌گویند که ملکیت شخص به مرتد شدن او زائل نه می‌گردد، چون ملک برای او در حال اسلام ثابت بود به خاطر وجود سبب ملک و اهلیت آن که عبارت از حریت است نیز وجود دارد، و کفر منافی ملک نیست مانند کفر کافر اصلی، بنا براین تصرفات او جواز دارد مانند تصرفات مسلمان پس اگر غلامی را آزاد کرد یا مدبر، مکاتب، ساخت یا چیزی را خرید و یا فروخت یا هبه کرد همه این تصرفات جواز دارد، اما ابو یوسف (رح) می‌گوید که تصرفات او مانند تصرفات شخص تندرست جواز دارد و امام محمد (رح) می‌گوید که حکم تصرفات مریضی را دارد که در مرض مرگ قرار دارد چون مرتد در آستانه مرگ قرار دارد.

و قول سوم در نزد شوافع و او را ابوبکر شیرازی نیز صحیح قرار داده، و قول ابوبکر حنبلی هم چنین است، این است که ملکیت مرتد به مجرد ارتدادش زائل می‌گردد چون عصمت نفس او از بین رفته است بناءً به طریق اولی مال وی عصمت نه دارد و دلیل دیگر ایشان اینکه طارق ابن شهاب روایت می‌نماید که ابوبکر صدیق (رض) برای وفد بزاخه و غطفان فرمودند: نغمن ما أصبنا منکم وتردون إلینا ما أصبتم منا. یعنی آن چه را که ما از شما به دست می‌آوریم به طور غنیمت می‌بریم و آن چه را که شما از ما به دست می‌آورید ناگزیر به ما برگردانید.

دیگر اینکه هنگامی که مسلمان‌ها مالک خون او می‌گردند پس حتماً مالک مال او نیز می‌گردند، بنابراین او هیچ گونه تصرفی را اختیار ندارد چون مالک هیچ چیزی نیست (۱۹۷/۵۳). تفصیل مذکور به اتفاق فقها درباره مرتدی بود که مرد باشد و درباره زن اگر مرتد شود دیدگاه مالکی‌ها، شوافع، و حنابله نیز چنین است. اما در نزد احناف به اتفاق ایشان ملکیت مرتد اگر زن باشد زایل نه می‌گردد فلذا تصرفات او جواز دارد، چون زن اگر مرتد شود کشته نه می‌شود پس ملکیت وی از مال اش زایل نه می‌گردد (۱۲۸/۷).

نتیجه گیری

در نهایت از مطالعه مباحث گذشته به این مطلب پی می‌بریم که حجر یک امر شرعی و ضروری بوده که در ثبوت اصل آن از طرف شارع هیچ‌گونه اختلاف و تردیدی وجود ندارد، و هدف از آن پایمال کردن شرف و کرامت انسانی نبوده بلکه جز رحمت و مهربانی و لطف و هم‌کاری چیزی دیگری نه است، و حجر با در نظر داشت اسباب مختلف آن گاهی به خاطر مصلحت فرد معین (محجورعلیه) و در مواردی هم به قصد حفظ مصلحت غیر و عامه است، و حجر دارای اسباب مختلفی است که برخی اتفاقی و عده‌ای هم در میان فقها اختلافی است. اما نظر به شرایط و زمان طبق قول جمهور فقها و قانون‌گذاران در توسعه اسباب حجر قسمی که ضمن حکمت تشریع حجر گفته شد نفع افرادی ایکه محجورعلیه قرار می‌گیرند و جامعه خواهد بود چون هدف شرع و قانون از جمله در نظر گرفتن مصالح مردم است و تحقق مصالح گاهی در وارد کردن حجر و در مواردی هم در آزادی و انفکاک از حجر است بناءً حجر علاوه از اسباب اتفاقی در میان فقها که عبارت از صغر، جنون و رق (بردگی) است می‌تواند اسباب دیگری نیز داشته باشد که هدف از آن وارد کردن حجر را که عبارت از حفظ مصلحت همگان است در قبال داشته باشد. در مجموع اشخاص ذیل در موارد مختلف با در نظر داشت شرایط مختص و متعلق به هریکی آن‌ها همراه با اختلاف فقهاء در صورت‌های مختلف تحت حجر در مال قرار می‌گیرند که عبارت‌اند از: (۱) صغیر (صبی) (۲) مجنون (۳) غلام که با نظر داشت عدم احساس ضرورت به بحث تفصیلی در مورد غلام نه پرداختم (۴) معتوه (۵) سفیه (۶) مغفل (۷) مفلس مدیون (۸) فاسق (۹) همسر در تبرعات اش (۱۰) مریضی که در مرض مرگ قرار دارد (۱۱) راهن در مال مرهونه (۱۲) مفتی ماجن، طیب جاهل، مکاری مفلس (به اجرت دهنده نادار) به خاطر مصلحت عامه (۱۳) مرتد. از جمله سه فرد اول یعنی صغیر، مجنون، غلام به اتفاق فقهاء (رح) تحت حجر قرار می‌گیرند اما متباقی مذکور در نزد امام ابوحنیفه و امام زفر (رح) محجورعلیه قرار نه می‌گیرند و همچنان ابراهیم نخعی (رح) نیز به همین نظر

بودند و دلایل جانبین قبلاً به شکل مفصل بیان کرده شد. اما در نزد دیگر فقها و ائمه کرام حجر تنها به سه مورد فوق منحصر نه بوده و دارای اسباب مختلفی است و علت مشروعیت حجر که همانا عبارت جلوگیری از ضیاع مال است هرگاه در هر موردی تحقق پیدا کند می‌توان حجر را وارد دانست، تا باشد که مال به هدر نه رود و یا در موارد بی‌سود صرف نه گردد قانون مدنی کشور نیز حجر را تنها به موارد اتفاقی منحصر نه نموده بلکه مواردی دیگری را نیز از قبیل غفلت، معتوهیت، افلاس و غیره طی مواد قانون گنجانیده که ضمن مطالب گذشته به نقل آن پرداختیم.

فهرست منابع

- ۱ - القرآن الکریم
- ۲ - ابن خزیمه، محمد بن اسحاق. صحیح بن خزیمه، المكتبة الاسلامیة، بیروت، ب - ت.
- ۳ - ابن رشد، محمد بن احمد. بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ب - ت.
- ۴ - ابن عابدین، محمد بن امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین الدمشقی. ردالمحتار علی الدرالمختار، جلد ۵، دارالفکر، بیروت، ط: ۲، ۱۴۱۲ هـ.
- ۵ - ابن عابدین، محمد بن امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین الدمشقی. ردالمحتار علی الدرالمختار، جلد ۶، دارالفکر، بیروت، ط: ۲، ۱۴۱۲ هـ.
- ۶ - ابن قدامة، ابومحمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدام المقدسی الدمشقی الحنبلی. المغنی لابن قدامة، جلد ۴، مكتبة القاهرة، الطبعة، ۱۳۸۸ هـ.
- ۷ - ابن قدامة، ابومحمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدام المقدسی الدمشقی الحنبلی. المغنی لابن قدامة، جلد ۸، مكتبة القاهرة، الطبعة، ۱۳۸۸ هـ.
- ۸ - الأنصاری، محمد بن مکرم بن علی. لسان العرب، دار صادر، بیروت، ط: ۳، ۱۴۱۴ هـ ق.
- ۹ - بخاری، محمد بن اسماعیل ابوعبدالله البخاری. الجامع المسند الصحیح المختصر من أمور رسول الله صلی الله علیه وسلم و سننه وأیامه = صحیح البخاری، جلد ۲، دار طوق النجاة، ط: ۱، ۱۴۲۲ هـ.
- ۱۰ - بخاری، محمد بن اسماعیل ابوعبدالله البخاری. الجامع المسند الصحیح المختصر من أمور رسول الله صلی الله علیه وسلم و سننه وأیامه = صحیح البخاری، جلد ۳، دار طوق النجاة، ط: ۱، ۱۴۲۲ هـ.
- ۱۱ - البهوتی، منصور ابن یونس. شرح منتهی الارادات، جلد ۳، عالم الکتب، ط: اول، ۱۹۹۳.
- ۱۲ - البهوتی، منصور بن یونس. کشف القناع عن متن الاقناع، جلد ۳، دار الفکر، بیروت، ط: ۱، ۱۴۰۲ هـ ق.
- ۱۳ - البیهقی، احمد بن الحسین. السنن الکبری، جلد ۶، دار الکتب العلمیة، بیروت، ط: سوم، ۲۰۰۳ م.

- ١٤ - البيهقي ، احمد بن حسين . شعب الايمان ، جلد ١٠ ، مكتبة الرشد ، رياض ، ط : ١ ، ٢٠٠٣ م .
- ١٥ - الترمذى ، محمد بن عيسى . سنن الترمذى ، جلد ٣ ، مكتبة مصطفى البابى الحلبي ، ط : الثانية ، ١٣٩٥ هـ .
- ١٦ - الترمذى ، محمد بن عيسى . سنن الترمذى ، جلد ٥ ، مكتبة مصطفى البابى الحلبي ، ط : الثانية ، ١٣٩٥ هـ .
- ١٧ - التهانوى ، محمد بن على . موسوعة كشف اصطلاحات الفنون والعلوم ، جلد ٢ ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ط : ١ ، ١٩٩٦ م .
- ١٨ - الجرجاني ، على بن محمد . التعريفات ، جلد ١ ، دار الكتب ، بيروت ، ط : اول ، ١٩٨٣ م .
- ١٩ - الحاكم ، محمد بن عبدالله . المستدرک على الصحيحين ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، ط : اول ، ١٩٩٠ م .
- ٢٠ - حامد صادق ، محمد رواس . معجم لغة الفقهاء ، جلد ١ ، دار النفائس ، ط : ٢ ، ١٩٨٦ م .
- ٢١ - الحسيني ، محمد بن محمد . تاج العروس من جواهر القاموس ، جلد ٣٦ ، دار الهداية ، ب - ت .
- ٢٢ - الدسوقي ، محمد ابن احمد ابن عرفة . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جلد ٣ ، دار الفكر بيروت ، ب ، ت .
- ٢٣ - الرازى ، محمد ابن ابى بكر . مختار الصحاح ، جلد ١ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ط : پنجم ، ١٤٢٠ هـ .
- ٢٤ - الزحيلي ، وهبة بن مصطفى . الفقه الاسلامى وادلته ، جلد ٦ ، سوريه ، دمشق ، ط : الرابعة ، ب - ت .
- ٢٥ - الزمخشري ، محمود بن عمرو . اساس البلاغة ، جلد ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط : اول ، ١٩٩٨ م .
- ٢٦ - الزيلعي ، عثمان بن على . تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، جلد ٥ ، مطبعة الكبرى الاميرية ، قاهره ، ط : ١ ، ١٣١٣ هـ ق .
- ٢٧ - السجستاني ، سليمان ، سنن ابى داود ، جلد ٣ ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ب - ت .
- ٢٨ - السعدى ، ابو حبيب . القاموس الفقهي ، جلد ١ ، دار الفكر ، دمشق ، ط : ٢ ، ١٩٨٨ م .
- ٢٩ - سمرقندى ، محمد بن احمد . تحفة الفقهاء ، جلد ٧ ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، ط : ٢ ، ١٩٩٤ م .
- ٣٠ - سيد سابق . فقه السنة ، دار الكتاب العربى ، جلد ٣ ، بيروت ، ط : سوم ، ١٩٧٧ م .
- ٣١ - الشربيني ، شمس الدين . مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، جلد ٢ ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، ط : الأولى ، ١٤١٥ هـ .
- ٣٢ - الشربيني ، شمس الدين . مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، جلد ٣ ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، ط : الأولى ، ١٤١٥ هـ .
- ٣٣ - شهاب الدين ، شمس الدين . نهاية المحتاج ، جلد ٤ ، دارالفكر ، بيروت ، ١٩٨٤ م .
- ٣٤ - الشيبانى ، ابو عبدالله احمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن اسد الشيبانى . مسند امام احمد بن حنبل ، جلد ٧ ، مؤسسة الرسالة ، ط : الأولى ، ب - ت .
- ٣٥ - الشيبانى ، ابو عبدالله احمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن اسد الشيبانى . مسند امام احمد بن حنبل ، جلد ٢١ ، مؤسسة الرسالة ، ط : الأولى ، ب - ت .
- ٣٦ - الصاوى ، احمد بن محمد . حاشية الصاوى على الشرح الصغير ، جلد ٣ ، دار المعارف ، ب - ت .
- ٣٧ - الطحطاوى ، احمد بن محمد . حاشية الطحطاوى ، جلد ٣ ، دارالكتب العلمية ، بيروت ، ط : ١ ، ١٩٩٧ م .

- ۳۸ - العبسی ، عبدالله بن محمد . مصنف بن ابی شیبہ ، جلد ۵ ، مکتبۃ الرشید ، ریاض ، ط : ۱ ، ۱۴۰۹ هـ ق .
- ۳۹ - القرطبی ، شمس الدین محمد بن احمد . تفسیر القرطبی ، جلد ۵ ، دار الکتب المصریة ، قاهره ، ط : ۳ ، ۱۹۶۴ م .
- ۴۰ - القزوينی ، محمد بن یزید . سنن ابن ماجه ، جلد ۲ ، دار احیاء کتب العربیة ، حلب ، ب - ت .
- ۴۱ - الکاسانی ، علاء الدین الکاسانی . بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع ، جلد ۷ ، دارالکتب العلمیة ، بیروت ، ط : ۲ ، ۱۹۸۶ م .
- ۴۲ - لجنة العلماء والفقهاء فی خلافة العثمانیة . مجلة الاحکام العدلیة ، نورمحمد کارخانه ، کراچی .
- ۴۳ - اللخمی ، سلیمان بن احمد . مسند الشامیین ، جلد ۲ مؤسسه الرساله ، بیروت ، ط : اول ، ۱۹۸۴ م .
- ۴۴ - الموصلی ، عبدالله بن محمود . الاختیار لتعلیل المختار ، جلد ۲ مطبعة الحلبي ، قاهره ، ب - ت .
- ۴۵ - النسفی ، نجم الدین بن عمر . طلبه الطلبة ، جلد ۱ ، مکتبۃ المثنی ، بغداد ، ب - ت .
- ۴۶ - نکرى ، الاحمد القاضي عبد النبى . دستور العلماء = جامع العلوم فی اصطلاحات الفنون ، جلد ۲ ، دارالکتب العلمیة ، بیروت ، ط : ۱ ، ب - ت .
- ۴۷ - وزارت عدلیه . قانون مدنی افغانستان ، مؤسسه نشرات آریانا ، ط ، ۱ ، ۱۳۸۴ هـ ش .
- ۴۸ - وزراء الأوقاف والشؤون الاسلامیة . الموسوعة الفقهیة الكويتیة ، جلد ۵ ، الكويت ، ط : الأولى ، ۱۴۲۷ هـ .
- ۴۹ - وزراء الأوقاف والشؤون الاسلامیة . الموسوعة الفقهیة الكويتیة ، جلد ۷ ، الكويت ، ط : الأولى ، ۱۴۲۷ هـ .
- ۵۰ - وزراء الأوقاف والشؤون الاسلامیة . الموسوعة الفقهیة الكويتیة ، جلد ۱۷ ، الكويت ، ط : الأولى ، ۱۴۲۷ هـ .
- ۵۱ - وزراء الأوقاف والشؤون الاسلامیة . الموسوعة الفقهیة الكويتیة ، جلد ۲۷ ، الكويت ، ط : الأولى ، ۱۴۲۷ هـ .
- ۵۲ - وزراء الأوقاف والشؤون الاسلامیة . الموسوعة الفقهیة الكويتیة ، جلد ۳۰ ، الكويت ، ط : الأولى ، ۱۴۲۷ هـ .
- ۵۳ - وزراء الأوقاف والشؤون الاسلامیة . الموسوعة الفقهیة الكويتیة ، جلد ۳۳ ، الكويت ، ط : الأولى ، ۱۴۲۷ هـ .

بررسی اصول حاکم بر حقوق متهم در پرتو حقوق جزای افغانستان و اسناد بین‌المللی

غلام حضرت برهانی

چکیده:

جامعه‌ای یافت نخواهد شد که عاری از اتهام و جرم باشد؛ هر قوم، قبیله و اجتماع در کنار پیشرفت در عرصه‌های مختلف محل آستن اعمال اتهامی و مجرمانه که ناگزیر به تحمل آن‌هاست اما آنچه باید مورد توجه قرار گیرد، آن است که هنگام کشف، تعقیب و نهایتاً در محاکمه باید حقوق اساسی مظنون و متهم رعایت شود. در قوانین ملی و بین‌المللی قواعد و اصول تضمین‌کننده حقوق متهم در تمام مراحل دادرسی پیش‌بینی شده است؛ که مهم‌ترین آن؛ اصل برائت و اصل برابری است و اینکه متهم همان مجرم است؛ امری خلاف اصل و باید آن را به اثبات رساند؛ و تا کسی به موجب حکم قطعی و اعتبار امر مختوم محکوم نشده باشد بی‌گناه تلقی شده، حق برخورداری از

سکوت، تفهیم اتهام، کرامت انسانی، منع آزار و اذیت، حق دفاع که هر متهمی حق دارد در کمال آزادی به دفاع از خود برخاسته و کلیه دلایل تحصیل و ارائه شده علیه خود را مورد بحث قرار دهد، حق داشتن وکیل، منع دستگیری خودسرانه، برخورداری از مترجم و لزوم تحصیل دلیل به روش قانونی و ارائه آن بر عهده تعقیب کننده است. در امور جزای باید به تفسیر مضیق پرداخت و شک باید به سود متهم تعبیر و تفسیر شود، حق رسیدگی توأم با برابری سلاح ها، پرسش از شهود، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات و دادگاه ها، تعدد قاضی و تعدد مراحل رسیدگی که این همه قواعد و اصول تضمین کننده حقوق مظنون و متهم، نیز در قوانین افغانستان تا حد زیاد رعایت شده اگرچه در شیوه تطبیق آن کاستی های و نارسایی های دیده می شود.

کلید واژگان: حق، مظنون، متهم، براءت، دفاع، وکالت و عدالت.

مقدمه:

رعایت حقوق متهم و مظنون از ارکان یک محاکمه عادلانه به شمار می رود؛ و موجب تفکیک اتهامات صحیح از تعقیب سقیم و ناروا، پیشگیری از اشتباهات قضایی و درنهایت تأمین آرامش خاطر شهروندان می شود. وصف عادلانه بودن محاکمه زمانی تأمین می گردد که بخش کشف، تعقیب و تحقیق پولیس و غارنوال (دادستان) از یکجانب و بخش دفاع متهم و وکیل مدافع در جانب دیگر، درنبرد قضایی، کشف حقایق مربوط به وقوع جرم سهم گیرند و درنهایت، قاضی باکمال استقلال و بی طرفی حکم را صادر می کند. لازمه دفاعیه مؤثر و مناسب برای متهم، این است که اصول، مقررات و تضمین های برای برگزاری یک محاکمه عادلانه فراهم باشد.

نظام جزای افغانستان که به تازگی در سدد احیاء شدن و یکی از تحولات نوین در کشور است که آشنایی بیشتر با آن برای جامعه ی حقوقی افغانستان و کارکنان نهادهای عدلی و قضایی کشور بسیار مفید است. برخی از اصول نیز در پی پیشرفت و گسترش

اسناد بین‌المللی حقوق بشر در حقوق داخلی کشورها بر حقوق جزا داخلی سایه افکنده است؛ به‌طوری‌که امروزه مجموع اصول قدیمی و جدید را به‌عنوان «اصول اساسی حقوق جزا» یا به تعبیر دیگر اصول راهبردی حقوق کیفری نامیده که هرگاه حقوق جزا در چارچوب این اصول به اجرا درآید، در این صورت می‌توان عملی شدن یک حقوق جزای انسانی را نوید خواهد داد. قوانین افغانستان این حقوق را مانند معیارها و استانداردهای بین‌المللی بیشتر به رسمیت شناخته است؛ هم در قانون اساسی و هم در قوانین عادی بر این حقوق و اصول تأکید کرده و برای آن شرایط و تضمین‌های را پیش‌بینی نموده که باید از سوی محاکم رعایت شود؛ که بنده سعی خواهد کرد تا جامعه حقوقی ما به آن آشنایی بیشتری را کسب نموده و امید این مقاله درخور بوده و بتواند زمینه آگاهی برای متهم از اصول محاکمات جزای را فراهم آورده تا حقوق جزا در چارچوبی قاعده‌مند و ضابطه‌مند به اجرا درآید و از افراط و تفریط در برخورد با مظنون، متهم و حتی مجرم جلوگیری کرده بتواند.

اصول راهبردی حقوق محاکمات جزای

- ✓ اصول کلی ناظر بر حقوق جزا؛
- ✓ اصول ناظر بر حقوق دفاعی متهم؛
- ✓ اصول ناظر بر تحقیق و تعقیب؛
- ✓ اصول ناظر بر محاکمه عادلانه؛ که جایگاه آن‌ها در قوانین اصول محاکمات جزای (آئین دادرسی کیفری) افغانستان قرار ذیل خواهد بود:

اصول کلی ناظر بر حقوق جزا^۱

اصل قانونی بودن جرائم و مجازات^۲

در ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان تصریح می‌کند: «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخصی را نمی‌توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخصی را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه باصلاحیت و مطابق با احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.» و باز در ماده ۲ و ۳ قانون جزا، نیز بر اصل فوق تأکید می‌کند: «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به موجب قانون.» و «هیچ کس را نمی‌توان مجازات نمود مگر مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.» و کذا بند ۱-۳، ماده ۷ قانون کود جزا: «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود، مگر به حکم قانون که قبل از ارتکاب آن، نافذ گردیده باشد. هیچ جزایی را نمی‌توان تطبیق نمود، مگر این‌که در این قانون تصریح شده باشد. هیچ شخصی را نمی‌توان مجازات نمود، مگر به حکم محکمه ذیصلاح، مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام، نافذ گردیده باشد.»

اصل شخصی بودن مسئولیت جزای^۳

در ماده ۲۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «جرم یک عمل شخصی است. تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزا بر او به شخص دیگری سرایت نمی‌کند» و باز در ماده ۹ قانون کود جزا تأکید می‌کند: «جرم عمل شخصی است و جزای مترتب بر آن به شخص دیگری سرایت نمی‌کند.»

^۱ -The general principles governing criminal law.

^۲ -The principle of crimes and punishments.

^۳ -The principle of individual criminal responsibility.

اصل برابری افراد در پیشگاه قانون^۱

ماده ۲۲ قانون اساسی تأکید می‌کند: «هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان، اعم از زن و مرد، در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند.» و باز در ماده ۶ کود جزا تأکید می‌کند: «مظنون، متهم و محکوم بدون نظر داشت تعلقات ملیتی، نژادی، زبانی، قبیله‌ای، دینی یا مذهبی، عقیده سیاسی، جنس، تحصیل، شغل، نسب، دارایی، موقف اجتماعی، محل سکونت و اقامت در برابر قانون از تساوی کامل برخوردار می‌باشد.» (کریانگ، ۱۳۸۳، ص ۱۲۶ و (M.Bassiouni, 1992, P.608

اصول ناظر بر حقوق دفاعی متهم^۲

در این دسته، اصولی بررسی می‌شود که در ارتباط با حق دفاع متهم است و به عبارت دیگر رعایت آن‌ها باعث می‌گردد که شرایط و تسهیلات کافی برای متهم فراهم گردد چنانچه در محکمه بین‌المللی نورنبرگ، ماده ۱۶؛ منشور توکیو بند {الف}، ماده ۹؛ قسمت {ج} و {د} بند ۴ اساس‌نامه محکمه بین‌المللی جزائی (۱۹۹۱-۱۹۹۳ م)؛ ماده ۲۰ اساس‌نامه روندا (۱۹۹۴ م) و سرانجام محکمه بین‌المللی جزائی دائمی (۱۹۹۸ م) در قسمت {ب}، بند یک ماده ۶۷ نامه خویش حق فراهم آوردن فرصت، تسهیلات و زمان کافی را برای حق دفاعیه متهم به رسمیت شناخته است؛ که از مجموعه اسناد ملی و معیارهای بین‌المللی برای حق دفاع مناسب متهم دو عنصر ضروری ذیل به دست خواهد آمد:

^۱ - The principle of equality of persons before the law.

^۲ - Principles governing the rights of the defendants.

زمان کافی برای تهیه دفاعیه: یعنی تا متهم و وکیل مدافع آن بتوانند وقت و زمان کافی برای دفاعیه خویش از دیدگاه قانونی و حقوقی داشته باشد. در ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌نگارد؛ که زمان کافی بستگی به ویژگی‌های هر پرونده دارد و هر پرونده ممکن است با پرونده دیگری از خصوصیات و ویژگی‌های نظر به پیچیدگی، ساده بودن اتهام، نوع و ماهیت اتهام، دلایل، شمار متهمین، رفتار شاکی، عملکرد مقامات قضائی متفاوتی برخوردار باشد که درواقع هر کشور نظر بر لزوم دید خویش زمان مناسب را نظر با شرایط، احوال و اوضاع با نظر گرفتن شرایط لازم را برای مراحل دادرسی در مدت معقول و با سرعت موردنیاز متوازن پیش‌بینی می‌کند.

تسهیلات کافی: دومین حق که باید در نظر گرفته شود برابری تسهیلات کافی از سوی مقامات قضائی برای یک دفاعیه خوب‌تر متهم و وکیل مدافع آن، آماده ساختن تسهیلات کافی خواهد بود. چنانچه در ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ دسترسی به اسناد و دیگر دلایل که متهم برای تدارک دفاعیه خویش به آن‌ها نیاز دارد، فرصت گرفتن وکیل و برقراری ارتباط با وی، تهیه دفاع مؤثر و مناسب از لازمه حق دفاع متهم دانسته شده و نیز در اسناد ملی و بین‌المللی تضمین‌های مستقل برایش پیش‌بینی شده تا بتواند بی‌گناهی خویش را اثبات کند که اصول ذیل را می‌توان در این دسته جای داد:

اصل برائت^۱

ارتکاب جرم امری است استثنائی و خلاف اصل و نیازمند اثبات، بنابراین اصل برائت است و متهم هیچ اجباری به اثبات بی‌گناهی خویش ندارد، این اصل یکی از اصول بنیادین حقوق جزا است که به دفاع از اولین و مهم‌ترین حق دفاعی متهم می‌پردازد.

¹ - The presumption of innocence.

اصل برائت را می‌توان میراث مشترک حقوقی همه ملل متمدنی جهان محسوب نمود و بر تمامی مراحل پروسه کیفری حاکم است؛ و می‌توان گفت که این حق اگر برای متهم شناسایی شده است به‌طریق‌اولی در حق مظنون هم قابل‌اعمال بوده؛ زیرا در مورد کسی که هنوز اتهام‌نامه در مورد وی صادر نشده است فرض بی‌گناهی وی از قوت بیشتر برخوردار بوده به این معنا که «همه انسان‌ها تا مادامی‌که مجرمیت آنان در جریان رسیدگی عادلانه و منصفانه در محکمه‌ی که مطابق با قانون تشکیل گردیده، به‌طورقطع و یقین اثبات و احراز نگردیده، بی‌گناه محسوب می‌شود و نتیجتاً از هرگونه تعرض مصون هستند»؛ و به‌عبارت‌دیگر «هر امر که توجه آن به شخص مستلزم نوعی زحمت یا زیان یا سلب آزادی و یا ایجاد مضیقه باشد، در صورتی‌که توجه آن شخص به شخص محل تردید باشد باید (به‌موجب این اصل) آن شخص را از آن کلفت و زحمت مبرا نموده؛ زیرا بدون دلیل قاطع، تحمیل کلفت و زحمت به اشخاص روا نیست». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۴۹) چنانچه بند ۲ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح دارد: «هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد حق دارد بی‌گناه فرض شود تا این‌که مقصر بودن او بر طبق قانون محرز بشود.» که قانون‌گذار افغانی نیز به‌مانند بسیاری از نظام‌های قضایی دیگر، اصل برائت را پذیرفته و جهت استحکام و تثبیت هر چه‌بهرتر آن؛ وی در قانون اساسی و اجراءات جزای قرار داده و درواقع به حمایت از حقوق متهم پرداخته است چنانچه در قانون اساسی ماده ۲۵ می‌گوید: «برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی‌که به‌حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم‌علیه قرار نگیرد، بی‌گناه شناخته می‌شود.» در قانون اجراءات جزای بند ۲۶ ماده ۴ برائت را چنین تعریف کرده: «حالتی است که محکمه بنا بر فقدان موجودیت دلایل اثبات به بی‌گناهی متهم ورد اتهام در همان قضیه حکم نموده باشد.» و همچنین دربند یک ماده ۵ قانون اجراءات جزایی (قانون آئین دادرسی کیفری) تصریح می‌کند: «براءت ذمه حالت

اصلی است، متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود.»

توضیح: از مجموع مواد قانونی در رابطه با این اصل نکات ذیل قابل استنباط می باشد:

الف: واضح است که بر اساس قانون اساسی افغانستان براءت ذمه حالت اصلی است که در جریان تمام مراحل دادرسی و محاکمه جزایی اعتبار دارد. در مرحله ماقبل محاکمه اصل براءت ذمه مستلزم آن است که اقداماتی که علیه متهم صورت گرفته متناسب با نوع اتهامات علیه وی باشد و به طور مشخص می توان گفت هر اقدام اجباری که علیه شخص در مرحله ماقبل محاکمه اتخاذ می گردد باید ضرورت آن احساس شود و متناسب باشد؛ لذا توقیف قبل از محاکمه یک حالت استثنائی است که باید با ارائه دلایل موجه توجیه گردد؛ مانند خطر انحراف تحقیق یا خطر فرار و غیره.

ب: این اصل متضمن حفظ و حمایت از حقوق و آزادی های اشخاص در مواجهه با وضعیت اتهامی است، به موجب این اصل هرکس تا زمان که جرم او به اثبات نرسد بی گناه است، زمانی می توان فرض براءت را کنار گذاشت که حکم قطعی از سوی محکمه باصلاحیت بر مجرم بودن متهم صادر شده باشد؛ بنابراین حتی بعد از صدور حکم محکمه ابتدائیه مبنی بر محکومیت متهم بازهم فرض براءت در مورد وی صادق است، زیرا چه بسا محکمه استیناف محکومیت صادره از سوی محکمه ابتدائیه را نقض کند.

ج: اعمال هرگونه محدودیت نسبت به متهم باید مستند به دلایل قانونی باشد و همچنین محدودیت های مذکور تا جایی رواست که برای کشف حقیقت، ضروری دانسته شود.

د: فرض براءت ذمه مانع از توسل به اقدامات خشونت آمیز همانند تعذیب و شکنجه جهت اخذ اقرار از متهم می شود، همچنین در صورت التزام به فرض براءت ذمه، متهم الزامی به اثبات بی گناهی خویش ندارد.

ه: مطلب دیگر که از مجموعه مواد مذکور استفاده می‌شود این است که حکم محکومیت باید از سوی محکمه‌های باصلاحیت صادر شده باشد، لذا صدور حکمی در رابطه با مجرمیت فردی، از سوی محکمه‌ای که قانون، صلاحیت رسیدگی به آن دعوا را به چنین محکمه‌ای تفویض نکرده است؛ یا از سوی هر نوع نهاد غیر قضایی و یا محاکم صحرایی و مردمی دیگر، معتبر نخواهد بود.

و: در جریان محاکمه، اصل برائت ذمه نخست از همه مستلزم بی‌طرفی قاضی می‌باشد حق برائت ذمه خواهان آن است که قضات و سایر مأمورین دولتی از پیش‌داوری نسبت به یک قضیه خودداری ورزند. این بدین معنا است که مقامات عدلیه به‌ویژه خرنوالی و پولیس نباید تقصیر یا بی‌گناهی شخص متهم را قبل از نتیجه قطعی و نهایی محاکمه اعلام کند. (علامه، ۱۳۸۶، ۳۳ و رضائی، سایت)

اصل تفهیم اتهام و دلایل آن^۱

تفهیم اتهام «عبارت است از اعلام رسمی رفتار یا رفتارهای مجرمانه به متهم، از سوی بازپرس، مقام قضایی و یا ضابط دادگستری (مأمورین ضبط قضائی) به زبان و شیوه‌ای که با توجه به وضعیت خاص هر متهم، برای او قابل‌درک و فهم باشد.» (آشوری، ۱۳۸۸، ۱۳۵) و یا: «تفهیم موضوع و دلایل اتهام به معنای این است که متهم از ماهیت افعال مجرمانه خود و اوضاع و احوال زمان ارتکاب و هم از شواهد و دلایل علیه خود اطلاع حاصل کند.» (رسولی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۳) پس تفهیم اتهام و بیان دلایل آن از سوی مقامات دادرسی و قضایی به متهم یکی از اصول مهم و حقوق بنیادین مظنون و متهم است که مورد شناسایی جهانی قرار گرفته و در اصل تضمین‌کننده حقوق آنها در یک محاکمه عادلانه به حساب می‌آید و پیش‌نیاز انجام دفاع مناسب است زیرا تا زمانی که

¹ – Article charged the roots.

متهم از اتهام و دلایل آن آگاه نشود نمی‌تواند در برابر آن از خود دفاع کند و این حق در تمام مراحل دادرسی، محاکمه و یا برائت متهم توسط محکمه باید رعایت گردد. چنانچه در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در بند ۳ قسمت {الف} ماده ۱۴ می‌نگارد: «در اسرع وقت و به تفصیل به زبانی که او بفهمد از نوع و علل اتهامی که به او نسبت داده می‌شود مطلع شود.» که تخلف از این اصل موجب بطلان تحقیقات خواهد شد، زیرا ناآگاهی از موارد اتهام، آزادی دفاع متهم را شدیداً مخدوش می‌کند. (رضایی، سایت)

در مجموعه‌ی قوانین افغانستان به تفهیم اتهام و ضرورت آن توجه شده است، و بر فوری بودن تفهیم اتهام و دلایل آن حتی به مجرد گرفتاری تأکید شده است، چنانچه قانون اساسی در ماده ۳۱ می‌نگارد: «متهم حق دارد به مجرد گرفتاری از اتهام منسوب اطلاع یابد.» در این ماده از تفهیم اتهام یاد شده است اما از تفهیم دلایل اتهامی سخنی به میان نیامده است ولی قانون اجراءات جزایی، علاوه بر ضرورت تفهیم اتهام، بر لزوم تفهیم، دلایل، جبران خسارت و هر نوع رفتار غیرانسانی نیز تأکید ورزیده است چنانچه در بندهای ۱-۶، ماده هفت خویش می‌نگارد؛ که مظنون، متهم و مسئول حق العبدی در مراحل تعقیب عدلی، دارائی حقوق ذیل می‌باشد: «دانستن جرم نسبت داده شده و کسب توضیحات در مورد اتهام وارده و اجراءات قضیه؛ مصونیت از گرفتاری یا توقیف خودسرانه و حق دریافت جبران خساره وارده مطابق احکام قانون؛ مصونیت از توهین، تحقیر، تعذیب جسمی، روانی و هرگونه برخورد غیرانسانی؛ دادن اطلاع به فامیل یا اقارب وی حین گرفتاری از طرف مرجع رفتار کننده؛ اظهار مطالب و ارائه دلایل به صورت آزادانه؛ ارائه اسناد، مدارک و شهود، استجواب از شهود که علیه وی شهادت داده‌اند و حضور و استماع شهودی که به نفع وی شهادت می‌دهد.»

چنانچه در این مورد میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در فقره ۲۰ ماده ۹ نیز به وضاحت بیان می‌کند: «هر کس دستگیر می‌شود باید در موقع دستگیر شدن از جهات

(علل) آن مطلع شود و در اسرع وقت اختطاریه‌ای دایر بهر گونه اتهامی که به او نسبت داده می‌شود دریافت دارد.»

ماده‌های مذکور به سهم خود در تذکر تفهیم و دلایل اتهام به متهم از سوی پولیس (پلیس)، نکته‌ای بسیار مثبتی در قانون یادشده می‌باشد. فایده تفهیم اتهام و دلایل آن به متهم این است که این امر به وی در امر تدارک و تهیه دفاعیه کمک می‌نماید و از این طریق حقوق متهم رعایت می‌گردد. (رضایی، سایت) متهمی که نداند اتهام او چیست چگونه می‌تواند از خود دفاع کند؟

اصل برخورداری از حق سکوت^۱

از جمله حقوق اساسی متهم و مظنون در حین گرفتاری، مرحله تحقیقات و یا بعد از آن دادن حق سکوت است و باید این حق برایش تفهیم گردد و بیان شود که هر اظهاری اگر در جریان گرفتاری می‌نماید بعداً همان اظهار وی برخلاف او استعمال خواهد شد. در اصل حق سکوت تضمین برای عدم اخذ اعتراف به‌اکراه مادی یا معنوی از مظنون و متهم می‌باشد، چون حالت گرفتاری یکی از مواردی مرحله کشف جرم می‌باشد و در مرحله کشف جرم که اساس، تهداب و مبنای پروسه قضیه جزائی را می‌گذارد، هرگاه در این مرحله اجراءات قانونی صورت گیرد مراحل بعدی (تعقیب، تحقیق و محاکمه) که به آن استوار بوده درست پیش برده می‌شود و اگر احیاناً مرحله کشف درست و قانونی اساس گذاشته نشود مراحل بعدی که به آن بنا یافته می‌باشد منحرف می‌گردد و هدف عمده که باید هیچ بی‌گناه بی‌موجب مجازات و هیچ گناهکار از چنگال قانون فرار ننماید برآورده گردد.

مبانی حق سکوت: عمدتاً برای حق سکوت حقوقدانان چهار مبنا را ذکر کرده است:

¹ – The enjoyment of the right to silence.

۱. اساسی‌ترین مبنای آن اصل براءت ذمه است؛ زیرا مفاد این اصل آن است که متهم تا زمانی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم‌علیه قرار نگرفته باشد بری الذمه دانسته می‌شود. لذا از شخص دارای براءت الذمه هر نوع پرسش بدون رضایت وی امر غیرموجه و نادرست تلقی شده و هرگز وی را نمی‌توان مجبور به پاسخگویی کرد؛

۲. دومین مبنای این اصل؛ رعایت شرط آزادی، اختیار و اراده است و تا زمانی که شخص بااراده خود و با داشتن آزادی کامل اعتراف یا اقرار به عملی نکند، اخذ هر نوع اعتراف یا اقرار از نزد وی جبراً، ارزش و اعتبار قانونی نداشته و هرگز سبب اثبات جرم وی نمی‌گردد؛

۳. مبنای سه وجود اصل؛ البینه علی المدعی است. مطابق این اصل وظیفه اثبات بدوش شخصی است که ادعا می‌نماید واصل در قضایای جزای این است که؛ وظیفه اثبات اتهام بر عهده خوانروال می‌باشد. لذا متهم مکلف نیست تا بی‌گناهی خویش را اثبات نماید و یا برای بی‌گناهی خویش دلایلی را اراء نماید؛

۴. مبنای چهارمی که در این رابطه وجود دارد، این است که هیچ‌کس مجبور نیست تا بر ضد خود وادار به ارائه دلیل گردد و یا به عبارت دیگر خود را مجرم ثابت نماید. (اردبیلی، ۱۳۸۳، ص ۰ و ایثار، ۱۳۹۵، ص ۱۳)

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز دربند ۳ قسمت {ز} ماده ۱۴ تصریح دارد: «هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمین‌های حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد.» و باز تکرار می‌کند؛ «مجبور ساخته نشود که علیه خویش شهادت بدهد یا به جرم خویش اعتراف نماید.» و همچنین در قانون اجراءات جزایی راجع به حق سکوت دربند ۷ ماده هفت استفاده از حق سکوت و امتناع از هرگونه اظهارات را حق مسلم متهم و مظنون شمرده است و باز در ماده هشت قانون اجراءات جزایی تاکیدا یادآوری می‌کند: «پولیس حین گرفتاری، خوانروالی قبل از آغاز تحقیق و قاضی قبل از محاکمه مکلف‌اند، حقوق مندرج ماده ۷ این قانون را به مظنون

و متهم یا نماینده قانونی آن‌ها توضیح و موضوع را در محضر درج، امضاء و نشان انگشت او را اخذ نمایند.»

پس پولیس، خرنوال (دادستان) و قاضی مکلف‌اند معلومات واضح را در وقت گرفتاری و قبل از استنطاق راجع به حق سکوت، حق تعیین وکیل مدافع در تمام مراحل، حق حضور در هنگام تفتیش، مقررات شناسایی مجرمین از طریق صف کشیدن، معاینات توسط اهل خبره و محاکمه برای مظنون و متهم ارائه نموده و نیز متهم می‌تواند که به سؤالات محکمه به اساس حق سکوت جواب ندهد و این حق هیچ مطلبی را بر پرونده او افزوده نمی‌کند و کسی نمی‌تواند حق سکوت را به‌عنوان قرینه‌ای علیه متهم و در اثبات مجرمیت او استفاده کرد و این یکی از حقوق بنیادین متهم بشمار می‌آید ولی در صورتی که متهم نخواهد از حق سکوت خویش استفاده کند، در این صورت متهم و مظنون باید توضیحات لازم و مناسب را ارائه نماید.

اصل کرامت انسانی^۱

کرامت انسانی در نزد قانون‌گذار بسیار مهم بوده و از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است؛ چنانچه در فقره ۱ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هر شخص حق آزادی و امنیت شخصی دارد، هیچ شخصی خودسرانه دستگیر یا توقیف نمی‌شود آزادی هیچ شخصی سلب نمی‌شود مگر بر اساس دلایل و طبق اجراءات که در قانون پیش‌بینی شده است.» و همین‌طور چندین بار در قانون اساسی و قوانین عادی افغانستان بر آن تأکید کرده است: در مقدمه قانون اساسی، حفظ کرامت و حقوق انسانی در جامعه افغانستان، از اهداف تدوین این قانون دانسته شده و در ماده شش قانون مزبور؛ دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت

¹ – The principle of human dignity.

انسانی، حمایت از حقوق بشر، تحقق دموکراسی و تامین وحدت ملی مکلف گردیده است.

علاوه بر این در ماده ۲۴ قانون مذکور چنین آمده است: «آزادی حق طبیعی انسان است، این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می‌گردد، محدودی ندارد. آزادی و کرامت انسان از تعرض مصوون است. دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسانی مکلف می‌باشد.» و باز در ماده ۲۹ همین قانون تصریح شده است: ... تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است. در ماده مذکور دو نکته قابل جلب توجه است، آن لزوم تعریف و محدودیت آزادی می‌باشد، یعنی آزادی دیگران و مصالح عامه توسط قانون‌گذار تأکید شده است تا از محدود و مخدوش کردن آزادی‌های دیگران به طور خودسرانه جلوگیری به عمل آید. پس اگر کسی آزادی دیگران و منافع و مصالح عامه را تهدید می‌کرد؛ آزادی شخصی از وی سلب و گرفته می‌شود و ترجیح به آزادی‌های و حقوق دیگران، منافع و مصالح عامه داده می‌شود و حتی این نوع افراد را می‌توان به اساس اخلال در نظم و منافع عمومی محاکمه کرد.

اصل منع شکنجه^۱

شکنجه در لغت به معنای اذیت، آزار، رنج و عذاب آمده است (عمید، ۱۳۶۲، ص ۶۷۸) و در اصطلاح عبارت از هرگونه آزار و اذیت جسمی یا روانی شدید است که مأموران دولت و یا سایر مقامات عمومی در ضمن انجام وظیفه یا به مناسبت شغل خود و به قصد اخذ اقرار یا کسب اطلاعات و یا هر انگیزه دیگر بر متهم یا محکوم علیه اعمال می‌نمایند. کنوانسیون منع شکنجه در تعریف وی می‌نگارد: «شکنجه به هر عملی اطلاق می‌شود که عمداً درد یا رنج‌های شدید جسمی یا روحی به شخص وارد آورد و منظور

^۱ - The principle of the prohibition of torture

از آن این باشد که از این شخص یا شخص ثالث اطلاعات یا اقرارهای گرفته شود یا به اتهام عملی که این شخص یا شخص ثالث مرتکب شده تنبیه گردد یا اینکه هدف از آن تهدید یا اجبار این شخص یا شخص ثالث و یا تنبیه او به هر دلیل دیگری باشد که مبتنی به شکلی از اشکال تبعیض است. مشروط بر اینکه چنین درد و رنج‌های توسط مأموران دولت یا سایر مقامات عمومی یا با ترغیب یا با رضای صریح یا ضمنی آنان تحمیل شده باشد؛ و رنج‌های که منحصراً از اجرای مجازات قانونی حاصل می‌شود و ذاتی یا تبعی چنین مجازاتی است، شکنجه محسوب نمی‌شود.» (کنوانسیون منع شکنجه سازمان ملل، ۱۹۸۴، ماده ۱)

پس مقامات قضائی و پولیسی حین برخورد با مظنون یا متهم و بازجویی از وی، اصول را در این زمینه رعایت نمایند و یکی از مهم‌ترین آن‌ها ممنوعیت شکنجه و وارد کردن فشار روحی و جسمی بر شخص متهم در کلیه مراحل دادرسی و محاکمه جزایی می‌باشد و این یک حق مطلق و مسلم هر متهم، مظنون و محبوس است؛ و آن را در هیچ شرایطی نمی‌توان تعلیق کرد. میثاق بین‌المللی، قانون اساسی و دیگر قوانین ملی افغانستان صریحاً شکنجه و همچنین وارد ساختن فشار روحی و جسمی را بر شخص متهم ممنوع دانسته است. در این باره ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر چنین مقرر می‌دارد: «احدی را نمی‌توان تحت شکنجه یا مجازات یا رفتاری قرارداد که ظالمانه و یا برخلاف انسانیت و شئون بشری یا موهن باشد.» و نیز در ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح می‌کند: «هیچ‌کس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازات‌ها یا رفتاری‌های ظالمانه یا خلاف انسانی یا ترذیلی قرارداد. مخصوصاً قرار دادن یک شخص تحت آزمایش‌های پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه او ممنوع است.» و یا مواد ۲ و ۴ کنوانسیون منع شکنجه؛ که شکنجه علی‌الاطلاق منع قرار گردیده و کشورهای عضو متعهد گردیده‌اند که با اتخاذ تدابیر مؤثر قانونی، اداری، قضایی و غیره از وقوع شکنجه و آزار در قلمرو حاکمیت خود پیشگیری نموده و چنین رفتاری را در

قوانین جزایی خود جرم دانسته و کسانی را که در شروع، مباشرت، شرکت یا معاونت در شکنجه دخالت داشته‌اند، محاکمه و مجازات کنند؛ ماده ۵ کنوانسیون هم با پیش‌بینی مفاد قاعده «استرداد یا محاکمه»، متهمان به شکنجه را همه‌جا قابل محاکمه و مجازات دانسته‌اند، قراردادهای چهارگانه ژنو مصوب سازمان ملل که بر اساس ماده ۱ مشترک در هر چهار قرارداد «رفتار خشن، شکنجه و آزار» کسانی که مستقیماً در مخاصمات شرکت ندارد و نیز «لطمه به حیثیت اشخاص به‌ویژه تخویف و تحقیر آنان» و نیز ماده ۹۹ قرارداد ژنو «هیچ فشار روحی یا بدنی نباید به‌منظور اعتراف به عمل مورد اتهام به اسیر جنگی وارد آید» ممنوع اعلام گردیده است و کذا کنوانسیون حقوق اطفال دربند الف ماده ۳۷: هیچ کودکی مورد شکنجه یا سایر رفتارهای بی‌رحمانه یا غیرانسانی یا تحقیرآمیز قرار نخواهد گرفت و به تأسی این اصول ماده ۲۹ قانون اساسی تصریح می‌کند: «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخص نمی‌تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگرچه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد.» و یا ماده ۳۰ قانون اساسی: «اظهار، اقرار و یا شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به‌وسیله اکراه به دست آورده شود اعتبار ندارد. اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت ادراک عقل در حضور محکمه باصلاحیت. همان‌طوری که ملاحظه گردید قانون‌گذار در این مواد به ممنوعیت شکنجه در تمامی مراحل فرایند دادرسی کیفری پرداخته است و نکات ذیل از مواد مزبور قابل استفاده است:

۱. تصریح به (حتی به مقصد کشف حقایق) هر نوع عذر و بهانه را از شکنجه گران می‌گیرد و شکنجه را مطلقاً ممنوع می‌کند.

۲. این ماده شکنجه را هم در مراحل بازداشت قبل از محاکمه منع می‌کند و هم در دوران حبس محکوم‌علیه به مجازات، عبارت (محکوم به جزا باشد) اشاره به مورد اخیر دارد.

۳. مواد فوق هم ناظر به ممنوعیت مباشرت به شکنجه است و هم ناظر به ممنوعیت صدور دستور شکنجه، به عبارت دیگر، ممنوعیت شکنجه در این مواد، هم برای مأموران تعقیب و تحقیق وضع شده است و هم برای مقامات مافوق آنها؛ اما نسبت به «حق برخورداری از شرایط انسانی در دوران بازداشت» که از ماده بیست و چهارم قانون یادشده استنباط کرد، ماده مذکور مقرر می‌دارد: «کرامت انسان از تعرض مصئون است و دولت به احترام و حمایت از کرامت انسان مکلف است.» و باز در ماده ۴ قانون جزا و بند یک ماده ۱۲ کود جزا افغانستان مقرر می‌دارد: «تعیین جزای که مخالف کرامت انسانی باشد جواز ندارد». همچنین بند ۳ ماده هفتم قانون اجرای پیش‌بینی کرده است: «مصئونیت از توهین، تحقیر، تعذیب جسمی، روانی و هرگونه برخورد غیرانسانی.» و باز در بند ۵ همین ماده ۷ اضافه می‌کند: «اظهار مطالب و ارائه دلایل به صورت آزادانه.» از جمله حقوق متهم و مظنون بوده که موارد ذیل از این مواد قابل استنباط خواهد بود:

۱. اشخاص مظنون و متهم تحت هیچ‌گونه فشار روحی و یا جسمی، توهین، تحقیر و تعذیب قرار گرفته نمی‌توانند؛

۲. اظهارات و دلایل مظنون و متهم در فضای کاملاً آزاد اخذ می‌گردد؛

۳. اظهار، اقرار و یا شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود اعتبار ندارد؛

۴. آزار و اذیت عمدی بوده و هیچ نوع عنوان مجازات را نداشته باشد.

مبنا و اساس حق قرار نگرفتن انسان‌ها در معرض شکنجه یا سایر رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده همان شرافت و کرامت ذاتی است که همه انسان‌ها به طور مساوی از آن برخوردار هستند؛ توضیح اینکه وقتی حکومت از شکنجه به عنوان ابزاری برای اعمال فشار، تهدید و زور استفاده می‌کند و از این طریق می‌خواهد امنیت و اقتدار سیاسی خود را حفظ کند و یا متهمان و محکومان را وادار به ارائه اطلاعات و یا اقرار

نماید، در حقیقت از فرد به عنوان یک وسیله برای رسیدن به یک هدف استفاده می کند و این امر چیزی جز انکار کرامت و شرافت ذاتی انسانی نیست. (رحیمی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶) و در نتیجه، از مجموع مواد میثاق، قانون اساسی و عادی افغانستان استفاده می شود که شکنجه و اعمال انواع فشارهای جسمی و روانی به هر قصد و بهانه ای که باشد و در تمام مراحل دادرسی و محاکمه، ممنوع است و در چنین شرایطی اخذ اقرار و جمع آوری دلایل علیه متهم غیرقانونی و فاقد اعتبار است.

اصل بهره‌مندی از وکیل مدافع منتخب^۱

دفاع به دو معنا بکار برده می شود؛ یکی به معنای عام که شامل تمام مواردی می گردد که به خاطر ایجاد عکس العمل در برابر ناملازمات تبارز داده می شود، مانند دفاع مشروع، دفاع از حریم کشور و غیره؛ اما دفاع به معنای خاص آن، شامل توضیحات و بیاناتی می باشد که مدعی علیه با ارائه دلایل مستند، در دعوای حقوقی (مدنی)، مطالبه مدعی و در دعوای جزایی، اتهامات وارده مدعی را که مدعی العموم است، رد نماید. درواقع مدعی علیه با تکذیب مطالبات و خواست ها با اتهام وارده علیه خود در یک قضیه اقدام می نماید. بناء دفاع از اتهام وارده در برابر نهادهای عدلی و قضایی و انتخاب وکیل مدافع از جمله حقوق اساسی افراد به شمار می رود. (رسولی، ۱۳۹۳، صص ۲۳۹-۲۴۰)

در بسیاری از موارد، اتهامات جزای، پیچیده و فنی است به طوری که متهم به تنهایی، نمی تواند از عهده دفاع برآید. در این گونه موارد، استفاده از وکیل مدافع برای کمک به امر دفاع و تهیه دفاعیه مناسب، یک حق طبیعی ضروری و از مهم ترین عناصر تضمین کننده حقوق متهم است در قوانین ملی و بین المللی مورد شناسایی و تأکید

^۱ - The benefit of the chosen defense attorney .

قرار گرفته است. در این باره بند ۳ جز {د} ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی چنین توضیح دارد: «در محاکمه حاضر بشود و شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن وکیل به او اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح دادگستری اقتضاء نماید از طرف دادگاه رأساً برای او وکیلی تعیین بشود که در صورت عجز او از پرداخت حق‌الوکاله هزینه‌ای نخواهد داشت.» و همچنین در اصل سی و یک قانون اساسی افغانستان مقرر داشته است: «هر شخصی می‌تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند.» پس دولت طبق ماده ۳۱ قانون اساسی؛ در قضایای جنایی برای متهم بی‌بضاعت وکیل مدافع تعیین می‌نماید تا به شکل رایگان از وی دفاع کند که این نوع وکیل مدافع را بنام مساعد حقوقی یاد می‌نمایند. (رسولی، ۱۳۹۲، ص ۲۴۰) همچنین در بند ۸ ماده ۷ و ماده ۱۰ قانون اجراءات جزای؛ هرگاه مظنون یا متهم بی‌بضاعت، ناشنوا، یا گنگ و یا ناشنوا و گنگ یا نابینا بوده یا نارسائی ذهنی داشته باشد، به موافقت وی برای او مساعد حقوقی تعیین می‌گردد و مساعدت‌های حقوقی برای مظنون و متهم توسط اشخاص مسلکی صورت می‌گیرد، به این معنا است که وکیل باید در کار خویش مهارت داشته باشد و در صورت عجز متهم از پرداخت هزینه وکیل، دولت با شرایط مخصوص مکلف به پرداخت هزینه وکیل مدافع خواهد بود.

و همچنین در بند ۳ ماده ۴۸ قانون مبارزه علیه مواد مخدر و بند ۵ ماده ۱۰ قانون وکلا؛ تأکید شده است که در تمام موارد مندرج این ماده، محرمیت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن از هر نوع تعرض مصئون می‌باشد. وکیل حق اشتراک در تمام مراحل و اطلاع از جریان کشف، تحقیق و محاکمه موکل و نتایج آن را دارد؛ و برای تأکید بیشتر؛ ماده ۸ قانون اجراءات جزای تصریح می‌کند: «پولیس، خرنوال و محکمه مکلف‌اند معلومات واضح را در وقت گرفتاری و قبل از استنطاق راجع به حق سکوت، حق تعیین وکیل مدافع در تمام مراحل، طبق ماده ۷ قانون مذکور برای مظنون

و متهم ارائه نمایند و هرگاه مظنون و یا متهم توانایی مالی استخدام وکیل مدافع را نداشته باشد، برای آن‌ها وکیل مدافع رایگان تحت شرایط خاص تعیین می‌گردد. ازآنچه تا اکنون راجع به حق بهره‌مندی از وکیل برای متهم، ذکر شد این نتیجه به دست می‌آید که در قوانین ملی و بین‌المللی این حق به‌عنوان یک اصل در قانون اساسی و قوانین عادی شناسایی شده است و وکیل مدافع از ابتدای دستگیری توسط پولیس تا انتهای محاکمه، می‌تواند در تمامی مراحل حضور داشته باشد و عدم حضور وکیل مدافع در هریکی از مراحل یادشده، حتی می‌تواند از موجبات فرجام‌خواهی یا اعاده دادرسی در ستره محکمه (دیوان عالی کشور) خواهد شد که از مجموعه قوانین مذکور راجع به حق بهره‌مندی از وکیل مدافع توسط متهم نکات ذیل قابل استفاده است:

همان‌طور که ملاحظه گردید، در قوانین مزبور، نفس حق بهره‌مندی از وکیل مدافع به رسمیت شناخته شده است. همچنین عبارات به‌کاررفته در قوانین فوق‌الذکر حاکی از آن است که بسیاری از اصول حاکم بر وکالت هم مورد تأیید تدوین‌کنندگان قوانین افغانستان قرارگرفته است. به‌عنوان نمونه عبارت «هر شخص می‌تواند ... وکیل مدافع تعیین کند.» در ماده ۳۱ قانون اساسی اشاره به لزوم منتخب بودن وکیل از سوی متهم دارد زیرا عبارت فوق به این معنا است که متهم می‌تواند از میان وکلای یکی را برای خود به‌عنوان وکیل مدافع تعیین کند.

عبارت «به‌مجرد گرفتاری» در ماده ۳۱ قانون اساسی اشاره به فوری بودن حق بهره‌مندی از وکیل مدافع دارد. همچنین عبارت بند دو و ۳ ماده ۱۰ قانون وکلا مبنی بر این‌که وکیل مدافع حق دارد در تمام مراحل استنطاق مظنون حاضر باشد، به‌طور ضمنی شامل حضور وکیل در لحظه‌های آغازین استنطاق و بازجوی نیز می‌شود.

حق داشتن وکیل مدافع با تهیه و ترتیب یک دفاع خوب و مناسب ارتباط ناگسستنی دارد. خیلی مهم و حیاتی است که مظنون و یا متهم بتواند با وکیل مدافع خویش بدون هراس و ترس از هرگونه عواقب آن آزادانه صحبت نماید. بدون تأمین این شرط

اساسی ترتیب دفاعیه مناسب ممکن و میسر نخواهد بود به همین جهت لزوم محرمانه بودن مکالمات وکیل با موکل هم صریحاً در بند ۵ ماده ۱۰ قانون وکلا و هم در ماده ۳۱ قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته است.

اصل بهره‌مندی از مترجم^۱

حق داشتن مترجم اصل دیگر از اصول تضمین‌کننده حقوق متهم است که به‌منظور تأمین حقوق متهم در کلیه مراحل دادرسی و محاکمه اجرا می‌گردد؛ زیرا متهم زمانی می‌تواند اتهامات وارده را خوب بفهمد و به پیامدهای حقوقی آن واقف شود که آن را درک کند. حق برخورداری از مترجم به‌طور مستقیم با حق دفاع ارتباط دارد زیرا اگر متهم به زبان کاری محکمه آشنا نباشد و نتواند اتهامات و اسناد مربوط به آن را به‌خوبی درک کند نمی‌تواند از خود دفاع مناسبی ارائه دهد. امروزه در بسیاری از کشورها افرادی زندگی می‌کنند که به زبان‌های مختلف تکلم می‌کنند. علاوه بر این، در محاکم بین‌المللی این مطلب نمود بیشتری می‌یابد زیرا متهمان این محاکم غالباً به زبانی غیر از زبان رسمی محکمه تکلم می‌کنند به همین جهت است که حق برخورداری از مترجم در اصول و اسناد بین‌المللی تصریح شده است چنانچه در ردیف {ج} بند یک ماده ۵۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری می‌گوید چنانچه زبان مورد استفاده در بازجویی غیر از زبانی باشد که شخص کاملاً می‌فهمد و به آن سخن می‌گوید شخص حق یک مترجم شایسته و ترجمه‌ای منطبق با شروط انصاف را دارد و نیز در قسمت {الف}، بند ۳، ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی آمده است: «زبانی که او بفهمد از نوع و علل اتهام که به او نسبت داده می‌شود مطلع شود.» و نیز در جز {و} آن: «اگر زبانی را که در محکمه تکلم می‌شود نمی‌فهمد یا نمی‌تواند با آن تکلم نماید یک مترجم مجانی به

¹ – The benefit of the translators.

او کمک کند.» حق بهره‌مندی از مترجم، در قوانین افغانستان، به‌مانند آنچه در اسناد بین‌المللی راجع به این موضوع آمده است، نیز مورد تأیید قرار گرفته است؛ زیرا افغانستان هم از کشورهایی است که اتباع آن از قومیت‌های مختلف تشکیل شده و زبان‌های متنوعی در آن رایج است. به‌منظور شناسایی زبان مورد تکلم اقوام مذکور و حمایت از این زبان‌ها ماده شانزدهم همین قانون مقرر می‌دارد: «ازجمله، زبان‌های پشتو، دری، ازبکی، ترکمنی، بلوچی، پشه‌ای، پامیری و سایر زبان‌های رایج در کشور، زبان‌های رسمی دولت می‌باشند».

در مناطقی که اکثریت مردم به یکی از زبان‌های ازبکی، ترکی، ترکمنی، پشه‌ای، نورستانی، بلوچی و یا پامیری تکلم می‌نمایند، زبان مورد تکلم علاوه بر پشتو و دری به‌منزله زبان سوم رسمی می‌باشد و نحوه تطبیق آن توسط قانون تنظیم می‌گردد. دولت برای تقویت و انکشاف همه زبان‌های افغانستان برنامه‌های مؤثری طرح و تطبیق می‌نماید، نشر مطبوعات و رسانه‌های گروهی به تمام زبان‌های رایج در کشور آزاد می‌باشد.

از مواد مذکور قانون اساسی مشخص می‌گردد که مسئله زبان و رعایت حقوق اقوام مختلفی که به این زبان‌ها تکلم می‌نمایند در نزد تدوین‌کنندگان قانون اساسی افغانستان، موضوعی مهم و عمده بوده است. با توجه به واقعیت‌های جامعه افغانستان ضرورت وجود مترجم برای متهم در محاکم اهمیت شایانی پیدا می‌کند، به همین دلیل است که هم در قانون اساسی و هم در قوانین عادی، قانون‌گذار بر لزوم وجود مترجم برای متهم تأکید ورزیده است.

راجع به وجود مترجم در محاکم، ماده یک‌صد و سی و پنجم قانون اساسی می‌گوید: «اگر طرف دعوا زبانی را که محکمه توسط آن صورت می‌گیرد، نداند، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری، توسط ترجمان (مترجم) برایش تأمین می‌گردد.» از این ماده نکات ذیل قابل استنباط می‌باشد:

قانون‌گذار قانون اساسی هم ترجمه مواد قانونی و هم اسناد مربوط به دعوا را لازم دانسته است؛ مترجم باید به زبان مادری باشد، لذا وجود مترجم مسلط به دو زبان رسمی (پشتو و دری) افغانستان کفایت نمی‌کند. همچنین حق داشتن مترجم از بند ۲ ماده ۳۱ این قانون نیز استفاده می‌شود: «متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد» این حق آگاهی ضرورتاً مستلزم آن است که متهم باید زبان را بفهمد که چه اتهامات علیه وی نسبت داده شده است.

بهره‌مندی از وجود مترجم در بند یک ماده ۱۱ قانون اجرای جزای هم در مرحله تحقیق و هم در مرحله محاکمه برای متهم شناسایی شده است: «پولیس، غرنوالی {دادسرا} و محکمه مکلف‌اند برای مجنی علیه، مظنون یا متهمی که زبان مورد استفاده در اجرای تعقیب عدلی را نداند کر یا گنگ و یا کر و گنگ باشد، زمینه حضور ترجمان را میسر سازند. برای اشخاص بی‌بضاعت در احوال مندرج ماده دهم این قانون به مصرف دولت ترجمان استخدام می‌گردد.»

اصول ناظر بر کشف، تحقیق و تعقیب^۱

کشف جرم طبق معمول، در همه کشورها ضابطان قضایی مسئول کشف جرم هستند. البته ضابطان قضایی نظر به ماده ۳ و بند ۴ ماده ۱۶ قانون پولیس، به سه دسته؛ ضابطان عام، خاص و ضابطان نظامی تقسیم می‌شوند. در این نوشتار چون بنا بر اختصار است فقط ضابطان عام در حقوق افغانستان بیان می‌گردد. ضابطان عام قضایی در افغانستان را پولیس عدلی تشکیل می‌دهد. شایان ذکر است که پولیس، به دودسته تقسیم می‌شود: پولیس امنی و پولیس عدلی. پولیس امنی، معادل همان پولیس اداری در کشور فرانسه

¹ – Principles governing the detection, investigation and prosecution.

است که مسئول حفظ امنیت شهرها است و وظیفه آن حفظ نظم و امنیت و به عبارت دیگر پیشگیری از وقوع جرم است.

دسته دیگری از پولیس که به طور مستقیم با دستگاه عدالت جزایی سروکار دارد، پولیس عدلی است.

منظور از ماده ۱۳۴ قانون اساسی که کشف جرم را وظیفه پولیس دانسته است، همین دسته‌ی دو از پولیس است.

طبق ماده ۳ قانون پولیس؛ تشکیلات ایشان به طور کلی، زیرمجموعه وزارت داخله است؛ اما مسلماً پولیس عدلی در امر کشف جرم، طبق دستور غرنوال (دادستان) و قاضی عمل خواهد کرد.

نکته دیگر آنکه، طبق بند ۴ ماده پانزدهم قانون پولیس، این نیرو می‌تواند افراد مظنون را تا مدت ۷۲ ساعت تحت نظارت نگهداری و بیشتر از آن مدت، حق نگهداری فرد مظنون را ندارد و باید وی را به خرنوالی تحویل دهد. (قانون اساسی، ۱۳۸۲، ماده ۱۳۴)

اما تحقیق و تعقیب بر طبق ماده ۱۳۴ قانون اساسی؛ تحقیق در مورد جرائم و اقامه دعوا علیه متهم در محکمه وظیفه خرنوالی (دادسرا) دانسته شده و تأکید شده است که این وظایف مطابق به احکام قانون صورت می‌گیرد.

در ادامه ماده آمده است: خرنوالی جز قوه اجرائیه و در اجراءات خود، مستقل می‌باشد. پس بنابراین در افغانستان نیز به مانند فرانسه خرنوالی جز قوه مجریه بوده و درعین حال در انجام وظایف خویش مستقل می‌باشد. (آشوری، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۳۶) علاوه بر استقلال بی‌طرفی مأمور ضبط قضائی و خرنوالی نیز به رسمیت شناخته شده است. در این باره در ماده ۲۰ قانون اجراءات جزایی آمده است که: «مأمور ضبط قضائی و خرنوال مکلف‌اند، جهت روشن شدن تمامی حالات مربوط به قضیه، مطابق احکام این

قانون بدون در نظر داشت منفعت و ضرر مظنون و متهم به جمع‌آوری، ثبت، ارزیابی و نگهداری دلایل و مدارک اقدام نمایند."

طبق ماده ۸۷ قانون اجراءات جزای؛ پولیس مکلف است حداکثر الی ۷۲ ساعت بعد از گرفتاری مظنون محضر اجراءات را با اوراق، اسناد و دلایل جمع‌آوری‌شده رسماً به خائنوالی ارائه نموده و مظنون را غرض تحقیق به خائنوالی مربوطه بسپارد. و خائنوالی نیز طبق ماده ۹۱ قانون اجراءات جزایی؛ هرگاه خائنوال در جریان تحقیق تشخیص نماید که پولیس و موظف امنیت ملی در اجراءات مربوط به قضیه مرتکب تخلفات قانونی گردیده است، موضوع را حسب احوال غرض اتخاذ تصمیم قانونی به مقام ذیصلاح اداره مربوط محول می‌نماید و طبق ماده ۱۰۰ قانون مذکور خائنوال می‌تواند بعد از تسلیمی مظنون در صورت موجودیت دلایل مندرج فقره ۳ ماده ۹۹ و ۱۰۰ این قانون امر توقیف او را در جرم جنحه به مدت هفت روز و در جرم جنایت حسب احوال برای مدت پانزده روز صادر نماید و هرگاه در جرم جنحه و جنایت مدت هفت و پانزده روز برای اكمال تحقیق و ترتیب صورت دعوی کافی نباشد؛ خائنوال می‌تواند با رعایت مراتب مندرج بند ۲ این ماده پیشنهاد تمديد توقیف متهم را حسب احوال طور ذیل به محکمه ابتدائیه مربوط تقدیم نمایند:

در جرائم جنحه ی الی مدت ۱۰ روز؛

در جرائم جنایت الی مدت ۳۰ روز.

و اگر در میعاد مذکور خائنوالی (دادسرا) نتواند که تحقیق را کامل نماید به اساس دلائل موجهه پیشنهاد نموده و محکمه هم برای یک‌بار میعاد را با حفظ حضور اعتراض متهم، وکیل و مساعد حقوقی وی صادر می‌نماید و هرگاه ضرورت توقیف متهم قبل از تکمیل مدت توقیف برطرف گردد، امر توقیف حسب احوال مانع رهایی او به قید کفالت بالمال یا بدون آن نمی‌شود.

نکته مثبت دیگر در قوانین افغانستان از لحاظ رعایت اصل برائت، تفکیک بین مظنون و متهم است؛ بند ۱۱ ماده ۴ قانون فوق مقرر می‌دارد: مظنون شخصی است که به اساس سوءظن به نسبت ارتکاب جرم تحت اشتباه قرار گرفته یا اینکه قبل از نسبت دادن اتهام به وی در مورد او تدابیر احتیاطی اتخاذ شده باشد و باز در بند ۱۳ ماده مذکور؛ متهم شخصی است که بنا بر ارزیابی دلایل اثبات جمع‌آوری شده هنگام تحقیق، به حیث مرتکب جرم تشخیص و اتهام بروی وارد گردیده باشد؛ که باز این اصول ناظر بر کشف، تحقیق و تعقیب قرار ذیل می‌باشد:

اصل تفکیک مرحله تحقیق از مرحله محاکمه^۱

در نظام عدالت کیفری افغانستان مرحله کشف، تحقیق و تعقیب از یکسو و محاکمه از سوی دیگر، در قوانین مربوطه، به‌طور مجزا پیش‌بینی شده است. نیرویی امنی مسئول کشف و خوارنوالی مسئول تحقیق و تعقیب است و محاکم صرفاً به امر محاکمه می‌پردازند.

اصل منع دستگیری و بازداشت خودسرانه^۲

گرفتاری و توقیف خودسرانه از دیرزمان به‌عنوان یکی از موارد نقض حقوق بشر و حاکمیت قانون در جهان و افغانستان امری شناخته‌شده بوده است. در بند اول ماده نهم میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی آمده: «هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ‌کس را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) دستگیر یا بازداشت (زندانی) کرد. از هیچ‌کس نمی‌توان سلب آزادی کرد مگر به جهات و طبق آئین دادرسی مقرر به حکم

^۱ - The principle of separation of investigation stage of trial.

^۲ - The principle of prohibition of arbitrary arrest and detention.

قانون.» و بامطالعه ماده ۹ میثاق به نظرمی رسد که واژه خودسرانه به معنای ناعادلانه بودن یا ناسازگار با اصول عدالت یا باکرامت انسانی باشد. معنای این واژه موسع‌تر از واژه مغایر با قانون بوده و عناصر از متناسب بودن، ناعادلانه بودن غیرقابل‌پیش‌بینی بودن و عدم رعایت تشریفات قانونی را دربرمی‌گیرد. (علامه، ۱۳۸۹، ص ۲۵۴) و همچنین دربند دوم ماده ۲۷ قانون اساسی که درگذشته از آن یادشده، دراین‌باره می‌گوید: «هیچ شخصی را نمی‌توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون.» کمیته حقوق بشر موارد ذیل را مصادیق بازداشت خودسرانه دانسته‌اند: ۱- زندانی که مدت محکومیت خویش را سپری کرده ولی بازهم در زندان باقی‌مانده باشد؛ ۲- دستگیری غیرقانونی، درعین‌حال خودسرانه نیز محسوب می‌شود؛ ۳- هرگاه منظور از دستگیری، رسیدن به هدفی غیرقانونی باشد، ۴- هرگاه به بازداشت خودسرانه، بدون ارزیابی عینی ضرورت آن، دستور داده شود؛ ۵- هرگاه بازداشت دستور داده‌شده توأم با سوءنیت بوده یا در اعمال قوانین مربوطه به‌طور صحیح، غفلت صورت گرفته باشد. ازاین‌جهت نظر به قوانین افغانستان؛ پولیس و موظف امنیت ملی (اطلاعات) نمی‌توانند در تمامی جرائم مظنون را گرفتار نمایند. بلکه صرف در جرائمی که قانون به آن‌ها این صلاحیت را اعطاء نموده، به گرفتاری اقدام نمایند. ماده ۸۱ قانون اجراءات جزای دراین‌باره مقرر می‌دارد: «پولیس و موظف امنیت ملی می‌توانند، به صلاحیت خود، در حالات ذیل شخص را گرفتار نمایند: ۱- در صورت که جرم مشهود جنایت یا جنحه که جزای آن حبس متوسط در قانون پیش‌بینی شده باشد؛ ۲- شخصی که به حیث مرتکب جرم جنایت شناسایی یا معرفی شده است، احتمال فرار و غایب شدن او متصور باشد.

اصل تحصیل دلیل اتهام به روش قانونی^۱

در بند ۱ ماده ۲۱ قانون اجرای جزای؛ دلایل و مدارک اثبات به دست آمده به اثر نقص احکام این قانون و سایر قوانین نافذه مورد استناد قرار نگرفته، از دوسیه (پرونده) خارج و مهر می گردد؛ و باز در بند یک ماده ۲۰۳ قانون مزبور تصریح دارد: «هرگاه نزد محکمه ذیصلاح ثابت گردد که فعل ارتکاب یافته، مطابق قانون قابل مجازات نبوده یا دلایل اثبات علیه متهم وجود ندارد و یا اتهام جزئی بوده و قابل مجازات نمی باشد، به عدم لزوم اقامه دعوی (البته طبق بند ۲ مجنی علیه و مدعی حق العبدی یا نماینده قانونی آنها و یا خرنوال می تواند در خلال ۷ روز از صدور قرار اعتراض نمایند) قرار صادر و متهم توقیف شده را در صورتی که به اثر واقعه دیگر تحت توقیف نباشد، رها می نماید.»

اصل برابری سلاح ها^۲

مفهوم برابری سلاح ها آن است که بخش دفاع (متهم و وکیل مدافع وی) از یک سو و بخش تعقیب (خرنوال و مجنی علیه) در سوی دیگر، در موقعیت برابر، از نظر برخورداری از امکانات و تسهیلات قرار داشته باشند؛ که مفهوم برابری سلاح ها در سه مورد ذیل نمایان می گردد:

حضور متهم و وکیل مدافع وی در تمامی مراحل تحقیق و تعقیب؛
دسترسی متهم و وکیل مدافع وی به تمامی اسناد و مدارکی که خرنوال جمع آوری نموده است؛

برابری موقعیت متهم و وکیل مدافع وی در دادگاه با خرنوال (دادستان) از جمله در پرسش از شهود به نفع و به چالش کشیدن شهود مخالف؛ خرنوال مکلف است که هم

^۱ – The principal cause of the accusation Legally.

^۲ – The principle of equality of arms.

دلایل الزام را جمع‌آوری نمایند و هم دلایل تبراء کننده را و همه را درج دوسیه (پرونده) نماید. (علامه، ۱۳۸۶، ص ۳۸)

این اصل برابری سلاح‌ها در مواد مختلفی از قانون اجراءات جزایی به‌خوبی پیش‌بینی شده است. ماده ۲۰ قانون یادشده؛ مامور ضبط قضائی و خائنوال مکلف است در جریان تحقیق، تمام دلایل و شواهد موجه را که به ضرر یا نفع مظنون باشد، جمع‌آوری، ثبت، ارزیابی و نگهداری نماید. همان‌طوری که ملاحظه شد، این ماده، مامور ضبط قضائی و خائنوالی را موظف می‌سازد که دلایل به ضرر و نفع مظنون را جمع‌آوری کند. تنها وظیفه‌ی او جمع‌آوری دلایل بر اتهام نیست بلکه دلایل دال بر تبرئه را نیز باید گردآورد و در صورت لزوم در صورت دعوی خویش، دلایل دال بر بی‌گناهی مظنون را نیز درج نماید. قانون بر لزوم حضور مظنون و وکیل مدافع وی در تمام مراحل دادرسی، تأکید می‌کند و مامور ضبط قضائی و خائنوال را مکلف می‌نماید که مظنون و وکیل مدافع وی را از فعالیت‌هایی که انجام می‌دهند آگاه کنند و متهم و وکیل مدافع وی حق دارند که اسناد شامل دوسیه را ملاحظه و اطمینان حاصل نمایند.

در جهت تأکید بیشتر بر اهمیت اصل برابری سلاح‌ها و حضور فعال متهم و وکیل وی در جریان تحقیق، اوراق شهود و معاینات تخصصی اهل خبره در ماده ۳۱ تفصیل اهل خبره بیان شده که در جریان تحقیق جمع‌آوری گردیده است، (قانون اجراءات جزایی، ۱۳۹۲، مواد ۴۴-۵۱) می‌تواند بعداً اساس تصمیم را تشکیل دهد. مشروط بر اینکه نتایج نشان دهد که متهم و وکیل مدافع منتخبش در هنگام جریان تحقیق حاضر بوده و در موقفی قرار داشتند که بتوانند سؤال و یا اعتراض خویش را ارائه بدارند، در غیر آن اسناد فوق صرف جنبه قرینه را دارا می‌باشد.

اصول ناظر بر محاکمه عادلانه^۱

اصل برخورداری از محکمه صالح، مستقل، بی طرف و قانونی^۲

در بند یک ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح می کند: «همه در مقابل دادگاه ها و دیوان های دادگستری متساوی هستند. هر کس حق دارد به این که به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح مستقل و بی طرف تشکیل شده طبق قانون رسیدگی بشود و آن دادگاه درباره حقانیت اتهامات جزائی علیه او یا اختلافات راجع به حقوق و الزامات او در مورد مدنی اتخاذ تصمیم بنماید.» در قوانین افغانستان نیز راجع به صلاحیت محاکم، ماده ۱۲۰ قانون اساسی مقرر می دارد: «صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیدگی به تمام دعاوی ای است که از طرف اشخاص حقیقی و یا حکمی به شمول دولت، به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود.»

مفهوم مخالف ماده فوق این است که تأسیس هر نوع دادگاهی خارج از چارچوب قوه قضائیه، ممنوع بوده و صلاحیت رسیدگی به دعاوی را نخواهد داشت. ویژگی دیگر محکمه طبق ماده ۲ و ۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و بند یک ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ استقلال آن است و صلاحیت رسیدگی به دعاوی را دارد که از طرف اشخاص حقیقی و یا حکمی با شمول دولت به حیث مدعی و مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه می گردد. به قاضی باید سوگند یاد کنند که حق و عدالت را بر طبق احکام دین مقدس اسلام،

¹ – Principles governing a fair trial.

² – The principle that a court competent, independent, impartial and legally.

نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تأمین نموده، وظیفه قضا را باکمال امانت، صداقت و بی‌طرفی اجرا نماید.

همچنین برای تحقق وصف قانونی بودن محکمه و اقامت عدالت، قانون تشکیلات و صلاحیت‌های محاکم اختیارات و صلاحیت‌های تمامی دادگاه‌های افغانستان را مشخص کرده است تا هرکدام در چارچوب وظایفشان، به دعاوی رسیدگی نمایند و هیچ دادگاهی نمی‌تواند خارج از مواردی که قانون مشخص کرده است به رسیدگی بپردازد.

اصل صلاحیت انحصاری مراجع قضایی^۱

اصل مورد بحث، ارتباط تنگاتنگی با اصل برخورداری از محکمه صالح، مستقل، بی‌طرف و قانونی دارد و بدین معنا است که دادرسی در صلاحیت انحصاری محاکم قبلاً تأسیس شده به وسیله قانون و در زیرمجموعه قوه قضائیه است؛ بنابراین وجود هرگونه مرجع دادرسی قضایی در خارج از چارچوب قوه قضائیه خلاف اصل و دارای اشکال است. زیرا وجود چنین مراجعی، به خصوص اگر در چارچوب قوه مجریه ایجاد شود، مغایر با استقلال امر قضا است و این مطلب به عنوان یک اصل در قوانین افغانستان پیش‌بینی شده است. در این باره ماده ۱۲۲ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه‌ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده، خارج سازد و به مقام دیگر تفویض کند.» در ماده چهارم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم نیز، عین عبارت فوق، قانون اساسی تکرار شده است و هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه باصلاحیت.

¹ – The principle of exclusive jurisdiction of the courts.

اصل علنی بودن محاکمه^۱

در برخی از ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی آمده: «تصمیم به سری بودن جلسات در تمام یا قسمتی از دادرسی خواه به جهات اخلاق حسنه یا نظم عمومی یا امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک و خواه در صورتی که مصلحت زندگی خصوصی اصحاب دعوی اقتضاء کند و خواه در مواردی که از لحاظ کیفیات خاص علنی بودن جلسات مضر به مصالح دادگستری باشد تا حدی که دادگاه لازم بداند امکان دارد، لیکن حکم صادر در امور کیفری یا مدنی علنی خواهد بود مگر آنکه مصلحت صغار طور دیگری اقتضاء نماید یا دادرسی مربوط به اختلافات زناشویی یا ولایت اطفال باشد.» و در ماده ۱۲۸ قانون اساسی در این باره نیز تصریح می‌کند: «در محاکم افغانستان، محاکمه به صورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد. محکمه می‌تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده، یا سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد، جلسات سری دایر کند ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد و عین عبارت در ماده هشتم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ذکر شده است.

اصل مستند و مستدل بودن رأی محکمه^۲

منظور از مستند و مستدل بودن این است که رأی دادگاه باید مستند و مستدل به مواد قانون باشد که در رأی دادگاه باید دلایل و اسباب حکم ذکر شود. در قانون اساسی و قوانین عادی افغانستان، هر دو شرط فوق، شناسایی و پیش‌بینی شده است. راجع به مستند بودن رأی، ماده هفتم قانون محاکم مقرر می‌دارد: محاکم حین رسیدگی

^۱ - The principle of Open trials.

^۲ - The principle of documentary and soundness of court.

قضایا، احکام قانون اساسی و سایر قوانین نافذه را تطبیق (اجرا) می‌نمایند. در صورتی که صراحت قانونی در قضیه موجود نباشد، رسیدگی و اصدار حکم مطابق به احکام مندرج مواد صد و سی و یک قانون اساسی صورت می‌گیرد: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند. هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید. محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند و در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند.» و در ماده ۱۳۰ تصریح شده است که قاضی در مراجعه به فقه برای حل موضوع، در برداشت فقهی خویش دو نکته را باید رعایت کند:

برداشت فقهی قاضی مغایر با قانون اساسی نباشد؛

برداشت فقهی به نحوی باشد که عدالت را به بهترین وجه تأمین کند یعنی مغایر با عدالت نباشد.

راجع به مستدل بودن رأی، ماده ۱۲۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صدور می‌نماید، در فیصله ذکر کند.» در ماده نهم قانون محاکم باز بر مستند بودن و مستدل بودن رأی دادگاه تأکید بیشتر و واضح‌تر شده است: «محاکم مکلف‌اند دلایل و اسباب حکمی را که صادر می‌کنند با ذکر مواد قانونی مورد استناد، در فیصله خویش تصریح نمایند.»

اصل تعدد قضات^۱

در محاکم افغانستان، رسیدگی به قضایا توسط سه قاضی صورت می‌گیرد. ماده چهل و هفتم قانون محاکم می‌گوید: «محکمه ابتدائیه ولسوالی (شهرستان) مرکب از رئیس و دو عضو می‌باشد. در ولسوالی‌هایی که اعضا موجود نباشد، رسیدگی به قضایا توسط کمتر از سه نفر قاضی صورت گرفته می‌تواند.» به همین ترتیب، تعدد قاضی در مواد ۱۷، ۳۱ و ۳۲ راجع به قضات دادگاه استیناف و دیوان عالی کشور (ستره محکمه) نیز پیش‌بینی گردیده است. (قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، ۱۳۸۴، ماده ۱۷، ۳۱ و ۳۲)

اصل تعدد مراحل رسیدگی^۲

ازآنچه تاکنون اشاره شد به‌خوبی روشن می‌گردد که در افغانستان مراحل رسیدگی متعدد است بلکه دادرسی در دودرجه‌ای (دادرسی ابتدایی و استینافی) پذیرفته‌شده است همچنین علاوه بر آن موارد فرجام‌خواهی در امور جزایی و تجدیدنظر در ستره محکمه (دیوان عالی کشور) با شرایط، اوضاع و احوال پیش‌بینی گردیده است.

اصل سرعت^۳

در افغانستان نیز مانند اسناد بین‌المللی و سایر کشورها پیشرفته به‌سرعت پرونده‌ای متهم توجه بیشتر مدنظر گرفته و برای هر مرحله‌ای از کشف و دادرسی میعاد و مدت معین در نظر گرفته‌شده و صلاحیت پولیس، خرنوال و قاضی را در مراحل گوناگون قانونا مشخص کرده است و در صورت تأخیر از موعد قانونی مسئولیت بدوش پولیس،

^۱ – The principle of number of judges.

^۲ – The principle of number of stages of the procedure.

^۳ – The principle of speed.

خارنوال و قاضی انداخته است. زیرا با درازا کشیدن دوسیه (پرونده) آن‌هم که مظنون و متهم در توقیف و سلب آزادی به سر می‌برد، خود یک نوع جزاء می‌باشد.

بند ۳ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح می‌نماید: «هر کس که به اتهام جرمی دستگیر یا بازداشت (زندانی) می‌شود باید او را به اسرع وقت در محضر خارنوال یا هر مقام دیگری که به‌موجب قانون مجاز به اعمال اختیارات قضائی باشد حاضر نمود و باید در مدت معقولی دادرسی یا آزاد شود، بازداشت (زندانی نمودن) اشخاصیکه در انتظار دادرسی هستند نباید قانون کلی باشد لیکن آزادی موقت ممکن است موکول به اخذ تضمین‌های شود که حضور متهم در جلسه دادرسی و سایر مراحل رسیدگی قضائی و حسب مورد برای اجرای حکم تأمین نماید.» و در قانون اساسی افغانستان نیز در ماده ۳۱ می‌نگارد: «متهم حق دارد به‌مجرد گرفتاری از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعادى که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد.» و همچنین در ماده ۲۵ قانون پولیس آمده: «پولیس می‌تواند جهت کشف همه‌جانبه جرم و مجرم مظنون گرفتار شده را برای مدت ۱ الی ۷۲ ساعت تحت نظارت قرار دهد.» و تمامی مراحل دادرسی را قانون اجراءات جزایی و قانون صلاحیت محاکم با تفصیل بیشتر مشخص کرده است که به برخی موارد آن قبلاً نیز اشاره شد بود. (میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ۱۹۶۶، بند ۳، ماده ۹ و قانون اساسی، ۱۳۸۲، ماده ۳۱ و قانون پولیس، ۱۳۸۸، ماده ۲۵ و قانون اجراءات جزائی و قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، پیشین)

نتیجه‌گیری

اصول کلی بر دادرسی کیفری در نظام حقوقی افغانستان برگرفته‌شده از نظام حقوق نوشتاری (رومی ژرمنی) است زیرا خصوصیات نظام مذکور را در جز قوه مجریه بودن خارنوالی (دادسرا) و ساختار محاکم می‌توان دریافت کرد ولی شناخت از حقوق متهم، حضور متهم و وکیل مدافع آن در تمامی مراحل تحقیق، رعایت تساوی سلاح‌ها در

مراحل تحقیق، محاکمه و ترافیعی بودن محاکمه در نظام عدالت کیفری افغانستان به نظام اتهامی (کامن لا) نزدیک تر به نظر می خورد و همچنین جمهوری اسلامی بودن این نظام، فرایند کیفری آن در قدم نخست از حقوق اسلامی الهام گرفته شده است که در حقیقت قانون گذار افغانی تلاش نموده تا اصول حاکم بر دادرسی عادلانه کیفری خویش را از هر سه نظام عمده حقوقی جهان با آخرین تحولات مربوطه کیفری با کنوانسیون های حقوق بشری، معیارهای بین المللی، شرایط، اوضاع و احوال کشور مطابق اساسات اسلامی و عرف پسندیده مردم خویش بهره گیری کرده است.

فهرست منابع

الف: فارسی

- اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۸۳)، علوم جنائی (مجموعه مقالات)، تهران: انتشارات سمت.
- آشوری، محمد، (۱۳۸۳)، آئین دادرسی کیفری، ج ۱، تهران: انتشارات سمت.
- آشوری، محمد، (۱۳۸۸)، آئین دادرسی کیفری، ج ۲، تهران: انتشارات سمت.
- جعفر لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ۶، تهران: انتشارات گنج دانش.
- رحیمی نژاد، اسماعیل، (۱۳۸۷)، کرامت انسانی در حقوق کیفری، تهران: نشر میزان.
- رسولی، محمد اشرف، (۱۳۹۳)، محاکمه عادلانه، کابل: انتشارات سعید.
- علامه، غلام حیدر، (۱۳۸۹)، اصول راهبردی حقوق کیفری، تهران: انتشارات کتاب همگان.
- عمید، حسن، (۱۳۶۲)، فرهنگ عمید، چاپ ۱۸، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- کریانگ، ساک کیتی شیانیری، (۱۳۸۳)، حقوق بین المللی کیفری، ترجمه: یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران: انتشارات سمت.

ب: لاتین، مقالات و سایت

- M.Bassiouni, (1992), Crimes, Against, Hamanity, In Intematioal, Criminal Low, Martinus Nijhoff Pub, the Netherlands.
- <http://zestanikzai.blogfa.com/post/25>
- UN, (2004May), Compilation of General Comments and Recommendations, Adopted by Human Rights Treaty Bodies, HRI/GEN/ Rev1.
- اینار، خالد، (۱۳۹۵)، «محاکمه عادلانه در پرتو حقوق داخلی افغانستان و اسناد بین المللی حقوق بشر»، کابل، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ص ۱۲-۱۳.

- رضایی، عصمت الله، (۱۳۹۶/۱۰/۲۰)، «بررسی حقوق متهم در حقوق افغانستان»، مرکز علمی فرهنگی طلوع فجر، http://www.toloufajr.com/articl_nasl.php?naslp=271
- علامه، غلام حیدر، (۱۳۸۶)، «آئین دادرسی کیفری افغانستان»، مجله حقوقی دادگستری، تهران، شماره ۶۰، ص ۳۱-۶۱.

ج: قوانین

- اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، (۱۹۹۸م)، مجمع عمومی سازمان ملل متحد.
- اعلامیه جهانی حقوق بشر، (۱۹۴۸)، سازمان ملل متحد.
- قانون اجراءات جزای افغانستان، (۱۳۹۲)، کابل، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره ۱۱۳۲.
- قانون اساسی افغانستان، (۱۳۸۲)، کابل، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره ۸۱۸.
- قانون پولیس افغانستان، (۱۳۸۸)، کابل، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره ۹۹۴.
- قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه افغانستان، (۱۳۸۴)، کابل، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه شماره ۸۵۱.
- قانون جزا افغانستان، (۱۳۵۵)، کابل، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره ۳۴۷.
- قانون مبارزه علیه مواد مخدر افغانستان، (۱۳۹۴)، کابل، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه شماره ۸۷۵.

- قانون وکلا افغانستان، (۱۳۸۶)، کابل، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه شماره ۹۳۴.
- کنوانسیون حقوق طفل، (۲۰ نوامبر ۱۹۸۹)، سازمان ملل متحد.
- کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارهای ظالمانه و غیرانسانی و تحقیرکننده، (۱۹۸۴) و قرارداد چهارگانه ژنو سازمان ملل متحد.
- کود جزا افغانستان (نافذ ۱۳۹۶/۱۱/۲۵ و نشر ۱۳۹۶/۲/۲۵)، کابل، جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل ۱۲۶۰ (طبق بند ۲ فرمان تقنینی ۱۳۹۵-۱۲-۱۴/۲۵۶ این قانون ۹ ماه بعد از تاریخ نشر در جریده رسمی یعنی در تاریخ ۱۳۹۶/۱۱/۲۵ نافذ و ۳۶ قوانین دیگر با شمول قانون جزا سال ۱۳۵۵ ملغی محسوب می‌گردد)
- میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، (۱۳۴۵= مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶)، مجمع عمومی سازمان ملل متحد.

چگونگی تفسیر معاهدات بین‌المللی

امین‌الله وزیری

چکیده

تحقیق حاضر پیرامون چگونگی تفسیر معاهدات بین‌المللی به رشته تحریر درآمده است. این تحقیق درصدد آن است تا به این سؤال‌ها، پاسخ دریافت نماید که تفسیر معاهدات بین‌المللی بر اساس کدام اصول و قواعد صورت گرفته می‌تواند و مرجع صاحب صلاحیت برای این عمل کدام شخص می‌تواند باشد.

شیوه تحقیق در این مقاله توصیفی-تحلیلی و با استفاده از ابزار کتابخانه، مجلات و کتاب‌های معتبر علمی بوده و نتیجه آن این است که تفسیر برای معاهدات بین‌المللی یک عمل بسیار مهم بوده؛ چون بعضی اوقات یک معاهده دارای متون مبهم و

پیچیده بوده و نیاز است تا از طریق تفسیر، روشن و واضح گردد. تفسیر معتبر و موثق و دقیق معاهدات بین‌المللی از سوی مراجع صاحب صلاحیت داخلی‌ای چون قوه مقننه، قوه اجرایی و قوه قضاییه و یا هم مراجع صاحب صلاحیت بین‌المللی‌ای چون نهادهای حقوقی بین‌المللی (داوری و قضایی) و سازمان‌های بین‌المللی و با در نظر داشت اصول و قواعد مشخصی مانند اصل حسن نیت، اصل انصاف، اصل آثار مفید، اصل آنچه نیاز تفسیر ندارد نباید تفسیر شود، اصل تفسیر طبق مفاهیم عادی و طبیعی، اصل رعایت موضوع و هدف معاهده، اصل توجه به بافت معاهده و ... صورت می‌گیرد.

واژه‌های کلیدی: تفسیر معاهدات بین‌المللی، اصل حسن نیت، اختلافات بین‌المللی، تفسیر اثباتی و تفسیر پیش‌گیرانه.

مقدمه

هدف اصلی انعقاد معاهدات بین‌المللی تنظیم روابط قراردادی به‌گونه‌ای است که هیچ اختلافی بین متعهدین پیش نیاید. با این حال خود این معاهدات به اثر برداشت‌های متفاوت کشورها، بروز وقایع غیرقابل‌پیش‌بینی در حین اجرا و نحوه اجرای آن و بالاخره وجود قواعد مبهم در متن می‌تواند موضوع اختلاف واقع شوند. به‌هر حال یکی از علل عمده اختلافات بین‌المللی، اختلاف کشورها در مورد تفسیر و واضح ساختن مفاد معاهدات است.

قواعد مربوط تفسیر معاهدات در مواد ۳۱ الی ۳۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در خصوص حقوق معاهدات ییشبینی شده است. هدف از این مقررات ارایه اصول و روش‌های مربوط به حل اختلافات کشورها در زمینه تفسیر معاهدات بین‌المللی است.

هدف از تفسیر یک معاهده بین‌المللی، تعیین دقیق معنای متن آن و مشخص نمودن دامنه شمول و رفع ابهامات و پیچیدگی‌های آن است. تفسیر یک عمل بسیار مهم بوده؛ زیرا معاهدات بین‌المللی بعضی اوقات دارای متون مبهم یا متناقض بوده و نیاز است تا از طریق تفسیر، روشن و واضح گردد. تفسیر معتبر و موثق و دقیق معاهدات باید از سوی مراجع صاحب صلاحیت آن و با در نظر داشت اصول و قواعد مشخص صورت گیرد. بناً در این مقام برای وضاحت بهتر این موضوع، ابتدا تعریفی از تفسیر ارایه داشته، پس از آن مقامات و مراجع صاحب صلاحیت تفسیر را مورد شناسایی قراردادده و درنهایت اصول و روش‌هایی که با در نظر داشت آن تفسیر باید صورت گیرد را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

۱- تعریف تفسیر

تفسیر در لغت به معنی کلامی را بیان کردن، شرح، واضح و آشکار ساختن معنی سخن است.^۱ همچنان تفسیر به معنای هویدا کردن، پیدا کردن و واکردن خبر پوشیده و گشاده کردن آمده است.^۲

مفهوم اصطلاحی تفسیر هم از معنای لغوی آن دور نمانده است و درواقع به معنای روشن نمودن نکات مجمل، مبهم و تعیین معنی صحیح و واقعی آن است. دانشمندان کاربرد تفسیر را مختص به زمانی دانسته‌اند که معنای متن، واضح و روشن نبوده و مفاد آن در پرده حجاب مستور باشد.^۳ در فرهنگ حقوقی، تفسیر هنر یا فرایند

^۱ - حسن، عمید، فرهنگ عمید، چاپ دوم، تهران: نشر فرهنگ اندیشمندان، ۱۳۸۹، ص ۲۹۷.

^۲ - فرهنگ واژه یاب الکترونیکی دهخدا، واژه تفسیر، تاریخ دریافت، ۱۳۹۶/۹/۲۰.

^۳ - محمود، حبیبی، تفسیر قراردادهای تجاری بین‌الملل، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۳۲.

کشف و استنباط معنی و مفهوم یک قانون، وصیت‌نامه، قرارداد و یا هر مدرک کتبی دیگر است.^۱

کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در مورد حقوق معاهدات تعریفی از تفسیر معاهده ارایه نداده است؛ اما شارل روسو حقوقدان فرانسوی، از آن چنین تعریفی ارایه می‌نماید: «تفسیر عبارت از فعل و انفعال ذهنی است که برای تعیین معنای صحیح یک عمل حقوقی و تشخیص حدود تاثیر و توضیح نکات مبهم آن انجام می‌گیرد».^۲

۲- اهمیت و ضرورت تفسیر معاهدات بین‌المللی

هدف طبیعی و عادی هر قاعده حقوقی بکارگیری آن در روابط اجتماعی است. اگر چنین قاعده‌ای روشن و رسا نباشد، مشکلاتی در نحوه اجرای آن به وجود خواهد آمد. البته باید توجه داشت که نمی‌توان هنگام وضع یک قاعده حقوقی تمامی اوضاع و احوال را پیش‌بینی کرد؛ ولی می‌توان با توسل به قاعده تفسیر مقدار زیادی از ابهاماتی را که در قواعد حقوقی پدید می‌آیند را از میان برد. بنابراین، تفسیر عمل ذهنی است که به کمک آن نکات مبهمی که در یک قاعده حقوقی وجود دارد، روشن گشته و مفهوم و معنی صحیح و واقعی آن آشکار می‌گردد.^۳

منظور از تفسیر، تعیین دقیق معنای متن معاهده و مشخص ساختن دامنه شمول آن و رفع ابهام آن است.^۴ تفسیر معاهدات رایج‌ترین نوع اختلافات مربوط به معاهدات است.^۵ هدف تفسیر، شناخت درست قاعده، یعنی تعیین قلمرو و دریافت حد دقیق

^۱ - همان، ص ۳۶.

- رضا، موسی زاده، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۳، ص ۱۶۰.^۲

- محمدرضا، ضیایی یگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هفدهم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۱۱۵.^۳

^۴ - سرور، دانش، درآمدی بر حقوق بین‌الملل عمومی، کابل: موسسه تحصیلات عالی ابن‌سینا، ۱۳۹۳، ص ۴۹۴.

^۵ - رابت بلدسو، بوسچک، فرهنگ حقوق بین‌الملل، ترجمه: بهمن آقائی، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش،

۱۳۷۵، ص ۳۷۰.

مفاهیم حقوقی است. نتیجه تفسیر این است که دامنه‌ی شمول عمل حقوقی مشخص می‌شود و نکات مبهم یا تاریک آن روشن می‌شود.^۱

تفسیر اصولاً به گذشته رجعت می‌کند، یعنی از زمان وضع قاعده حقوقی، موضوع تفسیر، قابلیت اعمال دارد؛ مگر در مواردی که طبق معاهده اصلی یعنی قبل از تفسیر عملی انجام شده و پایان یافته باشد که در این حالت اصل اعتبار امر مختومه بر موضوع حاکم است.^۲

البته در مقام تفسیر، برخی از کشورها به منظور توجیه مواضع و تحکیم منافع خود به نظریات استادان و علمای حقوق تکیه می‌کنند؛ اما تفسیر معاهدات و اعتبار آن بستگی به نظر کشورها ندارد، بلکه باید از سوی مراجع و مقامات صاحب صلاحیت و طبق اصول و روش‌های قانونی انجام پذیرد. امروزه معمولاً در تمامی معاهدات، روش فیصله اختلافات ناشی از تفسیر قید می‌شود.^۳

۳- مراجع صاحب صلاحیت برای تفسیر معاهدات بین‌المللی

معمولاً در معاهدات بین‌المللی مرجعی برای تفسیر مفاد آن پیش‌بینی می‌شود.^۴ تفسیر یک عمل حقوقی بوده، بناً صلاحیت آن باید از آن مراجعی باشد که از حیث حقوقی صالح به این کار شمرده می‌شوند. به صورت کلی صلاحیت تفسیر قانون با قانون‌گذار و صلاحیت تفسیر معاهده از آن متعهدین است، که این نوع تفسیر را تفسیر قانونی می‌نامند؛ اما هرگاه در انجام این عمل ثالث مداخله نماید (قاضی، داور و ...)

^۱ - محمدرضا، ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، صص ۱۵۲-۱۵۳.

^۲ - همان.

^۳ - محمدرضا، ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ سی و ششم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۴۰.

^۴ - <http://www.samavatipour.com/?p=1453> - تاریخ دریافت ۲۰۱۷/۱۲/۱۵

چنین تفسیر را بنام تفسیر اثباتی یاد می‌کنند. همچنان تفسیر ممکن است از جانب حقوق دانان صورت گیرد. این نوع تفسیر هرچند از لحاظ ارزش و اعتبار حقوقی کم‌اهمیت بوده؛ اما از لحاظ علمی دارای ارزش بیشتر است، که این نوع تفسیر را بنام تفسیر علمی یاد می‌نمایند.^۱

توجه باید داشت که تفسیر معتبر و موثق بر معاهدات باید از سوی مراجع صاحب صلاحیت صورت گیرد. این مراجع به صورت عموم دو نوع می‌باشند، یکی مراجع بین‌المللی و دیگری مراجع داخلی، که به هر یک ذیلاً می‌پردازیم:

الف - مراجع بین‌المللی

مراجع صاحب صلاحیت بین‌المللی خود به سه دسته تقسیم می‌شوند: مراجع دولتی (بین‌المللی)، مراجع حقوقی بین‌المللی و سازمان‌های بین‌المللی.^۲

۱. مراجع دولتی بین‌المللی

از آنجاکه دولت‌ها خود معاهدات بین‌المللی را منعقد می‌نمایند، طبعاً بهتر از هر مرجع دیگری می‌توانند به تفسیر آن‌ها بپردازند و معنای اولیه و اصلی آن را بیان نمایند. البته این قاعده تا زمانی صادق است که اطراف معاهده تفاهم داشته و نظریات خود را بر اساس منافع مشترک مندرج در معاهده ارایه دهند و از تفسیر به نفع خود اجتناب ورزند.^۳ به تفسیر که ناشی از اراده جمعی دولت‌های متعاقد است «تفسیر موثق یا رسمی» می‌گویند.

^۱ - ضیایی بیگدلی، پیشین، صص ۱۴۰ - ۱۴۱.

^۲ - رضا، موسی زاده، بایسته های حقوق بین الملل، چاپ دوازدهم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۸۱.

^۳ - همان، ص ۱۸۲.

تفسیر دولت‌های متعاهد از این جهت موثق و رسمی است که خود عاقد معاهده بوده و با توجه به قصد و نیت خود می‌توانند از طریق تفسیر، معاهده را اصلاح یا مورد تجدیدنظر قرار دهند. کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا، علی‌الرغم این‌که کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیشنهادی خود از اصطلاح «ابزار رسمی تفسیر» برای تفسیر از طریق مراجع دولتی استفاده کرده بود، اشاره‌ای به «تفسیر موثق و رسمی» نمی‌کند. به‌هرحال تفسیر مراجع دولتی می‌تواند به دو شکل صورت گیرد: تفسیر پیشگیرانه و تفسیر متعاقب یا در حین اجرای معاهده.

اول- تفسیر پیشگیرانه

پیش از اجرای معاهده، کشورهای عضو می‌توانند به‌منظور روشن ساختن مفاهیم و عبارات معاهده اقدامات چندی را به‌طور صریح انجام دهند که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- ۱- تنظیم مواد تفسیری؛
- ۲- تنظیم یادداشت‌های تفسیری؛
- ۳- تنظیم موافقت‌نامه‌های تفسیری هم‌زمان با انعقاد معاهده؛
- ۴- صدور اعلامیه‌های یک‌جانبه؛
- ۵- تعیین ارگان خاص برای تفسیر معاهده.

دوم- تفسیر متعاقب یا در حین اجرای معاهده

چنانچه اختلافی درباره مفهوم و معنای مندرجات معاهده بروز کند، اطراف معاهده قطعاً مجاز به حل مسئله چه از لحاظ شکلی و چه از لحاظ ماهوی خواهد بود. تصمیمات اتخاذشده از سوی آن‌ها الزام‌آور بوده و تفسیر موثق و رسمی قلمداد می‌شود. در حین اجرای معاهده، کشورها به دو گونه می‌توانند آن را تفسیر کنند: یکی تفسیر صریح و دیگری تفسیر ضمنی.

- تفسیر صریح

اغلب اختلافات راجع به تفسیر معاهدات، بر اساس روش‌های عادی دیپلماتیک و بدون نیاز به تدوین سند جدید، حل و فصل می‌شوند. ولی این امکان نیز وجود دارد که متعهدین درباره انعقاد یک «پروتوکول» یا «موافقت‌نامه تفسیری» موافقت کنند.

موافقت‌نامه‌های تفسیری در واقع تفسیر صریحی از نکات مورد اختلاف متعهدین است. موافقت‌نامه تفسیری باید از سوی کلیه طرف‌های معاهده پذیرفته شود. چنانچه موافقت‌نامه تفسیری مورد پذیرش برخی از متعهدین واقع شود، دایره شمول آن محدود به کشورهای پذیرنده خواهد بود و چنانچه متعهدین موفق به انعقاد موافقت‌نامه‌های تفسیری نگردند و اتخاذ روش‌های دیگر نیز نتیجه ندهد، در این صورت تعهدات قراردادی مربوطه، آثار حقوقی خود را از دست می‌دهد.^۱

باید یادآور شد که موافقت‌نامه‌های تفسیری می‌توانند هم‌زمان با انعقاد معاهده یا پس از آن منعقد شوند. موافقت‌نامه‌های هم‌زمان با معاهده اصلی، به منظور جلوگیری از اختلافات احتمالی در آینده تنظیم می‌شوند. ولی موافقت‌نامه‌های پس از انعقاد، به منظور خاتمه دادن به اختلافات واقعی موجود در مورد تفسیر برخی از مفاد معاهده تنظیم می‌شوند.

- تفسیر ضمنی

تفسیر ضمنی در واقع، اجرای معاهده مطابق نظریات کشور اجراکننده است، طوری که اعتراض طرف‌های دیگر معاهده را به دنبال نداشته باشد. در این حالت کشورهای عضو معاهده به‌طور ضمنی رویه و عملکرد دولت‌های دیگر را می‌پذیرند.

- هوشنگ، مقتدر، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ پنجم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۷، ص ۲۹۷.^۱

تفسیر ضمنی مورد تأیید کنوانسیون ۱۹۸۹ ویانا نیز است. کنوانسیون متذکره در بند ۳ ماده ۳۱ خود مقرر می‌دارد: «... هر نوع رویه بعدی را در اجرای معاهده که مورد توافق طرف‌های معاهده است، می‌توان در خصوص تفسیر آن مورد توجه قرارداد».^۱

۲. مراجع حقوقی بین‌المللی

این روش در حالتی است که دولت‌های اطراف معاهده، از نیل به توافق درباره تفسیر ناکام می‌گردند و بین آنان اختلاف حقوقی پدید می‌آید و موضوع به مراجع بین‌المللی احاله می‌گردد.^۲

اغلب اختلافات ناشی از تفسیر معاهدات از طریق مراجع حقوقی بین‌المللی که خود به دودسته تقسیم می‌شوند حل و فصل می‌گردد، یکی مراجع داوری بین‌المللی و دیگری مراجع قضایی بین‌المللی.

اول- مراجع داوری بین‌المللی

مراجع داوری بین‌المللی با توافق کشورها، به منظور فیصله نمودن اختلافات کشورها در مورد تفسیر معاهدات تشکیل می‌شود. اعضای این مراجع توسط کشورهای متعاقد انتخاب شده و بر اساس یک قرارداد داوری خاص یا قرارداد داوری دایمی و یا بر اساس شرط حکمیت به داوری می‌پردازند.

دوم- مراجع قضایی بین‌المللی

محاکم بین‌المللی صلاحیت تفسیر معاهدات بین‌المللی را دارا هستند. مثلاً محکمه بین‌المللی حقوق دریا که بر اساس کنوانسیون مونته نگرو مورخ ۱۰ دسمبر ۱۹۸۲

۱- رضا، موسی زاده، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان، ص ۱۶۵.

۲- دانش، پیشین، ص ۴۹۴.

تشکیل شده است، بر اساس فصل هفتم کنوانسیون متذکره صلاحیت تفسیر کنوانسیون و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مرتبط را دارا است.^۱

همچنان طبق اساسنامه دیوان بین‌المللی عدالت، دیوان مذکور در سه مورد به‌طور اخص صلاحیت تفسیر معاهدات بین‌المللی را دارا است:

اول- در مواردی که کشورهای اختلاف، شرط اختیار قضاوت اجباری دیوان را پذیرفته و اعلامیه پذیرش را تسلیم دیوان کرده باشند.

دوم- در مواردی که کشورهای متعاقد به‌موجب یکی از مواد خود معاهده، قضاوت اجباری دیوان را قبول کرده باشند.

سوم- در مواردی که رای به‌طور قطعی صادرشده؛ اما یکی از طرفین نسبت به معنا و شمول رای معترض بوده و درخواست تفسیر آن را کند.^۲

۳. سازمان‌های بین‌المللی

اسناد مؤسس برخی از سازمان‌های بین‌المللی مقررات صریح و روشنی را برای حل و فصل اختلافات در مورد تفسیر مفاد اساسنامه پیش‌بینی می‌کنند.^۳ همچنان بر اساس سند متذکره، سازمان‌های بین‌المللی که دارای رکن قضایی می‌باشند، مسلماً صلاحیت تفسیر معاهداتی که این سازمان‌ها را ملتزم می‌سازد و نیز معاهداتی که در چارچوب فعالیت آن‌ها منعقدشده‌اند، رادارند.^۴

^۱ - محمد علی، صلح چی و هیبت الله نژندی منش، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی، چاپ پنجم، تهران؛ نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۲۴۰.

- محمدرضا، ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۱۵۴.^۲

^۳ - سید قاسم، زمانی، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، جلد اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵، ص ۲۰۱.

- محمدرضا، ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هفدهم، تهران: گنج دانش، ص ۱۱۷.^۴

قابل ذکر است که اساسنامه برخی دیگری از سازمان‌های بین‌المللی، مخصوصاً موسسات تخصصی وابسته به سازمان ملل، صلاحیت تفسیر معاهدات را در حدود وظایف شان برای آن‌ها قایل شده است. از جمله در بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول مدیران اجرایی و هیات ریشه آن‌ها برای تفسیر معاهدات صالح می‌باشند.^۱

ب- مراجع داخلی

در حین اجرای معاهدات، کشورها حق دارند، به‌طور یک‌جانبه از طریق صاحب صلاحیت خود معاهدات مزبور را تفسیر کنند. چنانچه تفسیر مراجع داخلی با سوءنیت توأم باشد، قطعاً مسؤولیت بین‌المللی کشور مزبور را به دنبال خواهد داشت. به‌هرحال تفسیر مراجع داخلی برای کشور تفسیرکننده معتبر است و برای طرف دیگر الزام‌آور نیست. لازم به ذکر است که تفسیر مراجع داخلی امری نسبی است و چنانچه تفسیر یک‌جانبه مراجع داخلی مورد قبول اطراف معاهده قرار نگیرد، قابل اجرا نخواهد بود. به‌طور کلی، مراجع صاحب صلاحیت داخلی را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد: مراجع اجرایی یا اداری، مراجع قضایی و مراجع قانون‌گذاری.^۲

۱. مراجع اجرایی یا اداری

تفسیر معاهدات بین‌المللی می‌تواند از سوی مراجع اجرایی چون هیأت دولت یا وزارت امور خارجه صورت گیرد، چراکه عهده‌دار اجرای معاهدات است.^۳ عمل تفسیر طبق تصویب‌نامه شورای وزیران، بخش‌نامه دولتی یا وزارت و خصوصاً نظریات تفسیری وزارت امور خارجه صورت می‌گیرد. به‌عنوان مثال در کشور فرانسه، مرجع

^۱ - محمدرضا، ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴

- همان، ص ۱۱۸.^۲

^۳ - <http://pajoohe.ir/-/معاهدات-تفسیر-interpretation-of-treaties.a-21754.aspx> تاریخ دریافت

صاحب صلاحیت ای که معمولاً اقدام به تفسیر معاهدات بین‌المللی می‌کند، وزارت امور خارجه است. البته در گذشته در کشور مزبور نهادهای اجرایی دیگری چون وزارت داخله و وزارت کشتیرانی و غیره صلاحیت تفسیر معاهدات را داشتند؛ ولی اکنون این صلاحیت محدود به وزارت امور خارجه است.^۱

۲. مراجع قضایی

حدود اختیارات نهادهای قضایی توسط قوانین داخلی مشخص می‌شوند. در کنار قضاوت یکی از صلاحیت‌های مراجع قضایی، تفسیر معاهدات می‌تواند باشد. قانون اساسی افغانستان نیز در ماده ۱۲۱ خویش صلاحیت تفسیر معاهدات را به دستگاه قضایی داده است. در ماده متذکره چنین آمده است: بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آن‌ها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه است.^۲

باید توجه داشت که تفسیر مراجع قضایی برای سایر دول متعاهد الزامی نیست. در مورد صلاحیت تفسیر معاهدات بین‌المللی توسط مراجع قضایی این انتقاد وارد می‌شود که اصل تفکیک قوا زیر سوال رفته و اقدام دستگاه قضایی، مداخله در امور اجرایی و دیپلماتیک محسوب می‌شود. به‌منظور رفع این تعارض حقوقی، مراجع قضایی صلاحیت خود را محدود به تفسیر قواعدی دانسته‌اند که مربوط به منافع خصوصی افراد می‌شود و به‌هیچ‌وجه خود را صالح به تفسیر قواعدی که مربوط به نظم عمومی بین‌المللی می‌شود، نمی‌دانند. عمده‌ترین مواردی که مربوط به منافع خصوصی افراد

۱- موسی زاده، پیشین، ص ۱۶۹.

۲- جریده رسمی، قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل: وزارت عدلیه، ۱۳۸۲، م ۱۲۱.

است و در نتیجه محاکم داخلی می‌توانند معاهدات مربوط به آن را مورد تفسیر قرار دهند، قرار ذیل است:

- ۱- تفسیر معاهدات مربوط به تعیین وضعیت اشخاص؛
 - ۲- تفسیر معاهدات مربوط به تعیین وضعیت اتباع بیگانه در کشور؛
 - ۳- تفسیر معاهدات مربوط به فعالیت اقتصادی اشخاص خصوصی؛
- و اما مواردی که مربوط به نظم عمومی بین‌المللی می‌شود و خارج از صلاحیت تفسیری محاکم داخلی قرار می‌گیرند، عبارت‌اند از:

- ۱- تفسیر مقررات معاهداتی که صلاحیت سرزمینی کشور را تعیین می‌کند؛
- ۲- معاهدات مربوط به اعمال صلاحیت شخصی؛
- ۳- معاهدات مربوط به اعمال صلاحیت جزایی؛
- ۴- معاهدات مربوط به اعمال صلاحیت جنگی.^۱

۳. مراجع قانون‌گذاری

مجالس قانون‌گذاری یا پارلمان کشورهای متعاقد، صلاحیت تفسیر معاهدات رسمی بین‌المللی را دارند، مانند کشور ایران؛^۲ زیرا هیچ مرجعی بهتر از مرجعی که معاهدات را تصویب کرده است، نمی‌تواند آن را مورد تفسیر قرار دهد.

۴- اصول و قواعد مسلم تفسیر

مراجع صاحب صلاحیت تفسیر معاهدات بین‌المللی باید استدلال خود را باید بر حداقل قواعد ثابتی استوار نمایند که معمولاً از آن‌ها به نام اصول و قواعد مسلم

۱- محمد، عالیخانی، حقوق بین‌الملل، تهران، انتشارات یوتیکا، ۱۳۰۸، ص ۵۴۰.

۲- <http://pajoohe.ir/-/interpretation-of-treaties.a-21754.aspx> معاهدات-تفسیر تاریخ دریافت

تفسیر یاد می‌شود. این اصول و قواعد، رهنمای مفید و عملی برای مراجع تفسیرکننده می‌باشند،^۱ که اصول متذکره عبارت‌اند از:

الف- اصل حسن نیت

بر اساس این اصل، تفسیر باید بدون حيله، اغفال و پنهان‌کاری صورت گیرد. ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در خصوص حقوق معاهدات نیز از این اصل یادآوری کرده است. اصل حسن نیت با آنکه مبتنی بر اخلاق است؛ اما اصل اخلاقی به شمار نرفته زیرا جزئی از حقوق بین‌الملل موضوعه شمرده شده و در مقام یک اصل کلی بر همه مقررات حقوق بین‌الملل سیطره دارد. این اصل در واقع جزو لازم اصل وفای به عهد است. یعنی این اصل جوهر درستکاری، التزام معنوی به رعایت مقررات حقوقی و وفای به عهد و پیمان دانسته می‌شود.^۲

ب- اصل انصاف

این اصل سبب می‌شود تا نابرابری‌ها، بی‌عدالتی‌ها و تبعیض‌های ناروا در تفسیر معاهدات، جایگاهی نداشته باشند.

ج- اصل آثار مفید

در زمان تفسیر معاهدات مفسر باید میان معانی مختلفی که ممکن است آن مقررات داشته باشد، معنایی را انتخاب کند که اجرای موثر آن مقررات را ممکن سازد. یعنی باید قرارداد به گونه‌ای تفسیر شود که مقررات آن موثر و مفید واقع شوند.^۳

^۱ - محمدرضا، ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴.

^۲ - هدایت الله، فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، چاپ دوم، تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص ۴۴۴.

^۳ - آنتونیو، کاسسه، حقوق بین‌الملل، ترجمه: حسین شریفی طراز کوهی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ص ۲۴۶.

د- آنچه نیاز تفسیر ندارد نباید تفسیر شود

هنگامی که مقرره‌ای روشن باشد، نیاز به تفسیر ندارد. این اصل موجب می‌شود تا کشورها نتوانند بدون جهت برای فرار از اجرای معاهداتشان مباحثه نمایند.^۱

ه- تفسیر طبق مفاهیم عادی و طبیعی

بر اساس این اصل، در تفسیر از کلمات و اصطلاحات معاهده معنایی باید مورد استفاده قرار گیرد که معمول و متداول است، مگر آن که طرف‌های معاهده معنای خاصی یا غیر معمولی‌ای به اصطلاحات معاهده داده باشند. این موضوع در ماده ۳۱ عهدنامه‌ی حقوق معاهدات نیز آمده است.

و- رعایت موضوع و هدف معاهده

بر اساس این اصل، تفسیر هر معاهده باید در پرتو موضوع و هدف آن صورت گیرد، در غیر آن تفسیری که به دست می‌آید بی‌معنی و بی‌محتوا خواهد بود.

ز- توجه به بافت معاهده، موافقت‌نامه و اسناد دیگر

یعنی هنگام تفسیر باید به عبارات مقدمه، متن، ضمایم و هر توافق و سند مربوطه دیگر به معاهده توجه صورت گیرد.^۲

^۱ - ضیایی بیگدلی، پیشین، ص ۱۶۹.

^۲ - <http://www.ghavanin.ir/paperdetail.asp?id=205> تاریخ دریافت: ۲۰۱۷/۱۲/۱۱۴

ح- اصل رعایت قواعد حقوق بین الملل

این اصل به این معنا است که معاهدات باید در فضای حقوق بین الملل اجرا شوند و روح قواعد حقوق بین الملل همواره بر آن‌ها حاکم باشد. در نتیجه هرگاه حین اجرای معاهده نیاز به تفسیر آن می‌شود، باید با در نظر گرفتن این فضا و روح آن، عمل تفسیر صورت گیرد.^۱

۵- روش‌های تفسیر معاهدات

حین تفسیر معاهدات بین المللی، معمولاً از سه روش یا رهیافت اساسی استفاده می‌شود، که هر یک از آن در مواد ۳۱ الی ۳۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات انعکاس یافته است.^۲ این روش‌ها قرار ذیل است:

الف- روش ذهنی (مبتنی بر قصد طرفین)

از آنجاکه معاهده ناشی از توافق صریح دو یا چند اراده است، لذا در تفسیر آن باید به قصد و نیت طرفین بی‌برند. عنصری که این قصد و نیت را مشخص می‌کند، سیاق عبارات آن معاهده است. البته می‌توان با بررسی کارهای مقدماتی معاهده از قصد و نیت طرفین آگاهی یافت، به شرطی که در تایید معنای حاصل از سیاق عبارات معاهده باشد. کارهای مقدماتی معمولاً شامل صورت جلسه مذاکرات و مباحثات کنفرانس‌ها و کمیسیون‌های بین المللی مربوط به انعقاد معاهده پیش‌نویس و طرح اولیه معاهده و مکاتبات رسمی کشورها در حین انعقاد معاهده می‌شود.

^۱ - ضیایی بیگدلی، پیشین، ص ۱۶۸.

^۲ - جولیا، پفیفر و دیگران، حقوق بین الملل عمومی در افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، ۱۳۹۰، ص ۶۸.

ب- روش عینی (مبتنی بر هدف و موضوع معاهده)

معاهده قاعده حقوقی است که هدف آن حکومت بر مناسبات اجتماعی است. بنابراین چنین قاعده‌ای نمی‌تواند جدا از اوضاع و احوال مرتبط به ایجاد آن باشد و از نظر دیگر این اوضاع و احوال به‌طور گسترده‌ای به زیست جامعه بین‌المللی وابسته است. هیچ‌گونه تفسیری از یک معاهده نمی‌تواند از این احوال و اوضاع جدا باشد. این اوضاع و احوال، عناصر عینی هستند که مستقل از اراده طرفین است. عهدنامه ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، توسل به اوضاع و احوال انعقاد معاهده را به‌عنوان عامل مکمل تفسیر مجاز دانسته است، به شرطی که به‌منظور تایید معنای حاصل از سیاق عبارات معاهده باشد.

ج- روش ادبی (متنی)

مطابق این روش، معاهده مطابق مفهوم طبیعی و خالص آن تفسیر می‌شود. بر اساس این روش فرض بر این است که عبارات معاهده دارای مفهوم واضح‌اند؛ حالانکه مسئله برخلاف است.^۱ این روش که بیشتر بر نقش قاضی تاکید دارد، به دلیل برانگیختن قضات در امر قانون‌گذاری موردانتقاد قرار گرفته است.^۲

نتیجه‌گیری

از آنچه بدان پرداخته شد، نگارنده به این نتیجه دست‌یافته است که تفسیر معاهدات یکی از رایج‌ترین نوع اختلافات مربوط به معاهدات، بین متعاقدين آن است. هدف از تفسیر، شناخت درست قاعده، یعنی تعیین قلمرو و دریافت حد دقیق مفاهیم حقوقی

^۱ - همان، ص ۶۸.

^۲ - ملکم، شاول، حقوق بین‌الملل، ترجمه: محمدحسین وقار، چاپ سوم، تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۹، ص ۳۵۵.

است. نتیجه تفسیر این است که دامنه‌ی شمول عمل حقوقی مشخص می‌شود و نکات مبهم یا تاریک آن روشن می‌شود.

همچنان نگارنده به این نتیجه دست یافته است که تفسیر معاهدات و اعتبار آن بستگی به نظر کشورها نداشته، بلکه باید از سوی مراجع و مقامات صاحب صلاحیت و طبق اصول مسلم و روش‌های قانونی صورت گیرد. مقامات صلاحیت‌دار برای تفسیر معاهده، می‌تواند مقامات و مراجع دولتی بین‌المللی، مراجع قضایی بین‌المللی و سازمان‌های بین‌المللی و همچنان مقامات و نهادهای داخلی از جمله اجرایی، قانون‌گذاری و قضایی باشد. اصولی که مقامات تفسیرکننده معاهده حین تفسیر باید آن را مدنظر داشته باشد عبارت‌اند از: اصل حسن نیت، اصل انصاف، اصل آثار مفید، اصل آنچه نیاز تفسیر ندارد نباید تفسیر شود، اصل تفسیر طبق مفاهیم عادی و طبیعی، اصل رعایت موضوع و هدف معاهده، اصل توجه به بافت معاهده، موافقت‌نامه‌ها و اسناد دیگر مربوط به معاهده و همچنان اصل رعایت قواعد حقوق بین‌الملل. بر اساس مفاد کنوانسیون ۱۹۶۹ مربوط به حقوق معاهدات، روش‌های مختلفی مانند روش مبتنی بر قصد طرفین، روش مبتنی بر هدف و موضوع معاهده و روش متنی برای تفسیر یک معاهده پیش‌بینی شده است.

منابع

۱. بوسچک، رابت بلدسو، ۱۳۷۵، فرهنگ حقوق بین‌الملل، ترجمه: بهمن آقائی، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۲. پیفر، جولیا و دیگران، ۱۳۹۰، حقوق بین‌الملل عمومی در افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الدول ماکس پلانک.
۳. جریده رسمی، ۱۳۸۲، قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل: وزارت عدلیه.
۴. حبیبی، محمود، ۱۳۸۹، تفسیر قراردادهای تجاری بین‌الملل، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۵. دانش، سرور، ۱۳۹۳، درآمدی بر حقوق بین‌الملل عمومی، کابل: موسسه تحصیلات عالی ابن‌سینا.
۶. زمانی، سید قاسم، ۱۳۹۵، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، جلد اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

۷. شاو، ملکم، ۱۳۸۹، حقوق بین الملل، ترجمه: محمدحسین وقار، چاپ سوم، تهران: انتشارات اطلاعات.
 ۸. صلح چی، محمد علی و هیبت الله نژندی منش، ۱۳۹۵، حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
 ۹. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۸، حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و ششم، تهران: گنج دانش.
 ۱۰. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۸، حقوق معاهدات بین المللی، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
 ۱۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۱، حقوق بین الملل عمومی، چاپ هفدهم، تهران: گنج دانش.
 ۱۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۴، حقوق معاهدات بین المللی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
 ۱۳. عالیخانی، محمد، ۱۳۰۸، حقوق بین الملل، تهران: انتشارات بوطیقا.
 ۱۴. عمید، حسن، ۱۳۸۹، فرهنگ عمید، چاپ دوم، تهران: نشر فرهنگ اندیشمندان.
 ۱۵. فرهنگ واژه یاب الکترونیکی دهخدا، تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۹/۲۰، واژه تفسیر.
 ۱۶. فلسفی، هدایت الله، ۱۳۸۳، حقوق بین الملل معاهدات، چاپ دوم، تهران: فرهنگ نشر نو.
 ۱۷. کاسسه، آنتونیو، ۱۳۸۸، حقوق بین الملل، ترجمه: حسین شریفی طراز کوهی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
 ۱۸. مقتدر، هوشنگ، ۱۳۷۷، حقوق بین الملل عمومی، چاپ پنجم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.
 ۱۹. مقتدر، هوشنگ، ۱۳۹۰، حقوق بین الملل عمومی، چاپ نوزدهم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت خارجه.
 ۲۰. موسی زاده، رضا، ۱۳۸۳، حقوق معاهدات بین المللی، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
 ۲۱. موسی زاده، رضا، ۱۳۸۸، بایسته های حقوق بین الملل (۲/۱)، چاپ دوازدهم، تهران: نشر میزان.
 22. تاریخ دریافت، <http://www.ghavanin.ir/paperdetail.asp?id=2052017/12/114>
 23. تاریخ دریافت ۲۰۱۷/۱۲/۱۵، <http://www.samavatipour.com/?p=1453>
 24. تاریخ <http://pajoohe.ir/interpretation-of-treaties.a-21754.aspx> -تفسیر معاهدات-
- دریافت ۲۰۱۷/۱۲/۱۵.

په اسلامي شريعت کې د اعدام موارد

محمدعارف لودين

لنډيز

په قرآني آيتونو او نبوي حديثونو کې په ناحقه د انسان وژل ستره ګناه ګڼل شوې، د انسان له وژلو څخه په ډېر ټينګار سره خلک منع شوي، دا نهی فرد او دولت دواړو ته متوجه ده. د اسلام په جزايي قوانينو کې د جزا په توګه د انسان د وژلو په اړه د ډېر دقت او احتياط کولو سپارښتنه شوې. د همدې احتياط له امله دا فقهي قاعده منځته راغلې چې: الحدود تدراً بالشبهات: حدود په شېبې سره ساقطېږي.

که د شريعت د جزايي قوانينو د حدودو په برخه کې د انسان د اعدام موارد وشمېرو، د ګوتو له شمېر څخه نه زياتېږي. همدا راز په تعزيراتو کې د اعدام داسې موارد چې د فقهاوو تر منځ پرې اتفاق وي، د ګوتو شمېر ته هم نه رسېږي.

خو له دې سره سره ډېر خلک داسې انگيري، چې که د کوم هيواد د جزا په قانون کې د اعدام موارد ډېر وي، دا قانون به اسلامي شريعت ته نږدې وي او هغه قانون له شريعت څخه لرې ورته ښکاري چې د اعدام جزا پکې لږه اټکل شوې وي.

د افغانستان د اسلامي جمهوريت د جزا د نوي کود له خپرېدو سره دا موضوع يو ځل بيا د هيوادوالو تر منځ راپورته شوه او يو لړ حساسيتونه يې راوپارول.

د همدې موضوع د علمي ارزونې په موخه دا مقاله وليکل شوه، خو په دقيقه توگه څرگنده شي چې په اسلامي شريعت کې د اعدام موارد څومره او کوم کوم دي او له قرآن او سنت څخه پرې دلائل څه دي.

په دې مقاله کې د اړوندو اصطلاحاتو له روښانه کولو وروسته، په اسلام کې د انسان د ژوند ارزښت، په قصاص کې د انسان اعدام، په حدودو کې د اعدام موارد او دلائل يې، په تعزيراتو کې د اعدام موارد، په اړه يې د فقهاوو اختلاف او د هغوی دلائل څېړل شوي.

اصطلاحات

اعدام

د لغت له مخې اعدام له عدم څخه اخيستل شوی. عدم د نشت په معنی دی. اعدام چې د (افعال) له باب څخه دی، د نشت کولو او له منځه وړلو په معنی دی⁽ⁱ⁾.

د اعدام اصطلاحي تعريف: اعدام په اصطلاح کې د محکوم عليه د ساه ويستلو او له ژوند څخه يې برخې کولو ته وايي⁽ⁱⁱ⁾.

د حقوقي اصطلاحاتو قاموس بيا اعدام داسې تعريفوي:

اعدام د ذيصلاح محکمې د حکم پر اساس، په دار باندې د محکوم عليه ځړول دي د مرگ تر وخت پورې، چې حکم يې د جمهور رئيس له خوا تائيد شوی وي⁽ⁱⁱⁱ⁾.

پخوانيو فقهاوو د اعدام کلمه نده کارولې، بلکې د دې په ځای يې د قصاص او قتل کلمه کارولې. همدا راز حنفيانو د تعزيري اعدام لپاره د (القتل سياسي) کلمه کارولې. اعدام يوه معاصره اصطلاح ده او پراخ مفهوم لري، چې په نفس کې قصاص، د حد قتل او تعزيري قتل، ټول رانغاړي او ورته کارول کيږي^(iv).

قصاص

قصاص د ژوندانه له ختمولو څخه عبارت دی او د حق العبد له حقوقو څخه دی، چې په عمدي قتل کې د مقتول د ورثې له خوا ترسره کېږي^(۷).

تعزیر

تعزیر په لغت کې د منع کولو، رد کولو او ادب ورکولو په معنی راغلی. تعزیر د درناوي په معنی هم کارول شوی. له همدې امله د عربي ژبپوهانو تعزیر له هغو کلمو څخه شمېرلی چې دوه ضد معناګانې ورکوي.

په شریعت کې یو لړ سزاګانو ته ځکه (تعزیري سزاګانې) ویل کېږي، چې انسانان له جرائمو څخه منع کوي او هغوی تادیب کوي^(۷).

د تعزیر اصطلاحي تعریف: مشهور حنفي عالم ابن الهمام تعزیر داسې تعریف کړی: تعزیر هغه جزاګانې دي چې اندازه یې نده ټاکل شوې، په هغو ګناهونو کې، چې حد او کفارې پکې نه وي، په حقوق الله او حقوق العبادو کې لازميږي^(۷).

د حقوقي اصطلاحاتو قاموس یې داسې تعریفوي: تعزیر هغه غیر معینې جزاګانې دي، چې له یو عادي نصیحت څخه شروع کېږي او تر اعدامه پورې رسېږي او د دولت له خوا تطبیق کېږي^(۷).

حدود

حدود د شریعت له خوا ټاکل شوې جزاګانې دي او له حقوق الله څخه شمېرل کېږي^(۸). حقوقي قاموس وايي: حدود هغه جزاګانې دي چې د ټولنې د ګټو لپاره د شرعې له خوا ټاکل شوي وي او اقل او اکثر حد نلري^(۸).

له پورته تعریفونو څخه جوتیږي چې تعزیري قتل له قصاص او حدودو پرته په نورو جرائمو کې د محکوم علیه وژل دي، چې د دولت له خوا تطبیق کېږي او له حقوق الله څخه شمېرل کېږي.

په اسلام کې د انسان د ژوند ارزښت

اسلامي شریعت د تشریع پر مهال د انسانانو فردي، ټولنیزې، دنیوي او اخروي ګټې په پام کې نیولي، په ځانګړي ډول د انسان د نفس او وینې پر خونديتابه یې ډېر ټینګار کړی، د انسان د نفس ساتنه یې د شریعت له پنځو مهمو مقاصدو څخه شمېرلې او د انسان په بدن یې هر ډول تېری ناروا

کړې او تېري کوونکو ته يې جزاگانې ټاکلي. په ناحقه د انسان وینه تويول يې دومره لويه گناه گڼلې چې د قيامت په ورځ به له هر څه وړاندې له بنده څخه د قتل په اړه پوښتنه کېږي.

په گڼو قرآني آيتونو کې د انسان له ناحقه وژنې څخه په کلکه منع شوې، الله پاک فرمايي: (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا) (النساء: ۹۳). ژباړه: هر څوک چې بل مؤمن په په قصد سره ووژني، جزا يې جهنم دی اوږد وخت به پکې وي، الله پرې غضب کړی او په لعنت يې اخته کړی او ډېر لوی عذاب يې ورته چمتو کړی. په بل آيت کې فرمايي: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) (الاسراء: ۳۳) ژباړه: او هغه نفس مه وژنئ، چې الله يې وژل حرام کړي دي.

همدا راز رسول الله په ډېرو حديثونو کې له انسان وژنې منع کړې، چې د بېلگې په توگه څو حديثونه ستاسو مخې ته ږدو:

پيغمبر عليه السلام فرمايي: لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم^(xi) " ژباړه: د الله پاک په وړاندې، د دنيا له وړانولو څخه، د مسلمان د وژلو گناه لويه او ستره ده.

په بل حديث کې راغلي: اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق...^(xii) " ژباړه: له اوو هلاکوونکو څخه ځان وژغورئ، صحابه وو وويل: هغه کوم دي ای د الله رسول! هغه وويل: له الله سره شرک کول، سحر او په ناحقه د انسان وژل.

د انسان د وينې د تويولو د حرمت په اړه د قرآني آيتونو او نبوي احاديثو حکمونه يوازې افرادو ته متوجه نه دي، بلکې دا حکمونه عام دي او حکومت او دولت ته هم متوجه دي.

خو دا چې په ټولنه کې مجرمانو ته له جزاگانو پرته نظم او امن نه راځي، اسلامي شريعت مجرمانو ته بېلابېلې جزاگانې ټاکلي. په دې جزاگانو کې يوه هم د اعدام جزا ده، چې د قصاص، حدودو او تعزيري جزاگانو په توگه پر مجرمانو د دولت له خوا تطبيق کېږي.

موږ به دلته، په شريعت کې د قصاص او حد په توگه د انسان د وژلو او د هغه مشروعيت ته ځغلنده کتنه وکړو او بيا به تعزيري اعدام د هر اړخيزو دلائلو په رڼا کې تر څېړنې لاندې ونيسو.

د قصاص په توګه اعدام

د اعدام له موجباتو څخه یو هم عمدی قتل دی، الله پاک د عمدی قتل لپاره قصاص جزا ټاکلې چې هیڅوک پکې بدلون نشي راوستلی، یوازې د مقتول ولي کولای شي عفو وکړي او قصاص ساقط شي.

عمد قتل: هغه قتل ته وایي چې یو څوک، بل څوک په قصدي توګه په وسله او یا هغه شي ووهي چې د بدن په بېلولو او ټوټه کولو کې د وسلې کار ورکوي، لکه تېره لرګی، کانی او اور^(xiii).
په دنیا کې د عمد قتل جزا قصاص دی، کله چې د قصاص شرطونه بشپړ شي، قاتل قصاصاً اعدام کېږي او دلیل یې د قرآن دا آیت دی: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى) (البقرة: ۱۷۸). ژباړه: پر تاسې باندې په وژل شویو کې، قصاص لازم ګرځول شوی دی.
بل ځای کې الله فرمایي: (وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ) (المائدة: ۴۵) ژباړه: موږ په تورات کې پر هغوی فرض کړي وو، چې نفس د نفس په بدل کې دی.

رسول الله په یوه حدیث کې فرمایلي: لا يحل دم امرئ مسلم، يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة^(xiv). ژباړه: له دریو حالتونو پرته د مسلمان وژل روا نه دي، له محسن زاني پرته او هغه څوک چې قصداً قتل وکړي، او د دین (اسلام) پرېښودونکی، د (مسلمانانو) له ډلې وتونکی.

دا حدیث په بېلا بېلو عبارتونو، د احادیثو مختلفو کتابونو لکه صحیح البخاري، سنن الترمذي، ابو داود او نورو روایت کړی.

د اسلامي امت فقها د قصاص د مشروعیت په اړه متفق دي.

د حد په توګه اعدام

د حدودو جرائم متعدد دي. ځینې یې د اعدام لامل کېږي، چې په لاندې توګه دي:

د مرتد اعدام

مرتد هغه چا ته ویل کېږي، چې له مسلماني، وروسته په ښکاره له اسلام څخه وګرځي او کافر شي.

په شریعت کې د مرتد جزا اعدام دی، خو د امام ابوحنیفه په نظر ښځه مرتده نه وژل کېږي، بلکې حبس کېږي.

د مرتد د وژلو په اړه په گڼو کې حديثونو کې يادونه راغلې، له هغې ډلې څخه تېر شوی حديث هم دی، چې فرمايي: والشارک لدينه المفارق للجماعة. په بل حديث کې راغلي: من بدل دينه فاقتلوه^(xv). ژباړه: چا چې دين (اسلام) بدل کړ، ويې وژنئ.

په حنفي مذهب کې هغه ساحر، چې سحر يې د کفر درجې ته رسېدلی وي، د مرتد په توگه اعدامېږي^(xvi).

د محصن زاني اعدام

د محصن زاني جزا رجم (تر مرگه په کانو ويشتل) دی.

د محصن زاني په رجم کولو هم گڼ شمېر صحيح حديثونه دلالت کوي، چې پورتي حديث (إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني) يې له ډلې څخه دی. همدا راز د ماعز او غامديې په نامه بنسټي د رجم کولو روايتونه او د رجم په اړه نور احاديث دي، چې نږدې تواتر ته رسېدلي^(xvii).

د لارې شکوونکي اعدام

که څوک په ښکاره ډول د خلکو د مال اخيستلو، وژلو او يا ډارولو لپاره په داسې ډول راووځي چې په خپل قوت باوري وي او د مرستې له رسېدو څخه لرې وي، شرعا لارې شکوونکي بلل کېږي.

د حنفي مذهب سره سم د لارې شکوونکي جرم هغه وخت د حد په توگه د هغه د اعدام سبب کېږي، چې څوک ووژني او يا پر وژلو سربېره مال هم ترې واخلي. لارې شکوونکي د حد په توگه اعدامېږي او د مقتول د ولي عفو ورباندې کوم اغېز نه لري^(xviii).

د لارې شکوونکي په اعدام لاندې آيت دلالت کوي:

(إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ) (المائدة: ۳۳). ژباړه: بې شکه د هغو کسانو چې له الله او رسول سره جگړه کوي او په ځمکه کې د فساد او گډوډۍ لپاره هلې ځلې کوي، جزا همدا ده، چې وژلی به شي، يا به په دار ځړول کېږي، يا به يې لاس او پښې ادل بدل پرې کېږي او يا به له ځمکې څخه شړل کېږي.

همدا راز په صحيح البخاري او د حديثو په نورو کتابونو کې راغلي چې رسول الله د عکل قوم يو شمېر لارشکوونکو ته د اعدام جزا ورکړې وه^(xix).

د تعزیر په توگه اعدام

د تعزیر پر تعریف مو د څېړنې په پیل کې خبرې وکړې، په تعزیري جرائمو کې پر اعدام له بحث وړاندې اړینه ده، د تعزیري جزا د اندازې په اړه د فقهاوو نظریات روښانه کړو.

د شریعت له نظره د تعزیري جزا اندازه

په شریعت کې د تعزیري جزا کمه اندازه نده ټاکل شوې او کېدای شي په تعزیري جزا کې د مجرم په رټلو او هغه ته د سختو الفاظو په کارولو بسیا وشي.

خو د تعزیري جزا د زیاتې اندازې په اړه څلورگونې مذاهب بېلابېل نظرونه لري.

حنفیان په دې سره یو دي چې تعزیري جزا د حد برید ته نه رسیږي او په دې حدیث یې استدلال کړی چې: من بلغ حدا، فی غیر حد، فهو من المعتدین^(xx). چا چې په تعزیر کې، جزا د حد برید ته ورسوله، له تیري کوونکو څخه دی. د البحر الرائق لیکوال حنفي عالم ابن نجیم خو د حد په تعریف کې دا خبره لیکلې چې تعزیر به د حد اندازې ته نه رسیږي، هغه وايي: التعزیر تادیب دون الحد^(xxi). تعزیر له حد په کمه اندازه جزا تادیب ورکول دی.

خو د درو وهلو په اړه د حنفیانو تر منځ اختلاف دی. د امام ابوحنیفه نظر دا دی چې تعزیر به له نهو دیرشو درو نه زیاتېږي؛ ځکه د حد کمه اندازه څلوېښت درې دي، چې مریان پرې مجازات کیږي. امام ابویوسف ویلي چې له پنځه اويا درو نه زیاتېږي او د عمر او علي رضي الله عنهما په وینا یې دلیل نیولی چې هغوی ویلي: په تعزیر کې پنځه اويا درې دي.

مالکیانو ویلي چې که د مصلحت غوښتنه وه، د تعزیر اندازه د حد له جزا څخه زیاتېدلی هم شي. دوی د عمر په کړنه استدلال کړی، چې هغه د تزویر په جرم کې یو تن درې ورځې سل سل درې وواهه او نورو صحابه وو ورسره مخالفت ونکړ، نو دا یو ډول اجماع ګڼل کیږي. همدا راز علي یو تن د رمضان په روزه کې د شرابو په څښلو اتیا درې وواهه او شل درې یې د روژې د ماتولو په جرم وواهه.

شافعیانو د تعزیر زیاته اندازه نهه دېرش درې ښودلې او د امام احمد په نظر تعزیر باید له لسو درو زیات نشي؛ ځکه په حدیث کې راغلي: لا یجلد احد فوق عشرة اسواط الا فی حد من حدود الله^(xxii). له حدودو پرته په نورو جرائمو کې، مجرم له لسو درو زیات نه وهل کیږي.

ابن قدامه او ابن تیمیه وايي چې د هغو جرائمو په جنس کې، چې حد پکې شته، باید تعزیر د هماغه حد تر بریده ونه رسیږي، د بېلګې په توګه د غلا په جرم کې باید تعزیر د لاس پرې کول حد او د زنا په جرم کې باید تعزیر اتیا درو ته ونه رسیږي. د دوی د نظر لپاره د عمر وینا دلیل دی، چې هغه یو تن د مشترکې وینزې په وطنی کولو باندې په نهه دېرش درو محکوم کړی و.

وروستنیو فقهاوو دې خبرې ته په کتو سره چې د رسول الله په زمانه کې خلک صالح، دینداري یې پیاوړې او په لږه جزا سمې لارې ته راګرځېدل، د رسول الله له خوا د تعزیر د زیاتې اندازې ټاکل په هماغې زمانې پورې ځانګړي کړي او ویلي یې دي، چې په وروستیو زمانو کې د خلکو دینداري کمه شوې، د بدۍ خوا ته تللي او په کمو جزاګانو له بدیو نه راګرځي، په دې بنسټ باید د تعزیر زیاته اندازه محدوده نشي، خو اسلامي حکومت وکولای شي په تعزیري جرمونو کې د سختو جزاګانو په ټاکلو سره د جرمونو مخنیوی وکړي، ټولنې ته امن راولي او حقوق خوندي کړي، چې اوس مهال د ټولو اسلامي هیوادونو په حقوقي او قضایي سیستمونو کې په همدې نظر عمل کیږي او د تعزیري جزاګانو د زیاتې اندازې ټاکل او محدودول له منځه تللي^(xxiii).

د تعزیري اعدام په اړه د فقهاوو نظریات

که څه هم له مالکینو پرته څلور وارو مذاهبو د تعزیري جزاګانو زیاته اندازه ټاکلې او د حدودو برید ته یې رسول ممنوع ګڼلې، خو وینو چې ټولو مذاهبو په ګڼو مواردو کې په تعزیري جرمونو کې د اعدام جزا مشروع ګڼلې، کومه چې په باوري توګه تر ټولو سخته او درنه جزا ده. په لاندې کرښو کې هغه جرمونه تر څېړنې لاندې نیسو چې فقهاوو پکې د تعزیر په توګه د اعدام جزا مشروع ګڼلې، همدا راز به په نوموړو جرمونو کې د اعدام د مشروعیت لپاره د فقهاوو دلائل هم وازوو.

د جاسوس اعدام

تجسس په لغت کې د پټو خبرو او رازونو پلټنې ته ویل کیږي، چې د منفي کلمې په توګه کارول کیږي.

د فقهي په اصطلاح کې جاسوس هغه چا ته ویل کیږي، چې د مسلمانانو پټ رازونه پلټي او دښمنانو ته یې رسوي.

د حقوقي اصطلاحاتو قاموس يې په لږ تفصيل سره داسې تعريفوي: جاسوس په هغه شخص اطلاق کېږي، چې د يوه هيواد اطلاعات، اسناد يا نظامي نقشي، ودانۍ، نظامي، سياسي اقتصادي تاسيسات په مختلفو ډولونو په غيرقانوني توگه راټولوي او د بېگانه او متخاصم هيواد د سازمانونو او ډلو په واک کې يې ورکوي^(xxiv).

فقها پدې متفق دي چې د جاسوس جزا د تعزيراتو له ډلې څخه ده. جاسوس په درې ډوله دی، حربي جاسوس، معاهد جاسوس، مسلمان جاسوس.

۱. حربي جاسوس: دا خبره هم اتفاقي ده چې د حربي جاسوس جزا اعدام دی؛ ځکه حربي له جاسوسۍ پرته هم د قتل وړ دی.

۲. معاهد جاسوس: که جاسوس ذمي يا مستأمن معاهد وي، د اعدام په اړه يې د فقهاوو تر منځ اختلاف دی.

امام مالک او امام احمد وايي، که معاهد د جاسوسۍ جرم ترسره کړي، دا يې د عهد ماتول گڼل کېږي او امام يې د تعزير په توگه د وژلو واک لري. دوی د خپل نظر لپاره په لاندې حديث استدلال کړی چې: أن النبي أمر بقتل فرات بن حيان، وكان عينا لأبي سفيان، فمر بمجلس من الأنصار فقال: إني مسلم، فذهبوا به إلى رسول الله، فقالوا: إنه يزعم أنه مسلم، فقال: إن منكم رجلا نكلهم إلى إيمانهم، منهم فرات بن حيان. رسول الله د فرات بن حيان د وژلو امر وکړ؛ ځکه د ابو سفيان جاسوس و، د انصارو په يوه ډله تېرېده، هغوی ونيو، فرات وويل زه مسلمان یم. صحابه وو رسول الله ته ورووست او ورته يې وويل چې دی ځان مسلمان گڼي. رسول الله وويل: په تاسو کې ځينې خلک داسې دي چې موږ يې (په خوله باور کوو او) د هغوی ايمان ته سپارو، فرات بن حيان هم له همدې ډلې دی.

څرنګه چې فرات په مدينه کې د معاهد په توگه اوسېده، نو رسول الله د جاسوسۍ په جرم د اعدام وړ وگڼا، خو کله چې مسلمان څرګند شو، له اعدامه خوندي شو. دا حديث په دې دلالت کوي، چې معاهد جاسوس وژل کېږي.

حنفيانو ويلي چې په جاسوسۍ سره د معاهد عهد نه ماتېږي، ځکه نو وژل کېږي هم نه، څرنګه چې د مومن ايمان په جاسوسۍ له منځه نه ځي، د معاهد عهد هم پرې نه ماتېږي او معصوم الدم گڼل کېږي، البته له اعدام کمه جزا دې ورکړل شي^(xxv).

۳: مسلمان جاسوس: د مسلمان جاسوس جزا هم تعزير دی، خو آيا تعزير اعدام کيږي، که له اعدام کمه جزا ورکول کيږي؟ په دې اړه د فقهاوو تر منځ اختلاف دی.

حنفيان، شافعيان او حنبلين وايي، چې د مسلمان جاسوس اعدام روا ندی، بلکې له اعدام کمه جزا ورکول کيږي. دوی د بخاري په حديث دليل نيولی، چې رسول الله په پټه توگه د مکې د مشرکينو د غزا پلان درلود، د حاطب په نامه يوه صحابي نوموړی راز په مکه کې خپلو خپلوانو ته په يوه ليک کې واستاوه، رسول الله د وحی له لارې خبر شو، علی او خو نور صحابه يې د هغه ليک وپرونکي پسې ولېږل، ليک وپرونکی ونيول شو او ليک ترې واخيستل شو. رسول الله حاطب ته وويل دا څه دي؟ حاطب وويل: نه کافر شوی يم او نه مرتد شوی يم، غوښتل مې په دې کار په مکه کې د سختې ورځې لپاره مرستندوی وموم. رسول الله وويل: ښه قد صدقکم فقال عمر دعني يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق، فقال رسول الله: ښه قد شهد بدراً وما يدریک لعل الله اطلع علی أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم: حاطب تاسو ته ريښتيا وويل: عمر وويل: اجازه راکړه چې د دې منافق سر پرې کړم. رسول الله وويل: ده د بدر په غزا کې ونډه اخيستې او ښايي د بدر ونډه اخيستونکو ته الله ښه کړي وي، چې ويلي يې دي: څه مو چې خوښه وي، وبې کړئ.

پدې حديث کې عمر د جاسوسۍ له کبله د حاطب د اعدام غوښتنه کړې، خو رسول الله يې خبره نده منلې او هغه يې د حاطب له وژلو منع کړی. دا پدې دلالت کوي چې مسلمان جاسوس نه وژل کيږي.

په همدې ډول په تېر شوي حديث (لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: رَجُلٌ زَنَى بَعْدَ إِحْصَانِهِ فَعَلَيْهِ الرَّجْمُ، أَوْ قَتَلَ عَمْدًا فَعَلَيْهِ الْقَوْدُ. أَوْ ارْتَدَّ بَعْدَ إِسْلَامِهِ فَعَلَيْهِ الْقَتْلُ) کې د مسلمان وژنه يوازې په دريو مواردو پورې محدوده شوې، چې جاسوسي پکې نشته.

د فرات حديث هم ښوونه کوي چې مسلمان جاسوس نه اعداميږي؛ ځکه چې کله هغه د مسلمانۍ څرگندونه وکړه، رسول الله يې له وژلو تېر شو.

مالکيانو ويلي: د جاسوس اعدام د تعزير په توگه روا دی او د حاطب په حديث کې يې د عمر په وينا دليل نيول شوی، چې هغه حاطب د جاسوسۍ په جرم د اعدام وړ گڼلی او رسول الله يې دا خبره نده رد کړې، بلکې په بدر کې د گڼون پر بنسټ يې حاطب له دې جزا معاف کړې (xxvi).

په څلورم ځل د شرابو (خمر) څښونکي اعدام

د شریعت په اصطلاح کې خمر د انگورو له هغو خامو اوبو څخه عبارت دی، چې د وخت په تېرېدو سره ځوښ کوي، تیزېږي (نشه رامنځته کوي) او ځک وغورځوي. دا د امام ابوحنیفه نظر دی، د صاحبینو په نزد د ځک غورځول شرط نه دي.

د جمهورو علماوو په نظر هر نیشه راوړونکی شی شراب (خمر) دی.

د شرابو څښونکي جزا، د حد په توګه اتیا درې وهل دي^(xxvii).

که څوک له درې څلو زیات، یعنې په څلورم ځل شراب وڅښي، په اړه یې د فقهاو تر منځ اختلاف دی.

ابن حزم ظاهري ویلي چې په څلورم ځل شراب څښونکی، وروسته له دې چې په هر ځل شراب څښلو په حد شي، د تعزیر په توګه اعدامیږي او په لاندې حدیثونو یې دلیل نیولی:

له عبدالله بن عمرو څخه روایت دی، هغه وایي: قال رسول الله: من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه، قال عبد الله: اتوني برجل قد شرب الخمر في الرابعة، فلکم علي أن أقتله^(xxviii). رسول الله فرمایلي: چا چې شراب وڅښل په درو یې ووهی، که یې بیا وڅښل بیا یې په درو یې ووهی، که یې بیا شراب وڅښل بیا یې په درو یې ووهی، که یې بیا شراب وڅښل ویې وژنی. عبدالله وویل: داسې سړی چې په څلورم ځل یې شراب څښلي وي، ماته راولی، زه یې درته وژنم.

ابن حجر ویلي: پورتنی روایت منقطع دی.

که څه هم پورتنی روایت په ګڼو صحیحو سندونو روایت شوی، خو علماوو هغه منسوخ شمېرلی. امام ابن حزم پورتنی حدیث محکم ګڼلی او د هغه د نسخ کېدل یې رد کړي^(xxix).

څلور وارو امامانو او جمهور علماوو ویلي چې د شرابو حد، که څه هم تکرار شي، درې وهل دي او په څلورم ځل د شرابو څښونکي وژل منسوخ دي.

دوی د قبيصة بن ذؤيب په حدیث استدلال کړی، هغه داسې روایت کوي: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه، فأتي برجل قد شرب فجلدوه، ثم أتي به فجلدوه، ثم أتي به فجلدوه، ورفع القتل، وكانت رخصة. رسول الله وویل: چا چې شراب وڅښل په درو یې ووهی، که یې بیا وڅښل بیا یې په درو ووهی، که یې په درېم یا څلورم ځل شراب وڅښل ویې وژنی. بیا یو سړی راوستل شو چې شراب

بې څښلي وو، رسول الله په درو ووهلو، بيا راوستل شو بيا يې په درو وواهه، بيا راوستل شو، بيا په درو ووهل شو، بيا راوستل شو، بيا په درو ووهل شو او د وژلو حکم پورته شو او دا يو رخصت و.

امام شافعي هم پورتنی حديث روايت کړی او ويلي يې دي، چې په همدې حديث د علماوو عمل دی او کوم اختلاف پکې نه ښکاري.

د امام ترمذي او امام نسائي په روايت کې دا هم راغلي چې په متکرر شراب څښونکي د وژلو خبره وړاندې او د ژوندي پرېښودلو خبره د نېټې له پلوه وروسته وه.

د بخاري دا روايت هم د پورتنۍ خبرې دليل دی: أن رجلاً كان على عهد رسول الله كان اسمه عبد الله وكان يلقب حماراً، وكان يضحك رسول الله، وكان النبي قد جلدته في الشراب، فأتي به يوماً فأمر به فجلد، فقال رجل من القوم: اللهم العنه، ما أكثر ما يؤتى به! فقال النبي: لا تلعنوه فوالله ما علمت إلا أنه يحب الله ورسوله^(xxx).

د رسول الله په زمانه کې يو سپړی چې عبدالله نومېده او (حمار) بلل کېده، رسول الله به يې خندولو او رسول الله د شرابو له امله په درو هم وهلی و، يوه ورځ راوستل شو او د شرابو په کناه کې په درو ووهل شو، يو چا وويل: د الله لعنت دې ورباندې وي، څومره ډېر د شرابو له امله په درو وهل کيږي، رسول الله وويل: لعنت ورباندې مه وايي، قسم په الله چې د خدای او رسول سره يې مينه لري.

د متکرر غل اعدام

د غلا تعريف: د مکلف انسان له خوا په پټه د بل چا د داسې مال اخيستلو ته غلا ويل کيږي، چې ساتل شوی او اندازه يې د لسو درهمو له ارزښت سره برابره وي^(xxxi).

د غلا حد د غل ښي لاس له مړوند څخه پرې کول دي، چې په دې آيت ثابت دي: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) (المائدة: ۳۸) ژباړه: د غل او غلې لاسونه پرې کړئ.

هغه څوک چې په تکراري توګه غلا وکړي، هر ځل ورباندې حد تطبيق شي او لاسونه او پښې يې پرې شي، که نوموړی په پنځم ځل غلا وکړي جزا به يې څه وي؟

په دې اړه ځينو علماوو لکه عمر بن عبدالعزيز^(xxxi) او نورو ويلي چې بايد قتل شي او په لاندې روايتونو يې استدلال کړی:

عن جابر، قال: جيء بسارق إلى النبي فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله إنما سرق، فقال: اقطعوه، فقطع، ثم جيء به الثانية، فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعوه، فقطع، ثم جيء به الثالثة، فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله، إنما سرق، قال: اقطعوه، فقطع، ثم جيء به الرابعة، فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعوه، فقطع، ثم جيء به الخامسة، فقال: اقتلوه، قال جابر: فانطلقنا به، فقتلناه (xxxiii).

ژباړه: جابر وايي، رسول الله ته يو غل راوستل شو، هغه وويل: ويې وژنئ. صحابه وو وويل: اى د الله رسوله غلا يې كړې، هغه وويل: پرې يې كړئ نو بنى لاس ورڅخه پرې شو. دويم ځل په غلا كې راوستل شو، رسول الله وويل: ويې وژنئ. صحابه وو وويل: اى د الله رسوله غلا يې كړې، هغه وويل: پرې يې كړئ نو كينه پنبه ورڅخه پرې شوه. دريم ځل راوستل شو، رسول الله وويل: ويې وژنئ. صحابه وو وويل: اى د الله رسوله غلا يې كړې، هغه وويل: پرې يې كړئ نو كين لاس ورڅخه پرې شو. بيا څلورم ځل راوستل شو، رسول الله وويل: ويې وژنئ. صحابه وو وويل: اى د الله رسوله غلا يې كړې، هغه وويل: پرې يې كړئ نو بنى پنبه ورڅخه پرې شوه. بيا پنځم ځل راوستل شو، رسول الله وويل: ويې وژنئ. جابر وايي، بيا موږ يووړ او ومو وژلو. نسائي روايت كوي: أن النبي أتى بلص، فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعوه، فقطع، ثم سرق، فقطعت رجله، ثم سرق على عهد أبي بكر، حتى قطعت قوائمه كلها، ثم سرق الخامسة، فقال أبو بكر: كان رسول الله أعلم بهذا، حين قال: اقتلوه (xxxiv).

رسول الله ته يو غل راوستل شو، هغه وويل: ويې وژنئ. صحابه وو وويل: اى د الله رسوله غلا يې كړې، هغه وويل: پرې يې كړئ نو بنى لاس ورڅخه پرې شو. بيا يې غلا وكړه نو پنبه ترې پرې شوه، بيا يې د ابوبكر په زمانه كې غلا وكړه تر دې چې ټول لاسونه او پنبې ترې پرې شوې، بيا يې په پنځم ځل غلا وكړه نو ابوبكر وويل: رسول الله په ده پوه و؛ ځكه يې ويل چې ويې وژنئ. په دې اړه نور روايتونه هم نقل شوي، خو ابن حجر ويلي چې په دې اړه مې صحيح حديث ندى ليدلى، عبدالبر ويلي: د پنځم ځل غلا كړونكي د وژلو حديث منكر دى (xxxv).

په دې بنسټ په پورتنيو حديثونو استدلال هم سم نه دى.

مالکيانو، حنبليانو، ظاهريانو او نورو ويلې، چې په مکرره غلا کې د پنبو او لاسونو پرې کول حد دی، د حد له پوره کېدو وروسته که غلا تکرار شي، جزا يې له اعدام رابښکته حبس او نورې تعزيرې جزاگانې دي.

حنفيانو ويلې، چې په پنځم غلا کولو کې د حد په توګه اعدام لپاره قوي دلائل نشته او روايت شوي حديثونه صحيح نه دي، خو که امام ته څرګنده شوه چې غل له غلا کولو څخه نه راکړځي او د ټولنې مصلحت او خونديتوب د غل په اعدامولو کې دی، امام کولای شي چې نوموړی غل د تعزير په توګه اعدام کړي او فساد يې پای ته ورسوي^(xxxvi).

د لوطي اعدام

ټولو علما په دې متفق دي چې لواطت يو نامشروع عمل او ستره ګناه ده، خو د جزا په اړه يې فقها پخپلو کې اختلاف لري:

شافعيان، حنبليان، امام محمد او امام ابويوسف لواطت او زنا يو ډول جرم ګڼي او په دې نظر دي چې پر لوطي هم د زنا حد تطبيق کېږي.

دوی وايي چې په قرآني آيتونو کې دواړو جرمونو ته د (فاحشة) کلمه کارول شوې او دا ښيي چې دواړه توپير نه لري.

همدا راز دوي د ابوهريره په دې حديثونو استدلال کړی: من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به^(xxxvii). ژباړه: څوک مو چې د لوط د قوم په عمل کولو ونيولو، فاعل او مفعول دواړه ووژني.

په بل حديث کې راغلي: اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان^(xxxviii). کله چې سړی له سړي سره يو ځای شي، دا دواړه زنا کاران دي.

مالکيانو پورتي حديث ته په کتو سره ويلې، چې دوی دواړه د حد په توګه وژل کېږي او د محسن او نامحسن تر منځ توپير هم نشته.

حنفيانو وايي چې د لواطت جزا تعزير دی، که يې په مکرره توګه دا جرم ترسره کړ، تعزير يې تر اعدام پورې رسېدلی شي.

دوی ويلې چې لواطت او زنا توپير لري؛ ځکه يې نمونه هم بدل دي؛ پدې بنسټ په لواطت کې حد نشته، بلکې مجرم ته تعزيري جزا ورکول کېږي. بله دا چې زنا د خلکو په نسبونو کې ګډوډي

رامنځته کوي، خو لواطت داسې نه دی. له همدې امله چې لواطت او زنا سره جلا جرمونه دي، صحابه وو يې په جزا کې سره اختلاف کړی، ځينو ويلي په اور دې وسوځول شي، ځينو ويلي له لوړ ځای دې راوغورځول شي او داسې نور. دا په دې دلالت کوي چې لواطت د حدودو له جرمونو څخه نه دی او ټاکلې جزا نه لري.

حنفيانو د لوطي د وژلو احاديث په تعزيري اعدام (القتل سياسة) توجیه کړي او د حد معنی یې ورڅخه نده اخیستې.

ابن الهمام د لوطي د وژلو په اړه راغلي د ابن عباس او ابو موسی الاشعري حدیثونه د سند له اړخه ضعیف ګڼلي چې حد ورباندې نه ثابتېږي، که یې سند صحیح هم وګڼل شي په تعزيري قتل حمل کېږي، نه د حد په توګه (xxxix).

له مشروع امام څخه د باغي اعدام

هغه څوک چې د مشروع امام له پیروي څخه د دنیا او منصب تر لاسه کولو لپاره بغاوت کوي او د مسلمانانو یووالي له منځه وړي، نږدې ټول فقها یې د اعدام په اړه متفق دي او په لاندې دلائلو یې استدلال کړی:

د مسلم په حدیث کې راغلي چې رسول الله فرمائي: من أتاكم وأمرکم جمیع علی رجل واحد، یرید أن یشق عصاکم أو یفرق جماعتکم فاقتلوه^(xl). ژباړه: کله چې تاسو په یو امیر راټول واست، څوک راشي او غواړي ستاسو یووالي له منځه یوسي او ډله مو پراکنده کړي، ویې وژنئ. په بل حدیث کې راغلي: إنه ستكون هنات و هنات فمن أراد أن یفرق أمر هذه الامة وهي جمیع فاضربوه بالسيف کائنا من کان^(xli).

فتنې او بدې پېښې به راشي، چا چې د دې امت یووالی له منځه وړلو، پداسې حال کې چې امت متحد و، ویې وژنئ، هر څوک چې وي.

په بل روایت کې راځي: من بايع إماما فأعطاه صفقة يده وثمرة قلبه فليطمه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر^(xlii). ژباړه: چا چې له يوه امام سره بيعت وکړ، د توان تر بريده دې د هغه پیروي وکړي، که بل راغی او له ده سره یې په امامت کې شخړه کوله، د وروستي سر ووهی^(xliii).

په دې اړه نور صحیح حدیثونه شته.

د مبتدع اعدام

بدعت په دين کې د داسې نوي کار رامنځته کولو ته وايي، چې په شريعت کې هيڅ بنسټ ونه لري.

بدعت په دوه ډوله دی: يو هغه بدعت دی چې د دين په اساساتو او بنسټونو کې وي او مرتکب يې د اسلام له دائرې څخه وځي. دا ډول مبتدع د مرتد په څېر دی او د مرتد حد ورباندې تطبيق کېږي.

دوهم هغه بدعت دی چې يې لارې کوونکي وي، خو مرتکب د اسلام له دائرې څخه نه باسي، بلکې د فسق او گمراهۍ په درجه کې وي.

د دوهم ډول مبتدع لپاره فقهاوو د مجرم د حال مناسب تعزيري جزا اټکل کړې، لکه حبس، په درو وهل او داسې نور، خو که مبتدع خلک بدعت ته رابلل، د امت يووالي ته يې زيان رسولو، ضرر يې خلکو ته زيات و او له اعدام پرته په نورو جزاگانو يې مخنيوی شونی نه و، امام ته روا ده چې تعزيرا يې اعدام کړي (xlv).

د پورتني حکم لپاره په لاندې دلائلو استدلال شوی:

قال النبي: لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة.

رسول الله فرمايلي: د هغه چا چې (لا اله الا الله محمد رسول الله) وايي، وژل روا ندي، مگر د دريو کسانو، د محسن زاني، د قاتل او د دين د پرېښودونکي او د مسلمانانو د يووالي له منځه وړونکي.

علماوو مبتدع هم د امت د يووالي له منځه وړونکي شمېرلي.

همدا راز علماوو مبتدع په ځمکه کې فساد کوونکي گڼلي او د دې آيت د حکم لاندې يې راوستی چې الله فرمايي: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ) (المائدة: ۳۳).

له پلوه صحابه وو له خوارجو سره ځکه جگړه کوله او د هغوی وژل يې روا گڼل چې هغوی مبتدعين وو او بدعتونو ته يې بلنه کوله.

پايلې

د پورتنۍ څېړنې پايلې په لاندې توگه راڅرگندېږي:

۱. په اسلامي شريعت کې د انسان وينه او ژوند له خورا زيات درناوي او احترام څخه برخمن ده.
۲. د حدودو او قصاص په جرائمو کې د اعدام د سزا موارد د گوتو په شمېر دي.
۳. د تعزير په توگه د اعدام موارد هم ډېر محدود او اوښايي د گوتو له شمېر څخه زيات نشي.
۴. د تعزير په توگه د اعدام په جزاگانو کې د فقهاوو تر منځ زيات اختلاف دی او له مشروع امام څخه د بغاوت پرته په نورو جرمونو کې د اعدام د جزا په اړه د فقهاوو اتفاق نشته.
۵. په اعدام کې د اسلامي شريعت دقت، احتياط او د هيواد په حقوقي او قضايي مراجعو کې موجود فساد ته په کتو سره لازمه ښکاري، چې مقنن د تعزيري اعدامونو په مواردو کې زياتوالی ونکړي، خو خلک له قطعي او غوڅو دلائلو پرته د ژوند له نعمت څخه بې برخې نشي او پر خلکو ظلم ونشي.

ماخذونه

- (i) ابوهلال العسكري، معجم الفروق اللغوية، مؤسسة النشر الاسلامي، ۱۴۱۲ هـ ق: ۵۸/۱.
- (ii) اسماعيل محمود ابراهيم، العقوبة، مطبعة الاعتماد، ۱۹۴۵ م، ص ۱۳.
- (iii) د کابل پوهنتون حقوقو پوهنځي کې د حقوقي اصطلاحاتو قاموس د ليکونکو ډله، د حقوقي اصطلاحاتو قاموس، د افغانستان عدلي او قضايي پروژه، ۱۳۸۷ هـ ش، ص ۱۹.
- (iv) عکاز احمد فکري، فلسفة العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون، شركة مكتبة عكاظ للنشر والتوزيع، ۱۹۸۲ م، ص ۲۳۵.
- (v) د حقوقي اصطلاحاتو قاموس، ص ۲۲۹.
- (vi) ابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، دار الدعوة: ۵۹۲/۲. ابو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والاثر، بيروت، المكتبة العلمية، ۱۹۷۹ م: ۵۹۸/۲.
- (vii) کمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، بيروت، دارالفکر: ۳۴۴/۵.
- (viii) د حقوقي اصطلاحاتو قاموس، ص ۵۸.

(ix) وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت، دارالاسلاسل، ١٤٢٧هـ - ق: ١٢٩/١٧.

(X) د حقوقي اصطلاحاتو قاموس، ص ٧٦.

(xi) ترمذي، سنن الترمذي، باب تشديد قتل المؤمن، د حديث شمبهه: ١٣٩٥.

(xii) بخاري، صحيح البخاري، باب قول الله تعالى: (ان الذين ياكلون...)، د حديث شمبهه: ٢٧٦٦.

(xiii) ابوالحسن علي بن ابي بكر المرغيناني، الهداية، المكتبة الاسلامية: ١٥٤/٤.

(xiv) مسلم، صحيح مسلم، باب ما يباح به دم المسلم، د حديث شمبهه: ١٦٧٨.

(xv) صحيح البخاري، باب قتل النساء في الحرب، د حديث شمبهه: ٣٠١٧.

(xvi) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، بيروت، دارالفكر، ٢٠٠٠م: ٢٤٠/٤.

(xvii) ابن قدامة، المغني، بيروت، دارالفكر، ١٤٠٥ هـ - ق: ١١٧/١٠.

(xviii) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٩٨٢م: ٩٠/٧. الهداية: ٣٧٥/٢.

(xix) صحيح البخاري، باب إذا حرق المشرك المسلم هل يحرق، د حديث شمبهه: ٣٠١٨.

(xx) بيهقي، سنن البيهقي الكبرى، باب التعزير، د حديث شمبهه: ٣٤٧٩.

(xxi) زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، بيروت، دارالمعرفة: ٤٤/٥.

(xxii) سنن البيهقي الكبرى، باب التعزير، د حديث شمبهه: ٣٤٨٠.

(xxiii) محمد بن محمد اكمال الدين البابر، العناية، دارالفكر: ٣٤٨/٥. البحر الرائق، ٥/٥. سرخسي، مبسوط، بيروت، دارالفكر، ٢٠٠٠م: ١٢١/٩. محمد خطيب الشرييني، المغني، بيروت، دارالفكر: ١٩٣/٤. شهاب الدين احمد القرافي، الذخيرة، بيروت، دارالغرب، ١٩٩٤م: ١١٨/١٢. مجلة البحوث الاسلامية، الربيع الاول، ١٤٢٤هـ - ق، العدد: ٦٩، ص ١٧٥.

(xxiv) محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مصر، المطبعة الكبرى، ١٣١٧هـ - ق: ١١٩/٣. د حقوقي اصطلاحاتو قاموس، ص ٦٧.

- (XXV) شمس الدين الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، بيروت، دارالفكر، ١٩٩٢م: ٣/٣٥٧.
- شرح الخرشي على مختصر الخليل: ١١٩/٣. حاشية ابن عابدين: ٢١٢/٤. دوكتور وهبه زحيلي، الفقه الاسلامي وادلتها، دمشق، دارالفكر: ٥١٧/٧.
- (XXVI) الموسوعة الفقهية: ٣١٤/١٦. تبصرة الحكام: ٢٧٩/٥.
- (XXVII) الهداية، المكتبة الاسلامية: ١١٢/٤.
- (XXVIII) سنن ابي داود، الاثرية: د حديث شميره: ٥٦٦٢.
- (XXIX) علي بن حزم الظاهري، المحلى، بيروت، دارالفكر: ٣٦٩/١١. مجلة البحوث الاسلامية، الربيع الأول ١٤٠٥ هـ، العدد: ١٢، ص ٣٩.
- (XXX) سنن ابي داود، باب اذا تتابع في شرب الخمر، د حديث شميره: ٤٤٨٧. سنن الترمذي، باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه..، د حديث شميره: ١٤٤٤. نسائي، سنن النسائي، باب نسخ القتل، د حديث شميره: ٥٢٨٤. صحيح البخاري، الحدود، د حديث شميره: ٦٧٨٠.
- (XXXI) الموسوعة الفقهية: ٢٩٢/٢٤.
- (XXXII) ابوالحسن علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٩: ١٣/٣٢٥.
- (XXXIII) سنن البيهقي الكبرى، باب السارق يعود فيسرق...، د حديث شميره: ١٧٧٢٠.
- (XXXIV) سنن النسائي، باب قطع الرجل من السارق...، د حديث شميره: ٤٩٧٧.
- (XXXV) ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٩٨٩م: ٤/١٩٠.
- (XXXVI) الذخيرة: ٦٦/١٢. حاشية ابن عابدين: ٦٣/٤.
- (XXXVII) سنن ابي داود، باب فيمن عمل عمل...، د حديث شميره: ٤٤٦٤.
- (XXXVIII) سنن البيهقي الكبرى، باب ما جاء في حد اللوطي، د حديث شميره: ١٧٤٩٠.
- (XXXIX) شرح فتح القدير: ٢٦٣/٥. حاشية ابن عابدين: ٦٣/٤.
- (XL) متفق عليه.
- (XLI) متفق عليه.
- (XLII) سنن ابي داود، باب ذكر الفتن، د حديث شميره: ٤٢٥٠.
- (XLIII) شرح فتح القدير: ٢٦٣/٥. حاشية ابن عابدين: ٦٣/٤.
- (XLIV) حاشية ابن عابدين: ٢٤٣/٤.

دیدار وزیر عدلیه با رییس بخش محافظت از اطفال یونیسف



۱۷ سرطان ۱۳۹۷

جلالتمآب دکتر عبدالبصیر انور، وزیر عدلیه ج.ا.ا. با خانم تاتانا کولن، رییس بخش محافظت از اطفال یونیسف در افغانستان، دیدار و گفت‌وگو کرد. در این دیدار دو طرف پیرامون کمک‌های این اداره با وزارت عدلیه، بحث کردند.

وزیر عدلیه از همکاری‌های این اداره ابراز سپاس و قدردانی نموده و خواهان همکاری‌های بیشترشان با این وزارت گردید.

در اخیر رئیس بخش محافظت از اطفال یونیسف از دیدار با وزیر عدلیه ابراز قدردانی نموده و وعده سپرد که از هیچ نوع همکاری با این وزارت دریغ نخواهد کرد.

منبع: آمریت مطبوعات

نشست کمیته تخنیکی کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران



۱۳ سرطان ۱۳۹۷

این نشست به ریاست نایف ریاضت سرپرست ریاست ارتباط خارجه وزارت عدلیه ج.ا.ا، و رییس کمیته تخنیکی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و با اشتراک نمایندگان ادارات عضوی این کمیسیون برگزار گردیده بود. در این نشست هیئت مرکز بین‌المللی انکشاف پالیسی مهاجرت (ICMPD) از کشور اتریش نیز حضور داشتند.

در این نشست، فعالیت‌های کمیسیون عالی، قانون جدید مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، پلان عمل ملی مبارزه با قاچاق انسان، پلان اولویت‌ها و پلان آگاهی عامه برای اشتراک کنندگان ارایه گردید.

هیئتی مذکور، سولاتی را پیرامون نوع مبارزه با قاچاق انسان و تعقیب مرتکبین آن مطرح نمودند. محمدحسن سلیمی عضو مسلکی حقوق بشر و مسوول سکرتریت کمیته تخنیک مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، در رابطه به کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران معلومات داده گفت: کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران از سه واحد تشکیل گردیده که واحد اول موضوع پیگیری، شناسایی و کشف را به عهده دارند و شامل وزارت داخله، ریاست عمومی امنیت ملی و لوی سارنوالی می باشند. واحد دوم مسوولیت حمایت از قربانیان قاچاق انسان و قاچاق مهاجران را به عهده دارند که عبارت از وزارت صحت عامه، وزارت کار و امور اجتماعی و وزارت امور زنان می باشند. واحد سوم شامل وزارت حج و اوقاف، وزارت معارف، کمیسیون مستقل حقوق بشر و انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان می باشند و مسوولیت آگاهی دهی در رابطه به قاچاق انسان و قاچاق مهاجران را به عهده دارند.

در ادامه راجع به طرز فعالیت کمیسیون عالی و کمیسیون‌های ولایتی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران نیز توضیحات ارایه گردید.

در اخیر هیئت مرکز بین‌المللی انکشاف پالیسی مهاجرت (ICMPD) وعده همکاری نموده و وعده سپرد که در صورت لزوم به منظور ارتقای ظرفیت اعضای کمیته تخنیک مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران برنامه ای آموزشی را برگزار خواهند نمود.

منبع: آمریت مطبوعات

گزارش سال ۱۳۹۶ کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران



گسترش جرم قاچاق انسان در این اواخر در سطح ملی و بین‌المللی نگرانی‌های جدی را برانگیخته و به چالش بزرگی تبدیل شده است. بر اساس گزارش و ارزیابی‌های صورت گرفته امروزه جرم قاچاق انسان در پهلوی قاچاق اسلحه و قاچاق مواد مخدر، منبع قابل ملاحظه‌ای عواید نامشروع برای مافیای بین‌المللی می‌باشد.

شبکه‌های جنایت‌کار قاچاق انسان از طریق استثمار، فریب و بهره‌کشی از قربانیان این جرم، منافع مالی هنگفتی را بدست می‌آورند.

حوادث تلخ سی سال گذشته، موج گسترده از مهاجرت‌های غیر قانونی را فراهم ساخت. پیامدهای این حوادث، میراث جنگ، فقر و بیکاری از زمره عوامل تأثیر گزار در افزایش قاچاق انسان و قاچاق مهاجران در کشور می‌باشد.

با توجه به این، اداره‌های عضو کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، تلاش نموده اند تا در راستای کشف جرایم و دستگیری مظنونان قاچاق انسان، رسیده‌گی به قضایا و به محاکمه کشاندن متهمان جرایم قاچاق انسان، آگاهی دهی از اضرار قاچاق انسان، حمایت از قربانیان قاچاق انسان و ایجاد هماهنگی منطقه‌یی و بین المللی، انجام داده اند.

این کمیسیون در یک سال گذشته، نشست‌های متعددی را به هدف ایجاد هماهنگی و انسجام امور مربوط به قاچاق انسان و قاچاق مهاجران برگزار نموده است. در نتیجه این نشست‌ها، قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران تعدیل گردیده و قاچاق مهاجران به عنوان یک عمل جرمی تعریف گردیده است. همچنان، یک تحقیق ملی پیرامون وضعیت قاچاق انسان در هماهنگی با سازمان بین المللی مهاجرت در هفت ولایت کشور انجام شد که طبق آن، پلان عمل ملی مبارزه علیه قاچاق انسان، پلان آگاهی دهی عامه و پلان سه ساله (۱۳۹۷-۱۳۹۹) این کمیسیون تهیه و تصویب گردید. همچنان، با توجه به قانون تعدیل شده، لایحه وظایف کمیسیون عالی و کمیسیون‌های ولایتی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران بازنگری و تصویب گردیده است.

برخی از اجرااتی که توسط ادارات عضوی این کمیسیون در یک سال گذشته انجام شده است:

۱- ۹۵ تن از قاچاق‌بران توسط اداره‌های کشفی دستگیر گردیده و به نهادهای عدلی و قضایی معرفی شده اند که از این میان، ۷۷ تن از مظنونان قاچاق انسان محاکمه شده اند. در نتیجه، ۳۳ تن به حبس قصیر الی اعدام محکوم گردیده است که از این میان:

- ۱۸- تن محکوم به حبس متوسط گردیده است.
- ۸- تن به حبس طویل محکوم گردیده است.
- ۱- تن به حبس قصیر محکوم گردیده است.
- ۴- تن به حبس دوام محکوم گردیده است.
- ۲- تن به اعدام محکوم گردیده است.
- ۱۱- تن برات حاصل کرده اند و قضیه ۳۱ تن دیگر تحت کار قرار دارد.
- ۲- ۱۰۶ شبکه قاچاق انسان، توسط اداره امنیت ملی تثبیت و شناسایی گردیده و پس از آن، بالای ۲۸ شبکه آن عملیات صورت گرفته است.
- ۳- ۱۲۶ قضیه قاچاق انسان توسط پولیس کشف و بررسی گردیده است.
- ۴- ادارات امنیت ملی و وزارت داخله، از مهاجرت غیر قانونی ۲۱۰ تن از نوجوانان و جوانانی که توسط قاچاقبران مهاجران به بیرون از کشور منتقل می شدند، جلوگیری نموده است.
- ۵- صدها تن (۱۴ هزار و ۴۶۲) از قربانیان قاچاق انسان، توسط وزارت صحت عامه مورد حمایت صحی و روانی قرار گرفته اند.
- ۶- ۶۰۳ تن از قربانیان قاچاق انسان از سوی وزارت کار و امور اجتماعی در مرکز و ولایات و صدها تن دیگر از سوی برخی نهادهای غیردولتی فعال در این عرصه، مورد حمایت قرار گرفته اند.
- ۷- بیش از ۳۰۰ برنامه های آموزشی و آگاهی دهی به منظور بلند بردن سطح آگاهی کارکنان ادارات عامه، و نهادهای مدنی توسط ادارات مسؤول، برگزاری گردیده است. در کنار این، از طریق رسانه های صوتی و تصویری و از طریق مساجد برای هزاران تن در نواحی مختلف شهر کابل در پیوند به اضرار و پیامدهای قاچاق انسان، آگاهی دهی صورت گرفته است.
- با این وضع، طبق گزارش وزارت امور خارجه آمریکا که هر سال، یکبار به نشر می رسد، افغانستان در سال ۲۰۱۶ در رده دوم نظارت قرار داشت اما با توجه به

گام‌هایی که در این زمینه برداشته شد، در سال ۲۰۱۷ به ردهٔ دوم بدون نظارت ارتقاء یافت.

باور ما این است که جامعه بین‌المللی، به ویژه همسایگان ما در منطقه به خوبی واقف‌اند که رفاه، امنیت و ثبات منطقه به رفاه، امنیت و ثبات افغانستان بستگی دارد. بنابر این، جامعه بین‌المللی و به خصوص کشورهای منطقه تا زمانی که در راستای تأمین امنیت و ایجاد ثبات در افغانستان همکاری همه‌جانبه نکنند، بحران قاچاق انسان و مهاجرت‌های غیرقانونی بیش از این افزایش یافته و آنگاه این کشورها نیز به این بحران مواجه خواهند شد.

کمیسیون عالی قاچاق انسان و قاچاق مهاجران در حال حاضر بودجه مشخص ندارد. اکنون این کمیسیون حساب بانکی مشخص را ایجاد نموده تا به کمک دولت افغانستان و نهادهای بین‌المللی تلاش‌هایش را در مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران افزایش دهد.

بنابر این، ما از آدرس کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران از تمامی ادارات عضو می‌خواهیم تا مبارزه با قاچاق انسان و مهاجران را جدی‌تر گرفته و آنرا در اولویت‌های کارشان قرار بدهند.

قابل یادآوری است که کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران در سال ۱۳۹۰ با ترکیب ۱۶ نهاد دولتی و غیردولتی ایجاد گردید. وزارت عدلیه، ریاست و سکرتریت این کمیسیون را به دوش دارد. این کمیسیون یکی از این کمیسیون هر دو ماه بعد، یک بار تشکیل جلسه می‌دهد. اکنون این کمیسیون در ۳۳ ولایت دفاتر فعال دارد.

منبع: آمریت مطبوعات