

قضاء

دستري محکمي نشراتي ارگان

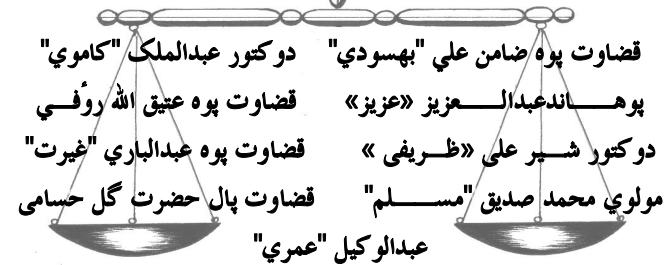
د امتياز خاوند : ستره محکمه

خپرونکي : دخپرونو رياست

درين شماره:

- ۳..... الفتوى وضوابطها فى الفقه الاسلامى
- ۲۷..... از متحد المالهاي ستره محکمه
- ۴۱..... رهنمود هاى سنت نبوى (ص)..... عبدالحق عتيد
- ۴۸..... رکن وکالت..... محمد عثمان ژوبل
- ۵۴..... عقوبات التفويضى يا تعزيرات..... قاضى احمد شاه سليم
- ۶۲..... سیرى در قانون مدنى افغانستان..... عبدالبصير فائز
- ۷۱..... دهند دقضاى نظام لنده پيژندنه..... حضرت گل حسامى
- ۸۳..... توضيح مسايل ورثه فرضى..... محمد عمر فاروق
- ۸۷..... دجرم پيل دقانون اوفقهى له نظره..... عطاالله فکرى
- ۹۲..... قسامت، تعريف ومشروعيت آن..... عبدالهاده صافى
- ۹۹..... حق ارتفاق..... عبدالجميل نديم
- ۱۱۱..... سنت دفعهى او قانون..... عبدالبارى غيرت
- ۱۱۴..... حجر..... عبدالبصير شيخ احمدى

دليکنى هيئت



مستول مدير : عبدالوکیل عمري

پته : د روغتيا وزارت څلورلاري _ کابل _ افغانستان
تيلفون: ۰۷۰۲۱۰۹۳۶_۰۷۰۱۶۲۴۰۹_۲۳۰۰۳۶۱

E-mial:waha_00@yahoo.com

ديزاين او کمپوز: وحيدالله "اسديار"

جلالتمآب پوهاند عبدالسلام عظیمی قاضی القضاة ورئيس ستره محكمه بنا بردعوت دوكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي سرمنشی سازمان رابطہ عالم اسلامی به منظور اشتراك در كنفرانس افتاء و اساسات آن از تاريخ ۲۱ - ۲۴ ماه محرم الحرام سال ۱۴۳۰ هـ ق عازم مكه مكرمه گرديده و در كنفرانس بحثی را تحت عنوان (الفتوى وضوابطها في الفقه الاسلامي) ایراد فرموده كه اينك متن آن به غرض مطالعه علاقمندان به نشر ميرسد .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين والصلاة والسلام على اشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا ومولانا محمد المصطفى صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان الى يوم الدين .
أما بعد :

فإنه ولا بد لكل أمة مهما كانت درجتها في الحضارة والرقى من قوانين ونظم ،تنظم حياتها وشؤونها.

ومن فضل الله على هذه الأمة أنه أكرمها بشريعة الإسلام ،وهي الشريعة الخالدة التي لا يلحقها النسخ والشاملة في أحكامها لا يشوبها نقص وقد استوعبت احكامها جميع فروع الحياة ووضعت لكل حالة أمثل الأحكام واسهلها وأكثرها مسايمة وتحقيقا لمصالح العباد مما كفلت للبشرية الخير والسعادة .

والشريعة الإسلامية لم تأت لحقبة زمنية محددة لتضمحل في تيارات الحضارات والإكتشافات العلمية ولكنها جاءت لتساير تطورات الحضارة وتدعو إلى العلم بقيود و ضوابط محددة تمنعه من الطغيان ،لأن العلم متى خرج عن إطار المشروعية السماوية فإنه ينقلب إلى دمار وفساد يهلك الإنسان والحرف والنسل . وهذا هو المشاهد في حضارة هذا العصر ،فضرورة الضوابط الشرعية في تنظيم حياة الإنسان وحضارته ومعاشه وتقلباته في أحوال الزمان والمكان تقتضي مسايمة الحياة بأحكام الدين .

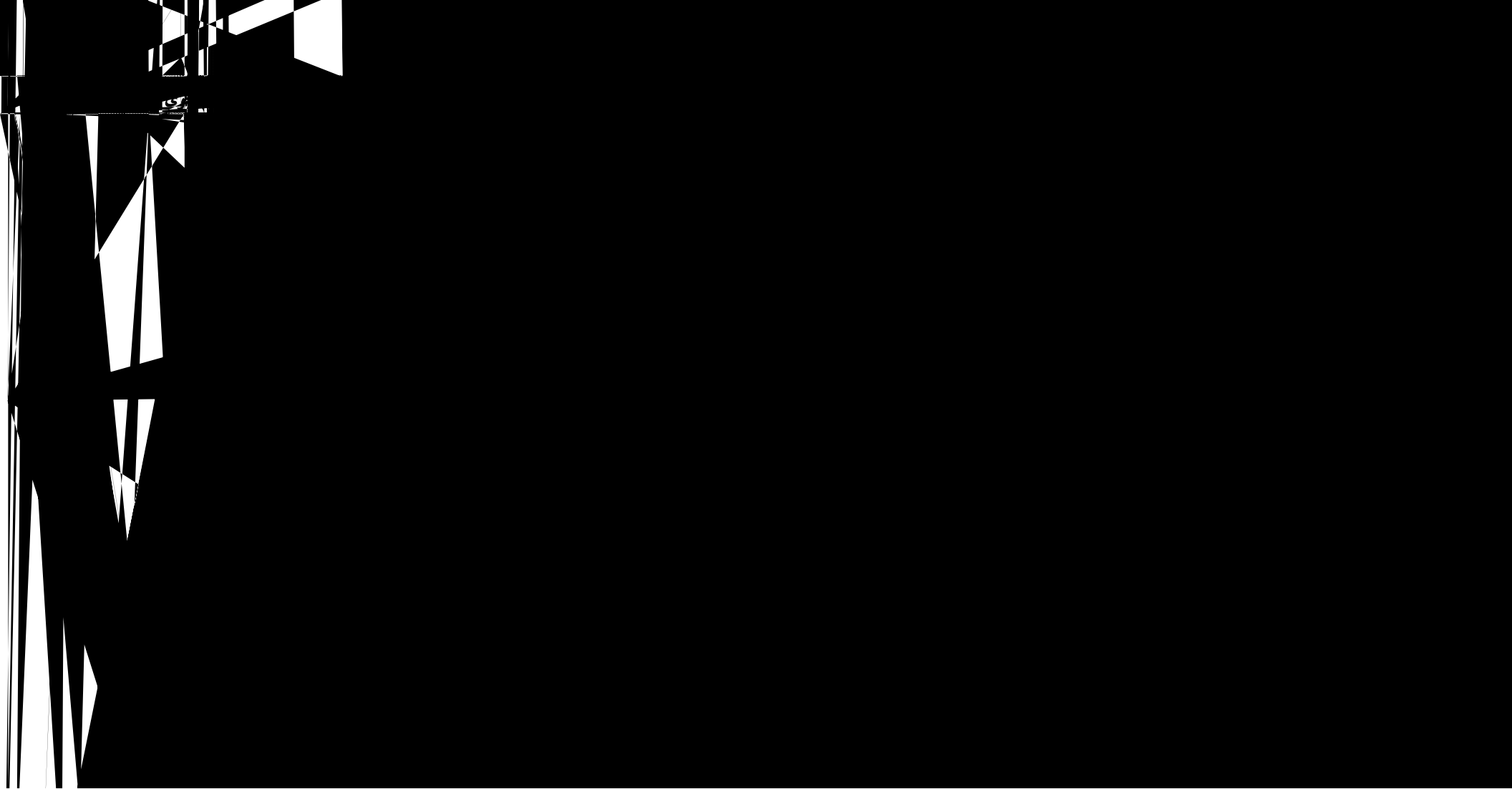
الفتوى وضوابطها في الفقه الإسلامي

بحث مُقدم

لمؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي

كتبه :

الأستاذ الشيخ /عبدالسلام عظيمي
قاضي القضاة ورئيس المحكمة العليا
بجمهورية افغانستان الإسلامية



المطلب الرابع

حكم الإفتاء

القيام بالإفتاء فرض الكفاية، فإذا قام به من هو أهل للفتوى سقط الوجوب عن الباقيين، فإذا تعين على فقيه لعدم وجود من يقوم به وجب عليه القيام بالفتوى، وكذلك من كان بين قوم ليس فيهم من يفتيهم واستفتوه تعين عليه الجواب وإن كان بينهم مفتى فالجواب في حقه فرض كفاية وإن لم يحضر غيره ففيها وجهان عند الفقهاء، قيل: لا يتعين عليه الإفتاء عزاه النووي إلى ابن أبي ليلى وقيل: يتعين.

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في المفتي

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

الصفات الغريزية

اشتراط الفقهاء عدة صفات خلقية غريزية يجب توافرها في المفتي منها:

١ - فقه النفس:

يشترط في المفتي أن يكون فقيه النفس، وفقه النفس، هو: استعداد فطري يتحصل به شدة الفهم بالطبع بما يتحصل به للمجتهد فهم دلالات الألفاظ على المعاني بما يتوصل به المجتهد إلى تحصيل مقاصد الكلام.

يقول الإمام الجويني عن فقه النفس: (فهو رأس مال المجتهد ولا يتأتى كسبه فإن جبل على ذلك فهو المراد فلا يتأتى تحصيله بحفظ الكتب) (١٤)

ومن توفر له فقه النفس تميز بتوقد القريحة والخبرة في المعاني في نصوص الشرع ودلالة الفاظ الفقهاء في استنباطهم للاحكام الشرعية ومن لم تتوفر له هذه الصفة بالطبع فلن يقدر على الاجتهاد والاستنباط وتوجيه دلالة النصوص ومقاصد الالفاظ.

٢ - سلامة الذهن:

المراد بالذهن: الفهم، والعقل، وقيل: الذهن: حفظ القلب، وقال الجوهري: الذهن: هو الفطنة والحفظ ويطلق على القوة. (١٥)

^{١٤} البرهان في علم أصول الفقه: (١٣٣٢/٤)

^{١٥} لسان العرب: (٥٣٢/٣)

١ - أن كلاً من الإفتاء والقضاء اخبار عن الحكم الشرعي .

٢ - أن كلاً من الإفتاء والقضاء بحث عن الحكم في نصوص الشرع ،فإن لم يجد المفتي او القاضي اجتهد في الحكم .

٣ - أن لكل من المفتي والقاضي التقيد بالمذهب الذي يتبعه وله الاجتهاد متى اقتضى الأمر ذلك .

٤ - أن كلامن القاضي والمفتي يحتاج الى نوعين من الفقه عند نظر ما يعرض عليه :

أولهما: فقه الحادثة التي يريد الإفتاء فيها او القضاء فيها .

وثانيهما : فقه الحكم الشرعي الذي ينزله على الحادثة .(١٠)

المطلب الثالث

مكافة الإفتاء

إن الإفتاء تبليغ الناس بأحكام الله، والمفتي وريث النبي صلى الله عليه وسلم و الموقع عن رب العالمين وأمين على تبليغ أحكام الله للناس .

وعليه فمنصب الإفتاء منصب عظيم، وقد أسنده الله عزوجل إلى نفسه في قوله تعالى : (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة) ^{١١} وقوله تعالى : (ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن) ^{١٢}

وقد تكلم الفقهاء عن مكانة الإفتاء فأكدوا أن منصب الإفتاء منصب جليل القدر عظيم النفع وفي ذلك يقول الإمام النووي : (اعلم أن الإفتاء عظيم الخطر كبير الموقع كثير الفضل، لأن المفتي وارث الانبياء صلوات الله وسلامه عليهم وقائم بفرض الكفاية لكنه معرض للخطأ ولهذا قالوا: المفتي موقع عن الله تعالى) ^{١٣}

^{١٠} على حسب الله: اصول التشريع الاسلامي : (ص ١٠٥)

^{١١} سورة النساء : الآية (١٧٦)

^{١٢} سورة النساء الآية (١٢٧)

^{١٣} المجموع : (٨٠/١)

الفقوى وضوابطها في الفقه

وال الجرجاني في التعريفات : (الذهن : قوة النفس تشمل الحواس الظاهرة والباطنة معدة لاكتساب العلوم).^(١٦)

ان سلامة الذهن صفة خلقية فطرية لاكتسب بالمران والتعلم، فمن ثبت فيه هذه الصفة فهي فضل من الله .

٣- رصانة الفكر :

ورد في لسان العرب : أن الرصين الثبت، والرصين : المحكم الثابت ، ونقل عن أبي زيد أنه قال : رصنت الشيء معرفة اى علمته ، ورجل رصين : كرزين ، وقد رصنت الشيء : حكمته .^(١٧) ويتحصل من هذا ان رصانة الفكر حكمته وثباته وهي من الخصال اللازمة لمقام صفة الفتوى في خصال المفتي .

٥- حسن التصرف واليقظة :

أورده ابن الصلاح حيث يقول : (صحيح التصرف و الاستنباط مستيقظا ، فهذه القدرة لازمة لعلم الفقه قال إمام الحرمين الجويني وعلم الفقه هو معرفة الأحكام الثابتة المستقره المجتهدة)^(١٨)

ولا يدرك موارد الأحكام وقياس المعاني الفقهية المشابهة إلا من رزق يقظة وحسن تصرف .

المطلب الثاني

الصفات الأخلاقية المكتسبة

وهي نوعان :

النوع الأول : الصفات التي لا تستقيم فتوى المفتي الأباها :

أورد ابن الصلاح في أدب المفتي والمستفتي جملة من الصفات فقال : (القول في شروط المفتي و صفاته واحكامه وآدابه ، أما شروطه و صفاته فهي : ان يكون مكلفا ، مسلماً ، ثقة مأمونا ، متنزها من أسباب الفسق)^(١٩)

هذا ، اما كون المفتي مكلفاً مسلماً ثقة مأمونا فهذا متفق عليه وأما كونه متنزها من أسباب الفسق ففيه كلام للفقهاء نذكره فيما يلي :

^{١٦} التعريفات : (ص / ١١٣)

^{١٧} (١٥٧ / ٤)

^{١٨} ادب المفتي والمستفتي : ص / ٨٦ .

^{١٩} المرجع السابق نفسه : (ص / ٨٦)

قضاء

يقول الخطيب البغدادي في شروط المفتي: (أن يكون عدلاً ثقة لأن علماء المسلمين -

يختلفوا في أن الفاسق غير مقبول الفتوى في احكام الدين إن كان بصيراً بها)^(٢٠)

والفسق من مسقطات المروءة ، لأن من لم يكن كذلك فقولته غير صالح وان كان من اهل الاجتهاد .^(٢١)

ويرى ابن القيم الجوزي جواز استثنائه قياساً على الامامة والشهادة مالم يكن معلناً بفسقه داعياً الى بدعته . متحكما في ذلك إلى الأحوال والأزمان ولهذا نراه يقول : (وهذا يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة والقدرة والعجز ، فالواجب شيء والواقع شيء والفقهاء من يطبق بين الواقع والواجب وينفذ الواجب بحسب استطاعته ، فلكل زمان حكم والناس بزمانهم أشبه بأبائهم واذاعم الفسوق و غلب على أهل الارض فلو منعت امامة الفساق وشهادتهم واحكامهم وفتاويهم وولاياتهم لعطلت الأحكام وفسد نظام الخلق وبطلت اكثر الحقوق ومع هذا فالواجب اعتبار الأصلح فالأصلح وهذا عند القدرة والاختيار وأما عند القدرة والغلبة با لباطل فليس إلا الإصطبار والقيام بأضعف مراتب الإنكار)^(٢٢)

وإبن القيم رحمه الله لم يخرج في ذلك عن الحكم في المذهب - وان خالف مذهبه - وهو عدم جواز فتوى الفساق واهل البدع والاهواء ، غير ان مقاله يعتبر من باب الفتيا بالتخفيف في الحكم من باب الضرورة .

فقد صور - رحمه الله - الحالة التي تستدعي الترخيص ومتى زال المانع عاد الممنوع . وفي قول عند الحنفية ان الفاسق يصلح مفتياً لانه يجتهد حذراً عن النسبة الى الخطاء^(٢٣) وفي قول آخر عندهم : انه لا يجوز فتوى الفاسق لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وهذا القول رجحه ابن نجيم المصري .^(٢٤) ويرى ابن حمدان أنها تصح الفتيا من الفاسق لنفسه .^(٢٥)

^{٢٠} الفقيه والمتفقه : (١٥٦ / ٢)

^{٢١} ادب المفتي والمستفتي : ص : ٨٥ / ٨٦

^{٢٢} اعلام الموقعين : (١٨٠ / ٤)

^{٢٣} البحر الرائق : (٤٤٨ / ٦)

^{٢٤} المرجع السابق فقه (٤٤٨ / ٦)

^{٢٥} صفة الفتوى : (ص / ٢٩)

الفتوى وضوابطها في الفقه

هذا، في الفاسق ظاهر الحال أما مستور الحال ممن كان ظاهره العدالة ولم تعرف عدالته الباطنة ففي كونه عدلاً خلاف .

ففي وجه عند الشافعية لانتجوز فتياه كالشهادة والأظهر عندهم الجواز . قال ابن الصلاح : (لأن العدالة الباطنة تعمس معرفتها على غير الحكام ففي اشتراطها في المفتين حرج على المستفتين.)^(٢٦)

وعند الحنابلة أن الفاسق مستور الحال ليس عدلاً ، يقول ابن حمدان : (وظاهر مذهبا أنه ليس عدلاً كما لو علم أن باطنه بخلاف ظاهره ورجح ابن تيمية وابن القيم قبول فتواه)^(٢٧) وتخريجا على اقوال الفقهاء يمكننا القول بأن أمر العدالة في مخالقات من تهيأ للفتوى أمر يختلف باختلاف الظروف والازمان فإن كان من الصغائر فهو معفو عنه ان كان من الكبائر فالأمر مرتبط بالتكرار والمجاهرة كما ان الأمر يتوقف ايضاً على طريق فتياه مابين النقل من مذهب إمامه واجتهاده في الحكم .

النوع الثاني : الصفات التي لا تكتمل هبة المفتي الآبها:

أورد ابن القيم عن ابي عبد الله ابن بطة عن الامام احمد قوله : لا ينبغي للرجل ان ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال :

الأولى: ان تكون له نية .

الثانية : ان يكون له علم وحلم ووقار وسكينة .

الثالثة : ان يكون قويا على ماهو فيه وعلى معرفته .

الرابعة : الكفاية والإمضغه الناس .

الخامسة : معرفة الناس .

ويردف قائلاً : (وهذا يدل على جلالة احمد ومحله من العلم والمعرفة فإن هذه الخمس هي دعائم الفتوى وأى شيء نقص منها ظهر الخلل في المفتي بحسبه)^(٢٨)

المطلب الثالث

الشروط العلمية الواجب توافرها في المفتي .

اشترط الفقهاء في المفتي عدة شروط تعتبر من مقومات الإفتاء منها:

^{٢٦} ادب المفتي والمستفتي : (ص ١٠٧)

^{٢٧} صفة الفتوى : (ص ١٣)

^{٢٨} اعلام المعوقين : (١٦١/٤ - ١٦٢)

قضاء

١ - معرفة اللغة العربية .

واللغة العربية علم قائم بذاته له أصوله وقواعده واساليبه فيشترط في المفتي ان يكون على معرفة بهذه الاصول والقواعد ولا يشترط فيه ان يكون متبحراً في اللغة العربية وعلومها .

وفي ذلك يقول الإمام الحرمين : (لا يشترط ان يكون غواصاً في بحور اللغة متعمقاً فيها لأن ما يتعلق بمآخذ الشريعة من اللغة محصور مضبوط ...)^(٢٩)

والذي يمكن استخلاصه من كلام الفقهاء في ذلك هو : ان يكون المفتي مدركاً للغة العربية بقدر ما يتمكن به من فهم الكتاب والسنة في مدلولات الألفاظ وتركيب المعاني والصور البلاغية في القرآن .

٢ - معرفة آيات الأحكام من القرآن الكريم :

يشترط في المفتي ان يكون عالماً بعدد آيات الاحكام ومواقعها بحيث يطلب فيها الآية المحتاج اليها في وقت الحاجة .^(٣٠)

٣ - معرفة الناسخ والمنسوخ :

يشترط على المفتي معرفة الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة ، لمعرفة الحكم الذي يفتي به . روى عن سيدنا علي بن ابي طالب رضي الله عنه أنه مر على قاضي فقال له : (تعرف الناسخ والمنسوخ ؟ فقال : لا ، قال : هلكت واهلكت) .

ومعرفة المفتي بحقيقة النسخ عماد معرفة الاحكام من القرآن .

٤ - معرفة المنطوق والمفهوم :

ذكر العلماء أن علم المفتي بقاعدة المنطوق والمفهوم في ألفاظ النصوص الشرعية شرط من شروط الفتيا ، لأن تحديد الحكم في محل النطق قد يكون عن طريق النص عليه مباشرة دون اى احتمال أو ما يتحصل من ظاهر اللفظ مع احتمال مرجوح او عن طريق حمل اللفظ في الدلالة على الحكم على غير الظاهر منه لاحتمال راجح ، أو أن تكون دلالة على الحكم عن طريق الاضمار بدلالة الإقتضاء او على مالم تقصد به الحكم قصداً أو لياً مما يعرف بدلالة الإشارة^(٣١) معرفة أسباب النزول :

^{٢٩} البرهان في اصول الفقه : (١٣٣١/٢)

^{٣٠} الغزالي ، المستصفى : (٣٥٢/٢)

^{٣١} شرح الاسنوى : (٥٧/٢)

المطلب الأول

ضابط الفتوى عند دوران الأحكام الجزئية على المقاصد الكلية .

قال العلماء: إن من مسالك الفتيا أن تقوم الفتوى على المصالح الملائمة والأصل في ذلك: أن كل أصل شرعي وإن لم يشهد له نص معين من نصوص الشريعة ولكن ثبتت ملائمته واعتبار معناه في جملة تصرفات الشارع فهو أصل صحيح ينبغي عليه غيره ويعتمد عليه في الاستدلال ويحكم بقطعيته .

لأنه إذا تلائم مع الأصول الأخرى في مقصود الشارع فقد ارتبط بها في الوصف والأثر . وهذا هو عين ما عمل به الجمهور من الفقهاء واعتبروه دليلاً من أدلة الاجتهاد وإن اختلفوا في تسميته، فمنهم من سماه المناسب المرسل وبعضهم يعبر عنه بالمصلحة المرسلة وكذلك المناسب الغريب .

وتظهر التطبيقات الاجتهادية في إدارة الأحكام الجزئية على القاعدة الكلية عن طريق أدلة الاجتهاد في الوقائع التالية :

١ - نقل أعضاء آلامى للضرورة :

دارت جملة من فروع الأحكام على وقائع تحتاج الى أحكام سواء عن طريق الاجتهاد المطلق أو الاجتهاد في الفتوى على قواعد مذهب المفتي وتنحصر في ثلاث حالات :

الحالة الأولى : حكم الإنتفاع بأجزاء آدميين في سبيل انقاذ النفس .

الحالة الثانية : حكم نقلها من ميت تحقق موته أو من حي ثبت عدم تضرره بنقلها منه .

الحالة الثالثة : من له حق التصرف بالأذن بدلاً أو ببيعاً .

الفتوى في الحالة الأولى :

حكم الانتفاع بأجزاء آلامى :

ورد ابن قدامة حكم التصرف في أجزاء آلامى فقال : (وسائر أجزاء آلامى يجوز بيعها.... وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه) (٣٥)

والمسألة خلافية بين الفقهاء، فبعض الحنابلة قالوا بعدم جواز بيع لبنة الأدمية قياساً على عرقها قال في المغنى: (وهو مذهب ابي حنيفة ومالك) وقال بعض الحنابلة بجوازه (وهو مذهب الشافعية) . (٣٦)

٣٥ ابن قدامة : المغنى : (٣٨٨/٤)

مثل ابن القيم عن الإمام الشافعي رضي الله عنه فيما اشترطه فيمن يحل له ان يفتى في دين الله: ان يكون عالماً بأسباب النزول وبمحكم القرآن ومتشابهه ومكيه ومدنيه وتاويله وما اريد به، وتكون له قريحة بعد ذلك ومن لم يكن كذلك فليس له أن يفتى أو يتكلم في الحلال والحرام. (٣٢)

٦ - معرفة قواعد الترجيح عند التعارض :

يشترط في المفتي ان يكون عالماً بشروط الترجيح واحكامه العامة ومنها:

أولاً: ان يعلم أن التعارض لا يكون بين الأدلة القطعية، لان التعارض في القطعيات محال .

ثانياً : ان الترجيح إنما يكون عند تعذر العمل بالدليلين معاً، حيث إن الجمع بين المتعارضين بأى وجه من وجوه أولى من العمل بأحدهما واسقاط الآخر، لأن الأصل في الدليل هو الاعمال وليس الاهمال .

ثالثاً : ان النظر بين الدليلين إذا كان احدهما من القرآن والآخر من السنة، أو كان من القرآن أو من السنة، فينظر في الترجيح بينهما من حيث الأقوى ومن حيث المتقدم والمتأخر أو من حيث القطعية والظنية الى غير ذلك من قواعد الترجيح . (٣٣)

٧ - معرفة الاحاديث النبوية :

يشترط في المفتي ان يكون عالماً بتقسيمات الأحاديث من حيث دلالتها على أحكام الدين وان يكون له معرفة باحاديث الأحكام الشرعية وأن يعرف مقدار ما تدور عليه استنباطات الأحكام .

المبحث الثالث

ضوابط الفتوى

لا يستقيم الكثير من العلوم إلا بالتأصيل والضبط والتقيد . ومن هنا فعلم الفتوى علم له أصوله وقواعده وضوابطه و لا يستقيم تطبيقه على مقتضاه السليم إلا بضبط قواعده وكيفية استثماره .

ونقصد بضوابط الفتوى ، القيود والشروط التي تحفظ الفتوى من الخروج عن المنهج المتبع في حكم الواقعة المستفتى عنها . (٣٤)

وقد تناول الفقهاء في مصنفاتهم ضوابط وقواعد الفتوى نتطرق إليها فيما يلي :

٣٢ اعلام الموقعين : (٥١/١)

٣٣ شرح الاسنوى : (٢٠٧/٢)

٣٤ حاشية البناني على شرح جمع الجوامع : (٢٩٠/٢)

القضاء

من سياسة الإسلام في تدرج تشريع بعض الأحكام مراعاة ارتباط أحوال الناس بالحكم وحسب الأحكام ما يتقيد بحال وقوعه والأحكام من هذا الوجه نوعان : نوع ثابت قام تشريعه على معنى تعبدى لثبوت علة الحكم فيه فلا يدخله التغيير فلا يتغير بتغير الأحوال والأزمان . ونوع متغير انبنى تشريعه على تحصيل مصلحة الحكم في تحقيق مصالح ودرء المفاسد أو رفع الحرج وجلب التيسير فالحكم فيه مع هذه المقاصد يغير كلما تغيرت وجوه تحصيلها ومنه القاعدة الأصولية : (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا) .

ومن فقه تغير الأحوال في هذا النوع فقه الفتوى ومعرفة حال الواقع فليس من الحكمة ان يدلى المفتى بالجواب بلا دراية بالحال التي يعيشها الناس .

ولهذا قال الفقهاء يلزم المفتى ألا يتعجل الفتوى في النذور والأيمان والطلاق حتى يعلم بمدلول الألفاظ ومقاصد الكلام بما عليه عرف مجتمع المستفتى حتى لا يفتيه بما يخالف لفظه وعرف مجتمعه ومنه أيضاً أن لا يلقي الجواب بعيداً عن واقع الحال الذي يعيشه الناس والإظهار حال الجواب منتصفاً بالعضلة والإنعزالية والإبتعاد .

يقول الفقهاء من اراد طريق الصواب في القضاء والفتوى فلا بدله من طريقين إلى صواب الحكم والفتوى ، العلم بفقه الواقعة التي يريد الإفتاء أو القضاء فيها وفقه الحكم في الواقعة والأول مفتاح الثاني وطريق الإهتمام اليه . (٣٩)

ومتى تأنى المفتى في فحص سؤال السائل وتدقيق النظر في مدلوله اللفظي ومفهومه المخفى وما يرمى اليه في الإشارة و ما يلتقطه الذهن مما وراء العبارة وكلما نظر المفتى الى ظروف الواقعة وما يترتب على الفتوى فيها كلما كان الجواب أحوط وأسلم .

يقول ابن القيم : (وكان أيوب اذا سأله السائل قال له : أعد فإن أعاد السؤال كما سأله عنه أولاً اجابه والا لم يجبه وهذا من فهمه وفطنته رحمه الله) (٤٠)

هذا ، وقد استخرج ابن القيم من هذا فوائد عديدة منها : (ان المسألة تزداد وضوحاً وبياناً بتفهم السؤال ومنها : ان السائل لعله أهمل فيها امراً يتغير به الحكم فإذا أعادها ربما بينه له و منها : أن المسئول قد يكون ذاهلاً عن السؤال أولاً ثم يحضر ذهنه بعد ذلك ، ومنها : أنه ربما بان له تعنت السائل و أنه وضع المسألة فإذا غير وزاد في السؤال ونقص فربما ظهر أن المسألة لا حقيقة له وأنها من الأغلوطات أو غير الوقائع التي لا يجب الجواب عنها فإن الجواب بالظن

^{٣٩} اعلام الموقعين : (٩٤/٤)

^{٤٠} المرجع السابق نفسه : (٩٤/٤)

الفتوى وضوابطها في الفقه

هذا هو حكم المسألة في عصر فقهاء السلف وخلافهم فيها .

اما الفتوى في الواقعة اليوم فهي تقوم على اصل المقصود الكلي للشارع وهو حفظ النفس من الهلاك وعدم تركها تنفى مع امكانية حفظها بنقل جزء من آدمى الى آخر مع عدم تضرره .

إذاً فما هو طريق الفتوى بالجواز هذا ما نتناوله في الحالة الثانية .

الفتوى في الحالة الثانية :

حكم نقل أجزاء الادمى من ميت الى حي أو من حي الى حي للضرورة .

اختلفت كلمة الفقهاء في نقل الأعضاء ممن تحقق موته أو من حي لا يتاثر بنقلها الى حي توقفت حياته على زرع العضو من بدنه . فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من منعه .

وليس مرادنا هنا من اباح ذلك ومن منعه ، وانما المراد تحديد ضابط الفتوى فيما يقتضى حفظ النفس بعد تقدم علم الاستطباب إلى هذا الحد الذي تحقق معه زراعة الاعضاء واستبدالها فيما بين الابدان وعليه تنبنى الفتوى فيه على النحو التالي :

اولاً : اتفق الفقهاء على أن الإنسان ليس بمال لقوله تعالى : (وشروه بثمن بخس دراهم معدودة) (٣٧)

ثانياً : صرح الفقهاء بانه يجوز للمضطر مقاتلة الممتنع عن بذل الطعام أو الشراب ومثله الدواء لمن يستغيث به اذا لم يكن لمالكة حاجة فيه يدفع بها ضرورة هلاك نفسه ، وقالوا :

وقد قال الشافعي وبعض الحنفية ، إذا وجد المضطر معصوماً ميتاً أبيع له اكله وعلله ابن قدامة بقوله : بأن حرمة الحي اعظم من حرمة الميت وهو اختيار ابي الخطاب من الحنابلة .^{٣٨} فإذا جمعنا بين هذا والقول بجواز إكراه المالك على الأخذ من ماله لا نقاذ نفس اشرفت على الهلاك بل قال الفقهاء : له مقاتلته حتى تخرج لنا حكم اخذ اجزاء من الميت في حالة الضرورة ولو قهراً على أوليائه وانما قيد بإذن ولي الامر حتى لا يكون في ذلك افتئات على ولي الأمر وحتى لا تستغل بطرق غير مأذون فيها .

المطلب الثاني

ضابط الفتوى في معرفة المفتى لفقه الواقعة المسئول عنها

^{٣٦} المرجع السابق نفسه : (٣٨٨/٤)

^{٣٧} سورة يوسف الاية (٢٠)

^{٣٨} المغنى : (٦٠٢/٨)

قضاء

والحديث والفقهاء فكيف يخاطبهم المفتي بسداجة في القول والتجريد من الدليل والاستدلال ما يقول .

يقول ابن القيم : (ينبغي للمفتي أن يذكر دليل الحكم ومأخذه ما أمكنه ذلك ولا يلقيه الى المستفتي ساذجاً مجرداً عن دليله ومأخذه .)^{٤٤}

ورد على قول القائل إذا افتى عاماً فلا يذكر الدليل فقال : (وأما كلامهم عن العامي وأنه لا ينبغي أن يذكر له دليل الفتوى فهذا خيال واهم لأن أكثر العامة ليسوا من البله والتغفل الى الحد الذي لا يفهمون به معنى النصوص الشرعية)^{٤٥}

المطلب الرابع

ضابط الفتوى فيما بعد من لازم المذهب

ولازم المذهب هو : أن توجد مسألة ليس للمجتهد فيها قول ولكن يوجد له قول في مسألة تستوى معها في الأفراد فتستوى معها في موجب الحكم .^{٤٦} ومن الفقهاء من توسع في ذلك فعد من الأحكام المخرجة على قواعد الأئمة الأصولية أو الفقهية وعدوا من لازم المذهب ما يستدل عليه عن طريق التلازم كأن يقول على أن نفى أحد النقيضين إثبات الآخر أو العكس .

ويوجه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله نتيجة التلازم عن طريق التقابل في إجتهد المجتهد ويقرر ذلك في قول الجمهور من الفقهاء الذين يقولون إن الإجتهد خطأ وصواب ويحرر ذلك في أن الله حكماً في الباطن علمه المجتهد في أحد الإجتهدين ولم يعلمه في الآخر الذي يناقض الأول وعدم علمه بوجه الحق في أحد هما مغفور له مع ما يثاب عليه من قصده الحق واجتهاده في طلبه فلا يبنى على قوله في الآخر لازم مذهب ولا يعد تناقضا في الأحكام عنده وشبه شيخ الإسلام في تقريره على هذا الوجه تعارض الإجتهدات من العلماء بالناسخ والمنسوخ في شرائع الأنبياء مع الفرق بينهما بأن كلاً من الناسخ والمنسوخ ثابت بخطاب حكم الله باطن وظاهر بخلاف أحدقولي العالم المتناقضين لأن أحد هما صواب والآخر خطأ . أما الناسخ والمنسوخ فكلهما حق جرى رفع أحد هما بالآخر .^{٤٧}

^{٤٤} اعلام الموقعين : (١٣١/٤)

^{٤٥} المرجع السابق : (١٣١/٤)

^{٤٦} جامع العلوم في اصطلاحات الفتوى : (١٦٩/٣)

^{٤٧} مجموع الفتاوى : (٢٨٨/٣٥) والقواعد النورانية الفقهية : (ص/١٥٠)

الفتوى وضوابطها في الفقه

اسما يجوز عند الضرورة فإذا وقعت المسألة صارت حال ضرورة ، فيكون التوفيق الى الصواب أقرب .)^(٤١)

المطلب الثالث

ضابط الفتوى في ايراد الدليل ومن قال به

هذا الضابط من أهم ضوابط الفتوى واكدها وأصوبها في تحديد صحة الفتوى ، ودقة نقلها من مصادرها ، وهذا هو الذي ينبغي الإلتزام والإلتزام به ممن أراد أن ينقل احكام الله لخلقها وهو اضطرب عند القول في دين الله في الحلال والحرام . فهل يلزم على المفتي أن يذكر الدليل والحجة على فتواه أم لا ؟ هذا ما جرى فيه خلاف بين الفقهاء نذكره فيما يلي :

يرى بعض العلماء أنه لا يلزم أن يذكر المفتي في فتواه الدليل ، وعليه أن يختصر الجواب حتى اجاز وله بأن يكتفى فيه بعبارة (يجوز) أو (لا يجوز) أو (حق) أو (باطل) وقالوا : فلا يعدل إلى الإطالة والإحتجاج ليفرق بين الفتوى والتصنيف ، قالوا : ولو ساغ التجاوز إلى قليل لساغ إلى كثير ولصار المفتي مدرساً ولكل مقام مقال .

و هو قول الماوردي وشيخه أبي القاسم الصيمري وهو مانقله عن شيخه ابي حامد المروذي . قال عنه أنه استفتي في مسألة ، قيل في آخرها : أيجوز ذلك أم لا ؟ فكانت فتواه : (لا والله التوفيق)^{٤٢} وقال آخرون : يلزم المفتي أن يذكر الحجة في فتواه ، لأن ما يقوله في دين الله ولا يحل لأحد من البشر أن يفتي أحداً بغير ذكر حجة ودليل ولأن السائل لا يسأل عن رأى المفتي وإنما يسأل عن حكم الله تعالى في الواقعة .

وقال بعض الفقهاء : إذا افتى عامياً فلا يذكر الدليل وإن افتى فقيهاً فيذكر الحجة في الفتوى واليه ذهب الصيمري والخطيب البغدادي .

وقال الخطيب : ولم تجر العادة أن يذكر المفتي في فتواه طريق الإجتهد ولا أوجه القياس والاستدلال إلا إذا تعلق الفتوى بقضاء قاض فيومى فيها الى طريق الإجتهد ويلوح النكتة .^{٤٣} والراجح هوما ذهب اليه القائل بأنه يلزم على المفتي أن يذكر الحجة والدليل على فتواه وبخاصة في هذا العصر حيث الناس يقرون ويسمعون ويشاهدون كل ما تعج به البرامج العلمية في التفسير

^{٤١} اعلام الموقعين : (٩٤/١)

^{٤٢} ابن الصلاح : ادب الفتوى : (ص / ١٠٩)

^{٤٣} الفقيه والمتفقه : (٩/٢) وصفة الفتوى : (ص / ٦٦)

الفتوى وضوابطها في الفقه

هذا وقد اختلف الفقهاء في نسبة لازم المذهب الى المذهب واعتباره من منصوص المذهب على قولين :

القول الأول :

واليه ذهب جمهور الفقهاء ورجحه كثير من المحققين ومفاده :

أن لازم المذهب ليس بمذهب ، لاحتمال ان لازم القول به قد لا يخطر على بال المجتهد ولأن لوازم القول تقع في اقوال الإنسان وهو لا يقصد لازم مقاله .
والزام العلماء بلازم أقوالهم يؤدي بهم الى التناقض في احكام الدين .

القول الثاني :

إن لازم المذهب تصح نسبته لإمام المذهب ولم ترد نسبة هذا القول الى احد ولهذا لم نجد من استدلل لهذا القول ولم يرد أن احداً من أهل المذاهب اثبت له مذهباً.^{٤٨}
هذا ، وقد أورد شيخ الإسلام ابن تيمية تحقيقاً جيداً في المسألة ، فجعل ورود التناقض والتعارض في اقوال المجتهدين ممكناً ، وهو من غير المعصوم جائز ، فيجوز أن يترتب على اقوال المجتهد لوازم لا يتفطن للزومها في اقواله ولو تفطن لها لأضاهها قولاً ثانياً أوردتها ونبه عليها ، فاعتبارها مذهباً له دون علمنا بعلمه أمر لا اعتبار له في نسبته إلى المذهب وهو مبني على تخرج ما لم يتكلم فيه بنفى ولا إثبات .^{٤٩}

والذي يتضح رجحانه هو أن نسبة لازم المذهب إلى المذهب ليست قولاً لإحد وأن الفتوى على لازم المذهب لا تجوز نسبتها الى امام المذهب لعدم نقلها عنه بإثبات ولانفي لعدم علمه بل لازم كلامه في إحدى المسائل . بيد أن المفتي قد يرى التخرج على قول الإمام بلازم قوله لتحصيل حكم الفتوى على وجه من وجوه لوازم المذهب فله ذلك على أن لا ينسبه إلى إمام المذهب وإن خرج على لازم قوله في المسألة كالتخرج على أصول المذهب وقواعده ففي الأمر يسر ومشقة قد تقتضيها ضرورة حياة الناس لاسيما في ابواب المعاملات التي عمت بها البلوى في كثير من معاملات الناس وما فرضته ظروف الحياة بينهم.

فيقول مثلاً : لازم المذهب في المسألة كذا يقتضي كذا أو لازم أصل المذهب أو قواعده. هذا هو التحقيق عند شيخ الاسلام حيث يقول : (والتحقيق أن هذا قياس قوله ولازم قوله ، فليس منزلة

^{٤٨} التخرج عند الفقهاء والاصولية : (ص ٢٦٤) مجموع الفتاوى : (٢٨٨/٣٥)

^{٤٩} مجموع الفتاوى : (٢٨٩/٣٥)

قضاء

المذهب المنصوص عنه ولا ايضاً بمنزلة مالميس بلازم قوله بل هو منزلة بين منزلتين ، هــ
أمكن أن لا يلزمه^{٥٠}

المطلب الخامس

ضابط الفتوى فيما لم يسبق فيه فتوى

إذا وقعت الواقعة ولا قول فيها لأحد من الفقهاء فهل ينظر فيها من هو أهل النظر والفتوى أم لا ؟
تأثر الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة وافتقرت اتجاهاتهم فيها الى ثلاثة اقوال :

القول الأول :

يجوز الفتوى فيها ، وعليه فتاوى أئمة الفقهاء ، فقد كانوا يفتون فيما يسألون عنه ويؤيد هذا القول ، قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله اجران وإن حكم فاجتهد فأخطأ فله اجر)^{٥١}

ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لكثرة الوقائع وضرورة معرفة أحكام الشرع فيها.^{٥٢}

القول الثاني :

لا يجوز الحكم والإفتاء في واقعه لاقول فيها قال الإمام احمد لبعض اصحابه : (إياك ان تتكلم في مسألة ليس لك فيها إمام)^{٥٣}

بل يتوقف لعله يظفر فيها بقول قائل كما كان يفعل الإمام احمد فيما لم يطلع فيه على أثر او قول احد من الصحابة والتابعين .

القول الثالث :

يجوز ذلك في مسائل الفروع لتعلقها بالعمل وشدة الحاجة إليها وسهولة خطرها ولا يجوز في مسائل الأصول .

وقد فصل ابن القيم هذ القول فقال : إن ذلك يجوز ، بل يستحب أو يجب عند الحاجة وعند اهلية المفتي والحاكم ، فإن عدم الأمران لم يجز وإن وجد احد هما دون الآخر احتمل الجواز والمنع والتفصيل فيجوز للحاجة دون عدمها .^{٥٤}

^{٥٠} المرجع السابق نفسه : (٢٨٩/٣٥)

^{٥١} سنن ابى داود : (٢٩٩/٣) كتاب الأقضية.

^{٥٢} ابن حمدان : صفة الفتوى : (ص ١٠٥)

^{٥٣} ابن القيم : اعلام الموقعين : (٣٣٦/٤)

^{٥٤} اعلام الموقعين : (١٣٧/٤)

الفتوى وضوابطها في الفقه

ولدى يتضح رجحانه هو: انه اذا كان المفتي من أهل النظر والاجتهاد فإذا وقعت الواقعة فقد لزمه بيان الحكم الشرعي فيها مستندا في ذلك إلى الأدلة وقواعد إمام مذهبه .

المبحث الثالث

آثار الفتوى

الإسلام طريق إلى الخير وسعادة الناس بما يكفل لهم دفع الأضرار ودرء المفسدات الواقعة والمحتملة مما يحذر بالأمة من جراء الانحرافات الفكرية والمفاهيم الخاطئة والمغالاة في الدين، أو الابتعاد عن أحكام الشرع الحنيف . وللمفتي في وسط هذه الأمواج العارمة رسالة في الأمة يوضح لها الطريق ويحدد لها مسالك الدين ومقاصد التشريع وإنارة السبيل القويم والأمة بين مغال في الدين ومفرط فيه وهذا الافتراق يحتاج إلى مواجهة فكرية وفقهية ترشد الناس إلى الوسطية وتأخذ بأيديهم إلى طريق النجاة بالوسائل التي تعين على فهم الدين على الوجه الصحيح.

المطلب الأول

أثر الفتوى في تحديد معالم الفكر الإسلامي في مواجهة الصراع الحضاري .
المعالم الفكرية في الإسلام تجمع بين الغايات والوسائل وبين العلم والإيمان وكون الفكر يستمد مقوماته من مبادئ الدين لا يعني أنه يتخلى عن العقل والعلم . فالدين ليس بديلاً عن العلم والحضارة والتقدم والبناء ولا عدواً لها وإنما هو إطار تتمحور فيه ومنهج يرسم الطريق الذي يحكم شؤون الحياة .^{٥٥}

إن طابع الفكر الإسلامي يرتبط بأصول وينتظم بقواعد وتنظمه ويرتبط بضوابط تحكمه ومهمها حاول المجتهدون تحليله أو تفسيره أو الباسه ثوباً يليق بمظهر العصر ومتطلبات الواقع في منظورهم فلن يتغير بحال من الأحوال .

المطلب الثاني

أثر الفتوى في حماية الأمة من غوائل الحضارة المعاصرة

تعد حماية الأمة من شرور الأشرار ووقوع الأضرار بسبب الجرائم الواقعة والمتوقعة من بعض افراد المجتمع مسؤولية دينية .

ومن السياسة الشرعية ترتيب عقوبات بكافة انواعها لحفظ أمن الأمة وسلامتها.

والتغليظ في العقوبات سياسة متبعة إذا اقتضها الأحوال وقد قال الفقهاء من لم يدفع شره إلا بالقتل يقتل تعزيراً ولهذا ذهب الإمام مالك وطائفة من اصحاب احمد الى قتل الجاسوس .

^{٥٥} على قراءة : مبادئ الاسلام : (ص ٥٥)

قضاء

والغريم بالعقوبات المالية مشروع ايضاً في مواضع مخصوصة عند المالكية في المشهور منهم وعند الحنابلة في مواضع وهذه القضايا كلها معروفة عند الفقهاء وبهذا يتضح ان للفتوى أثراً كبيراً ومجالاً رحباً في اصدار الاحكام الملازمة في العقوبات لقطع داء الفساد وتحقيق مصالح العباد .^{٥٦}

المطلب الثالث

اثر الفتوى في مباشرة وقائع الناس بالاحكام الشرعية

تعد متابعة وقائع معاملات الناس ومدها بالفتوى الشرعية لإضفاء حكم الله عليها من اهم آثار الفتوى بين الناس .

فاحكام المعاملات التي تدخل فيه شبهة الربا مما يحتاج فيه الناس الى تخلص وجوه التعامل من الشبهات العالقة بمعاملاتهم .

فيرى بعض الإقتصاديين أن البنوك بنظامها الربوي القائم واقع ثابت لا يقوم اقتصاد المجتمع الأبّه والعمل بموجبه . وأن تعديله إلى نظام اقتصادي لاربابه ضرب من العبث وهذا في الواقع ينبعث من عدم إهتمام هؤلاء بتطبيق احكام الشريعة الاسلامية ومن هزيمة نفسية أمام الحضارة الوافدة التي يرى البعض أن لا سبيل إلى النهوض بالاقتصاد إلا بها والاخذ بقواعدها وتطبيقاتها .

وقد تنبه الفقهاء المعاصرون لخطورة هذه النظرية والمعاملات الربوية لأن الربا حرام لا يمكن ان ينتقل إلى الحل بحال من الأحوال وانه با مكان قيام الاقتصاد بلا ربا وبنوك بلا فائدة بيد أن الانتقال الى تطبيق مشروع الاقتصاد الاسلامي المرجو لا يزال يحتاج إلى الفتاوى الاقتصادية ذات التفكير الدقيق والنظر العميق الذي يتصدى لوقائع الحياة الاقتصادية و يجمع جميع الدراسات والنظريات الاقتصادية ويصنف وجوه المعاملات الاقتصادية القائمة ثم يعرضها على قواعد الشريعة الحاكمة في باب الربا ثم يتم الاجتهاد في احكامها على مقتضى أصول الاجتهاد لإظهار الحكم الذي تتفق عليه أراء الاجتهادية .

المطلب الرابع

أثر الفتوى في رفع الحرج

الحرج وصف لكل ما كان سبباً في الضيق سواء كان واقعاً على النفس أو على البدن أو ما كان واقعاً على البدن ويخشى ان يفضى الى النفس، سواء كان في أعمال الدين الخالصة كالمعاملات أو أعمال الآخرة كالعبادات .

^{٥٦} ابن تيمية : الحسبة في الاسلام : (ص ٥٣، ٥٢) ابوالمعاصي : النظام العقابي الاسلامي (ص ١٢٤)

الفتوى وضوابطها في الفقه

ورفع الحرج أو رفع ما يؤدي إلى الضيق مبدأ ثابت من مبادئ الشرعية من القرآن والسنة وقامت عليها جملة من الأحكام التطبيقية في أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم وتقريراته .
يقول الطاهر بن عاشور : (والحكمة من السماح في الشريعة أن الله جعل هذه الشريعة دين الفطرة ، وأمور الفطرة راجعة إلى الجبله فهي كائنة في النفوس ، سهل عليها قبولها ومن الفطرة النفور من الشدة والإعتات)^{٥٧}
ولهذا نجد أن جملة الأحكام العملية تهدف إلى انتظام الناس في عباداتهم ومعاملاتهم فأما العبادات فهي ثابتة لا يدخلها التغيير وإنما يدخلها التخفيف عند الضرورة الباعثة على الترخيص من الأحكام الأصلية ، وأما المعاملات من عادات الناس وسبل تعايشهم فقد بناها الشارع في جملة كبيرة من أحكامها على تحصيل المصالح وجعل علقها تدور مع وجوه تحصيل مصالحها على الوجه الذي تتحصل به المصلحة بشرط انتظام الحكم مع قواعد الشريعة .
وبهذا قد وصلت إلى نهاية المطاف في بحث الفتوى وضوابطها ويجدر بالتنبيه أن مبحث الفتوى وضوابطها من المباحث الهامة في الفقه الإسلامي وقد تعرض لها الفقهاء في مصنفاتهم قديماً وحديثاً وها أنا قد أدليت بدلولي في هذا المضمار أملاً أن أكون قد أديت هذا الموضوع حقه من البحث والدراسة سائلاً المولى عز وجل أن يرد المسلمين إلى التمسك بدينهم وشريعتهم ويستفتوها في جميع قضاياهم ومشاكلهم لتكون كلمة الله هي العليا .
وصلى الله على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وكل من أعانته على رفع منار الدين وتفقه في الدين وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

مراجع البحث حسب ورودها :

القرآن الكريم .

١ . القاموس المحيط .

٢ . لسان العرب .

٣ . صفة الفتوى .

٤ . جامع العلوم في اصطلاحات الفنون .

٥ . أحكام الأحكام .

٦ . إرشاد الفحول .

٧ . غاية المنتهى .

^{٥٧} مقاصد الشريعة : (ص ٢٧١)

قضاء

- ٨ . إعلام الموقعين .
- ٩ . أصول التشريع الإسلامي .
- ١٠ . المجموع .
- ١١ . معالم السنن .
- ١٢ . البرهان في علم أصول الفقه .
- ١٣ . التعريفات .
- ١٤ . أدب المفتي والمستفتي .
- ١٥ . الفقيه والمتفقه .
- ١٦ . المستصفي .
- ١٧ . شرح الإسنوى .
- ١٨ . حاشية البناني على شرح جمع الجوامع .
- ١٩ . المغنى .
- ٢٠ . البحر الرائق .
- ٢١ . مجموع الفتاوى .
- ٢٢ . القواعد النورانية الفقهية .
- ٢٣ . التخرير عند الفقهاء والأصوليين .
- ٢٤ . سنن أبي داود .
- ٢٥ . مبادئ الإسلام .
- ٢٦ . الحسبة في الإسلام .
- ٢٧ . النظام العقابي الإسلامي .
- ٢٨ . مقاصد الشريعة .

صلاحیت اقرار، ابراء، اصلاح و قناعت و سایر اقدامات را که به ضرر غایب تمام شود - ایر نمیشد. هدف قانونگذار از تعیین وکیل مسخر از جمله اقارب درجه اول این است که قریب درجه اول نسبت به حال شخص غایب اشفق بوده از حقوق شخص غایب بهتر دفاع خواهد نمود. چون برادر موصوف اصرار نموده است که هرچه عاجل به قضیه خاتمه داده شود تا با خانم وی ازدواج نماید این اظهار نیت از طرف برادر موصوف خود یک عملی است که به ضرر غایب انجام داده است.

بناء حسب هدایت فقره اول ماده ۱۷۰ قانون اصول محاکمات مدنی برادر موصوف شرایط وکیل مسخر را نداشته محکمه مذکور میتواند حسب هدایت ماده ۱۵۸ قانون اصول محاکمات مدنی در صورت موجودیت، اقارب درجه اول دیگر ویرا انتخاب نموده درمورد رسید ه گي نماید در غیر ان از خانونالي وکیل مسخر تعیین گردد.

به ارتباط بخش دوم استهاده مذکور که تحریر نموده اند که هدف از زوجه قاصر در ماده ۱۴۰ قانون مدنی کی است؟ چون طلاق زوجه شخص قاصر الاهلیت از طرف زوج ویاولي زوج یک تصرفیست که به ضرر شخص قاصر الاهلیت میباشد بناءً زوجه زوج قاصر الاهلیت از طرف زوج ویا ولي وی طلاق نمیشود، اگر زوجه از این ناحیه متضرر شده باشد میتواند که طبق هدایت ماده ۱۸۳ قانون مدنی ادعای تفریق را علیه ممثل قانونی شخص قاصر الاهلیت در محکمه مربوط اقامه نماید.)

حینیکه مطالب مورد استهاده و نظر تدقیقی مرتب بر آن مطرح بحث مقام محترم شورای عالی قرار گرفت قرار مصوبه ۱۰۲ مورخ ۱۳۸۷/۲/۱۰ هدایت ذیل صادر گردید: (نظر ریاست تدقیق و مطالعات عیناً تصویب گردید، موضوع به جمیع محاکم طور متحد المال اخبار گردد)

متحدالمال شماره (۲۹۳۰ الی ۲۹۹۹) مورخ ۱۳۸۷/۸/۲۹

دارالانشای شورای عالی:

به تعقیب متحد المال شماره (۱۳۶۱ الی ۴۲۱) مورخ ۸۶/۱/۱ اخبار میگردد که:

قبلاً مقام محترم وزارت عدلیه شرح مفصلی را جهت حل مسایل مربوط محبوسین جهت غور و اتخاذ تجویز قانونی به ستره محکمه پیشنهاد نموده بود که محتوای مندرج آن پس از غور ریاست تدقیق و مطالعات ستره محکمه بمقام محترم شورای عالی تقدیم و قرار مصوبه (۳۷) ۸۶/۱/۶ هدایت ذیل در زمینه صدور یافته است:

(نظر تدقیقی عیناً تأیید گردید مزید بر آن قبلاً مصوبه (۷۲۵) ۸۵/۱۰/۲۸ شورای عالی در قبال پیشنهاد وزارت محترم عدلیه حاوی هدایات ذیل بود.

از متحدالمالهای ستره محکمه

متحد المال شماره ۴۳۲ الی ۴۹۳ مورخ ۱۳۸۷/۲/۱۹

دارالانشای شورای عالی:

ریاست محکمه ابتدائیه احوال شخصیه کابل حسب ذیل استهاده نموده اند: (در رابطه به تعیین وکیل در دعاوی غیابی ماده ۱۵۸ قانون اصول محاکمات مدنی در فصل نهم احکام غیابی چنین صراحت دارد:

هرگاه مدعی علیه بعد از تقدیم عریضه به اثر جلب اصلاً حاضر نگردد ویا قبل از دوران قبلی یا بعد از آن غایب گردد و مدعی به حل و فصل موضوع اصرار ورزد محکمه یکی از اقارب درجه اول زوج ویا زوجه غایب را وکیل تعیین و دعوی را رسیده گي مینماید. در یک قضیه دعوی تفریق به سبب غیابت که در این محکمه تحت رسیده گي قرار دارد پدر مدعی علیه غایب از وکالت پسر غایبش امتناع کرده اما برادر شخص غایب حاضر به وکالت بوده و حتی تحریر نموده که این قضیه هرچه عاجل فیصله شود که میخوایم با خانم مذکور ازدواج نمایم در همچو حالت ایا محکمه برادر موصوف را بحیث اقارب درجه اول، منحیث وکیل غایب تعیین نموده میتواند یاخیر؟

همچنان ماده ۱۴۰ قانون مدنی مشعر است «زوجه قاصر از جانب زوج یا پدر زوج طلاق شده نمیتواند» در ماده متذکره هدف از زوجه قاصر کیست؟ ایا زوج است یا خود زوجه. اگر زوج باشد پس طلاق از جانب چي کسی و به چي شکل اجرا گردد. با ذکر مراتب فوق محکمه احوال شخصیه جهت تأمین عدالت از مقام محترم طالب هدایت است.)

ریاست تدقیق و مطالعات در رابطه به موضوع مورد استهاده چنین ابراز نظر بعمل آورده اند: (طبق هدایت مواد ۵۷ و ۵۸ قانون مدنی پدر به اساس قرابت مستقیم و برادر به اساس قرابت غیر مستقیم هر دو درجه اول محسوب میشوند. بناء محکمه مربوط طبق هدایت ماده ۱۵۸ قانون اصول محاکمات مدنی در صورتیکه اقارب درجه اول شرایط وکیل مسخر را داشته باشند، میتواند که هر یکی از آنها را به حیث وکیل مسخر انتخاب نموده، به نزاع خاتمه دهد. از طرف دیگر حسب هدایت فقره اول ماده ۱۷۰ قانون اصول محاکمات مدنی، وکیل غایب

قضاء

((برمبنای اصل حاکمیت شرع و قانون در جمهوری اسلامی افغانستان و برای حفظ امنیت و عدالت اجتماعی در رابطه به دوسیه هائیکه بریاست محکمه شهری و دیوان های جزای عمومی و امنیت عامه ریاست استیناف ولایت فراه می رسد مواد آتی را قابل تذکر میدانیم :

ماده (۳۵) تعدیل قانون اجراءات جزائی حکم میکند . هرگاه پولیس دلایل مستند و قانونی را مبنی به الزام محبوسین و یا متهمین دریافت نمایند موضوع را در ظرف (۷۲) ساعت بخارنوالی پیشنهاد مینمایند خارنوالی مکلف است بملاحظه جمع آوری دلایل تصمیم خود را مبنی برهائی، نظارت و یا توقیف متهم کتباً به پولیس اطلاع نمایند . صلاحیت خارنوالی در امر نظارت بیش از پانزده روز بوده نمی تواند و ماده (۳۶) قانون اجراءات جزائی موقت حکم میکند اگر خارنوالی در ظرف پانزده روز از تاریخ گرفتاری صورت دعوی را بمحکمه تقدیم ننماید متهم رها میگردد مگر اینکه باثر درخواستی بموقع خارنوالی بمدت پانزده روز دیگر از طرف محکمه باصلاحیت تمدید شده باشد. فقره (۲) ماده (۶) قانون اجراءات جزائی موقت حکم میکند محکمه ابتدائیه میتواند در جریان محاکمه مدت توقیف را برای دو ماه دیگر تمدید نماید . همچنان محکمه استیناف دوماه و مقام عالی تمیز پنج ماه جمله نه ماه در جریان محاکمه مدت توقیف را تمدید نماید . هرگاه میعاد تمدید مندرج فقره (۲) ماده (۶) قانون اجراءات جزائی موقت در جریان محاکمه منقضی شود شخص توقیف شده از حبس رها میگردد .

ماده (۳۵) قانون اجراءات جزائی حکم میکند گرفتاری و توقیف شخص جواز ندارد . مگر به امر مقاماتیکه قانون به آنها صلاحیت داده باشد . توقیف متهم به امر قاضی با صلاحیت صورت میگیرد و بتاسی از حکم ماده (۹۲) قانون اجراءات جزائی توقیف هیچ کس بجز در توقیف خانه جواز ندارد و هیچ یک از مامورین توقیف خانه بدون امر کتبی مقامات صلاحیتدار شخص را در توقیف خانه قبول کرده نمی تواند و نه بیشتر از میعاد مندرج ماده (۸۷) این قانون شخص را در توقیف خانه نگهداشته میتواند .

بذکر مطالب فوق می بینیم که اکثریت مطلق متهمین تحت توقیف در جریان محاکمه بدون امر مقام باصلاحیت تحت توقیف قرار دارند زیرا تمامی دوسیه هائیکه غرض حل و فصل شرعی به محاکم می رسد غیر از پانزده روز توقیفی صلاحیت خارنوالی و احیاناً پانزده روز دیگر تمدید توقیف که از محکمه اخذ شده دیگر امر تمدید توقیف جریان محاکمه اخذ نشده و متهمین بر خلاف صراحت مواد قانون فوق الذکر مدت ها در توقیف نگهداشته شده و محاکم طی مدت نه ماه از صلاحیت خویش استفاده نکرده امید وارم در زمینه هدایت داده شود تا در روشنائی ان

از متحدالمالهای ستره محکمه

۱- محاکم فوقانی در قسمت بررسی و رسیدگی قضایای متهمینکه محاکم تحتانی به برائت شان حکم مینماید اولویت داده و از همه اولتر همچو قضایا را مورد رسیدگی قرار دهند.

۲- در صورتی که رهائی بعد از تطبیق حکم و یا برائت ایجاب اخذ تضمین را نماید در فیصله محکمه گنجانیده شود تا جلوتقاضاهای خارج حکم محکمه گرفته شود .

۳- در مورد اینکه تمام محابس از قبولی متهمینی که خلاف قانون باز داشت شده اند امتناع ورزند و متهمینی که خارج میعاد قانونی به توقیف خانه ها و یا محابس باقی می مانند دوباره بخارنوالی راجع دارد قانون صراحت دارد .

۴- در مورد اینکه تمام مدیران محابس و توقیف خانه ها تطبیق ماده (۳۶) قانون اجراءات جزائی موقت را بعهد گرفته و از عملی نمودن آن نزد وزارت عدلیه مسئولیت پیدا کنند قانون صراحت دارد .

۵- آنعده متهمینکه تحت نظارت خارنوالی قرار دارند در صورتی که خارنوالی نتواند دوسیه های نسبتی شان را در میعاد معینه قانونی تکمیل نماید و تمدید توقیفی را نیز از محکمه گرفته نتواند وزارت عدلیه مطابق به احکام قانون صلاحیت رهائی ایشانرا دارد .

همچنان یاد داشت شماره (۹۹۵) مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۱۰ شورای عالی ستره محکمه مشتمل بر هدایت آتی بود :

از آنجاکه فقره (۲) ماده (۲۷) قانون اساسی چنین شعر است :

(هیچ شخص را نمیتوان تعقیب - گرفتاریا توقیف نمود مگر بر طبق قانون . بنابراین محبوسینی که مدت حبس محکوم بهای خویش را تکمیل نموده اند و یا باثر فرمان عفو و تخفیف مجازات از طرف مقام محترم ریاست جمهوری قابل رهائی باشند ، صرف نسبت ندادن تضمین تحت حبس قرار گرفته نمیتواند لازم است بلافاصله رها شوند البته در مورد محبوسینی که علاوه بر محکومیت حبس به مجازات نقدی نیز محکوم گردیده اند و مبلغ محکوم بها را به خزینة دولت تحویل ننموده اند به دادن تضمین مکلف میباشند دارالانشا شورای عالی ستره محکمه این مصوبه را بجمیع محاکم ، مقام محترم لوی خارنوالی و وزارت محترم عدلیه جهت توحید مرافق قضائی عاجلاً اخبار نماید .))

اخیراً محکمه استیناف ولایت فراه به نامه (۱۳۱۰) ۸۷/۷/۶ شان چنین طالب هدایت گردیده اند :

قضاء

۳. فرامین مقام محترم ریاست جمهوری اسلامی افغانستان که در باره عفو و تخفیف مجرمین محبوسین و مجوزین صادر میشود محبوسین و مجوزین ازهر فرمان مستحق تخفیف میشود؟ ویا در سال یکبار؟ ویا در طول حبس صرف یک مرتبه مستحق دانسته میشود؟
۴. فرمان عفو تخفیف مجازات از تاریخ انفاذ آن تاچه قدر مدت مدار اعتبار بوده؟
۵. محبوسین و مجوزینی که از فرامین قبلی رئیس صاحب جمهوری اسلامی افغانستان تخفیف اخذ نموده در مدت سپری شده مجازات جمع میشود یا از سر جمع مجازات باقی مانده محکوم بها منفي میگردد.
- ربع - ثلث - و نصف مدت سپری شده محبوسین و مجوزین از سر جمع حبس محاسبه شود یا بعد آنکه تخفیف قبل از سر جمع حبس منفي گردد محاسبه میشود.
- در زمینه حسب هدایت جلالتماب قاضی القضاات صاحب جلسه فوق العاده شورای عالی به تاریخ ۱۳۸۷ر۷ر۲۷ در حالی دایر گردید که محترم جنرال عبدالحمید رئیس اداره حراست قانون و امور قضایی ریاست عمومی اداره امور و دارالانشای شورای وزیران محترم سید محمد یوسف حلیم رئیس عمومی تقنین وزارت عدلیه و محترم قاضی محمد عیسی عضو اداره مراقبت و کنترل ستره محکمه حاضر بودند در زمینه پیشنهاد های واصله، مصوبه ۴۶۰ شورای عالی به نحو آتی صادر گردید:
- (پیشنهاد های هیئت اعزامی ستره محکمه در حالیکه محترم رئیس اداره حراست قانون و امور قضایی ریاست عمومی اداره امور و دارالانشای شورای وزیران رئیس عمومی تقنین وزارت عدلیه و قاضی محمد عیسی عضو اداره مراقبت و کنترل ستره محکمه حضور دارند تحت مذاقه قرار گرفت و در زمینه چنین توضیح میداریم:
- ۱ - راجع به محترم لشکر خان ولد ملتان که در قضیه قتل باثر حکم نهایی به مدت ۵ سال حبس محکوم گردیده در قسمت حق العبد به ادای حلف مبادرت کرده و صرف ۲ ماه از حبس وی باقیمانده است. در مورد حکم جزایی از حکم فرمان مبنی بر رهایی استفاده کرده میتواند ولی اگر قسمت حق العبدی نهایی نگردیده باشد مراحل قانونی محاکماتی خود را طی کرده میتواند.
- ۲ - پیرامون محترم صابر ولد کاکو که مدت حبس محکوم بهای خود را سپری نموده و صرف به منظور تطبیق جزای نقدی تحت حبس قرار دارد بارعایت فقره ۲ ماده ۸ فرمان ۹۳ مورخ ۱۳۸۷ر۷ر۸ مقام محترم ریاست جمهوری گرچه ارجاع آن به ماقبل است چون اصولاً به نفع محکوم قرار میگیرد و ازان استفاده نموده و از تحصیل مبلغ جزای نقدی معاف میگردد.

از متحدهالمالهای ستره محکمه

خردی از افراد بخلاف شرع و قانون از نعمت آزادی محروم نشود و احیاناً کسی بدون امر مقام باصلاحیت در توقیف خانه نماند.))

جریان استهدایه نیز پس ابراز نظر ریاست تدقیق و مطالعات توأم بانظر ارائه شده باری بمقام محترم شورای عالی ستره محکمه تقدیم شد که قرار یاد داشت (۲۵۵) ۸/۲۱/۸۷ دستور ذیل صادر گردید:

((متحد المال قبلی مجدداً تعمیم و با عطف توجه خاص محاکم و مراجع ذیربط به تطبیق بلا انحراف آن تاکید صورت گیرد.))

متحد المال شماره ۲۶۵۶ الی ۲۷۱۹ مورخ ۱۳۸۷ر۷ر۲۹

دارالانشای شورای عالی:

محترم محمد قاسم حلیمی رئیس مالی و اداری ستره محکمه و رئیس هیئت اعزامی به محبس مرکزی ولایت ننگرهار پیشنهادیه ذیل را به ریاست محترم ستره محکمه ارائه داشته اند:

۱. در محبس عمومی ولایت ننگرهار یک نفر محبوس به اسم لشکر خان ولد ملتان در فقره قتل قرار فیصله نهایی به مدت ۵ سال حبس تنفیذی محکوم به جزا گردیده است در مسئله حق العبدی مدعی حق العبد برایش حلف را متوجه نموده که موصوف ادای حلف نموده است. اکنون مدت دوماه حبس آن باقیمانده است بدینوسیله احتراماً استهدا مینمایم که محبوس مذکور در فرمان نمبر فوق قابل رهایی بوده یا خیر؟

۲. فرمان نمبر ۹۳ مورخ ۱۳۸۷ر۷ر۸ محترم رئیس صاحب جمهوری اسلامی افغانستان که به مناسبت حلول عید سعید فطر در مورد عفو و تخفیف مجازات محبوسین و مجوزین صادر شده در فقره ۲ ماده ۸ فرمان چنین حکم شده که محکومینی که علاوه بر حبس یا حجز به جزای نقدی محکوم گردیده اند و مطابق احکام این فرمان قابل رهایی میباشند جزای نقدی آنها نیز عفو و از تحصیل آن انصراف بعمل آید. ولی یکنفر محبوس به اسم صابر ولد کاکو در فقره قاچاق مواد مخدر متهم و قرار فیصله نمبر ۳ مورخ ۱۳۸۷ر۱ر۳ مقام عالی ستره محکمه به مدت یکسال و سه ماه حبس تنفیذی محکوم به جزا گردیده است مدت حبس نامبرده قبلاً در محبس مرکزی سپری شده ولی نسبت عدم تحویلی پول جریمه ویا ارائه تضمین معادل آن تاحال رها نگردیده و حال خواهان تطبیق فقره ۲ ماده ۸ فرمان ۹۳ مورخ ۱۳۸۷ر۷ر۸ فعلی است. اکنون احتراماً استهدا مینمایم که مطابق احکام این فرمان پول جریمه مذکور قابل عفو بوده یاخیر؟

قضاء

جریان به سوابق آن مورد تدقیق ریاست تدقیق و مطالعات واقع گردیده نظر شانراچنین قرار داشتند .

(حسب تعامل قضاتیکه طبق احکام قانون نظر به ضرورت و تکمیل نصاب جلسه قضایی از طرف مقامات ذیصلاح در محاکم به صفت خدمتی گماشته میشوند الی اعزام شان به وظایف اصلی در محکمه ایکه طور خدمتی موظف میگردند صاحب صلاحیت هستند و در وظیفه اصلی فاقد صلاحیت میباشد . این قضات بدلیل اینکه در کار قضایی محکمه سهم میگیرند ابراز نظر میکنند و تصمیم میگیرند و برای اینکه از کار و از تصمیم قضایی شان قانوناً مسئول باشند باید در وثیقه ، فیصله ها و قرار هایی که به تصمیم شان صادر میشود امضا نمایند . بناءً صلاحیت امضا را در وظایفی که طور خدمتی کار میکنند دارند .)

حینیکه موضوع به اجلاس مورخ ۱۳۸۷/۸/۲۱ شورای عالی مطرح بحث قرار گرفت ، قرار مصوبه ۵۳۸ مورخ ۱۳۸۷/۸/۲۱ هدایت ذیل صادر گردید:

(قضات خدمتی فیصله ها ، قرار ها و نیز وثایق محکمه مربوط را امضا نمایند . متن مصوبه به جمیع محاکم متحد المالاً اخبار گردد .)

متحد المال از شماره ۲۸۶۰ الی ۲۹۲۹ مورخ ۱۳۸۷/۸/۲۵

محکمه استیناف ولایت کابل در مورد رسیدگی قضایای اختطاف مراتب ذیل را استهدا نموده اند:
((قضایای اختطاف قبلاً در محاکم جزائی عادی کشور بررسی و حل و فصل میگردد با بمیان آمدن دولت انتقالی اسلامی بمنظور جلوگیری از گسترش جرایم مذکور که متأسفانه تا فعلاً دوام دارد در ردیف سایر جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی طی فرمان تقنینی (۴۷) ۱۳۸۷/۴/۱۳ که افاده عدم رأفت و تشدید مجازات رami نمود و صلاحیت حل و فصل قضایای مذکور به محاکم اختصاصی و بدیل آن دیوان های امنیت عامه تفویض صلاحیت گردیده که فرمان مذکور حاوی دو اصل یکی تفویض صلاحیت و دوم تشدید مجازات بود .

اخیراً فرمان نمبر فوق با تجویز و انفاذ قانون جدید مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان ملغی قرار داده شد که ماده (۲۳) قانون مذکور به آن صراحت دارد و تشدید مجازات مندرج فرمان قبلی در ماده هفتم قانون جدید مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان تصریح گردیده است به منظور تطبیق قانون و توحید اجراءات یکسان محاکم و جهت های مربوط آنها و با در نظر داشت الغای فرمان (۴۷) ۱۳۸۳/۴/۱۳ که محاکم دیوان های امنیت عامه فعلاً صلاحیت بررسی قضایای اختطاف را نخواهند داشت موارد ذیل را احتراماً از مقام عالی استهداء می نمائیم .

از متحد المالهای ستره محکمه

۱ - در مورد اینکه محبوسین و محجوزین از هر فرمان عفو و تخفیف ریاست جمهوری استفاده کرده میتواند و یا در طول مدت حبس یکبار از مزایای فرامین استفاده کرده میتواند توضیح ما چنین است که محکومین و محجوزین صرف در سال یکبار از مزایای فرامین عفو و تخفیف استفاده کرده میتوانند یعنی اگر در سال مابعد نیز محتوای فرمان ریاست جمهوری به عفو و یا تخفیف شان موثر باشد باز هم مانع در استفاده از آن برای یکبار در سال بعدی نیست .

۴ - اینکه فرمان عفو و تخفیف مجازات از تاریخ نفاذ آن تا چقدر مدار اعتبار بوده میتواند در روشنی احکام مندرج فرمان صادره به احکام قضایی که قبل از تاریخ صدور فرمان از دیوان های مربوط ستره محکمه یا مراحل تحتانی نهایی گردیده باشد قابل تطبیق است نه بر احکامی که بعد از صدور فرمان نهایی میگردند قابل تطبیق نمیباشد .

۵ - راجع به مجرمین و محجوزینی که از فرامین محترم رئیس جمهوری تخفیف اخذ نموده اند باقی مانده حبس اوشان بعد از تطبیق فرمان مدت محکوم بها دانسته میشود و یا مدت محکوم بها مدتی است که در حکم نهایی ذکر شده است در این زمینه بارعایت حکم ریاست جمهوری مدت باقیمانده حیثیت محکوم بها را حایز میگردد.

۶ - ربع - ثلث و نصف مدت سپری شده و حبس و یا حجز محبوسین و محجوزین از سر جمع حبس محکوم بها محاسبه میشود یا بعد از رعایت تخفیف در این مورد مراد از ربع ، ثلث و نصف حبس محکوم بها حکم مندرج فیصله نهایی میباشد نه حکم بعد از تخفیف .

دارالانشا موضوع را به وزارت محترم عدلیه و محاکم استیناف طور متحد المال اخبار نماید.

متحد المال شماره ۳۰۰۰ الی ۳۰۶۹ مورخ ۱۳۸۷/۹/۳

دارالانشای شورای عالی :

به تعقیب متحد المال ۶۱۸ الی ۶۷۹ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۸ اخبار میگردد :
قبلاً ضم مصوبه ۱۰۴ - ۱۳۸۷/۲/۱۲ مقام شورای عالی با تایید نظر تدقیق و مطالعات هدایت صادر گردیده بود که قضات خدمتی در محاکم صلاحیت امضا رادر وثایق و مثنی وثایق ندارند که تفصیل آن در متن متحد المال نمبر فوق انعکاس یافته است.

در قبال تعمیم هدایت فوق یک عده محاکم به شمول محکمه استیناف ولایت زابل تعمیل مصوبه فوق را در حالیکه اکثر قضات خدمتی به مقصد تکمیل نصاب قضایی در محاکم توظیف گردیده اند متعذروانمود و تقاضا بعمل آمده تا به منظور فعال نگهداشتن محاکم و تسریع اجراءات قضایی قضات خدمتی همانند قضات اصل بست در امور وثایق و سایر امور قضایی ذیصلاح باشند .

قضاء

صلاحیت رسیدگی همچو قضایا بدیوان نظامی و جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی تسری
گردید موضوع متحد المالاً بجمع محاکم اخبار شود ((

متحد المال شماره ۳۱۴۰ الی ۳۲۰۹ مورخ ۱۳۸۷/۹/۱۳

دارالانشای شورای عالی:

قبلاً بالاثر عرض یکی از اصحاب دعوی به مقام محترم ستره محکمه راجع به قضیه املاکی از
محکمه استیناف ولایت بامیان معلومات مطالبه گردید که محکمه موصوف در زمینه چنین
گزارش داده اند:

((دعوی سید شاه ولد سید علی حسین ساکن یکاولنگ درحالیکه وکیل ورثه سید اسماعیل
موکلین حسین میباشد درخصوص یکتعداد زمین علیه سید بابا ولد سید سلطان باسناد تبدیل
محکمه محول محکمه ابتدائیه شهری ولایت بامیان گردیده بود که بااثرهدایت فوق انمقام طی
استعلام ۱۳۸۷/۸/۷ از محکمه ابتدائیه شهری وبعد از دیوان مدنی و حقوق عامه اینریاست
معلومات خواسته شد در نتیجه معلوم گردید که قبلاً قضیه شان قرار فیصله خط ۲۵۲/۱۱)
۷۶/۱۲/۱۲ به ترک خصومت طرفین انجام یافته بود که ازطرف دیوان مدنی و حقوق عامه
اینریاست طی قرار قضایی (۲) ۸۷/۱/۲۵ فیصله نمبر فوق محکمه شهری نقض و فیصله مجدد
هدایت داده شده تا اینکه چند روز قبل قرار گرفته محترم عبدالقادر فیصل رئیس محکمه شهری
نسبت اینکه طرفین دعوی اسناد بنیادی نداشته و مالی هم بنام یکی از طرفین یا پدر و پدرکلان
شان در دفتر املاک قیدیت نداشت بازهم بقرار قضایی (۶۷) ۸۷/۷/۲۷ محکمه شهری به
ترک خصومت و معطل قرار دادن دعوی طرفین الی تصفیه و سروری عمومی اراضی تصمیم اتخاذ
گردیده و دوسیه به محکمه ابتدائیه یکاولنگ فرستاده شده است قبل ازینکه عارض عرض
و شکایت خود را باینریاست برساند بمقام عالی ستره محکمه عارض گردیده است.

محتوای عریضه عارض و گزارش محکمه مورد غور و مطالعه ریاست تدقیق و مطالعات قرار گرفته
و جریان جهت غور مزید باجلاس مقام محترم شورایعالی تقدیم گردید که مقام عالی قرار
مصوبه (۵۵۳) مورخ ۸۷/۹/۵ هدایت ذیل را صادر فرمودند:

((زمانی که دعاوی ذات البینی اشخاص راجع به عقار در محاکم تحت رسیدگی قرار داشته
باشد محاکم مطابق اسناد بر آن رسیدگی می نماید هرگاه در عین حال ملکیت دولت در حاشیه
مدعی بها قرار داشته باشد و شایبه حقوق دولت در میان باشد محکمه مربوط جریان را به اداره
قضایای دولت و سایر مراجع مربوط محول سازد و بعداً ز تصمیم اداره قضایای دولت و مرجع
مربوط در زمینه به انفصال موضوع مبادرت نمایند.

از متحد المالهای ستره محکمه

ا) - قضایای اختطاف قبلاً در محاکم عادی جزائی فیصله میگردید بانفاذ فرمان تقنینی (۴۷)
۸۳/۴/۱۳ مقام ریاست دولت انتقالی اسلامی افغانستان موقتاً حل و فصل قضایای مذکور
بدیوان های امنیت عامه تفویض صلاحیت گردیده بود چون بانفاذ قانون جدید مبارزه علیه
اختطاف و قاچاق انسان فرمانی که اساس صلاحیت دیوان های امنیت عامه راتشکیل می داد لغو
گردید ایا با وجود الغای فرمان مذکور دیوان های امنیت عامه در بررسی و حل قضایای مذکور
حایز صلاحیت اند یا بطور ؟

ب) - در صورتیکه جواب منفی باشد ان عده دوسیه هائیکه در دیوان های مذکور تحت دوران
قرار دارد ایا مطابق صلاحیت قبلی و رعایت عدم رجعت قانون به ماقبل حل و فصل گردد. و یا
اینکه با رعایت اصل پذیرفته شده تقدیم شکایات بر ماهیت در بررسی قضایا نسبت فقدان
صلاحیت دوباره به قرار عدم صلاحیت از دیوان ها صادر گردد.

ج) - بعد از انفاذ قانون جدید مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان صلاحیت تحقیق، تمديد
توقیف و اقامه دعوی را کدام بخش از ریاست های محترم خازنوالی دارا میباشد قابل تذکر است
که با انفاذ قانون جدید مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان روسای محترم حوزه های چهارگانه
شهر کابل و روسای دیوان های مربوط امنیت عامه متکی بر قاعده فقهیه مجال اجتماع مع وجود
النص - براین نظر متفق اند که قضایای اختطاف قانوناً باید در محاکم جزائی عادی حل و فصل
گردد و ریاست محترم دیوان امنیت عامه استیناف نیز نظر آنها را تأیید می نماید ((
مطالب مورد استهدا و نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات باجلاس مورخ ۸۷/۸/۱۴ شورایعالی
تقدیم و قرار مصوبه (۵۱۷) هدایت ذیل صدور یافت.
(نظر ریاست تدقیق و مطالعات به نحو ذیل:

«از اینکه قانون مبارزه با اختطاف و قاچاق از جمله قوانین متنی بوده و با انفاذ آن مواد (۴۱۵ -
۳۵۶) قانون جزا منتشره جریده رسمی شماره (۳۴۷) سال ۱۳۵۵ و فرمان تقنینی شماره (۴۷)
مورخ ۱۳۸۳/۴/۱۳ ریاست دولت انتقالی اسلامی افغانستان در مورد تشدید مبارزه علیه جرایم
اختطاف و قاچاق اطفال و سایر احکام مغایر، ملغی شده است و قوانین شکلی سابقه و هدایات
صالحه در مورد محاکم ذیصلاح و حل و فصل چنین دعاوی به قوت خود باقیست دیوان های
امنیت عامه، محاکم ابتدائیه مربوط و محاکم استیناف کمافی السابق به حل و فصل جرایم
اختطاف و قاچاق انسان دوام بدهند تا از یکطرف دیوان های امنیت عامه در زمینه به توحید رویه
قضائی پرداخته و از تشنت و پراگندگی درباره جلوگیری شود.» تأیید شد و در ستره محکمه

قضاء

۲- اصلاح سیستم پولی افغانستان و افزایش اعتبار افغانی نو .

۳- تبادلہ قروض دولت ، تبادلہ قروض مردم و موسسات بدولت، قروض د افغانستان بانک به مشتریان و از مشتریان به دافغانستان بانک به پول افغانی نو .

۴- از دوران کشیدن نوتهاي کهنه و نوتهايکه توسط دافغانستان بانک نشرو توزیع نشده است .

بناءً بادر نظر داشت فتوای قبلی و ضرورت های اجتماعی - سیاسی و صدور فرمان (۱۴۲) مقام عالی دولت باز هم هر تصمیمی که منجانب مقام عالی ستره محکمه اتخاذ و طرف تأیید مقام عالی ریاست جمهوری اسلامی افغانستان قرار گرفته و به صدور فرمان جدید در زمینه بیانجامد در زمینه وزارت مالیه به سهم خویش در تطبیق آن از هیچ گونه همکاری دریغ نمی نماید .

بالاثر موضوع باری در اجلاس مورخ ۸۷/۷/۲۳ شورای عالی ستره محکمه مورد بحث قرار گرفت و قرار تصویب (۴۵۴) هدایت ذیل صادر گردید :

(از آنجا که دعای اشخاص علیه دولت به اثر مصوبه شماره (۱۳۸) مورخ ۱۳۸۶/۲/۲۷ شورای عالی حسب تقاضای دافغانستان بانک مبنی بر اینکه سیمیناری در زمینه غرض رسیدگی به موضوع تادیات دولت به اشخاص دایر میگردد رسیدگی به دعای اشخاص علیه دولت معطل قرار داده شده بود چون از تاریخ تصویب فوق اقدامی در زمینه بعمل نیامده و از طرفی اشخاص اضرار به تقاضای خویش دارند .

بنابراین به تعقیب تصویب شماره (۱۳۸) مورخ ۱۳۸۶/۲/۲۷ قبلی تجویز اتخاذ شد تاهرگاه اشخاص به اقامه دعای خویش علیه دولت مبادرت مینمایند محاکم ذیصلاح مربوط مطابق احکام قانون به رسیدگی در مورد مبادرت نمایند.)

متحد المال شماره ۱۷۵۷ الی ۱۸۲۴ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۱

قبلاً محکمه استیناف ولایت کابل در رابطه به تحقیق جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی بوسیله اداره امنیت ملی شرحی را طالب هدایت گردیده بود که مطلب مورد استهداء تحت مطالعه و مذاقه ریاست تدقیق و مطالعات قرار گرفته. نظر مدققین قضائی پس از تأیید مصوبه (۶۹۴) مورخ ۱۳۸۶/۹/۲۰ متحد المالاً به محاکم تعمیم گردیده است . اخیراً ریاست محکمه استیناف کابل با توضیح ذیل مجدداً طالب هدایت شده اند :

طوریکه متحد المال (۳۰۲۴) مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۵ ریاست محترم دارالانشاء ملاحظه میگردد مدققین محترم قضائی ریاست محترم تدقیق و مطالعات در مقابل استهداء محکمه ابتدائی حوزه اول محکمه استیناف کابل چنین ابراز نظر نموده اند . اینکه اتهام نامه مرتبه مستنطق تحقیق ریاست

از متحد المالهای ستره محکمه

دارالانشاء مصوبه فوق را به جمیع محاکم طور متحد المال اخبار نماید .))

متحد المال شماره (۲۷۲۰ الی ۲۷۸۹) مورخ ۱۳۸۶/۳/۵

قبلاً مقام محترم شورای عالی ستره محکمه طی مصوبه ۱۳۸ مورخ ۱۳۸۷/۲/۲۷ چنین هدایت صادر فرموده بودند :

((هرگاه دعای درمورد مطالبات پولی بین اشخاص حقیقی صورت گرفته باشد محاکم مطابق مصوبه شماره (۱۸۷) مورخ ۱۳۸۲/۴/۹ شورای عالی که مستند به فتوای کمیسیون افتای شورای علماء افغانستان صادر گردیده رسیدگی و به اصدار حکم مبادرت نمایند ولی از آنجا که درمورد تادیات از جانب دولت با اثر تجاويز شورای عالی ستره محکمه مندرج یادداشت (۹۳۹) مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۹ و (۱۵۵) ۱۳۸۶/۲/۲۰ رئیس عمومی دافغانستان بانک و معین وزارت مالیه در جلسات متعدد شورای عالی اشتراک و بر موضوع مذاکرات مفصل صورت گرفته چنانچه بالاثر در زمینه مطالعات سروي راجع به کمیت و کیفیت تادیات صورت گرفت وبالاخره در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۲/۲۷ شورای عالی به اشتراک ذوات محترم مذکوران ضمن یادداشت (۱۴۰) ۱۳۸۶/۲/۲۵ قرار بر آن شد تا در زمینه سیمینار علیحده به اشتراک مسئولین امور و متخصصین آن به شمول نماینده گان صندوق ملل متحد موسسه (ای ام اف) و سایر ذوات از دول متحابه در کابل به سازماندهی ریاست عمومی د افغانستان بانک دایر گردد تا ضمن آن راه حل موثر دریافت گردد بنابراین رسیدگی به دعای اشخاص حقیقی علیه دولت الی تدویر سیمینار و اتخاذ تصمیم مقتضی معطل قرار داده شود موضوع به جمیع محاکم متحد المال اخبار گردد.))

که جریان ضمن متحد المال (۱۹۷۵ الی ۱۰۳۴) ۱۳۸۶/۳/۵ به جمیع محاکم استیناف ولایات و مراجع ذیربط اخبار گردیده است .

علاوه بر آن وزارت مالیه طی نامه (۱۴۳۱) مورخ ۸۷/۸/۷ به پاسخ مکتوب (۵۸۱) مورخ ۱۳۸۶/۳/۵ امریت تحریرات ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه ذیلاً نگاشته اند :

((در زمینه قبل از صدور فرمان ۱۴۲ مورخ ۱۳۸۱/۷/۱۴ مقام عالی ریاست دولت انتقالی اسلامی افغانستان شورای عالی ستره محکمه فتوای را صادر ولی مقام عالی ریاست دولت بنابر ضرورت های عینی منسجم ساختن سیاست پولی کشور فرمان (۱۴۲) ۱۳۸۱/۷/۱۴ را مبنی بر اهداف ذیل صادر نموده اند :

۱- ماده (۲) فرمان (۱۴۲) راجع به ایجاد ثبات در سیستم پولی از طریق نشر و توزیع بانکنوت های افغانی نو .

امید است هدایت فرمایند تا در زمینه تجدید نظر بعمل آید و در روشنی هدایت ان مقام عالی در مورد عمل گردد.

نظر فوق محکمه استیفاء کابل باری مورد تدقیق ریاست تدقیق و مطالعات قرار گرفت نظر اداره متذکره توأم سوابق موضوع یکبار دیگر مورد غور و مذاقه مقام محترم شورای عالی واقع و قرار مصوبه (۳۱۹) مورخ ۱۳۸۷/۵/۸ هدایت ذیل صادر گردید:

((چون تحقیق جرایم مطابق صراحت حکم ماده (۱۳۴) قانون اساسی از صلاحیت خاص خارنوالی میباشد.

بنا اعمال تحقیق جرایم بوسیله اداره امنیت ملی در مخالفت با حکم ماده (۱۳۴) قانون مذکور قرار میگیرد. موضوع به کمیسیون هم آهنگی ارگانهای حراست قانون تحت ریاست جناب محترم بها صاحب محول شود تا مراجع ذیربط را در جریان قرار دهند.))

تحقیق امنیت ملی را خارنوالی امنیت ملی صحنه می گذارد و باستناد تحقیقات و اتهام نامه مرتبه مستنطق ریاست تحقیق صورت دعوی را ترتیب مینماید این خود میرساند که تحقیقات ریاست تحقیق صیغه قانونی ندارد.

در حالیکه نظر متذکره حسب مصوبه (۰۶۴۹) مورخ ۱۳۸۶/۹/۲۰ به تأیید مقام شورای عالی ستره محکمه رسیده است بملاحظه نظر مدققین قضائی مذکور نکات اتی را قابل تذکر میدانم.

۱- ماده (۱۳۴) قانون اساسی کشور عزیز ما افغانستان در مورد سه مطلب صراحت داشته.

الف - کشف جرایم ب - تحقیق جرایم ج - اقامه دعوی علیه متهم در محکمه - که ازان جمله فقط مرحله کشف جرایم را از صلاحیت پولیس و دوم مرحله دیگر را عبارت از تحقیق جرایم و اقامه دعوی متهم بوده از صلاحیت و وظایف مختص به خارنوالی وانمود کرده است حالانکه مدققین موصوف بدلائل اینکه اتهام نامه مرتبه مستنطق ریاست ملی را خارنوالی امنیت ملی صحنه می گذارد و با استناد تحقیقات و اتهام نامه مرتبه مستنطق ریاست تحقیق صورت دعوی را ترتیب مینماید این خود میرساند که تحقیقات ریاست تحقیق صیغه قانونی داشته در قضایای متذکره تحقیق مستنطق ریاست تحقیق امنیت ملی را قانونی دانسته اند که تحلیل و نظر مذکور بمقایسه ماده (۱۳۴) قانون مذکور قابل غور و دقت میباشد.

۲ - مدققین محترم قضائی ریاست تدقیق و مطالعات با ستناد و اتکاء تعدیل ماده (۲۶) قانون کشف و تحقیق منتشره جریده رسمی شماره (۴۹۸) مورخ ۱۳۶۰/۱۰/۱ نظر فوق شان را ابراز داشته اند در حالیکه قانون اساسی مذکور بتاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴ هـ ش نافذ و به اساس ماده (۱۳۴) ان صلاحیت تحقیق و اقامه دعوی علیه متهم از صلاحیت و وظایف خارنوالی دانسته شده و از جانبی هم مصوبه (۶۹۴) مورخ ۱۳۸۶/۹/۲۰ مقام محترم شورای عالی که ذریعه متحدالمال (۳۰۲۴) الی (۳۰۸۰) مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۵ ریاست محترم دارالانشا به کافه محاکم کشور خبر داده شده با توضیح شماره (۲۹) پرسش ریاست محکمه استیفاء نگرهار مندرج ص (۹۲) و قسمتی از ص (۹۳) سیمینار عالی روسای محاکم منعقدہ تاریخی ۱۲- ۱۷/ ۸ / ۱۳۸۶ که طی تصویب (۶۶۵) مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۹ مقام محترم شورای عالی ستره محکمه تأیید شده در تضاد قرار دارد.

رهنمود های سنت نبوی صلی الله علیه وسلم در مورد دعاوی و مسائل متعلقه آن

مدعی و مدعا علیه :

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته : البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه .

(جامع الترمذي ، مع حاشية تحفة الاحوذی ، جلد دوم ، ص ۲۸۰) .

از عمرو بن شعيب روایت است که وی از پدرش و پدرش از جدش روایت نموده که پیامبر صلی الله علیه وسلم در خطبه خود فرمود : شاهد آوردن برمدعی و قسم خوردن برمدعا علیه است .

شرح : مدعی کسی را گویند که برخلاف یک امر ظاهری ثابت کردن چیزی جدید را تقاضا کند ، و مدعی علیه کسی را گویند که حالت موجود را جائز و برحق داند ، هرچند که این تعریف برای مدعی و مدعی علیه تعریف جامع و متفق علیه نیست که بتوان بار ثبوت را بردوش مدعی گذاشت و مدعی علیه را ازان بری الذمه پنداشت .

عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن اليمين علي المدعي عليه . هذا حديث حسن صحيح والعمل إلي هذا عند أهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم أن البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه .

(جامع الترمذي ، جلد دوم ، ص ۲۸۰ مع تحفة الاحوذی)

از حضرت عبد الله بن عباس روایت است که رسول الله صلی الله علیه وسلم فیصله نمودند که قسم خوردن برمدعی علیه است . این حدیث در مرتبه حسن و صحت قرار دارد ، صحابه کرام و سایر اهل علم بر مقتضی همین حدیث عمل نمودند که شاهد آوردن بر ذمه مدعی و قسم خوردن برمدعی علیه است .

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه .

(جامع الترمذي ، جلد دوم ، ص ۲۸۰)

عمرو بن شعيب از پدر خود (شعيب بن عبد الله) و او از پدرش عبد الله بن عمرو بن عبد رضي الله عنهما روایت نموده اند که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود : ثبوت کردن برعهده مدعی و قسم خوردن برعهده مدعا علیه است .

شرح : این قاعده با این الفاظ به کثرت در احادیث متعدد بیان گردیده است که بعضی علماء علم حدیث این حدیث را حدیث متواتر اللفظ خوانده اند ، اگر فرضاً این حدیث را بصفت حدیث متواتر اللفظ نه پذیریم ، ولی در حدیث متواتر المعنی بودن آن کدام شک و تردیدی وجود ندارد . چون رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده اند : ليعطي الناس بدعواهم لادعي رجلا أموال رجال ، ولكن اليمين علي المدعي عليه .

(المصنف ، عبد الرزاق ، جلد هشتم ص ۲۷۴)

هرگاه به دعوی مردم ترتیب اثر داده شود ، یقیناً عده ای از مردم اموال مردم دیگری را برای خود دعوا می کردند ، اما قاعده این است که برمدعی علیه قسم خوردن لازم است .

شرح : این فرموده رسول الله صلی الله علیه وسلم درسلسله گفتگوی طویل یک صحابی نقل گردیده است که در روایت دیگری با اندک تغییری در الفاظ خواهد آمد که بدان مناسبت رسول الله صلی الله علیه وسلم این مطلب را بیان فرمودند ، خلاصه مطلب اینست که انسان طبیعتاً حریص و آزمند است اگر برای این حرص و آزار انسان حدود و قیودی وضع نگردد ، یقیناً انسانها در پی حصول اموال و از بین بردن جان های یکدیگر خواهند شد ، و به ناحق مال دیگران را تصاحب خواهند نمود ، بناءً برای جلوگیری از همچو رخدادی شریعت اسلامی اصول و ضوابطی را وضع نموده است ، بطوریکه درین اصول چنین آمده است که نخست باید از مدعی برای اثبات ادعایش ثبوت و اسناد خواسته شود ، اگر مدعی نتوانست که دلیل و اسنادی معتبر را برای تثبیت ادعایش بیاورد و یا هم به نسبت نداشتن دست آویز معتبر برای اثبات مدعایش از دعوی خود دستبردار نگردد و برصحت ادعایش اصرار ورزد ، درینصورت بنابر مطالبه وی (اگر محکمه لازم داند) می تواند مدعی علیه را قسم دهد .

اگر مدعی علیه قسم خورد و از صحت دعوی مدعی انکار ورزید ، همانست که دعوا خاتمه می یابد ، اما اگر مدعی علیه از قسم خوردن انکار ورزید حالت دعوا صورت دیگری بنخود می گیرد ، بطوریکه در دعاوی متعلق به حدود در چنین صورتی دعوا خاتمه می یابد ، اما در مورد سایر دعاوی فقهاء کرام نظرهای متفاوتی دارند که تفصیل آن را در باب های متعلق آن بیان خواهیم نمود .

شرح : ازین حدیث چنین معلوم می شود که هرگاه نزد مدعی دلیل و شاهدهی موجود نباشد درانصورت برمدعی علیه قسم داده می شود برابر است که مدعی علیه درقسم خود راستگو باشد و یا دروغگو فیصله به جانب وی صورت می گیرد و غیر ازین برای تصاحب حق دیگر راه وجود ندارد .

عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : البينة علي من ادعي واليمين علي من أنكر إلا في القسامة .

(سنن الدار قطنی ، جلد دوم ، ص ۵۱۷ ، طبع دهلی) .
از ابوهریره رضی الله عنه روایت است که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود : شاهد پیش کردن حق مدعی است و قسم خوردن ذمه منکر است مگر درقسامت که ازین قاعده مستثنی است .

شرح : اصول قسامت ازین قاعده مستثنی است بطوریکه قسامت در اصل خود یک قرینه است برای اثبات حق ، ویران در وقتی عمل کرده می شود که اسناد قوی تري غیر آن موجود نباشد .

خودداری کردن مدعی و یا مدعی علیه از حضور در محکمه
عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول لنا : إذا خاصم الرجل الآخر فدعا أحدهما صاحبه إلي الرسول ليقضي بينهما فمن أبي أن يجيء فلا حق له .

(مجمع الزوائد : علی بن ابی بکر هیشمی ، ج ۴ ص ۱۹۸) (به حواله الطبرانی ، المعجم الکبیر)
از سمره رضی الله عنه روایت است که رسول الله صلی الله علیه وسلم برای ما می گفت : وقتی مردی باکسی مخاصمه کند و یکی از ایشان نزد رسول خدا آید و از وی فیصله درمورد ایشان را مطالبه کند پس کسیکه از آمدن ابا و رزد پس وی را دران دعوا حق نبود .

شرح : این یک حقیقت روشن است که از رفتن به پای محکمه (آنها محکمه منصف اعظم حضرت رسول اکرم صلی الله علیه وسلم) شخص انکار می ورزد که موقف وی ضعیف و دعوایش اساسی نداشته باشد ، ورنه شخص را یقین بدان باشد که وی حق است پس او را از رفتن به محکمه چه عامل می تواند باز دارد .

وعن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول : إذا طالب الرجل الآخر فدعا أحدهما صاحبه إلي الذي يقضي بينهما فأبي أن يجيء فلاحق له .

(مجمع الزوائد ، علی بن ابی بکر هیشمی ج ۴ ص ۱۹۸)
از حضرت سمره رضی الله عنه روایت است که رسول الله صلی الله علیه وسلم می گفت : وقتی مردی از دیگری مطالبه حق نماید و از میان این دو یکی دیگرش را نزد قاضی فرا خواند تا

عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لو يعطي الناس بدعواهم لادعي ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين علي المدعي عليه .

(مسلم کتاب الاقضية ج ۲ ص ۷۴)

از حضرت عبد الله بن عباس رضی الله عنهما روایت است که پیامبر صلی الله علیه وسلم فرمود : اگر مردم به مقتضای دعوی شان داده شوند محققاً مردمانی عرض وجود خواهند کرد که خون ها و مال های مردم را دعوا می کنند ، ازینرو برمدعی علیه قسم خوردن لازم است .

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ص المدعي عليه أولي باليمين إذا لم تكن بينة .

(السنن الکبری ، بیهقی ج ۱۰ ص ۲۵۶ ، المصنف ، عبد الرزاق)

عمرو بن شعيب از پدر خود شعيب بن عبد الله واو از جدش عبد الله بن عمرو بن العاص رضی الله عنهما روایت نموده گفته است : رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود : (وقتی مدعی ثبوتی نداشته باشد) مدعی علیه به قسم خوردن سزاوار تر است .

شرح : ازین حدیث این مطلب روشن می گردد که وقتی مدعی برای اثبات مدعای خود دلیل و شاهدهی نداشته باشد درچنین صورتی برمدعی علیه قسم لازم آید .

عن علقمة بن وائل بن حجر الحضرمي عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كنده إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي : يا رسول الله إن هذا غلبني علي أرض كانت لابي ، فقال الكندي : هي أرض في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة ؟ قال لا ، قال فلک يمينه ، قال يا رسول الله إنه فاجر ليس بيالي ماحلف ، ليس يتورع من شيء ، فقال : ليس لك منه إلا ذلك .

(أبو داود ، ابواب القضاء ، جلد دوم ص ۱۵۴ نو لکنهو ۱۲۹۳هـ)

از علقمة بن وائل بن حجر حضرمی روایت است که وی از پدرش روایت نموده گفته است : شخصی از حضرموت و شخصی از كنده نزد رسول الله صلی الله علیه وسلم آمدند ، مرد حضرمی گفت : ای رسول الله این شخص زمین را که از پدرم بود به زور از من تصاحب نموده است ، و شخص کندي گفت : این زمین در تحت تصرف من است و من دران کشت نمودم و دران کسی حق دار نیست ، پیامبر صلی الله علیه وسلم برای شخص حضرمی گفت آیا شاهدهی داری ؟ گفت : نه . گفت پس برای تو قسم خورد ، گفت : ای رسول الله او مرد بد کاری است پروای از قسم خوردن ندارد ، او درهیچ چیزی تقوا پیشه ندارد ، رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود : تو بروی غیر ازین دیگر حق نداری .

قضاء

شرح: این ارشاد پیامبر گرامی نه تنها شامل آنهایی می شود که در مقام فتوا نشسته اند، بلکه شامل همه کسانی می گردد که درمسأله ای از مسائل نقطه نظر شرع را بیان می دارند، به این ترتیب اگر کسی حکمی را بیان می دارد، و این حکم وی غلط ثابت گردد، و یا کسی نا فهمیده و یا بر بنیاد محض اعتماد عمل نماید بار گناه اینهمه به آن شخص برمی گردد که چنین فتوا و یا حکمی را صادر نموده است، ازینرو برای هر مسلمان لازم است که درهرجا بطور عام و در مقام محکمه بطور خاص در بیان و توضیح مسائل شرعی کمال احتیاط و باریک بینی را مراعات نماید.

گناه دعوی کاذب:

عن أبي ذر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من ادعى مالى له فليس منا وليتبوأ مقعده من النار.

(سنن ابن ماجه، طبع لکنهو، ۱۳۱۵ هـ - ص ۱۶۹)

از ابوذر رضي الله عنه روایت است که وی از رسول الله صلى الله عليه وسلم شنیده است که می فرمود: کسی مالی را دعوا کند که از وی نباشد، چنین شخصی از جمله ما نیست و او را بایست که جایگاه خود از آتش مهیا سازد.

شرح: درین وعید درپهلوی این شخص که ادعای کاذبانه دارد تمام آنهاییکه دروغ او را تایید می نمایند اعم از وکلاء، اقارب و دوستان شامل خواهند بود، این وعید شدید بدان جهت است که دعوی دروغین گناهان زیادی را دربردارد ازقبیل: دروغ گفتن، محکمه را فریب دادن، نظام عدالت را مختل کردن، و مال غیر را به ناحق خوردن و سایر گناهان دیگر.

وکالت در دعوی دروغین و همکاری بدان:

عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعان علي خصومة لا يعلم أحق أم باطل فهو في سخط الله حتي ينزع.

(مجمع الزوائد، جلد چهارم، ص ۲۰۱ به حواله طبرانی در الاوسط)

از ابوهریره رضي الله عنه روایت است که گفت: رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمود: کسی درخصومتی همکاری کند که نداند آن خصومت براساس حق است و یا باطل، چنین شخصی در قهر و غضب خدا خواهد بود تا آنکه خود را ازان کناره سازد.

شرح: این حدیث به نوبه خود می رساند که وکلای که ازموکلین شان در محکمه دفاع می کنند آنها را بایست که خود را از حق بودن دعوی موکل شان مطمئن سازند ورنه در دعوی ناحق و یا مشکوک از ایشان دفاع نمودن مفهوم آن را دارد که این وعید شامل حال آنها گردد.

رهنمود های سنت نبوی (ص)

درمورد ایشان فیصله کند و او از آمدن خودداری نماید باید بداند که او را در دعوایش هیچ حقی نیست.

شرح: درصورت عدم اسباب ثبوت علت عدم حضور یکی از طرفین موجه و معقول بوده باشد درانصورت این حدیث شامل حال وی نمی گردد، حدیث مذکور فقط کسی را دربر می گیرد که بدون عذر معقول از رفتن به پای محکمه ابا ورزد.

مصالحت و رضایت نامه (ابراء کردن) نوشتن

عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون علي شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً.

(جامع الترمذي، ج دوم ص ۲۸۴)

کثیر بن عبد الله بن عمرو بن عوف مزنی از پدر خود (عبد الله بن عمرو بن عوف) و او از جد خود (یعنی پدرش عمرو بن عوف مزنی رضي الله عنه) روایت نموده که رسول الله صلى الله عليه وسلم فرموده است: صلح آوردن درمیان مسلمانان جایز است مگر آن صلح که حلال خدا را حرام و یا حرام خدا را حلال سازد (جایز نیست) و اینکه همه شرط های مسلمانان قابل تعمیل است مگر آن شرط که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال سازد (جایز نیست).

شرح: در شریعت اسلامی دعوی که به مصالحه حل گردد بهتر و مورد تایید است، اما به این شرط که این مصالحه در مخالفت باتعالیم شرع نبوده باشد، این مصالحه را می توان رضای نامه میان طرفین خواند، فقهاء کرام نوشته اند: قاضی باید قبل از روی دست گیری قضیه مورد دعوا و رسمی ساختن آن در محکمه طرفین را به صلح و مصالحه بخواند و قضیه شان را درمیان متخاصمین و به رضایت ایشان حل و فصل کند، و اگر متخاصمین به حل آن در میان خویش به توافق نه رسند درانصورت می توانند قضیه شان را در محکمه رسمی سازند.

مشوره قانونی نادرست

عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أفتي بفتيا غير ثبت فانما إنثمه علي الذي أفتاه.

(احمد، ابن ماجه به حواله المنتقى ج ۲ ص ۹۲۴)

از ابوهریره رضي الله عنه روایت است که پیامبر صلى الله عليه وسلم فرمود: کسیکه فتوا دهد بدون آنکه به درستی فتوی خود بداند، گناه آن فتوا به عهده فتوا دهنده خواهد بود.

پژوهش و نگارش:
محمد عثمان «ژوبل»

رکن وکالت از نظر شریعت و قانون

- ۳ -

وکالت عقدیست غیر لازم:

وکالت عقد جایز و غیر لازم است زیرا وکالت یک امر تبرعی است و در تبرعات التزام و جود ندارد و از این امر مسایل سه گانه ذیل متفرع می گردد:

- ۱- در وکالت خیار شرط داخل نمی شود. حتی اگر مؤکل به وکیل بگیرد که مال مرا بفروش بشرطیکه سه روز دران خیار باشد در اینصورت وکالت صحیح بوده و شرط باطل است.
- ۲- هرگاه وکیل چنین ادعا نماید که من درین خصوص وکیل فلان شخص می باشم این ادعا صحیح و قابل قبول نیست، اما اگر ادعای وکالت را در ضمن دعوی نمود قابل سمع است. بطور مثال: وکیل بالای مدیون چنین ادعا نمود که من از جانب فلان شخص غایب در مورد دعوی و اخذ دین از مدعی علیه وکیل می باشم در مقابل مدعی علیه در خصوص دین اقرار نمود، ولی وکالت را رد کرد در صورتیکه وکیل وکالت را ثابت ساخت حکم به تسلیم حق غایب برای وکیل صادر می شود و طوریکه در ماده (۱۵۱۶) مجله الاحکام آمده است هر واحد از مدعی و مدعی علیه هر شخصی را که خواسته باشند می توانند وکیل تعیین نمایند، رضاء جانب مقابل شرط نیست.

۳- همانگونه که مؤکل می تواند هر وقتی که بخواهد وکیل را از وکالت عزل کند، وکیل نیز می تواند زمانیکه اراده کند، وکالت را قبول نماید. اما در حالیکه حق غیر بامر وکالت مطرح باشد وکیل عزل نمی گردد و تا انجام کار بوظیفه مربوط موظف است. مثلاً طوریکه در ماده (۱۵۲۱) مجله الاحکام توضیح شده است، رهن در موقعی که مهلت استیفاء دین فرا رسیده باشد بدون اجازه مرتهن وکیل خویش را معزول کرده نمی تواند. (۵۸)

اذن و اجازه در حکم توکیل است:

بموجب ماده (۱۴۵۲) مجله الاحکام، اذن و اجازه در حکم توکیل است.

۵۸- در الاحکام، جلد سوم، ص (۴۹۸ و ۴۹۹) به استناد کتاب های رد مختار و هندیه

سن أبي درء رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أئما رجل شد غضبا علي مسلم في خصومة لاعلم له بها فقد عاند الله حقه وحرص علي سخطه وعليه لعنة الله تتابع الي يوم القيامة.

(علي بن ابي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد، جلد چهارم، ص ۲۰۱) به حواله طبراني. حضرت ابودرداء از رسول الله صلى الله عليه وسلم روايت نموده كه وي فرمود: هر كسيكه بر مسلمانان در مورد خصومتی كه او را بدان علمي نيست از شدت و خشونت كار گيرد در حقيقت او با الله تعالي دشمني كرده و به خشم آوردن الله حرص ورزيده است، بر چنين شخصي تا روز قيامت لعنت خدا باد.

عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعان علي خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله. (سنن ابوداود، جلد دوم، ۱۵۰، نولكشور ف ۱۲۹۳).

از حضرت عبد الله بن عمر روايت است كه رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمود: كسيكه در مورد خصومت و يا دعوايي كمك ظالمانه اي نمايد در حقيقت اسباب غضب الله را فراهم ساخته است.

شرح: اين حديث به نوبه خود براي همه كساني كه دعاوي و قضاياي ناحق را كمك مي كنند تازيانه ادب است كه بريشت آنها مي نوازد، نبايد شخص مسلمان با كمك به دعاوي كاذب و باطل مردمان بي گناه را اذيت دهد، و وكلاي كه از مؤكل شان باوجود يقين داشتن به باطل بودن دعاوي مؤكل شان باموشگافي هاي خاص كه بريء را مجرم و مجرم را بريء مي سازند متوسل گردند كه در صورت چنين كاري هم چو وكلاء شامل وعيد فوق الذكر شده و غضب الهي به سر شان فرو خواهد ريخت.

قضاء

یا وصی و ولی اجازه دهد بیع نفاذ می یابد، در غیر آن فسخ میگردد. مگر برای اجازه موقوف است که هریک از بایع و مشتری مجیز و مبیع موجود باشد. اگر یکی از چیزهایکه ذکر شده است هلاک شود اجازه صحت نمی یابد.»
از اینرو اجازه بعدی در حکم وکالت قبلی است.

اجازه مالک به سببی ضرورت است که ملکیت از تعرض مصون بوده و مطابق قواعد فقهی ذیل که در مواد (۹۵-۹۷) مجله الاحکام مسجل می باشد، تصرف در ملک غیر، مجاز نمیباشد:

- ۱- امر به تصرف در ملک غیر باطل است. ماده (۹۵)
- ۲- هیچکس به ملک غیر بدون اجازه مالکش حق تصرف را ندارد. (ماده ۹۶)
- ۳- برای هیچکس جواز ندارد مالی دیگری را بدون سبب شرعی بگیرد. (ماده ۹۷) - (۶۰)

موارد صحت و نفاذ اجازه:

اجازه مالک در عقود موقوف در مالی نفاذ می یابد که عقد مذکور را صریحاً رد نکرده باشد، موارد ذیل از جمله حالاتی است که اجازه بعدی در حکم وکالت قبلی محسوب نمیگردد:

- ۱- در صورتیکه مالک بعد از فسخ بیع فضولی، به ابقای بیع اجازه دهد، این اجازه عقد بیع مفسوخ را به بیع صحیح منقلب نمیگرداند.
- ۲- هرگاه شخصی مالی دیگری را به عقد فضولی به اجاره دادو مالک آن را فسخ نمود، اجازه بعد از فسخ در صحت معامله تاثیر ندارد. زیرا بموجب ماده (۵۱) مجله الاحکام ((الساقط لایعود کما ان المعدوم لایعود)) چیزیکه ساقط شد عود نمیکند، طوریکه معدوم عود نمی نماید.
- ۳- وقتی عقد اجاره باوفات مستأجر فسخ گردید و صاحب مال اجرت را از شریک مقیم مأجور اخذ کرد، اجازه بعدی در اجاره فسخ شده، جواز ندارد. (۶۱)

۲- اجاره:

عقد اجاره فضولی طوریکه در ماده (۴۴۷) مجله الاحکام توضیح شده است، موقوف به اجازه مالک میباشد، در صورتیکه مالک اجازه دهد در حکم وکالت سابقه محسوب میگردد. ماده مذکور حاوی متن ذیل است:

- ۶۰- در الاحکام، جلد سوم، ص (۵۰۰) و مجموعه قواعد و مسایل فقهی مجله الاحکام، جلد اول، ص (۲۴۹).
- ۶۱- همان منبع، ص (۵۰۱).

رکن وکالت از نظر شریعت و قانون

طوریکه بیان گردید وکالت عقدی است که بموجب آن شخصی دیگری را از جانب خود باجرای امری قائم مقام می گرداند و صلاحیت خود را به او تفویض می نماید. همان گونه که در بخش الفاظ ایجاب توضیح گردید اذن و اجازه نیز در حکم توکیل است یعنی چنانکه وکالت با ذکر یکی از الفاظ ایجاب انعقاد می یابد ممکن است با ذکر الفاظ (اذن) و (اجازه) نیز منعقد گردد.

پس اگر شخصی به دیگری گفت که ترا به فروش مال خود مأذون گردانیدم در واقع به فروش مال وکیل تعیین شده است و یا گفت ترا به فروش مال خود اجازه دادم، باز هم به فروش مال متذکره وکیل است. به همین ترتیب اگر شخصی به دیگری گفت که ترا به قبض اسبی که آنرا خریداری کرده ام و درید بایع موجود است اذن دادم، وی حق قبض ولد اسب مذکور را دارد همچنان موصوف صلاحیت قبض ولد این اسب را که بعد از توکیل تولد شده است دارا می باشد، اما صلاحیت قبض مولود قبل از زمان توکیل را حایز نمی باشد این حکم در مورد ثمر بوستان نیز قابل تطبیق است. (۵۹)

اجازه بعدی در حکم وکالت قبلی است:

از جمله قواعد وکالت یکی این است که اجازه بعدی در حکم وکالت سابقه محسوب میگردد. این موضوع در ماده (۱۵۵۸) قانون مدنی به عبارت ذیل مسجل گردیده است: «اجازه و امر حکم وکیل گرفتن را داشته و فرستادن در حکم وکیل گرفتن است. اجازه بعدی حکم وکالت سابقه را دارد».

و طوریکه مجله الاحکام در ماده (۱۴۵۳) توضیح نموده است، در صورتیکه شخصی مالی دیگری را بطور فضولی بفروش رساند، سپس صاحب مال از موضوع خبر شد و به نفاذ بیع مذکور اجازه داد، چنین محسوب میگردد که فروشنده از اول وکیل بوده است. این قاعده در عقود مانند بیع، اجاره، هبه که از جمله عقود موقوف بحساب می آیند، قابل تطبیق میباشد.

۱- بیع:

در صورتیکه شخصی مال دیگری را بطور فضولی بفروش برساند، این بیع به مقتضای حکم ماده (۳۶۸) مجله الاحکام بیع موقوف است زیرا بموجب ماده مذکور (دریعی که حق غیر بدان تعلق گیرد مانند بیع فضولی و بیع موهون، انعقاد بیع موقوف به اجازه همان غیردانسته میشود. و طوریکه در ماده (۳۷۹) مجله الاحکام آمده است: «در بیع فضولی اگر صاحب مال یا وکیل آن

۵۹- در الاحکام، جلد سوم، ص (۵۰۰) به استناد کتب: هندیه، بحر و رد مختار.

قضاء

باین ترتیب اجازه بعدی در حکم وکالت قبلی محسوب میگردد. اما باید در نظر داشت که اگر وقتی به بیع فضولی لاحق میگردد که هریک از بایع، مشتری، مجیز (اجازه دهنده) و مبیع قایم و موجود باشند، در غیر آن اثری بر آن مرتب نمی گردد. (۶۶)

رسالت

رسالت عبارت است از رساندن کلام یکی بدیگری بدون اینکه تصرف رساننده در آن دخیل باشد برای رساننده کلام مبلّغ (رسول) و برای صاحب کلام (مرسل) به صیغه اسم فاعل و برای شخصی که کلام به او رسانده میشود به صیغه اسم مفعول (مرسل الیه) گفته میشود. حاصل مطلب اینکه وکیل مباشر عقد است و رسول مبلّغ قول مرسل بحساب میآید و اضافت عقد به مرسل تعلق میگیرد.

مثلاً: شخصی بدیگری گفت: نزد فلان شخص برو خبریده که این مال خود را با این مقدار پول بالایش فروختم. این شخص نزد شخص مورد نظر آمد و گفت: فلان شخص گفت: من این مال را در بدل این مبلغ بالای شما فروختم. به این شخص که مبلّغ قول مرسل است، رسول گفته میشود و به شخصی که پیام به او آورده است مرسل الیه می گویند.

وکیل به اضافت عقد مجبور نیست. هرگاه خواسته باشد عقد را به خود نسبت دهد درینصورت حکم وکالت جاری میگردد و در صورتیکه اضافت عقد را به موکل نسبت دهد، درین حال حکم رسالت جاری میشود. اما رسول در هر حال مکلف است تا اضافت عقد را به مرسل نسبت دهد و این موضوع از آیه مبارکه «یا ایها الرسول بلغ ما انزل الیک من ربک» یعنی «ای رسول برسان آنچه فرو آورده شده است بسوی تواز جانب پروردگار تو» - (۶۷) و آیه مبارکه «ما أنت علیهم بوكیل» یعنی «تو نیستی برای شان متعهد (وکیل) - (۶۸) که مبین نفی وکالت و اثبات رسالت میباشد، بخوبی آشکار است.

۶۶ - شرح اتاسی بر مجلة الاحکام، جلد (۴)، کتاب وکالت، ص (۴۰۶) و متن در آن، ترجمه

امان الله موج سمنگانی، (ترجمه غیر مطبوع) ص (۹).

۶۷ - قرآن مجید، سوره مائده، آیت (۶۷).

۶۸ - قرآن مجید، سوره انعام آیت (۱۰۷).

رکن وکالت از نظر شریعت و قانون

«نفعاد اجازه فضولی موقوف به اجازه متصرف آن است. هرگاه متصرف صغیر یا مجنون بوده و اجرت مثل باشد اجازه فضولی موقوف به اجازه ولی یا وصی آن منعقد میگردد. اما در صحت اجازه، قیام و بقاء چهار چیز شرط است: عاقلین، مال، معقود علیه و بدل اجازه که از جمله عروض باشد و اگر یکی از آنها معدوم گردد اجازه صحیح نمیگردد. (۶۹)

۳ - هبه

در صورتیکه شخصی مال مملوک دیگری را هبه نمود، مطابق حکم ماده (۸۵۷) مجلة الاحکام این هبه موقوف به اجازه مالک مال است.

ماده مذکور متن ذیل را در بر دارد:

«لازم است که موهوب مال واهب باشد. پس اگر شخصی مال دیگری را هبه نمود صحت ندارد. اما در صورتیکه صاحب مال بعد از هبه بآن اجازه داد، هبه صحیح میشود». (۷۰)

قبض دین

هرگاه شخص ثالث دین داین را از مدیون بطور فضولی قبض کرد و دین عیناً درید فضول موجود بود و داین اجازه داد، درینصورت عمل شخص فضول در حکم وکالت سابقه حمل میگردد. (۷۱)

اجازه قولی و فعلی

اجازه بعدی همانگونه که به (قول) صورت میگیرد به (فعل) نیز میتواند تحقق پذیرد. بطور مثال مدیون دین خود را توسط شخصی به دائن ارسال کرد، شخص مذکور موضوع را به دائن اخبار نمود، دائن نیز باین موضوع ابراز رضایت بعمل آورد ولی قبل از اینکه دین را از نزد وی قبض کند، او را به خرید مالی امر کرد و مبلغ مذکور قبل از خرید مال درید مامور تلف گردید، این تلف بر دائن حمل میگردد زیرا اذن بر قبض دین قبلاً اتمام پذیرفته و مأمور در حکم وکیل سابق دانسته شده است.

در مثال فوق اجازه به قول و بر فعل به هر دو صورت گرفته است. (۷۲)

۶۹ - مجموعه قوا عد و مسایل فقهی مجلة الاحکام، جلد اول، ص (۱۸۷).

۷۰ - منبع قبل الذکر، ص (۱۳۷).

۷۱ - در الاحکام، اثر قبل الذکر، ص (۵۰۳).

۷۲ - همان منبع، همان صفحه.

منابع ، مأخذ و منقول عنه:

۱. أناسی، محمد خالد. شرح مجلة الاحکام ، جلد (اول) ، کتاب هبه (متن عربی)، انتشارات کویته ، میزان مارکیت ، مکتبه اسلامیه ، ۱۴۰۳ ق .
۲. أناسی، محمد خالد. شرح مجلة الاحکام ، جلد (چهارم) ، کتاب وکالت ها (متن عربی)، انتشارات کویته ، میزان مارکیت ، مکتبه اسلامیه ، ۱۴۰۳ ق .
۳. أناسی ، محمد خالد. شرح مجلة الاحکام ، کتاب وکالت ها (متن دری) ، ترجمه : «قضاوت پوه امان الله موج سمنگانی»، (غیر مطبوع).
۴. افندی، علی حیدر. دررالاحکام.(شرح مجلة الاحکام) ، جلد اول، انتشارات : مکتبه العربیه ، کانسی رود، کویته ، سال طبع ذکر نیست.
۵. ژویل ، محمد عثمان. مجموعه قواعد و مسایل فقهی مجلة الاحکام. جلد اول و جلد دوم. کابل: انتشارات ستره محکمه ج.ا.ا ، طبع مطبعه بهیر ، ۱۳۸۱ .
۶. وزارت عدلیه افغانستان ، «قانون مدنی»، جلد سوم – حق . جریده رسمی ، کابل : مطبعه دولتی، شماره فوق العاده (۳۵۳) مورخ ۱۵ جدی ۱۳۵۵ .

لیک : قاضی احمد شاه سلیم

عقوبات التفویضی یا تعزیرات

په اسلامی شریعت کی عقوبات په دوه ډوله دی:

- ۱ - مقدره عقوبات
 - ۲ - غیر مقدره یا تفویضی عقوبات
- مقدره عقوبات هغه جزاګانی دی چی خدای (ج) په قرآن کریم کی دجرم دمرتکبینو لپاره د مجازاتو په توګه ټاکلی دی □ چی هغه عبارت دی □ د زنا حد، د شراب څښلو حد ، د سرقت حد، د حرابت یا لاروهنی حد ، د ارتداد حد او د قذف د حد □ څخه په دی عقوباتو کی هیڅ قسم کمی او زیاتی نه شی کیدای ، که د تطبیق او پلی کیدو په لړکی یی لږ زره کمی یازیاتی راشی □ نو چارواکی ورباندی ګناهګاریږی او دخدای (ج) په وړاندی به مسول وی .
- غیر مقدره یا تفویضی عقوبات □ چی فقهاء کرام یی په تعزیراتو سره پیژنی ، دا هغه جزاګانی دی چی ښکاره نص یی په تعین دجزا کی نه وی □ دهغوی صلاحیت ، اندازه او کیفیت داسلامی دولت امیر یا دهغه نایب (قاضی) ته سپارل شوی دی.
- د تعزیری جزاګانو د ټا کلو لپاره اجتهاد شرط دی، یعنی ددی عقوباتو کمیست او کیفیت په اجتهاد پوری اړه لری که هغه دامیر او یایی د نایب اجتهاد وی .

د تعزیر پیژندنه :

تعزیر دلغت له مخی په ګڼو معنا وو سره راغلی دی □ دمنع په معنا سره دی ، لکه چی وایی : عزیر فلان من الباب. د اهانت په معنا سره دی □ لکه چی وایی : عزیر فلان فلاناً □ همداسی د تعظیم او نصره په معنا سره هم راغلی دی □ لکه په دی قول د څښتن تعالی کی (لتؤمنوا بالله ورسوله وتعزروه) الفتح / ۹ (ای تعظموه وتنصروه) دا ټولی معنا وی د تعزیر سره اړیکی

ضمانت کیدای شی ۱ همداسی دتغزیراتو په پلي کیدو او تطبیق سره هم په ټولنه کې دجریمو څخه مخنیوی کیدای شی اوهم مجرمین په سزا رسیدای شی ۲ ترڅو د هغوی مجازات د دوی لپاره تادیب او دنورو لپاره عبرت شی ، د تغزیراتو په مشروعیت کې یو حکمت دا دی ۳ چی حدود په لږ شک او شبهه سره له منځه ځي او په مرتکب باندی حد ساقطیږي . نو کله چی دمرتکب څخه حد ساقط شی او غالب گومان کیدای شی چی د څرگندو قرائنو له مخی به ده جنایت یا معصیت ترسره کړی وی ۴ نوکه څه هم دی دحد څخه خلاص شی ۵ مگردتغزیر څخه نه خلاصیږي . ځینی خلک جرم په زیات ځانگړی مهارت سره ددی لپاره ترسره کوی چی حد ورڅخه ساقط شی ، نو کله چی د هغه څخه حد ساقط شی دا په دی معنا نه ده ۶ چی هیڅ قسم عقوبت او جزا به ورته نه ورکول کیږي ۷ بلکه د ده لپاره تغزیری جزا شته ۸ هغه حاکم او قاضی ته مفوضه ده ۹ لکه دمثال په توگه دزنا په جرم کې د رجم لپاره شرط دا دی ۱۰ چی څلور کسان به یی په ځانگړی حالت وویني اوپا به دقاضی په وړاندی شهادت ادا کوی ۱۱ نو ددی وروسته به قاضی ورباندی درجم دمجازات حکم کوی ۱۲ نوکه یو څوک پرته له دی چی څلور کسان یی وویني اوهغه زناوکړی اویایی دڅلور کسانوڅخه کم وویني اویایی یوازی په ځانگړی حالت ونه وینی ۱۳ بلکه په مباشر حالت یی پرته دزنا دپردی ښځی سره وویني ۱۴ نو د هغه لپاره به هیڅ قسم عقوبت او جزا نه وی ؟

که د دا ډول پېښو او جرمونو مخه ونه نیول شی ۱۵ نو ښکاره ده چی ټولنه دستونزو ، کشمکش او ناآرامیو سره مخ کیږي او جرمونه ورسره ډیریری دمجرمینو کچه ورسره لوړیږي ۱۶ نو له دی امله اسلامی شریعت د خپل حکمت او مصلحت له مخی د داسی جرمونو د مرتکبینو لپاره تغزیرات وضع کړی دی ۱۷ ترڅو په ټولنه کې فتنه او فساد پیدا نه شی او دجرمونو مخه ونیول شی،مجرمین مجازات شی،عدالت او امنیت تامین شی .

دتغزیرد وجوب شرطونه :

درلودای شی ۱ ځکه چی کله جانی ته تغزیر ورکړل شی ، دا دهغه لپاره په راتلونکی کې دجرم کولو څخه منع کیدای شی اوپا په ښکاره دهغه لپاره یو ډول توهین دی ، مگر په حقیقت کې دهغه تعظیم او ورسره نصرت دی یا دهغه په تغزیر کې د ټولنی تعظیم اونصرت دی . په فقهی اصطلاح کې جانی او مرتکب ته دمعصیت او جنایت په بدل کې په هغه صورت کې چی د جنایت لپاره مقررہ جزا نه وی اونه په کی کفارہ وی ۲ مشروعه عقوبت ته تغزیر ویل کیږي ، خو دا عقوبات به دقرانکریم او نبوی سنتو ترسیوری لاندی ټاکل کیږي ۳ برابره خبره ده ۴ چی تغزیر دحق الله په برخه کې وی اویا په حق العبدی برخه کې وی اویا هم په حق الله اوحق العبدی دواړو کې وی ۵ هغه چی دحق الله برخه کې وی ۶ لکه پرته دشرعی عذر څخه په رمضان کې روژه خوړل ۷ یا لکه دجمهور وعلماو په نزد د لمونځ په پرښودونکی تغزیر یا لکه په سود کولو کې تغزیر او حق العبدی لکه ۸ د پر دی ښځی سره مباشرت پرته دزنا څخه او په حق الله اوحق العبدی لکه په غلا کولو کې تغزیر چی غلا اوسرقت نصاب ته نه وی رسیدلی او یا غلا د غیر محترز مال، همداسی په رشوت ، اختلاس امانت کی خیانت ، ښکښلو ، وهلو او داسی نوروکی تغزیر په دی ټولو قضیو کې تغزیر مطلق رایي دامیر یا دهغه نایب (قاضی) ته سپارل شوی دی چی هغه هرقسم دمصلحت سره سم لازمه وگڼی کولای شی مجرم ته تغزیر ورکړی که هغه دمجرم بندی کول وی یا شړل اویاهم وهل او یا بل ډول وی ۹ لکه چی حضرت عمر (رض) به د جانی سرخریلو او یا به یی شړلو .

اصل اومشروعیت دتغزیر:

اصل او دلیل په مشروعیت دتغزیر باندی د پیغمبر اکرم (ص)هغه حدیث شریف دی چی بخاری،مسلم اوابوداود ذکر کړی دی چی فرمایي (لاتجلدوا فوق عشر جلدات الا فی حد من حدود الله) تاسو جانی مه وهی دلسو کوږو څخه زیات،مگر وهی یی په هغه صورت کې چی جنایت په حدودو د خدای (ج) کی وی.

اسلامی تغزیرات په حقیقت داسلامی شریعت دجنایی قوانینو دویمه مهمه برخه ده چی لومړی برخه یی حدود او قصاص دی او دویمه برخه یی تغزیرات دی ، چی ددی په ترسره کیدو سره په ټولنه کې دانسانانو ځان ، مال ، عزت ، دین ، عقل ، ناموس او انسانی کرامت د ساتلو

چی تعزیر له منځه یوسی. دا ځکه چی اصل مقصود پری نه بنودل شی چی هغه زجر او عقوبت دجانی دی .

اندازه او کیفیت دتعزیر:

دلته مهمه دا ده چی دجنایت اومعصیت حجم ته باید وکتل شی که جنایت یا معصیت غټ وی نو جانی ته باید تعزیر هم زیات ورکړی شی او که وړوکی وی نو تعزیر هم باید کم وی. بله خبره دا ده چه د جانی او مجرم حالت ته باید وکتل شی. که جانی داسی کس وی چی لږ تعزیر هم ورته کافی وی. نو باید لږ تعزیر ورکړل شی او که په لږ تعزیر اصلاح او تادیب نه کیدو نوهم باید زیات ورته ورکړل شی. لکه چی امام مالک (رح) د دی حدیث شریف (لاتجدل و فوق عشر جلدات الا فی حد من حدود الله) په اړه وایی: دا دهغه وخت یعنی د پیغمبر اکرم (ص) دزمانی دخلکو پوری خاص دی. ځکه چی دهغه وخت خلکو (صحابه کرامو) طبیعتونه پاک او سپیڅیلی وه. دهغوی لپاره لږ تعزیر هم کافی و. همداسی که جانی داسی کس وی. چی په جنایت یا معصیت یی خوبه نه وه او دا دقضا په وړاندی ثابتته او څرگنده شی چی په جنایت او معصیت پینمانه دی. نو باید لږ تعزیر ورته ورکړل شی او یا داسی څوک وی چی د جنایت یا معصیت په اړه دتکرار یا تداوم تصور ورڅخه نه کیدو نوهم باید ورته لږ تعزیر ورکړل شی او که داسی نه وی نو باید ورته ډیر تعزیر ورکړی شی. همداسی په تعزیر کی د جنایت اومعصیت تکرار او تداوم هم باید په نظر کی ونیول شی، که جانی فعل تکرار کړی وی او یا ورباندی تداوم لری. نو باید ورته سخت تعزیر ورکړل شی.

بیا هم تعزیر رایې د حاکمه اوقاضی ته مفوض دی، ترکومه چی هغه په تعزیر کی حکمت اومصلحت وینی چی ورسره تادیب د جانی او اصلاح د ټولنی او دعدالت او امنیت تامینول ترسره کیږی. د تعزیر دایره د هغه لپاره پراخه او غیر مقیده ده. کولای شی دخپل اجتهاد سره سم په هرکمیت او کیفیت چی وی جانی ته تعزیر ورکړی. ترڅو د جانی لپاره تادیب او د ټولنی لپاره دعبرت درس شی او همدا د اسلامی شریعت غوښتنه ده.

دتعزیر د وجوب لپاره یوازینی شرط دا دی. چی جانی به عاقل وی. هرڅوک چی دجنایت او معصیت مرتکب شی. که هغه نر وی یا بنځه. لوی وی او که ممیز وړوکی وی. مسلمان وی او که کافر وی. تعزیراً مجازات کیدای شی. خو وړوکی تادیباً تعزیر کیږی. نه عقوبتاً. په تعزیری جزاگانو کی د اصلی جزاگانو په څیر دامهمه ده چی جرم به ثابت وی او دجرم داثبات وسایل هم هغه دی کوم چی د نورو جرمونو د اثبات لپاره ضروری دی. لکه اقرار، بینه، یمین، نکول او..... دا ځکه چی پرته دکوم شرعی موجب او دلیل هیڅوک نه شی کولای بل څوک مجازات کړی.

په تعزیر کی عامه قاعده او فارمول دا دی چی هرڅوک د منکر کار یا نورو ته د ضرور رسولو دفعل مرتکب شی تعزیر کیږی که هغه جنایت وی، جنحه یا قباحت او یا نور معصیت وی. ټول فقها کرام په دی متفق دی چی هر هغه معصیت چی ټاکل شوی حد ورلره نه وی. په هغه کی تعزیر دی.

ځینی فقها کرام دتعزیر په اړه وایی! تعزیر واجب دی کله چی جانی د جنایت اومعصیت مرتکب شی امام یا دهغه نایب هیڅکله نه شی کولای چی هغه پرېږدی اومعاف یی کړی، پر جانی تعزیر داسی واجب دی لکه چی په حد کی واجب دی.

امام شافعی (رح) وایی: تعزیر واجب نه دی. حاکم او نایب یی کولای شی په هغه صورت کی چی دبنده حق ورپوری نه وی ترلی جانی پرېږدی او وی بښی.

امام ابوحنیفه (رح) وایی په هغه صورت کی چی تعزیر یوازی دبنده دحق پوری اړه لری حاکم اوقاضی کولای شی چی جانی پرېږدی او وی بښی نو په دی صورت کی تعزیر واجب دی، دا ځکه چی حاکم او قاضی نه شی کولای دبنده حق له منځه یوسی. مگر دهغه په خوبه او په حق الله که یی مصلحت وگڼلو کولای شی. مجازات یی کړی او که مصلحت یی نه گڼلو کولای شی پرېږیدی.

ځینی فقها وایی: امیر په تعزیر کی یوازی د کمیت صلاحیت لری یعنی د شدت او خفت هغه هم د مصلحت له مخی د خپل اجتهاد په اساس. مگر د تعزیر د وصف صلاحیت نه لری. یعنی

همداسی کله تعزیرات د وخت او زمانی پوری هم اړه لری د وختونو په تیریدو جنایتونه اومعصیتونه سره بیل وی لکه په یوه زمانه کی یو قسم جنایتونه اومعصیتونه ډیروی په بل وخت کی بل قسم جنایتونه اومعصیتونه ډیروهمداسی د یوی سیمی کی تربلی سیمی سره توپیرلری په دی ټولو صورتونو کی امیراو حاکم دوخت کولای شی د وخت اوسیمی د جنایتونو اومعصیتونو دله منځه وړلو اومخنیوی په خاطر دمصلحت سره سم په هماغه ډول او اندازه تعزیرات وضع کړی .

فقهاء کرامو لږترلږه دتعزیر اندازه دری کورپی بنودلی ده خو په ډیره اندازه دتعزیر کی دفقهاو کرامو ترمنځ سره اختلاف دی چی په راتلونکو کړنوکی به یی ولیکو .

آیا تعزیر دحد څخه زیاتیدای شی ؟

په دی اړه فقهاء کرام په خپلو کی سره اختلاف لری امام شافعی (رح) امام احمد (رح) او امام محمد رح وایی : تعزیر باید دحد اندازی ته ونه رسیږی یا په بل عبارت تعزیر باید دحد څخه لږ ترلږه یو کوره کم وی دوی استدلال په دی حدیث شریف کوی: (من بلغ حدا فی غیرحد فهو من المعتدین) چا چی پرته دحدودو دخدای (ج) څخه په حد کی زیادت وکړو نو هغه له تیری کونکو څخه شمارل کیږی .

امام ابویوسف (رح) وایی: تعزیر باید اتیا کورو ته ونه رسیږی یعنی داتیاو کورو څه کم وی نوموړی وایی چی تعزیر باید لږ ترلږه پنځه کورپی د اتیاو څخه کم وی ، نوموړی هم په پورته ذکر شوی حدیث شریف باندی استدلال کوی .

امام مالک (رح) وایی: تعزیر امام ته مفوض دی او د هغه د اجتهاد پوری اړه لری دمصلحت سره سم چی هغه وغواړی جانی ته تعزیر ورکړی ورکولای یی شی نوموړی استدلال کوی چی دتعزیر اندازه او کیفیت معلوم نه دی ، اندازه او کیفیت یی امام او امیر ته سپارل شوی نو چی هغه هر قسم وټاکه جایز دی هغه د ذکرشوی حدیث شریف په اړه وایی چی هغه دپیغمبر اکرم

(ص) دزمانی پوری خاص دی ځکه دهغه وخت دخلکو (صحابه کرامو رض) طبیعتونه پات او سپیڅلی وه دهغوی لپاره لږ تعزیر هم کافی وه .

امام ابوحنیفه رح وایی په هغه صورت کی چی په جانی قتل نه وی لکه قتل بالمثل او فاحشته الرجال (لواطت) که تکراری وی نو امام کولای شی دمصلحت سره سم فاعل اومرتکب یی قتل کړی ، همداسی په نورو صورتونو کی هم که امام مصلحت ووینی کولای شی جانی قتل کړی له دی څخه دا نیتجه په لاس راځی چی دا امام ابوحنیفه (رح) په نزد چی کله حاکم مصلحت ووینی کولای شی جانی ته تعزیر دحد څخه پورته ورکړی او چی مصلحت یی ونه وینی نه شی کولای .

آیا تعزیر بالمال شته ؟

ځینی فقها وایی تعزیر بالمال نه شته دوی وایی تعزیر بالمال اوس منسوخ دی . امام مالک (رح) وایی هرڅوک چی وایی مالی عقوبت منسوخ دی دوی په ښکاره خطا دی او دا نظر غلط دی نوموړی امام وایی دوی په دی اړه هیڅ کوم دلیل نه شی وړاندی کولای . ځینی نور فقهاء (رح) بیا په دی نظردی چی تعزیر بالمال یا مالی عقوبت شته دوی استدلال کوی چی تعزیر حاکم ته مفوض دی هغه یی چی په هر قسم ټاکی دمصلحت لپاره جایز دی . امام ابویوسف (رح) وایی: حاکم کولای شی جانی ته تعزیر بالمال ورکړی یعنی مال ورڅخه واخلي .

خو داخستلو معنی دا ده چی مال ورڅخه واخستل شی او خونندی وساتل شی ، د خستلو دا معنی نه ده چی مال ورڅخه امیر د خان یا بیت المال لپاره واخلي ځکه چی هیچاته دا جایزه نه ده چی پرته دکوم شرعی دلیل څخه دچامال واخلي .

ابن عابدین (رح) په خپل کتاب ردالمختار کی لیکلی دی چی دتعزیر مال به دحاکم سره تریوی مودی وساتل شی ځکه جانی تو به وایستله او پنبیمانه وه بیرته به ورکړل شی او که یی تو به و نه ایستله و به ساتل شی .

دا ځکه چی پردی حق پرته دکوم شرعی دلیل او دمالک دخوښی بل ته نه دی جایز چی ورڅخه یی واخلي او تصرف په کی وکړی .

قضاء

دويم: د فقهاو او مجتهدينو لخوا چې هغوی یی دوخت دغو بنسټو او مصلحت په اساس د قرآن کریم او نبوی سنتو په رڼا کی وضعی قوانین تدوین کړی چې دینه فرعی قوانین هم ویل کیږی او د قانون په توګه یی د دولت امیر منظور او تایید کړی دمنظوری اوتایید وروسته مرعی الاجرا ګرځی او په قاضیانو یی تطبیق اوپلی کول او په عام اولس یی منل واجب دی.

دریم: خپله دموظفو قاضیانو لخوا چې ورته د امیرنایبان هم ویل کیږی یعنی چې د وړاندی تدوین شوی عقوبات او تعزیرات موجود نه وی او د امیرلخوا موظفوقاضیانو ته صلاحیت ورکړل شوی وی.

هغوی کولای شی چې د شریعت د حکمونو او غوښتنو سره سم د مصلحت له مخی دجنایت او معصیت د اندازی او څرنگوالی له مخی مرتکب چې ته یی تعزیری جزا وټاکي اوپه اجرائیه ځواک یی پلی کول او تطبیق لازمی یی دی.

اخستنې

الفقه الاسلامی وادلته د وهبة الزحیلی (رح) - فقه السنة د سید سابق (رح) - الاسلام عقیده وشریعة د محمود شلتوت (رح) - ردالمختار د بن عابدین (رح) - المبسوط د سرخسی (رح).

قضاوت وال عبدالصیر فایز

سیری در قانون مدنی افغانستان

۸-

شروط صحت ازدواج:

صحت عقد ازدواج مشتمل برده شرط است که بعضی آن بین فقهاء اتفاقی بوده و بعضی آن اختلافی که قرار شرح ذیل توضیح میگردد:

۱ - خانم از جمله محرمات مؤقتی ویا از جمله محرماتی که در آن شبه و یا خلاف بین فقهاء درموارد تزویج معتده طلاق باین، تزویج خواهر مطلقه ایکه در عدت قرار دارد، جمع بین دو زن

عقوبات التفویضی یا تعزیرات

ابن قیم (رح) وایی: تعزیر بالمال شته، ځکه چې پیغمبر اکرم (ص) صحابی دهغی برخی دغنیمت چې ورته رسیدله په نه ورکولو تعزیر کړی دی.

مګر د ډیرو فقهاو (رح) ارجح قول دا دی چې تعزیر بالمال نه شته ځکه چې مالی عقوبت یا تعزیر په زورسره د پردی مال اخستل دی پرته دکوم شرعی دلیل او دهغه دخوښی څخه او په دی اړه کوم صریح نص هم نه شته.

زما په آند هم تعزیر بالمال نه شته او جایزه دی چې ځکه یو خوا په تعزیر بالمال کوم څرګند دلیل نه شته چې بل خوا تعزیر بالمال یا مالی عقوبت کی دپردی مشروع حق سلېول دی او هېڅوک نه شی کولای پرته دکوم شرعی دلیل او یا د مال دڅښتن دخوښی چې دهغه مال واخلي اوتصرف په کی وکړی چې که ورته هر نوم ورکړل شی یا په هره توګه ورڅخه واخستل شی دا دپردی حق مال په زور او جبر سره اخستل دی او دهغه څخه دخپل ملکیت سلېول دی چې دا شرعا جایز نه دی.

د ابن قیم (رح) استدلال ځکه پرځای نه دی چې وایی: پیغمبر اکرم (ص) صحابی (رض) د غنیمت په برخه په نه ورکولو تعزیر کړی وه چې دهغه صحابی (رض) لادخپلی برخی مالک او څښتن نه وه ګرځیدلی اونه دهغه په خپله برخه کی تصرف کړی وه چې د دی دا معنا چې صحابی یی یوازی دغنیمت دبرخی محروم کړی وه نه تعزیر.

تعزیرات به څوک او څرنگه ټاکي؟

دی کی شک نه شته چې تعزیر او عقوبت دوخت امیر یا دهغه نایب (قاضی) ته مفوض دی. خو تعزیرات او عقوبات د دری لارو څخه منځ ته راتلای شی.

لومړی: خپله د امیر دوخت لخوا دهغه داجتهاد په وسیله ټاکل کیږی چې دهغه ددی صلاحیت لری چې دخپل اجتهاد له مخی دمصلحت سره سم داسلامی فقهی پرمېنا یعنی د قرآن کریم او نبوی سنتو دبنودنو او حکمونو ترسیوری لاندی قوانین وضع او ترتیب کړی او دتطبیق اوپلی کیدو حکم یی صادر کړی په دی صورت کی یی چې په قاضیانو پلی کول اوپه عام اولس یی منل واجب دی چې ځکه چې د مسلمان دولت دامیر اطاعت او حکم منل واجب دی.

۳- تکمیل نصاب: این شرط نزد همه فقهاء لازم است پس نکاح نزد شاهد واحد منعقد نمی گردد. چنانچه در حدیثی که قبلاً ذکر شد: (لا نکاح الا بولی و شاهدی عدل) علمای احناف (رح) ذکر نمودند: پدر، کسی را مأمور نمود که دختر خورد او را به نکاح بدهد شخص مطابق امر پدر دختر وی را به نکاح داد اگر پدر دختر و یک شاهد حاضر باشند، نکاح جایز است زیرا خود پدر بخاطر اتحاد مجلس مباشر عقد است و وکیل سفیر و معبر می باشد پس شخص مزوج شاهد باقی میماند. اگر پدر غایب باشد نکاح مزوج صحت ندارد بخاطر اختلاف مجلس پدر مباشر عقد شده نمیتواند.

اگر پدر، دختر بالغه خود را و کالتاً در حضور یک نفر شاهد به نکاح داد، اگر دختر حاضر باشد نکاح جایز است و اگر غایب باشد نکاح جایز نیست.

۴- ذکورت: نزد جمهور علماء غیر از احناف (رح) شرط است که هر دو نفر شاهد عقد نکاح مرد باشد پس عقد نکاح در حضور شهادت زنان و یا در حضور یک مرد و دو زن جایز نیست چنانچه زهری فرموده است: (مضت السنة الاتجوز شهادة النساء فی الحدود ولافی النکاح و لافی الطلاق) رواه ابو عیید فی الاموال. دیگر اینکه عقد نکاح مال نیست، غالباً در مجالس نکاح زنان حضور نمی یابند اما علمای مذهب احناف (رح) میگویند: شهادت یک مرد و دو خانم در عقد ازدواج مانند موضوعات مالی جایز است. بدلیل اینکه زنان اهلیت تحمل و ادای شهادت را دارند، اینکه در حدود قابل قبول نیست بخاطر شبهه به سبب احتمال نسیان و غفلت و عدم تشبث و حدودی که است به شبهات ساقط میشود.

۵- حریت و آزادی: نزد جمهور علماء غیر از حنابله شاهدان باید آزاد باشند پس عقد ازدواج بخاطر عظمت و مهم بودن آن در حضور دو نفر غلام صحت ندارد، دلیل دیگر اینکه غلام ولایت نفس خود را ندارد و حق شهادت را بخاطر عدم ولایت ندارد پس ولایت بالای دیگران نیز ندارد و شهادت از باب ولایات است.

۶- عدالت: شاهد باید از استقامت و پیروی تعالیم دین بهره مند باشد، اگر این عدالت ظاهری هم باشد درست است مانند اینکه شخص مستور الحال باشد، مجاهر به فسق و انحراف نباشد. دیگر اینکه شهادت از باب تکریم عقد ازدواج و اظهار شأن آن است در حالیکه فاسق از اهل اهانت است پس عقد توسط وی مکرم نمی شود.

۷- اسلام: به اتفاق فقهای کرام شرط است که شاهد مسلمان باشد این در صورتی است که زوجین مسلمان باشد.

۸- در صورت مرد بودن یکی از آنها نکاح میان شان حرام است، نباشد پس اگر این محلیت فرعی متحقق نگردد عقد نزد علمای احناف (رح) فاسد است.

اما اگر منکوحه از جمله محرمات اصلی و موبدی باشد مثل، خواهر، دختر، عمه، خاله، این از جمله شروط انعقاد عقد بوده که در صورت عدم تحقق محلیت اصلی عقد به اتفاق فقهای کرام باطل است که هیچ آثار بر آن مرتب نمی گردد.

۲- صیغه ایجاب و قبول موبدی باشد نه مؤقتی:

اگر عقد ازدواج مؤقت به وقت گردد نکاح باطل است. طور مثال نکاح به الفاظ تمتع صورت گیرد مثلاً بگوید: تمتع بک الی شهر کذا و خانم در جواب گفت: قبول دارم و یا اینکه نکاح مؤقت به وقت معلوم و یا مجهول گردد مثل اینکه: تزوجتک الی شهر کذا اوسنة کذا اومدة اقامتی فی هذا البلد. در کل صورت های فوق نکاح صحت ندارد، نوع اول آن به نکاح متعه معروف است و نوع دوم آن به نکاح موقت که انشاءالله در مباحث بعدی روی آن بحث خواهیم نمود.

۳- حضور شاهد در عقد نکاح:

مذاهب اربعه اتفاق دارند بر اینکه شهادت در عقد نکاح از جمله شروط صحت آن محسوب میشود پس نکاح بدون حضور دو نفر شاهد به غیر از ولی صحت ندارد. لقوله علیه السلام: فیما روت عائشة (رض) (لانکاح الا بولی و شاهدی عدل) رواه الدارقطنی وابن حبان.

زیرا در شهادت حفظ حقوق زوجه و ولد صورت میگیرد تا اینکه در آینده زوج منکر نشود همچنان در شهادت دفع تهمت از زوجین بوده ودلالت میکند بر اهمیت عقد ازدواج.

شروط شهود در عقد نکاح:

برای اینکه در آینده به آن حکمی مرتب شود باید شاهدان عقد نکاح از شرایط ذیل برخوردار باشند:

۱- شاهد باید عاقل باشد، پس شهادت دیوانه بر عقد ازدواج صحت ندارد بخاطریکه هدف از شهادت اعلان و اثبات عقد ازدواج در آینده در حین انکار است و شخص دیوانه در این مورد فاقد اهلیت است.

۲- بلوغ: شهادت صبی ولو که ممیز هم باشد صحت ندارد بخاطریکه به حضور صبیان اعلان و تکریم عقد صورت نمی گیرد.

نزد علمای احناف (رح) حقیقت رضاء شرط صحت نکاح نمی باشد پس نکاح و طلاق برای اکراه و هزل جایز است. بخاطریکه شخص مکره قاصد عقد است. لکن به حکمی که مرتب شده به آن راضی نبوده است پس او مثل هازل است و هزل مانع صحت عقد نکاح نمی باشد، لقول النبی علیه السلام: (ثلاث جدهن جد وهذلهن جد: النکاح و الطلاق والرجعة) سه چیز است که تصمیم هم جدی است و مزاح هم جدی است، نکاح، طلاق و رجوع به خانم مطلقه در ایام عدت طلاق رجعی.

۵- مشخص بودن زوجین: علماً شافعیه و حنابله (رح) میگویند: عقد صحت ندارد مگر بالای زوجین مشخص زیرا مقصود در نکاح تعیین زوجین است پس بدون تعیین زوجین نکاح صحت ندارد پس اگر ولی گفت: برایت دختر خود را به نکاح دادم این عقد صحت ندارد تا اینکه دختر خود را به اسم، صفت و یا اشاره تعیین ننماید. خلاصه اینکه در صورتیکه نکاح توسط اولیای طرفین عقد صورت گیرد باید زوجین مشخص باشد. شرط مذکور را علمای شافعیه و حنابله ذکر نمودند که شرط معتبر به غرض صحت نکاح میباشد.

۶- زوجین و یا ولی آنها در حال احرام حج نباشند: نزد جمهور، غیر علمای احناف در صورتیکه یکی از عاقدین در حال احرام حج باشد نکاح صحت ندارد لقوله علیه السلام:

(لاینکح المحرم ولا ینکح) رواه مسلم عن عثمان (رض) علمای احناف (رح) میگویند: این شرط صحت ازدواج نمی باشد پس نکاح محرم و محرمه و یا ولی در صورتیکه در حال احرام باشند جایز است. بدلیل اینکه نبی علیه السلام بنابر روایت ابن عباس (رض) همراهی میمونه بنت حارث (رض) ازدواج نمود در حالیکه محرم بودند.

اما راجح قول اول است بخاطریکه به اساس روایت دیگر که نقل شده است نبی علیه السلام همراهی میمونه (رض) ازدواج نمودند در حالیکه حلال بودند، در صورتیکه دو خبر تعارض نماید به کثرت روایت راجع میشود، زیرا از طرف روایت زیاد روایت مبنی بر حلال بودن نبی علیه السلام نقل شده است.

۷- نکاح در مقابل مهر باید باشد: این شرط و دو شرط بعدی را علمای مالکیه (رض) ذکر نمودند، باید نکاح در مقابل مهر صورت گیرد اگر در حین عقد ذکر نکرد پس ضرور است که وقت دخول ذکر نماید شرط نزد علمای مالکیه وجود صداق و مهر است پس ازدواج بدون آن صحت ندارد لکن ذکر آن در وقت عقد شرط نیست بلکه مستحب است.

علمای احناف (رح) به این شرط اکتفاء نموده است در صورتیکه زوجه مسلمان باشد. پس اگر یک مسلمان با یک ذمیه در حضور دو نفر شهود ذمی ازدواج نمود جایز است. اگر هر دو زوج و زوجه غیر مسلمان بودند، پس شهادت دو نفر کتابی نزد علمای احناف (رح) جایز است. ۸- شاهد باید بینا باشد: نزد علمای شافعیه در روایت اصح شاهد عقد نکاح باید اعمی و کور نباشد. زیرا اقوال ثابت نمیشود مگر به معایت شخص کور قادر به تمیز بین مدعی و مدعی علیه نمیشود. اما نزد جمهور علماء شهادت اعمی در صورتیکه کلام طرفین عقد را بشنود جایز است، شهادت در باب نکاح شهادت به قول است پس شهادت به تسامع در نکاح و سایر معاملات که شهادت به تسامع جایز بوده در نکاح هم جایز است، زیرا شهادت به تسامع در موضوعات مثل: نکاح، موت، نسب و ولایت قاضی جایز است.

۹- شهود کلام عاقدین را بشنوند: نزد اکثر علماء شرط است که شهود کلام عاقدین و هدف ایشان را درک نمایند پس نکاح به شهادت دو شخص نایم منعقد نمیشود همچنان نکاح در حضور شخص سکران و مست که کلام طرفین را درک نکند منعقد نمیگردد.

همچنان به شهادت اعمی که زبان عربی را نداند و یا به زبان عاقدین که بلد نباشد نکاح منعقد نمیشود. ادای شهادت هم، در وقت ضرورت و اختلاف لازم است و کسیکه زبان عاقدین را نداند مقصود از شهادت حاصل نمیشود. همین قول، مذهب راجح نزد علمای احناف (رح) است.

۴- رضا و اختیار طرفین عقد:

نزد جمهور علماء غیر احناف (رح) شرط است که عقد نکاح در حال رضاء و رغبت تام صورت گرفته باشد، اگر عقد نکاح به اساس اکراه صورت گیرد این عقد فاسد است لقوله علیه السلام (ان الله تجاوز لی عن امتی الخطأ و النسیان و ما استکرها علیها) و اخرج النسائی عن عائشة (رض) (ان فتاة هی الخنساء ابنة خدام الانصاریه- دخلت علیها، فقالت ان ابی زوجنی من ابن اخیه یرفع بی خسیسته و انا کارهة قالت اجلسی حتی یاتی رسول الله (ص) فجاء رسول الله، فقالت قد اجزت ما صنع ابی ولكن اردت ان اعلم النساء ان لیس للاباء من الامر شیء). سبل السلام ج ۳ (۱۲۲).

بروایت حضرت عائشه صدیقه (رض) خنساء دختر خدام انصاری آمد گفت پدرم مرا به پسر برادرش به نکاح داده است حضرت عائشه صدیقه (رض) برایش گفت: بنشین تا که رسول الله مبارک بیاید زمانیکه نبی علیه السلام آمد دختر گفت: آنچه پدرم انجام داده من قبول دارم لکن خواستم که برای زنان بدانانم که پدران حق اجبار دختران خود را به نکاح ندارند.

میگیرد، هر زمانیکه زوجین عاقل، بالغ و آزاد باشند عقد آنها نافذ بوده و آثاری بر آن مرتب نمیگردد، امام محمد (رح) میگوید: زمانیکه خانم بالغه و عاقله بدون ولی خود را به نکاح داد، نفاذ عقد موقوف به اجازه ولی میباشد. اما اگر عقد ازدواج توسط صبی ممیز و یا غلام صورت گیرد، پس عقد نزد علمای احناف و مالکیه موقوف به اجازه ولی مثل پدر و سید میباشد و اگر عقد توسط خود مجنون (دیوانه) و یا صبی غیر ممیز صورت گیرد. اصلاً عقد منعقد نمیگردد. نزد علمای شافعیه و حنابله (رح) تصرفات غلام، صبی ممیز و غیر ممیز اصلاً منعقد نشده بلکه باطل است.

۲- در صورتیکه زوج خودش مباشر عقد بود باید رشید باشد: این شرط نزد علمای مالکیه (رح) میباشد، پس اگر شخص سفیه (کسی است که عاقلانه در مال خود تصرف نمی کند) غیر رشید باشد عقد ازدواج وی موقوف به اجازه ولی میباشد.

علمای شافعیه و حنابله (رح) گفته اند: رشد شرط صحت عقد ازدواج است پس اگر شخص سفیه بدون اجازه ولی اش ازدواج نماید، عقد وی باطل است زیرا عقد ازدواج تصرفی است که موجب مال میگردد، در عقد ازدواج، دفع مهر و نفقه، اتلاف مال و یا گمان اتلاف مطرح است. علمای احناف (رح) گفته اند: رشد از جمله شرط صحت ازدواج و یا نفاذ آن نمی باشد، پس اگر سفیه ازدواج نمود جایز است زیرا ازدواج از جمله حوائج اصلی و تصرفات شخصی وی است، حجر زمانی مطرح بحث است که تصرفات مالی محض باشد، لکن برای خانم در صورتیکه زوج سفیه باشد، زیاده از مهر مثل ثابت نمیگردد.

۳- عاقد باید در حین موجودیت ولی اقارب ولی ابعاد نباشد: پس اگر ولی ابعاد در حین موجودیت ولی اقرب عقد را انجام داد، نزد علمای احناف (رح) نفاذ عقد مذکور موقوف به اجازه ولی اقرب است. مثل پدر کلان در وقت موجودیت پدر.

نزد علمای شافعیه و حنابله (رح) شرط مذکور از جمله شروط صحت ازدواج است، پس عقد ولی ابعاد در حین موجودیت ولی اقرب صحت ندارد نزد علمای مالکیه (رح) اگر ولی اقرب غیر مجبور باشد مثل ابن، برادر، پدر کلان و کاکا عقد مع الکراهیت صحت داشته و اگر ولی اقرب مجبور بود مثل پدر، عقد ولی ابعاد قابل فسخ است مگر اینکه ولی اقرب اجازه دهد.

۴- باید وکیل از صلاحیت های که موکل برایش داده است تجاوز نکند: طور مثال: کسی شخصی را مؤظف نمود که برایش فلانه دختری را در بدل مهر معلوم نکاح نماید، پس وکیل بر خلاف تقاضای موکل خویش اجراء نمود، عقد مذکور نافذ نبوده موقوف به اجازه موکل میباشد. پس اگر در صورت غیر علم مقاربت جنسی نمود برایش خیار اجازه عقد و یا فسخ آن

اما جمهور علماء به این نظر اند که عقد نکاح در وقت عدم ذکر مهر فاسد نمی شود و یا به اشتراط عدم مهر و یا ذکر چیزیکه شرعاً مهر نباشد فاسد نمیشود زیرا مهر در عقد نه رکن است و نه شرط بلکه حکم از احکام عقد است. پس خلل در مهر کدام تأثیری بالای عقد ندارد این قول راجح است. زیرا مهر چیزی است که از طرف شارع مقدر است.

۸- عدم توافق زوجین به کتمان عقد نکاح نزد مردم:

این شرط نزد علمای مالکیه (رح) میباشد. زمانیکه موافقت بین زوجین و شهود بر کتمان عقد نکاح از نظر مردم صورت گیرد عقد ازدواج صحت ندارد.

اما جمهور علماء میگویند: اگر اتفاق زوجین همراهی شهود به کتمان ازدواج از نظر مردم صورت گیرد عقد فاسد نمیشود زیرا اعلان ازدواج به مجرد حضور دو نفر شاهد متحقق میشود.

۹- هر دو و یا یکی از زوجین در حال مریضی خطرناک نباشد: پس نکاح مریض و مریضه ای که خوف هلاک وی متصور باشد صحت ندارد. نزد علمای مالکیه (رح).

۱۰- موجودیت ولی: وجود ولی در عقد نکاح نزد جمهور علماء غیر از احناف شرط است، بدلیل حدیثی که از حضرت عایشه (رض) ذکر است: (ایما امرأة نکحت بغیر اذن ولیها فنکاحها باطل، باطل، باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها الحدیث) رواه احمد والاریعه الا النسائی. سبل السلام ج ۳ ص ۱۱۷.

علمای احناف (رح) در ظاهر الروایت از امام ابوحنیفه و ابی یوسف (رح) میگویند: خانم عاقله، حره و رشیده که نکاح وی منعقد گردیده صحت دارد ولایت نزد ایشان مستحب است اما نزد امام محمد (رح) نکاح منعقد میشود، موقوف در صورت اول هم نزد امام ابوحنیفه و امام ابو یوسف (رح) اگر عاقله غیر کفو را به ازدواج اختیار نمود حق اعتراض برای ولی باقی است.

دلیل علمای مذهب احناف به استناد آیه ۲۳۰ و ۲۳۲ سوره بقره و ۲۳۳ میباشد که در آیات مذکور نسبت نکاح به خود عاقله شده است.

دلیل شان از حدیث این است که: (الثیب احق بنفسها من ولیها و البکر تستأمر و اذنهن سکوتها). و دیگر احادیث زیاد وجود دارد که حق نکاح را به خود عاقله داده است.

شروط نفاذ عقد:

نزد علمای احناف (رح) بخاطر نفاذ عقد بعد از انعقاد صحیحی شروط ذیل به غرض ترتب اثر آن ضرور است:

۱- در صورتیکه طرفین عقد ازدواج خود شان و یا وکلای شان مباشر عقد باشد لازم است که دارای اهلیت کامل شرعی بوده باشد: کمال اهلیت به سبب عقل، بلوغ و حریت صورت

۲- باید زوج کفو و مماثل زوجه باشد: وقتی که خانم حره، بالغه و عاقله نفس خود را به رضایت اولیا در مقابل مهر مثل به غیر کفو به نکاح داد، و ولی او به این عقد رضاء نبود، برای ولی حق مطالبه فسخ نزد قاضی باقی است. در ظاهر الروایت این شرط نزد علمای احناف (رح) میباشد. همچنان بقیه ائمه مذاهب گفتند: کفایت در جانب زوج شرط صحت ازدواج نبوده بلکه شرط لزوم ازدواج است، پس نکاح در صورت فقدان آن صحیح میباشد و این حق برای خانم و عموم اولیاء ثابت است. پس اگر خانمی با غیر کفو ازدواج نمود و از جمله اولیاء کسیکه به این عقد راضی نبود حق مطالبه فسخ عقد مذکور را دارد.

۳- مهر، بالغ به اندازه مهر مثل باشد: وقتی که خانم حره، عاقله و بالغه نفس خود را با غیر کفو بدون رضایت اولیاء به نکاح دهد، از مهر مثل کمتر نباشد در صورتیکه با شخص کفو ازدواج نماید. این شرط نزد امام ابو حنیفه میباشد، پس اولیا حق اعتراض و طلب فسخ را دارند. نزد امام ابو یوسف و محمد (رح) شرط نبوده و نکاح بدون آن لازم میگردد.

۴- زوج از عیب های مثل: مقطوع الذکر و نامردی در وقت عدم رضایت، خالی باشد.

خلاصه شروط ازدواج نزد علمای احناف (رح):

۱- شروط ایجاب و قبول:

الف- ایجاب و قبول باید به الفاظ مخصوص باشد که آن لفظ صریح است و یا کنایه، لفظ صریح آن است که به لفظ تزویج و نکاح و یا آنچه که معنای آنرا افاده نماید، میباشد برابر است که به لفظ ماضی باشد و یا مضارع به شرطی که دلالت کند بر حال و فوریت به لفظ طلب به وعده ازدواج ولی به لفظ امر نباشد.

الفاظ کنایه الفاظی است که محتاج به نیت است و یا اینکه قرینه ای باشد دال بر معنای ازدواج، مثل: لفظ هبه، صدقه، تملیک بیع و شراء که نیت ازدواج در آن باشد اما به لفظ اجاره، وصیت، اباحت، احلال، عاریت، رهن، تمتع، اقاله و خلع، ازدواج صورت نمی گیرد.

ب: ایجاب و قبول هر دو در مجلس واحد باشد.

ج: الفاظ ایجاب و قبول به سمع عاقدین و یا وکلای شان برسد.

د: الفاظ ایجاب و قبول موقت به وقت مانند: ماه و یا سال نباشد که این نکاح متعه بوده نزد علمای اهل تسنن جواز ندارد.

ه: قبول مخالف ایجاب نباشد.

۲- شروط عاقدین:

بالی است. برای خانم مهر مسمی و مهر مثل لازم است. زیرا عقد موقوف مثل حکم عقد فاسد است.

۵- باید عاقد فضولی نباشد: فضولی کسی است که حق ولایت تزویج را در وقت عقد نداشته باشد. شرط مذکور نزد علمای احناف و مالکیه (رح) شرط نفاذ عقد است، پس اگر شخصی خانمی را برای کسی بدون اجازه، وکالت و ولایت به نکاح داد عقد مذکور موقوف به اجازه طرف اصلی عقد میباشد اگر اجازه داد عقد نافذ بوده در غیر آن نافذ نمی باشد. اما نزد علمای شافعیه و حنبله (رح) عقد شخص فضولی باطل است.

شروط لزوم عقد:

معنای لزوم عقد این است که حق فسخ عقد برای یکی از عاقدین و یا غیر ایشان بعد از انعقاد عقد، باقی نمی ماند. برای لزوم عقد ازدواج چهار شرط ذیل ضرور است:

۱- ولی مزوج برای شخص فاقد اهلیت مثل: مجنون و معتوه و یا ناقص اهلیت مثل صغیر و صغیره، پدر و پدرکلان باشد.

شرط مذکور نزد امام ابو حنیفه و محمد (رح) میباشد. پس اگر غیر از پدر و یا پدرکلان این کار را انجام دادند، برای هریک از طرفین عقد بعد از زوال جنون و عته و تکمیل اهلیت خیار فسخ عقد باقی است.

دلیل امام ابو حنیفه و محمد (رح) حدیثی است که روایت شده: حضرت قدامه بن مظعون دختر برادر خود عثمان بن مظعون را برای عبدالله بن عمر (رض) به نکاح داد، پس نبی علیه السلام برایش بعد از بلوغ اختیار داد، به اساس اختیاریکه نبی علیه السلام برایش داد بعداً عقد مذکور را فسخ نمود.

نزد امام ابو یوسف (رح) این شرط نیست، نکاح غیر پدر و پدرکلان از جمله اولیاء لازم است پس برای مولی علیه خیار ثابت نیست زیرا نکاح توسط ولی صورت گرفته پس وقتی این عقد توسط پدر و یا پدرکلان انجام شود لزوم دارد بدلیل اینکه ولایت تزویج ولایت نظر و شفقت است و ولی در تحقیق مصلحت جد و جهد نموده به خیر وی اقدام نموده است.

اگر حاکم شخص فاقد اهلیت و یا ناقص اهلیت را به نکاح داد نزد امام ابو حنیفه (رح) برایش خیار نیست زیرا ولایت حاکم از ولایت برادر و کاکا، عامتر است. زیرا حاکم حق تصرف را در نفس و مال دارد، پس ولایت حاکم شبیه ولایت پدر و پدرکلان است، ولایت پدر و پدرکلان ملزم است، پس ولایت حاکم نیز ملزم است.

قضاء

په نړۍ کې بېلابېل حقوقي نظامونه وجود لري چې مشهور یې درومن جرمنیک حقوقي نظام، د کامن لا نظام، د اسلام حقوقي نظام او عنعنوي حقوقي نظامونه دي چې له دې جملې څخه د نړۍ ډېر لرغوني او عنعنوي حقوقي نظام درلودونکي دي او د حقوقو او قضاء تاریخ یې لومړنیو پیړیو ته ورګرځي.

د لرغوني حقوقي نظم په لټه کې د هندو په دین کې د دھارماساسترا Dharmasastra یا سمریتیس Smritis کتابونو ته مراجعه کېږي، هند ژوندی آیین لری چې دمتنوعه خلکو له ژوندانه او خوځښت سره اغېرل شوي دي. قانون ته د هندوستان ژمنه په اساسی قانون کې چې هندوستان یې په یو خپلواک او دموکراتیک جمهوریت باندې تبدیل کړېدی، راغلې ده، د فدرال نظام لرونکي داجمهوریت د پارلماني حکومت په بڼه هم په ایا لاتو او هم په اتحادیو کې له خپلواک قضایه ځواک، تضمین شویو اساسی حقوقو او دولت د سیاست د لارښودو اصولو درلودونکي دي دهغه موخو سره که څه هم په قانون کې د اجبار وړندی خود ملت په اداره کې اساسی او بنسټیز دي.

له دې لټه کې سربزې وروسته اوس د مجلې د لوستونکو د معلوماتو د زیاتولو له پاره د هند د قضایي نظام په هکله په څېړنه پیل کوو:

د قانون سرچینې:

د قانون سرچینه په هندوستان کې اساسی قانون دی چې په خپل وارسره اساسنامې، قضایي رویې او عرفی حقوق په رسمیت پېژني. اساسنامې (موضوعه قوانین) د پارلمان، ایالتی قانون جوړونکو او د اتحادیو سیمود قانون جوړونکو له خوا تراخوا لاندې نیول کېږي. داسې ډیر قوانین وجود لري چې په تبعی قوانینو مشهور دي او د قواعدو، مقرراتو او همدارنګه د آیین نامو په بڼه د مرکزي او ایالتی حکومتونو او محلي مقاماتو لکه د ښاروالیو د شرکتونو، ښاروالیو، ګرم پانچایاتونو او نورو محلي (سیمه ییزو) څانګو له خوا مطرح کېږي. د اتبعی قانون جوړونه دهغه مسوولیت پر بنسټ شکل نیسي چې د پارلمان، ایالت یا اتحادیو سیمو له لوري ورسپارل کېږي. د سترې محکمې تصمیمونه د هند په قلمرو کې دننه په ټولو محکمو کې د اجراء وړ دي له هغه ځایه چې هندوستان د تنوعاتو ځمکه ده، په خاصو سیمو کې د عدالت اداره کوونکي محکمې، محلي عرفونه او محلي قراردادونه چې له موضوعه قوانینو، اخلاقیاتو او نورو سره په توپیر کې نه وي تر یوې محدودې اندازې پورې په رسمیت پېژني او تر پاملرنې لاندې یې نیسي.

د قانون اجراء کول:

د هندوستان پارلمان واک لري د اتحادیې په فهرست (لړلیک) کې د راغلیو مسایلو په باره کې،

سیري در قانون مدني افغانستان

۱- عقل: عقل از جمله شروط انعقاد ازدواج میباشد. پس عقد ازدواج توسط مجنون و صبی غیر ممیز که خودشان مباشر عقد باشد منعقد نمی شود.

دوم- زوج و زوجه باید هردو بالغ و آزاد باشند. این هردو شرط از جمله شروط نفاذ عقد میباشد.

سوم- ازدواج مضاف به خانم و یا جز ایکه از آن تعبیر به کل مثل: سر و گردن میشود، شود.

چهارم- در عقد نکاح کدام مانع شرعی نباشد.

شروط شهادت:

۱- ۳- شهود باید عاقل، بالغ و آزاد باشند پس شهادت مجنون، صبی و غلام در این باب جایز نیست.

۴- شاهد باید مسلمان باشد، پس شهادت کافر در ازدواج مسلمین جایز نیست.

۵- شهود باید کلام و سخن عاقدین (زوج و زوجه و یا اولیای شان) را توأم بشنوند، پس شهادت نائین صحت ندارد، شهادت اخرس و فاقد نطق در صورتیکه سمع و فهم داشته باشند صحت دارد.

قضاوت پال حضرت گل حسامی

د هند د قضایي نظام لنډه پېژندنه

سریزه:

قضاء

قاضیانو څخه تشکیل شویده .

دستری محکمی اساسنامه :

د (۱۹۵۰)ع کال دجنوری په (۲۸) مه نیټه ، دوه ورځی وروسته له هغی چی هندوستان په یو خپلواک او دموکراتیک جمهوریت تبدیل شو ، ستره محکمه منځ ته راغله . پرائیستونکی مراسم د شهزاده گانو په کوټه کی د پارلمان په ودانۍ کی ترسره شول . دا ودانی ، همدارنگه دهند د پارلمان مقر دی چی دایالتونو د شورا او دملت له کورڅخه ترکیب شویدی .

د شهزادگانو په همدی کوټه کی و چی دهندوستان فدراله محکمه د(۱۲) (کلونو مودی په ترڅ کی له (۱۹۳۷) ع کال څخه تر (۱۹۵۰) ع کال پوری برقراره ده . تصمیم داو چی د ستری محکمی داوسنی ځای د ترلاسه کولو پوری دی د شهزادگانو کوټه د ستری محکمی دغونډو د تر سره کیدو ځای وی .

ستری محکمی د ۱۹۵۰ع کال دجنوری په ۲۸مه نیټه له خپلو پرائیستونکو مراسمو وروسته ، خپلی غونډی د پارلمان په یوه برخه کی پیل کړی . دی مقام په ۱۹۵۸ع کال کی اوسنی ځای ته نقل مکان کړیدی . ودانی دارنگه طراحی شویده چی دعدالت د ترازو د پلوڅرگندوی وی دودانی مرکزی وزرهاغه د ترازو شاهین دی . په ۱۹۷۹ع کال کی ، دوه نوروزرونه ، ختیځ وزر او لویدیځ وزریه ودانی باندی ورزیات شول . په عمومی توگه ددوانی په هر وزر کی ، دمحکمی (۱۵) کوټی وجود لری . دقاضی القضا (Chief Justice) دفتر ترټولو ستر دفتر دی چی د منځنی وزریه مرکز کی یی ځای نیولی دی .

د ۱۹۵۰ع کال اصلی اساسی قانون ، ستره محکمه له قاضی القضا او له ټیټو رتبو (۷) قاضیانو سره په پام کی نیولی وه او پارلمان کولای شول د قاضیانو شمیره زیاته کړی . په لومړیو کلونو کی ، دستری محکمی ټولو قاضیانو یو د بل تر څنگه د مطرحه دوسیو په اوریډو لاس پوری کاوه . ددیوان د کار دحجم په زیاتوالی او ددوسیو په تراکم سره ، پارلمان په ۱۹۵۶ع کال کی د قاضیانو شمیر له (۸) څخه (۱۱) ته ، په ۱۹۶۰ع کال کی (۱۴) ته ، په ۱۹۷۸ع کال کی (۱۸) ته او په ۱۹۸۶ع کال کی یی لایسی زیات کړ . دشمیر په زیاتیدو سره ، قاضیان په (۲) او (۳) نفری کوچنیو څانگو کی راغونډ شول . په لویو څانگو کی په (۵) نفری بڼه او یوازی په هغه مواردو کی چی ددی کار د ترسره کولو له پاره لازم ویا دتضادونو اودنظر داخلافونو دحل اوفصل له پاره ددوی دشمیر دزیاتیدو امکان موجود و .

په هندوستان کی فدرالی محکمی نه شته ، مگر یوه فدرالی ستره محکمه چی په نوی ډهلی کی ده دهند له قاضی القضا (Chief Justice of India) او حداکثر (۲۵) نورو قاضیانو

دهند دقضایی نظام لنډه پېژندنه

دایالتونو قانون جوړوونکی واک لری دایا لتونو په فهرست کی دراغلیو مسایلو په هکله قانون وضعه کړی . په داسی حال کی چی هم اتحادیه اوهم ایا لت په اړوند فهرست کی دراغلیو مسایلو په هکله دقانون دوضع کولو له ځواک څخه برخمن دی ، یوازی پارلمان حق لری دایالت دلست یا اړوند لست نه د بهر مسایلو په باره کی قانون وضعه کړی . دتناقضاتو دراخرگننیدا په صورت کی ، د پارلمان تصویب شوی قوانین درامنځ ته شویو اختلافاتو په حد کی دایا لتونو په قوانینو غوره والی لری . دایا لتونو قوانین باطل دی مگر داچی دولس مشررضایت یی تر لاسه کړی وی او په دی صورت کی په هغه ایالت کی اجراء کیري .

دقانون استعمالول :

د پارلمان تصویب شوی قوانین په ټول هند اویا دهند په هره برخه کی اجرا کیري خود ایالت تصویب شوی قوانین یوازی دهغه ایالت په قلمرو کی استعمال لری . په همدی دلیل ، کیدای شی دهغه مسایلو پوری اړوند قوانین چی دایالت په فهرست اومربوطه فهرستونو کی وجود لری له یوایالت څخه تر بل ایالت پوری توپیر ولری .

قضاییه ځواک :

دهندوستان داساسی قانون په ځان پوری منحصره یوه ځانگړنه داده چی د فدرالی نظام په موجودیت او په اړونده محدوده کی دمرکزی قوانینو او ایالتی قوانینو له شته والی سره سره ، دی قانون ، دمحاکمو یو سره ټرلی نظام رامنځ ته کړیدی ترڅو اتحادیوی او ایالتی دواړه قوانین اداره کړی . دټول قضایی نظام په سر کی دهند دهیواد ستره محکمه ځای لری او له هغی وروسته دهر ایالت یایوی ډلی ایا لتونواستیناف محکمی قرار لری .

دپانچایات (Panchayat) محکمی په ځینو ایالتونو کی دنورو عنوانونو لاندی لکه نیایا پانچایات ، دعدالت پانچایات ، گرم کاجهری اوداسی نوری فعالی دی او دمحلې او کوچنیو ماهیتونو په درلودلو سره د جزایی اومدنی دعواوو په هکله تصمیم نیسی . دییلا بیلو ایالتونو قوانینو ، دصلاحیتونو بیلابیل ډولونه مقرر کړیدی . هر ایالت په قضایی ناحیو بانندی ویشل کیري چی داناحی داناحی د قاضی او د جلسود یو قاضی په واسطه اداره کیري او دامحکمه ، د بنسټیز واک په درلودلو سره اصلی مدنی محکمه ده او کولای شی د ټولو جرمونو په باره کی حتی هغه چی دمرگ مجازات لری دعدالت په اجرا کولو لاس پوری کړی . دجلسو قاضی ، د ناحی ترټولو لوړ قضایی مقام دی . له هغه وروسته ، واکمنی مدنی محکمی ، چی په بیلا بیلو ایالتونو کی په منصف مشهوری دی ، ځای ناستی قاضیان ، مدنی قاضیان اوداسی نور قرار لری . په همدی شکل سره ، جزایی قضایی دستگاه ، له اصلی قاضیانو او لومړی اودوهمه درجه

قضاء

لوی څارنوال:

د هندوستان لوی څارنوال داساسی قانون د ۷۶مادی له مخی دلس مشر له خوا منصوبیږی او ترهغه مهاله چی ولس مشرتری رضایت ولری په خپله دنده کی باقی پاته کیږی. څارنوال باید داسی یو شخص وی چی دستری محکمی دقاضی په عنوان دانتصاب ځانگړتیا وی ولری. د هندوستان د لوی څارنوال دنده په حقوقی مسایلو کی د هندوستان حکومت ته د مشوروی ورکول او د نورو حقوقی دندو ترسره کول دی، هماغسی چی دلس مشر له خواده ته ابلاغ شویدی. نوموړی د خپلو دندو په سرته رسولو کی حق لری چی دستری محکمی په ټولو محاکمو کی دندارچی په عنوان حضور ولری او د پارلمان په جریاناتو کی درأی له حق پرته گډون وکړی. لوی څارنوال د خپلو دندو په ترسره کولو کی د لوی څارنوال د یو مرستیال او څلورو معاونانو له مرستی څخه گټه اخلی.

دستری محکمی مشاوران:

دری ډلی مشاوران دی چی د هندوستان په ستره محکمه کی د قانون په اجراء کولو مجاز دی. الف: ستر مشاوران (سلاکاران) دا، هغه مشاوران دی چی د ستر سلاکار په عنوان د هند دستری محکمی یا بلی هری استینافی محکمی له لوری مطرح شویدی. ستره محکمه کولای شی هر مشاور دهغه په خپل رضایت د ستر مشاور په عنوان وټاکي او داپه هغه صورت کی دی چی نوموړی فرد، دوړتیا درلودونکی، دوکیانو په انجمن کی د پوره فعالیت، او په حقوقو کی دپوهی، ځانگړی خبرتیا او په حقوقو کی دکافی تجربی څښتن وی. ستر سلاکار دا اجازه نه لری چی په ستره محکمه کی دسلاکار د معاون نه پرته، یا په هند کی په بله هره محکمه کی د ټیټی پایی له مشوروی پرته حضور پیداکړی. نوموړی همدارنگه اجازه نه لری چی دسوگند نامی یا لایحی دمسودی دلیکلو له پاره او امر ترلاسه کړی، دمدارکو په هکله توصیه وکړی دهند په هره محکمه کی دورته (مشابه) مسودو په تهیه کولو کی گډون وکړی یا دهر ډول انتقالی اسنادو په لیکلو کی مشارکت ولری، خودی ممنوعیتوته دمخکی ویل شویو مسالو په حل او فصل کی د ټیټو پایو له مشاوروی سره مشورت ته تعمیم نه ورکول کیږی.

ب: دمشارو مرستیال:

یوازی دامشاران حق لری چی هر ډول مسله یا سند په ستره محکمه کی ثبت کړی. همدارنگه کولای شی په ستره محکمه کی ددواړو خواووهر ډول حضور یا عمل ثبت کړی.

ج: نور مشاوران:

د هند د قضایی نظام لنډه پېژندنه

څخه ترکیب شویده چی د هندوستان دلس مشر په وسیله د بیلابیلو مشورتی نظریاتو له ترلاسه کولو وروسته پرته له دی چی د سنا تایید لازم وی، ټاکل کیږی د ستری محکمی قضیان په (۶۵) کلنی کی متقاعد کیږی ددی له پاره چی یو شخص وکولای شی د ستری محکمی د قاضی په عنوان منصوب شی بنایي دالاندی شرایط ولری. د هندوستان تبعه وی. لږ ترلږه د پنځو کلونو مودی پوری د استیناف دمحمو دیوی یادوه یا ډیرو محکمو قاضی وی، یا لږ ترلږه دلسو کلونو مودی پوری د استیناف دیوی، دوو یا ډیرو محکمو مشاور (سلاکار) وی یا دلس مشر په نظر یونومیالی حقوقپوه وی. دستری محکمی د ځانگړی قاضی په عنوان د استیناف دمحمو دیو قاضی د منصوبولو له پاره ځینی مقررات شته دی او همدارنگه دستری محکمی دمقاعدو قضیانو یا د استیناف دقاضیانو د منصوب کولو له پاره دنوموړی دیوان د قضاوت دمنصب د تصدی له پاره هم مقررات وجود لری.

داساسی قانون هدف په بیلابیلو مواردو کی دستری محکمی د قضیانو خپلواکی تضمین دی. دستری محکمی قاضی یوازی په هغه صورت کی له کاره گوښه کیدلی شی چی ولس مشر دهغه د ستور صادر کړی. ولس مشر د پارلمان مجلسونو ته مورد ارایه کوی (ترنظر لاندی فرد ورپیژنی) اود اکثریت غړیو په رأی اود حاضرینو اورأی ورکونکو ددوه ثلثه څخه زیاتو رأیو سره دلس مشرو راندیز تاییدیږی اود اتایید په هماغه جلسه کی ولس مشر ته ابلاغیږی ترڅو د ناوړه چال چلند او بی کفایتی په علت، نوموړی قاضی گوښه کړی. هغه فرد چی دستری محکمی دقاضی دنده یی درلوده په هره حقوقی محکمه یا نورو دندو کی له فعالیت څخه ممنوع کیږی.

دستری محکمی ټولی لیکنی یوازی په انگریزی ژبه کیږی، دستری محکمی د ۱۹۶۶ع کال قوانین، داساسی قانون د (۱۴۵) مادی په بنسټ شکلبندی شویدی ترڅو د ستری محکمی فعالیت او دڅیړنو بهیر تنظیم کاندی.

دستری محکمی دارالانشاء:

دستری محکمی دارالانشاء دهغه دمشر په واسطه اداره کیږی چی نوموړی دخپلی دندی په ترسره کولو کی ددری نفره دفتر دارانو او څلورو نورو دفتر دارانو او ۱۲ مشترکو دفتر دارانو له مرستی څخه گټه اخلی. داساسی قانون ۱۴۶ ماده دستری محکمی ددارالانشاء دکارکونکو او پرسونل دانتصاب پوری اړوند ده.

قضاء

موارد او دکلی اهمیت درلودونکی وی کولای شی ، دهغی دوسی له رسیدگی څخه انکسرت وکړی او ځان گوښه کړی . د (۱۹۹۶)ع کال د حکمیت او مصالحی تصویب شوی قانون له مخی دنړیوالی سوداگری حکمیت په ستره محکمه کی پیل کیږی . کیدای شی دستری محکمې څیرنیزواک دپرونده استینافی محکمې له لوری دیوی گواهی په واسطه داساسی قانون د ۱۳۲می مادی دلومړی فقری ، د ۱۳۳می مادی دلومړی فقری یا ۱۳۴می مادی پربنسټ دیوی استینافی محکمې دهرډول رأی ، دستوریا وروستی(نهایی) حکم په هکله دمدنی او جزایی دوسیو په هرودواړومواردوکی تر استنادلاندی ونیسی او دادوسی دحقوقی اساسی پوښتنولکه داساسی قانون دتفسیر متضمن وی . دمدنی مسایلو په هکله ، استیناف لوری محکمې ته راجع کیږی که چیری اړونده لوړه محکمه گواهی وکړی چی(الف)دوسی له کلی اهمیت سره دحقوقی اساسی پوښتنی متضمنه ده ، (ب) داستیناف دمحکمې له نظره ، نوموړی پوښتنه باید دستری محکمې په واسطه ، تر تصمیم نیونی لاندی ونیول شی . په جزایی دوسیو کی ، استیناف ستری محکمې ته راجع کیږی که چیری د (الف) استیناف محکمه په تجدید نظر(نوی کتنه) کی د تورن د برائت حکم لغو کړی وی او نوموړی یی په مرگ یا ابد حبس یا هغه موده چی له (۱۰)کلونو څخه لږه نه وی محکوم کړیدی ، یا (ب) هر ډول دوسی له خپل تر مسوولیت لاندی تبعی محکمې څخه ، دمحاکمې له پاره راگرځولی وی او په دی محاکمه کی یی تورن محکوم کړی او دمرگ مجازات یا ابد حبس یا له ۱۰ کلونو څخه د لږی مودی حبس نه کم وی ، دده له پاره په پام کی نیولی دی ، یا (ج) گواهی کړیده چی ستری محکمې ته هرډول اضافی واک وسپاری ترڅودتجدید نظر غوښتنه دهرډول رأی ، نهایی حکم یا محکومیت په هکله چی دیوی استینافی محکمې درسیدگی په ترڅ کی صادر شویدی ، ومني او واورى .

ستره محکمه همدارنگه د خپل لزوم دید له مخی دهند د ټولو محکمو په هکله پراخ څیرنیز صلاحیت لری چی کولای شی داساسی قانون د ۱۳۶می مادی له مخی ، ځانگری اجازه صادره کړی چی دهندوستان په قلمرو کی چی هرډول رأی ، دستور ، تصمیم ، محکومیت یا حکم چی په هر دلیل او دهری مسلی په باب صادر شویدی ترنوی کتنی (تجدید نظر) لاندی ونیسی .

ستره محکمه دځانگړو مسایلو پ چی دهند دولس مشر له لوری هغی ته راجع کیږی داساسی قانون د ۱۴۳می مادی له مخی خاص مشورتی صلاحیت لری . همدارنگه په هغه مواردوکی چی ولس مشر ، داساسی قانون د تجویز له مخی ، له ستری محکمې څخه یو مشورتی نظر وغواړی ، پنځه قاضیان باید دنظر څرگندونه وکړی .

دهند دقضایی نظام لنډه پېژندنه

دهغه مشاوران دی چی نومونه یی دایا لتونو دوکیلانو دشورا په فهرست کی راغلی دی اود ۱۹۹۱ع کال د تصویب شوی دمشاورانو د قانون پراساس حفظ شویدی اودوی کولای شی په ستره محکمه کی دیوه لوری په استازیتوب حضور ومومی او دهری مسلی په هکله بحث وکړی خو ددی اجازه نه لری چی په ستره محکمه کی اسناداو ځینی مسایل ثبت کړی .
دستری محکمې واک :

دستری محکمې اساسی دنده داساسی قانون دمراعاتولوڅارنه ده . دامقام په هغو مواردوکی چی دمتحده دولت یا ایالت قوانین له اساسی قانون سره د سمبنت له مخی تراعتراض لاندی ونیول شی ، ددی قوانینوداعتبار په هکله دنظر څرگندونه کوی .
ستره محکمه له اصلی ، څیرنیز اومشورتی واک څخه برخمنه ده . ددی مقام اصلی جامع صلاحیت لاندی مواردوته امتداد موندلی دی :

- ۱ هرډول بحث او کړکیچ دهندوستان دحکومت او یو یا څو ایالتونو ترمنځ .
 - ۲ هرډول بحث او کړکیچ دهندوستان دحکومت او یو یا څو ایالتونو ترمنځ له یوی خوا او یو یا څو ایالتونو ترمنځ له بلی خوا .
 - ۳ هرډول بحث او کړکیچ دیوی موضوع (چی حقیقی یا حقوقی) رانغاړونکی وی او د یو قانونی حق شته والی یا دوام په هغه پوری تړاو لری .
- ستره محکمه دخپلو قضایی اجراآتو د رسیدگی پوری اړوند مقررات تنظیموی ، له دی سره سره ، دامقررات باید دولس مشر په وسیله تایید شی .
پردی برسیره داساسی قانون (۱۳۲)مه ماده ، دوام لرونکی اصلی واک داساسی حقوقو اجراء ته په کتنی سره ، ستری محکمې ته اعطا کړیدی .

ددی مقام ځواک په لاندی مواردوکی د پام وړ دی : ددستورونو ، احکامو اوقرارونو صادرول له هغی جملی هغه قرارونه چی دمحبوس دحاضرولو ، دخپلو قانونی دندو په سرته رسولو کی قضایی یا اجرایوی مقاماتو ته دستور ، ممنوعیات ، ددوسی د نسخی داستوللو له پاره دڅیرنی دمحکمې په واسطه دتصرفاتو دمجاز اعلام او قرار د صدور په شکل صادرېږی . ستره محکمه داواک لری دستور ورکړی چی هره مدنی او جزایی دوسی دیوایالت له استیناف محکمې څخه د بل ایالت استیناف محکمې یا له یوی ښکتنی محکمې څخه بلی د استیناف محکمې ته انتقال ومومی . ستره محکمه که چیری قانع شی چی هغه دوسی چی په اساسی ډول د قانونی سره ورته (مشابه) مواردودرلودونکی دی د هغه مقام په یو دیوان یا یو یا څو استینافونو یا دوه یا څو استینافی محکمو کی د څیرنی لاندی دی اوداچی داموارد ، اساسی

جریانانو کی دنوی کتنی له پاره دهغه خطایی (سهوی) مواردوپرته چی ددوسی دتبر په ډگر کی رامنځ ته کیږی ، نه منل کیږی .

دعمومی گټوپوری اړوند دعوای :

که څه هم دستری محکمی رسیدگی دښکتنیو (ماتحتو) محاکمو له هغی جملی د استیناف دمحاکمو له لوری دصادروشویو رأیواو احکامو په دلیل تر سره کیږی ، خو په دی وروستیو کی ستري محکمی دهغه مسایلو په مننی لاس پوری کړیدی چی په هغو کی په زیات حجم سره عمومی گټی مطرح دی او ستره محکمه کولای شی دهر شخص یا داشخاصو دیوی ډلی له خوا ، دستری محکمی په ارشیف کی دیو دستور دغوښتنی دفایل کولو په بڼه یا دهند قاضی القضاات ته یوه خطاییه چی په هغی کی دستری محکمی له صلاحیت څخه دکاراخیستلو عمومی اړتیا تر تأکید لاندی نیول شویده ، اقدام ته اړ شی . دامفهوم په (عمومی گټو پوری اړوندو دعوو) باندی مشهور دی اود مهمو عمومی مسایلو څومورده دوتلیو دوسیو له جملی څخه گڼل کیږی دامور دیوازی دهند دستری محکمی په انحصار کی دی او کیدای شی په نړی کی هیڅ کوم بلی محکمی له دی غیر عادی صلاحیت څخه کار نه وی اخیستی .

دهغه دستور غوښتنلیک چی په ارشیف کی فایل کیږی ددستور دنورو غوښتنلیکونو په څیر درسیدگی او اقدام لاندی نیول کیږی . په هغه صورت کی چی قاضی القضاات ته یوه خطاییه وسپارل شی دامور دهم دخپل خاص طرز العمل سره سم تر رسیدگی لاندی نیول کیږی .

دحقوقی مرستو (مساعدتونو) مقررات :

که چیری یو څوک د ټولنی له بیوزلی طبقی پوری چی کلنی عاید یی له (۱۸۰۰۰) هندی روپیو (کلدارو) څخه لږ دی ، تعلق ولری یا دجدول بندی شویو قبایلو یا د طبیعی افتونو قربانی شویو پوری اړه ولری ، ښځه ، یا صغیر یا لیونی یا له دی ډلی نور بیوزلان او یا داچی صنعتی کارگر وی ، په بند کی او له هغی جملی د امن (شلتر) په کورونو کی وی ، اجازه لری چی دستری محکمی دحقوقی مرستو دکمیتی له وړیا حقوقی مرستو څخه برخمن شی . دکمیتی له لوری څرگنده شوی مرسته د مسلی د تدارک لگښت او له هغی وروسته ټولی اړوندی تقاضا وی رانغاړی ، په دی برسیره د تدارک او دفاع له پاره دوکیل معرفی له دی مورد څخه دی . هغه کسان چی له منځنیو یعنی په هرکال کی له (۱۸۰۰۰) هندی کلدارو څخه لږ او له (۱۲۰۰۰۰) روپیو څخه لږ وغواړی پوری اړه لری حق لری چی د ستري محکمی د منځنیو عوایدو ډلی له ټولنی څخه ، حقوقی مرسته ترلاسه کړی .

دمحکمی سلاکار (دمحکمی دوست) :

دی محکمی ته ددوسی دارجاع یا د تجدید نظر دغوښتنلیک وړاندی کولو ، لاندی مقررات وجود لری :

داساسی قانون د (۳۱۷) می مادی لومړی جزء ، د ۱۹۶۱ع کال په عوایدو باندی د مالیاتو د قانون (۲۵۷) پاراگراف ، د ۱۹۶۹ع کال د انحصاری او محدودو تجارتی فعالیتونو قانون د اووم پاراگراف (دوهم جزء) د ۱۹۶۲ع کال دگمرکاتو دقانون د (۱۳۰) پاراگراف دالف جزء د ۱۹۴۴ع کال دمرکزی غیر مستقیمو مالیاتو اومالگی دقانون د (۳۵) پاراگراف د (H) جزء، او د ۱۹۶۸ع کال د سروزو دکنترول دقانون د (۲۸) پاراگراف د (ج) جزء . دلاندی مواردو پربنسټ دتجدید نظر دغوښتنلیک په هکله مقررات وجود لری : د ۱۹۵۱ع کال دخلکو داستازیو قانون ، د ۱۹۶۹ع کال دانحصاری اومحدودو تجارتی فعالیتونو قانون ، د ۱۹۷۱ع کال دمحکمی له حکم څخه د ترمرد قانون ، د ۱۹۶۲ع کال دگمرکاتو قانون ، د ۱۹۴۴ع کال دمرکزی غیر مستقیمو مالیاتو او مالگی قانون ، د ۱۹۷۰ع کال دجزیای څیرنیز صلاحیت د پراختیا قانون ، د ۱۹۹۲ع کال د ارزښت لرونکو پاڼو د معاملاتو پوری اړوندو جرایمو دمحکمی قانون ، د ۱۹۸۷ع کال د ماتوونکو او ترهگریزو اقداماتو د منع کولو قانون ، د ۱۹۶۸ع کال د مصروف کوونکی (مستهک) څخه دننگی قانون ، د ۱۹۵۲ع کال تصویب شوی دولس مشری او دولس مشری د مرستیالی د ټاکنو د قانون ددریم پاراگراف له مخی هم د ټاکنو پوری اړوند غوښتنلیکونه ، په مستقیم ډول په ستره محکمه کی فایل کیږی .

داساسی قانون د ۱۲۹ او ۱۴۲ مادی له مخی ، ستره محکمه داواک لری چی دمحکمی له حکم څخه د ترمرد دڅرگندیدو په صورت کی له هغه مواردو پرته چی په ۱۹۵۷ع کال کی تصویب شوی دستری محکمی له حکم څخه د سرغړونی (ترمرد) پوری داړوندو اجراآتو د تنظیم کوونکو قوانینو ددوهم قانون په لومړی برخه کی راغلی دی ، ستره محکمه کولای شی (الف) (Suomotu) یا (ب) دلوی څارنوال یا دهغه د مرستیال له لوری دغوښتنلیک د تسلیمولو پربنسټ اقدام وکړی یا (ج) یادهر شخص له لوری د غوښتنلیک د تسلیمولو پربنسټ اقدام وکړی او دمحکمی له جزایی حکم څخه د سرغړونی دارتکاب په صورت کی د لوی څارنوال یا دهغه د مرستیال په لیکلی رضایت عمل وکړی .

دستری محکمی دقوانینو دخلوبښتمی مادی پربنسټ ، دامقام کولای شی خپل حکم یا رأی ترنوی کتنی (تجدید نظر) لاندی ونیسی. خو هیڅ غوښتنلیک دنوی کتنی له پاره په مدنی جریانانو کی دمدنی اجراآتو دقانون په (۴۷) مه ماده کی د ذکر شویو مواردو پرته او په جزایی

قضاء

لاندی محورو نو په شاوخوا راڅرخي :

الف : دیو اصولی چوکاټ رامنځ ته کول او پیاوړی کول .

ب : د اصولی چوکاټ په دننه او له هغه څخه بهر ددوه اړخیزه پیاوړی کوونکو ساتندویانو اغیز ناکه شبکه چي د سیاست له لوري ترتیب او دساتندویو د پیاوړتیا له خوا تر ننګي لاندی نیول شی ج — دشفافیت (رونې توب) سیاست ، ځواب ورکوونکي اوله کورنیو او نړیوالو ناسیونالو سازمانونو سره خبری اتری ، د نړیوالو بشري حقوقو اصلی ابزارونو سره پیوستون اودملګرو ملتونو د بشر د حقوقو له میکانیزم سره مرسته .

د : د فقراو نه پراختیا دغوځولو په منظور دهڅي له پاره پراخه لارموندل ، چي د ډیرو حقوقو په هکله لکه داستثمار (زېښاک) په وړاندی دماشوم حق ، دژوندانه حق اونور ، کولای شی داتباعو دشهروندانو په واسطه دبشر د حقوقو داغیز ناک او رښتینی اجرا کولو د لاری په سربو ستر ځناو وګڼل شی .

ه : د ټولنی دهغه برخو دلورولو او پیاوړتیا په موخه د مثبت اقدام سیاست چي په ټولنیز او اقتصادی لحاظ زیان منونکی دی .

و : د حقوقو په هکله او په ډیره واضحه توګه دلیک اولوست او بنسورنی او روزنی له لاری دخبرتیاوو دخپرونی له لاری د پوهی دپراختیا له پاره هڅه .

ز : دهغه چاپیریال رامنځ ته کول چي په مساوی نسبت دهند په ټولو ناحیو کی د ټولو اتباعو له پاره د بشر د حقوقو داجراء کولو لامل شی له هغی جملی دیو ثابت او محفوظ قانون او منظم چاپیریال ایجادول .

تر زیاته حده ، دبشر د حقوقو دمراعاتولو ، ساتنی او لوړولو له پاره اصولی چوکاټ، دهند له اساسی قانون څخه سرچینه اخلی چي دخلکو له پاره یی انحصاری او واحد د تابعیت (شهروندی) حقوق په یو ډموکراتیک ، سیکولراو دځمکنی بشپړتیا لرونکی هیواد کی اټکل کړیدی او دهر هندی اساسی حقوق یی چي په هره قانونی محکمه کی داجرا وړدی محترم ګڼلی دی . نور اصولی ساتندویان عبارت دی له قانونی درملنو څخه چي د بشر د حقوقو د ترېښلولاندی کولو پرمهال دهغوی د جبران کولو په موخه برابری (دساری په ډول استینافی محکمی اوستری محکمی ته په شکایت سره) دهند دزیان منونکو برخو په هکله د بشر داساسی حقوقو داجرا کولو د لازياتی پیاوړتیا او ساتنی له پاره ، ډیر میکانیزمونه ټاکل شویدی .

دامیکانیزمونه عبارت دی له : د بنځو ملی کمیسیون ، دلږه کیو (اقلیتونو) ملی کمیسیون ، دجدول بندی شویو قبايلو ملی کمیسیون او د بشر د حقوقو ملی کمیسیون . دجدول بندی

دهند د قضای نظام لنډه پېژندنه

د چیری له محبس یا په هر بل جزایی مورد کی یو غوښتنلیک تر لاسه شی ، که چیری تورن استازی ونه لری ، یو وکیل دمحمکمی ددوست په عنوان د ستری محکمی په واسطه منصوبیږی ترڅو د تورن ددوسی په هکله په بحث او دفاع لاس پوری کړی په مدنی مسایلو کی هم که چیری ستره محکمه تشخیص کړی چي د یوی خوا له پاره چي استازی نه لری ، وکیل لازم دی ، کولای شی یو وکیل دمحمکمی ددوست په عنوان منصوب کړی ، همدارنګه ستره محکمه کولای شی په هر مسله کی چي عمومی اهمیت لری یا د ټولو خلکو ګټی پکی نغښتی دی دمحمکمی دوست منصوب کړی .

داستیناف محاکم :

داستیناف محکمه دایالتونو د قضایی سیستم په رأس کی قرار لری . دهند په هیوادکی (۱۸) داستیناف محکمی وجود لری چي (دري) محکمی له یوه ایالت څخه دزیاتو مسایلو ته درسیدګی صلاحیت لری . داتحادیوی نواحیو له مینځه یوازی دهلی ، خپله داستیناف محکمه لری . نوری شپږګونی سیمی د بیلابیلو ایالتونو داستیناف دمحمکو ترواک لاندی دی . هره استینافی محکمه له یو قاضی القضاات او دده په څیر قاضیانو څخه چي دی یی د رییس په عنوان دی دمعلومو دودو له پاره منصوبیږی . دیوی استینافی محکمی قاضی القضاات دولس مشر په واسطه دهندوستان د قاضی القضاات او دایالت دوالی په مشوره منصوبیږی . دټیټو پایو د قاضیانو د ټاکنی بهیر هم په همدی شکل دی ، یوازی داپړوندی استینافی محکمی قاضی القضاات په مشوره تره هر وخته پوری چي والی یی وغواړی په خپله دنده کی باقی پاته کیږی . دی باید داسی یو څوک وی چي داستیناف دمحمکمی د قاضی په عنوان دانتصاب ځانګړتیاوی ولری دده دنده عبارت ده په حقوقی مسایلو کی دایالتونو حکومتونو ته دمشوری ورکول او دنورو حقوقی مکلفیتونو سرته رسول چي دوالی له خوا ورته راجع کیږی . مشاور کولای شی دایالتونو په تقنینیه مجلس کی پرته له دی چي درای حق ولری ګډون او خبری وکړی .

لوک آدالاتان :

لوک آدالاتان چي داوطلبانه آژانسونه دی دایالت دحقوقی مرستو او مشورو دڅانګو له خوا کنترولیږی . ثابته شویده چي دا په سوله ییزه توګه د شخړو په حل او فصل کی یو مناسب الترناتیف دی .

د بشر د حقوقو سائنه :

دهند په څیر په یو مختلط هیواد کی هم د بشر د حقوقو مراعات، لوړول او ساتنه یوه پیچلی مسله ده . په اصل کی ، دهند دلاری موندلو ځانګړتیا یوه کلی او ځواکیزه هڅه ده چي د

قضاء

مناسخه شماره (۱۱) دارای دو بطن
گل غتی

اصل مسئله = ۶ × ۶ = ۳۶

----- بطن اول -----

ایمل	بريالی	توريالی	ميرويس	اتل	زمری
پسر	پسر	پسر	پسر	پسر	پسر
۱	۱	۱	۱	۱	۱
۶	۶	۶	۶	۶	۶

زمری اصل مسئله = ۶ تباين - مافی الید مساوی ۱

----- بطن دوم -----

زرغونه	هوگی	پشتنه	زرلشت	هيله	خاتول
دختر	دختر	دختر	دختر	دختر	دختر
۱	۱	۱	۱	۱	۱

فولاد مناسخه شماره (۱۲) دارای دو بطن اصل مسئله = ۸ × ۸ = ۴۸

----- بطن اول -----

تیمور	بكتاش	يولداش	طوره	ايگم	بيردی	اولياقل
برادر	برادر	برادر	برادر	برادر	برادر	برادر
۱	۱	۱	۱	۱	۱	۱
۸	۸	۸	۸	۸	۸	۸

اولياقل اصل مسئله = ۸ تباين مافی الید = ۱

----- بطن دوم -----

شگوفه	منیژه	دلبر	ارزو	مرسل	نیلوفر	الماس
دختر	دختر	دختر	دختر	دختر	دختر	پسر
۱	۱	۱	۱	۱	۱	۲

دهند دقضایی نظام لنده پښنده

سویو قبایلو ملی کمیسیون داساسی قانون پربنسټ یوه مجمع ده خو نور کمیسیونونه اساسناموی مجامع دی چی دهندوسان د پارلمان له خوا د تصویب شویو قوانینو له لاری تاسیس شویدی . داکمیسیونونه دهغه حقوقو دساتنی مسوولیت په غاړه لری چی ټولنی ددی برخو په هکله داساسی قانون او دهند د قانون جوړولو د بیلابیلو قوانینو پربنسټ تضمین شویدی . درسیدلی شکایت پربنسټ ، ددی حقوقو د نقضولو په هکله د تحقیق پرمهال ، داکمیسیونونه د شهودو داحضار او تحقیق او اسنادو له پاره د مدنی محاکموله ځواک څخه برخمن دی . ددوی رپوټونه په پارلمان کی د بحث له پاره تر استفادی لاندی نیول کیږی (مطرح کیږی) ددبشر دحقوقو نورضمنانونه دالکترونیکی رسنیواویو خپلواک او خبرتیا ورکوونکی مکتوب (لیک) ، دوگرپو آگاهانه نظریی او یو نادولتی سازمان فعال غورځنگ رانغاړی .

داموضوع په لاندی مواردو سره بشپړیږی :

الف : دشفافیت سیاست ، د بشر دحقوقو په هکله د ملگرو ملتونو له ټولو میکانیزمونو سره مرسته او ځواب ورکول .

ب : له ټولو نادولتی هم کورنیو او هم نړیوالو سازمانونو سره همیشنی خبری اتری کول .

ج : دنړیوالو بشری حقوقو دابزارو له (۱۶) څخه دزیاتو موردونو سره الحاق (یو ځای کیدل) او د ژمنو منظم اجراء کول .

منابع او مأخذونه :

۱. نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، تالیف رنه داوید، ترجمه حسن صفایی، محمد آشوری وعزت الله عراقی ، مرکز نشر دانشگاهی تهران ، چاپ اول ، ۱۳۶۴
۲. دمعاصلو لویو حقوقی سیستمونو مبادی (مقایسوی حقوق) دریم ټوک : دینی او عنعنوی حقوق ، لیکونکی : پروفیسور ډاکتر رینه داویداو ډاکتر گونترگراسمان، ژباړونکی : پوهاند قانونپوه ډاکتر محمد طاهر بورگی ، دسایي د پښتو څیړنو او پراختیا مرکز ، پېښور ، د چاپ کال : مرغومی - ۱۳۷۹ جنوری . ۲۰۰۱
۳. www.vekalat.org انترنیتی ویب سایټ .

قضاتوال الحاج محمد عمر فاروق

توضیح مسائل ورته فرضی وضروری میراث

میت بطن دوم را معلوم مینمائیم مسئله میت بطن دوم طوریکه در فوق دیده میشود مساوی به عدد (۸) است در این وقت به مافی الید میت دوم که از میت بطن اول مناسخه شماره (۱۲) به وی رسیده نگاه مینمائیم می بینیم که مافی الید میت دوم مساوی است به عدد (۱) یعنی از میت بطن اول برای میت بطن دوم از (۶) سهم یک سهم رسیده است از طرف دیگر بین مسئله میت دوم و مافی الید وی تباین است لذا کل مسئله میت دوم را در مسئله میت اول ضرب مینمائیم حاصل ضرب مساوی میگردد به عدد (۴۸) این عدد (۴۸) تصحیح یا مخرج مشترک سهام ورثه میتهای بطن اول و بطن دوم میباشد طوریکه سهام هریک از ورثه میت اول را که از اصل مسئله میت اول به آن رسیده در کل مضروب که عدد (۸) است ضرب مینمائیم حاصل ضرب سهام هریک از وارث میت اول را از مخرج مشترک سهام ورثه هردو میت که عدد (۴۸) است نشان میدهد هکذا سهام ورثه میت دوم را که از مسئله میت دوم به آن رسیده است در کل مافی الید میت دوم ضرب مینمائیم حاصل ضرب سهام هر وارث میت دوم را از مخرج مشترک ورثه هردو میت که عدد (۴۸) است بدست میدهد باین ترتیب تمام جایداد و متروکه میت اول را به تمام ورثه اش که در بطن اول و دوم از وی باقیمانده تقسیم کرده میتوانیم بطورمثال اگر از فولاد (۴۸۰۰) جریب زمین متروکه مانده باشد اول آن را بالای عدد مخرج مشترک (۴۸) تقسیم مینمائیم خارج قسمت را در اعداد ذیل هر وارث بطن اول و بطن دوم ضرب مینمائیم حاصل ضرب سهام هر وارث را از متروکه (۴۸۰۰) جریب زمین فولاد معین مینماید یعنی بعد از عملیه فوق الذکر برای هر برادر فولاد که حیات داشته (۸۰۰-۸۰۰) جریب زمین و برای هر دختر اولیاق (۱۰۰-۱۰۰) جریب زمین و برای پسر اولیاق (۲۰۰) جریب زمین میرسد و قس علی هذا.

یک تصحیح ضروری:

در ماهنامه جدی مجله قضا سال ۱۳۸۷ در صفحه (۸۱) در زیر خط بطن اول ذیلاً چنین تصحیح بعمل آید:

توضیح: در مناسخه شماره (۱۱) گل غتی وفات کرده از وی شش پسر ورثه مانده اند اصل مسئله یا مخرج مشترک سهام ورثه گل غتی مساوی به عدد (۶) است از شش سهم برای هر پسر یک سهم رسیده است در بطن دوم از جمله ورثه فرض میکنم قبل از تقسیم متروکه گل غتی زمی فوت کرده است و از زمی شش دختر ورثه مانده اند حال اگر بخواهیم که متروکه گل غتی را به ورثه بطن اول و دوم گل غتی از یک مخرج مشترک و تصحیح مسئله تقسیم نمائیم مسئله یا مخرج مشترک ورثه میت بطن دوم را معلوم مینمائیم مسئله ورثه میت بطن دوم طوریکه در فوق دیده میشود مساوی به عدد شش است در این وقت به مافی الید میت دوم که از میت بطن اول به وی رسیده نگاه مینمائیم و می بینیم که مافی الید میت دوم مساوی است به عدد (۱) یعنی از میت بطن اول برای میت بطن دوم از شش سهم یک سهم رسیده است بین مسئله میت دوم و مافی الید وی تباین است لذا کل مسئله میت دوم را در مسئله میت اول ضرب میزنیم حاصل ضرب مساوی میگردد به عدد (۳۶) این عدد (۳۶) تصحیح یا مخرج مشترک سهام ورثه میت های بطن اول و بطن دوم میباشد طوریکه سهام هریک از وارث میت اول را که از اصل مسئله میت اول به آن رسیده آن را در کل مضروب که عدد (۶) است ضرب مینمائیم حاصل ضرب سهام هریک از وارث میت اول را از مخرج مشترک سهام ورثه هردو میت که عدد (۳۶) است نشان میدهد هکذا سهام ورثه میت دوم را که از مسئله میت دوم به آن رسیده است در کل مافی الید میت دوم ضرب مینمائیم حاصل ضرب سهام هریک از وارث میت دوم از مخرج مشترک ورثه هردو میت که عدد سی و شش است بدست میدهد. باین ترتیب تمام جایداد و متروکه میت اول را به تمام ورثه اش که در بطن اول و دوم از وی باقی مانده تقسیم کرده میتوانیم بطورمثال اگر از گل غتی ۳۶۰۰۰ افغانی متروکه مانده باشد اول آن را بالای عدد مخرج مشترک (۳۶) تقسیم مینمائیم خارج قسمت را در اعداد ذیل هر وارث بطن اول و بطن دوم ضرب مینمائیم حاصل ضرب سهام هر وارث را از متروکه (۳۶۰۰۰) هزار افغانی گل غتی معین مینماید یعنی بعد از عملیه فوق برای هر پسر میت اول ۶/۶ هزار افغانی و برای هر وارث میت دوم یک یک هزار افغانی میرسد.

در مناسخه شماره (۱۲) فولاد وفات کرده از وی شش برادر ورثه مانده اند اصل مسئله یا مخرج مشترک ورثه فولاد مساوی به عدد شش است از شش سهم برای هر برادر فولاد یک سهم رسیده است در بطن دوم از جمله ورثه فرض مینمائیم که قبل از تقسیم متروکه فولاد اولیاق فوت کرده است و از اولیاق شش دختر و یک پسر ورثه مانده اند حال اگر بخواهیم که متروکه فولاد را به ورثه بطن اول و دوم فولاد از یک مخرج مشترک تقسیم نمائیم مسئله یا مخرج مشترک

قضاء

په جرم شر

د افغانستان د جزا قانون ۲۹ ماده زموږ د موضوع سره تړاو لری چه په جرم شروع یی تعریف کړیده او تصمیم یی دجرم په ارتکاب یا دمقدماتی اعمالو اجرا کول یی دجرم شروع نه ده گڼلی. دجرم دترسره کیدو لپاره څلور مرحلې طی کیږی لومړی د فکر او تصمیم مرحله، دوهمه داماده گي یاد مقدماتی اعمالو ترسره کولو مرحله ، دریمه په جرم باندی د شروع مرحله ده او څلورمه دجرم اجرا کولو مرحله ده.

له دی امله مو وغوښتل چه دغه دری اولنی مرحلې سره دمثالونو واضح کړو اوهم دعلمائو نظردهغی په هکله بیان کړو. ترڅو دقانون په تطبیق کښی دخطا څخه ځان وژغورو.

۱- **دتصمیم مرحله :** دجرم په مورد کښی تصمیم دنیث او عزم پوری تړاولری او قانون دمحض قصد لپاره نه کومه جزا تعینه کړی اونه یی جرم شمیرلی دی لکه څرنګه چه د ۲۹ مادی په دوهمه فقره کښی صراحت لری برابره خبره ده چه قصد خفی(پت) وی او که علنی وی . لکه څوک چه دمالونو دغلا په باره کښی یا دچادقتل(وژنی) یا وهلو او جرح یازخمی کولو په باره کښی تصمیم ونیسی یا خپل تصمیم اظهارکړی دقانون له نظره دغه تصمیم نیونکی دجزا وړنه دی .

۲- د تیاری یا آماده گي مرحله :

یعنی دجرم دارتکاب لپاره دوسایلو او اسبابو برابرول چه د جزا قانون دمقدماتی اعمالو ترسره کولو په نامه ښودلی ده لکه دقلف دماټولو اسباب یا د دروازی یا ځنځیر د ماقولولات یا دتقلبی کلی جوړول چه دا دغلا لپاره آماده گي ده اما دمجازاتو د دایری نه خارج دی یا څوک ددغی وسایلو سره یا دهغه وسایلو سره چه دیوال پری سوری کیږی په لاره یا نژدی دکورونیول شی یا څوک دکور، دوکان ، سرای سره نژدی په انتظار وی ترڅو دهغی دمالک یا ساتونکی دغفلت په وخت کی د هغه سامان غلا کړی یا یو نفر رسی یا پری دانسان د اعدام لپاره واخلی یا موټر د اختطاف لپاره ونیسی او غیر له دی چه جنایت وکړی ونیول شی دغه اشخاص دقانون له نظره نه مجازات کیږی ځکه دغه کارونه دتصمیم او مجرد قصد یا مقدماتی عملونو نه بل څه نه شمیرل کیږی او داسی استدلال کوی چه دپورتنی وسائلو تیارول دمجرم بد نیت یا جرمی قصد نه ثابتوی ځکه دغه کارونه خلک دمشروع عمل لپاره هم کوی لکه د چانه چه کلی ورکه

توضیح مسائل ورته فرضی

زلمی	تورپیکي	چنارگل	خالد
پسر	پسر	شوهري	پسر
۲	۱	۲	۲
۱۸	۹		۱۸
۵۴	۲۷		

و در صفحه (۸۵) در ذیل خط الاحیا نام (اتل) به خلیل تصحیح گردد و نام (زمري) به (سارا) تصحیح شود .

لیکونکی: الحاج عطا الله فکری

د دایکندی ولایت د استیناف محکمی رئیس

دجرم پیل د قانون او فقهی له نظره

شروع په غلانه ده بلکې د ویمې مرحلې ځنې حسابېږي دا قاعده هم دجزا قانون مخالفه در اهرم یی دمجرمینو دنجات لاره پراخه کړېده .

دوهمه قاعده : هر مادی عمل چه دمجرم له خوا نه صادرشی او دهغی جرمی عزم او اراده ښکاره کړی نو د اد دجرم پیل دی او د شروع لپاره هم دومره عمل کافی دی . ددی قاعدی په استناد که څوک دیوال ته د زیني کینودلو په وخت ونیول شی او یا دیوال ته نه وی پورته شوی دغه کس د سرقت د شروع کونکي په حیث معرفي کېږي خو په دی شرط چه دقضی حالات او کیفیت ثابت کړی چه دغه شخص دسرقت په عزم دیوال ته پورته کیده . دلته اگرچه د زیني کینودل دیوال ته دسرقت مادی رکن نه دی اما ددی جهت نه چه دمجرم عمل او دزیني کینودل دیوال ته دهغی عزم او اراده غلا ته ثابتوی ددی وجه نه دغه عمل په حیث د شروع دسرقت ګڼل کېږي دا قاعده دیو طرف نه ټول مجرمان د مجازات وړ ګرځوی او هم ورسره دجزا قانون موافق دی اما ددی جهت نه چه یوه پیچیده او مشکله قاعده ده ځکه دهغه کیفیت تضمین یی نه دی کړی چه دمجرم عمل قیاس دهغه په اراده او عزم باندی وکړی خو دکتور علی راشد په دروس القانون الجنایی کتاب کښی دا قاعده داسی ښودلی ده چه دمجرم هغه عمل چه فعالیت یی په کښی دریدلی دی هغه وخت شروع دجرم حسابېږي چه نتیجی ته ډیرنژدی وی یعنی که مجرم نیول شوی وی نویقیناً چه نتیجه واقع کیدله او مجرم خپل مقصد ته رسیدده خو دا تفسیرهم یومشکل لری چه هغه حد او اندازه چه دمجرم عمل اونتیجی په مابین کښی حد فاصل واقع شویدی معلوم کړی په دی او نه اټکل کېږي ددی وجه نه ضرور دی چه

د فقها ؤ نظر دغی دری مرحلو په هکله بیان کړو ترڅو موضوع واضح شی .

دفقها ؤ نظر دتصمیم او اماده گي په هکله :

په شریعت کښی دا مطلب یو اصل منل شویدی چه (هر هغه معصیت چه حدودو دجملی نه نه وی دهغی فاعل د تعذیری جزا مستحق دی) او هیڅ عمل جرم نه ګڼل کېږي مگر چه تجاوز د فردیا اجتماع په هکله وی نو دتصمیم په هکله دفقها ؤ نظر دیو طرف نه دقانون سره توافق لری چه مجرد تصمیم دجرم په هکله دجزا وړنه دی او دبل طرف نه ورسره مخالفت لری چه هغه تصمیم چه په قول او اظهارسره علنی شی هغه جرم او دجزا وړدی ځکه پیغمبر (ص) فرمایلی دی الله پاک عفوه کړیده ځما امت ته په باره دهغه تصوراتو چه په ذهن کښی تیرېږي ترڅو، چه

شویوی یا داخل د دوکان کښی پاتی وی هغه بله کلی ورته جوړوی یا موټر دخان لپاره یا کرایي لپاره اخلی اوکه فرضاً سوء نیت هم ثابت شی نو دمجرم د تشویق لپاره چه دجنایت نه لاس واخلی مجازات نه شی یعنی د ده لپاره یو مصلحت دی لپاره چه دجنایت نه لاس واخلی مجازات نه شی یعنی د ده لپاره یو مصلحت دی او که چیرته دا اماده گي یا مقدماتی عمل خپله مستقل جرم وی لکه د چا د مرګ لپاره داسلحی اخیستل شو چه بیا داسلحی سره د نیول شی دلته اگر چه سونیت د مجرم هم نه ثابتېږي اما قانون دغه عمل مستقلا په غیر له دی چه جنایت وکړی دجزاوړ بللیدی لکه چه ۳۴۶ ماده د قانون جزا کښی تصریح کړېدی .

۳- په جرم باندی دشروع مرحله .

دجزا قانون داسی تعریف کړېدی: په جرم شروع دفعل دپیل کیدو د اجرا کولو څخه دجنایت یاجنحی دارتکاب په قصد عبارت دی. په دی ترتیب چه دفاعل دارادی نه دباندی دځینو سبونو له امله دهغی اثرونه متوقف یا خنثی شویوی یعنی دشروع لپاره یی دری شرطونه وضع کړېدی اول پیل یا اغازدوهم قصد د ارتکاب دجنایت یا جنحی یعنی قصد د ارتکاب قباحی یی جرم نه دی شمیرلی لکه په ۳۲ ماده کښی پری تصریح کړېده او دریم دا چه دهغی اثار یا له منځه تللی وی او یا دریدلی وی مطلب دا چه په جرم شروع هغه وخت دجزا وړده چه جرمی نتیجه نه وی واقع شوی او که شروع منجر په نتیجه شی په دی صورت کښی دجرم په ارتکاب مجازات کېږي نه د شروع به وجه .

څرنګه چه مو ذکر کړه چه مرحله د اماده گي د شروع مرحلې سره نږدی او پیوسته ده لهدا لومړی به دقانون دعالمانو نظریه ذکر کړو او بیا به دفقها و نظرذکرکړو ترڅو شروع په جرم واضح شی او دنورو مرحلو سره یی فرق هم واضح شی دقانون عالمانو د شروع مرحلې د پیژندنې لپاره یو څو قاعدی بیان کړېدی چه لاندی ذکر کېږي .

اوله قاعده : که چیرته مجرم مرتکب شی یو دهغه مادی اعمالو څخه چه جرم یی منځ ته راوړسی نو دا دجرم شروع کونکي حسابېږي مثلاً دسرقت مادی رکن دمال لاس ته راوړل دی نو شروع په سرقت هغه وخت منځ ته راځی چه سارق د مال لاس ته راوړلو پیل کړی .او هغه مال چه دی غلا کوی واخلی او بیا ونیول شی اوکه مخکی دمال اخیستلو نه ګرفتارشی نو دا

پس دققها و نظر واضح دی چه هر عمل ته چه معصیت او جرم ویلی کیږی هغه د جرم وړدی اودغه اصل د اجتماع د اصلاح او حمائی لپاره بهتر دی حتی هغه اعمال چه دجرم شروع هم نه وی اما یو نوع اضطراب او تزلزل په اجتماع کښی پیدا کوی شریعت په نظر کښی نیولی دی اود هغی مرتکب یی د جزا وړ گڼلی دی او په بعضی مواردو کښی چه ډیر خطر لری قانون هم دققهی نظر ته رجوع کړیده لکه داخلیدل کورته په قصد دغلا چه یو مستقل جرم یی شمیرلی دی او دجزا قانون په ۴۳۱ او ۴۳۲ مادو کښی بیان کړیدی اگر چه دا شروع په جرم سرقت ده خویایی هم دجزا وړ شمیرلی ده او همدارنگی په ۶۱ ماده کښی دهغه چا چه په ناروا سره دشیی کورته داخل شی مرگ مباح کړیدی یاخوک نیشه یی مواد دسرقت لپاره اماده کړی اوونیول شی هغه یی هم دجزا وړ بللی دی حال انکه چه دغه اعمال په حیث د شروع دجرم دی خلاصه دا چه قانون هم په دی قایل دی چه تحضیر یه اعمال یا د وسایلو برابرول دجرم لپاره کله چه دجرمی تصمیم نمایندگی وکړی هغه جرم دی او د دینه دا ثابتیږی چه فقه دقانون نه برتری او مخکیوالی لری اودجامعی داصلاح لپاره بنیادی علاج دی نومحترم قضات دی ددغه دری مرحلو تفکیک په نظر کښی ونیسی اوهم دی متوجه وی چه په بعضو مواردو کښی قانون دویم مرحله هم لکه شروع دجرم شمیرلی او جزایی ورته تعینه کړی ترخودقانون په تطبیق یا تاویل کښی دخطا څخه ځان وژغورو او قانون په صحیح توگه تطبیق شی .

همه عملی نه کړی یعنی اظهاریی نه کړی . نو هرکله چه متفکر خپل تصمیم خلکو ته اظهار کړی نو دغه اعلان او اظهار یو نوع زورونه او تهدید دی اجتماع ته او دامنیت خرابوالی دی او دخلکو اطمینان ته صدمه ده ددی وجهی نه دهغی مرتکب دتعذیری جزا لایق دی .
نوددینه په وضاحت معلومیږی چه هغه دوهمه مرحله هم چه د اماده گۍ او مقدماتی اعمالو ترسره کولو مرحله ده جرم او دجزا وړ ده بس هغه څوک چه دجرم داسبابو سره ونیول شی دهغه نه باید تپوس وشی چه دغه وسایل او اسباب یی په کوم منظور تیار کړیدی نو که جواب یی مثبت ورکړه چه دغلا په خاطر نو دغه یو جرم دی او که جواب یی منفی ورکړه نو بیا ی جرم نه دی او که شک او تردید پیدا شه نو بیا هم مجازات کیدای نه شی ځکه په شریعت کښی په غیر دقیق نه مواخذه نشته .

دققها و نظر دجرم دشروع په هکله :

دشریعت له نظره اگر چه دشروع په هکله کومه خاص نظریه او قاعده نه ده وضع شوی بلکی جرم یی کامل او غیر کامل ته تقسیم کړیدی او ددی په منځ کښی دتفاوت قایل دی پس هر هغه عمل چه دشریعت په نزد معصیت وی یابه دحد جزا مستحق وی او یا به دتعزیرنو ددی اصل نه هر ناروا او ممنوع عمل جرم او عامل یی دجزا وړدی نو همدارنگی شروع په ممنوع عمل یو مستقل جرم دی او خاصه جزا لری .

پس کله چه په سرقت کښی دبعضی شروطو دنشتوالی دوجهی نه حد ساقط شی نو په حیث د یو مستقل جرم چه دتعذیر وړدی گڼل کیږی او قانون هغه دشروع په نوم یاد کړیدی دمثال په ډول کله چه سارق دسرقت په قصد یو کور سوری کړی یا په یو دیوال پورته شی یادکور داخل کښی دسامان اومتاع په راجمع کولو شروع وکړی یا په حالت دخلاصولو د دروازه کښی وی او ونیول شی نو دغه شخص دققهی له نظره دیو مستقل جرم مرتکب شویدی او دتعذیر وړدی اودغه اعمال معاصی او یا جرایم کامل دی او دقانون له نظره دشروع جرم په نوم دجزا وړدی .

او په بعضی مواردو کښی قانون دققهی او شریعت سره اختلاف لری لکه یو نفر چه د غلا داسبابو سره په لاره کښی ونیول شی دقانون له نظره دا یو تصمیم او مجرد قصد دی چه دجزا وړنه دی او دققهی له نظره دایو معصیت او جرم دی قابل دتعذیر دی خو په دی شرط چه نیست یی معلوم شی .

قسامت، تعريف و مشروعيت آن

نظم اجتماعي از شاخص هاي اساسي هر نظام سياسي است. زيرا بدون تنظيم جنبه هاي اجتماعي يك جامعه، بقاء و دوام يك نظام ممكن به نظر نميرسد. بزرگترين ستون نظام اجتماعي تأمين امنيت مي باشد. چه در امنيت ميتوان به هر هدف به كمترين وقت دست يافت. در نظام اجتماعي اسلام به اين موضوع توجه جدی صورت گرفته و بهترين راههاي تحكيم ثبات و تأمين امنيت براي مسلمانان در نظر گرفته شده است. از جمله مسائل مربوط به امنيت يكي هم وجود قوانين خاص و جامع درهمه شئون زنده گي بوده كه تطبيق آن از همه مهمتر است. زيرا اگر قانون وجود داشته باشد و تطبيق نشود، عذر بدتر از گناه مي باشد در بين قوانين مربوط به امنيت جامعه يا تأمين امنيت در اجتماع يكي هم مشروعيت قسامت است. در مشروعيت قسامت حكمت بزرگي نهفته است. اين موضوع نشان دهنده مسئوليت مردم در تأمين امنيت جمعي بوده و قسامت نشان ميدهد كه اگر يك گروه مردم در يك منطقه زنده گي مينمايند بر علاوه كه خود در برابر قانون مسئوليت دارند بايد به ديگران نيز اجازه ندهند تا سبب اخلاص امنيت آن محله و منطقه شوند. بناءً در صورت بروز چنين مشكلي جمع غفير مردم در محكمه حاضر شده، قسم داده ميشوند. اينك جهت وضاحت موضوع قسامت تعريف و مشروعيت آنرا با مسايل مربوط به آن به شرح و توضيح ميگيريم.

تعريف قسامت:

در لغت به معني قسم و يمين بوده در اصل مصدر ميباشد. در اصطلاح شرع قسامت عبارت از قسم مكرر و بي دربي است در دعوي قتل يعني اگر در محيط اطراف يك محله اگر كدام شخص مقتول دريافت شود و قاتل آن نيز معلوم نباشد. به تعدادي از مردم محله مبني بر آگاهي از قتل و عدم آن قسم داده ميشود. (۱)

مشروعيت قسامت:

در مورد مشروعيت قسامت احاديث زيادي از حضرت پيامبر اسلام (ص) وجود دارد كه به ذكر چند مثال از آن اكتفا ميشود.

۱- يكي از مردمان انصار از حضرت پيامبر (ص) روايت ميكند (ان النبي (ص) اقر القسامة علي ما كانت في الجاهلية) حضرت پيامبر (ص) مشروعيت قسامت را چنانچه در زمان جاهليت رواج داشت مشروعيت بخشيد. از حديث شريف فوق معلوم ميشود كه قسامت

در زمان قبل از اسلام نيز وجود داشت اما چون عملي بود كه مورد پسند اسلام واقع شده باشد حضرت پيامبر (ص) آنرا مشروعيت بخشيد.

در روايات آمده است كه قسامت در زمان جاهليت نيز معروف و مروج بود و اولين كسيكه آنرا در زمان جاهليت عملي نمود وليد بن مغيره بوده است. (۲)

۲- در روايت ديگر آمده است كه آنحضرت (ص) فرمود: (البينة على المدعي واليمين على من انكر الا في القسامة) شاهد آوردن وظيفه مدعي است و اگر مدعي شاهد آورده نتواند يمين به سخن منكر لازم ميشود مگر در قسامت. (۳)

حكمت مشروعيت قسامت:

شريعت اسلامي بمثابه قانون الله براي رفاه بشر و سعادت وي در هر دو جهان اكثريت احكام را براي مصلحت مردم وضع نموده است. مشروعيت قسامت نيز روي همين اصل و حفظ جان مردم و جلوگیری از خونريزي مشروع شده است. تاكه هيچ نفس در دايره اسلام بناحق تلف نشود و هيچكس حتي جمع زياد مردم جرأت به خونريزي و قتل ناحق نكنند. چنانچه حضرت علي كرم الله وجهه براي حضرت امير المومنين عمر (رض) در زمان خلافت اش، در مورد شخصيكه در اثر ازدحام روز جمعه يا عرفة ميميرد ميگويد: اي امير المومنين بايد كه خون انسان مومن بناحق نريزد اگر قاتل آن شخص را ميشناسيد، خوب ورنه ديت او را از پول بيت المال تاديه نمايند. (۴)

بنا بر ارزشي كه به حيات انساني در شريعت قايل شده اند. الزام ديت به عصبه و يا عاقله (خويشاوندان پدر) متهم قتل در قسامه در مذهب حنفي مي باشد. و استدلال مي نمايند كه عاقله يا عصبه (خويشاوندان پدر) بايد متهم را از انجام چنين عمل باز ميداشتند و نميگذاشتند كه او به چنين عمل دست بزند. (۵) حتي علماء ديگر يمين و ديه هر دو لازم ميدانند و اين دوجزا نيز روي هدف اصلي كه عبارت حفظ جان است مشروعيت مي يابد. (۶)

شروط قسامت:

براي ثبوت قسامت هفت شرط تعيين شده كه وجود آن لازم است و قرار ذيل ميباشد:

۱- اينكه در جسد مقتول كه يافت ميشود اثر قتل وجود داشته باشد. خواه اثر جراحت باشد يا اثر زدن و يا اثر خفه كردن. اگر از اين سه چيز هيچ كدام نبود نه در آن قسامت است و نه ديت. اگر شخص مقتول دريافت شود در حاليكه از دهن و بيني وغيره اندام معتادوي خون خارج شده باشد ميشود كه در اثر خون بيني و قي نمودن خون مرده باشد بناءً كشته نشده است.

قضاء

هرگاه مقتول در صحرایی یافت شود که ملکیت کسی نباشد اما قریه به آن نزدیک باشد در آن انسان به آن قریه میرسد. بالای اهل همان قریه قسامت لازم میشود زیرا آنها مسوولیت امنیت اطراف خود را دارند. (۱۱)

اگر مقتول در وسط دریای بزرگی مانند دریای هلمند، پنجشیر، سالنگ، غوربند و غیره دریافت شود چون دریای بزرگ ملکیت کسی نمیباشد. بناءً دیت وی بالای بیت المال است. اگر مقتول در وسط دریا نباشد بلکه به کناره دریابند مانده باشد در این صورت قسامت بالای اهل قریه است که نزدیک آن دریا باشد و صدای انسان به آن جامی رسد. زیرا مردم نزدیک دریا مسئول کمک، همکاری و امنیت کسانی اند که در دریای نزدیک آنها میایند. اگر مقتول در دریا یا جوی کوچک مرده باشد مسئول مردم است که مالک آن جوی و دریاهستند. (۱۱)

مقتولی که در مساجد جامع، راههای عام، بازارهای عام، بندی خانه و مثل آن یافت میشود در مورد آنها قسامت نیست؛ زیرا این اماکن ملکیت کسی نبوده، دردست شخص نمیباشد. بناءً دیت آن از بیت المال پرداخته میشود.

اگر مقتول در مسجد محله معین پیدا شود قسامت بالای اهل آن محله است همچنان در کشتی موتر و غیره نیز مسئول راکبین آن وسایط میباشد. (۱۳)

قسامت در کجا و چی وقت می باشد :

قسامت تنها در صورت انجام جرم قتل یا در میان میگذازد. برابر است که قتل عمد شبهه عمد و یا خطا باشد. قسامت در قطع اعضاء جرح، ضرب (زدن) بستن و غیره نمیباشد. زیرا نصی که در مورد قسامت وارد شده صرف در آن قتل ذکر شده بناءً قسامت نیز در مورد منصوص علیه مشروعیت پیدا میکند و بس. (۱۴)

کیفیت و چگونگی قسامت :

در اینکه آیا قسامت به مدعی یا مدعی علیه راجع میشود در بین فقهاء اختلاف است. در مذهب حنفی یمین (قسم) به مدعی علیهم راجع میشود قسمیکه پنجاه نفر از اهل همان منطقه که مقتول در آن یافت شده قسم داده میشود و اصل در دعوی نیز یمین مدعی علیه است، و قسم دادن آنها در اختیار ولی الدم است زیرا یمین حق است که آنها را قسم میدهد یا خیر و اگر قسم کردند به این ترتیب باید قسم یاد کنند. (قسم به الله (ج) است که ما نه او را به قتل رسانیده ایم و نه قاتل او را می شناسیم). (۱۵)

فقهاء مذهب حنفی به حدیث امام بخاری استدلال می نمایند. که بشر بن یسار از یک مرد انصار روایت می کند: او میگوید: سهل بن ابی حشمة گفت: آنحضرت (ص) فرمود: (تأثون بالبينة

قسامت، تعریف و مشروعیت آن

اگر خون از چشم و گوش وی خارج شده باشد در این صورت هم قسامت است و هم دیت زیرا خون از این دو جای عادتاً خارج نمیشود. پس بیرون خون از چشم و گوش بواسطه قتل بوده است. بنا بر آن در مذهب حنفی جهت احتیاط بیشتر بطور مطلق اثر قتل را شرط نموده اند. تا تمام انواع قتل را شامل شود.

و هم چنان حضرت پیامبر (ص) از مردم انصار در مورد شخص مرده که در خیبر یافت شده بود سوال نکرد که آیا در وجود او اثر قتل است یا خیر زیرا قتل گاهی بدون اثر نیز ممکن است. مانند خفه کردن یا فشردن خصیه ها و غیره. (۷)

۲- قاتل مجهول باشد: اگر قاتل معلوم شد دیگر قسامت وجود ندارد. بلکه در صورت وجود شرایط عمد، قصاص لازم میشود و در صورت موجودیت شبهه عمد و خطا دیت لازم میگردد.

۳- مقتول بنی آدم (انسان) باشد. اگر مقتول حیوان باشد و در یک محله یافت شود نه کدام تاوان است و نه ضمانت وجود دارد.

۴- رسانیدن دعوی به قاضی از طرف اولیای مقتول، زیرا قسامت یمین است و یمین بدون دعوی لازم نمیشود. (۸)

در مذهب مالکی، شافعی و حنبلی شرط دیگر قسامه اتفاق اولیای دعوی است، اگر صاحبان دعوی در دعوی خود اختلاف نمایند قسامت ثابت نمیشود. در مذهب امام شافعی از این موضوع چنین تعبیر صورت گرفته که قسامت در صورتی ثابت میشود که دعوی مدعی تناقض نداشته باشد مثلاً اگر بالای شخصی به تنهایی دعوی قتل میشود باز دعوی بالای شخص دیگر می رود، و باز دعوی بالای شخص ثالث مبنی بر شریک بودن در قتل میشود. یا به تنهایی قاتل قلمداد میشود، این دعوی شنیده نمی شود، زیرا بادهای ما قبل در تناقض میباشد. (۹)

۵- اقرار مدعی علیه: زیرا یمین به منکر راجع میشود، اگر شخص اعتراف نماید قسامت به میان نه می آید.

۶- درخواست قسامت، زیرا قسامت یمین است و یمین حق مدعی بوده در صورتی درخواست مدعی برایش پرداخته میشود.

۷- زمینی که مقتول در آن یافت میشود ملکیت بکر فرد باشد. اگر زمین ملکیت شخص معین نباشد بلکه به دولت تعلق داشته باشد در این صورت نه قسامت وجود دارد و نه دیت بالای کسی لازم میشود و دیت آن بالای بیت المال می باشد، زیرا حفظ اماکن غیر مسکونی وظیفه دولت است و مکلفیت آن نیز بدوش دولت می باشد. (۱۰)

قضاء

قسامت، تعريف و وعیت

افراد، تقصیر و کوتاهی در نصرت و معاونت و همکاری با مقتول بوده که او را از مرگ نجات نداده اند و چرا حافظ و نگهبان حریم خود نبوده اند. بدین ملحوظ اطفال خورد (صبی) دیوانه ها (مجانین) و زنها نمیتوانند این مسئولیت سنگین را بردارند و بطور مداوم از حریم خانه و منطقه شان محافظت نمایند. (۲۲)

در مذهب مالکی بین قتل فرق قایل شده و گفته اند که قسامت در قتل عمد و قسامت در قتل خطاء تفاوت دارد.

۱- اگر قتل خطا باشد یمین به ورثه مقتول راجع میشود اگر ورثه مقتول خطاء از یمین نکول کرد. قسم به عاقله قاتل راجع میشود، هر کدام آنها یک قسم داده میشود اگر عاقله موجود نبود یمین به متهم راجع میشود و بعد از پنجاه قسم بری الذمه میشود.

۲- اگر قتل عمد باشد، قسم به عصبه نسبی راجع میشود و اگر کمتر از دو نفر باشد قسم داده نمیشود اگر در ورثه متهم غیر از زن ها کسی نبود قسم به مدعی علیه راجع میشود و پنجاه قسم باید داده شود. (۲۳)

۳- امام شافعی (رح) میگوید: تمام ورثه مرد باشد یا زن در یمین قسامه داخل اند. و پنجاه قسم قسامه به اساس حصه شان از میراث بالای شان توزیع میگردد.

۴- قسم در قسامه به ورثه ذکور که مکلف باشند راجع میشود که آنها عبارت از ذوی الفروض والعصبات هستند و به اندازه حصه میراث هر کدام مکلفیت دارند. (۲۴)
(آثار قسامت، یعنی آنچه یکه بعد از قسامت بدست میآید):

دراخیر حمد و ثنای نهایت و بی پایان به درگاه رب العالمین الله که چقدر مهربان است و خون انسان و حیات وی چقدر زیاد و بی نهایت ارزش مند به نزد او تعالی می باشد و باز حمد به همان ذاتی که چنین قوانین زاجر و مانع را بخاطر مصلحت بندگان خود فرستاده و لازم گردانیده است. توجه دولتمردان و حکام مسلمان افغانستان را به این مسئله میخوانیم و خواهشمندم توجه نهایت جدی خود را بخاطر جلوگیری از تلف شدن مردم به ناحق معطوف داشته بخاطر سعادت سلامت و صحت مردم خود بسیار زیاد جدی باشد و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین.

مراجع:

۱- بدایع الصنائع ۲۸۶/۷.

۲- نیل الاوطار ۳۴/۷.

۳- نیل الاوطار ۳۹/۷.

۴- بدایع الصنائع ۲۹۰/۷.

قسامت، تعريف و مشروعیت آن

حسب من قتله؟ قالوا: مالنا بينة، قال فيحلفون لكم (رسول الله (ص) فرمود: بخاطر ثبوت قاتل و نشان دادن او شاهد بیاورید گفتند ما شاهد نداریم آنحضرت (ص) فرمود: پلیس باید که برای شما قسم یاد کنند) (۱۶)

اگر مدعی علیه بصورت مجمع یا بعضی شان از یمین انکار نمایند، باید حبس (بندی) شوند تا آنکه قسم یاد کنند زیرا قسم ذاتاً حق ثابت بالای آنها و بخاطر حرمت دم مقتول است باید حتماً در نظر گرفته شود (۱۷)

فقهایی مذهب مالکی، شافعی و حنبلی میگویند: یمین باید از مدعیان و اولیای مقتول با قسم دادن پنجاه نفر عاقل و بالغ آنها شروع شود. چنانچه در حدیث شریف دیگری میآید:

(اتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم) آیا قسم یاد میکنید پنجاه قسم و خود را مستحق عوض خود خویشاوند خود میسازید؟ در اینجا معلوم میشود که قسم به مدعی راجع شده تا بواسطه آن ثبوت جرم را بالای منکر (مدعی علیه) نماید. و بعد از آن مستحق دیت او گردد (۱۸)

در ادامه میافزاید: که قسم باید در حضور مدعی علیه، حاکم، در مسجد جامع و بزرگ بعد از نماز و در وقت اجتماع مردم به این الفاظ (بالله الذي لا اله الا هو: لقد ضربه فلان، فمات اولقده قتله فلان) گفته شود (قسم به الله است که دیگر کسی قابل پرستش غیر او نمیشد که فلان شخص این مقتول را زده و مرده یا بدون شک فلان شخص او را کشته است) و شروط در یمین آنست که به طور قطع و تعیین متوجه متهم در ارتکاب جرم باشد. (۱۹)

در مذهب مالکی شرط آنست که قسم ها متوالی و بی دری باشد یعنی در روزها و ساعات مختلف نباشد. زیرا متوالیات (بی دری) قسم دادن در زجر و پند بسیار موثر است.

بی دری بودن قسم در مذهب امام شافعی و احمد بن حنبل شرط نیست. زیرا قسم از جنس حجت است و حجت می تواند متفرق باشد مثلاً اگر شهود شهادت را بطور جداگانه ادا نمایند اگر مدعیان قسم یاد نکردند قسم به مدعی علیه راجع میشود و بعد از ادای آن بری الذمه میگردد. اگر مدعی قسم یاد نکرد و یمین مدعی را نیز از قاضی نخواست متهم بری الذمه میشود البته به مذهب امام احمد بن حنبل. (۲۱)

قسامت بالای که لازم است؟ (اهل قسامت)

اهل قسامت (کسانی که قسامت بالای شان واجب است) ورثه میشود. برابر است که ورثه قاتل باشد (عاقله) یا ورثه مقتول.

در مذهب حنفی یمین به مدعی علیه راجع میشود و ایمان قسامت به مردان بالغ ورثه لازم میشود یعنی قسامت بالای صبی، مجنون (دیوانه) و زنان نیست. زیرا حکمت او و جوب قسامت بالای

حق ارتفاق

قبل از وارد شدن به اصل موضوع قابل تذکار است که در قانون مدنی افغانستان حق ارتفاق تحت نام حقوق مجرد بیان گردیده است .
طوری که حقوقدانان بیان داشته اند ، مراد از حق مجرد که از آن به حق محض نیز تعبیر میشود ، هر آن حقی است که اگر دارنده حق از آن درگذرد تغییری در وضعیت عهده دار حق ندارد .
واما حق غیر مجرد آن است که اگر دارنده حق از آن درگذرد در رابطه حقوقی عهده دار حق بامحل حق موثر واقع میگردد .
مبحث اول

معنای لغوی و اصطلاحی حق ارتفاق :

ارتفاق مصدر باب افتعال از ریشه (رفق) بمعنای بر، مرفق (آرنج) تکیه کردن، پرشدن، از چیزی یاری گرفتن ، رفاقت کردن و انتفاع برشی است (۱)
و در اصطلاح فقه و حقوق :
دانشمندان تعاریف مختلفی را بر آن بیان داشته اند که جهت فهم بیشتر موضوع چند تعریف آن ذکر میگردد :

دکتر مسعود انصاری حق ارتفاق را چنین تعریف نموده است ((عبارت از حقی در ملک غیر منقول متعلق به دیگری برای صاحب ملک مجاور است)) (۲)
مطابق ماده ۲۳۴۰ قانون مدنی (ارتفاق عبارت از حقی است بالای عمارت جهت منفعت عمار شخصی دیگر) (۳)

دکتر وهبة الزحیلی میفرماید (حق ارتفاق یکی از انواع ملک ناقص و حق عینی است که بر ملکیت یکی برای منفعت ملکیت دیگری لازم شده است) (۴)
هر چند تعاریف ذکر شده دارای یک معنا و مفهوم است . اما قیودی که در تعریف اخیر ذکر شده قابل توضیح است :

ملک عبارت از رابطه ای است میان شخص و شی (مال) که بموجب آن حق تصرف را در آن داشته و مانع تصرف غیر در آن میشود . و ملک بردونوع است .

۱ - تام ۲ - ناقص :

- ۵ - بدایع الصنائع ۲۹۰/۷ .
- ۶ - بدایة المجتهد ۴۱۹/۲ .
- ۷ - المغنی لابن قدامة ۱۷۱/۸ .
- ۸ - فقه اسلامی وادلته ۵۸۱۴/۷ .
- ۹ - المغنی ۷۱/۸ .
- ۱۰ - تکمله فتح المهلم ۳۹۲/۸ - ۳۹۶ .
- ۱۱ - الدر المختار علی الدر المختار ۴۴۵/۵ .
- ۱۲ - بدایع الصنائع ۲۸۹/۷ .
- ۱۳ - فقه اسلامی وادلته ۵۸۱۶/۷ .
- ۱۴ - تبیین الحقایق ۱۷۰/۶ .
- ۱۵ - بدایع الصنائع ۲۸۶/۷ .
- ۱۶ - نصب الراية لاحادیث الهدایه ۴۹۲/۴ .
- ۱۷ - تکمله فتح القدير ۳۸۸/۸ .
- ۱۸ - المغنی ۶۸/۸ .
- ۱۹ - بدایة المجتهد ۴۲۱/۲ .
- ۲۰ - المغنی ۶۸/۸ .
- ۲۱ - بدایة المجتهد ۴۱۲/۲ .
- ۲۲ - بین الحقایق ۱۷۱/۶ .
- ۲۳ - مغنی المحتاج ۱۱۵/۴ .
- ۲۴ - المغنی لابن قدامة الحنلی ۸۰/۸ .
- ۲۵ - در المختار ۴۴۶/۵ .

قضاء

۳- حق ارتفاق به استثنای حق جوار مقرر بر عقاری باشد که گاهی برای شخص و برای جوار میباشد. اما حق انتفاع دائماً مقرر برای شخص معین به اسم و صفت وی باشد.

۴- حق ارتفاق دایمی بوده منتهی به وقت نمی باشد، اما حق انتفاع موقت بوده بموت شخص منتهی میگردد. مثل اینکه شخصی به منفعت زمین برای شخص دیگر وصیت کرده باشد که باوفات وی خاتمه می یابد (۸)

اسباب کسب حقوق ارتفاق:

حقوق ارتفاق به اسباب متعددی نشأت می نماید که از جمله میتوان موارد زیر را بیان نمود:

۱- اشتراک عام: مثل مرافق عام که شامل راهها، انهار و دیگر محلات عامه می باشد و در تمام عمارت قریب آن حق مرور، آبیاری، حق مجری، حق مسیل ثابت می باشد. بدان جهت که این نوع منافع مشترک در میان مردم بوده ما دامیکه ضرر از آن به دیگری عاید نگردد انتفاع از آن مباح میباشد.

۲- اشتراک در عقود: مثلاً اینکه بایع بر مشتری شرط بگذارد بر اینکه برای بایع حق مرور در آن عمارت باشد و یا حق شرب برای زمینی دیگری که مملوک بایع است ثابت بماند.

۳- مرور زمان: حق ارتفاق بر یک عمارتیکه از زمان قدیم وجود داشته باشد و مردم وقت ثبوت آن را بیاد نداشته باشند ثابت میگردد، مثلاً زمین زراعتی که در آن حق مجری، مسیل را بر زمین دیگری داشته، برای شخصی به ارث رسیده باشد (۹).

عناصر ارتفاق: دکتر جعفر لنگرودی عناصر ارتفاق را در سه مورد بیان داشته است:

الف - وجود دو مال غیر منقول بالذات

ب - وجود امتیازی برای یکی و بضرر مال دیگر.

ج - تفاوت مالک دو مال مذکور (۱۰)

وصف فقهی ارتفاق:

حق ارتفاق بنزد احناف (رح) مال شمرده نمی شود بلکه آن حق مالی است که برای مالک آن انتفاع به آن حق را می دهد. روی اصلیکه حق ارتفاق مال نیست امور آتی بر آن مرتب میشود:

۱- بیع حق ارتفاق مستقل از زمین جواز ندارد بلکه به متابعت زمین فروخته میشود، بدین اساس هبه و یا صدقه کردن حق ارتفاق نیز جواز ندارد، بدلیل اینکه هبه و صدقه نوعی از تملیک است و حقوق مجرده پذیرش تملیک را ندارد.

۲- در حقوق ارتفاق صلح جواز ندارد، بدین معنی که اگر در یک دعوی ای که متعلق به مال باشد و یا در حق قصاص بر نفس و یا اعضای بدن طرفین بخواهند بر حق ارتفاق مشخصی صلح

حق ارتفاق

۱- ملکیت تام عبارت از ملکیتی است که تمامیت عین و منافع و حقوق را در بر میگیرد بموجب آن جمیع حقوق مشروعه برای مالک ثابت میشود و مالکیت شخص نسبت به آن هیچ قیدی نمی پذیرد و شخص از صلاحیت کامل برای اعمال هر نوع تصرف در آن برخوردار میباشد، و حتی اگر آن را تلف کند هیچ گونه مسئولیتی متوجه او نیست (۵)

۲- ملکیت ناقص: عبارت از مالکیت تنهای عین است، به نحویکه عین آن مملوک یک شخص و منافعش مملوک کسی دیگری باشد، چنانچه خانه ای به موجب وصیت به ملکیت کسی و منافع آن برای مدت معین به مالکیت کسی دیگری درآید (۶)

قید دیگری که در آن تعریف ذکر شده حق عینی است. مراد از حق عینی عبارت از امتیاز و سلطه ای است که شخص نسبت به مالی پیدا می کند و میتواند طبق موازین قانونی در حدود استیفای آن بر آید.

به تعبیر دیگر عبارت از حقی است که بر اعیان بیرونی تعلق میگیرد و حق شخصی عبارت از حقی است که به قصد تامین نیازهای عاطفی، اخلاقی و غیره مقرر شده است چنین حقی اگرچه ممکن است بار مالی داشته باشد. اما اصولاً جنبه مالی آن کم اهمیت است.

تفاوت عمده چنین حقی با حق عینی آن است که حق شخصی قابل انتقال نیست (۷).

فرق بین حق ارتفاق و حق انتفاع:

شکی نیست که این هر دو حق از جمله حقوق عینی است. و لکن تفاوت های میان این دو حق وجود دارد که ذیلاً بیان میگردد:

۱- حق ارتفاق به زمین وابسته است و با آن انتقال می یابد، اما حق انتفاع شخصی به افراد وابسته است.

بنابراین حق مرور از یک زمین به زمین دیگر حق مقرر برای زمین دوم میباشد که مالک آن زمین ازین حق منتفع میشود و انتفاع آن مقتصر به شخص نمی باشد.

اما حق انتفاع در زمین خاص به شخص منتفع میباشد که باوفات وی خاتمه می یابد برابراست که حق نشئت کرده بین زندگان باشد، مثل اجاره، اعاره و یا اینکه بین میت و زننده باشد مثل وصیت وقف و امثال آن و گاهی متعلق به اشیای منقول هم میباشد، مثل اجاره کتاب، موتر و غیره.

۲- حق ارتفاق به اتفاق همه مذاهب به ارث برده میشود، حتی نزد احناف (رح) که حق ارتفاق را مال نمی دانند، اما درباره ارث حق انتفاع بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد.

از نظر احناف (رح) حقوق ارتفاق که دارای اهمیت زیادی در معاملات زندگی است مع شرب درشش مورد میباشد که عبارت انداز: ۱- حق شرب ۲- حق مرور ۳- حق مجری ۴- حق مسیل ۵- حق تعالی ۶- حق جوار.

دلیلکه آنها حق ارتفاق را درین شش مورد منحصر می دانند این است که در ایجاد حق جدید ارتفاقی قیود ملکیت بوجود می آید واصل در ملکیت آن است که خالی از تقیید باشد بناً قیودی که وضع گردیده یک استثناء به حساب میرود ونباید دایره این استثنا توسعه داده شود.

اما پیروان مذهب مالکی (رح) میگویند دایره حقوق ارتفاقی محصور نبوده در صورت نیاز بموافقه طرفین حقوق ارتفاقی دیگران نیز بوجود آورد.

قسمیکه دیده میشود نیازمندی های زندگی اجتماعی انواع دیگری از حقوق ارتفاقی را بوجود آورده است که میتوان بطور خلاصه از ارتفاق ایجابی ، ایقاعی ، بین المللی ، ارتفاق سلبی ، شخصی ، طبیعی ، عقدی ، مستمر ، غیرمستمر ، قانونی ، قضائی ، ارتفاق پیدا ونا پیدا نام برد (۱۵). مراد از ارتفاق سلبی آن است که به موجب آن مالک زمینی اجازه نمی یابد که برخی تصرفات را در ملک خویش اعمال دارد .

و ارتفاق ایجابی حق ارتفاقی است که به مالک ملک غیر منقول اجازه می دهد که به نفع خویش در ملک مجاور کاری انجام دهد ، از قبیل حق مرور ، حق شرب ، حق مجری و غیره (۱۶).

۱- حق شرب : عبارت از حقی است برای زمینی جهت آبیاری از نهر معین ویا از طریق ملک مجاور ویا از چاه ؛ چشمه وکاریز که معین باشند واین حق به ملک تعلق دارد ویا آن انتقال می یابد (۱۷) .

همچنان حق شرب به معنای نوبت و زمان آبدهی نیز استعمال میگردد چنانچه که در قرآن کریم آمده است حضرت صالح (ع) برای قوم خویش فرمود : (هذہ ناقة لها شرب ولکم شرب یوم معلوم) (۱۸).

ترجمه : این ناقة (شتر) معجزه خداوند است یک روز نوبت از آن شتر باشد و روز خاصی نوبت آب از آن شما باشد .

هكذا در حق شرب حق شفه نیز شامل میگردد که مراد از آن حق و نوشیدن آب برای انسان و حیوان می باشد که بطور کلی فقهای کرام آب ها را به چهار نوع تقسیم بندی نموده اند که هر کدام دارای حکم خاص بوده و ذیلا بیان میگردد :

۱- آبهای محرز در ظروف و مکان های خاصه :

سایند جایز نیست بدلیل اینکه صلح معناً در حکم بیع بوده که مبادله مالی را در پی دارد ، اما حق ارتفاق قابل فروش نیست .

۳- حق ارتفاق در عقد ازدواج مهر قرار داده نمی شود ، در صورتیکه حق ارتفاق بدل مهر قرار گیرد در آن صورت مهر مثل لازم میگردد .

همچنان ارتفاق بدل خلع واقع شده نمی تواند ، مثلاً زنی بخواهد نفس خود را در بدل حق ارتفاق خلع نماید در همچو حالت خلع صحیح نبوده بلکه آن زن مکلف میگردد تا در بدل خلع خویش مهری را که اخذ نموده است برای طرف پیردازد (۱۱) .

احکام ارتفاق :

برای حقوق ارتفاق د و نوع احکام وجود دارد : یکی احکام عامه دوم احکام خاصه احکام عامه ارتفاق آن است که هرگاه این حق ثابت گردید مادامیکه در بقای آن ضرر به غیر مرتب نشود به حال خود باقی می ماند ، اما زمانیکه ضرر و اذیت دیگران بر آن مرتب باشد در آن صورت ازاله آن واجب میگردد بنابراین احکام عمومی ارتفاق را میتوان چنین برشمرد .

۱- واجب آن است که استعمال آن نظر به قاعده (لاضرر ولاضرار) منجر به اضرار غیر نشود بناً برای مرور کننده از زمین دیگر جایز نیست که ضرری را بر آن زمین وارد سازد ، و یا کسیکه زمین زراعتی خود را از حق شرب خود آبیاری می نماید نباید از حد اسراف کاربگیرد که وسیله ضرر به دیگران شود .

۲- حقوق ارتفاق یا در املاک عامه ثابت میشود ویا در املاک خاصه ، در املاک عامه که مختص به هیچ کس نمی باشد ، از نظر احناف رح استفاده از همچو املاک بدون اجازه دیگران برای عامه ثابت بوده اما در املاک خاص که بضرر یا افراد تعلق دارد ، حق ارتفاق به آن بدون اجازه مالک جواز ندارد .

۳- در صورتیکه سبب ارتفاق دانسته نشود بنابر قاعده (القديم يترك على قدمه) حق انتفاع از آن برای صاحب آن باقی گذاشته میشود ، اما بشرطی که ضرر غیر رادری نداشته باشد (۱۲).

ماده ۲۳۵۵ قانون مدنی میگوید (صاحب حق ارتفاق میتواند به چنان اعمالی مبادرت ورزد که برای استعمال حق او در ارتفاق ضروری باشد ، یا برای محافظت حق مذکور لازمی شناخته شود و باید حق مذکور را طوری استعمال نماید که از آن ضرری عاید نشود) .

ماده ۲۳۵۶ بیان میدارد (مالک عقار مرتفق به اجرای هیچ نوع عملی مکلف نمی گردد ، مگر اینکه استعمال معتاد حق ارتفاق آن را اقتضاء نماید) (۱۳)

انواع واقسام حق ارتفاق :

است اما وقتی که احراز گردید در آن صورت بدون اذن ملک استفاده از آن جواز ندارد. و در (کلاء) گیاهان خود روی اند که بدون آبیاری و زراعت شخصی بوجود آمده باشد اما زمانی که توسط شخصی محرز گردیده حیثیت مال شخصی را گرفته از مباح بودن می برآید و مراد از آتش (نار) آن است که افراد دیگر میتوانند از روشنی آن استفاده نمایند، خود را به آن گرم سازند و توسط شعله آن برای خود آتش افروزند که در چنین حالات مالک آن حق ممانعت را ندارد، اما در صورتیکه بابریدن اخگرهای آتش برای مالک ضرر میرسد باشد در آن صورت میتواند دیگران را ازین عمل منع نماید (۲۵)

حکم آب های فوق الذکر آن است که دیگران صرف حق شرب برای خود، حیوانات و استفاده برای امور منزل را داشته و حتی در صورتی که مالکین همچو آب آنها را ممانعت نمایند میتوانند بزور و سلاح متوسل شوند، دلیل این قول آن است که در عهد حضرت عمر (رض) کاروانی از مسلمانان درحالی به سرزمین قومی وارد شدند که نزدیک بود خود و چارپایان شان از فرط تشنگی هلاک شود، در چنین حالت از مردم خواهش نمودند که برای شان اجازه نوشیدن آب داده شود اما آن مردم نپذیرفتند زمامیکه آنها به نزد حضرت عمر رض رسیده و جریان را برایش بیان داشتند، آن حضرت فرمود (چرا در مقابل آنها از سلاح استفاده نکردید؟) ۲۶

۳- انهار مملوکه خاص:

در انهار مملوکه خاصه یعنی آب هائیکه در مجاری مملوکه داخل باشد، حق آبیاری از آن مختص بمالکان آن بوده و عامه مردم میتوانند صرف از حق شفه (نوشیدن) استفاده نمایند و هیچکس حق ندارد زمین های خود را از نهریا جوی ویا چاهی که مختص به قومی باشد بدون اجازه مالکان آن آبیاری کند و لکن حق نوشیدن ثابت است.

و همچنان میتوانند حیوانات را به نهر جوی و کاریز آورده آب دهد اما بشرطیکه خوف تخریب و مواضع مذکور بعثت کثرت حیوانات موجود نباشد.

به همین ترتیب میتواند از آب مذکور توسط ظروف و آب به باغچه خود آب ببرد. ۲۷
قانون مدنی افغانستان در ماده ۲۳۴۸ چنین بیان میدارد (کسیکه از مال خود جوی خاص به منظور آبیاری زمین خود احداث کند از آن حق هر نوع استفاده را داشته و شخصی دیگر از آن بدون اجازه احداث کننده استفاده کرده نمی تواند) ۲۸

در صورتی که نهر یا جوی مشترک باشد هیچیک از شرکاء حق ندارد که از نهر مشترک جوی جداگانه احداث نماید مگر اینکه اجازه و قناعت شرکاء را فراهم کرده باشد همچنان نوبت قدیم خود را مبادله کرده نمی تواند و هم حقا به خود را نمی تواند زمین دیگرش که از نهر مذکور

این نوع آبها ملک خاص از برای اشخاص احراز کننده آن بوده و دیگران نمی توانند بدون اذن مالکین از آن استفاده نمایند (۱۹)

دلیل مشروعیت این امر حدیثی است که (روی عن النبی (ص) انه نهی عن بیع الماء الا ما حمل منه) (۲۰). ترجمه پیامبر (ص) از فروش آب منع نمود مگر آنکه برداشته و احراز کرده باشد سوالی که وارد میشود این است که در حدیث دیگری که اصحاب سنن بروایت ایاس بن عبد از رسول اکرم (ص) روایت نموده اند: (نهی البنی (ص) من بیع فضل الماء) (۲۱) ترجمه پیامبر (ص) از فروش مقدار آب منع نموده است.

جواب فقهای کرام آن است که حدیث اول خاص گردانیده است فروش آب را درهمچو حالات برقیاس به جواز فروش هیزم در صورتی که توسط شخصی احراز شده باشد در حدیثی که بطور متفق علیه از حضرت ابوهریره روایت شده است این است که (شخصی سائلی نزد پیامبر (ص) آمد و تقاضای کمک مالی نمود، آنحضرت برای وی توصیه نمود که از عمل تگدی دست برداشته و به اودستور داد که بعد ازین چوب و هیزم را از بیابانها جمع آوری نموده و به معرض فروش بگذارتا بدین وسیله از سوال گری بی نیاز شوی) (۲۲)

علی الرغم اینکه این نوع آب ملک خاص محسوب میگردد. شخصی مضطری که خوف هلاک نفس خویش را به اثر تشنگی احساس نماید، و آب موجوده فاضل از اندازه حاجت صاحب آن باشد میتواند حتی به زور متوسل شده از آن آب استفاده نماید، ولیکن در چنین حالات که آب صاحب قیمت باشد شخص مضطر بنا بر حکم قاعده فقهی:

(الاضطرار لا یبطل حق الغیر) مکلف به پرداخت قیمت آن میباشد (۲۳)

۲- آب چشمه ها، کاریزها، چاه ها و حوض هائیکه اشخاص آن را برای خود استخراج مینمایند: حکم این نوع آب نزد احناف آن است که در نفس امر مباح بوده و ملک خاص هیچ کس محسوب نمی شود. اما برای صاحب آن یک نوع حق خاص وجود دارد و قاعده براین است که آب دراصل مباح برای عموم مردم میباشد و به این حدیث شریف استدلال می نمایند که حضرت عبدالله بن عمر رض از رسول اکرم (ص) روایت نموده است (الناس شرکاء فی ثلاث:

الماء و الکلاء و النار) ۲۴

ترجمه: مردم درسه شی باهم شریک هستند: آب گیاهان خودروی و آتش.

امام زلیعی در کتاب تبیین الحقایق شرح کنز الدقایق در شرح این حدیث شریف چنین بیان داشته است: مراد از آب آن نوع آبی هست که محرز نباشد اما در صورتی که محرز گردد ملک خاص محسوب میشود مثلاً شکار (صید) مادامیکه محرز نشده باشد برای عموم اشخاص مباح

در زمینش منع نماید - استند لال فقهای کرام درین مورد همان داستانی است که در عهد حضرت عمر رض واقع شده که در کتاب موطأ ابن مالک رح چنین آمده است: عمرو بن یحی مازنی از پدر خود روایت کرده است ضحاک بن الخلیفه جوی کوچی را از منطقه پهناور حفر نمود بناء خواست که آب را از زمین محمد بن مسلمه به زمین عبور دهد امام محمد بن مسلمه قبول نکرد، ضحاک برایش گفت چرا از چنین عمل منع میداری در حالیکه جریان آب به نفع تو است زمین تواز اول تا آخر آن سیراب میشود و هیچگونه ضرری برای تو ندارد ولی با وجود اصرار زیاد موفق نشد که محمد بن مسلمه را قانع سازد و مجبوره این شد که در مورد با حضرت عمر رض صحبت نماید.

وقتیکه جریان را به انحضرت بیان کرد حضرت عمر رض برای محمد بن مسلمه امر نمود که مزاحم ضحاک نشده و بگذارد آب جریان اده شود محمد این دستور را نپذیرفت تا اینکه حضرت عمر رض شدیداً برایش اخطار داد چرا مانع عبور آب میشوی که اول و آخر همه اش بنفع تو است بخدا قسم است که آب ازین جا عبور داده خواهد شد ولو که بر بالای شکم صورت گیرد و برای ضحاک دستور داد تا آب را جریان دهد ۳۴

قانون مدنی افغانستان در ماده ۲۳۵۱ و ۲۳۵۲ چنین بیان میدارد (حق مرور، مجرا و مسیل اگر قدیمی باشد بحال خود گذاشته میشود مگر اینکه اصلاً نا مشروع باشد درین صورت به قدامت اعتبار داده نمی شود و در صورت موجودیت ضرر واضح ازین برده میشود.

هرگاه حق مرور، مجری یا مسیل شخصی بالای زمین شخصی دیگری باشد، صاحب زمین نمی تواند او را ازین حقوق محروم نماید ۳۵

فرع سوم - حق مسیل: در لغت به معنای آبرو، محل جریان آب، آب گذر و گذرگاه سیل است و در اصطلاح فقه و حقوق: عبارت از حق مرتب بر زمین یا خانه ای است که به مقتضی آن جریان آب در جریان معینی بشکل طبیعی یا توسط لوله و یا به اشکال دیگری راه خود را باز یابد بدون آنکه به زمین مستحق و یا زمین دیگری آسیبی برساند ۳۶

فرق بین حق مجرا و حق مسیل آن است که حق مجرا بخاطر آب مفید و صالح برای زمین و حویلی میباشد اما حق مسیل بخاطر دفع و بیرون نمودن آب غیر مفید برای زراعت و امور زندگی میباشد ۳۷

هرگاه حویلی ای از سابق در حویلی همسایه حق مسیل داشته باشد همسایه نمی تواند صاحب حق را از اعمال این حق منع نماید و بگوید که بعد ازین آب باران از مسیل عبور نکند.

ماده ۲۳۵۳ قانون مدنی که مطابق ماده ۱۲۳۰ مجلة الاحکام می باشد چنین بیان میدارد:

صفحه ندارد جریان دهد و اگر شرکاء بعمل رضایت داشته باشند آنها و یا ورثه شان حق رجوع را دارند ۲۹

و بر طبق ماده ۲۳۶۰ قانون مدنی هرگاه عمار داری حق ارتفاق تجزیه شود هریک از اجزاء مستحق ارتفاق شناخته میشود مشروط بر اینکه این امر تکلیف اضافی را بر عمار مرتفق به، عاید نسازد.

اگر ارتفاق در واقع تنها برای یک جزمفید و برای تمام اجزاء مفید نباشد مالک عمار میتواند زوال حق مذکور را از سایر اجزاء مطالبه نماید.

و هرگاه عمار مرتفق به تجزیه شود حق ارتفاق در تمام اجزای آن باقی می ماند ۳۰

۴ - انهار عامه:

مراد از آنها ر عامه آن است که در مجرای غیر مملو که به شخص جریان داشته باشد که حق استفاده از آن برای همگان میباشد.

حکم این نوع انهار آن است که برای همه مردم حق نوشیدن و آب دادن حیوانات و اراضی از آن جواز دارد و هر کس میتواند از انهار عظیمه جویچه را کشیده و زمین خود آبیاری نماید ولی بشرط آنکه ازین ناحیه ضرر بدیگری عاید نشود دلیل اینکه آب انهار عظیمه حق مشاع برای عموم محسوب میگردد حدیثی است قبلاً ذکر گردید (الناس شرکاء فی ثلاث: فی الماء والکلاء والنار) قانون مدنی افغانستان در ماده ۲۳۴۷ بیان میدارد (آب دریاها و فروع آن ملک عامه شمرده شده هر کس حق دارد از آن اراضی خویش را آبیاری نموده یا از آن به این منظور جوی بکشد مگر اینکه این امر با مصلحت عامه یا قوانین خاص معارض واقع شود) ۳۱

طور مثال قانون تنظیم آب و یا قانون زراعت و آبیاری قیود و شروطی را وضع نماید که در بعضی موارد مردم را از استفاده عمومی آب دریاها منع نماید.

مصارف احداث، پاک کاری، سیل بر و غیره امور مربوط نهر غیر مملو که از بودجه بیت المال صورت می گیرد و اما در صورتیکه بیت المال گنجایش تمویل آن را نداشته باشد مردم به کندن آن مجبور ساخته میشوند ۳۲

فرع دوم: حق مجری:

مجری در لغت بمعنی محل جریان، رهگذر و گذرگاه آب است. و در اصطلاح فقه و حقوق عبارت از حقی است که بموجب آن شخص از ملک غیر حق داشتن مجری آب و بردن آب را داشته باشد ۳۳

حکم حق مجری آن است که صاحب زمین هم جوار نمی تواند همسایه خود را از امر آب

- ۵ - مبسوط در ترمینولوژی حقوق دکتر جعفر جعفری لنگرودی طبع گنج دانش تهران .
- ۶ - دانشنامه حقوق خصوصی - ۱۹۶۷/۳ طبع ونشر محراب فکر تهران ایران .
- ۷ - همان مرجع قبلی.
- ۸ - الزحیلی - دكتور وهبة الفقه الاسلامی وادلته ۴۶۵۷/۶ طبع دارالفکر المعاصر دمشق سوریه .
- ۹ - الدرالمختار علامه محمد بن امین مشهور به ابن عابدین ۴۲۷/۵ طبع کویته پاکستان .
- ۱۰ - مبسوط در ترمینولوژی حقوق دکتر جعفری لنگرودی ۲۵۸/۱ طبع گنج دانش .
- ۱۱ - بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع - الامام کاسانی ۱۸۹/۶ موسسه التاریخ العربی بیروت لبنان .
- ۱۲ - مجلة الاحکام العدلیة جلد اول سلیم رستم باز تدوین وتنظیم محمد عثمان ژوبل .
- ۱۳ - قانون مدنی ۱۷۱/۴ طبع ونشر وزارت عدلیه .
- ۱۴ - تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق ۴۳/۶ - الامام الزیلعی - طبع مکتبه فاروقیه پاکستان .
- ۱۵ - دانشنامه حقوق خصوصی دکتر مسعود انصاری وعلی طاهری ۱۹۷۵/۱ طبع محراب فکر .
- ۱۶ - ترمینولوژی حقوق - جعفری لنگرودی ۱۸۳/۱ طبع گنج دانش.
- ۱۷ - مولانا عبدالکریم حقانی - رهنمای معاملات ، از نشرات ستره محکمه ریفرنس کتابخانه قضاء .
- ۱۸ - سوره شعراء آیه ۱۵۵ .
- ۱۹ - بدایع الصنائع ، الامام الکاسانی ۱۸۹/۶ طبع موسسه التاریخ العربی بیروت لبنان .
- ۲۰ - الاموال لابن السلام ص ۳۰۲ بنقل از فقه الاسلامی ۴۶۶۱/۶ .
- ۲۱ - رواه احمد واصحاب السنن الابن ماجه وصححه الترمذی .
- ۲۲ - الفقه الاسلامی وادلته ۴۲۶۲/۶ .
- ۲۳ - نصب الرایة فی تخریج احادیث الهدایة ۲۹۴/۴ .
- ۲۴ - تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق الامام زیلعی ۳۹/۶ طبع مکتبه فاروقیه پاکستان .
- ۲۵ - الخراج لامام ابی یوسف (رح) ص ۹۷ بنقل از فقه الاسلامی وادلته ۴۶۶۳/۶ .
- ۲۶ - مجلة الاحکام العدلیة ۱۱۴/۳ تنظیم وتدوین محمد عثمان ژوبل .
- ۲۷ - قانون مدنی ۱۶۸/۴ طبع ونشر وزارت عدلیه .

- هیچ کس نمی تواند بدون حق مسیل محلی را که جدیداً احداث نموده بمنزل شخص دیگری بکشد مگر اینکه اجازه او را حاصل کرده باشد)
- وماده ۲۳۵۴ میگوید : احداث ناوه دان یا حفر بدرفت فاضله آب باران و غیره در راه عام در حالیکه از آن ضرری به عام تولید شود ، جواز ندارد وهمچنان احداث امور فوق در راه خاص که غیر نافذ باشد بدون اجازه شاروالی یا اهل کوچه مجاز نمی باشد . (۳۸)
- انتهای حق ارتفاق :
- حقوقدانان اسباب زوال وانقضای حق ارتفاق را در مورد زیر بر شمرده اند :
- ۱ - انقضای مدت ((زمان)) : ماده ۲۳۴۲ قانون مدنی بیان میدارد : (حق ارتفاق به انقضای مدت معینه یا از بین رفتن کامل عقار مرتفق به ، یا عقار مرتفق ، و به اجتماع هردو عقار در ملکیت یک شخص منتهی میشود .
 - ۲ - اتحاد ذمه ، چنانکه اگر هر دو ملک از آن یکی شود زمینه ارتفاق نیز از بین میرود .
 - ۳ - مرور زمان : ماده ۲۳۶۴ قانون مدنی : (هرگاه عقار دارای حق ارتفاق در ملکیت یک عده شرکاء بصورت مشترک داخل شود ، استفاده یکی از شرکاء از حق ارتفاق مرور زمان را در مورد سایر شرکاء قطع می نماید ، همچنان توقف مرور زمان به منفعت یکی از شرکاء به منفعت شرکای باقیمانده موقوف میشود .
 - ۴ - عدم استعمال حق ارتفاق : ماده ۲۳۶۳ قانون مدنی : (اگر حق ارتفاق در خلال مدت پانزده سال استعمال نشود ، منقضی میگردد . (۳۹)
 - ۵ - از بین رفتن یکی از دو ملک که در آن صورت حق ارتفاق از موضوعیت می افتد .
 - ۶ - ممتنع شدن استفاده از حق ارتفاق که بیرون از اراده صاحبان دو ملک است همچنین برخی مواردی از قبیل عدم ترتب فایده بر استعمال حق ارتفاق ، تحقق شرط فاسخ واعراض صاحب حق را نیز از اسباب زوال حق ارتفاق دانسته اند . (۴۰)
- مراجع مأخذ:
- ۱ - لويس معلوف ، فرهنگ المنجد ۲۳۹/۱ با ترجمه فارسی و دانشنامه حقوق خصوصی دکتر مسعود انصاری وعلی طاهری ۱۶۵/۱ طبع ونشر محراب فکر تهران ایران .
 - ۲ - دانشنامه حقوق خصوصی مرجع سابق .
 - ۳ - قانون مدنی افغانستان ۱۶۶/۴ طبع ونشر وزارت عدلیه . ۱۳۵۵
 - ۴ - الزحیلی ، دكتور وهبة ، الفقه الاسلامی وادلته ۴۶۵۶/۶ طبع ونشر دارالفکر المعاصر دمشق سوریه .

سنت دلفهی او قانون دوه یمه مرجع

—۱۱—

۱ - داحادیثو په روایت کی احتیاط : داسلام پیغمبر که څه هم دا حادثو په خپرولو او رواجولو کی ډیر کوبښی اوهاند کاوه . له دی سره سره یی خلکوته داهم ورپه گوته کوله او فرمایل به یی: ژباړه (څوک چه په ما باندی دروغ وواپی نو خپل ځای دی په دوزخ کی ځان ته تیارکړی.) (د صحیح مسلم مقدمه ج ۱ ص ۷).

په بل ځای کی د الله پیغمبر فرمایي ژباړه (څوک چه له ما څخه حدیث بیانوی او داسی گومان کوی چه دا حدیث دروغ دی نو دی هم یوله دروغ ویونکو څخه دی .) په دی سر بیره داسی تاکید کوی چه : (د یوه چا د دروغو ویلو دپاره دا کافی دی چه هرڅه وا وری بیانوی یی.) مطلب دا چه انسان ښایی په هغه څه کی ډیر غور وکړی چه اوری یی اوسملاسی یی ونه وایی . همدار خبره وه چه صحابه کرامو د حدیث په روایت کی له زیات احتیاط او غور څخه کار آخیست او له دی څخه ویریدل چه هسی نه په دی کی کومه خطایی را څخه ونشی . همدغو صحابه وو اوله دوی څخه وروسته محدثینو کوم چه تابعین او یا تبع تابعین وو په کومه کلمه کی تردد اوشک درلود نوویل به یی ښایی چه د الله پیغمبر داسی ویلی وی یا به یی یوه بله کلمه ویلی وی چه دی ته نژدی وی یعنی د مترادفو کلمو په راوړلو کی یی هم احتیاط کاوه . د دی ډول مترادفو کلمو او دراویانو د شک ځایونه د احادیثو په کتابونو کی موجود دی.

۲ - په سند کی احتیاط : له دی کبله چه محدثینو دزیات احتیاط له امله یو حدیث روایت کاوه. نو دهغه په سند کی یی هم زیاته پاملرنه درلوده . چه دا ددی امت له ښو خصوصیاتو څخه دی. ځکه چه په دی صورت کی له جعل او تزویر څخه مخنیوی کیږی . همدار سبب وچه قرآن کریم همداسی سالم اوبی تحریفه را رسیدلی او احادیث هم سره اوکره شوی دی . په داسی حال کی چه په نورو آسمانی کتابونو کی لکه تورات او انجیل دهواپرستو علما وو څخه پکی جعل او تزویر راغلی دی .

دسند نومړی قاعده دا ده چه هرڅوک حدیث بیانوی نوښایی چه لومړی دا څرگنده کړی چه دا حدیث چارواکیت کړی دی او له کومی لاری ورته رسیدلی دی ؟ بل داچه ددی حدیث راوی له چانه اوریدلی ؟ همدارنگه ددی حدیث په روایت کی څومره راویان شامل دی . په ترتیب سره دی دهغوی نومونه راوړل شی . په پایله کی دهغه صحابی نوم راځی چه هغه په خپله داحدیث له پیغمبر صلی الله علیه وسلم څخه اوریدلی او روایت کړی یی دی موږ نن وینو چه دا حادثو

۲۸ - مجله الاحکام العدلیه ۱۱۶/۳ .

۲۹ - قانون مدنی ۱۷۲/۴ .

۳۰ - همان مرجع .

۳۱ - مجله الاحکام العدلیه ۱۳۷/۳ تنظیم وتدوین محمد عثمان ژوبل .

۳۲ - دانشنامه حقوق خصوصی ۲۴۵/۳ طبع محراب فکر تهران .

۳۳ - موطاء ابن مالک (رح) ۲۱۸/۲ بنقل از فقه الاسلامی وادلته ۴۶۷۵/۶ .

۳۴ - قانون مدنی ۱۷۲/۴ طبع وزارت عدلیه .

۳۵ - ترمینولوژی حقوق ۳۲۵/۱ دکتر جعفری لنگرودی طبع کتابخانه گنج دانش تهران .

۳۶ - چپتر درسی دوره ستاز قضائی .

۳۷ - قانون مدنی ۱۷۳/۴ طبع وزارت عدلیه .

۳۸ - دانشنامه حقوق خصوصی - دکتر علی طاهری ومسعود انصاری ۸۴۰/۲

دغه اسماء الرجال کتاب ددی محدثینو اوصحابه و په هغه سوانحو ډک او ښکلی شوی چې ددی امت او ټول عالم بشریت د پاره د ویاوړاشخاص وو. ډاکتر اسپرنک انگلیسی د (الاصابه فی احوال الصحابه) چه به حافظ بن حجر اثری په سريزه کی لیکي. (هیڅ قوم نه په تیره زمانه کی او نه په اوسنی زمانه کی نه دی پیدا شوی چه د اسماءالرجال غوندی دفن لوی کتاب دی لیکلی وی چه ددی په برکت د پنځه سوو اشخاصو د حال شرحه او سوانح پکی راغلی دی .

۴- دجرح اوتعدیل دفن تدوین : د راوی په باب ښایی وویل شی چه آیا دا راوی ثقه او معتبر دی ؟ دهغه راوی صفات کوم دی چه روایت یی معتبر اوثقه وگنل شی ؟ د دا ډول فیصلي دپاره دفیصله کوونکی دپاره څه شرایط په کاردی ؟ که دراوی په باب دنقادانونظریونه وی په دی معناچه ځینی یی سقه اوځینی بی ناثقه گنی په دی صورت کی به څه فیصله کیږی چه داتول مطلبونه په ډیر پراخه نظرڅیرکی په ډیره شرحه اوبسط د(جرح اوتعدیل) په کتاب کی راغلی چه د اسلامی افتخاراتو څخه گنل کیږی چه د تنقید، تحقیق څیړنی ، کره کتنی دپاره ځانگړی فن لیکل شوی چه د راویانو او روایتونو حال احوال بیانوی ، اصول او قواعد یی په ښه تفصیل او دقت سره ښودل شوی دی لویو محدثینو په دی تحقیق او تنقید کی له داسی دیانت ، صداقت ، بی طرفی ، حقگوڼی څخه کارآخستی چه نه یی دمنصب پروا گڼی نه یی دملل پروا کړی اونه یی دخپلوی او شخصی اړیکو لحاظ کړی دی هریوه راوی ته یی داسی درجه ورکړی چه دهغه دحدیث ویلو سره مناسبه وه . د راوی په باب دوی تحقیق اوڅیړنه کړی اوکله چه به هغوی ته ثابت او کره شو. له زیاتوالی او کموالی پرته به یی په خپلو کتابونو کی ثبت کاوه او خپلو شاگردانو ته به یی ورپیژنده په دی اړه علامه ندوی وایی: محدثینو نه یوازی داچه دحدیث د رجالو حالات جمعه او ثبتول ، بلکی اصلی واقعی او پښی یی لیکلی . ددوی اخلاق ، دیانت ، عبادت ، قوت ، ضعف ، احتیاط تقوا ، علم او حافظه یی په نظر کی نیوله او د دوی په باب یی دمعاصلو کسانومعلومات راغونډول. اویه دی باب یی بیطرفانه څیړنی کولی، که څه هم هغه کس به دوخت حکمران یازاهد انسان و د راویانو د پیژندنی په باب یی داسی څیړنی کولی چه نن ورځ داسلامی نړی د افتخار باعث گرځیدلی دی دوی داسلامی آمرانو، خلیفه گانو او نورو پروانه ده ساتلی بلکی دهرچاپه باب یی څرگندونی اولوڅونی کړی دی . دجرح اوتعدیل له لوی او مشهورامام ابن المدینی څخه پوښتنه وشوه چه ستاپلاردحدیث په روایت کی کومه درجه درلوده . ده په خواب کی وویل : دا پوښتنه له بل چاڅخه وکړی . خوده ته په وارواروویل شول چه ته به په دی باب معلومات راکوی دی لږ چوپ پاتی شو او بیایی وویل (له دی کبله چه دا د دین موضوع ده نوزه وایم چه زما پلار دحدیث په روایت کی ضعیف و). دا کیسه د مقام صحابه په کتاب کی راغلی ده چه دا د محمد شفیع عثمانی اتردی د دائرة المعارف چاپ ص ۲۰/۱۹

خومره کتابونه موجود دی چه صحاح سته یی مهمه نمونه ده . د دی احادیثو سند هم راغلی دی . موږ ته دهر حدیث پته لگیدلی ده چه دا چاروايت کړی په کومه سلسله راغلی او سند یی کوم دی . که چیری په سند کی د راوی نوم نه وی راوړل شوی ، دغه سند منقطع گنل کیږی او باورنه پری کیږی او که بیا ټول راویان دسلسلی په اساس راشی او د دوی په منځ کی داسی کس هم وی چه هغه ثقه او پرهیزگارنه وی . یایی حافظه ضعیفه وی ، یا غیرمعروف کس وی چه د حافظی او تقوا په باب یی چا ته معلومات نه وی . په دی ټولو صورتونو کی په سند بانندی باور او اعتماد نه کیږی ، که چیری دا حدیث له بلی لاری په باوری سند نه وی راغلی نو استدلال پری بانندی نشی کیدی .

۳- اسماء الرجال: دا به څنگه څرگنده شی کله چه دیوه حدیث سند بیان شی او په هغه کی هیڅ راوی نه وی پریښودل شوی بلکی ټول پکی راغلی وی او نوم یی یادشوی وی. او ټول راویان ثقه دباور وړ او دقوی حافظی خواندان دی ؟ داتول هغه مطلب دی چه ددی دپاره د اسماءالرجال فن ایجاد شوی دی نن دمعتبرو احادیثو راویان کولی شو چه د دی فن څخه یی حالات څرگند کړو چه نوموړی راوی چیری تولد شوی او دکوم ځای و . څه وخت او چیری وفات شوی او علم حدیث یی له چا څخه زده کړی دی .

د حدیث سره یی خومره علاقه وه؟ پوهه او څیرکی یی خومره وه ؟ حافظه یی قوی وه او که کمزوری ؟ دا شخص ثقه و که ناثقه ؟ شاگردان یی څوک وو؟ په پورتنیو مسایلو بانندی پوهیدنه سخت کارو خو په زرگونو محدثینو متی نغښتی وی او دی کارته یی ځان وقف کړی و کلی په کلی او هیواد په هیواد به یی سفرونه کول. د حدیثونو دراویانو سره به یی کتنه اوڅیړی کولی . د دوی دژوند څخه یی ځان خبراوه او په دی باب یی لیکنی کولی همداڅیزونه وو چه داسماءالرجال فن منځ ته راغی .

د اسلامی نړی مشهورعالم او پوه سیدابوالحسن ندوی په خپل یوه بارزښته اثرکی (د دعوت او اصلاح تاریخ) په نامه داسی لیکي . دغو مخلصانو یوازی د حدیثو په غونډه و لو، تدوین او راویانو اکتفا نه کوله بلکی د راویانو په څیړنه او سند هم مشغول وو. دوی دراویانو ټول مشخصات ددوی ژوند، اخلاق، عادات یی ثبتول. داراویان چه ددوی نیک ژوند ښه سوانح، اسلامی کړه وړه داتول په اسماء الرجال کی راغلی دوی دهغه چاپه احادیثو بیا نولولگیاوو چه د الله او قرآن د ده په اخلاقو شهادت ورکوی او وایی چه بی شک ته په ښواخلاقو یاست یا دا چه ستاسویاد موجد کړي.

جمهور (غیر از احناف) گفته اند^{۷۰}: وقتی که قاضی شخصی را مفلس اعلان نمود و یکی از صاحب گاران عین مال خود را در میان اموال مفلس مشاهده نمود، برایش این حق محفوظ است که بیع را فسخ نموده و مال خود را بگیرد؛ زیرا مشتری از ایفای قیمت مال عاجز شده است و این امر، موجب فسخ عقد می گردد مثل عاجز شدن بائع از تسلیم مبیع برای مشتری، و دیگری آنکه فسخ عقد جواز دارد؛ زیرا تسلیم بدل مال متعذر می گردد، مثل مال مسلم فیہ و وقتی که تحویل آن دشوار می گردد، و دلیل دیگر اوشان؛ فرموده نبی کریم صلی الله علیه وسلم است که از ابی هریره (رض) روایت شده است (من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس، أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)^{۷۱} (کسی که عین مال خود را در نزد شخصی که مفلس شده است، بیابد، پس برای دریافت آن از دیگران مستحق تر است).

احناف گفته اند: این حدیث، با حدیثی که از خصاف با اسناد وی روایت شده است در تعارض است که نبی کریم صلی الله علیه وسلم گفته است: «أیما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه، فهو أسوة غمائه» (هر مردی که مفلس شد و مرد دیگری مال خود را در نزد وی یافت، پس او از زمره طلب گاران است) و تأویل حدیث ابی هریره این است که مشتری مال را با شرط حفظ حق خیار برای بائع، قبض نموده است.

در حقیقت، رای جمهور قوی تر است؛ زیرا حدیث ابی هریره که کدام حدیث دیگری با وی تعارض ندارد، صحیح است و تأویل احناف که فوقاً ذکر شد تأویل بعیدی است؛ زیرا در صورت وجود حق خیار برای بائع، برای فسخ بیع، نیازی به این حدیث نیست، پس این حالت یک امر تقدیری و عام است که شامل مفلس و غیر آن می شود، و این تأویل شان در صورتیکه متاع مذکور و دیعت یا عاریت و یا یافته شده باشد از این هم بعید تر است؛ زیرا نص حدیث بحالت افلاس مقید شده است.

و در این جا امور دیگری نیز هست که مربوط به رجوع صاحب مال و متاع بر بالای مفلس میا شد و مهمترین آنها قرار ذیل است:

۲ - بداية المجتهد: ۲۸۳/۲ و مابعد آن، شرح الصغير: ۳۷۳/۳، شرح الكبير: ۲۸۲/۳، المذهب: ۳۲۲/۲، مغنی

المحتاج: ۱۵۷/۲ و مابعد آن، المغنی: ۴۰۹/۴ و مابعد آن، قوانین الفقهاء ص: ۳۱۹.

۷۱ - حدیث صحیح است و جماعتی آنرا از ابی هریره روایت کرده است و برای آن مؤیدات دیگر از سمره و ابی

بکر بن عبدالرحمان بن حارث بن هشام نیز می باشد - نیل

الوطار: ۲۴۲.

بحث حجر از کتاب الفقه الاسلامی و ادله.

مؤلف دکتر وهبة الزحیلی.

ترجمه عبدالصیر شیخ احمدی.

حجر

(ممنوعیت بر صلاحیت دارا شدن حق و اعمال آن)

- ۵ -

۵- استرداد طلب کار عین مال خود را که در میان مال مفلس پیدا نموده است.

این حکم و بابه تعبیر دیگر اثر پنجم از احکام حجر بر مفلس است که البته در نزد جمهور (غیر از احناف) است.

احناف گفته اند: ^{۶۹} کسی که مفلس شد یعنی قاضی به افلاس آن، حکم صادر نمود و در نزد وی مال شخص دیگری موجود بود که از وی خریده بود، پس صاحب مال درین حالت از خانواده طلب گاران است یعنی از سایر طلب کاران مستحق تر نمی باشد، پس اگر قبل از قبض مال و یا بعد از قبض مال ولی بدون اذن بائع گرفته بود، درین صورت می تواند مال خود را دریافت نماید و در حالت قبل از قبض مال می تواند مال را در نزد خود محبوس نموده تا اینکه قیمت آن را دریافت نماید.

دلیل احناف در این زمینه که صاحب مال هیچ برتری بر دیگر طلب کاران ندارد این است که: تنها عقد معاوضه موجب افلاس می شود نه عجز از تسلیم عین، و عقد درین گونه حالت ها مستحق فسخ نیست بناءً حق فسخ ثابت نمی شود، بلکه مال استحقاقی عبارت از پول و دینی می باشد که بر ذمه شخص است و با قبض عین مبیعه توسط مشتری، بین دین و عین مبادله تحقق می یابد.

^{۶۹} - در المختار: ۱۰۶/۵، تکملة الفتح و عنایه: ۳۳۰/۷ و مابعد آن، تبیین الحقائق: ۲۰۱/۵ و مابعد آن.

قضاء

مالکيه گفته اند: برای بائع حق رجوع وجود ندارد؛ زیرا رجوع برای تلافی نقص در پول پس وقتی که طلبگاران پول را به طور کامل برایش پرداختند، نمیتواند به آن رجوع نماید چنانچه اگر عیب از مال برطرف گردد حق رجوع از بین میرود.^{۷۴}

شرط سوم - مبیعه باید در ملک مشتری باقی مانده باشد، پس اگر مبیع مذکور از مالکیت وی زایل گشت - زوال فیزیکی مثل؛ مرگ و یا حکمی مثل وقف، بیع، هبه - رجوع کرده نمیی تواند؛ زیرا مال مذکور از مالکیت وی بیرون شده است. و از این شروط فوق آنچه که قبلاً بیان گردید آشکاری گردد که شروط رجوع در نزد شافعیه (۹) شرط است:

- ۱- رجوع باید در مبادله محض مانند بیع باشد.
- ۲- اینکه بائع بر مفلس زمانی رجوع کند که مفلس از وضع حجر بر خود آگاه شده باشد.
- ۳- اینکه رجوع با این عبارت باشد: بیع را فسخ کردم و مانند آن بدون اینکه نیاز بحکم محکمه داشته باشد.
- ۴- اینکه عوض و یا بدل مبیع هنوز قبض نشده باشد، لذا اگر شیئی از آن قبض کرد بعداً در باقی مانده و یا معادل آن رجوع کرده می تواند.
- ۵- اینکه عدم بدست آوردن عوض بعثت افلاس باشد.
- ۶- بدل، دین باشد، بطوریکه اگر عین باشد درین حالت صاحب آن بر سائر طلب گاران اولویت دارد.

- ۷- زمان پرداخت دین فرارسیده باشد.
- ۸- مال مبیع در ملک مفلس باقی مانده باشد.
- ۹- اینکه بمال متذکره حق لازمی دیگر تعلق نداشته باشد مثل رهن که از مشتری در مقابل شیء، صادر شده باشد و حنابلہ گفته اند:^{۷۵} فرو شده تنها با وجود پنج شرط میتواند که برای پس گرفتن مالش رجوع نماید. و در کتاب کشاف القناع دو شرط دیگر نیز به آن اضافه شده است:

اول: مال فروخته شده دست نخورده باقی مانده باشد، و هیچ تلف نشده باشد، اگر جزء از آن تلف شد مثل میوه درخت مثمر، برای فروشنده حق رجوع باقی نمی ماند، بلکه از جمله طلب گاران میباشد. و مالکيه و شافعیه گفته اند: در باقی مانده مال فروخته شده میتواند که رجوع

حجر

ا- آیا خيار رجوع بطور فوریت و یا بطور مهلت؟ در نزد شافعیه و حنابلہ دورای وجود دارد:^{۷۲} صحیح ترین آن؛ اینست که خيار رجوع، بر فوریت است، همانطوریکه خيار عیب بعثت دفع ضرر میباشد، پس تاخیر خيار رجوع منجر به ضرر طلب گاران می شود؛ زیرا منجر به تاخیر حقوق شان میگردد.

ب- حق رجوع در تمام مبادلات: شافعیه گفته اند:^{۷۳} صاحب مال حق رجوع در سائر مبادلات محض را مثل بیع، اجاره، قرض، و سلم دارد؛ بدلیل عموم حدیث ابی هریره که ذکر شد، پس زمانی که برای مفلس خانه را با کرایه فوری به اجاره داد و آنرا مفلس قبض نکرد تا اینکه بالایش حجروضع گردید، در این صورت برای دائن حق گرفتن خانه اش با فسخ عقد اجاره محفوظ است بر مبنی اینکه در بیع، منفعت بمنزله عین قرار می گیرد. و اگر برای مفلس، مبلغ پولی را به قرض داد و یا سرمایه سلم را بطور فوری و یا مؤجل برایش تسلیم نمود، و درائثی که زمان تسلیم مال مورد عقد سلم فرارسید، بروی حجر وضع گردید و پول بشروط آینده موکول بود، در این صورت داین میتواند برای پس گرفتن مال و سرمایه که تسلیم مدیون کرده است، با فسخ عقد، رجوع نماید. اما در غیر معاوضات مثل هبه و در معاوضات غیر محض مانند نکاح، صلح قتل عمد در این گونه موارد نمیتواند از عقدی که بسته است رجوع نماید.

ج- شروط رجوع: برای رجوع از عقد بیع در نزد شافعیه شروط ذیل وجود دارد: شرط اول: در وقت رجوع کردن، پرداخت ثمن باید فوری بوده مهلت نداشته باشد؛ زیرا مؤجل مورد مطالبه قرار نمیگیرد.

شرط دوم: با مفلس شدن مدیون حصول پول از وی دشوار باشد، پس اگر افلاس از بین رفت و مدیون با وجود دارا شدن، از پرداخت پول خود داری ورزید و یا فرار کرد و یا در حالت غنماندی فوت کرد، ورثه آن از تصمیم پول اباء ورزید، در این صورته بنا بر رأی صحیح فسخ عقد صورت نمیگیرد؛ زیرا باتوصل جستن به حکم محکمه گرفتن آن ممکن است اگر طلب گاران قیمت مال بائع را پرداختند و ی ملزم به قبول آن نیست و در صورت قبول آن، در نزد شافعیه و حنابلہ میتواند آن را فسخ کند چون در دفع قیمت مذکور منت است و دیگر اینکه حق وی به عین مالش تعلق نمیگیرد.

^{۷۲} - مغنی المحتاج: ۱۵۸/۲، المغنی: ۴۱۰/۴.

^{۷۳} - مغنی المحتاج: ۱۵۸/۲.

^{۷۴} - شرح الکبیر: ۳۷۳-۳، وما بعد آن، مغنی المحتاج: ۲-۱۵۹، المغنی: ۴۱۱/۴.

^{۷۵} - المغنی: ۴۱۳/۴، ۴۱۹، ۴۳۰، ۴۳۱، ۴۳۴، ۴۰۳، کشاف القناع: ۳-۴۱۴-۴۱۷.

اول: اینکه طلب گاران مفلس، قیمت مال بائع را که برمفلس بود نپرداخته باشند بنحویه بیعی مال را برای بائع اداء نکرده باشند، پس اگر درمقابل وی مال برایش دادند و یا ازمال مفلس برایش دادند و یا برایش افراد مورد اعتماد اطمینان دادند که پولش را بپردازند و یا برایش ضامن گرفتند، درتمام این حالات بائع مذکور نمی تواند که برای گرفتن مالش به مفلس رجوع نماید. دوم: اینکه امکان گرفتن و دست یابی مال فروخته شده وجود داشته باشد، لذا اگر امکان نداشته باشد رجوع کرده نمی تواند مثل استمتاع از زن، بناء زوجه زمانیکه شوهرش مفلس شد و مهر خود را از وی تقاضا کرد، باید با سائر طلب گاران شریک شود؛ زیرا نمی تواند ازاستفاده جنسی که برای شوهرش داده است رجوع نماید، اما وی میتواند قبل ازهمبسترشدن با شوهرش درصورت افلاس وی، عقد ازدواج خود را با وی فسخ نماید. (این مسئله یک موضوع طرداً للباب است؛ زیرا سخن از شیئی است که قبل ازافلاس، قبض ودراختیار گرفته شده باشد و زوج مشتری است که از وی قبل از افلاس، قبض صورت نگرفته است.)

سوم: اینکه عین مال برحالت اصلی خود باقی مانده باشد، بطوریکه اگر تغییرکرده و یا بغیر ازآنچه که دروقت بیع بوده است انتقال نموده باشد؛ درین صورت، صاحب مال بادیگرطلب گاران سهم می شود، بناءً درگندم که آسیاب شده و یا بذر شده و یا جوشانده و یا خمیر و یا نان شده باشد و یا مسکه روغن شده باشد یا پارچه به جامه تبدیل شده یا پوست به کفش تبدیل شده یا حیوان ذبح گردیده یا مال متذکره به امثال خود مخلوط شده باشد و امکان جداکردن آن نباشد، مثل مخلوط شدن عسل به روغن، یا گندم خوب به گندم بد و یا روغن به روغن دیگر، تمام این گونه حالات مانع رجوع بائع به مالش می گردد.

اگرشیئی بمثل خود مخلوط گشت، یا پوست دباغی شد، جامه رنگ شد، پنبه بافته شد و یا به آفت طبیعی و یا شخص اجنبی و یا به اثرعمل مشتری عیبی شد اما دوباره بحالت اولیه اش برگشت، درتمام این حالات بائع نمی تواند برای گرفتن مالش برمفلس رجوع نماید.

اگرعیب متذکره استمرار پیدا کرد و مال مذکور بحالت اولیه اش برنگشت، بائع می تواند که به آن قسمت مال که سالم است رجوع نموده و در قسمت نقصان آن با همراه سائر طلب گاران سهم گردد و یا اینکه اصلاً مال را ترک کرده و دریافت نکند اما در، دریافت تمام آن با سائر طلب گاران شریک شود.

د- زیادت درمال فروخته شده، درنزد مشتری مفلس: وقتیکه درمال فروخته شده درنزد مفلس زیادت بوجود آمد آیا صاحب مال میتواند برای پس گرفتن آن رجوع نماید؟

درمورد زیادت درمال مبیعه حالات ذیل وجود دارد: حالت اول: زیادت متصله: این زیادت مانند چاقی، کلانی، یادگرفتن صنعت یا کتابت، یا قرآن و مانند آنست، این گونه زیادت در نزد مالک و شافعیه و در روایتی از احمد رجوع را منع نمی کند مگر اینکه طلب گاران پول مبیعه را برای بائع پرداخت نمایند. و در روایتی از خرقی حنبلی، مانع

نماید و در حصه که تلف شده، باطلب گاران شریک میگردد. و این شرط هشتم در نزد شافعیه برای رجوع به مال فروخته شده میباشد.

دوم: اینکه در مبیعه؛ زیادت متصله مثل چاقی و کلانی به وجود نیامده باشد. مالک و شافعیه گفته اند: این زیادت مانع رجوع به مال فروخته شده نمیگردد.

سوم: اینکه فروشنده چیزی از پول قیمت مال را قبض نکرده باشد، لذا اگر چیزی از قیمت آنرا قبض نموده باشد درین صورت حق رجوع آن ساقط می گردد، و این شرط چهارم درنزد شافعیه است، پس هر دو مذهب براین شرط توافق نظر دارند و مالک و شافعیه گفته اند: صاحب مال مخیر است: اگر خواست پول گرفته شده را رد نموده و برای گرفتن تمام عین مالش رجوع کند و اگر خواست باطلب گاران سهم شده و هیچ رجوع نکند.

چهارم: به مال مذکور حق دیگران تعلق نگرفته باشد، بناءً اگر مشتری مال متذکره را به رهن گذاشت و یا آنرا هبه کرد، بائع نمی تواند به آن رجوع نماید، چنانچه اگر آنرا فروخت بائع نمی تواند آنرا بگیرد. و این شرط نهم درنزد شافعیه می باشد، و در این شرط هیچ اختلاف بین شافعیه، حنابل و مالک و وجود ندارد.

پنجم: اینکه مفلس باید زنده باشد، پس اگر فوت نمود درین صورت فروشنده (بائع) جزء از خانواده طلب گاران بحساب می آید، خواه به افلاس خود قبل از مرگش آگاه بوده و بیرونی حجروضع شده بعداً مرده باشد و یا اینکه افلاس آن بعد از مردنش آشکار گردیده باشد. این رای، رای مالک و نیز می باشد، بدلیل حدیث ابی بکر بن عبدالرحمان: «فإن مات المشتري، فصاحب المتاع أسوة الغرماء»^{۷۶} (اگر مشتری مرد، پس صاحب مال از خانواده طلب گاران است.)

شافعیه گفته اند که: بائع بنا بر حدیث ابی هریره که سابقاً ذکر شد حق فسخ را داشته و می تواند عین فروخته شده را بخود مسترد نماید.

ششم: مال متذکره بسبب بیع، هبه، و یا وقف از دست مشتری زائل نشده باشد.

هفتم: اینکه بائع در وقت رجوع حیات داشته باشد.

و اما شروط رجوع نمودن بائع برمفلس در عین مالش در نزد مالک و شافعیه است^{۷۷}:

^{۷۶} - مالک در مؤطاء خود آنرا روایت کرده است و همچنان ابروداد آنرا بطور مرسل روایت کرده اما از یک طریق ضعیف آنرا اسناد کرده است. نیل الاوطار: ۲۴۲/۵.

^{۷۷} - شرح الکبیر: ۲۸۳/۳، شرح الصغیر: ۳۷۴/۳ و مابعد آن.

قضاء

ومفلس اتفاق کردند که زمین متذکره را از وجود بناء واشجار پاکسازی نمایند، این حق را در رد و بعد از اینکه پاکسازی انجام شد در این صورت بایع می تواند که برای گرفتن زمین به مفلس رجوع نماید؛ زیرا عین مال خود را یافته است، و اگر در نتیجه پاکسازی زمین، زمین مذکور عیبی شد باید بصورت اولیه اش باز سازی شده و هزینه این باز سازی برعهده مفلس میباشد، و اگر از تخلیه زمین خود داری نمودند، براین کار مجبور کرده نمی نشوند، گفته شده است: بایع می تواند برای گرفتن زمین رجوع نماید، و بناء واشجار را، با پرداخت قیمت آن برای مفلس، همراه با زمین مالک شود، و بایع میتواند که بناء و درخت را برکنده و تاوان آنرا بپردازد؛ زیرا تمام مال مفلس، مبیع است، و ضرر به هریک از این دوا، دفع می گردد، مثل زیادت با رنگ دادن. و راجع تر در نزد شافعی و حنابل: اینست که بایع نمی تواند که برای گرفتن زمین رجوع نماید، و بناء واشجار برای مفلس است، بدلیل اینکه در رجوع نمودن، برای مفلس مشتری و طلب گاران ضرر است، و ضرر توسط ضرر ازین نمی رود، زیرا رجوع بخاطر دفع ضرر مشروع گردیده است، بناءً ضرر بایع با ضرر مفلس و طلب گاران ازین نمی رود. در این هنگام بایع با سائر طلب گاران در قیمت آن شریک می گردد. و بر عدم رجوع در این حالت مذاهب سه گانه اتفاق نظر دارند.

اگر مشتری زمین را زراعت کاری نمود و بعد مفلس گشت، پس در نزد شافعی رجوع برای گرفتن زمین مذکور جواز دارد؛ زیرا وی عین مال خود را مشغول به شیئی یافته است که قابل انتقال است، چنانچه اگر مبیع، خانه باشد که در آن متاع مشتری موجود باشد. لذا در این هنگام اگر کشت جمع آوری شد، انتقال آن واجب می گردد، و اگر جمع آوری نگردید، جواز دارد که تا وقتی جمع آوری حاصلات زمین، مهلت داده شود؛ زیرا مشتری در زمین خود ش کشت و زرع نموده است، پس وقتی که ملک ازین رفت، جواز دارد که زراعت مذکور بدون کدام کرایه تا زمان جمع آوری آن بر زمین باقی بماند، مانند آنکه زمین خود را زرع کرد، و بعد آنرا فروخت.

ه — تغییر مبیع با آسیاب نمودن گندم یا ریستن پشم و مانند آن.

اگر شخصی گندم خرید و سپس آنرا آرد کرد، یا آنرا زرع نمود، یا آرد خرید و آنرا نان پخت، یا روغن خرید و آنرا صابون ساخت، یا پارچه خرید و آنرا پیراهن ساخت، یا پنبه خرید و آنرا پارچه ساخت، یا چوپ خرید و آنرا دروازه ساخت، یا شیئی خرید و اسم آنرا ازین برد، بعد از انجام هریک از این حالات فوق اگر شخص مشتری، مفلس گشت به اتفاق مذاهب سه گانه حق رجوع بایع ساقط می گردد البته درای صحیح مذهب شافعی، اگر قیمت مال فروخته شده

حجر

رجوع می گردد و ظاهراً معلوم است که این رای، در نزد حنابل؛ رای راجح بنظر می رسد؛ زیرا کتابهای حنابل بر این رای اتفاق دارند.^{۷۸}

حالت دوم - زیادت منفصله: این زیادت مثل میوه و یا بجه که بعد از بیع در دست مشتری مفلس پیدا می شود، میباشد، هیچ یک از این حالات به اتفاق مذاهب سه گانه، از رجوع به مال فروخته شده جلوگیری نمی کند و بایع می تواند که تنها به اصل مال رجوع کند نه به زیادت آن؛ زیرا این زیادت به مشتری تعلق دارد؛ زیرا شارع تنها رجوع را به خود مبیعه منحصر کرده است.^{۷۹}

حالت سوم - زیادت بسبب رنگ آمیزی: وقتی که شخص پارچه را از دیگری خرید و آنرا رنگ داد، بعداً مفلس گشت، این رنگ دادن به اتفاق مذاهب سه گانه، مانع رجوع بایع برای گرفتن اصل پارچه فروخته شده نمی گردد؛ زیرا برای بایع حق رجوع به عین مالش وجود دارد. و مفلس در این حالت با صاحب مال در آنچه که وی زیادت آورده که سبب ازدیاد قیمت آن شده است شریک میباشد و زیادت متذکره متعلق خودش میباشد.^{۸۰}

و در احتمال دیگر در نزد حنابل این است که در صورت زیادت متذکره فوق، بایع نمی تواند که رجوع نماید، لذا مانند چاقی مانع رجوع بایع برای دریافت مالش می گردد و زیادت متذکره حق مشتری مفلس میباشد.

حالت چهارم - زیادت با ساختمان سازی یا باغرس درخت و یا با زراعت کاری: مالک به گفته اند:^{۸۱} کسی که عین مال خود را در نزد مفلس در حالی یافت که در آن زیادت به وجود آمده بود؛ مثل زمینی بود که بر آن ساخت و ساز نمود و یا درخت شانی نمود، از رجوع برای گرفتن آن ممنوع گردانیده شده و با سائر طلب گاران شریک شود.

شافعی و حنابل به گفته اند^{۸۲}: اگر بایع بعد از اینکه مشتری مفلس بر زمین فروخته شده، ساخت و ساز صورت داد و یا درخت شانی کرد، تصمیم به رجوع برای گرفتن زمین کرد و طلب گاران

۷۸ - شرح الکبیر: ۲۸۳/۳ / مغنی المحتاج: ۱۶۱/۲، المذهب: ۱/۳۲۴، المغنی: ۴/۴۱۹، کشاف القناع: ۳/۴۱۶، قوانین الفقهیه: ص ۳۲۰.

۷۹ - مراجع سابقه، کشاف القناع: ۳/۴۱۸.

۸۰ - شرح الکبیر: ۲۸۳/۳، مغنی المحتاج: ۱۶۱/۳، المذهب: ۱/۳۲۴، المغنی: ۴/۴۱۹، کشاف القناع: ۳/۴۱۶، قوانین الفقهیه: ص ۳۲۰.

۸۱ - بداية المجتهد: ۲/۲۸۵.

۸۲ - مغنی المحتاج: ۲/۱۶۲ و مابعد آن، المذهب: ۱/۳۲۵، المغنی: ۴/۴۲۶ و مابعد آن، کشاف القناع: ۳/۴۲۷.

قضاء

این یک امر ثابت شرعی است که حکم از لحاظ وجود وعدم، بر محور سبب و علت خود - و در میزند ، و از آنجا نیکه حجر بر مبنی سبب است ، پس وقتیکه سبب حجر از بین رفت ، مسبب که بر آن بنا شده است و عبارت از حجر میباشد نیز از بین می رود. و این حکم را در تحت عنوان اثر حجر بر محجورین بیان کردیم و در اینجا آنرا خلاصه می نمایم :

زمانیکه رشد فکری سفیه و علامات حرص بر مالش، در وی ظاهر شد، حجر از وی برطرف می گردد. لکن در رای راجح در نزد فقهاء - بر خلاف محمد بن حسن و ابن القاسم چنانچه قبلاً بیان کردیم - این رفع حجر، نیاز بحکم قاضی دارد ؛ زیرا آنچه که بحکم قاضی ثابت شد از بین نمی رود مگر بحکم دیگر قاضی . همچنان زمانیکه خبره بودن غافل ظاهر شد و به سوی حسن تصرف رهنمون شد ، توسط حکم قاضی، حجر از وی برطرف می گردد و اختلاف در اینجا بر مبنی اختلاف آنچه که بر سفیه در بین فقهاء بود میباشد.

و به اتفاق فقهاء حجر از بالای محجون وقتی که مریضی آن بهبود یافت و هوشیار گشت و از بالای معتوه و وقتیکه قوای عقلی وی تکمیل و خلط کلامش زایل شد ، بدون حکم قاضی ، از بین می رود.

أما طفل : اگر غیر ممیز بود حجر از بالای وی در مورد بعضی از تصرفاتش برداشته می شود و البته در نزد احناف و مالکیه زمانیکه سن هفت سالگی را تکمیل کرد . و اگر ممیز بود، حجر دو شیئی را از وی بر میدارد^{۸۶}

اول آن : در نزد جمهور غیر از از شافعیه است: و آن اجازه دادن ولی ، طفل را در امور تجارت است و اجازه دادن به تجارت، حجر را از بعضی تصرفاتی که بین ضرر و نفع باشد زایل می کند . و در نزد شافعیه : حجر از طفل ممیز برطرف نمی شود گرچه به تجارت هم اجازه داده شده باشد.

دوم آن: بلوغ طفل توأم با عقل و رشد بدون نیاز آن به رشید پنداشتن ولی و یا قاضی است، و این نظر در نزد جمهور بغیر از مالکیه است.

مالکیه گفته اند : طفلی که پدر دارد : این طفل با بالغ شدنش بطوریکه رشد نموده باشد ، بدون حکم قاضی حجر از وی برطرف می گردد. و اگر بر این طفل وصی از طرف پدرش مقرر شده باشد ، پس با رشید اعلان شدنش از طرف وصی مذکور، بدون احتیاج بحکم قاضی، حجر از وی برطرف می گردد و اگر وصی از طرف قاضی تعیین گردیده بود، پس حجر وی بنا بر نظر

^{۸۶} - ۷ البدائع: ۷ / ۱۷۱ ، المغنی : ۴ / ۴۵۷ .

حجر

بعد از تغییرات فوق، زیاد شد . پس اگر قیمت آن زیاد نشد، با نع میتواند رجوع کند و چیزی هم برای مفلس در این صورت نمی باشد.^{۸۳}

و - مخلوط شدن مبیع با غیر آن.

وقتیکه شخص روغن خرید و بعد آنرا با روغن دیگر مخلوط نمود ، یا گندم خرید و آنرا به گندم دیگر مخلوط کرد که تمیز آن امکان نبود ، به اتفاق مذاهب سه گانه حق رجوع باین ساقط می گردد ، لکن مالکیه گفته اند : اگر شیبی را به مثل آن مخلوط کرد ، حق رجوع را دارد ، و شافعیه گفته اند : اگر به مثل آن و یا به پست تراز آن مخلوط کرد ، باین میتواند که مقدار مبیع خود را از مال مخلوط بگیرد، و اگر آنرا به بهتر از آن مخلوط کرد، رای ظاهرتر، این است که حق رجوع را ندارد، بلکه همراه با طلبگاران، با قیمت آن مضاربه نماید^{۸۴}.

ز - نقص مبیع.

زمانیکه صفت مالیت مبیع، با وجود باقی ماندن عین آن ناقص گشت ، یا با مرض و مانند آن عیبی شد، درین حالات به اتفاق مذاهب، باین از رجوع منع نمی گردد؛ زیرا فقدان یک صفت، مال را از عینیت آن خارج نمی سازد ، لکن در نزد شافعیه و حنابل، باین مخیر است که مال را بعوض تمام حقش بطور ناقص دریافت کند ، و یا اینکه با سائر طلبگاران در کامل پول آن سهیم شود؛ زیرا قیمت، بر مال تاثیر ندارد، و این نقص مثل نقص بسبب تغییر اسعار است.

در نزد مالکیه باین مخیر است که مال خود را گرفته و یا با طلبگاران به نسبت نقص در مالش رخ داده ، مشارکت کند و یا مال را ترک کرده و در تمام پول آن با طلبگاران سهیم گردد. مذهب شافعیه با این نظر تا آنجا موافق است که نقصان بعضی مال توسط اجنبی به وجود آمده باشد.^{۸۵}

مبحث سوم - برداشتن حجر از بالای اشخاص محجور.

^{۸۳} - شرح الکبیر: ۳ / ۲۸۳ ، شرح الصغیر: ۳ / ۳۷۴ ، مغنی المحتاج: ۲ / ۱۶۳ ، المذهب: ۱ / ۳۲۵ ، المغنی: ۴ / ۴۱۶ .

^{۸۴} - شرح الکبیر، و شرح الصغیر، مغنی المحتاج ، مکان سابق ، المغنی : ۴ / ۴۱۵ ف المذهب : ۱ / ۳۲۶ .

^{۸۵} - شرح الکبیر و شرح الصغیر و مغنی المحتاج : مکان سابق ، المغنی : ۴ / ۴۱۵ ، المذهب : ۱ / ۳۲۶ .

وبه نظر من : حکم قاضی مبنی بر حجر مفلس باید متضمن یک هدف معین برای حجر باشد. و این هدف اینست که اموال مفلس تصفیه شود، پس وقتی که هدف تحقق یافت ، اثر حجر، بدون نیاز به حکم محکمه از بین می رود.

مبحث چهارم - تعلق گرفتن دین به ترکۀ میت:

در اینجا، سه امر وجود دارد :

۱ - آیا مهلت دیون با مرگ مدیون به پایان می رسد؟ جمهور فقهاء و از آنجمله ائمۀ مذاهب^{۸۸} به این نظر اند که مهلت دیون مهلت دار با مرگ مدیون ، ختم می گردد، چنانچه در نزد احناف و مالکیه ، با افلاس شخص، مهلت دیون مؤجله وی به پایان می رسد . زهری گفته است :

سنت بر این بوده است که مهلت دین شخص با مرگش به پایان می رسد^{۸۹}

و دلیل شان اینست که الله تعالی، گرفتن میراث را بعد از ادای دین میت، مباح گردانیده است، و زمانی که دین با مرگ فوری نگیرد، خالی از این نیست که یا بر ذمه میت باقی می ماند و یا بر ذمه ورثه وی ، و یا به مال تعلق می گیرد: بقاء آن بر عهده میت جواز ندارد ؛ زیرا ذمه میت خراب شده و مطالبۀ آن ناممکن است ، و نه هم بر عهده ورثه باقی ماند؛ زیرا اوشان دین را بر عهده نگرفته اند ، و نه هم صاحب دین از تعلق گرفتن دین بر ذمه اوشان رضایت دارد، و این امر ظاهر و آشکار است، و تعلق گرفتن دین به عین اموال ترکه جواز ندارد و نه هم مهلت و تاخیر آن جواز دارد؛ زیرا این امر ضرر به میت و صاحب دین است ، و هیچ نفع در آن برای ورثه نیست ، اما ضرر به میت از این جهت است که ذمه میت مشغول به دین است تا اینکه از عوض وی اداء شود . بدلیل حدیث « نفس المؤمن معلقة بدینه حتی یقضی عنه »^{۹۰} (نفس مؤمن بدینش آویزان است تا اینکه دینش اداء شود .) و اما ضرر رسیدن به صاحب دین (دائن) این است که حق وی تاخیر می گردد و گاهی عین مال تلف گردیده و حق وی ساقط می گردد و اما ضرر رسیدن به ورثه از این جهت است که اوشان از اعیان انتفاع نمی برند و در آن تصرف کرده نمی توانند . و دلیل دیگر اینست که مرگ مبطل حق گردانیده نشده است بلکه محل برای

^{۸۸} - بداية المجتهد: ۲/۲۸۲، المغنی: ۴/۴۳۵، المذهب: ۱/۳۲۷.

^{۸۹} - بر این ادعای زهری روایت ابن عمر رضی الله عنه دلالت می کند که نبی کریم صلی الله علیه وسلم فرمود: وقتی که شخص فوت کرد و بروی دین تا وقت معین بود و دین در حال ضرر بود ، پس کسیکه بروی دین

فوری است و بعد کسیکه بروی دین تا وقت معین است . المذهب: ۱/۳۲۷.

^{۹۰} - احمد و ترمذی و ابن ماجه و حاکم از ابی هریره آنرا روایت کرده و حدیث صحیح است.

این جزی، با اعلان وصی به اجازه قاضی مبنی بر رشد طفل از وی بر طرف می گردد، و اما آنچه که (در دیر) در شرح الکبیر و شرح الصغیر مبنی بر اینکه وصی برای اعلان رشد طفل، مطلقاً نیاز بحکم و اجازه محکمه ندارد، ذکر کرده است ، را حجج به نظر می رسد. رشید اعلان نمودن آنست که وصی در مقابل اشخاص عادل بگوید: شهادت بدهید که من حجر را از بلائی فلان شخص برداشته و او را در تصرفاتش آزاد گذاشتم ؛ بخاطر اینکه رشد و حسن تصرف وی در نزد من ثابت شده است .

قاضی میتواند زمانیکه رشد طفل محجور در نزد وی ثابت شد ، آنرا رشید اعلان نماید، خواه طفل، وصی داشته باشد و یا نداشته باشد.

زن؛ بنا بر مشهور مذهب ، تازمانیکه از دواج نموده و با شوهرش همبستر می شود ، در تحت ولایت پدرش می باشد یا اشخاص عادل بر توانائی وی مبنی بر حفظ مالش شهادت بدهند و یا پدرش قبل از همبستر شدنش با شوهرش ، رشد وی را اعلان نماید و یا وصی پدر وی بعد از همبستر شدنش ، رشد وی را بیان کند.

و وصی قاضی بطور مطلق نمی تواند رشد وی را اعلان نماید مگر اینکه شاهد بر رشد آن شهادت بدهد ، همانطوریکه در بحث حجر بر طفل بیان کردیم.

و اما مفلس وقتی که مال وی در بین طلب گاران تقسیم شد ، آیا با تقسیم مال، حجر از وی برطرف می گردد، یا نیاز بحکم قاضی هست؟ شافعی و حنابلۀ در این مورد دو نظر ذکر کرده اند^{۸۷}:

نظراول : حجر با قسمت مال مفلس از بین می رود؛ زیرا توجیهی که به سبب آن بر شخص حجر وضع گردیده بود از بین رفته است پس به تبع آن حجر نیز از بین می رود ، مثل زوال حجر دیوانه که به اثر زوال جنون، از بین می رود .

نظردوم : حجر از بین نمی رود مگر با حکم محکمه ؛ زیرا با حکم محکمه ثابت شده است ، لذا از میان نمی رود مگر با حکم قاضی ، مثل وضع حجر بر شخص تبذیر کننده . و حکم حجر بر سفیه از حکم حجر بر دیوانه فرق می کند؛ زیرا حجر بر دیوانه به نفس شخص بر می گردد پس با زوال وصف دیوانگی که بر ذات شخص است ، حجر آن نیز زایل می گردد.

^{۸۷} - المذهب: ۱/۳۲۷، المغنی: ۴/۴۴۹.

گردد؛ زیرا تعلق دین به ترکه از تعلق حق مرتهن به مال مرهون قوی تر است و از تعلق حق دین به مال مفلس و حق مجنی علیه بر جانی قوی تر است همه آنها سبب ازاله ملک در حق راهن، مفلس و جانی نمی گردد، پس تعلق دین به ترکه مانع انتقال ملک به ورثه نمی گردد.

پس اگر ورثه در ترکه با فروش آن و غیره تصرف نمود، این تصرف شان صحیح است و ادای دین بر اوشان لازم است، اگر وفای دین از اوشان متعذر گشت، بایع میتواند تصرفات اوشان را فسخ کند.

زوائد ترکه مانند نتایج و یا بچه از حق ورثه است؛ زیرا این زوائد در ملکیت اوشان واقع شده است، اگر وارث در ترکه تصرف کرد و در این حال کدام دین هم وجود نداشت، بعداً بسبب رد مبیع عیبی، دین به وجود آمد، درین صورت بنا بر رای صحیح تر، این تصرف نافذ می گردد، لکن اگر دین را اداء نمود، برای اینکه مستحق به حق خود برسد، بایع میتواند تصرف وی را فسخ کند.

هیچ خلاف نیست که وارث می تواند عین مال ترکه را برای خود حفظ نموده و دین را از مال خود اداء نماید؛ زیرا وی خلیفه مورث (میت) میباشد، و مورث این حق را داشت.

زمانیکه مال میت و یا مفلس در بین طلب گاران تقسیم شد بعداً طلب گار دیگر از راه رسید، این طلب گار بر طلب گاران که مال را بر خود تقسیم نموده اند مراجعه نماید و حق خود را از اوشان به مقدار سهم خود بگیرد؛ زیرا قسمت نمودن مال، ظاهراً بر این امر استوار است که طلب گار دیگری، غیر از آنان وجود ندارد و وقتی که خلاف ظاهر آشکار شد نقض تقسیم مال، واجب می گردد.

ورای دوم که مرجوح است اینست: که دین مانع انتقال ترکه به ورثه می گردد، بنا بر این گفته الله (ج) «من بعد وصية يوصي بها أو دين» یعنی بعد از اعطای وصیت و ایفای دین است انتقال ترکه برای وارث بعد از دین و وصیت صورت می گیرد، لذا برای ورثه قبل از دین و وصیت، ملکیت ثابت نمی شود پس اگر ورثه تصرف نمود این تصرفشان صحیح نیست؛ زیرا اوشان در غیر ملک خود تصرف کرده اند، مگر اینکه طلب گاران برای ورثه اجازه تصرف را بدهند.

خلاف و علامتی بر وراثت است. نبی کریم صلی الله علیه وسلم فرموده است: «من ترک حقاً او مالاً فلورثه»^{۹۱} (کسیکه حق و یا مالی را از خود برجای گذاشت برای ورثه اش میباشد)

۲ - کیفیت تعلق دین به ترکه: اکثر علماء به این نظر اند که دین^{۹۲} کما کان بر ذمه میت باقی می ماند و به عین مالش تعلق می گیرد مانند تعلق گرفتن حقوق طلب گاران بمال مفلس در وقت وضع حجر بروی، یا مانند تعلق گرفتن دین به مال مرهون؛ زیرا این تعلق دین به عین مال، نسبت به میت از احتیاط بیشتر برخوردار است، چونکه مانع تصرف ورثه در اموال ترکه در قبل از ادای دین می گردد و صحیح تر در نزد شافعیه اینست: دین که تمام مال را در بر گیرد با رهنیکه در ترکه میت تعلق می گیرد، برا بر است، پس تصرف وارث در هیچ کدام آنها نافذ نمی گردد.

و بنا بر قاعده فرق الذکر اگر شخص متاع را فروخت و مشتری قبل از ادای قیمت آن، فوت کرد، درین حالت با یع در نزد شافعیه مستحق دریافت متاع خویش میباشد، همانطوریکه در حالت افلاس چنین میباشد، و دلیل شان روایت ابن ابی ذئب است که به اسناد خودش از ابی هریره نقل کرده است که گفت: رسول اکرم صلی الله علیه وسلم فرمود: (ایما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به) «هر مرد یکه فوت کرد و یا مفلس شد پس صاحب متاع بر حق تر است». و حنابله و احناف و مالکیه گفته اند^{۹۳}:

صاحب متاع از جمله طلب گاران است بدلیل روایت ابی بکر بن عبد الرحمن از ابی هریره و معنی آن اینست: (هر فردیکه مرد و یا مفلس شد و یکی از طلب گارانش عین مال خود را در نزد وی مشا هده نمود، پس صاحب متاع از جمله طلب گاران است).

۳ - آیا دین از انتقال ترکه برای ورثه جلوگیری می کند؟ در این مورد در نزد شافعیه و حنابله دو رای وجود دارد^{۹۴}: و صحیح تر آن اینست که تعلق دین به ترکه مانع ارث نمی

۹۱ - احمد و ابن ماجه این حدیث را از ابی کریمه روایت کرده اند، جامع الکبیر: ۱۷۸/۳.

۹۲ - شرح السراجیه ص ۴، بدایة المجتهد: ۲/۲۸۴، القوانين ص ۳۱۹ و مابعد آن، مغنی المحتاج: ۲/۱۴۴ و بعد آن، المغنی: ۴/۴۳۶، المذهب: ۲/۳۲۷.

۹۳ - این موضوع را ابن رشد در بدایة المجتهد ذکر کرده است بر اینکه بین افلاس و موت فرق میباشد، پس در اول صاحب متاع مستحق تر است و در نظر دوم حق از خانواده طلب کاران است، و اما صاحب قوانین فقهیه بین هردو حالت در صورتیکه متاع باقی باشد برا بری میدانند، و اگر از بین رفت پس صاحب متاع از جمله طلب کارانست.

۹۴ - (مغنی المحتاج: ۲/۱۴۵ و بعد آن، المذهب: ۱/۳۲۷، المغنی: ۴/۴۳۷).