

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عدالت

ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال بیستم / شماره مسلسل ۱۸۲ / حمل ۱۳۹۷

هیأت تحریر:

- ♦ الحاج سید محمد هاشمی،
- ♦ قانونپوه محمد اشرف رسولی،
- ♦ قانونوال عبدالقدیر قیومی،
- ♦ پوهاند نصرالله ستانکزى،
- ♦ قانونپال فهیمه واحدی،
- ♦ دکتور مفتی محمدولی حنیف،
- ♦ قانونمل محمد رحیم دقیق،
- ♦ حلیم سروش،

Website: www.moj.gov.af

E-mail: adalat@moj.gov.af

صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. د.

مدیر مسوول

حلیم سروش
(۰۷۷۱۲۰۱۹۷۸)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمال و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

قیمت این شماره: (۵۰.۱۶) افغانی

چاپ: مطبعه بهیر

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

یادآوری به نویسندگان

- ۱) مقاله در محیط ورد تایپ یا با خط کاملاً خوانا نوشته شود.
- ۲) مقاله ارسالی کمتر از ۱۰ صفحه و بیشتر از ۲۵ صفحه تایپ شده A4 نباشد.
- ۳) اصل مقاله همراه با فایل تایپ شده آن، در صورت امکان، برای درج در مجله فرستاده شود نه کپی آن.
- ۴) مقاله باید دارای چکیده، واژگان کلیدی و نتیجه‌گیری نهایی باشد. چکیده باید به گونه‌ای نوشته شود که محتوای مقاله را به اختصار بیان کند.
- ۵) چکیده فارسی یا پشتوی مقاله (حداکثر ۱۵۰ کلمه) و واژگان کلیدی بین سه تا هفت واژه در اول مقاله آورده شود.
- ۶) توضیحات و ارجاع به منابع در پایان مقاله به قرار ذیل آورده شود:
 - a. کتاب: نام و نام خانوادگی نویسنده/ نویسندگان، نام کتاب، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار و شماره صفحه.
 - b. مقاله: نام و نام خانوادگی نویسنده، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد و شماره صفحه.
 - c. سایت اینترنتی: نام و نام خانوادگی نویسنده، (تاریخ دریافت مطلب (از سایت)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، نام سایت اینترنتی و بالاخره آدرس کامل سند در سایت مزبور.
 - d. هرگاه به منبعی اشاره شود که قبلاً معرفی شده و تفاوتی حتا در صفحه مورد استفاده نداشته باشد، کلمه «همان» (یا در انگلیسی *Ibid*) آورده شود.
 - e. در صورتی که صفحه مورد استفاده تفاوت داشته باشد؛ کلمه «پیشین» (در انگلیسی *op.cet*) و صفحه مورد استفاده آورده شود.
- ۷) معادل لاتین نام‌های خارجی و اصطلاحات مورد استفاده در نوشته در پایین صفحه آورده شود.
- ۸) هرگاه مقاله ارسالی ترجمه باشد، نام نویسنده و منبع مورد نظر ضروری است.
- ۹) نویسنده باید نام کامل، عنوان یا رتبه علمی‌اش را، همراه با نشانی دسترسی به وی، مثل شماره تلفن و یا آدرس ایمیل و غیره را با مقاله بفرستد.
- ۱۰) مجله در ویرایش مقاله آزاد است.
- ۱۱) مطالب ارسال شده پس فرستاده نمی‌شود.
- ۱۲) مقاله ارسالی نباید قبلاً در مجله یا سایت اینترنتی دیگری نشر شده باشد.

فهرست

مقاله‌ها

- ↔ مسئولیت جزایی و موانع آن در قوانین جزایی افغانستان و اساسنامه محکمه جزای بین المللی
محمد اخلاقی ۴
- ↔ بررسی مفهوم جنایت تجاوز در دیوان بین المللی جزای گل حضرت برهانی ۴۸
- ↔ دلانجو په آوارولو کي د مینځگړیتوب رول گل حضرت گل حسامی ۹۲
- ↔ د مباح د تقييد د مشروعیت دلایل او ضوابط یې عبدالکریم فضلي ۱۰۵
- ↔ علایم تجارتي و ثبت آن ناجیه ظریف ۱۲۴
- ↔ عبقریت حقوقی و اجتماعی زن در تاریخ کشورما عبدالقدیر قیومی ۱۳۵

گزارش‌ها

- ↔ دیدار و گفت‌وگوی محترم محمد قاسم حلیمی معین مسلکی وزارت عدلیه با خانم عادل
خدور رییس عمومی یونیسف و خانم تاتانا کولن رییس محافظت از اطفال این اداره ۱۴۴
- ↔ اهدای ۷۰۰ جلد کتاب و مجله از سوی معینیت جوانان وزارت اطلاعات و فرهنگ به مراکز
اصلاح و تربیت اطفال وزارت عدلیه ۱۴۶

مسئولیت جزایی و موانع آن در قوانین جزایی افغانستان و اساسنامه محکمه جزای بین‌المللی

محمد اخلاقی

چکیده

به بهانه درخواست رسمی خارنوال محکمه جزای بین‌المللی مبنی بر ثبت شکایات و عرایض اشخاص از ارتکاب جنایات جنگی در افغانستان در اواخر نومبر سال ۲۰۱۷، موضوع مهم مسئولیت جزایی و موانع آن در نظام جزایی افغانستان و اساسنامه محکمه فوق‌انتخاب گردید. موضوعی که حدفاصل ارتکاب جرم و نیز تطبیق جزا و تحقق عدالت جزایی در کشور برای مرتکب جنایات جنگی، ضدبشری، نسل‌کشی و تجاوز ارضی است، تلقی می‌شود.

برخورداری از ظرفیت دارا شدن مسئولیت جزایی امروزه از مبانی و معیارهای اساسی تحقق دادرسی عادلانه و روی کارآمدن نظام عدالت جزایی کارآمد و مؤثر است. این موضوع ارتباط نزدیکی با تضمین مسائل حقوق بشری، توسعه و انکشاف عدالت جزایی و احقاق حقوق مظنون، متهم و مجرم در مراحل مختلف عدلی و قضایی دارد.

اما در برخی از موارد قانون‌گذار با برشمردن موانعی، از انتساب مسئولیت جزایی به مرتکب جرایم خودداری نموده و بین ارتکاب عمل جرمی و مسئولیت جزایی فاصله می‌اندازد. قوانین جزایی کشور برخلاف اساسنامه محکمه جزای بین‌المللی احکام موانع مسئولیت جزایی را، دقیق بیان نموده و ارکان آن را شامل "فقدان اراده" و "عوارض ادراک" عنوان می‌کند.

واژگان کلیدی:

مسئولیت جزایی، موانع، ارکان، مصادیق، قوانین افغانستان، اساسنامه محکمه جزای بین‌المللی.

طرح بحث

نظام جزایی^۱ در هر جامعه به دلیل اینکه، با حقوق و ارزش‌های انسانی در قالب حقوق فردی و جمعی سروکار داشته و در بردارنده تضمین و تحکیم آن‌ها است، مهم‌ترین نهاد حقوقی و نیز حساس‌ترین آن‌ها تلقی می‌گردد. بدین جهت یک نظام جزایی مترقی در قانون‌گذاری و کارآمد در عدالت‌گرایی، در راستای تحقق حقوق افراد جامعه و تضمین آزادی‌های ایشان باید در مرحله تدوین قوانین جزایی و نیز در مرحله اجرای آن‌ها توسط محاکم باصلاحیت با نظر داشت اصول و قواعد مسلم حقوقی در این راستا گام بردارد. تحقیق و تدقیق در مورد مسئولیت جزایی و موانع تحقق آن در هر نظام جزایی از مباحث بسیار مهمی است که جایگاه ارزنده‌ای در مجموعه قوانین جزایی دارد. چراکه، این مسئولیت مابین جرم و جزا قرار می‌گیرد.

نکته مهم دیگر اینجاست که، علاوه بر شخصی بودن این مسئولیت، تطبیق جزا و مجازات بر مرتکب مستقیماً وابسته به وجود اصل برخوردار از مسئولیت جزایی در

¹ . Criminal System

مرتکب است. در واقع، جزا با همه اهمیت و توجیهاتی که از نظر مکاتب (نظام‌های) مختلف جزایی دارد، در صورتی بر مرتکب تطبیق خواهد شد که، مرتکب شخصاً و شخصیتاً ظرفیت قانونی و نفسی در تحمل کیفر جرم ارتكابی را دارا باشد. در غیر آن، مفهوم و ماهیت برخورداری از مسئولیت جزایی زیر سؤال خواهد رفت.

به عبارت دیگر، تحقق تضمینات حقوق بشری و رعایت موازین دادرسی عادلانه^۱ از اساسات مؤثریت و مفیدیت نظام عدالت جزایی^۲ و نیز قوانین جزایی است که باید به دقت و ظرافت به آن توجه و توجه نمود. چه بسا جرم‌انگاری^۳ و یا جرم‌زدایی^۴ برای آن با در نظر داشت میزانی از اهمیت دادن دید جمعی و نگاه مقنن به آن و نیز تدوین شرایط و ارکان هر یک در مسئول و یا مصئون دانستن مرتکب آن در طرد و یا بازگشت بیمار^۵ به جامعه می‌تواند آثار و نتایج تعیین‌کننده‌ای در سرنوشت وی بگذارد.

بدین ترتیب این مقاله درصدد پاسخ دادن به این پرسش است که اساس (حقوقی و شخصیتی) ایجاد مسئولیت جزایی و موانع آن چیست و مصادیق، اشتراکات و افتراقات در این رابطه بین قانون جزای (سابق) و کود جزای (جدید) افغانستان و نیز اساسنامه (قواعد روم) محکمه جزای بین‌المللی^۶ کدام است؟

-
- 1 . Fair Trial Standards
 - 2 . Efficiency of Criminal Justice System
 - 3 . criminalization
 - 4 . decriminalization

۵ . امروزه در تمام نظام‌های جزایی که بازتاب آن در قوانین جزایی آن‌ها است، نگرش اصلاحی و تربیوی (Rehabilitation and Correction) مطرح و تقویت شده است. بر این اساس، مرتکب شخص بیمار است که باید از طریق تدابیر اصلاحی، درمان شده و تحت مراقبت و تربیت قرار گیرد. (جزء ۷ ماده ۲ قانون اجرا آت جزایی و جزء ۶ ماده ۳ و جزء ۴ ماده ۱۳۴ کود جزا به این مهم اشاره دارد).

- 6 . Rome Statute of the International Criminal Court

عوامل عینی و خارجی بوده که بر این مبنا تمام افراد دخیل در امر جزایی را معاف از مجازات می‌داند من جمله؛ شرکا یا معاونین جرم. اما در مورد موانع مسئولیت جزایی نه تنها عمل ارتکاب یافته جرم است بلکه تمام افراد مداخله کننده در آن نیز قابل مجازات خواهند بود، منتها با ورود شرایط خاص موردنظر مقنن اصولاً جزا بر مرتکب انتساب نمی‌شود. چراکه این عوامل شخصی و درونی می‌باشند و صرفاً اشخاص برخوردار از آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در ضمن برخلاف اساسنامه، کود جزا (همچنین قانون جزای سابق) مصادیق و احکام تقنینی موانع مسئولیت جزایی و اسباب اباحت از یکدیگر تفکیک شده‌اند.

در مورد محکمه جزای بین‌الملل باید اشاره نمود؛ اول اینکه، صلاحیت آن صلاحیت تکمیلی^۱ بوده و در مورد جنایات سنگینی مانند (نسل‌کشی^۲، جنایت ضدبشری^۳، جنایت جنگی^۴ و تجاوز ارضی^۵) است که دولت‌های عضو یا نمی‌توانند یا نمی‌خواهند،^۶ آن‌ها را مورد تعقیب عدلی قرار دهند. دوم اینکه برخلاف محکمه بین‌المللی دادگستری، اشخاص حق طرح دعوی داشته و متهمین از مصونیت قضایی استفاده کرده نمی‌توانند. سوم اینکه، صلاحیت زمانی محکمه، به بعد از تنفیذ اساسنامه برگشته و جرایم ماقبل آن را دربر نمی‌گیرد. چهارم اینکه، مقرر محکمه در شهر لاهه کشور هلند بوده و دارای تشکیلات اداری، تحقیقاتی و قضایی است و برخوردار از شخصیت حقوقی مستقل و جدای از ساختار سازمان ملل متحد است. پنجم اینکه، افغانستان از ابتدای می ۲۰۰۴ اساسنامه را امضا نموده لذا از این سال به بعد تحت الزام قواعد آن قرار گرفته است.

-
1. complementary to national criminal jurisdictions
 2. The crime of genocide
 3. Crimes against humanity
 4. War crimes
 5. The crime of aggression
 6. unwilling of unable

همچنین اساسنامه محکمه فوق متشکل از ۱۳ فصل و ۱۲۸ ماده در ۱۷ جولای ۱۹۹۸ به تصویب ۱۲۰ کشور از ۱۶۰ کشور شرکت‌کننده رسید در حالی که ۳۳ سازمان بین‌الدولی و ۲۳۶ سازمان غیردولتی نیز در آن اشتراک داشتند که این گستردگی تعداد شرکت‌کنندگان نشانگر تمایل جامعه بین‌المللی به اجرای عدالت جزایی در مورد مرتکبین شنیع‌ترین جنایات ضد انسانی بوده است و در ۱۱ آوریل ۲۰۰۲ با الحاق بیش از ۶۰ کشور به آن به موجب ماده ۱۲۶ اساسنامه، از اول جولای ۲۰۰۲، لازم‌الاجرا گردید.

مبحث اول: مفهوم‌شناسی

در بخش اول این مقاله پیرامون کلیات و مفاهیم مربوطه لازم است که وضاحت داده شود و در این راستا، مسئولیت جزایی و ارکان آن و نیز موانعی که بر سر راه تحقق آن نسبت به برخی از مرتکبین اعمال جرمی وجود دارد بحث می‌شود.

تعریف و مفهوم مسئولیت جزایی

مسئولیت^۱ در لغت به معنی موظف بودن به انجام امری است.^۲ المفردات راغب اصفهانی آن را "سؤال به معنای خواهش، درخواست و پرسش است، چنان‌که گفته شود «سألت من حاله» به معنای از حالش پرسید و یا «یسئلونک عن الانفال» به معنای در مورد از تو می‌پرسند، است." هم‌چنین مسئول به معنای «قابل‌بازخواست» ذکر شده است.^۳ لذا مسئول کسی است که تعهدی (اعم از فعل یا ترک فعل) در قبال دیگری بر مبنای قانون یا عرف پذیرفته شده بر عهده دارد که اگر از انجام آن خودداری نموده بناً از او بازخواست و سؤال می‌شود. لذا مسئولیت همواره با التزام و نوعی اجبار قانونی و عرفی همراه است.

^۱. responsibility

^۲. معین، فرهنگ فارسی، ذیل واژه مسئولیت

^۳. دلفانی، مبانی مسئولیت کیفری در حقوق اسلام و فرانسه، ص ۲۴

در قلمرو حقوق جزا محتوای این التزام تقبل و قابلیت انتساب آثار و عواقب افعال مجرمانه است، یعنی تحمل جزایی که سزاوار اعمال سرزنش‌آمیز جرمی مرتکب به شمار می‌آید. لیکن به صرف ارتکاب جرم نمی‌توان بار مسئولیت ارتکاب آن را یکباره بر دوش مرتکب گذاشت، بلکه پیش از آن باید وی را سزاوار تحمل این سرزنش دانست. لذا برخورداری از مسئولیت مورد نظر با قابلیت انتساب یا غیر قابلیت انتساب ملازمت داشته و در اصطلاح حقوقی توانایی پذیرفتن بار تقصیر را «قابلیت انتساب» می‌نامند و آن را به برخورداری فاعل از قدرت ادراک و اختیار تعریف کرده‌اند. لهذا مسئولیت یا قابلیت انتساب مسئله‌ای است که در مورد شخص مرتکب عمل مجرمانه مطرح شده و ارتباط مستقیم با جرم ارتکاب یافته ندارد. به عبارت دیگر، مسئولیت؛ وضعیت، صفت و حالتی در شخص مرتکب جرم است که ظرفیت انتساب مسئولیت عمل را به وی مساعد ساخته که برآورده‌کننده اهداف عدالت جزایی از تطبیق جزا نیز است. بدین ترتیب مسئولیت جزایی، از آثار و پیامدهای داشتن تقصیر (جزایی) خواهد بود.

عنصر قانونی مسئولیت جزایی در قانون جزا در ماده ۶۵ و مواد ۱۰ و ۸۲ کود جزا این‌گونه تعریف شده که با مواد مربوط به موانع مسئولیت جزایی کاملاً هماهنگ است که در ادامه مباحث بحث خواهد شد، ماده ۱۰ کود جزا چنین حکم می‌کند که؛ "مسئولیت جزایی و تطبیق جزا وقتی به شخصی متوجه می‌گردد که با اراده آزاد و در حالت صحت عقل و ادراک، عمل جرمی را مرتکب شود." تعبیری که در ماده ۶۵ قانون جزا نیز وجود داشت اما فقط در آن تطبیق جزا در متن ماده درج نشده بود که نشان از تحول نگرش مقنن کشور در این خصوص است.

ارکان و شرایط مسئولیت جزایی

به‌طور کلی با فرض وقوع جرم، دودسته مانع بر سر راه تحقق مسئولیت جزایی قرار می‌گیرد که مانع تطبیق جزا بر مرتکب عمل جرمی می‌گردد:

دسته اول: موانعی هستند که با تصویب قانون‌گذار و تحت شرایط مندرج در قانون، اساساً رکن قانونی را از بین می‌برند. مانند رضایت مجنی‌علیه، امر آمر قانونی و استفاده از حق دفاع مشروع.^۱ درواقع، این موانع منجر به مباح شدن عمل ظاهراً مجرمانه در نزد مقنن می‌شود. لذا اسباب اباحت مجوزهایی هستند که نه تنها عمل قبیح نیست، بلکه مباح نیز تلقی می‌گردد.

دسته دوم: موانعی هستند که با عنصر روانی جرم در ارتباط بوده که موجب فقدان و گاه کاهش مسئولیت فرد می‌شوند. می‌دانیم که برای ارتکاب هر جرم وجود رکن روانی که در جرایم عمدی به صورت عمد یا قصد جرمی و در جرایم غیر عمد به صورت خطا تبلور می‌یابد، (مواد ۳۶ الی ۴۳ کود جزا) ضرورت دارد. بدون این عنصر هرچند، جرم از نظر رکن مادی کامل باشد، اما چون مسئولیت خدشه‌دار شده، لذا اعمال مجازات بر مرتکب را غیرممکن می‌نماید، مانند جنون، اجبار، اکراه، اضطرار و طفولیت که از عوامل و جهات مرفوع‌کننده مسئولیت جزایی هستند.

قانون‌گذار هم در قانون جزا و هم در کود جزا، بایبان تعبیراتی، تفاوت بین موانع مسئولیت جزایی و اسباب اباحت را به روشنی و حتی می‌توان گفت به صورت اساسی و دقیق در مفهوم حقوقی آن، به کار برده است؛ بدین ترتیب که در ذیل بیان موارد موانع مسئولیت جزایی، عبارت "مجازات نمی‌گردد یا مسول شناخته نمی‌شود" به کار برده است، درحالی‌که در مورد اسباب اباحت از عبارت "جرم پنداشته نمی‌شود" بهره برده است. که این دو تأسیس حقوقی در بالا مورد اشاره قرار گرفت.

اساس و مبنای مسئولیت جزایی همان‌گونه که در تعریف آن آمده است بر دوپایه و اصل قرار دارد: وجود اراده آزاد و نیز برخورداری از عقل و ادراک. بنابراین برخورداری از مسئولیت جزایی و جزا ناشی از تقصیری خواهد بود که مبتنی بر عمد و علم شکل

^۱. اخوت، تفصیل مسایل حقوق جزای عمومی (سلسله مقالات)، ص ۱۹۱

می‌گیرد. یکی از حقوقدانان ذیل عنوان "عواملی که در تقصیر مؤثر است" می‌نویسد: چکیده تقصیر؛ خواستن و دانستن است (پس) عواملی که در تقصیر مؤثر می‌باشند کیفیاتی است که خواستن و دانستن از آن‌ها متأثر می‌گردد.^۱ بنابراین «عمد و خواستن» در کنار «علم و دانستن»، شکل‌دهنده مسئولیت جزایی مرتکب خواهد بود.

در این جا، تذکر بسیار مهم اینکه، در ماده ۳۰ اساسنامه محکمه در برخورداری از مسئولیت جزایی فردی، جنایت ارتكابی در صلاحیت محکمه، جز با وجود قصد و علم مرتکب قابل تحقق نمی‌باشد. بنابراین، بر طبق این اساسنامه عنصر روانی برای دارا بودن مسئولیت جزایی، می‌توان به این موارد اشاره نمود؛^۲

(۱) جز در مواردی که خلاف این مقرر شده است، اشخاص تنها در صورتی در قبال جنایتی که در صلاحیت محکمه است، مسئولیت جزایی داشته، قابل مجازات هستند که عناصر مادی جرم همراه با قصد و علم^۳ ارتكاب یابد.

(۲) از نظر اجرای مفاد این ماده، شخص واجد قصد شناخته می‌شود، هرگاه:

_ در ارتباط با رفتار، انجام دادن یک رفتار را بخواهد؛

_ در ارتباط با نتیجه، بخواهد که موجب پیدایش نتیجه شود یا آگاه باشد که این

نتیجه در جریان و روند عادی وقایع، محقق خواهد شد.

(۳) از نظر اجرای مفاد این ماده، "علم" عبارت است از آگاهی به اینکه یک شرط

مادی تحقق جرم وجود دارد و یا نتیجه‌ای در طی جریان و روند عادی وقایع روی

خواهد داد. مصدر "دانستن" و عبارت "عالمًا" با همین ملاک تفسیر خواهد شد.

در تهیه عناصر تشکیل‌دهنده جرایم، کمیسیون چاره‌ای نداشت جز اینکه مفصلاً و

مشخصاً توضیح دهد که در کدام موارد وجود عنصر روانی قصد به علاوه علم ضرورت

^۱. باهری، حقوق جزای عمومی، ص ۲۲۴

^۲. کیتی شیایزری، حقوق بین‌المللی کیفری، صص ۱۱۴ و ۱۱۵

^۳. intent and knowledge

ندارد و چه موقع به طور خودکار [مطابق قاعده کلی] وجود این عنصر ضروری است. همچنین، ناگزیر بود روشن سازد که رکن روانی مورد بحث دقیقاً با کدام یک از عناصر مادی ارتباط پیدا می‌کند. برای مثال می‌دانیم که جنایت جنگی حتماً بایستی در خلال یک منازعه مسلحانه ارتکاب یافته باشد؛ حال باید توجه داشت که یکی از عناصر جنایت جنگی عبارت است از علم مرتکب، نه قصد و نه علم به علاوه قصد، به اوضاع و احوال خارجی که در مجموع، حقیقتی به نام منازعه مسلحانه را به وجود می‌آورند.

به نظر می‌رسد که برخلاف نظام‌های حقوقی ملی، مسئولیت جزایی در محکمه جزای بین‌المللی تنها بر اساس قصد و علم و نه سهل‌انگاری یا بی‌مبالاتی یا مسامحه پذیرفته شده است. اما می‌توان گفت که وجود عبارت "جز در مواردی که خلاف این مقرر شده است" در بند ۱ ماده ۳۰ به معنی آن است که هرگاه به ماده دیگری از اساسنامه برای تحقق یکی از جرایم تحت صلاحیت محکمه عنصر روانی پایین‌تری از قصد و نیت پیش‌بینی شده باشد همان برای محکوم کردن مرتکب کفایت می‌کند.

عنصر مادی مورد نظر اساسنامه، برای تحقق مسئولیت جزایی فردی، در ماده ۲۵ نشان می‌دهد که شخص حقیقی دارای ۱۸ سال سن به بالا در صورتی که (۱) مباشرت در ارتکاب یکی از جرایم داخل در صلاحیت محکمه داشته باشد یا (۲) شروع به ارتکاب این جرایم نموده باشد یا (۳) در آن‌ها شرکت یا معاونت داشته باشد و یا (۴) در ارتکاب جرم توسط گروهی از اشخاص که دارای هدف مشترکی هستند نقش داشته باشد می‌تواند در محکمه جزایی بین‌المللی مورد محاکمه قرار گیرد.

اوصاف و پیامدهای مسئولیت جزایی

از مباحث فوق می‌توان برخی از ویژگی‌ها و نتایجی را برای شخصی که پاسخگوی عمل جرمی خویش است، برشمرد؛

۱) تطبیق جزا بعد از اثبات مسئولیت جزایی؛ در واقع اساس و ماهیت مسئولیت جزایی مبنا و مقدمه اعمال جزا بر مرتکب است. یعنی مرتکب به کیفر جزا عمل جرمی نمی‌رسد مگر اینکه، فرد از جهت شخصی و شخصیتی توان و ظرفیت تحمل جزا را داشته باشد و نظام جزایی نیز از این تطبیق، اهداف مورد نظر خویش را تحصیل نماید.^۱ لذا بر این اساس است که، ماده ۱۰ کود جزا بعد از عبارت مسئولیت جزایی، تطبیق جزا را نیز حکم کرده است.

۲) شخصی بودن مسئولیت جزایی؛ هر چند که ارتکاب جرایم در برخی از حالات و

ارتکاب جرم ← موجودیت و ثبوت مسئولیت جزایی ← تطبیق جزا ← تحقق اهداف نظام جزایی

قضایا، با همفکری، همیاری و همکاری با معاونین و شرکا ارتکاب می‌یابد، اما تطبیق جزا و مسئولیت جزایی ناشی از آن شخصی و فردی است. لذا تمام مرتکبین، معاونین و شرکا از جهت شخصی، مسئولیت (جزایی) خویش را دارند. اما از جهت این اشتراک، کم و کیف جزا و اجرای آن اثرپذیر است.^۲

تعریف، مفهوم و ماهیت موانع مسئولیت جزایی

هر چند که کود جزا نسبت به مفهوم یا تعریف مشخصی از موانع مسئولیت جزایی امتناع ورزیده است، اما قانون جزا به این امر مهم قبلاً اشاره داشته است. با این وجود چون این موانع در تقابل با مسئولیت جزایی قرار دارد از فحوای تعریف از مسئولیت جزایی در مواد ۱۰ و ۸۲ کود جزا -در بالا آمده است- می‌توان این مفهوم را برداشت

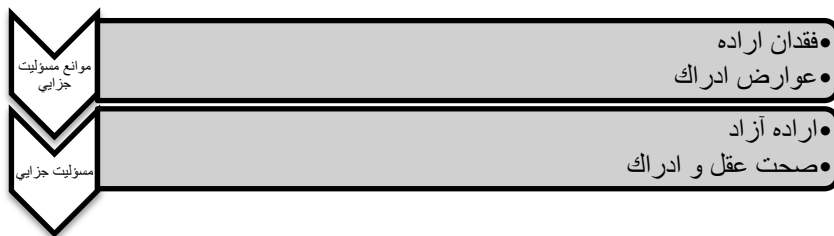
۱. مثلاً ارباب یا بازدارندگی، اصلاح و حتی سزادهی، نوعاً در صورتی معنا دارد که مرتکب درک و توانایی فهم این موضوعات را داشته باشد تا نظام عدالت جزایی در تحقق اهداف عالی خویش موفق گردد.

۲. "مسئولیت جزایی یک امر شخصی است." (فقره ۱ ماده ۸۲ کود جزا)

نمود که ذیلاً اشاره می‌شود. تعریفی که قانون‌گذار در ماده ۶۶ قانون جزا در تبیین این موانع مقرر می‌دارد که "مانع مسئولیت جزایی از تحقق یکی از عوارض ادراک یا یکی از اسباب فقدان اراده به وجود می‌آید." بنابراین، این موانع در دودسته قرار می‌گیرند:

الف) عوارض ادراک، که جنون و مرض عقلی، سکر و سن را در برمی‌گیرد که در مقابل صحت عقل و ادراک جای دارد. (مواد ۹۳-۶۷)

ب) فقدان اراده که شامل اکراه و اضطرار بوده و در برابر اراده آزاد جای می‌گیرد. (مواد ۹۴ و ۹۵)



در رابطه با ماهیت موانع مسئولیت جزایی می‌توان اشاره نمود که، با توجه به صراحت قانون جزا و کود جزای افغانستان، اساس و مبنای این موانع، جلوگیری از تطبیق جزا بالای مرتکب عمل جرمی باشد. در واقع، هر آن اسباب و عواملی که مانع تعدیل جزا بر مرتکب گردد، ماهیتاً مانعی بر وجود مسئولیت جزایی شخص نیز نداشته می‌شود.

به عبارت رساتر، معاذیر تبرئه‌کننده و اسباب اباحت در معنای دقیق خود، نوعی از موانع مسئولیت جزایی تلقی می‌شوند. چراکه، این دو نیز اساساً سدی در برابر مسئول بودن شخص مرتکب در قبال عمل مجرمانه می‌باشند. بدین ترتیب، اگر رابطه جرم، مسئولیت جزایی و جزا را ترسیم نماییم، این‌گونه است که؛

اول اینکه، جرم یا عمل جرمی در صورتی منجر به تطبیق جزا بر مرتکب می‌گردد که، ظرفیت شخصی و حالت شخصیتی وی و نیز احکام قانون، این زمینه را فراهم ساخته باشند. لذا به صرف ارتکاب جرم، جزای قانونی قابل تطبیق نخواهد بود. بناً نبود موانع برخورداری از مسئولیت جزایی شرطی است که، تطبیق جزا را میسر می‌سازد.

دوم اینکه، هم قانون جزا و هم کود جزا، به صراحت نسبت به این عوامل و اسباب به عنوان مقدمه تطبیق جزا حکم نموده است. مثلاً ماده ۱۰ کود جزا آن گونه که در بالا گفته شد، از مسئولیت جزایی و تطبیق جزا در کنار یکدیگر سخن به میان آورده است. یا فقره‌های ۲ و ۳ ماده ۲۱۲ کود جزا حکم می‌کند که؛ "معاذیر تبرئه کننده از جزا مانع مسئولیت جزایی می‌گردد." "معاذیر تبرئه کننده مانع صدور جزای اصلی، تبعی و تکمیلی می‌گردد."

مبحث دوم؛ موارد موانع مسئولیت جزایی^۱

بحث اصلی راجع به بررسی مصادیق یا موانع مسئولیت جزایی است که موضوع این مقاله است. عواملی که مانع تحقق مسئولیت جزایی هستند، در واقع دربرگیرنده مصادیقی است که قانون‌گذار افغانستان آن‌ها را از موجبات ازاله مسئولیت جزایی مرتکب دانسته و لذا از اعمال واکنش جزایی (جزا) بر ایشان بر حذر است. این موانع در قانون به زیبایی و دقت در دو نوع تقسیم شده است؛ اول، عوارض ادراک دوم، فقدان اراده.

۱) عوارض ادراک

در تبیین عوارض ادراک با توجه به مواد آتی قانون که به بیان شقوق آن پرداخته، می‌توان عرض نمود که دربردارنده اسبابی است که مرتکب به سبب آن‌ها، حین ارتکاب عمل جرمی فاقد درک و شعور بوده و قوه تمیز حسن و قبح اعمال فرد زایل می‌گردد. بنابراین، با تحت الشعاع قرار گرفتن صحت عقل و ادراک یکی از پایه‌های برخوردارگی از مسئولیت جزایی متزلزل شده و با حصول شرایط مندرج در قانون، مرتکب از مسئولیت جزایی معاف می‌گردد.

^۱. قابل تذکر اینکه برای دوری از هر نوع پراکندگی مطالب و سردرگمی خوانندگان، مبنای اصلی در چیش مباحث و ذکر عناوین مربوطه، قانون جزا در نظر گرفته شده است.

۱-۱) جنون یا امراض روانی

جنون^۱ در لغت به معنی پوشیدن، پنهان شدن و شیدایی است و در معنی مصطلح افول تدریجی و برگشت‌ناپذیر حیات روانی انسان یعنی توانائی درک، احساس و اختیار است. در واژگان فقهی؛ جنون و عقل در مقابل هم به‌کاررفته است. در فرهنگ لغات عقل در معانی مختلفی از جمله فهمیدن، دریافت کردن، هوش، شعور ذاتی و خرد آمده است.^۲ لذا، جنون باید به ناهمی، کم‌هوشی، عدم درک صحیح و نابخردی تعبیر گردد، و آن زوال عقل و فقدان شعور است و در مفهوم حقوقی، نوعی اختلال در قوای دماغی است به‌طوری‌که مجنون فارغ از اختیار و اراده آزاد است. آنچه مسلم است اینکه جنون وقتی از زمره موانع مسئولیت جزایی قرار می‌گیرد که در حین ارتکاب عمل جرمی مرتکب از آن برخوردار باشد (جنون ادواری یا وقفه‌ای) و اینکه فرد به‌طور کامل فاقد درک و شعور بوده و از ارتکاب و نیز نتیجه ناشی شده از عمل مجرمانه عاجز گردد.

ماده ۳۱ اساسنامه که اختصاصاً راجع به "موجبات معافیت از مسئولیت جزایی"^۳ است در بخش اول خود اشاره به جنون و امراض عقلی می‌پردازد:

"علاوه بر سایر موارد معافیت از مسئولیت جزایی که در این اساسنامه پیش‌بینی شده است یک شخص از نظر جزایی مسئول نیست، چنانچه در حین ارتکاب عمل:

الف) مبتلا به نوعی بیماری یا اختلال روانی بوده که او را از درک ماهیت فعل ارتکابی و یا خصوصیت جزایی آن یا از کنترل عملش برای تطبیق قانون عاجز کرده است." آنچه که در این ماده بر آن تأکید می‌گردد عجز از درک ماهیت فعل ارتکابی و اینکه این عمل وی دارای ویژگی کیفری است که ناشی شده از هر نوع مرض عقلی است. ماهیت فعل ارتکابی عجز از درک چپستی و نوع عمل ارتکابی ناشی می‌گردد و

1. insanity

۲. معین، فرهنگ فارسی، ذیل واژه عقل

3. Grounds for excluding criminal responsibility

اینکه نمی تواند تصور نماید که این عمل وی اصولاً جرم است یا نه. لذا، مرتکب از آنچه که انجام می دهد آگاهی ندارد و یا قادر نیست که در مورد نیک و بد اعمال خود تفکیک قائل شود.

اولین مورد از موارد عوارض ادراک در قانون جزا " جنون و مرض عقلی " در ماده ۶۷ بیان شده که در فقره یک آن، شخص فاقد ادراک و شعور، به سبب جنون و سایر امراض عقلی در حین ارتکاب جرم را مسئول ندانسته و قابل مجازات نمی داند. بنابراین، این فقط درک و شعور در زمان انجام عمل مجرمانه بایست به طور کامل بوده و تمامی زوایای قوای دماغی را تحت الشعاع قرار دهد چه اینکه در فقره دوم از همین ماده نقصان ادراک و شعور در حین ارتکاب جرم جنایت و جنحه را از موارد متعلق به احوال مخففه مندرج در این قانون قرار می دهد و قباحت ارتكابی در این شرایط را جرم نمی داند. در ضمن همین حکم در کود جزای جدید نیز در مواد ۸۷ و ۸۸ بازتاب یافته است. اما در این کود، اتخاذ "تدابیر طبیی اجباری" از طرف محکمه در مورد شخصی که بعد از ارتکاب و قبل از صدور حکم، فاقد شعور و ادراک گردیده و قادر به تشخیص و کنترل اعمال خود نباشد، الی اعاده صحت را الزامی دانسته است. (ماده ۸۹) بنابراین، هم در اساسنامه محکمه و هم در قانون جزا در عدم مسئولیت جزایی ناشی از جنون، تحقق آن در حین انجام فعل مجرمانه است.

۲-۱) سکر، خواب یا بی هوشی

بند ب از ماده ۳۱ اساسنامه مقرر می دارد که " در حین ارتکاب عمل در حالت مستی بوده که او را از اختیار درک خصوصیت جزایی عمل یا ماهیت آن یا کنترل عمل برای تطبیق آن با قانون عاجز کرده است مگر اینکه وی عمدتاً مست شده باشد به نحوی که اوضاع و احوال نشان دهد که وی می دانسته و یا نسبت به این خطر بی توجه بوده که به دلیل مست بودن در معرض ارتکاب یکی از جرائم مربوط به صلاحیت

محکمه قرار خواهد گرفت. "مستی یا سکر^۱ به‌عنوان یکی از عوارض ادراک به حالتی اطلاق می‌گردد که در نتیجه نوشیدن مواد سکرآور یا استعمال مواد مخدر، دگرگونی-هایی در روان و جسم فرد عارض شده که به‌تبع آن عنان اراده و اختیار وی رها می-گردد به‌گونه‌ای که بر اعمال و کردار خود تسلط نداشته باشد. شروطی که در اساسنامه، مستی را به‌عنوان مانعی در مسئولیت جزایی قرار می‌دهد، اینک:

اولاً، معافیت از مسئولیت جزایی هنگامی محقق است که مرتکب در زمان ارتکاب عمل مجرمانه از اختلال در درک و شعور بهره‌مند باشد. بناً این مختل شدگی در قبل و بعد از ارتکاب عمل، مفهوم مانع مسئولیت جزایی بودن را از دست خواهد داد. درثانی، توانایی (فهم) فرد را برای درک ممنوع بودن عمل یا ماهیت رفتار خود یا قابلیت او را برای جهت‌دهی و کنترل رفتار خویش به‌منظور مطابقت آن با احکام قانون، از بین ببرد.^۲ لذا است که در اثر اختلال در قوای دماغی اصولاً از درک ماهیت و نوعیت عمل خود ناتوان بوده و ناآگاهانه و ناخواسته آن را انجام می‌دهد. ثالثاً، مستی نبایست به دنبال عمد در نوشیدن مواد مسکره یا مخدره با احتمال اینکه ممکن است در اثر آن به رفتاری دست بزنند که منجر به ارتکاب یکی از جنایات در صلاحیت محکمه شود، باشد. چه اینکه این مستی ارادی نه‌تنها نمی‌تواند از علل رافع مسئولیت قرار گیرد، بلکه می‌تواند خود از علل مشدده جزایی نیز در نظر گرفته شود.

احکام مربوط به سکر در قانون جزا ذیل موارد عوارض ادراک، تنها دو ماده‌قانونی را در بر گرفته بود که در بند یک ماده ۶۸ چنین حکم شده بود؛ "شخصی که حین ارتکاب جرم به سبب استعمال مواد مسکره یا مخدره ادراک و شعور خود را از دست

1. intoxication

۲. همان، ص ۴۹۱

بدهد درحالی که استعمال آن جبراً یا بدون علم مرتکب صورت گرفته باشد، مجازات نمی‌گردد."

لذا، برای تحقق منع مسئولیت جزایی مطابق قانون جزا، شروط زیر می‌بایست محرز گردد:

(۱) اختلال در درک و عقل در زمان ارتکاب جرم مطرح است. لذا، تقارن زمانی این سلب اراده و اختیار از یک طرف و ارتکاب اعمال مجرمانه از طرف دیگر موضوعی پذیرفته شده و کاملاً منطقی است.

(۲) سلب ادراک و شعور باید به طور کامل تحقق یابد، یعنی مرتکب اصولاً از فهم اینکه چه چیزی انجام می‌دهد، کاملاً عاجز بوده و ماهیت (خوب و بد) عمل ارتكابی در نظر وی قابل سنجش نباشد. لذا، نقصان در این موضوع تنها از موارد احوال مخفیه بوده که در بند دوم ماده ۶۸ این گونه بیان گردیده است "هرگاه شخص مندرج فقره فوق ادراک و شعور خود را کاملاً از دست نداده باشد طبق حکم مندرج فقره ۲ ماده ۶۷ این قانون مجازات می‌گردد."

(۳) استعمال مواد مسکره یا مخدره از روی اختیار یا اراده و با علم به آن (مخدره یا مسکره بودن) صورت نگرفته باشد. به عبارت دیگر مرتکب عمل جرمی در صورتی می‌تواند از مسئولیت جزایی برائت گردد که عالماً و عامداً این مواد را مصرف نموده باشد. در غیر آن مانند شخصی تلقی می‌شود که ارتکاب عمل جرمی را در حالت ادراک و شعور کامل انجام یافته است. (بند ۱ ماده ۶۹) همچنین، قانون‌گذار در بند دوم این ماده، عمد در استعمال مواد مزبور به منظور ارتکاب جرم را از احوال مشدده در این قانون قرار داده است که در راستای پیشگیری از انجام آن است.

لازم به ذکر است که کود جزای افغانستان نیز در مواد ۹۰ الی ۹۲ نیز به بیان احکام مربوط به استعمال مواد مخدر و مسکر بدون اراده و با اراده را طور مشابه با قانون جزا پرداخته است.

۱-۳) طفولیت

قوانین جدید جزایی برخلاف گذشته، مسئولیت جزایی اطفال را به خاطر فقدان قدرت درک و قوه تمیز خدشه‌دار نموده و ایشان را معاف از جزا به مفهوم خاص آن (همانند اشخاص بالغ) قرار داده‌اند. لذا در رابطه با مسئولیت جزایی اطفال بایست از عنوان "بزهکاری اطفال" که عموم تخلفات آنان را در برمی‌گیرد استفاده نمود. چه اینکه این‌گونه افعال ایشان، نمی‌تواند تمام ارکان و شرایط متشکله یک عمل جرمی که همان وجود عناصر معنوی، مادی و قانونی است را شامل شود.

باین‌حال مسئله تخلفات اطفال دارای اهمیت بسزایی بوده و از آن مهم‌تر اجراآت جزایی و نحوه برخورد در حین تحقیق، تعقیب قضایی و نیز نوعیت تصمیمات محاکم در رابطه با ایشان است که می‌تواند در بسترسازی برای جلوگیری از تکرار تخلف و جرم و نیز رشد عقلانیت اجتماعی مرتکب و جامعه گام مؤثری برداشت. برخلاف سایر موانع مسئولیت جزایی که نیاز به اثبات در هر مورد خاص است، عدم مسئولیت جزایی به‌خصوص نسبت به اطفال کمتر از ۱۲ سال تکمیل^۱، نشانه و قرینه‌ای است که به‌حکم قانون‌گذار اطفال بزه‌کار از آن مستفید می‌گردد.

ماده ۲۶ اساسنامه محکمه جزای بین‌المللی، حداقل سن ۱۸ سال را پذیرفته است که در هنگام نهایی شدن مسوده سنین ۱۲، ۱۳، ۱۴ و ۱۶ نیز مطرح گردیده بود. مع ذالک فضای غالب کنفرانس سن ۱۸ سال را به‌عنوان سن مسئولیت جزایی پذیرفت^۲ که در اکثر کشورها سن غالب مسئولیت اطفال نیز محسوب می‌شود.^۳ به‌موجب این ماده،

۱. ماده ۹۴ کود جزا

۲. شریعت باقری، حقوق کیفری بین‌المللی، ص ۲۱۲

۳. کنوانسیون حقوق طفل (۱۹۸۹) در ماده ۱ آورده است "از نظر این کنوانسیون منظور از کودک افراد انسانی زیر سن ۱۸ سال است مگر اینکه طبق قانون قابل‌اجرا در مورد کودک سن بلوغ کمتر تشخیص داده شود."

صلاحیت محکمه نسبت به ارتکاب جرایم در مورد فردی که در حین ارتکاب سن مزبور را تکمیل ننموده است دربر نخواهد گرفت. فلسفه این حکم آن است که باید با اطفال، به عنوان قربانیان جنایات بین‌المللی، رفتار شود و نه مرتکبان آن‌ها. این است که اساسنامه از یک سو فراخوان یا ثبت‌نام از اطفال زیر ۱۵ سال یا به‌کارگیری آن‌ها برای مشارکت فعالانه در مخاصمات را به‌عنوان یک جنایت جنگی ممنوع ساخته و از سوی دیگر در تمام موارد صلاحیت محکمه را محدود به اشخاص بالغی دانسته است که حین ارتکاب جرمی که آنان نسبت داده‌شده بیش از ۱۸ سال داشته‌اند.^۱

نکته مهم دیگر در مورد انواع طفل یا تقسیم‌بندی اطفال بر اساس سن ایشان است که در خصوص چگونگی برخورد و اخذ تصمیم قضایی مهم پنداشته می‌شود؛ طبق مواد ۷۰ و ۷۱ قانون جزا "صغیر" طفلی است که بین سن ۷-۱۳ سالگی کامل قرار داشته و "مراهق" شخصی است که سن ۱۳ سالگی را تکمیل و ۱۸ سالگی را کامل نکرده است. این درحالی‌که است که در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در ماده ۴ "طفل" را افراد زیر ۱۸ سال می‌نامد، به‌طوری‌که اطلاق داشته (بند یک) و دربند دوم "طفل غیر ممیز" را زیر ۷ سال و "طفل ممیز" را بین ۷-۱۲ سالگی (بند سوم) و دربند چهارم "طفل نوجوان" را افراد بین سنین ۱۲-۱۸ سال قرار داده است. این‌گونه تفکیک، با توجه به حساسیت قانون‌گذاری در مورد تخلفات اطفال و به لحاظ شخصیت متزلزل ایشان و جزاهای متناسب در نوع خود قابل‌تقدیر است. اما در این اختلافات باید به نظر اخیر مقنن یعنی قانون رسیدگی به تخلفات اطفال (منتشره ۱۳۸۴) نظر و احترام داشت.^۲

۱. کیتی شیایزری، حقوق بین‌المللی کیفری، ص ۴۸۶

۲. آنچه که شایان توجه است، اینکه اعمال ارتكابی خلاف قانون اطفال را نمی‌توان همانند افراد بالغ و برخوردار از سن مسئولیت جزائی را تحت عنوان جرم رسیدگی نمود و این عنوان‌گذاری مقنن برای "قانون رسیدگی به تخلفات اطفال" با توجه به مباحث جدید قانون‌گذاری و قانون‌نویسی و اسلوب نظام‌های جزائی پیشرفته قابل‌تقدیر است.

کود جزا نیز طفل را شخص زیر هجده سال تکمیل را در نظر گرفته و ظاهراً با اقتباس از قانون اختصاصی اطفال به ذکر احکام مربوطه مربوط به اطفال متخلف از قانون پرداخته است. بدون اینکه از عناوین مشخصی در این رابطه استفاده نماید. باین حال، اطفال را از جهت نحوه برخورد قضایی به زیر ۱۲ سال، زیر ۱۶ سال، زیر ۱۸ سال و زیر ۲۰ سال (نه به عنوان طفل)^۱ تفکیک می‌کند. در هر حال، این تفکیک ایجاد شده، تا علاوه بر تطبیق عدالت جزایی، میزان مسئولیت جزایی و نحوه تعامل نظام عدلی و قضایی با ایشان معین گردد. هر چند که برخی از اوصاف کلی برای اطفال به طور کلی، وجود دارد که تفکیک‌ناپذیر بین آن‌هاست؛ مانند از جهت نوعیت عمل ارتكابی اطفال که "تخلف"^۲ باید اطلاق شود، از جهت، وجود قواعد خاص تعقیب عدلی از قبیل ایجاد خارنوالی و محکمه اختصاصی که شرایط انسلاک مسلکی را نیز علاوه داشته بود. همچنین مهم‌ترین هدف رسیدگی به تخلفات اطفال نیز همانا توجه و تعمیل اصلاح و تربیت مجدد طفل متخلف از قانون است. (ماده ۱۳۲ کود جزا و مواد ۲ و ۷ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال)

۱-۴) اشتباه^۳

اشتباه از ریشه شبهه، و در لغت به معنی همانند شدن و یا چیزی یا کسی را به جای چیزی یا کسی گرفتن آمده است^۴ و عبارت است از تصور خلاف انسان از واقع، چه آنکه امر موهومی را موجود و یا موجودی را موهوم بپندارد. معمولاً اشتباه انسان از ناآگاهی و جهل او به امور و قضایا صورت می‌گیرد و خود ممکن است از بی‌دقتی، بی‌توجهی و بی‌مبالاتی به امور و قضایا ناشی شود.

^۱ . برای این دسته از اشخاص فقط اشاره می‌کند که؛ به اعدام محکوم شده نمی‌توانند. (ماده ۱۱۲)

^۲ . Violation

^۳ . mistake

^۴ . دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، ذیل واژه اشتباه

در مفهوم حقوقی، به‌طور کلی تصور نادرستی است که آدمی از موضوعی پیدا کند و بر این تصور افعالی را مرتکب شود که او را متعهد و یا ملتزم سازد. چه‌بسا اگر در آغاز به این موضوع واقف می‌بود هیچ‌گاه میل و اراده او بر انجام آن قرار نمی‌گرفت. از آنجاکه این مورد در قانون جزا اشاره نگردیده است، منتها با توجه به اینکه درک و شعور واقعی فرد مرتکب عمل جرمی مخدوش گشته است آن را ذیل مباحث عوارض ادراک مورد بررسی قرار دادیم. حال این سؤال به ذهن می‌رسد، عملی که مورد قصد و اراده واقعی مرتکب نبوده و به دلیل مشتبه شدن، اراده کاذب دخیل گردیده می‌تواند مسئولیتی را به لحاظ قانونی و عرفی منتسب سازد؟

در فقه جزا نیز قاعده درأ حاکم است؛ بدین بیان که "تدرئوا الحدود بالشبهات" و فقهای امامیه در نظر غالب معتقدند که با حدوث شبهه و اشتباه و در نتیجه ارتکاب عمل جرمی مجازات برداشته می‌شود و در این بین آن را بر شبهات موضوعیه و حکمی جاری می‌دانند (اصولاً)، منتها در شبهات حکمی قائل به تفصیل شده‌اند و بین "جهل قصوری" که جاهل قصور نموده و "جهل تقصیری" که جاهل کوتاهی نموده و مقصر است، تفاوت گذاشته‌اند و فقط در این مورد اخیر قاعده درأ را حاکم نمی‌دانند.

۱-۲-۲) اشتباه موضوعی^۱

جهل یا اشتباه در موضوع، که در رابطه با مصداق خارجی برای حکم مورد نظر است در حقیقت به علت اشتباه خارجی، تردید حاصل می‌شود. اصل کلی، بر قبولی عذر موجه و معقول است. چه اینکه تصور خلاف در نفس عمل بدون اراده واقعی نمی‌تواند دال بر سوء نیت مرتکب باشد. در فقه امامیه نیز، بین فقها شبهه موضوعیه حجیت بوده، و بیان می‌دارند که بنا به مقتضای اولیه، تا موضوع احراز نگردد حکم بر آن مترتب نمی‌-

1. Mistake of fact

شود و در این رابطه مجازات را یک نوع حکم و معلول موضوع است، با عدم احراز موضوع (جرم)، حکم (مجازات) بر آن مترتب نمی‌شود.

ماده ۳۲ اساسنامه محکمه که مختص اشتباه در موضوع و اشتباه در حکم است، در بند یک اشتباه موضوعی را موجب معافیت از مسئولیت جزایی نمی‌داند مگر اینکه رکن روانی جرم را زایل نموده باشد. هرچند که اثبات منتفی شدن رکن معنوی در اثر اشتباه مورد اشاره چندان سهل و آسان نخواهد بود.

این حکم، در مطابقت با یک قاعده کلی است که در این عبارت خلاصه می‌شود: "عمل تشکیل دهنده جرم نیست، مگر آنکه ضمیر مرتکب گناهکار باشد."^۱ اصل کلی که بین حقوقدانان مورد پذیرش قرار گرفته این است که اشتباه موضوعی برخلاف اشتباه حکمی، می‌تواند مانعی بر مسئولیت جزایی باشد. این اشتباه در تطبیق حکم قانون بر مصداقی خاص باید در شرایط معقول و آشفته‌گی روان فرد بروز یافته باشد. یعنی در آن اوضاع و احوال غیرقابل احتراز باشد، تا بتوان گفت که عنصر معنوی دخیل در ارتکاب جرم مخدوش گردیده است. البته تعیین این امر با در نظر داشت موقعیت و نیز بررسی حالات روحی وی و به‌طور موردی می‌بایست مورد قضاوت قرار گیرد.

۲-۲-۲) اشتباه حکمی^۲

اشتباه در حکم یا به تعبیری جهل حکمی که نسبت به قانون یا تفسیر آن برمی‌گردد و در نظر دانشمندان اسلامی و فقها به اعتبار دو قاعده دیگر یعنی "قاعده وجوب تعلم احکام شرعی" و "قاعده اشتراک حکم بین عالم و جاهل" تحت‌الشعاع بوده و بیان می‌دارند که، جهل به احکام شرعی (قانونی) به‌هیچ‌وجه تکلیف را از مکلف ساقط

^۱. کیتی شیایزری، حقوق بین‌المللی کیفری، ص ۴۹۴

^۲. Mistake of law

نمی‌کند، نیز بر طبق اصل کلی پذیرفته شده در حقوق جزایی یعنی، "بی‌خبری از احکام قانون عذر پنداشته نمی‌شود"^۱ است.

پذیرش این قاعده و فرض فوق، یک واقعیت عملی است که، اجرای مقررات قانونی بدون آن منطقاً امکان‌پذیر و حتی مجاز نیست. لذا، گفته می‌شود که آگاهی از احکام قانون‌گذار، قرینه و نشانه‌ای است قانونی، که حفظ نظم عمومی آن را ایجاب می‌کند. در صورتی که اثبات خلاف آن میسر نباشد. لیکن، برخی در این بین برای جاهل مقصر و جاهل قاصر، قائل به تفکیک شده و رعایت قاعده مزبور را برای جاهل قاصر ظالمانه گفته و وی را فارغ از سوءنیت و قصد مجرمانه که از ارکان جرم است می‌دانند. هر چند که در شرایط و امکانات امروزی، با فرض آگاهی همگان از احکام قانون، بر عهده مدعی است که، به اثبات عذر ناشی از جهل پردازد. لازم به ذکر است که فقهای امامیه در این مورد هم با ارائه احادیث و روایات بحث‌های زیادی داشته‌اند و یکی از حقوقدانان در پایان نتیجه می‌گیرد که جهل جاهل مقصر، پذیرفتنی نمی‌باشد.^۲

در این مورد، بند دوم ماده ۳۲ اساسنامه مقرر داشته که "اشتباه در حکم به این معنا که آیا یک نوع عمل به‌خصوص، جرم مربوط به صلاحیت محکمه است موجب عدم مسئولیت نیست، با وجود این، اشتباه در حکم می‌تواند به‌عنوان موجب عدم مسئولیت جزایی تلقی شود، مشروط بر اینکه سبب از بین رفتن عنصر معنوی جرم شده یا مضمول مقرراتی باشد که در ماده ۳۳ آمده است." این بند از اساسنامه محکمه اشتباه حکمی نسبت به این امر که، آیا نوع خاصی از رفتار از جمله جنایات موضوع صلاحیت محکمه است یا نه، مبنایی برای معافیت از مسئولیت جزایی نخواهد بود. با این وجود، به موجب همین بند، چنانچه اشتباه حکمی آن عنصر روانی را که تحقق جنایت مربوطه

^۱. ماده ۵ قانون جزا

^۲. محقق داماد، قواعد فقه بخش جزایی، ص ۵۸

منوط به وجود آن است، منتفی سازد یا در چارچوب اوامر مافوق قابل توجیه باشد، به‌عنوان عامل تبرئه‌کننده، قابل‌پذیرش است.^۱

اشتباه در حکم، آنچنانکه در این بند مقرر گردیده در دو صورت امکان دارد تا از موجبات عدم مسئولیت جزایی گردد. یکی اینکه، عنصر روانی موردنیاز در تحقق جرم منتفی گردد، هرچند که تصور اینکه اشتباه حکمی چگونه می‌تواند عنصر روانی معتبر در جرایم موردبحث را منتفی سازد، آسان نیست. دیگر اینکه، وقتی که با شروط مذکور در ماده ۳۳ و در اجرای اوامر مافوق و نیز اجازه قانون (قانون‌گذار) منطبق باشد.

۲) فقدان اراده

همان‌گونه که قبلاً گذشت، رکن دوم مسئولیت جزایی، برخورداری از اراده آزاد است که زوال آن مانعی برای تحقق آن خواهد بود. مفهوم اراده آزاد با مفهوم اجبار و اکراه و اضطرار پیوند مستقیم داشته و این مفاهیم در تقابل با تحقق اراده آزاد قرار می‌گیرند. بناً، جبر و اختیار منعکس‌کننده قصد بوده و جلوه‌کننده رکن روانی یک عمل مجرمانه خواهد بود. در این صورت، قصد جرمی در فقره یک ماده ۳۹ کود جزا عبارت است از "سوق اراده فاعل به ارتکاب فعلی که جرم را به وجود می‌آورد به‌نحوی که منجر به وقوع نتیجه جرم موردنظر و یا وقوع نتیجه جرم دیگری شود." لذاست که در ذیل عنوان فقدان اراده آزاد در قانون جزا، به بیان احکام مربوط به‌اکراه و اضطرار پرداخته شده است. ناگفته نماند که رکن روانی نیز همان؛ "قصد جرمی، علم و آگاهی به جرم و نتیجه آن یا خطای جرمی" است (ماده ۳۸ کود جزا) که شامل جرم عمدی و غیرعمدی است.

^۱. کیتی شیایزری، حقوق بین‌المللی کیفری، ص ۴۹۶

۱-۲) اکراه^۱

اجبار^۲ یا اکراه به‌عنوان یکی از موانع مسئولیت جزایی به حالتی اطلاق می‌شود که مرتکب علی‌رغم برخوردار بودن از عقل و هوش متعارف (معمولی)، در شرایطی قرار می‌گیرد که آگاهانه اما بدون اراده و رضایت، به ارتکاب جرم دست می‌زند. به عبارت دیگر، موقعیتی است که موجب زوال اراده آزاد شخص در حین ارتکاب عمل شده و منجر به سلب اختیار تصمیم‌گیری و از بین رفتن قصد در وی می‌گردد.

در ضمن، اکراه از آن دسته کلماتی است که معنای لغوی آن با مفهوم اصطلاحی‌اش چندان تفاوتی ندارد. صرف‌نظر از قیود، شرایط و اوصافی که فقها برای اکراه و تحقق آن برشمرده‌اند، معنای اصطلاحی این کلمه نزد فقها همان معنا و مفهوم موردنظر اهل لغت است؛ یعنی، اکراه عبارت است از واداشتن دیگری به کاری که بدان مایل نیست؛ در صورتی که همراه با تهدید باشد.^۳

اکراه که از اصطلاحات فقهی است، در بیان فقها محقق می‌شود به؛ بیم مکره به رسانیدن زیانی به او یا مال یا ناموس یا به کسان او که زیان آنان به زیان یا تألم او منتهی می‌شود. بنابراین، مکره در ارتکاب عمل جرمی کراهت داشته، دارای قصد اما فاقد رضا و طیب نفس است درحالی‌که در اجبار فقدان قصد و رضا مطرح است، هرچند که در قانون و کود جزا این دو را مترادف گرفته است. با توجه به اینکه انسان مجبور، می‌داند که چه می‌کند و به عواقب آن نیز آگاه است ولی برخلاف میل خود نمی‌تواند از این کار خودداری ورزد. در این حال نمی‌توان گفت، نقض قوانین جزایی نتیجه اراده اوست چراکه اصلاً اراده وی زایل گشته است. در واقع معنای دقیق اجبار چیزی جز خدشه کلی به اراده نمی‌باشد.

1. Duress

2. Coercion

۳. محقق داماد، قواعد فقه بخش جزایی، ص ۹۳

از نظر لغوی، اجبار از ماده جبر و به آن الجاء هم گفته‌اند. گرچه اجبار در معنی وسیع کلمه شامل اضطرار هم می‌شود همان‌طور که در ذیل موارد قانون‌گذار، فقدان اراده آن را به دو بخش اکراه و اضطرار تقسیم نموده است. اما در معنی خاص کلمه، که اشاره گردید؛ عبارت است از ارتکاب عمل مجرمانه بدون آزادی اراده و از روی جبر. بند د ماده ۳۱ اساسنامه در این مورد آورده است که "در حین ارتکاب عملی، که ارتکاب آن یکی از جرایم مربوط به صلاحیت محکمه است تحت اجبار ناشی از یک تهدید قریب‌الوقوع به مرگ یا آسیب مهم، مستمر یا در حال وقوع بر تمامیت جسمانی این شخص یا شخص دیگر انجام شده و شخص مذکور به دلیل ضرورت و به شکل معقول برای رفع این تهدید عمل کرده است، مگر اینکه قصد داشته باشد که خسارتی مهم‌تر از آنچه که او می‌خواسته از آن اجتناب کند وارد نماید. این تهدید ممکن است: (۱) توسط اشخاص دیگر انجام شود.

(۲) یا تحت شرایط دیگری که مستقل از اراده آن شخص است به وجود آمده باشد." اکراه موردنظر اساسنامه در صورتی است که از تهدید قریب‌الوقوع به مرگ یا تهدید مستمر یا قریب‌الوقوع به صدمه شدید بدنی بر علیه خود شخص یا کس دیگری ناشی شده و شخص موردنظر از جهت ضرورت و به‌طور متعارف (عادی) برای برکنار ماندن از این تهدید، اقدام کند، به‌عنوان مبنایی برای عدم مسئولیت جزایی فرد در قبال جنایات مشمول صلاحیت محکمه شناخته شود، مشروط بر اینکه قصد نداشته باشد ضرر و خسارتی بزرگ‌تر از آنچه اجتناب از آن مطلوب است وارد آورد. تهدیدات مذکور ممکن است از طرف اشخاص دیگر، به وجود آمده یا متشکل از سایر اوضاع و احوالی باشد که از حیطة کنترل فرد خارج است.^۱

^۱. کیتی شیایزری، حقوق بین‌المللی کیفری، ص ۴۹۲

شروطی که در بند د اساسنامه مطرح گردیده اینک:

۱) تهدید به مرگ یا صدمه شدید بدنی، قریب الوقوع باشد. لذا، تهدیدی نیز که انتظار به عملی شدن آن نمی رود و یا توانایی اجرای تهدید مردود باشد فاقد جواز در معافیت از مسئولیت خواهد بود. به بیان رساتر، تهدید باید فوری باشد و قریب به عملی شدن آن برود.

۲) تهدید باید شدید و غیرقابل جبران به جسم و جان باشد. لذا نمی توان به صرف تهدید به جراحت و لطمه خفیف به ارتکاب جرم وادار شده دست زد. به عبارت دیگر، تهدید باید جدی و خطرناک باشد.

۳) اقدام به عمل اکراهی به دلیل ضرورت باشد. ضرورت در انجام عمل اکراهی، همان، تنها راه دفع خطر است که نیاز به آن ارتکاب عمل جرمی ضرورت می یابد. بنابراین، امکانات کافی موجود نباشد که بتوان با استفاده از آن، از تهدید مزبور اجتناب کرد.

۴) تناسب بین دفع اکراه و ضرر و خسارت وارده موجود باشد. به عبارتی، به طور متعارف و معقول دفع کره ایجاد شده گردد و عمل جرمی از شر و مفسده ای که خطر آن وجود دارد بیشتر نباشد.

۵) آنچه مسلم است اینک موقعیتی که منتهی به وقوع اکراه شده، نباید نتیجه اعمال اختیاری فردی که تحت اکراه قرار دارد، باشد.

در قانون مدنی به اکراه و انواع و شرایط آن اشاره شده که در ماده ۵۵۱ ذیل عیوب رضا در عقد اکراه را "مجبور گردانیدن شخص بدون حق به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد، خواه اکراه مادی یا معنوی باشد." این ماده از قانون مدنی منشأ اکراه را مادی یا و معنوی دانسته و آن را از عیوب رضا در عقد قلمداد کرده که در بالا اشاره گردید.

اکراه مادی، به عامل عینی و قابل ارزیابی درونی و بیرونی ای اطلاق شده که باعث سلب اختیار می گردد و به عبارتی، مؤثر بر جسم مرتکب بوده و وی را مقهور و مجبور

می‌سازد. اکراه معنوی، موقعیت و وضعیتی است که در آن اراده مکره تحت تأثیر علل روانی سلب گردد، لذا فاعل تحت سلطه احساس ترس، وحشت و یا هیجان شدید، عنان اختیار از کف داده و مرتکب جرم شود. این قسم از اکراه روان مرتکب را تحت-الشعاع قرار می‌دهد.

قانون‌گذار مدنی در ادامه و در ماده بعد اکراه را تام و ناقص دانسته و تعریف می‌کند که؛ "اکراه تام عبارت است از تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی. تهدید به خطر غیر فاحش اکراه ناقص گفته می‌شود." (ماده ۵۵۳) در ماده ۵۵۴ آمده است که؛ "اکراه تام رضا را از بین می‌برد و اختیار را فاسد می‌گرداند، ولی اکراه ناقص رضا را از بین برده اختیار را فاسد نمی‌گرداند."

شروطی که در قانون مدنی برای اکراه برشمرده شده اینکه؛ "اکراهی که رضا را از بین می‌برد وقتی اعتبار دارد که شخص تهدیدکننده به اجرای عمل تهدید قادر بوده و شخص تهدید شده وقوع اکراه را در صورت عدم اجرای تهدید به گمان غالب حتمی پندارد." (ماده ۵۵۷). در ضمن "تهدید به رسانیدن ضرر به والدین، همسر و یا محارم شخص و یا تهدید به خطری که منافی حیثیت باشد، اکراه پنداشته شده، محکمه می‌تواند با در نظر داشت حالات و کویف تهدید را ارزیابی نماید." (ماده ۵۵۵) و دیگر اینکه "اکراه نظر به اشخاص، سن، حالت اجتماعی، اوصاف و اندازه تأثیر آن من حیث شدت و خفت نوع تهدید فرق می‌کند." (ماده ۵۵۶)

۳۱

در کود جزا فقط ماده ۱۱۵ ذیل اکراه آمده است که؛ "(۱) شخصی که تحت تأثیر قوه مادی یا معنوی‌ای که دفع آن‌طور دیگری ممکن نباشد، مجبور به ارتکاب جرم گردد، مسئول شناخته نمی‌شود. (۲) شخص زمانی مکره دانسته می‌شود که با خطر قریب‌الوقوع از دست دادن جان، اعضای بدن و یا آزادی مواجه گردد و خطر مذکور به شکل دیگری دفع شده نتواند و مرتکب عمل غیرقانونی شود تا خطر را از خود، اقارب یا شخص دیگری دور سازد. (۳) ارتکاب قتل در حالت مندرج فقره (۱) این ماده

موجب رفع مسئولیت جزایی نمی‌گردد." این ماده کود جزا نیز منشأ اکراه را مادی یا معنوی می‌داند که در بالا بررسی گردید.

از جمله شروطی را که می‌توان از این ماده استنباط نمود، اینکه:

۱) برای رفع فشار شدید ناشی از این اکراه مادی یا معنوی مجبور به ارتکاب جرم شویم و لذا دفع آن نیز به طرق دیگری ممکن نباشد. به عبارت بهتر اینکه، قدرت بر دفع اجبار غیرممکن بوده و جز با ارتکاب عمل جرمی نتوان از آن دوری نمود. که البته، میزان تأثیرگذاری این قوه مادی یا معنوی با قدرت دفع آن نیز رابطه عکس دارد و هرچه عامل مؤثر بر اراده شدید، ناگهانی و غیرقابل پیش‌بینی باشد قدرت انسان بر دفع آن نیز کاهش می‌یابد. به همین دلیل است که محکمه باید با توجه به شخصیت روانی مرتکب و میزان تأثیر تهدید من حیث شدت و خفت حکم می‌نماید.

۲) خطر یا تهدید قریب‌الوقوع باشد و در صورتی که جرم مورد نظر تحقق نیابد تهدید فوراً عملی گردد. لزوماً تحت تأثیر قوه مادی یا معنوی قرار گرفتن، منوط به فعلیت یا قریب به فعلیت خواهد بود.

۳) از جمله شروطی که حقوقدانان برمی‌شمارند اینکه فرد مورد تهدید وظیفه قانونی و عرفی در تحمل خطر نداشته باشد و دیگر اینکه اجبار و خطر ایجاد شده نباید ناشی از تقصیر شخص مورد تهدید باشد. و نیز تناسب متعارف و عرفی بین دفع تهدید و جرم ارتكابی مطرح است که البته باید با در نظر داشت موقعیت فرد گرفتار و حالات روحی وی در وضعیت مزبور سنجیده شود.

۲-۲) اوامر مافوق^۱

بند یک ماده ۳۳ اساسنامه مقرر داشته است که؛ "۱. این مسأله که ارتکاب یکی از جرایم مذکور در صلاحیت محکمه در اجرای دستور یک مقام دولتی یا یک مقام

1. Superior order

ما فوق، نظامی یا ملکی انجام گرفته، شخص را از مسئولیت جزایی معاف نمی‌کند مگر اینکه:

الف) شخص الزام قانونی بر اطاعت^۱ از دستورات مقام دولتی یا مقام مافوق مورد بحث داشته باشد.

ب) شخص نمی‌دانسته که دستور صادره غیرقانونی بوده است.

ج) دستور صادره آشکارا غیرقانونی نباشد.

۲. مطابق این ماده، دستور ارتکاب نسل‌کشی یا جرایم علیه بشریت، جرایمی که آشکارا غیرقانونی هستند تلقی خواهند شد.^۲

ظاهراً، سابقه این قاعده حتی به سال ۱۹۰۰ و پیش از آن بازمی‌گردد که می‌گوید: تا زمانی که یک نفر عسکر "صادقانه بر این اعتقاد است" که مشغول انجام وظیفه خود نسبت به اطاعت از مافوق است و اوامر مورد نظر هم "آن‌چنان آشکارا غیرقانونی" نیست که بتوانیم بگوییم، آن عسکر باید می‌دانست که امر مافوق خلاف قانون است، وی می‌تواند به اوامر مافوق برای رفع مسئولیت از خویش استناد کند.^۲

این چنین برداشتی نسبت به اقدامات مافوق و مادون در ماده ۸ منشور نورنبرگ، ماده ۶ منشور توکیو، جزء (ب) بند ۴ ماده ۲ قانون شماره ۱۰ شورای نظارت آلمان، بند ۴ ماده اساسنامه محکمه یوگوسلاویای سابق و بند ۴ ماده ۶ اساسنامه محکمه رواندا نیز دیده می‌شود. که تا حد زیادی مشابه یکدیگرند و در این مورد موجب تبرئه کامل عسکر و مقام مادون نمی‌گردد و فقط پذیرفته‌اند، که به مقتضای اجرای عدالت، به این عامل برای تخفیف مسئولیت و مجازات مأمور توجه نمایند.

اما ماده ۳۳ اساسنامه محکمه، با پذیرش مواردی که اوامر مافوق در آن‌ها عامل تبرئه کننده شناخته می‌شود، گامی به پیش نهاده است. طبق بند نخست این ماده فقط در

^۱ . legal obligation to obey orders

^۲ . کیتی شیایزری، حقوق بین‌المللی کیفری، ص ۴۹۷

صورتی می‌توان با استناد به ارتکاب جرم در مقام اطاعت از دستور یک دولت یا امر یک مقام مافوق نظامی یا غیرنظامی، متهم را از مسئولیت مبرا دانست که متهم قانوناً مکلف اطاعت از اوامر مزبور بوده و ضمناً، نمی‌دانسته که آن اوامر علناً خلاف قانون هستند. سرانجام، لازم است اوامر موردنظر آشکارا غیرقانونی نبوده باشد.^۱ در ادامه همین ماده و در بند دوم به صراحت هر دستوری برای ارتکاب جنایت نسل‌زدائی و جنایات بر ضد انسانیت، آشکارا غیرقانونی می‌باشند. لذا توجیه تعمیم امر آمر در ارتکاب این جنایات توجیه‌پذیر نخواهد بود.^۲

در این‌که چه دستوری آشکارا خلاف قانون است، معیارهایی چند از سوی محاکم و نیز مفسران حقوقی ارائه گردیده است: محکمه عالی کانادا، وجدان هر انسان متعارف و دارای عقل سلیم را که متنبه سازد و دستور به گونه‌ای باشد که نادرستی آن ظاهر و محسوس باشد را مطرح نموده و محکمه نظامی تجدیدنظر ایالات متحده نیز، این دیدگاه را تأیید می‌کند که لازم است یا حقیقتاً علم به مغایرت دستور موردنظر با قانون، وجود داشته باشد یا دستور مزبور از نوعی باشد که یک انسان دارای شعور و درک عادی و متعارف، اگر در همان شرایط بود، می‌فهمید که مغایر قانون است. برخی محاکم معیار "گزینش اخلاقی" در کنار عامل اکراه را متناسب می‌دانند، معیاری که واقعاً در حقوق کیفری اکثر ملل به درجات مختلف موجود است، صرف محقق بودن دستور یا فرمان مورد نیست، بلکه باید دید که آیا این معیار حقیقتاً میسر بوده یا نه، بنابراین، مدعی اکراه در اجرای دستور غیرقانونی لازم است به اثبات برسد که ضرر منتج از اجرای آن دستور، به نحو نامتناسبی بزرگ‌تر از ضرری نبوده است که از عدم اطاعت دستور، ناشی می‌گردید. به بیان دیگر، عنصر گزینش اخلاقی وقتی مورد توجه

۱. همان منبع، ص ۴۹۸

۲. کود جزا نیز در ماده ۱۱۹ امر آمر برای ارتکاب جرایم نسل‌کشی، ضد بشری، جنگی، تجاوز علیه دولت و شکنجه را علناً غیرقانونی و خارج از مکلفیت اجرا برای مأمور دانسته است.

قرار می‌گیرد که هرچند امر مافوق آشکارا خلاف قانون است و فرمان‌بر هم از این موضوع آگاهی دارد، چاره‌ای جز اطاعت برای وی متصور نبوده که در این صورت، فقط می‌تواند برای تبرئه خود به‌اکراه متعذر شود، نه اوامر مافوق.^۱

در این مورد، با توجه به ارتکاب خطرناک‌ترین جنایات یعنی همان نسل‌زدائی و جنایات بر ضد انسانیت، آن‌ها را به‌طور آشکارا غیرقانونی برشمرده‌اند، که مبتنی بر غیرانسانی بودن آن‌ها دارند، و لذا ارتکابشان نمی‌تواند عذر عدم آگاهی در غیرقانونی دانستن آن‌ها را بازگو نماید. چه اینکه، جنایت نسل‌زدائی مبتنی بر ارتکاب جنایاتی چند با قصد خاص نبودن یک گروه ملی، قومی، نژادی و مذهبی است به‌خاطر دارا بودن قربانی از این خصوصیات و به سبب عضویت وی در گروه‌های پیش‌گفته. اما جنایت برعلیه بشریت، ارتکاب جنایاتی چند به‌عنوان بخشی از یک تهاجم گسترده یا سازمان‌یافته و با علم به آن تهاجم، برعلیه هر جمعیت غیرنظامی است. و نتیجه اینکه این جنایات ارتکابی، شرط اخیر اساسنامه را که همان عدم غیرقانونی بودن دستور است، را، دارا نمی‌باشند.

در قانون جزا و کود جزا ذیل اسباب اباحت، در بیان شرایط ایفای وظیفه و تعمیم امر آمر پرداخته که با موضوع فوق بی‌ارتباط نمی‌باشد. بنابراین، از آنجاکه اراده واقعی مأمور موظف، تحت الشعاع اوامر و نواهی مقامات ذی‌صلاح مافوق وی قرار می‌گیرد، این مورد را در ذیل مبحث فقدان اراده موردبررسی قرار گرفته است. ماده ۱۱۸ کود جزا اشاره دارد که؛ "ارتکاب عمل جرمی دراثنای ایفای وظیفه‌ای که مأمور دولت به‌حکم قانون به انجام آن مکلفیت داشته باشد، جرم شناخته نمی‌شود." آنچه که می‌توان بیان نمود اینکه، در این ماده ایفای وظیفه در راستای اجرای احکام قانون بوده است و لزوماً

^۱. همان منبع، صص ۵۰۰ و ۵۰۱.

نمی تواند عمل ارتكابی جرم تلقی گردد. لذا عنصر قانونی عمل جرمی زائل گشته است، چنانکه اسباب اباحت چیزی جز این نمی باشد.

همین ماده در بیان موارد ایفای وظیفه و ماده بعد در بیان موارد تعمیل امر آمر، حالاتی را برمی شمرد که در نظر مقنن جرم نبوده و مسئولیت جزایی نیز نخواهد داشت: (۱) در حالتی که از مأمور موظف، مطابق احکام قانون با داشتن حسن نیت دراثنای ایفای وظیفه صدور یافته باشد.

(۲) در حالتی که مأمور موظف عقیده نماید که اجرای وظیفه مذکور از جمله صلاحیت های قانونی وی است.

(۳) در حالتی که تطبیق امر مقام ذیصلاحی که از اطاعت امر آنها مطابق به احکام قانون مکلفیت داشته باشد صدور یافته باشد.

(۴) در حالتی که مأمور موظف عقیده داشته باشد که تعمیل امر مقامات ذیصلاح از جمله وجایب قانونی وی است.

(۵) در تمام حالات فوق، مأمور موظف مکلف است ثابت نماید که ارتكاب عمل ناشی از اسباب معقول بوده و بعد از رعایت احتیاط لازم صورت گرفته است. (تثبیت حسن نیت)

(۶) اما اگر مأمور به حکم قانون، اعتراض بر اوامر مقامات ذیصلاح را نداشته باشد به هیچ وجه از اثر ارتكاب عمل جرمی مجازات نمی گردد. در این صورت آمر مسئول شناخته می شود.

بدین ترتیب، برای اینکه افعال مأمور موظف بتواند از عنوان مجرمانه مبرا گردد باید در اطاعت از دستورات آمر تکلیف قانونی داشته باشد و یا اینکه از اسباب معقول، اطاعت از اوامر آمر را از وجایب و وظایف قانونی خود تلقی نماید. بنابراین، اثبات مشروعیت عمل جرمی ارتكابی با اسباب معقول و متعارف بین آمر و مأمور، وجود سلسله مراتب اداری_ قانونی و نیز داشتن با نداشتن حق اعتراض نسبت به امر آمر و

حکم قانون، می‌تواند عمل ارتكبابی ناشی از اعمال دستور را فاقد وصف مجرمانه گرداند.

همچنین در قانون مدنی، در بیان مسئولیت مدنی مأمور و آمر، ذیل مواد راجع به فعل مضر نسبت به مال و جان در ماده ۷۸۷ مقرر می‌دارد که؛ "۱. فعل به فاعل آن نسبت داده می‌شود نه به آمر، مگر اینکه فاعل مجبور گردیده باشد. ۲. موظف عام از فعلی که غیر را متضرر ساخته وقتی غیرمسئول پنداشته می‌شود که آن را به اساس امر آمری که اطاعت امر وی واجب بوده و یا به موجب آن اعتقاد داشته باشد، اجرا نماید، همچنان اعتقاد خود را در مورد مسئولیت فعل مذکور مستند به اسباب معقول و رعایت احتیاط مقتضی در آن، ثابت نماید."

۳) سایر مبانی^۱

اساسنامه محکمه جزای بین‌المللی، مبانی معافیت از مسئولیت جزایی را به شکل حصری احصاء نکرده است. به موجب بند ۳ ماده ۳۱ اساسنامه، محکمه مجاز خواهد بود به هنگام محاکمه، علاوه بر مواردی که در مقررات قبلی اساسنامه مذکور است، جهات و عوامل دیگری را، موجب معافیت از مسئولیت جزایی تلقی نماید. البته، مشروط بر اینکه عامل یا موجب موردنظر، مقتبس از قواعد حقوقی قابل اجرا باشد. قواعد شکلی و تشریفات ناظر بر کیفیت بررسی این عوامل و موجبات، باید در مقررات "آئین دادرسی و ادله" پیش‌بینی گردد. کمیسیون مقدماتی محکمه راجع به این موضوع ضابطه و قاعده‌ای وضع نکرده و تعیین تکلیف این امر را به خود محکمه واگذار نموده است. بند ۳ ماده فوق، در حقیقت مصالحه و سازشی بود برای کاستن از شدت نگرانی‌های شماری از هیئت‌های نمایندگی در کنفرانس رم به رهبری ایالات متحده، که مایل

^۱. همان منبع، ص ۵۰۲.

بودند ضرورت نظامی، موارد تلافی و مقابله به مثل و چه بسا، دفاع مشروع بر اساس ماده ۵۱ منشور ملل متحد، در زمره مبانی معافیت از مسئولیت جزایی درآید. نظر به اینکه مبانی و موجبات مذکور در بند یک ماده ۳۱ مربوط به حقوق جزا می-شود، اصولاً بحث مستندات دفاعی مأخوذ از حقوق بین الملل عمومی در اینجا مطرح نیست، بنابراین، این بند به "حقوق قابل اجرا به شرحی که در ماده ۲۱ ذکر شده" اشاره دارد و مقصود، اصول کلی حقوقی است. بند دوم ماده ۳۱ تصریح نموده که تشخیص قابل اعمال بودن مبانی معافیت از مسئولیت جزایی در دوسیه‌ای که نزد محکمه مطرح است، با خود محکمه خواهد بود، این است که هنوز مشخص نیست، محکمه به چه ترتیب بند ۳ این ماده را اجرا خواهد کرد.

۳-۱) حق دفاع مشروع^۱

دفاع مشروع^۲ حقی است از حقوق طبیعی و انسانی که حتی در حقوق اسلام از آن به عنوان یک وظیفه شرعی و تکلیفی یاد شده است. از دیدگاه عقل، به عنوان یکی از منابع اسلامی استنباط احکام، شیخ طوسی، وجوب دفاع از خویشتن را از ضروریات عقلی می‌داند. به لحاظ تاریخی، در حقوق روم دفاع مشروع جرم شناخته نمی‌شد و در حقوق

^۱ . از آنجاکه مبحث "حق دفاع مشروع" در قانون جزا و کود جزا از زمره اسباب اباحت است و در ذیل مباحث عوارض ادراک و فقدان اراده اصولاً جای بحث و نظر آن نیست، لذا خارج از آن‌ها و در ذیل سایر مبانی مورد بررسی قرار گرفت.

نکته قابل ذکر اینکه، با توجه به دقت نظر قانون‌گذار جزا در بیان عنوان "حق دفاع مشروع" که در مبحث مزبور مورد اشاره می‌رود از همین عنوان در این نوشتار استفاده گردید. مختصر اینکه، همین برخورداری از «حق» است که نمی‌توان، در راستای اعمال آن، عمل ارتكابی را جرم تلقی نمود و لذاست که در زمره اسباب اباحت جای گرفته است. و عنوان فوق‌الذکر به درستی از ناحیه مقنن رعایت گردیده است.

^۲ . self defense

قدیم فرانسه تحت تأثیر اندیشه‌های مسیحیت آن را با محدودیت‌هایی مورد قبول گرفت. در مجموع دو نظر کلی در توجیه این حق بین حقوقدانان مطرح است که در نظریه اجبار (معنوی) اعتقاد بر این است که مدافع مال یا جان در مقام دفاع اراده آزاد وی مخدوش می‌گردد و وی مجبور به دفاع و رفع تجاوز شده است که با این استدلال رد می‌شود که داعی (انگیزه) او دفاع بوده و نه ارتکاب جرم. اما داعی یا انگیزه در ماهیت خود عمل که با قصد و اراده صورت می‌گیرد تأثیری ندارد.

بدین لحاظ است که برخی نظریه نفع اجتماعی را سبب مشروعیت آن بیان داشته و معتقدند که جامعه به خاطر حفظ نفع جمعی به افراد اجازه می‌دهد در موقعیت‌هایی که توسل به قوای عامه و استمداد از آنان ممکن نباشد با حصول شرایطی در مقام دفاع از نفس و ناموس و مال خود یا دیگری برآید و چنانچه در این اثنا مرتکب عمل مجرمانه- ای نیز شود از مجازات معاف باشد.

بنابراینچه که داود العطار در کتاب "الدفاع الشرعی فی الشریعۃ الاسلامیة" نوشته برای دفاع مشروع تعریفی در کتب فقهی نیامده است. تنها عبدالقادر عوده در کتاب "التشریح الجنائی الاسلامی" می‌نویسد:

الدفاع الشرعی: هو واجب الانسان فی حمایة نفسه أو نفس غیره و حقه فی حمایة ماله أو مال غیره، من کل اعتداء حال غیر مشروع بالقوه اللازمه لدفع هذا الاعتداء. یعنی؛ دفاع مشروع بر هر انسانی در حمایت از جان خود یا دیگری واجب است و حقی برای او در حمایت از مال خود یا دیگری در مقابل هر نوع تجاوز فعلی نامشروع است با هر وسیله‌ای که برای دفع این تجاوز ضروری باشد.^۱ بنابراین، فقها فقط به بیان احکام و تعیین شرایط و تبیین مصادیق جزئی آن پرداخته‌اند. از تفصیل بیان این علما در ابواب

^۱. گلدوزیان، بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۱-۲-۳)، ص ۱۱۹

مربوطه فقهی، چنین برمی آید که مفهومی نزدیک به تعریف حقوقدانان از دفاع مشروع، در نظر گرفته‌اند.^۱

بند ج ماده ۳۱ اساسنامه در این مورد بیان می‌دارد "در حین ارتکاب عمل شخص، به‌طور معقول از خود یا شخص دیگر یا در مورد جرایم جنگی از اموالی که برای حیات وی یا حیات دیگری و یا انجام یک مأموریت نظامی ضروری بوده است دفاع کرده است. این دفاع باید در مقابل توسل قریب‌الوقوع و غیرقانونی به‌زور انجام شده و متناسب با میزان خطری باشد که آن شخص یا شخص دیگر یا اموال حمایت شده را تهدید می‌کرده است. این که شخص در یک عملیات دفاعی که توسط نیروهای مسلح هدایت می‌شده شرکت کرده است به‌تنهایی موجبی برای عدم مسئولیت جزایی مطابق این بند نخواهد بود."

برای اینکه حق دفاع مشروع از جمله مبانی معافیت از مسئولیت جزایی شناخته شود، شروطی چند در این بند از اساسنامه آمده است:

(۱) دفاع مزبور در برابر توسل غیرقانونی و قریب‌الوقوع به‌زور باشد. بنابراین، عملی که در برابر آن دفاع معنی پیدا می‌کند باید غیرموجه و ناعادلانه باشد. لذا، مقاومت در برابر دستورات قانونی که از سوی مرجع ذی‌صلاح صادر شده نمی‌تواند بهانه‌ای برای دفاع باشد.

(۲) دفع تجاوز به شیوه‌ای پذیرفتنی و متعارف صورت گیرد. این مورد همان وجود تناسب بین شیوه دفاع و درجه خطر است. به بیان ساده‌تر، شخص مورد تعرض و تهدید نباید در مقام دفع آن مرتکب عملی گردد که شدیدتر از خطر قریب‌الوقوع و غیرقانونی باشد. آنچه که به نظر می‌رسد اینکه این تناسب می‌بایست با توجه به

^۱. گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، قواعد فقه جزایی، ص ۱۶۹

اوضاع و احوال و نیز شرایط روحی و روانی مدافع در هر مورد، به صورت موضوعی در نظر گرفته شود.

۳) این امر که متهم در یک عملیات دفاعی که توسط قوای مسلح صورت می‌گیرد دخالت نماید نمی‌تواند به تنهایی موجب احراز شرایط استناد به حق دفاع مشروع و معافیت از مسئولیت جزایی باشد. لذا، در این مورد نیز باید شرایط استفاده از حق مزبور سنجیده شده به صورت موردی بررسی گردد و به صرف شرکت در عملیات دفاعی مجوز برخورداری از دفاع نمی‌باشد.

نکته دیگر اینکه در مورد جنایات جنگی^۱ دفاع از اموالی که برای حیات وی یا دیگری در زمان جنگ و نیز برای انجام یک مأموریت نظامی ضروری است، با حصول شرایط بیان شده می‌تواند دفاع مشروع تلقی گردد. حق دفاع مشروع هم در قانون جزا و هم کוד جزا ذیل اسباب اباحت قرار دارد که برخلاف اساسنامه از علل موجهه جرم بوده و این اسباب به دلیل اینکه مربوط به علل عینی و خارجی و نه شخصی و وابسته به شخصیت مرتکب می‌باشند اصولاً جرم نمی‌باشند.

مواد راجع به حق دفاع مشروع در کود جزا (همانند قانون جزا) به درستی شرایط و زوایای لازم را بیان داشته است که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌گردد. در ماده ۱۲۳ شخص مورد تهدید اجازه دارد تا از استعمال وسایل به منظور دفاع از هر عمل جرمی‌ای که خطر جانی، ناموسی، آزادی و مالی را برای مدافع و یا شخص دیگر تولید نماید، استفاده کند. این حق هنگامی به وجود می‌آید که دفاع کننده روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین نماید که خطر تجاوز بر جان، ناموس، آزادی یا مال خودش و یا شخص دیگری متوجه است (ماده ۱۲۴). در ضمن این حق تا دوام خطر ادامه یافته و با

^۱ جنایات جنگی، جنایاتی است که ارتکاب آن‌ها نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی ناظر بر درگیری‌های مسلحانه را در پی دارد. (حقوق بشر برخلاف حقوق بشردوستانه، ناظر به موقعیت‌های صلح و نه جنگ است).

زوال آن خاتمه می‌یابد. (ماده ۱۲۶) لذا شرط هم‌زمانی خطر و دفاع بسیار مهم است. چراکه با عدم تقارن زمانی خطر و دفع آن، دیگر خطری مطرح نیست که در برابر آن به دفاع استناد نمود.

❖ بنابراین، اگر بخواهیم تعریفی را ارائه دهیم می‌توان گفت که؛ "حق دفع فوری و مناسب یک تهاجم بالفعل نامشروع علیه جسم، ناموس، آزادی و یا مال خود یا دیگری."

بدین ترتیب، حق دفاع مشروع تحت شرایط آتی به وجود می‌آید که در این کود و در مواد ۱۲۳ الی ۱۳۰ بیان شده است؛

۱) دفاع در برابر حمله و تعرض غیرقانونی و نیز حقیقی باشد. بنا نمی‌توان در برابر هر تهدید و یا صرف تهدید یا تحریک زبانی، به دفاع استناد نمود. لذا در برابر خطر غیرقانونی که فعلیت، عینیت و قطعیت ندارد دفاع مشروع قابل استناد نمی‌باشد.^۱

۲) دفاع متناسب با خطر تهدیدکننده باشد. در این مورد بین فقها معیار تدریج مطرح است که دفاع از عمل آسان به شدید و به میزانی است که به نحو عقلانی دفع تجاوز نماید (قاعده الاسهل فالاسهل). به لحاظ مسئولیت مدنی ماده ۷۸۴ قانون مدنی ذیل مبحث سوم (فعل مضر بر مال و بر نفس) مقرر داشته که "شخصی که در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود و یا نفس و یا مال شخص دیگری مرتکب ضرر گردد، مسئول پنداشته نمی‌شود، مشروط بر اینکه در دفاع از قدر ضرورت تجاوز نکرده باشد، در غیر آن به جبران خساره عادلانه مکلف می‌گردد."

۳) دفاع تنها وسیله دفع خطر باشد. بی‌تردید مهم‌ترین دلیل اجازه قانون‌گذار به دفاع در برابر تجاوز ناحق و نامشروع ضرورت آن در اوضاع و احوالی است که مدافع راه

۱. جزء ۱ فقره ۲ ماده ۱۲۷ کود جزا اشاره به "عمل خلاف قانون و غیرعادلانه" دارد که چندان جالب نیست. چراکه عمل خلاف قانون برای دفاع کفایت می‌کند و اینکه عمل خلاف قانون باشد اما غیرعادلانه نباشد، و نتوان به دفاع استناد کرد، جای بحث است. (۱۴)

دیگری برای انتخاب یا فرار از خطر ندارد. لذا ارتکاب عمل مجرمانه برای دفع تجاوز، زمانی مشروع و علت توجیه‌کننده دارد که تنها راه نجات باشد. در ضمن، در مواردی که توسل به قوای عامه برای دفع تجاوز بالفعل ممکن باشد نیز نمی‌توان به دفاع و دفع خطر مبادرت نمود. یعنی اساساً موضوع حق دفاع مشروع به وجود نمی‌آید. (ماده ۱۲۸)

۴) دفاع همزمان با حمله متقابل باشد. تقارن زمانی دفاع و تجاوز از شروط اساسی تحقق این حق است. بدین جهت که تا هنگامی که تجاوزی بالقوه و قطعی نبوده و یا تعرض پایان یافته و دیگر خطر کسی را تهدید نمی‌کند، دفاع موضوعیت پیدا نخواهد کرد. بناً در این صورت توسل به دفاع می‌تواند نوعی تجاوز و انتقام‌جویی تلقی شده که حتی در مواردی عمل ارتكابی، جرم باشد.

۵) دفاع در برابر عمل تجاوزی که توسط فرد مدافع عمداً سبب شده باشد نیز بی‌معناست. لذا فرد مدافع نسبت به عمل عمدی خود که زمینه‌ساز تعدی علیه خودش را سبب شده است، نمی‌تواند به استعمال حق دفاع مشروع متوسل شود. بدین ترتیب فقدان تحریک قبل از تجاوز از اسباب منطقی این حق است که باید دقت شود.

پرسشی که در اینجا می‌تواند مطرح شود اینکه اگر مأمورین دولتی و اجرایی از حدود اختیارات و صلاحیت قانونی، تجاوز نمایند، موضوع و ماهیت دفاع چه صورتی پیدا خواهد نمود؟

در این مورد ماده ۱۲۹ این‌گونه مقرر می‌دارد که "دفاع مشروع در برابر موظف امنیتی در صورتی که وظیفه خود را مطابق احکام قانون و با حسن نیت انجام دهد، گرچه در جریان وظیفه از حدود صلاحیت قانونی خود تجاوز نماید جواز ندارد، مگر این‌که خوف مرگ یا جراحت شدید ناشی از عمل آن به دلایل معقول ثابت باشد." اثبات این عدول از حیطة صلاحیت قانونی و نیز حسن نیت، تنها از نحوه عملکرد مأمور و اوضاع و احوال مربوطه که به صورت موردی باید در نظر گرفته شود، قابل تعیین است.

در پایان این قسمت نکته مختصر در مورد رابطه استفاده از این حق و ارتکاب قتل عمد است که از موارد بحث‌برانگیز میان فقها و حقوقدانان بوده است. در این مورد

قانون‌گذار کشور اصل را بر عدم جواز قتل عمد در راستای استعمال حق دفاع مشروع گذاشته و فقط استثنائاتی را با حصول شرایطی پذیرفته است: در این مورد ماده ۱۲۷ کود جزا تقریر می‌دارد که؛ "ارتکاب قتل عمد به اساس استعمال حق دفاع مشروع جواز ندارد مگر این‌که به منظور دفاع در برابر یکی از اعمال آتی صورت گرفته باشد: (۱) دفاع در برابر عملی که ایجاد خوف مرگ یا جراحت شدید از آن به دلایل معقول موجود باشد.

(۲) دفاع در برابر تجاوز جنسی یا تهدید آنی به آن.

(۳) دفاع در برابر عمل اختطاف یا گروگان‌گیری.

(۴) دفاع در برابر عمل حریق عمدی خطرناک.

(۵) دفاع در برابر عمل سرقتی که مطابق احکام این قانون جنایت باشد.

(۶) دفاع در برابر عمل داخل شدن غیرمجاز از طرف شب به منزل مسکونی یا ملحقات آن."

همچنین در موردی که مدافع از حدود قانونی استعمال این حق که با حسن نیت در قبال تعرض، تجاوز نماید محکمه می‌تواند از احوال مخففه استفاده نماید و جزای جنایت را به جنحه و جزای جنحه را به قباحت تنزیل دهد. (ماده ۱۳۰) از مجموع شرایط فوق این نکته استنباط می‌شود که، اولاً دفاع مشروع، "حق" است. لذا باید در عنوان دفاع مشروع مانند قانون جزا، از کلمه حق استفاده شود. دوماً حق دفاع مشروع، "مشروط" است به حدودی که قانون بر مبنای منطق و اصول تعیین نموده است.

نتیجه‌گیری

مسئلاً تفکیک بین موانع مسئولیت جزایی و اسباب اباحت با توجه به آثار عملی که دربردارد؛ از جمله تأثیری که در معافیت جزایی آن‌ها نسبت به شرکا و معاونین جرم می‌تواند داشته باشد، حائز اهمیت بسزایی خواهد بود. همچنین در مورد موانع مسئولیت

جزایی، رکن روانی جرم مخدوش می‌گردد. درحالی‌که اسباب اباحت، رکن قانونی جرم زائل می‌شود. (هرچند که در هر دو مرتکب مجازات نمی‌شود.) در ضمن وجود این موانع یکی از اساسات عدالت جزایی، تحقق دادرسی عادلانه و تضمین حقوق مرتکبین رفتارهای جرمی است. لذا "فقدان اراده" و یا "عوارض ادراک" در مرتکب عمل جرمی، نه تنها قابلیت انتساب عمل ممکن نیست بلکه (در فرض) اعمال جزا نسبت به مرتکبین، اهداف عالی نظام عدالت جزایی را نیز محقق نخواهد ساخت.

اساسنامه محکمه جزای بین‌المللی، برخلاف سیستم‌های حقوقی به‌ویژه سیستم روم-ژرمنی، و به پیروی از حقوق بین‌الملل عرفی، تفکیکی در مصادیق و موانع مسئولیت جزایی با اسباب اباحت به عمل نیاورده است و طی مواد ۳۱-۳۳ به ۶ مورد تحت عنوان «عوامل معافیت از مسئولیت جزایی» اشاره نموده است که عبارت‌اند از: جنون، مستی، دفاع مشروع، اکراه و اضطرار، اطاعت از دستور مافوق و اشتباه. این درحالی‌که است که قانون و کود جزای افغانستان، با ارائه دو معیار اساسی در موانع مسئولیت جزایی، یعنی «عوارض ادراک» شامل: جنون یا امراض روانی، سکر، خواب یا بی‌هوشی و طفولیت و «فقدان اراده» شامل: اکراه و اضطرار به بیان احکام هر یک می‌پردازد.

با بررسی اساسنامه محکمه جزای بین‌المللی و کود جزای جدید (و قانون جزای سابق)، مشخص می‌شود که قوانین جزایی افغانستان در تبیین و تعیین حدود و مصادیق مسئولیت جزایی و موانع آن کاستی نداشته و حتی نسبت به بسیاری از قوانین کشورها پربارتر نیز است. اما نکته مهم‌تر، تطبیق قانون و اجرایی شدن اسناد تقنینی به‌ویژه در ساحه اجرا آن جزایی (تعقیب عدلی) است که باید مورد توجه جدی و تلاش مسئولین در نهادهای عدلی و قضایی کشور قرار داشته باشد. این در صورتی است که خارنوال این محکمه بین‌المللی در اواخر نومبر ۲۰۱۷ خواستار ثبت و تعقیب جرایم جنگی در افغانستان شده که مورد استقبال مردمی و مدنی قرار گرفته است. به‌گونه‌ای در حدود یک‌میلیون عریضه در این محکمه راجع به جرایم جنگی که در افغانستان ارتکاب یافته است از طرف متضررین، معینی‌علیهم و شاهدین ثبت شده است.

اما صرف استقبال، بدون همکاری دولت و نهادهای عدلی و قضایی، امکان تعقیب عدلی مرتکبین جنایات جنگی در کشور نیست. به خصوص بسیاری از این مرتکبین یا در موقف‌های دولتی منصب‌دار هستند و یا اینکه در کشورهای اروپایی و آمریکایی، مهاجر و پناهنده شده‌اند. از طرف دیگر، مردم و به خصوص قربانیان این جنایات نیز باید هم صدا و از طرق قانونی نسبت به ثبت و تعقیب عرایض خویش همت گمارند تا علاوه بر تحقق عدالت جزایی و احقاق حقوق قربانیان این جنایات، به تکرار جرایم سنگین در کشور نقطه پایان گذاشته شود.

همچنین آنچه که مهم به نظر می‌رسد اینکه، تدوین اساسنامه محکمه جزای بین‌المللی در شرایطی از سوی جامعه بشری مورد اهتمام اکثریت دولت‌ها و سازمان‌ها صورت گرفت که تجربیات حاصله از تأسیس محاکم جنائی موردی و موقت همچون نورنبرگ، توکیو، یوگسلاوی سابق و روندا از یک‌سو، و برخورداری از تحولات حقوقی در ملل متمدن و نظام‌های حقوقی مدرن از دیگر سو، موجب آن گردید تا در تدوین مواد مربوطه، نسبت به اجرای هر چه بهتر عدالت جزایی در مورد مجازات عاملان جنایات ضد بشری و احقاق حقوق قربانیان این جرایم اهتمام جدی صورت گیرد. مسئله‌ای که در وهله نخست و چه بسا به عنوان اصلی‌ترین عامل، ناشی از اعطای بخشی از حق حاکمیت دولت‌ها به یک محکمه جزای بین‌المللی در تعقیب عدلی جنایات ضدبشری تحقق یافت که این موضوع در گذشته حتی مانعی در شکل‌گیری آن نمود یافته بود.

منابع و مأخذ:

الف) فهرست کتب و مقالات

۱. اخوت، محمدعلی، تفصیل مسایل حقوق جزای عمومی (سلسله مقالات)، جلد اول، تهران، انتشارات صابریون، ۱۳۸۵.
۲. امیر ارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر (قسمت اول)، اسناد جهانی، چاپ دوم، مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶.

۳. باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، تقریرات درسی دانشگاه تهران، بی تا.
۴. دلفانی، علی اشرف، مبانی مسئولیت کیفری در حقوق اسلام و فرانسه، چاپ اول، قم، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، پژوهشکده فقه و حقوق، ۱۳۸۲.
۵. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، ۱۳۵۶.
۶. شریعت باقری، محمدجواد، حقوق کیفری بین المللی، تهران، ۱۳۸۶.
۷. کیتی شیایزی، کریانگ ساک، حقوق بین المللی کیفری، ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، زمستان ۱۳۸۳.
۸. گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، قواعد فقه جزایی، چاپ اول، مشهد، ۱۳۸۳.
۹. گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی (۳ و ۲ و ۱)، تهران، نشر میزان، پاییز ۱۳۸۱.
۱۰. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش جزایی، چاپ پنجم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
۱۱. معین، محمد، فرهنگ معین (فارسی)، تهران، ۱۳۷۶.

ب) فهرست اسناد تقنینی

۱. اساسنامه محکمه جزای بین المللی (Rome Statute of the International Criminal Court)
۲. کنوانسیون حقوق طفل
۳. کود جزا
۴. قانون اجرا آت جزایی
۵. قانون جزا
۶. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال
۷. قانون مدنی

بررسی مفهوم جنایت تجاوز در دیوان بین‌المللی جزای

غلام حضرت برهانی

چکیده:

در آخرین روزهای اجلاس رم که منجر به تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی جزای شد تعریف جنایت تجاوز و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن به اجلاس بازنگری محول شد که ماده ۵ (۱) (د) اساسنامه رم، صلاحیت دیوان در خصوص رسیدگی به جنایت تجاوز را به رسمیت شناخت؛ لکن بند ۲ ماده ۵ دیوان پیش‌بینی کرد که دیوان زمانی بر این جنایت اعمال صلاحیت می‌کند که مطابق مواد ۱۲۱ و ۱۲۳ اساسنامه، مقررات مربوط به تعریف تجاوز و شروط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن تصویب شده باشد. سرانجام در ۱۱ جون ۲۰۱۰ م نخستین اجلاس بازنگری دیوان در کمیسیون مقدماتی برای تشکیل دیوان و کمیسیون کاری ویژه در

مورد جنایت تجاوز، قطعنامه شماره ۶ را در خصوص آن با اجماع تصویب کرده و اعمال صلاحیت واقعی دیوان، به تصمیم کشورهای عضو بعد از اول جولای ۲۰۱۷ م موکول گردیده است.

سؤال اصلی این است که تعریف جنایت تجاوز و عناصر سازنده آن چیست؟ شرایط اعمال صلاحیت دیوان کدام اند؟ نقش شورای امنیت در احراز جنایت تجاوز چگونه تعیین شده است؟ اصلاحات اجلاس بازنگری در کامپالا تا چه حد توانسته، به فرهنگ مصونیت پایان بخشد؟ مروری بر اقدامات بین‌المللی که منجر به انعقاد موافقت‌نامه کامپالا گردید موضوع نوشته حاضر است که طی چهار گفتار به سؤالات مذکور جواب خواهد داد.

کلید واژگان: دیوان بین‌المللی جزای، تجاوز، جنایت تجاوز، عمل تجاوزکارانه، صلاحیت، ارکان و عناصر جرم تجاوز.

مقدمه:

هنگام مذاکرات اجلاس روم در خصوص تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی جزای، تعریف جنایت تجاوز ارضی و شروط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن مورد اختلاف جدی بود؛ به طوری که تا واپسین روزهای اجلاس روم که به تصویب اساسنامه دیوان منجر شد تعریف جنایت تجاوز و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن مشخص نشد. البته فرصت هم برای دستیابی به توافق در این زمینه واقعاً کوتاه بود. رئیس اجلاس در آخر اجلاس روم، تنها راه‌حل را در این دید که اعلام حل و فصل اختلافات را به وقت دیگری موکول کند. نتیجه این شد که مطابق ماده ۵ (۱) (د) اساسنامه، دیوان مزبور مطابق با مقررات اساسنامه در خصوص جنایت تجاوز صلاحیت داشته باشد؛ اما بند ۲ ماده ۵ اساسنامه پیش‌بینی می‌کرد که دیوان زمانی بر این جنایت تجاوز صلاحیت داشته باشد؛ اما بند ۲ ماده ۵ اساسنامه، مقررات مربوط به تعریف تجاوز و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن تصویب شده باشد. بدین ترتیب،

وظیفه تعریف جنایت تجاوز، عناصر آن و شروط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به این جرم، به اجلاس بازنگری محول شد که هر هفت سال یکبار بعد از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه تشکیل می‌شود.

نخستین اجلاس بازنگری از تاریخ ۳۱ می تا ۱۱ جون ۲۰۱۰ در شهر کامپالا در کشور اوگاندا تشکیل شد که ضمن تعریف جنایت تجاوز و تعیین عناصر آن، شروط اعمال صلاحیت دیوان را نیز مشخص ساخته است. باوجوداین، اجرای اصلاحات به‌عمل آمده در خصوص جنایت تجاوز در اساسنامه روم به سال ۲۰۱۷ موکول شده است. قطعنامه مربوط به تعریف تجاوز، عناصر آن و شروط آن با اجماع دولت‌های حاضر به تصویب رسیده، اما تصویب آن منجر به واکنش‌های گسترده‌ای شده است. آن نویسندگان حقوق کیفری بین‌المللی از پذیرفتن تعریف تجاوز و تعیین شروط اعمال صلاحیت دیوان بر آن از مهم یاد می‌کنند. بانکیمون رئیس عمومی سازمان ملل متحد از آن به‌عنوان یک توافق تاریخی یادکرد و آن را پایان عصر مصونیت و آغاز فصل مسئولیت‌پذیری در عرصه جهانی دانسته است. بسیاری از کشورهای جهان نیز از تعریف تجاوز حمایت کرده‌اند. در مقابل، برخی سازمان‌های غیردولتی بعد از توافق کامپالا اعلام کرده‌اند که این موافقت‌نامه شکاف بین دولت‌ها را عمیق کرده، منافذی برای ترک مسئولیت‌پذیری به‌جا گذارد.

به اعتقاد تمامی صاحب‌نظران، تعریف جنایت تجاوز و شروط اعمال صلاحیت دیوان از پیچیدگی‌های اساسنامه روم محسوب می‌شود و رسیدگی به این جرم، مشکلاتی را برای دیوان بین‌المللی جزای ایجاد می‌کند. دستیابی به موافقت‌نامه کامپالا نتیجه کارهای مقدماتی فراوانی بوده که در دهه‌های گذشته صورت گرفته و گام مهمی در تکمیل اساسنامه رم به شمار می‌رود. در اولین اجلاس بازنگری، دولت‌های غیر عضو، نظیر ایالات‌متحده امریکا و سازمان‌های غیردولتی نیز بدون حق رأی حضور داشتند. همان‌گونه که گفته شد، اجرای عملی مفاد موافقت‌نامه کامپالا به سال ۲۰۱۷ و تصویب اصلاحات از سوی ۳۰ کشور عضو اساسنامه دیوان موکول شده است.

به عبارت دیگر، مجمع دولتهای عضو اساسنامه، صلاحیت ایستای دیوان را پذیرفته‌اند و پویایی این صلاحیت را به سال ۲۰۱۷ موکول ساخته‌اند. به نظر می‌رسد آنچه در متن اصلاحیه اساسنامه آمده است ماحصل منشور ملل متحد، منشور لندن، منشور توکیو و قطعنامه ۳۳۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد است. دیوان تنها زمانی نسبت به جنایت تجاوز اعمال صلاحیت خواهد کرد که این جنایت یک سال بعد از تصویب یا پذیرش اصلاحات توسط ۳۰ کشور ارتکاب یافته باشد (بند ۲ ماده ۱۵ مکرر ۲). دیوان می‌تواند مطابق با این ماده و منوط به تصمیم گرفته‌شده بعد از اول جنوری ۲۰۱۷ توسط همان اکثریتی از دولتهای عضو که برای پذیرش اصلاحات در اساسنامه لازم است، صلاحیت خود را اعمال کند. (بند ۳ ماده ۱۵ مکرر ۲)

عقیده بر آن است که جنایت تجاوز، شدیدترین و خطرناک‌ترین شکل استفاده غیرقانونی از زور است و مادر سایر جنایات بین‌المللی شناخته می‌شود. در نتیجه پیش‌بینی جنایت تجاوز در اساسنامه دیوان مطلوب به نظر می‌رسد؛ زیرا جنبه پیشگیرانه دارد و اطمینان خاطر ایجاد می‌کند که این جرم بدون مجازات رها نخواهد شد اما تا چه حد این تحول در پیشگیری از استفاده از زور نامشروع مؤثر خواهد بود؟ زمان این موضوع را روشن خواهد کرد. ممنوعیت جنگ تجاوزکارانه البته یک مفهوم قدیمی است که از سال ۱۹۲۸ در پیمان بریان کلوگ و در ۱۹۴۵ در منشور ملل متحد گنجانده شده بود و در دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو بعد از جنگ جهانی دوم نیز مورد تعقیب قرار گرفت؛ اما در رم، اساسنامه، آن را موکول به شرایطی کرد.

گفتار اول: مفهوم و مصادیق جنایت تجاوز

قطعنامه‌ی مصوب اجلاس بازنگری کامپالا در خصوص تجاوز، دارای دو بخش عمده است که تحت عناوین ماده‌ی ۸ مکرر (تعریف جنایت تجاوز) و ماده‌ی ۱۵ مکرر (نحوه‌ی اعمال صلاحیت دیوان) تنظیم شده است. در جریان اجلاس بازنگری یک ماده (۳) ۱۵ مکرر نیز در خصوص اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایت تجاوز در

موارد ارجاع پرونده از سوی شورای امنیت به تصویب رسید و طبق قطعنامه‌ی مصوب اجلاس بازنگری کامپالا، اعمال صلاحیت بالفعل دیوان در خصوص جنایت تجاوز به اتخاذ تصمیم و موافقت اکثریت دولت‌های عضو، به همان نصابی که برای تصویب اصلاحیه‌های اساسنامه روم لازم است، موکول شده است؛ تصمیمی که باید پس از یکم جنوری سال ۲۰۱۷ م اتخاذ شود. (پور خاقان، ۱۳۸۹: ص ۵۳۲) قطعنامه‌ای که در اجلاس بازنگری و در یازدهمین نشست مقدماتی موردپذیرش عام نمایندگان دولت‌های عضو قرار گرفت، محتوای مفاد آن، مسائل مختلفی را مطرح می‌نماید، در پاسخ به تحولات حقوق بین‌الملل و نیز حقوق جزای بین‌المللی، قسمت‌هایی از مقررات قطعنامه، خصوصاً تعریف جنایت تجاوز و عمل تجاوزکارانه انعکاسی از اشکال سنتی روابط بین دولت‌ها است، یا در زمینه‌ی نحوه‌ی اعمال صلاحیت دیوان، بسیاری از دولت‌ها نسبت به نقش شورای امنیت در احراز وقوع عمل تجاوزکارانه و احتمال به بن‌بست رسیدن فرآیند رسیدگی جزای دیوان و غیره، نگرانی‌هایی را ابراز داشته‌اند.

۱-۱- در ماده‌ی ۸ مکرر مندرج در ضمیمه‌ی اول قطعنامه

در اجلاس بازنگری کامپالا راجع به تعریف جنایت تجاوز و مصادیق آن توافق‌هایی صورت گرفت که نسبت به مسئله‌ی نحوه‌ی اعمال صلاحیت که در ماده ۱۵ مکرر (15Bis) و ماده‌ی ۱۵ مکرر مکرر (15Ter) قطعنامه آمده است با چالش‌های کمتری مواجه بوده است. در مورد تعریف تجاوز در اجلاس کامپالا این نکته قابل ذکر است که این تعریف ارتباط نزدیکی با شرایط اعمال صلاحیت دیوان بر این جنایت دارد، به طوری که می‌تواند گفت تعریف تجاوز و شرایط اعمال صلاحیت دیوان بر آن ذاتاً باهم پیوند دارند. از یک‌سو، با توجه به تعاریف متعددی که قبل از اجلاس کامپالا از تجاوز به عمل آمده بود. این نکته به دست می‌آید که در همه‌ی تعاریفی که قبل از این از تجاوز شده بود در دو ویژگی با جنایت تجاوز اتفاق نظر وجود داشت: اول این که

جنایت تجاوز جنایت رهبران است. دوم این که باید نیروی نظامی یا حمله‌ی نظامی مورد بحث در خصوص تجاوز آشکارا مغایر یا ناقض مقررات منشور سازمان ملل متحد باشد. از طرف دیگر، عناصری که در مورد آن‌ها اختلاف وجود داشت عبارت بودند از:

- هدف حمله‌ی مسلحانه چه باید باشد؟ تمامیت سرزمینی، سیاسی، حاکمیتی، اقتصادی و...؟ یقیناً هیچ تجاوزی بدون نقض تمامیت سرزمینی دولت مورد حمله نمی‌تواند وجود داشته باشد؛

- رفتار مادی مرتکب تجاوز نیز مورد بحث بود که با عبارات طراحی، تدارک، آغاز و اجرا کردن راجع به حمله‌ی مسلحانه ذکر شده بود؛

- سومین عنصر مورد اختلاف در خصوص چگونگی تعریف اقدام دولت (نه فرد) بوده است که آیا باید هر اقدام توسل به زور را دربر گیرد یا صرفاً جنگ تجاوزکارانه را؟

- چهارمین عنصر مورد اختلاف در خصوص کیفیت، کمیت، ابعاد و اهمیت، گستره، شدت نیروی نظامی و حمله‌ی مسلحانه بود. (آل کجفاف و اختری، ۱۳۹۰: ص ۲۴۴) با توجه به این مشکلات حقوقی مفهومی، به نظر می‌رسد جوهره‌ی این جنایت یک حمله‌ی مسلحانه‌ی تجاوزکارانه ارتكابی توسط یک دولت نسبت به تمامیت سرزمینی دولت دیگر است.

لازم به ذکر است که مسائل مربوط به اقدامات تجاوزکارانه از جنگ جهانی اول تا اجلاس بازنگری کامپالا در معاهداتی از جمله معاهده‌ی ورسای، میثاق جامعه‌ی ملل، معاهده‌ی بریان کلوگ، منشور نورنبرگ و توکیو و قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مقرر شده بود. در کمیسیون کاری ویژه در خصوص بررسی پیش‌نویس مربوط به جنایت تجاوز نیز عمل تجاوزکارانه از جنایت تجاوز تفکیک شده بود. منشأ این تفکیک به طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد تعریف تجاوز که به قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ منجر شد، برمی‌گردد. اختلاف نظر در کمیسیون کاری ویژه بر روی این مسئله بود که عده‌ای معتقد بودند که مبنای تعریف تجاوز باید قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ مجمع عمومی باشد. در حالی که عده‌ای دیگر این را مبنا نمی‌دانستند. در نهایت قطعنامه‌ی ۳۳۱۴

مبنا قرار گرفت. البته در خصوص چگونگی ارجاع به قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ اختلاف نظر وجود داشت و سرانجام ارجاع به شیوه‌ی مستقیم و با اشاره به مواد ۱ و ۲ قطعنامه مورد پذیرش قرار گرفت. در خصوص این که آیا هر عمل تجاوزکارانه‌ای ضرورتاً منجر به جنایت تجاوز می‌شود این پاسخ داده شد که عمل تجاوزکارانه‌ای ضرورتاً منجر به جنایت تجاوز می‌شود که دارای چنان ماهیت، شدت و گستردگی باشد که منجر به نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد گردد.

در عین حال، تعریف عمل تجاوزکارانه که در ماده ۸ مکرر بیان شده است نیز مشابه تعریف مقرر در قطعنامه تعریف تجاوز مجمع عمومی سال ۱۹۷۴ است. در قطعنامه‌ی پایانی اجلاس کامپالا، دولت‌های عضو دیوان با اضافه کردن ماده‌ی ۸ مکرر به اساسنامه، آن را به تعریف جنایت تجاوز اختصاص داده‌اند. قطعنامه‌ی مصوب مجمع دولت‌های عضو، همانند قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی سازمان ملل متحد، تعریف مرکب از تجاوز ارائه می‌دهد؛ یعنی تعریف کلی از تجاوز به همراه فهرستی از اقدامات ممنوع را شامل می‌شود در قسمت دوم بند ۲ ماده‌ی ۸ مکرر نیز به صورت تمثیلی اقدامات تجاوزکارانه ذکر شده است و می‌تواند گفت که تعریف ماده‌ی ۸ مکرر قطعنامه‌ی کامپالا برگرفته از چهار منبع ذیل است:

ماده‌ی ۶ منشور نورنبرگ، بند یک ماده‌ی ۵ منشور توکیو، ماده‌ی ۲ و ۳۱ منشور سازمان ملل متحد، به علاوه بخش عمده‌ی آن نیز برگرفته از قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد است. دلیل این امر نیز این بود که مجمع دولت‌های عضو خواسته از اختلافات پیرامون تعریف تجاوز دوری شود و حقوق بین‌الملل عرفی را نهادینه نماید هرچند دارای برخی ابهامات است که نیاز به کندوکاو بیشتری دارد.

۱-۲- تعریف جنایت تجاوز مطابق ماده‌ی ۸ مکرر

در ماده‌ی ۸ مکرر (بند اول) قطعنامه، در مورد تعریف جنایت تجاوز مقرر شده است که: «باهداف این اساسنامه، «جنایت تجاوز» یعنی طراحی، تدارک، آغاز یا اجرای عمل

تجاوزکارانه توسط هر فردی در هر موقعیتی که قادر به کنترل یا هدایت اقدام سیاسی یا نظامی یک دولت باشد و به دلیل ماهیت، شدت و گستردگی، مصداق آشکاری از نقض منشور سازمان ملل متحد باشد».

تعریف فوق برخی مسائل بحث‌برانگیز را مطرح می‌نماید. در تعریف جنایت تجاوز، خصوصاً در مورد مشارکت افراد با توجه به ماده‌ی ۲۵ اساسنامه‌ی دیوان، مفهوم مشارکت فعال باعث نادیده گرفتن افراد تأثیرگذار و حتی بوروکراتها در دولت‌هایی می‌شود که دارای سیستم تصمیم‌گیری بوروکراتیک هستند. (Schuster, 2003, P.21)

بنابراین، علاوه بر افراد رده‌بالای حکومتی، بسیاری از افراد در سطوح متفاوت و نیز برخی از نهادها و مؤسسات درگیر در تصمیم‌گیری‌های سیاسی و اقتصادی را نیز می‌تواند در نظر داشت. البته شناسایی همه‌ی این افراد و نهادها و رسیدگی به جنایت همه‌ی افراد درگیر در قضیه با توجه به ماهیت سیاسی جنایت تجاوز و مواضع سرسختانه‌ی برخی از دولت‌ها در تحویل افراد متهم به جنایت مزبور به‌سادگی امکان‌پذیر نخواهد بود.

همچنین در تعریف مزبور، چهار نوع از اشکال مشارکت: طراحی، تدارک، آغاز و اجرای عمل تجاوزکارانه آمده است. سه اقدام اول مطابق متن ماده‌ی ۶(الف) منشور نورنبرگ است و صرفاً «اجرای عمل تجاوزکارانه» در متن ماده‌ی ۸ مکرر جایگزین عبارت «مبادرت به جنگ» شده است که در منشور دادگاه نظامی بین‌المللی مقرر شده بود. رفتارهای جزای مطرح‌شده فوق به‌سادگی قابل‌شناسایی نیست و می‌تواند رشته‌ی وسیعی از فعالیت‌های اقتصادی یا سیاسی را در برگیرد در بسیاری از دولت‌ها، فعالیت‌های غیرقانونی حکومتی به‌صورت فعال توسط افراد رده‌بالای حکومتی انجام نمی‌شود، در برخی از موارد، افراد رده‌ی پایین، یا حتی گروه‌های غیردولتی معمولاً در این رابطه بیشترین نقش را ایفا می‌نمایند، برای نمونه، بسیاری از اقدامات می‌تواند به‌عنوان عمل تجاوزکارانه تلقی گردد که به‌وسیله‌ی افراد ارشد انجام نمی‌گیرد یا در

برخی از موقعیت‌های جنگی، افراد رده‌بالای بخش حکومت، بخش‌های خصوصی یا گروه‌های مسلح غیررسمی را برای اعمال تجاوزکارانه به کار می‌گیرند. علاوه بر این، جنایت تجاوز مطابق با این تعریف تنها توسط رهبران سیاسی و نظامی می‌تواند ارتکاب یابد و بدین ترتیب، این جنایت را در زمره‌ی «جنایت رهبران» قرار داده است. از این جهت، جنایت تجاوز متفاوت از سایر جنایات تحت صلاحیت اساسنامه‌ی روم است؛ چراکه جنایات جنگی، جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی این محدودیت را در رابطه‌ی با مرتکبان جنایات تحت صلاحیت دیوان ندارد. (کی ارسلان، ۱۳۹۰: ص ۵۰) البته هر عمل تجاوزکارانه‌ای منجر به جنایت تجاوز نمی‌شود، بلکه باید به‌منزله نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد باشد و اعمالی که در قالب دفاع مشروع و با مجوز شورای امنیت انجام می‌شود توسط دیوان قابل‌پیگیری نیستند، اگر عمل مزبور توسط شورای امنیت اجازه داده شود یا بر اساس ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد مجاز باشد، می‌تواند به‌منزله‌ی اقدامات مشروع تلقی شود. در عین حال، بر مبنای تعریف مقرر شده در قطعنامه‌ی مصوب دو شرط «نقض منشور» و «نقض آشکار» باید صورت گیرد تا بتوان آن را اقدام تجاوزکارانه تلقی نمود. سؤالی که مطرح می‌شود این است که کدام‌یک از اعمال تجاوزکارانه نقض منشور سازمان ملل متحد است؟ (Glennon, 2010, pp.98-100)

افزون بر این، شرط دیگر مقرر در بند یک ماده‌ی ۸ مکرر آن است که عمل تجاوزکارانه همان‌گونه که در بند ۲ تعریف می‌شود می‌بایست با توجه به ماهیت، شدت و گستردگی‌اش نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد را تشکیل بدهد. این آستانه‌ی کاربرد نیروی مسلح، نه در منشور و نه در قطعنامه‌ی تعریف تجاوز میان دولت‌ها قید نگردیده است. این رویه، مشابه شیوه‌هایی است که دیوان بین‌المللی قضایی در قضیه‌ی نیکاراگوئه و سکوه‌های نفتی به کار گرفت. دیوان در آن قضایا تصریح نمود که: جهت کاربرد نیروهای نظامی به‌عنوان دفاع مشروع می‌بایست حتماً سطح معینی از حمله‌ی

مسلحانه وجود داشته باشد. چنین شیوه‌های را دیوان بین‌المللی قضایی در قضیه‌ی فعالیت‌های مسلحانه در کنگو نیز به کاربرد.

۱-۳- مصادیق جنایت تجاوز مطابق ماده‌ی ۸ مکرر

در مورد تعریف عمل تجاوزکارانه در ماده ۸ مکرر بند ۲ مقرر شده است که: «در راستای بند ۱ «عمل تجاوزکارانه» به معنای استفاده از نیروی مسلح توسط یک دولت علیه حق حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت دیگر یا هر شکل دیگری که با منشور سازمان ملل متحد ناسازگار باشد. هر یک از اعمال زیر، صرف‌نظر از اعلام جنگ، مطابق با قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴، نوعی عمل تجاوزکارانه محسوب می‌شود».

قسمت اول بند دوم ماده‌ی ۸ مکرر که استفاده از نیروی مسلح را به هر طریقی مغایر با منشور سازمان ملل متحد برای تحقق جنایت تجاوز کافی دانسته، اعتبار بخشیدن به منشور است. همین‌طور این قید هرگونه حمله و تهاجم را که در جهت دفاع مشروع از خود صورت می‌گیرند از شمول تجاوز مستثنا می‌سازد. ماده‌ی ۸ مکرر هم‌چنین قید «صرف‌نظر از اعلان جنگ» را از منشور توکیو اقتباس کرده تا بهانه از کسانی که ممکن است بدون اعلان رسمی جنگ دست به اقدامات تجاوزکارانه موضوع آن ماده بزنند، گرفته شود.

قسمت دوم بند دوم ماده‌ی ۸ مکرر نیز به‌صورت تمثیلی اقدامات تجاوزکارانه را برمی‌شمرد که عبارت است از: «هرگونه حمله، تهاجم، اشغال نظامی (هرچند موقت)، یا انضمام سرزمین یک دولت به‌دولت دیگر با استفاده از زور، بمباران یک دولت توسط دولت دیگر، محاصره‌ی بندرها، حمله‌ی زمینی، دریایی، یا هوایی، اجازه‌ی از یک دولت برای استفاده از خاک آن دولت توسط دولت دیگر برای حمله به یک دولت ثالث و اعزام دسته‌ها، گروه‌ها، نیروهای شبه‌نظامی یا مزدوران مسلح (توسط یا از جانب یک دولت) به‌منظور انجام عملیات مسلحانه علیه دولت دیگری با چنان شدتی که در زمره‌ی

اعمال مذکور در بالا باشد، یا درگیر شدن جدی آن دولت در این اقدامات» (آقای جنت‌مکان، ۱۳۹۰: ص ۱۷۰) بند ۳ از عناصر جنایت موضوع ماده‌ی ۸ مکرر نیز در تبیین تجاوز مقرر می‌دارد: «عمل تجاوزکارانه از طریق استفاده از نیروی مسلح توسط یک دولت علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت دیگر، یا به هر وسیله‌ی دیگر مغایر با منشور سازمان ملل متحد ارتکاب یابد». بند نخست از مقدمه‌ی عناصر جنایت تجاوز (ضمیمه‌ی دوم) نیز بیان می‌دارد: «تفاهم بر آن است که هرکدام از اعمال مذکور در بند ۲ ماده‌ی ۸ مکرر به‌عنوان یک عمل تجاوزکارانه شناخته می‌شود». (آقای جنت‌مکان، ۱۳۹۰: ص ۱۷۱) مقرر فوق مشابه تعریف به‌کاررفته در ماده‌ی اول قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی است. به‌گونه‌ای که در اجلاس بازنگری در خصوص تعریف عمل تجاوزکارانه موافقت شد که قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مصوب ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ مینا قرار گیرد. البته سیاق این تعریف توسط بسیاری از مفسران مورد انتقاد قرار گرفته است. در اینجا نقش بازیگران غیردولتی در ارتکاب عمل تجاوزکارانه نادیده گرفته شده است که هم‌اکنون نقش مهمی را در زمینه‌ی ارتکاب اعمال تجاوزکارانه در سطح بین‌المللی یا به‌صورت مستقل یا با هدایت برخی از حکومت‌ها ایفا می‌نمایند، برای نمونه گروه‌های فراملی یا داخلی؛ مانند گروه‌هایی که در جنگ داخلی سیرالئون و جنگ‌های یوگسلاوی مشارکت داشتند، بازیگران اصلی مخاصمات بودند که دولتی نبودند و در قلمرو این تعریف قرار نمی‌گیرند. هم‌چنین تعریف مزبور اعمال سازمان‌های بین‌المللی را در بر نمی‌گیرد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود مشکل ایجاد تعریفی است که بتواند در موقعیت‌های گسترده به کار رود. تعریف باید جامع و مانع باشد تا افراد بدانند که چه اعمالی ممنوع است تا اعمال متنوع گسترده‌ای که ممکن است در آینده رخ دهد و تاکنون محکوم نشده است را در برگیرد. هم‌چنین تعریف باید نقض ممنوعیت استفاده از زور مندرج در ماده ۲(بند ۴) منشور سازمان ملل متحد را که به‌عنوان جنایت تجاوز است، شامل شود. ([http:// www.iccnw.org](http://www.iccnw.org)) بدین ترتیب، تعریف مزبور روابط بین

دولت‌ها را در زمینه‌ی ارتکاب اعمال تجاوزکارانه منعکس می‌نماید که با تحولات کنونی حقوق بین‌الملل سازگاری چندانی ندارد. البته این نکته را بایستی در نظر داشت که تعریف مطرح‌شده در قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ مجمع عمومی می‌تواند به‌عنوان ابزاری مهم جهت احراز وقوع اعمال تجاوزکارانه مورد استفاده‌ی شورای امنیت یا ارگانهای دیگر قرار گیرد در ماده‌ی ۴ قطعنامه‌ی مزبور نیز علاوه بر ذکر برخی اقدامات تجاوزکارانه به‌صورت غیر حصری مقرر در ماده ۳، شورای امنیت می‌تواند برخی از اعمال تجاوزکارانه را که در فهرست قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی نیامده است به‌عنوان اقدام تجاوزکارانه مورد شناسایی قرار دهد، با توجه به این‌که در بند ۲ ماده‌ی ۸ مکرر به‌صراحت مقرر گردیده است که قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ به‌عنوان منبع احراز اقدام تجاوزکارانه تلقی می‌گردد و با توجه به غیر حصری بودن اقدامات تجاوزکارانه (طبق ماده‌ی ۴ قطعنامه‌ی ۳۳۱۴) می‌توان گفت که این موضوع به لحاظ حقوق جزای ایراد دارد، چراکه با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها مغایرت دارد و حداقل این‌که در حقوق داخلی می‌بایست فهرست اعمال قابل مجازات به‌وضوح، احصا و تعریف شود تا جایی برای تفسیر قاضی باز نگذارد، اما مسئله‌ای که وجود دارد این است که بحث قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها هنوز در حقوق بین‌الملل به‌مانند حقوق داخلی نهادینه نشده است. (کی ارسلان، پیشین: ص ۵۲) علاوه بر این، در خصوص احراز اقدامات تجاوزکارانه توسط شورای امنیت در بسیاری از موارد، شورا به دلیل ملاحظات سیاسی و فضای حاکم بر روابط بین‌الملل از شناسایی اعمال تجاوزکارانه خودداری نموده و حتی آن‌ها را نقض صلح یا تهدید صلح به شمار آورده است. از طرف دیگر، قطعنامه‌ی تعریف تجاوز مجمع عمومی نیز بیشتر جنبه‌ی رهنمود و توصیه برای شورا داشته و کمتر مورد استفاده قرار گرفته است.

بنابراین تعریف عمل تجاوزکارانه به‌کاررفته در قطعنامه‌ی کامپالا به عقیده برخی از صاحب‌نظران، مدل و ستفالیایی دولت-ملت‌ها را به تصویر می‌کشد که با واقعیت‌های کنونی در روابط بین‌الملل سازگاری چندانی ندارد. (Craw and Misik, 2010,)

47 (P.) از این رو، همان ایراداتی که به تعریف جنایت تجاوز در قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ سازمان ملل متحد وارد بود در اینجا نیز وجود دارد؛ از جمله تکرار مطالبی در تعریف که ضرورت نداشته است. تعریف مندرج در بند ۲ ماده ۸ مکرر عنصر غیرقانونی بودن را در بر ندارد و بنابراین، هرگونه اقدام نظامی در مقام دفاع مشروع نیز می‌تواند مشمول این تعریف قرار گیرد. به علاوه، در تعریف تنها به کارگیری نیروهای مسلح اشاره شده و بنابراین، شامل سایر اشکال تجاوز نمی‌گردد. برخی که می‌خواستند جرم انگاری تجاوز را به اعمال تجاوزکارانه از سوی هویت‌های غیردولتی (نظیر گروه‌های مسلح شورشی، سازمان‌یافته، جنبش‌های آزادی‌بخش و نظایر آن) علیه یک دولت توسعه دهند این امکان را نیافتند. هم‌چنین نسبت به مصادیق جدید تجاوز هیچ پیش‌بینی خاصی به عمل نیامده است؛ مثل انجام حملات سایبری به تأسیسات یک دولت به منظور ناکارآمد کردن بخش‌های نظامی یا اقتصادی یک دولت که البته موضوع حملات سایبری می‌بایست در معاهده‌ی بین‌المللی دیگری جرم انگاری گردد تا به‌عنوان یکی از مصادیق حمله‌ی مسلحانه یا تجاوز قلمداد شود. بدین ترتیب فهرست اقدامات تجاوزکارانه عیناً از قطعنامه‌ی ۳۳۱۴ مجمع عمومی گرفته‌شده و وظیفه‌ی تفسیر آن‌ها به عهده‌ی دادگاه محول گردیده تا مشخص کند که آیا عبارت بند ۲ ماده‌ی ۸ مکرر جایی برای توسعه‌ی تجاوز به سایر اعمال تجاوزکارانه باقی می‌گذارد یا خیر؟

بدین ترتیب، استثناء نمودن بازیگرانی چون سازمان‌های تروریستی، گروه‌های انقلابی یا شاخه‌های جدایی‌طلب رقیب با تعریف مقرر در قطعنامه منطبق نیست و این امر باهدف تأسیس دیوان جزای بین‌المللی نیز متناقض است که بایستی به محاکمه‌ی مرتکبان چنین جنایاتی پردازد بنابراین نقش فزاینده‌ی بازیگران غیردولتی در قلمرو صلح و امنیت بین‌المللی در ارتباط با چالش‌های معاصر حقوق بین‌الملل جزای از دید مجمع دولت‌های عضو دیوان پنهان مانده است. (Anderson, 2010, P.421) به‌طور کلی تعریف به‌کاررفته در قطعنامه‌ی کامپالا هرچند هنوز نشانه‌هایی از مدرنیته را دارد، اما هنوز هم چنان محافظه‌کارانه است؛ زیرا این تعریف هرچند مسئولیت جزای

فردی را از مفهوم سنتی «جنگ تجاوزکارانه» به «اعمال تجاوزکارانه» مذکور در ماده‌ی ۸ مکرر توسعه می‌دهد، اما مفهوم تجاوز هنوز به خشونت بین دولت‌ها اختصاص دارد.

گفتار دوم: عناصر و ویژگی جنایت تجاوز

جنایت تجاوز به‌عنوان یک جنایت بین‌المللی واجد عناصر سه‌گانه‌ی قانونی، مادی و روانی است. عنصر قانونی جنایت تجاوز ماده‌ی ۸ مکرر به همراه عناصر جنایات موضوع ماده‌ی فوق است که بر همین اساس در ادامه به‌اختصار به تحلیل دو عنصر مادی و روانی جنایت تجاوز پرداخته می‌شود:

۱-۱- عنصر مادی جنایت تجاوز

بند یک ماده‌ی ۸ مکرر اساسنامه در تبیین عنصر مادی مقرر می‌دارد: «جنایت تجاوز یعنی هرگونه طراحی، تدارک، آغاز یا اجرای یک عمل تجاوزکارانه». بند ۱ عناصر جنایات در ضمیمه‌ی دوم از اصلاحات ماده‌ی ۸ نیز مقرر می‌دارد: «مرتکب یک عمل تجاوزکارانه را طراحی، تدارک، آغاز یا اجرا کرده باشد». اعمال تجاوزکارانه نیز اعمالی هستند که در قسمت دوم بند ۲ ماده‌ی ۸ به روش تمثیلی احصا شده‌اند. (Kreb, 2010, P.1991) بنابراین، به نظر می‌رسد عنصر مادی جنایت تجاوز عبارت است از: طراحی، تدارک، آغاز یا اجرای یکی از اقدامات دارای کیفیات تجاوزکارانه‌ی مذکور در قسمت دوم ماده‌ی ۸ مکرر. ماده‌ی مزبور هفت مورد را بیان کرده است که اقدامات دارای کیفیات تجاوزکارانه هستند. در ماده‌ی فوق، شروع به اجرای هر یک از اقدامات دارای کیفیات تجاوزکارانه نیز برای تحقق جنایت تجاوز کافی دانسته شده است. از این‌رو، هرکس با انجام یکی از شیوه‌های چهارگانه برای تحقق اقدامات دارای کیفیات تجاوزکارانه تلاش کند «متجاوز» شناخته می‌شود. شیوه‌های چهارگانه‌ی فوق دقیقاً از منشور دادگاه نورنبرگ و توکیو اقتباس شده‌اند؛ زیرا جنایات علیه صلح نیز از طریق «طراحی، تدارک، آغاز یا به اجرا درآوردن» تحقق می‌یافتند. البته در اسناد بالا،

«مشارکت در طرح یا تبانی برای ارتکاب این جنایت» نیز می‌توانست به تحقق جنایات علیه صلح منجر شود که در قطعنامه‌ی مصوب کامپالا پیش‌بینی نشده است. هنگام مذاکرات رم، در مورد این‌که آیا امکان شروع به جنایت تجاوز وجود دارد یا خیر، تردید وجود داشت؛ اما ماده‌ی ۸ شروع به اقدام تجاوزکارانه را نیز پذیرفته است. تمام مصادیق مذکور در بند یک و دو ماده‌ی ۸ مکرر از نوع فعل مادی مثبت هستند؛ اما برخی نویسندگان حقوق کیفری بین‌المللی بر این عقیده هستند که ارتکاب جنایت تجاوز از طریق ترک فعل نیز امکان‌پذیر است. (کیتی شیایزری، ۱۳۹۱: ص ۳۲۴) دیوان نظامی امریکا در پرونده‌ی فرماندهی عالی هم‌چنین تأیید کرد که در برخی اوضاع واحوال، ترک فعل یا عدم اقدام نیز ممکن است همانند «مشارکت فعال» موجبات مسئولیت کیفری اشخاص را فراهم سازد. (آقای جنت‌مکان، ۱۳۸۶: ص ۲۵) رأی دیوان در این زمینه چنین بوده است: «چنان‌چه... بعدازآن که طراحی، سیاست آغاز و اجرای جنگ تجاوزکارانه شکل می‌گرفت و تدوین گردید، متهم می‌دانسته که تجاوزات و جنگ‌های برپاشده، تجاوزکارانه و غیرقانونی بوده... چنان‌چه وی در سطحی از تصمیم‌سازی سیاسی قرار داشته که بتواند مانع از ادامه‌ی چنین برنامه یا سیاستی شود و از انجام چنین کاری خودداری ورزد، مسئولیت کیفری خواهد داشت». (کیتی شیایزری، پیشین: ص ۳۲۵)

۱-۲- عنصر روانی جنایت تجاوز

عنصر روانی لازم برای جنایت تجاوز، عبارت از قصد به همراه علم. این همان چیزی است که ماده‌ی ۳۰ اساسنامه‌ی دیوان جزای بین‌المللی نیز بر آن تأکید دارد. ماده‌ی ۳۰ به‌جز در موارد استثنایی، قصد و علم را همراه با عنصر مادی جنایات بین‌المللی ضروری می‌داند؛ بنابراین، برای ارتکاب جنایت تجاوز و اقدامات تجاوزکارانه وجود قصد و عمد به همراه آگاهی از این اعمال ضروری است. بند ۴ از عناصر جنایت تجاوز از ضمیمه‌ی دوم اصلاحات عناصر جنایات ماده‌ی ۸ مکرر به

وجود آگاهی از اقدامات تجاوزکارانه اشاره کرده، مقرر می‌دارد: «مرتکب از شرایط و اوضاع و احوال واقعی که مغایرت چنین استفاده‌ای، از یک نیروی مسلح را با منشور سازمان ملل متحد مسلم می‌دارد، آگاهی داشته باشد». البته بند ۲ مقدم عناصر جنایت تجاوز موضوع ماده‌ی ۸ مکرر، ارزیابی قانونی را ضروری ندانسته و مقرر می‌دارد: «لازم نیست ثابت شود که مرتکب راجع به این که آیا استفاده از نیروی مسلح با منشور سازمان ملل متحد مغایر بوده یا خیر، ارزیابی قانونی داشته است». بند ۴ نیز اضافه می‌کند: «لازم نیست ثابت شود که مرتکب یک ارزیابی قانونی راجع به ماهیت نقض «آشکار» از منشور سازمان ملل متحد داشته است». رویه‌ی قضایی بین‌المللی نیز علم و آگاهی را به‌عنوان اجزای عنصر روانی جنایت تجاوز مورد تأیید قرار داده است. (کیتی شیایزری، پیشین: ص ۳۲۵) برای نمونه، دادگاه نظامی ایالات متحده در پرونده‌ی فرماندهی عالی و نیز دادگاه توکیو در پرونده‌ی هاشیموتو وجود قصد و آگاهی نسبت به اعمال انجام‌شده را مورد تأیید قرار داده‌اند. بند ۶ عناصر جنایات مندرج در ماده‌ی ۸ مکرر مقرر می‌دارد که: مرتکب نیز از اوضاع و احوال واقعی که چنین نقض آشکار (Manifest) منشور سازمان ملل متحد را مسلم می‌دارد آگاهی داشته باشد. بند ۳ از مقدمه‌ی عناصر جنایات ماده ۸ مکرر نیز اضافه کرده است که: اصطلاح «آشکار» یک ضابطه‌ی عینی است.

برخی حقوق‌دانان برجسته‌ی بین‌المللی عقیده دارند که جنایت تجاوز، علاوه بر قصد عام، نیازمند قصد خاص است؛ یعنی قصد گرفتن سرزمین یا مزایای اقتصادی و یا دخالت در امور داخلی دولت مورد تجاوز (کسسه، ۱۳۸۷: ص ۱۴۰) به نظر می‌رسد این مطلب، عقیده‌ی درستی نباشد؛ زیرا صرف‌نظر از مواردی که مشروع است نظیر دفاع مشروع یا اقدام بر اساس اجازه‌ی شورای امنیت در سایر موارد، به محض وقوع تجاوز، جنایت محقق است و نیازی به قصد خاص نیست.

۱-۳- ویژگی جنایت تجاوز و مرتکبان آن

قطعنامه‌ی اجلاس بازنگری، علاوه بر تعیین عناصر جنایت تجاوز، دو مسئله‌ی دیگر را نیز مورد توجه قرار می‌دهد: اول، معیارهایی برای تشخیص و احراز جنایت تجاوز مقرر می‌دارد و دوم، معیارهایی برای شناسایی مرتکبان جنایت تجاوز مشخص می‌سازد. در تعیین معیارهای تشخیص تجاوز بند ۵ از عناصر جنایات ماده‌ی ۸ مقرر داشته است: «عمل تجاوزکارانه به لحاظ ماهیت، شدت و گستردگی‌اش، یک نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد به شمار می‌رود».

ظاهراً بنا به پیشنهاد ایالات متحده امریکا بندهای ۶ و ۷ تحت عنوان «سایر تفاهم‌ها» نیز به‌ضمیمه‌ی سوم قطعنامه اضافه شده که به‌خوبی ویژگی‌های جنایت تجاوز را تبیین می‌کند. بند ۶ مقرر می‌دارد: «تفاهم بر آن است که جنایت تجاوز شدیدترین و خطرناک‌ترین نوع استفاده‌ی غیرقانونی از زور است و برای تعیین این‌که آیا جنایت تجاوز واقع شده یا خیر، لازم است کلیه‌ی اوضاع و احوال خاص هر پرونده، از جمله وخامت اعمال مورد نظر و نتایج آن‌ها، مطابق با منشور سازمان ملل متحد ارزیابی شود». بند ۷ نیز مقرر می‌دارد: «تفاهم بر آن است که در احراز این‌که آیا عمل تجاوزکارانه نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد به شمار می‌رود یا خیر، سه ویژگی ماهیت، شدت و گستردگی آن باید برای توجیهی تشخیص «آشکار» کافی به نظر رسد. از طرف دیگر، قطعنامه‌ی مزبور مقرر داشته است که هیچ‌یک از این ویژگی‌ها، به‌تنهایی برای توجیهی ضابطه‌ی «آشکارا» به‌اندازه‌ی کافی مهم به نظر نمی‌رسد.» (آقای جنت‌مکان، پیشین: ص ۱۷۴)

در خصوص این‌که جنایت تجاوز به‌عنوان جنایت رهبران شناخته می‌شود؛ بدین معنا است که مرتکبان این جنایت باید نسبت به تصمیم‌سازی‌های منتهی به جنایت تجاوز و نیز زیردستان خود که در عملیات تجاوزکارانه مشارکت می‌کنند، کنترل یا رهبری مؤثر داشته باشند. به‌عبارت‌دیگر، اشخاصی که به اتهام جنایت تجاوز تحت تعقیب قرار می‌گیرند، رهبران و مقامات سیاسی، نظامی و حتی اقتصادی می‌باشند. از

همان ابتدای مذاکرات اجلاس بازنگری در کامپالا، یک اجماع جدی شکل گرفت که جنایت تجاوز یک جنایت مطلق رهبریت است. ریشه‌ی این مفهوم به محاکمات نورنبرگ و توکیو برمی‌گردد که جنایت تجاوز را از سایر جنایات بین‌المللی متمایز می‌سازد. رویه‌ی قضایی دادگاه‌های مزبور به‌جای اتکا بر سمت و رتبه‌ی اشخاص در دولت‌های متبوع خود، عمدتاً بر قدرت و توانایی فرد در شکل‌دهی و سازماندهی برنامه‌های دولت خود تأکید داشتند. (کیتی شیایزری، پیشین: ۳۲۶) هم‌چنین ماده ۲ قانون شماره‌ی ۱۰ شورای کنترل (آلمان) مقرر می‌داشت: «برای این‌که فردی مرتکب جنایت تجاوزکارانه شناخته شود باید «یک سمت عالی سیاسی، دولتی یا لشکری (نظیر جنرال ستاد) در آلمان یا یکی از (دولت‌های) متحدین، هم‌پیمانان یا توابع آن دولت داشته یا دارای سمت عالی در حیات مالی، صنعتی یا اقتصادی یکی از این دولت‌ها باشد». حقوق بین‌الملل کسانی را که به اقتضای قدرت واقعی خود، خط‌مشی دولشان را تهیه کرده، شکل داده و تغییر می‌دهند یا دولت متبوع خود را به‌طرف یا در یک جنگ تجاوزکارانه هدایت می‌کنند، محکوم می‌کند. کمیسیون حقوق بین‌الملل در توضیح ماده‌ی ۱۶ پیش‌نویس قانون جنایات علیه صلح و امنیت بشری ۱۹۹۶ تأکید می‌کند که مرتکبان عمل تجاوزکارانه کسانی هستند که «قدرت یا توانایی لازم برای این‌که در یک موقعیت احتمالی، نقش قاطعی در ارتکاب تجاوز بازی کنند» را دارند. آن‌ها شامل اعضای حکومت و اشخاص دارای مناصب عالی در ارتش، مراکز دیپلماتیک، احزاب سیاسی و صنایع هستند. (کیتی شیایزری، پیشین: ص ۳۰۳)

البته می‌توان اظهار داشت که صرف داشتن سمت رسمی برای متهم ساختن شخص به جنایت تجاوز کافی نیست، بلکه علاوه بر آن شخص باید عملاً در وضعیتی باشد که بتواند کنترل مؤثر بر زیردستان خود داشته باشد. این مسئله بارها در دیوان‌های بین‌المللی اختصاصی نیز مطرح شده است. برای مثال، شعبه‌ی بدوی دیوان یوگسلاوی سابق در یکی از آرای خود (ICTY, Celebici, Judgment, Para.378) مقرر داشته است: «عاملی که می‌توان بر اساس آن مقامات مافوق را مسئول شناخت،

داشتن یا نداشتن قدرت کنترل واقعی (عملی) نسبت به اعمال زیردستان است». (آقای جنت‌مکان، پیشین: ص ۶۴)

در کمیسیون مقدماتی برای تأسیس دیوان جزای بین‌المللی نیز این مسئله که جنایت تجاوز توسط رهبران سیاسی یا نظامی ارتکاب می‌یابد، مورد حمایت قرار گرفت. همان‌گونه که پیش‌بینی می‌شد در اجلاس بازنگری بند ۳ به ماده‌ی ۲۵ اساسنامه تحت عنوان «مسئولیت کیفری فردی» اضافه گردید که ویژگی‌های مرتکبان جنایت تجاوز را مشخص می‌سازد. بند ۳ مکرر ماده‌ی ۲۵ مقرر می‌دارد: «در رابطه با جنایت تجاوز، مقررات این ماده تنها نسبت به اشخاصی اجرا می‌شود که در مقامی هستند که به نحو مؤثری کنترل یا هدایت خود را نسبت به اقدام نظامی یا سیاسی دولت اعمال خواهند کرد». بند ۲ از عناصر جنایات ماده‌ی ۸ مکرر نیز در توضیح بند فوق مقرر می‌دارد: «مرتکب شخصی است در موقعیتی که کنترل یا هدایت خود را به‌طور مؤثر بر عمل سیاسی یا نظامی دولتی که جنایت تجاوز را مرتکب شده اعمال کرده است». مفهوم مخالف ماده‌ی ۲۵(۳) مکرر این است که یک سرباز عادی که در سلسله‌ی مراتب دولت متجاوز خدمت می‌کند نمی‌تواند مطابق با ماده‌ی مذکور به‌عنوان شریک یا معاون جنایت شناخته شود.

گفتار سوم: اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایت تجاوز

۱-۱- اعمال صلاحیت دیوان بر جنایت تجاوز در ماده‌ی ۱۵ مکرر و ماده ۱۵

مکرر مکرر

باآنکه قبل از شروع کنفرانس بازنگری در خصوص تعریف جنایت تجاوز توافق کلی صورت گرفته بود، ولی یکی از مشکل‌ترین مسائل که عبارت بود از شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایت تجاوز، حل‌نشده باقی‌مانده بود. (Kreb, Op. Cit, P. 1179) که در این‌باره ده مرتبه جلسه به حالت تعلیق درآمد و سر انجام در ۱۲

جون ۲۰۱۰ به شرایط اعمال صلاحیت دیوان در مورد جنایت تجاوز توافق به عمل آمد.

در خصوص نیاز به قبول صلاحیت دیوان نسبت به دولت متجاوز دو نظریه وجود داشت: نظر اول این بود که نیازی به قبول صلاحیت دیوان نیست و مطابق این نظر پذیرش دولت متجاوز یا قربانی برای صلاحیت کافی است. این نظر با ماده‌ی ۱۲۱(۵) اساسنامه منطبق است و این امر در راستای مقابله بایی جزای است. نظر دوم مبنی بر این بود که صلاحیت دیوان باید از سوی دولت متجاوز پذیرفته شده باشد، تنها استثناء در این رابطه ارجاع شورای امنیت بود، چراکه تجاوز متفاوت از سایر جنایات نیست. این نظر منطبق با حقوق معاهدات و موافق با اصل نسبی بودن معاهدات است. نظر اول از سوی دولت‌های جهان سوم و نظر دوم از سوی اعضای دائم شورای امنیت مورد تأکید قرار گرفت. به‌طورکلی، بحث‌های بسیار جدی و پر مناقشه‌ای در کنفرانس بازنگری پیرامون شروط اعمال صلاحیت دیوان صورت گرفت؛ به‌ویژه در مورد نقش شورای امنیت در تشخیص و احراز وقوع تجاوز اختلاف نظر جدی به چشم می‌خورد. (کیتی شیایزری، پیشین: ص ۳۲۰) دو دیدگاه در این زمینه وجود داشت: اعضای دائم شورای امنیت معتقد بودند که تنها شورای امنیت بتواند دوسیه را به دیوان جزای بین‌المللی ارجاع دهد و در مقابل، دولت‌های دیگر به دنبال این بودند که بخش مقدماتی دیوان جزای بین‌المللی نیز بتواند در صورت درخواست دادستان یا ارجاع یک دولت عضو، اجازه‌ی انجام تحقیقات را در پرونده بدهد. توافقی که در نهایت صورت گرفت ترکیبی از هر دو شیوه است: «ارجاع یک دولت عضو یا شروع به تحقیقات رأساً توسط شکارنوال دیوان و ارجاع شورای امنیت». (Kreb, Op. Cit, 1188) به نظر می‌رسد پذیرش این شیوه رسیدگی یکی از موفقیت‌های بزرگ دیوان بوده است؛ زیرا دیوان توانسته استقلال خود در مقابل شورای امنیت را حفظ کند. هم‌چنین شورای امنیت از دایره‌ی اختیارات انحصاری خود فاصله گرفته و بخشی از اختیارات این نهاد

در تشخیص و احراز وقوع تجاوز که به طور سنتی و در اسناد بین‌المللی مختلف منحصراً به عهده‌ی شورا گذاشته شده بود، کاسته شده است.

۱-۲- اعمال صلاحیت دیوان در اثر ارجاع وضعیت توسط یک دولت عضو یا

دادستان

در متن قطعنامه و در ماده‌ی ۱۵ مکرر، شرایطی جهت اعمال صلاحیت دیوان بر جنایت تجاوز مطرح شده است که در مقایسه با دیگر جنایت تحت صلاحیت دیوان مندرج در ماده‌ی ۵ اساسنامه، مفاد مزبور رژیم صلاحیتی متفاوتی، خصوصاً در مورد شروع تحقیق و رسیدگی به جنایت تجاوز توسط خرنوال ایجاد نموده است.

در بند ۱ ماده‌ی ۱۵ مکرر در مورد ارجاع وضعیت توسط یک دولت عضو یا دادستان دیوان مقرر شده است که: «دیوان می‌تواند از صلاحیت خود برای رسیدگی به جنایت تجاوز مطابق با بندهای (الف) و (ب) ماده‌ی ۱۳ با رعایت مفاد این ماده استفاده کند.» ماده ۱۳ اساسنامه در مورد شروع به تعقیب و تحقیق وضعیتی را که به نظر می‌رسد یک یا چند جنایت بین‌المللی ارتکاب یافته است، سه فرض «ارجاع توسط دولت‌های عضو»، «ارجاع توسط شورای امنیت» و «ابتکار خرنوال» را در نظر گرفته است. (صابر، ۱۳۸۸: ۱۷۶) با توجه به بند فوق و ارتباط آن با پاراگراف الف و ج ماده‌ی ۱۳ اساسنامه، این بند از یک طرف توصیف‌کننده‌ی ارجاع وضعیت از طرف یک دولت عضو است که به خرنوال اجازه اقدام و تحقیق را با توجه به تقاضای دولت مربوطه می‌دهد و از طرف دیگر، پاراگراف ج اساسنامه نیز حکایت از اقدام خرنوال دیوان در این زمینه دارد که در اینجا، خرنوال بایستی مسائل مربوط به قابلیت پذیرش را که در ماده‌ی ۱۷ اساسنامه آمده است در نظر بگیرد و در نهایت مجوز تحقیق را از بخش مقدماتی بگیرد. هم‌چنین طبق ماده ۱۵ اساسنامه، خرنوال می‌تواند رأساً بر اساس اطلاعاتی که در مورد جنایات مشمول صلاحیت دیوان به دست می‌آورد، تحقیقات خود را آغاز نماید. با توجه به مقررات اساسنامه (از جمله ماده ۵۳)، ملاحظه می‌شود که خرنوال موظف است پس از

بررسی و ارزیابی اطلاعاتی که در دسترس وی قرار می‌گیرد، شروع به تحقیق اولیه نماید، مگر اینکه تشخیص دهد که مطابق اساسنامه دلایل قانع‌کننده برای اقدام وجود ندارد (بند سوم ماده ۱۳). (صابر، ۱۳۸۸: ۱۷۹) به‌هرحال برای اقدام بر طبق بند الف و ج ماده‌ی ۱۳ اساسنامه عضویت دولت محل وقوع جنایت در اساسنامه‌ی دیوان یا دولت متبوع متهم پیش‌شرط اعمال صلاحیت دیوان جزای بین‌المللی محسوب می‌شود، کما اینکه از میان چهار وضعیتی که هم‌اکنون در دستور کار دیوان قرار دارد (وضعیت‌های جمهوری دموکراتیک کنگو، اوگاندا، آفریقای مرکزی و دارفور سودان)، غیر از وضعیت دارفور، الباقی توسط دولت‌های عضو ارجاع شده‌اند. در ۲۹ فبروری ۲۰۰۴ اعلام گردید که رئیس‌جمهور اوگاندا وضعیت مربوط به «ارتش مقاومت اشراف» را به دادستانی ارجاع داده است. در دسامبر ۲۰۰۴ نیز درخواستی از سوی رئیس‌جمهور آفریقای مرکزی به دیوان ارائه و از دادستان خواسته شد، جنایات ارتكابی از اول جولای ۲۰۰۲ در هر بخش از قلمرو این دولت را که در صلاحیت دیوان است مورد بررسی قرار دهد. در ۱۹ اپریل ۲۰۰۴ اعلام شد که رئیس‌جمهوری دموکراتیک کنگو نیز وضعیت جنایات ارتكابی در کشورش را به دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع داده است. (جانی پور و خانعلی پور و اجارگان، ۱۳۸۹: ص ۴) البته شورای امنیت در تاریخ ۲۷ فبروری ۲۰۱۱ نیز وضعیت لیبی، اعمال خشونت گسترده علیه اتباع لیبی و نقض فاحش حقوق بشر را به دادستان دیوان کیفری ارجاع نمود. (موسی زاده و امینان، ۱۳۹۰: ص ۸۵) بدین ترتیب، با توجه به فروض الف و ج ماده ۱۳ اساسنامه، دیوان در صورتی می‌تواند صلاحیت خود را بر جنایت تجاوز اعمال نماید که حداقل یکی از دولت‌هایی که در قلمرو آن، فعل یا ترک فعل مورد نظر روی داده باشد یا در صورتی که آن جنایت در کشتی یا در هواپیما ارتكاب یافته، دولتی که آن کشتی یا هواپیما در آن به ثبت رسیده است و یا دولتی که شخص مورد تحقیق یا تعقیب، تبعه آن است، عضو اساسنامه‌ی دیوان باشد یا صلاحیت دیوان را بر طبق بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه پذیرفته باشد.

الف. عدم صلاحیت دیوان نسبت به دولت‌های عضوی که نسبت به پذیرش صلاحیت دیوان انصراف دادند. در مورد انصراف دولت‌های عضو از صلاحیت دیوان نیز در بند ۴ ماده ۱۵ مکرر مقرر شده است که: «دیوان ممکن است، مطابق با ماده‌ی ۱۲، از صلاحیت خود برای رسیدگی به جنایت تجاوز ناشی از اقدام تجاوزکارانه ارتكابی توسط یک دولت عضو استفاده کند مگر اینکه دولت عضو قبل از آن با ثبت نظر خود در دفتر ثبت (دبیرخانه‌ی دیوان)، اعلام کرده باشد که چنین صلاحیتی را نمی‌پذیرد. پس گرفتن چنین نظری در هر زمانی ممکن است و دولت عضو سه سال برای این کار وقت دارد.»

طبق مفاد فوق افراد متبوع دولتی که اعلامیه‌ی انصراف داده است از رسیدگی و تعقیب درزمینه‌ی جنایات تجاوز ارتكابی در مقابل دولت دیگر معاف می‌شوند. به‌نحوی که مقرر مزبور از دولتی که عضو اساسنامه است و مورد تعدی قرار گرفته، حمایت چندانی به عمل نمی‌آورد. (Stahn, 2010, P.878) البته در صورتی که قضیه‌ی مربوطه از جانب شورای امنیت به دیوان ارجاع گردد باعث گسترش صلاحیت دیوان به این دولت‌ها می‌شود، به‌موجب ماده‌ی ۱۲۷ اساسنامه (بند یک) هر دولت عضو می‌تواند با اعلام کتبی به دبیر کل از اساسنامه کناره‌گیری نماید. با توجه به ماهیت معاهده‌ای بودن دیوان، این حق مطابق و هم‌جهت با مقررات پیش‌بینی شده در حقوق معاهدات به شرح کنوانسیون وین است. به‌موجب ماده فوق‌الذکر کناره‌گیری یک سال پس از تاریخ دریافت اعلامیه نافذ خواهد بود، مگر اینکه در اعلامیه تاریخ دیرتری معین شده باشد. علاوه بر این، به‌موجب بند ۲ همان ماده هیچ دولتی به دلیل کناره‌گیری از اساسنامه، نسبت به تعهدات ناشی از زمان عضویت در آن از جمله تعهدات مالی که به عهده داشته است، معاف نخواهد بود. این مسئله نیز کاملاً مطابق با بند (ب) از قسمت یک ماده ۷۰ کنوانسیون وین در رابطه با حقوق معاهدات است. (طهماسی، ۱۳۸۹: ۳۳-۳۴)

اما در خصوص صلاحیت دیوان و وضعیت کناره‌گیری، چند حالت قابل‌تصور است؛ یکی از این حالت‌ها مربوط به جنایات تجاوزکارانه‌ای است که در زمان عضویت دولت و قبل از نافذ شدن کناره‌گیری، تحقیق یا تعقیب نسبت به آن‌ها شروع شده است. در مورد این مسئله بخش آخر بند (۲) ماده ۱۲۷ حکم روشنی دارد. به‌موجب آن کناره‌گیری به‌هیچ‌وجه آسیبی به ادامه بر رسیدگی موضوع که پیش از نافذ شدن کناره‌گیری توسط دیوان تحت بررسی بوده است، نخواهد رساند؛ لذا دیوان به رسیدگی خود ادامه می‌دهد. ابهامی که پاسخ آن در ماده‌ی ۱۲۷ و سایر مقررات اساسنامه به‌طور روشن‌بیان نشده است، این است که آیا وقتی که در حین کناره‌گیری جنایات تجاوزکارانه‌ای در حال ارتکاب هستند و در رابطه‌ی با آن‌ها هیچ‌گونه رسیدگی آغاز نشده است اتباع آن دولت مصون از هرگونه تعقیب از سوی دیوان می‌باشند؟ در پاسخ به این سؤال گفته‌شده است که ماده ۷۰ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در این وضعیت حاکم است و به استناد آن دیوان حق آغاز رسیدگی بعد از کناره‌گیری را دارد. با این حال، کناره‌گیری تأثیری در اعمال صلاحیت دیوان به‌موجب ارجاع شورای امنیت یا پذیرش موردی دیوان توسط کشور موردنظر ندارد؛ یعنی محدودیت اعمال دیوان تنها مربوط به اعمال صلاحیت به اعتبار عضویت دولت است. (طهماسی، ۱۳۸۹: ۳۵) با این حال، طبق مقرره‌ی فوق، بسیاری از دولت‌های عضو که از نیروی نظامی به نحو گسترده، جهت ارتکاب اعمال تجاوزکارانه استفاده می‌نمایند با دادن اعلامیه‌ی انصراف می‌توانند از تعقیب و رسیدگی اعمال تجاوزکارانه به‌وسیله افراد متبوعشان یا در سرزمین آن‌ها نزد دیوان خارج شوند. البته این نکته را بایستی در نظر داشت که شورای امنیت این اختیار را دارد که وضعیتی حاوی عمل تجاوزکارانه را بدون توجه به عضویت یا عدم عضویت دولت‌ها نزد دیوان ارجاع نماید. چنین مقرره‌های می‌تواند باعث خنثی نمودن اثر اعلامیه‌ی انصرافی شود، هرچند بسیاری از اعمال تجاوزکارانه‌ی ارتكابی توسط دولت‌های عضو شورای امنیت با برخی از متحدان آنان صورت می‌گیرد

و احتمال کمتری وجود دارد که اعضای شورای امنیت در معرض ارتکاب جنایت تجاوز قرار داشته باشند و وضعیت مربوطه را به دیوان ارجاع نمایند.

۱-۳- اعمال صلاحیت دیوان نسبت به دولت‌های غیر عضو

در ارتباط با دولت‌های غیر عضو اساسنامه‌ی دیوان در بند ۵ قطعنامه مقرر شده است که: «در مورد دولتی که عضو این اساسنامه نیست، دیوان از صلاحیت خود برای رسیدگی به جنایت تجاوزی که توسط اتباع آن دولت یا در قلمرو آن دولت صورت گرفته باشد استفاده نخواهد کرد.»

محدوده‌ی صلاحیت دیوان و چگونگی مطرح‌شدن پرونده‌ها در آن از جمله موضوعات بحث‌برانگیز در کنفرانس رم بود. برخی از دولت‌ها خواهان پذیرش اصل صلاحیت جهانی برای دیوان بودند. هرچند به اعتقاد برخی دیوان باید بر اساس نمایندگی از سوی دولت‌های عضو عمل نماید. البته موضع گروه نخست در رابطه با ارجاع وضعیت خاص به شورای امنیت به‌نوعی پذیرفته‌شده است. در حال حاضر دیوان تنها صلاحیت بین‌المللی را به نمایندگی از دولت‌های عضو اعمال می‌کند. هرچند به نظر می‌رسد اعمال صلاحیت جهانی با توجه به اختیارات محوله به شورای امنیت، قابل پذیرش خواهد بود. درنهایت محدوده‌ی صلاحیت دیوان در حیطه‌ی مواد ۱۲ و ۱۳ اساسنامه خلاصه شد. بدین ترتیب، وقتی افراد متبوع دولت غیر عضو در سرزمین یک دولت عضو، مرتکب جرم نسل‌کشی، جنایات ضد بشری یا جنایت جنگی شوند، تحت صلاحیت دیوان قرار می‌گیرند (اصل صلاحیت سرزمینی) و دیوان در این زمینه حق اعمال صلاحیت را دارد. (جانی پور و همکاران، پیشین: ۵) درعین‌حال، در ارتباط با جنایت تجاوز در ماده‌ی ۱۵ مکرر (بند ۴) صریحاً اعمال صلاحیت دیوان بر دولت‌های غیر عضو را که به‌وسیله‌ی افراد متبوع ای دولت یا در سرزمین دولت‌های مزبور صورت می‌گیرد رد می‌نماید. (Clark, 2009, p.1107) پیامد مقرردهی فوق اعطای امتیاز به برخی از قدرت‌های نظامی و سیاسی است که از اعضای دیوان

محسوب نمی‌شوند، به‌طور مثال، در این زمینه می‌توان به ایالات متحده‌ی آمریکا اشاره کرد که عضو اساسنامه‌ی دیوان نیست و افراد متبوع این دولت از تعقیب دیوان مصون خواهند بود. چراکه دادستان نمی‌تواند بر مبنای مقرره‌ی فوق، افراد متبوع دولت مزبور را مورد تعقیب و رسیدگی قرار دهد. اگرچه دولت‌های عضو نیز می‌توانند با دادن اعلامیه‌ی انصراف از صلاحیت دیوان خارج شوند و افراد متبوعشان را از اعمال صلاحیت دیوان معاف نمایند. بدین ترتیب، در اینجا مقرره‌ی مزبور، منجر به عدم صلاحیت دیوان در مورد نیروهای مسلح افراد متبوع دولت‌های غیر عضو و دولت‌هایی می‌شود که اعلامیه‌ی انصرافی داده‌اند. (Crooker, 2010, P.513) با این وجود، سوای ارجاع وضعیتی از طرف شورای امنیت که دولت‌های غیر عضو را بالقوه در معرض اعمال صلاحیت دیوان قرار می‌دهد. صلاحیت موردی دیوان نیز وضعیتی است که تمام دولت‌های غیر عضو به‌موجب آن در معرض اعمال صلاحیت احتمالی دیوان هستند. منظور از صلاحیت موردی حقی است که به‌موجب بند (۳) ماده‌ی ۱۲ اساسنامه برای دولت‌های غیر عضو تعریف و تبیین شده است که البته ناظر به جنایات موردی و خاص است. از طرفی با توجه به اینکه به‌موجب ماده ۲۹ اساسنامه دیوان جزای بین‌المللی، جنایات تحت صلاحیت دیوان مشمول مرور زمان نمی‌شوند؛ لذا در هر زمان افراد مرتکب این جنایات در معرض خطر اعمال صلاحیت دیوان هستند و پایانی برای این خطر بالقوه وجود ندارد. علاوه بر این، به‌موجب اصل نسبی بودن معاهدات، معاهده تنها نسبت به دولت‌های متعاقد لازم‌الاجرا است. دولت‌های ثالث علی‌الاصول تعهدی نسبت به اجرای معاهده منعقدہ بین سایر دولت‌ها ندارند، لیکن با توجه به مقرره اساسنامه ملاحظه می‌شود که از اصل عدم تأثیر معاهده نسبت به دولت‌های ثالث تا حدودی در اساسنامه دیوان به نفع صلاحیت دیوان عدول شده است. (پور خاقان، پیشین: ۵۴۰) اما مسئله این است که در صورت ارجاع وضعیت دولت‌های غیر عضو از طرف شورای امنیت به دیوان جزای بین‌المللی با مصونیت سران دولت‌ها چگونه باید برخورد کرد؟ عقیده برخی بر این است که دولت‌ها به‌واسطه‌ی عضویتشان در سازمان

ملل متحد و تعهداتشان بر طبق منشور برای انجام حتمی قطعنامه‌های شورای امنیت در واقع به زوال مصونیتشان از طریق قطعنامه‌های صادر شده از طریق این شورا رضایت داده‌اند. (جانی پور و خانعلی پور و اجارگان، پیشین: ص ۱۱) شورای امنیت طبق مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور سازمان ملل متحد می‌تواند از طریق به کار انداختن اختیاراتش بر اساس فصل هفتم منشور، تعهدات و حقوقی که دولت‌ها نسبت به یک معاهده‌ی خاص دارند را نادیده بگیرد. البته ماده ۱۰۳ منشور به صراحت نمی‌گوید، تصمیماتی که شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور بگیرد بر هر معاهده‌ی متعارض ارجحیت دارد، اما تعهدی که دولت‌ها طبق ماده‌ی ۲۵ منشور دارند، یک تعهد بر اساس منشور سازمان ملل متحد و در طول ماده‌ی ۱۰۳ است. از این رو اعضای سازمان ملل متحد بر اساس ماده‌ی ۱۰۳ متعهد می‌شوند، تعهداتی که از قطعنامه‌های شورا بر اساس فصل هفتم ناشی می‌شود را بر هر تعهد دیگری مقدم بدانند. در نتیجه با لحاظ ماده‌ی ۱۰۳ منشور سازمان ملل متحد تصمیمات اتخاذ شده طبق فصل منشور، برتر از تعهدات دولت‌های عضو سازمان ملل متحد است. با این وجود، برخورد شورا با دیوان قابل تأمل است. قطعنامه‌ی ۱۴۲۲ بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل به تصویب رسیده است. ولی بند یک آن شباهتی به تصمیم‌های الزام‌آور ندارد، چراکه می‌گوید: «از دیوان تقاضا می‌شود». ((Resolution, 1322, 1422(2002))

البته این رویکرد به وسیله دو تحلیل قابل بررسی است؛ تحلیل اول این است که دیوان کیفری بین‌المللی بر اساس ماده ۴ اساسنامه خود شخصیت حقوقی مستقل دارد و بنابراین همانند قطعنامه‌های شورای امنیت خطاب به دولت‌های عضو سازمان ملل متحد، دیوان را ملزم نمی‌کند. تحلیل دوم آن است که قصد شورای امنیت از به کار بردن کلمه‌ی «تقاضا» اجرای صریح ماده‌ی ۱۶ اساسنامه‌ی رم است؛ زیرا در آنجا بیان شده که «از دیوان تقاضا می‌کند». در واقع ماده‌ی ۱۶ اساسنامه‌ی رم در پی اثبات این قضیه است که دیوان به وسیله‌ی ساختار حقوقی خودش ملزم به تعویق انجام تحقیقات یا تعقیب در حالتی خاص می‌گردد و شورای امنیت صرفاً تقاضاکننده‌ی اجرای این ماده

است نه ملزم کننده. (کاستن، ۱۳۸۴: ص ۲۲۷) هر دو دیدگاه بر استقلال دیوان تأکید دارد. همان‌طور که در ارتباط با قضیه‌ی دارفور، شعبه‌ی اول مقدماتی دیوان متذکر شده که با توجه به رویه‌ی قضایی آن، بر اساس منابع حقوق ارجاع شده در ماده‌ی ۲۱ اساسنامه‌ی روم حکم داده است. (Sherif, 2009, P.82)

گفتار چهارم: نقش شورای امنیت در ارتباط با ارجاع وضعیت

۱-۱- نقش شورای امنیت در ارتباط با ارجاع وضعیت از طرف دولت عضو یا

به ابتکار دادستان

در مورد نقش شورای امنیت در خصوص ارجاع وضعیت از طرف دولت عضو یا به ابتکار دادستان دیوان در بند ۶ قطعنامه مقرر شده است که: «هر جا که دادستان به این نتیجه برسد که مبنای معقولی (Basis Reasonable) برای اقدام به تحقیق در مورد جنایت تجاوز وجود دارد، در ابتدا مشخص خواهد کرد که آیا شورای امنیت ارتکاب عمل تجاوزکارانه توسط دولت مذکور را تأیید کرده است. دادستان دبیر کل سازمان ملل متحد را در جریان موقعیتی که در دیوان در دست بررسی است، از جمله اطلاعات و اسناد مربوطه، قرار خواهد داد.» در اینجا مشخص نشده که صرف شناسایی عمل تجاوزکارانه از سوی شورای امنیت، برای شروع به تحقیقات از سوی دادستان کافی است یا علاوه بر آن، ارجاع پرونده به دیوان در قالب قطعنامه نیز ضرورت دارد. چنان چه در طول شش ماه بعد از تاریخ اطلاع، چنین شناسایی صورت نگرفته باشد، دادستان می‌تواند تحقیقات خود نسبت به جنایت تجاوز را آغاز کند، مشروط بر آن‌که بخش مقدماتی، مطابق با اصول دادرسی مذکور در ماده‌ی ۱۵، شروع به انجام تحقیقات در رابطه با جنایت تجاوز را اجازه دهد و شورای امنیت مطابق با ماده‌ی ۱۶ اساسنامه به نحو دیگری تصمیم نگیرد. اختیارات شورای امنیت به‌موجب ماده‌ی ۱۶ اساسنامه در کنفرانس بازنگری مورد تأیید مجدد قرار گرفته است؛ بدین نحو که شورای امنیت می‌تواند با صدور قطعنامه‌ای به‌موجب ماده‌ی ۱۶ اساسنامه، مانع از رسیدگی به جنایت

تجاوز از سوی دیوان شود (قسمت آخر بند ۸ ماده‌ی ۱۵ مکرر). چنین درخواستی می‌تواند هر ۱۲ ماه یک‌بار تمدید شود. (آقای جنت‌مکان، ۱۳۸۸: ص ۶۷)

بنابراین، مسئله‌ی تشخیص وقوع عمل تجاوزکارانه به عهده‌ی دیوان قرار گرفته است و در نتیجه دیوان مسئولیت ارزیابی قانونی بودن رفتار دولت به موجب حقوق بین‌الملل را بر عهده دارد. البته دیوان در سایر جنایات، نظیر جنایت علیه بشریت «سیاست دولت» (ماده‌ی ۷(۲) اساسنامه) و در جنایات جنگی «برنامه یا سیاست» (ماده‌ی ۸(۱) اساسنامه). دولت را نیز ارزیابی می‌کند؛ اما در توجیهی استفاده از زور، همراه با سایر ویژگی‌های ماهوی (نظیر نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد) بار سنگین‌تری بر دیوان تحمیل می‌شود. (Carstan, Op. Cit, P. 879) و چالش‌های جدیدی برای دیوان ایجاد می‌کند. به همین دلیل آنچه تحت عنوان «تفاهم‌ها» در ضمیمه‌ی سوم آمده به دنبال بیان رهنمودهایی برای تسهیل این تشخیص است. بند ۶ و ۷ تفاهم‌های مربوط به جنایت تجاوز، ضوابطی را برای تشخیص وقوع جنایت پیش‌بینی کرده است. بند ۶ اشاره می‌کند که «جنایت تجاوز شدیدترین و خطرناک‌ترین شکل استفاده‌ی غیرقانونی از زور به شمار می‌رود و به‌منظور آن‌که مشخص شود آیا یک عمل تجاوزکارانه واقع شده است یا خیر، ارزیابی کلیه‌ی عوامل موجود در هر پرونده‌ی خاص ضروری است، از جمله شدت اعمال موردنظر و نتایج آن‌ها مطابق با منشور سازمان ملل متحد». همچنین بند ۷ سه عامل را در تشخیص وقوع یک عمل تجاوزکارانه که در مغایرت آشکار با منشور سازمان ملل متحد باشد، مشخص می‌سازد. بند مزبور مقرر می‌دارد: «تفاهم بر آن است که در احراز اینکه آیا عمل تجاوزکارانه نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد به شمار می‌رود یا خیر، سه عامل به‌تنهایی برای توجیهی ضابطه‌ی «آشکارا» کافی به نظر نمی‌رسد. ظاهراً این دو بند به پیشنهاد ایالات متحده‌ی امریکا اضافه شده‌اند؛ زیرا تأکید دارند که تنها مشارکت در نقض‌های شدید و عظیم، ممنوعیت بین‌المللی استفاده از زور به شمار می‌رود که موجب مسئولیت کیفری فردی در قبال جنایت تجاوز می‌شود.

نکته‌ای که در اینجا مورد توجه است اینکه آیا تشخیص شورا مبنی بر تهدید صلح یا نقض صلح می‌تواند به‌عنوان وقوع یک عمل تجاوزکارانه مورد تفسیر قرار گیرد و مجوزی جهت آغاز تحقیق نسبت به جنایت تجاوز تلقی گردد؟ اگر شورای امنیت در زمینه‌ی احراز وقوع عمل تجاوزکارانه به بن‌بست برسد و نتواند قطعنامه‌ای بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل به تصویب برساند این امر چه پیامدی را برای دیوان به دنبال دارد؟ می‌توان این‌طور فهمید که در موارد احراز وضعیت به‌صورت تهدید صلح یا نقض صلح یا در مواردی که شورای امنیت به احراز عمل تجاوزکارانه بنا به دلایل حساس سیاسی نماید، ولی وضعیت مربوطه را به دیوان ارجاع ننماید، دادستان می‌تواند بعد از سپری شدن مدت ۶ ماه با کسب مجوز از شعبه‌ی مقدماتی شروع به تحقیق و رسیدگی نماید. (Anderson, pp. 440-441)

بنابراین با توجه به آنچه قبلاً اشاره شد، ماده‌ی ۱۵ مکرر (بند ۲) در مواردی کاربرد دارد که نه فقط احراز وقوع عمل تجاوزکارانه به‌وسیله‌ی شورای امنیت بر طبق فصل هفتم منشور، ضمن قطعنامه‌ی صادره، بیانگر شروع رسیدگی نزد خائنوال است، بلکه در مواقع عدم اقدام از ناحیه‌ی شورا، خائنوال می‌تواند طبق شرایطی اقدام به تحقیق نماید. (Scheffer, 2009, P. 21)

در این زمینه خائنوال باید اجازه‌ی قبلی بخش مقدماتی دیوان (نه شعبه‌ی مقدماتی) را کسب نماید. لیکن با توجه به اینکه بر اساس تصمیم کنفرانس بازنگری، دیوان در خصوص جنایت تجاوز ارتكابی در قلمرو دولت‌های غیر عضو یا توسط اتباع دولت غیر عضو و همچنین در خصوص دولت‌های عضو که اعلام داشته‌اند صلاحیت دیوان را در خصوص جنایت تجاوز نمی‌پذیرند، صلاحیت نخواهد داشت. اثر این اقدام افزایش نقش بخش مقدماتی است و ممکن است بخش مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی دریافت متفاوت و مستقلی از شورای امنیت داشته باشد و احراز وقوع عمل تجاوزکارانه توسط این بخش نتایج قانونی در جهت اهداف شورای امنیت نداشته باشد. (Boge, 2007)

در ادامه نیز دربند ۷ قطعنامه مقرر شده است که: «زمانی که شورای امنیت وقوع چنین عملی را تأیید کرده باشد، شکارنوال می‌تواند به تحقیق در مورد جنایت تجاوز مبادرت نماید.»

از موضوعات مرتبط با اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی بر جنایت تجاوز لزوم شناسایی عمل تجاوزکارانه توسط شورای امنیت است. رابطه‌ی دیوان جزای بین‌المللی و شورای امنیت در مواد ۵، ۱۳ و ۱۶ اساسنامه دیوان بیان شده است. اشاره به این رابطه در پاراگراف دوم از ماده‌ی ۵ اساسنامه صریح نیست، لیکن درجایی که می‌گوید: اعمال صلاحیت دیوان در خصوص جنایت تجاوز باید هماهنگ با مقررات ذی‌ربط در منشور سازمان ملل متحد باشد، به‌طور ضمنی شورای امنیت مدنظر قرار می‌گیرد. (نسیم فر، ۱۳۸۵: ۷۷۴) همچنین ماده‌ی ۱۰۳ منشور سازمان ملل متحد نیز به تعهدات مندرج در منشور نسبت به سایر تعهدات دولت‌ها اولویت می‌دهد. بر اساس ماده‌ی ۳۹ منشور سازمان ملل متحد وظیفه‌ی احراز وقوع عمل تجاوزکارانه با شورای امنیت است؛ بنابراین موضوع جنایت تجاوز ارتباط جدانشدنی با نقش شورای امنیت در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی دارد. ماده‌ی ۲۵ منشور نیز تأکید می‌نماید که قطعنامه‌های شورای امنیت برای همه‌ی اعضا الزام‌آور است؛ بنابراین طبق مقرره‌ی فوق، در خصوص وضعیتی که شورای امنیت اقدام به احراز عمل تجاوزکارانه نماید (طبق فصل هفتم منشور)، شکارنوال به‌طور کامل می‌تواند در ارتباط با جنایت مزبور و در رابطه‌ی با وضعیت مربوطه اقدام به تحقیق نماید؛ اما مهم‌ترین انتقادی که در ارتباط با مداخله‌ی شورای امنیت در تعریف جنایت تجاوز و احراز وقوع عمل تجاوزکارانه وجود دارد این است که شورای امنیت نقش سیاسی دارد و یک‌نهاد حقوقی نیست و هر تشخیصی که شورای امنیت در مورد اینکه عملی تجاوز است یا نه داشته باشد بر اساس ملاحظات سیاسی است نه نقش قانون؛ کما اینکه این موضوع با داشتن حق وتوی اعضای دائم شورای امنیت نیز پیچیده‌تر شده است. (پور خاقان، پیشین: ص ۵۳۶)

در قسمتی دیگر نیز دربند ۸ قطعنامه مقرر شده است که: «هنگامی که شش ماه بعد از تاریخ اطلاع‌رسانی، تأیید موردنظر از سوی شورای امنیت صورت نگیرد، شکارنوال می‌تواند به تحقیق در مورد جنایت تجاوز اقدام کند، مشروط بر اینکه «بخش مقدماتی»، شروع تحقیقات مربوط به جنایت تجاوز را مطابق با رویه‌ی مصرح در ماده‌ی ۱۵، مجاز اعلام کرده و شورای امنیت نیز مطابق با ماده‌ی ۱۶ تصمیمی خلاف آن اتخاذ نکرده باشد.»

با توجه به مقرره‌ی فوق، زمانی که هیچ‌گونه احراز از طرف شورای امنیت راجع به وقوع عمل تجاوزکارانه، ضمن قطعنامه‌ای بر اساس فصل هفتم منشور صورت نگیرد و یا قطعنامه صرفاً متضمن نقض صلح یا تهدید صلح باشد. شکارنوال می‌تواند بعد از گذشت شش ماه و با اطلاع به دبیر کل سازمان ملل متحد و نیز بعد از کسب مجوز از بخش مقدماتی و پیرو مقرره‌ی ماده‌ی ۱۵ اساسنامه‌ی رم به رسیدگی اقدام نماید.

اینجا در مورد تعلیق وضعیت از طرف شورای امنیت نیز نکات مهمی در مفاد قطعنامه نهفته است. شورای امنیت می‌تواند مطابق ماده‌ی ۱۶ و بند ۸ ماده‌ی ۱۵ مکرر، تصمیم به تعلیق هرگونه رسیدگی بگیرد. چنین تعلیقی از طرف شورای امنیت اثر اجرایی دارد، بدین مفهوم که زمانی قطعنامه‌ای از سوی شورای امنیت در اجرای فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد صادر شود و از دیوان چنین درخواستی شود هیچ‌گونه تحقیق یا تعقیبی به‌موجب این اساسنامه نمی‌تواند به مدت ۱۲ ماه شروع شود یا ادامه یابد. درخواست مزبور می‌تواند به‌موجب همان شرایط توسط شورای امنیت تمدید شود. در این رابطه، اعضای شورای امنیت اعتقاد دارند که عمل تجاوزکارانه معمولاً میان دولت‌ها اتفاق می‌افتد و هدف از تعلیق را بر این مبنا قرار می‌دهند که احتمالاً راه‌حل‌های سیاسی و دیپلماتیک جهت جلوگیری از تشدید و حتی توقف جنگ مورد استفاده قرار گیرد. (Scheffer, Op. Cit, pp. 901-902.)

چنین درخواستی مبنی بر تعلیق و تجدید آن به مدت ۱۲ ماه دیگر، می‌تواند از رسیدگی وضعیت مربوطه نزد دیوان جلوگیری نماید. بررسی تاریخ تصمیم‌گیری

شورای امنیت در چنین مواردی، حاکی از ناکارآمدی شورا در بسیاری از زمینه‌هاست، از سوی دیگر، رأی و توی اعضای دائم شورا هم می‌تواند مانع از تعلیق وضعیت تحت رسیدگی در دیوان شود، چراکه تعلیق وضعیت طبق ماده‌ی ۱۶ اساسنامه، متضمن قطعنامه‌ای بر اساس فصل هفتم منشور است که بایستی همراه بارای مثبت پنج عضو دائم باشد.

اما در برخی موارد ملاحظات سیاسی و فضای کاملاً سیاست زده شورای امنیت می‌تواند باعث اخلال در رسیدگی‌های جزای دوسیه‌ها ارجاعی نزد دیوان جزای بین‌المللی شود. برای نمونه، قطعنامه‌های ۱۴۲۲ (۲۰۰۲) ۱۴۸۷ (۲۰۰۳) و ۱۴۷۹ (۲۰۰۳) که به واسطه‌ی فشار و تهدید از سوی ایالات متحده آمریکا و با استناد و بهره‌برداری از بند ۲ ماده‌ی ۹۸ اساسنامه‌ی دیوان صورت گرفت. برای مصونیت سربازانی که تحت فرمان سازمان ملل متحد یا طبق مجوز مأموریتی از طرف سازمان مزبور اقدام می‌نماید، به تصویب رسید. با وجود اینکه برخی از اعضای دائم شورای امنیت نسبت به این قطعنامه‌ی مصونیت رضایت چندانی نداشتند. تأکید زیاد از طرف ایالات متحده‌ی آمریکا باعث تصویب چنین قطعنامه‌ای گردید و باعث مصونیت سربازان و افراد متبوع دولت‌های عضو شورای امنیت و برخی از دولت‌های دیگر نزد دیوان می‌شود که در مأموریت‌های حفظ صلح سازمان ملل متحد فعالیت می‌نمایند. (موسی زاده و فروغی نیا، ۱۳۹۱: ص ۱۶۵)

۱-۲- ارجاع وضعیت از طرف شورای امنیت به دیوان بر طبق بند ۱ ماده‌ی ۱۵

مکرر مکرر

در خصوص ارجاع وضعیت از طرف شورای امنیت با توجه به آنچه دربند ب ماده‌ی ۱۳ اساسنامه آمده است در ماده‌ی ۱۵ مکرر و دربند ۱ ماده‌ی ۱۵ مکرر مکرر (15Ter) قطعنامه‌ی کنفرانس کامپالا مقرر شده است که: «دیوان می‌تواند برای رسیدگی به جنایت تجاوز وفق بند ب ماده‌ی ۱۳ و بر مبنای مفاد این ماده اعمال

صلاحیت کند.» در اینجا، ماده ۱۵ مکرر مکرر با ماده‌ی ۱۳(ب) اساسنامه مرتبط است که مقرر می‌دارد: «شورای امنیت بر طبق فصل هفتم منشور می‌تواند یک وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت به نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به شورای امنیت ارجاع نماید.» اساسنامه هیچ جزئیات یا شرط دیگری برای این تقاضا قائل نشده است و صرفاً تصریح می‌نماید که این اقدام شورای امنیت باید بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد انجام گیرد. عبارت «وضعیت» به کاررفته متضمن این معنا است که شورای امنیت به ارجاع موارد جداگانه نمی‌پردازد چراکه ممکن است جنایات دیگر نیز در قالب اعمال تجاوزکارانه‌ی ارتكابی صورت گرفته باشد. (Arsanjani, 1999, p. 22)

علاوه بر این، دیوان در زمینه‌ی ارجاع وضعیت از طرف شورای امنیت، می‌تواند به اقدامات تجاوزکارانه افراد متبوع دول غیر عضو اساسنامه نیز رسیدگی نماید، زیرا بر طبق این بند شورا بر اساس فصل هفتم منشور سازمان، در موارد نقض صلح و امنیت بین‌المللی بدون توجه به عضویت یا عدم عضویت دولتی که این جنایات در آنجا رخ داده است یا دولت متبوع مرتکب، عضو دیوان باشد یا نه پرونده را نزد دیوان ارجاع و از آن تقاضای رسیدگی و محاکمه‌ی متهم را می‌نماید.

شورای امنیت در مورد وضعیت سودان، به موجب قطعنامه‌ی ۱۵۹۳ مورخ ۳۱ مارچ ۲۰۰۵، شورای امنیت سازمان ملل متحد برای نخستین بار به استناد فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد و ماده‌ی ۱۳ اساسنامه‌ی رم، وضعیت «دارفور» سودان را به شورای امنیت ارجاع داد؛ که این امر باعث مداخله‌ی این نهاد سیاسی در کارکرد قضایی دیوان می‌شود که ناشی از ساختار مبتنی بر قدرت در نظام بین‌المللی است. ساختاری که در مقایسه با وضعیت داخلی دولت‌های فاقد ضمانت اجرایی لازم است. مسئله‌ی مهم این است که آیا در صورت نقض تعهدات بین‌المللی و ارتکاب اعمال تجاوزکارانه از سوی دولت‌های صاحب حق وتو و متحدان آن‌ها ماده ۱۵ مکرر قابلیت اجرایی دارد؟ این امتیاز به افراد متبوع دولت‌های صاحب حق وتو این اختیار را می‌دهد که در مصونیت کامل مرتکب جنایت تجاوز شوند. از طرف دیگر، حق وتو از افراد متبوع دولت‌هایی

که دارای این امتیاز نیستند یا در شورای امنیت عضویت ندارند، حمایت نمی‌نماید و این امر ممکن است منجر به این نتیجه شود که افراد متبوع دولت‌های صاحب حق و تو علیه افراد متبوع دولت‌هایی که دارای حق و تو نیستند، مرتکب اعمال تجاوزکارانه شوند. (Jiang, 2004, pp. 33-40)

البته در مورد ایجاد صلاحیت از طریق ارجاع شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور، شورا به همکاری یک گروه ثالث نیاز دارد. به‌عنوان مثال در قطعنامه‌ی ۱۵۹۳ که به موقعیت دارفور (سودان) اشاره دارد، شورا در بند ۲ وظیفه‌ی همکاری با دیوان را گنجانده است؛ اما این وظیفه به دولت سودان و تمام اعضایی که در دارفور درگیر هستند، محدود است. هرچند به‌طور واضح بیان می‌کند، دولت‌هایی که عضو اساسنامه‌ی رم نیستند نیازی به همکاری با آن‌ها ندارند، اما در این مورد (صدور قطعنامه از سوی شورای امنیت جهت ارجاع پرونده به دیوان) دولت‌های مخاطب موظف به همکاری می‌باشند. (جانی پور و همکاران، پیشین: ص ۷)

روش همکاری در دیوان جزای بین‌المللی، برخلاف دیوان‌های ویژه که در آن وظیفه‌ی همکاری توسط شورای امنیت بر عهده‌ی تمام اعضای سازمان ملل متحد است، محدود است و در ابتدا صرفاً شامل دولت‌های عضو آن است. به‌علاوه، موارد دیگری نیز وجود دارد که می‌تواند بر قلمرو صلاحیت بیفزاید. دولت غیر عضو از دو شیوه جهت همکاری با دیوان برخوردار است:

اول، به‌وسیله‌ی بیانیه‌ای که صلاحیت دیوان را بر اساس ماده‌ی ۱۲(۳) می‌پذیرد. در این موقعیت وقتی یک دولت غیر عضو صلاحیت دیوان را در مورد یک جنایت خاص می‌پذیرد، توافق می‌کند تا طبق فصل نهم اساسنامه با آن همکاری داشته باشد. این دولت‌ها حقوق و وظایفی یکسان با دولت‌های عضو اساسنامه‌ی دیوان دارند. باوجوداینکه دولت درخواست‌کننده عضو اساسنامه نیست، از این طریق می‌تواند درخواست رسیدگی به جنایت‌های ارتکاب یافته در محدوده‌ی سرزمینی خود یا توسط تبعه‌اش را بنماید. همان‌طور که در مورد لوبانگا (Dyilo Lubanga Thomas)

این اتفاق افتاد و دولت کنگو، خود این موضوع را در دیوان مطرح نمود. هرچند این مورد دارای شرایطی است و آن اینکه دولت مذکور باید بدون هیچ‌گونه تأخیر یا استثنا با دیوان همکاری نماید. در واقع شاید بتوان این‌گونه عنوان نمود که با پذیرش صلاحیت دیوان جزای بین‌المللی، با این دولت مانند یک دولت عضو برخورد خواهد شد. (جانی پور و همکاران، پیشین: ص ۶)

دوم، یک توافق ویژه برای همکاری با دیوان بر اساس ماده‌ی ۸۷(۵) اساسنامه وجود دارد. در اینجا یک دولت ممکن است به‌طور داوطلبانه با دیوان توافق خاصی ببندد تا با آن همکاری کند. دولت موردنظر برای تصمیم گرفتن در مورد نوع، زمینه و مدت همکاری با دیوان تاندازه‌ای آزادی عمل دارد. البته ممکن است این امر برای دیوان بحث‌برانگیز باشد، چون به اساسنامه‌ی خود محدود است و در نتیجه تمایل ندارد تا برای اجرای خواسته‌های یک گروه ثالث اقدام نماید. دیوان در چنین موردی با یک وضعیت دشوار مواجه می‌شود؛ زیرا در صورت عدم قبول شرایط و محدودیت‌های آن دولت برای کمک، از همکاری دولت موردنظر محروم می‌گردد. (جانی پور و همکاران، پیشین: ص ۶) البته اگر یک دولت برخلاف مقررات اساسنامه، در انجام یک درخواست همکاری از جانب دیوان کوتاهی نماید و بدین‌وسیله از اعمال وظایف و قدرت آن طبق اساسنامه جلوگیری نماید، بر اساس ماده‌ی ۸۷، دیوان می‌تواند برای اجرا و گزارش به شورا تصمیمی اتخاذ نماید.

در هر صورت نقش شورا در دیوان هر چه باشد، مناقشه آمیز است و البته این امر می‌تواند از جایگاه خود شورا در سازمان ملل متحد نشأت گرفته باشد. ارجاع‌های شورا از سویی نشانه‌ی اقتدار شورا و از سویی نشانه‌ی اعتماد آن به دیوان است. به هر دلیلی که باشد این ارجاع‌ها می‌باید در چارچوب قانونی صورت گیرد. درجایی که شورا به این دیوان وضعیتی را ارجاع می‌دهد، می‌تواند از آن به یک دیوان ویژه تعبیر نمود؛ اما مبدأ آن، شورا نبوده، بلکه شورا بدون اینکه هزینه‌ی دیگری را بر اعضای سازمان ملل متحد با ایجاد دیوان جدید تحمیل کند، با یک اقدام مناسب از ظرفیت موجود در جهان

بین‌الملل استفاده می‌کند. یکی از مهم‌ترین این ظرفیت‌ها در حال حاضر دیوان جزای بین‌المللی است که نمی‌توان بی‌تفاوت از کنار آن گذشت. مبنای کار دیوان‌های ویژه، تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی است و شورا درجایی به دیوان وضعیتی را ارجاع می‌دهد که آن وضعیت نیز تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی تشخیص داده شود.

در مورد استقلال دیوان جزای بین‌المللی مقرره‌ی مشابهی در ارتباط با وضعیت ارجاعی از طرف دولت‌های عضو یا اقدامات ثخ‌رنوال متعاقب ماده‌ی ۱۵ مکرر (۱) و نیز در رابطه‌ی با وضعیت ارجاعی از طرف شورای امنیت طبق ماده ۱۵ مکرر بند ۵ قطعنامه وجود دارد که بدین ترتیب است: «تأیید وقوع عمل تجاوزکارانه توسط ارگانی خارج از دیوان نقشی در یافته‌های دیوان وفق این اساسنامه نخواهد داشت.» این مقرره بدین مفهوم است که احراز صورت گرفته از طرف یک ارگان، یعنی شورای امنیت، محدودیتی نسبت به یافته‌های دیوان در این رابطه ایجاد نمی‌کند که این امر می‌تواند در رسیدگی منصفانه و کارآمد دیوان هم مؤثر باشد و حتی می‌تواند متضمن این واقعیت باشد که دیوان نیازی به احراز وقوع تجاوز از طرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد یا دیوان بین‌المللی قضایی ندارد، برخی از دولت‌ها در طی برگزاری کنفرانس رم و بعدازآن در جلسات و نشست‌های گوناگون، تأکید داشتند که در فقدان احراز از طرف شورای امنیت، ارگانهای دیگری مثل مجمع عمومی و یا دیوان بین‌المللی قضایی با توجه به وظایف و اختیارات محوله در منشور و اساسنامه می‌توانند در زمینه‌ی احراز وقوع عمل تجاوزکارانه کمک مؤثری به پیشبرد قضایای جزای نمایند. موضوعی که در کنفرانس بازنگری کامپالا موردپذیرش قرار نگرفت و در قطعنامه هم گنجانده نشد.

(Stahn, op. Cit, p. 877)

علاوه بر این، دیوان بایستی معیارهای دقیق و قاطع اصل قانونی بودن جرم و مجازات را به کار ببرد و دقیقاً به خاطر ماهیت سیاسی جنایت تجاوز است که دیوان نبایستی از اصل قانونی بودن دور شود. اصلی که نه‌تنها به‌عنوان تضمینی برای حقوق متهم، بلکه باید به‌عنوان مهم‌ترین محافظ اعتبار دیوان نیز در نظر گرفته شود. از سوی

دیگر، ماده ۱۳ (بند ب) اساسنامه‌ی دیوان در خصوص ارجاع یک وضعیت تجاوزکارانه توسط شورای امنیت باید به گونه‌ای تفسیر شود که مغایر با استقلال دیوان نباشد و این استقلال هم در صورتی تأمین می‌شود که اجباری برای دیوان پدید نیاید؛ لذا دیوان باید در رسیدگی به وضعیتی که از سوی شورای امنیت ارجاع می‌شود، همانند وضعیت‌هایی که از سوی دولت‌های عضو ارجاع می‌شود آزادی عمل داشته باشد. به این نحو که آراء و نظریات شورای امنیت به هنگام ارجاع موضوع به دیوان جزای بین‌المللی بر استقلال دیوان در اعمال صلاحیتش اثر نگذارد، بلکه دیوان در «احراز صلاحیت خود»، «قابلیت استماع موضوع»، «رسیدگی ماهوی و صدور حکم»، از استقلال کامل برخوردار باشد. در عمل نیز در نخستین وضعیتی که شورای امنیت به دیوان ارجاع نموده است (وضعیت دارفور سودان)، ش‌ارنوال دیوان ابتدا در خصوص صلاحیت تکمیلی و سپس نارسا و ناتوان دانستن نظام قضایی سودان جهت تعقیب جنایات بین‌المللی ارتكابی در دارفور سودان تصمیم به تعقیب گرفته است. بدین ترتیب، در نهایت ش‌ارنوال دیوان است که باید پس از بررسی ادله و شواهد ارائه‌شده، تصمیم بر تعقیب و شروع به تحقیق بگیرد. (صابر، پیشین: ص ۱۸۲)

بنابراین، نباید فراموش نمود که دیوان جزئی از سازمان ملل متحد محسوب نمی‌گردد، بلکه سازمانی مستقل است که باید به اجرای مقررات اساسنامه‌ی خود پایبند باشد. در این راستا دیوان در احراز صلاحیت خود موظف به رعایت قواعد شکلی خود است و نه تصمیم یک سازمان بین‌المللی هم‌عرض خود مانند سازمان ملل متحد- شورای امنیت. بدین صورت که دیوان جزای بین‌المللی عضو (رکن فرعی) سازمان ملل متحد نیست که مشمول ماده‌ی ۲۵ منشور شود تا مجبور باشد قطعنامه‌های آن را اجرا نماید. (جانی پور و خانعلی پور و اجارگان، پیشین: ص ۷)

نتیجه‌گیری

ریشه‌ی اصلی مشکل تعریف تجاوز به زمانی برمی‌گردد که بانیان منشور هنگام تأسیس یک رکن قضایی برای سازمان ملل متحد، وجود دیوان جزای دائمی برای محاکمه‌ی جنایتکاران را به فراموشی سپرده‌اند و تحولات آینده‌ی جامعه‌ی جهانی را پیش‌بینی نکردند. فضای مذاکرات منشور و مفهوم وسیع حاکمیت دولت‌ها در سال ۱۹۴۵، از دیگر عواملی است که به تدوین بند ۷ ماده‌ی ۲ منشور انجامیده است؛ و همین وضعیت تا حدودی در جریان مذاکرات اساسنامه‌ی رم در اواخر دهه‌ی ۱۹۹۰ نیز وجود داشته است. امروزه جامعه‌ی جهانی نمی‌تواند این تفسیر مضیق را بپذیرد و توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل همراه با تحولات در این زمینه ایجاب می‌کند که دیوان جزای بین‌المللی به‌طور مستقل بتواند زمینه‌ساز عدالت در جامعه‌ی جهانی باشد. به‌ویژه اینکه در تعریف جنایت تجاوز ویژگی‌های مهمی نهفته است که بدون در نظر گرفتن این ویژگی‌ها، کارایی دیوان جزای بین‌المللی آسیب جدی می‌بیند. برای نمونه حمله‌ی مسلحانه علیه تمامیت ارضی دولت‌ها عنصر اصلی جنایت تجاوز به شمار می‌آید، چراکه اگر هدف اصلی هنجارهای حقوق جزای در رابطه با جنایات کشتار جمعی، جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت، حمایت از زندگی انسان‌ها یا حفظ تمامیت فیزیکی آن‌ها است، پس هرگونه مقرراتی در خصوص جنایت تجاوز نیز اساساً متضمن حمایت از تمامیت ارضی دولت‌ها در مقابل نقض‌های جدی و وحشیانه علیه آن‌ها، خواهد بود. کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان جزای بین‌المللی اگرچه از جنبه‌هایی چون شرکت گروه بسیاری از نمایندگان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و تلاش جامعه بین‌المللی در جهت رفع نقایص اساسنامه دیوان جزای بین‌المللی ارزشمند است، اما باید گفت که نمی‌توان این کنفرانس را کنفرانس بازنگری اساسنامه‌ی دیوان جزای بین‌المللی در ارتباط با جنایت تجاوز خواند، زیرا در ارتباط با جنایت تجاوز در کنفرانس رم مقرره‌ای وضع نشده بود تا در کنفرانس کامپالا مورد بازنگری قرار گیرد.

البته دستیابی به توافق در خصوص تعریف جنایت تجاوز، عناصر آن و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن را باید یک رویداد مهم بین‌المللی تلقی کرد. پیش‌بینی جنایت تجاوز در اساسنامه‌ی دیوان جزای بین‌المللی امری مطلوب به شمار می‌رود؛ زیرا باعث پیشگیری از این جنایت و نیز اطمینان خاطر از اینکه مرتکبان آن بدون مجازات رها نخواهند شد، می‌گردد. از طرف دیگر، رفع خلأ قانونی در اساسنامه ضروری بود؛ زیرا موافقت‌نامه‌ی کامپالا تکمیل اساسنامه‌ی دیوان جزای بین‌المللی محسوب می‌شود، اما باید منتظر گام دوم در سال ۲۰۱۷ بود تا بینیم این توافق چگونه اجرایی خواهد شد. تلفیق نقش شورای امنیت با ارجاع دولت‌های عضو و تحقیقات به ابتکار ثخارنوال دیوان از ابتکارات مهم موافقت‌نامه‌ی کامپالا محسوب می‌شود. این امر می‌تواند پشتیبانی و حمایت دولت‌های عضو دائم شورای امنیت را نیز جلب نماید. تا جایی که حضور فعال دولت امریکا نیز در این مذاکرات، نگرانی جدی آن کشور از یک‌سو و نگرانی دولت‌های عضو به عدم دشمنی این کشور با دیوان، از سوی دیگر را کاهش دهد.

توافق به‌عمل آمده در کنفرانس بازنگری کامپالا از یک نگاه دیگر نیز با ارزش تلقی می‌شود و آن، حفظ استقلال دیوان است. با این توضیح که دادن اختیار به ثخارنوال دیوان برای شروع به تحقیقات و نیز رسیدگی بر اساس ارجاع یک دولت عضو به‌منزله‌ی کاهش اختیارات شورای امنیت و تزلزل در اختیارات انحصاری این شورا تلقی می‌شود و این، امر مثبت و باارزشی است. به‌عبارت‌دیگر، مهم‌ترین دستاورد موافقت‌نامه‌ی کامپالا، پیش‌بینی سازوکارهای مندرج در ماده‌ی ۱۳ اساسنامه‌ی دیوان، برای اجرا نسبت به جنایت تجاوز همانند سایر جنایات تحت صلاحیت دیوان است. باوجود پذیرش چنین سازوکاری برای اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایت تجاوز، شورای امنیت هنوز دارای مسئولیت اولیه برای تعیین متجاوز و تشخیص تجاوز است. به‌عبارت‌دیگر، تصمیم کامپالا نفی حق شورای امنیت محسوب نمی‌شود.

نهایت اینکه تعریف جنایت تجاوز و مشخص نمودن شرایط اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی و به‌طور کلی پیش‌بینی این جنایت در اساسنامه‌ی دیوان جزای بین‌المللی بسیار ارزشمند است. بسیاری از صاحب‌نظران نسبت به موفقیت دیوان در محاکمه‌ی متجاوزان خوش‌بین هستند؛ هرچند به دشواری‌های رسیدگی به جنایت تجاوز نیز آگاه‌اند. موافقت‌نامه‌ی کامپالا و ارائه‌ی تعریف و شروط اعمال صلاحیت دیوان، پایانی بر مصونیت سران دولت‌ها است که معمولاً دستور تجاوز را صادر می‌کنند، ولی برخی محدودیت‌ها، مانند موکول شدن تجویز اعمال صلاحیت دیوان نسبت به این جنایت به سال ۲۰۱۷ و مداخله‌ی شورای امنیت در امر احراز وقوع عمل تجاوزکارانه ممکن است نگرانی‌هایی را در این رابطه ایجاد کند و این‌گونه تصور شود که در ارتباط با جنایت تجاوز اقدام مؤثری هنوز انجام نشده است و دیوان جزای بین‌المللی هنوز هم قادر به اعمال صلاحیت خود در ارتباط با تجاوز نمی‌باشد؛ بنابراین نباید انتظار زیادی از دیوان جزای بین‌المللی در رابطه با جنایت تجاوز داشت و در آینده نیز امید است که دیوان بتواند مسئولیت جزای افراد را در ارتباط با این جنایت احراز نماید و زمانی دیوان قادر خواهد بود که در رابطه‌ی با تجاوز، مؤثرتر عمل نماید که عمل تجاوزکارانه با عکس‌العمل جامعه‌ی جهانی روبه‌رو شود و تمایل زیادی به تغییر رژیم دولت متجاوز ابراز گردد. به‌عبارت‌دیگر، برای اینکه دیوان بتواند به‌طور مؤثرتری در رابطه با تجاوز عمل نماید، حمایت کامل جامعه‌ی جهانی و به‌ویژه شورای امنیت نیاز است، حتی اگر شورا دارای صلاحیت انحصاری در شناسایی عمل تجاوزکارانه نباشد. به‌رحال هرگونه اعمال صلاحیت دیوان جزای بین‌المللی منوط به تصمیمی است که مجمع دولت‌های عضو در سال ۲۰۱۷ برای اکثریت دوسوم دولت‌های عضو اتخاذ می‌نماید.

منابع و مأخذ

الف: منابع فارسی

۱. استان، کارستن، (۱۳۸۴)، «معافیت نیروهای حافظ صلح دولت‌های غیر عضو اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی از صلاحیت قضایی دیوان کیفری بین‌المللی» (ابهامات قطعنامه‌ی ۱۴۲۲ شورای امنیت)، مترجم: حسام‌الدین لسانی، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۲.
۲. آقای جنت‌مکان، حسین، (۱۳۸۶)، «محاكمه‌ی قدرت، تهران، انتشارات گنج دانش».
۳. آقای جنت‌مکان، حسین، (۱۳۸۸)، «ارزیابی تعلیق وضعیت دارفور سودان از سوی شورای امنیت»، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۴۱.
۴. آقای جنت‌مکان، حسین، (۱۳۹۰)، «تعریف، عناصر و شروط اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به جنایت تجاوز»، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، سال بیستم، شماره ۴۴.
۵. آل کجیاف، حسین و اختری، سجاد، (۱۳۹۰)، «نقطه‌ی تقارن صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی و شورای امنیت: جنایت تجاوز»، فصلنامه حقوق ملل، سال اول، شماره دوم.
۶. پور خاقان، زینب، (۱۳۸۹)، «بررسی جرم تجاوز در کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره‌ی ۱۷.
۷. جانی پور، مجتبی و خانعلی پور و اجارگان، سکینه، (۱۳۸۹)، «ارجاع جنایات‌های بین‌المللی به دیوان کیفری بین‌المللی توسط شورای امنیت و آثار آن»، مجله مطالعات حقوقی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، دوره دوم، شماره دوم.
۸. صابر، محمود، (۱۳۸۸)، «آیین تعقیب جنایات در دادسرای دیوان کیفری بین‌المللی»، فصلنامه‌ی حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره دوم.
۹. طهماسی، جواد، (۱۳۸۶)، «قلمرو زمانی صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۷.
۱۰. کسسه، آنتونیو، (۱۳۸۷)، «حقوق کیفری بین‌المللی»، مترجمان: حسین پیران و سایرین، تهران، جنگل.
۱۱. کی ارسلان، سهیل، (۱۳۹۰)، «بررسی تحول مفهوم جنایت تجاوز پس از تصویب اساسنامه رم با تأکید بر کنفرانس بازنگری ۲۰۱۰ کامپالا»، پایان‌نامه، ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه قم.
۱۲. کیتی شیایزری، کریانک ساک، (۱۳۹۱)، «حقوق بین‌المللی کیفری»، مترجمان: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران، سمت.
۱۳. موسی زاده، رضا و فروغی نیا، حسین، (۱۳۹۱)، «تعریف جنایت تجاوز در پرتوی قطعنامه کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در کامپالا»، فصلنامه راهبرد، سال بیست و یکم، شماره ۶۳.

۱۴. نسیم فر، علی، (۱۳۸۵)، «جرم تجاوز در دیوان کیفری بین‌المللی»، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیستم، شماره ۴.

ب: فهرست منابع لاتین

15. Anderson, Michael, (2010), **Reconceptualizing Aggression**, Duke Law Journal, Vol. 60, Issue 11.
16. Arsanjani, Mahnoush, (1999), **The Rome Statute of the International Criminal Court**, American Journal of International Law, Vol.93, Issue 1.
17. Boge, Yessin, A. M, (2007), **The Council and the Court: Shared Objectives or Opposing Views on the Crime of Aggression**, School of University College Dublin.
18. Clark, Rogers, (2009), **Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression**, Its Element, and Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction over it, European Journal of International Law, Vol.20, Issue 4.
19. Coalition for **International Criminal Court**, available at <http://www.iccnw.org> visited in 8 July 2010.
20. Craw F, Michael, and Jami Miscik, **Rise of the Mezzanine Ruler: The New Frontier for International Law**, Foreign Affairs, Vol.89, Issue 6. 2010, (November/ December).
21. Glennon, Michael J. (2010), **The Blank-Prose Crime of Aggression**, The Yale Journal of International Law, Vol. 35, No.4.
22. <http://www.iccnw.org> visited in 8 July 2010.
23. Jiang, Jeny Miao, **and the International Criminal Court: What in World is to Say?** University of California, Berkeley- School of Law. 2004.
24. Kreb, Claus and Leonie von Holtzendorf, (2010), **The Kampala Compromise on the Crime of Aggression**, Journal of International Criminal Justice, Vol.28, No.3.
25. Non – Paper by the Chair Further Elements for a Solution on the Crime of Aggression, RC/WGCA/2, Kampala 31 May- 11June 2010. -ICTY, Celebici, Judgment, para. 378.
26. Resolution 1422, Adopted by SC at its 4572th Meeting, on 12July 2002, Index: S/RES/1422(2002).
27. Scharf, Michael. P, (2012), **Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression**, Harvard International Law Journal, Vol. 53, No.2.
28. Scheffer, David, (2009), **the International Criminal Court and Crime of Aggression: A pragmatic Approach to Jurisdictions and Definitional Requirements for the Crime of Aggression in www.SID.ir Archive of SID the Rome Statute**, 41 Case Western Reserve Journal of International Law, Vol.3, No.2.
29. Schuster, Matthias, (2003), **The Rome Statute, Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword**, 14 Criminal Law Forum, Issue 1.

30. Stahn, Carsten, (2010), the End, Biginning of **the End or the Biginning?** **Introducing Debates and Voice on the Definition**, Leiden JournalInternational Law, Vol.23, Issue4.



دلانجو په آوارولو کې د مينځگړيتوب رول

حضرت گل حسامي

سريزه:

که دانساني ټولني دلرغوني تاريخ پاني يوه په بله پسي واروو نودا به راته جوتنه شي چي انسان يو ټولنيز مخلوق دی او مجبور دی چي په ټولنه کې د نورو انسانانو سره په گډه ژوند وکړي او د ژوندانه اړتيا وی له بيلا بيلو لارو پوره کړي.

څرنکه چي هرانسان ځانگړی فکر، غوښتنی او اړتياوي لری نو دخپلو اړتياوو په پوره کولو کې هرور د بل انسان سره د ده لانجه پيښيږي . د لانجي دحل لپاره بايد يوه مرجع شتون ولري .

په لومړنيو ټولنو کې دولت شتون نه درلود . له دولت پرته ټولني ، يعنی د انساني ټولني ډيري لرغونی نوعی، واکمن نه درلود اولرترلره يي ديرش زره کاله په همدي

ترتيب ژوند كړې دى . په يوه ډلبندۍ كې كولاى شوله دولت پرته ټولني هم په دوه ډلو بدوي قبایلو (nomadic tribe) او متفرقو ټولنو (segmental society) وويشو. بدوي قبایل له مشراو بنسكاريانو څخه تشكيل شوي و. اود دوهمې ډلې ټولنه په پراختيا موندلو ټولنو مشتمله وه چې په لومړنيو قبایلو كې له مينځ ته راغلي تغيير ځيني چې د خوړوله راټولولو څخه دخوړود توليد اقتصاد ته رسيدلي و، ايجاد شوي وه .

دى اصولاً كوچنيو ټولنو، له اقتصادي نظره يوله بل سره مرسته كوله اوسره گډې وي . دا جوړښت نسبتاً د افرادو په برابر و حقوقو او مكلفيتونو ولاړ و او له ابتدايي وسايلو يې گټه اخيسته .

ديو پوه دخترگندونو له مخې د دولت نه درلودونكو ټولنو دتيت او پرک اوسره پاشلي جوړښت په دليل د ټولني سازمانول او سروسامان ورکول دخپلوۍ د اړيکو او ټولنيز مسووليت پر بنسټ صورت نيوه اود قبيلې غړيو په ټينگه له ډلې سره پيوند درلود او د (فرديت) مفهوم كوم ځانگړې ځای ځايگي نه درلود . او داځانگړنه دانحراف د پيښيدو او جرم د ارتکاب دکمښت لامل گرځيده ، ځکه دي جوړښت دهغوی ترمينځ يو ډول همغږي رامينځ ته كړي وه. که چيري کومه مخالفه کړنه ترسره كېده قبيلې دهر ډول رسمي حقوقي نظام پرته دهغي په حل لاس پوري كاوه . دمينځ ته راغلي زيان اوضرر له څيړني وروسته ، ټولني دهغي دحل لپاره مناسب تصميم نيوه او دي اقدام په پای كې بايد د زيانمن شوي د رضایت موجبات برابرول ، له هغه ځايه چې ټولنيز مسووليت دمجرمي اومتضرري ډلې ترمينځ له مهمو ټولنيزو او اقتصادي اړيکو سره تركيب شوی و ، د لانجی حل اوفصل اوورځني ژوندانه ته دبیرته ستنيدو دشرایطو آسانول اړين و ، دي حل اوفصل معمولاً په هغه لارو چارو صورت نيوه چې په دي ټولنو كې يې عدالت د اجراكولو بيلا بيلې بنی تشكيلولی .

په دي څيړنه كې مونږ لومړی دلانجې په هكله لنډی خبري كوو چې اصلاً لانجه څه ته وايي اوولي رامينځته كېږي ، بيا د مينځگړيتوب په تاريخچې غږېږو ، ورپسې په

اسلام کي د مينځگړيتوب په باب گړپړو او په پای کي په خپل گران هيواد افغانستان کي دلانجو په حل کي د مينځگړيتوب په رول او اهميت رڼا اچوو .

الف : لانجه څه ته وايي او ولي رامینځته کيږي ؟

لانجه (conflict) د لاتيني (configure) او (conflicts) له کلمي څخه اخیستل شوی ده . چي دشخړي ، لانجي ، منازعي ، اختلاف ، ټکر ، کشمکش ، جگړي اوداسي نورو معناوو په مفهوم ژباړل کيدای شي .

په فلسفي لحاظ د ټولني ديلايلو طبقو ، ډلو ، گروپونو او قشرونو تر مينځ فلسفي ، مفکوروي ، ايډيالوژيکي ، نظامي اوسياسي ، نظرياتي ټکراوتصادم ته وايي ، چي د متضادو اړخونو تر مينځ بيلايل دريځونه ونيول شي .

داروا پوهني له مخي د بيلا بيلو کسانو ، گروپونو او خلکو تر مينځ توپيرونو اواختلافونو له دود، دستور، جغرافيو چايريال د ژوند سببونو اوداسي نورو اړخونو څخه سرچينه اخیستي وي .

د ويبستر (Webster) ډکشنري له مخي (conflict) د جگړي يا مبارزي معنا لري ، يعنی لانجه د دوو ډلو تر مينځ فزيکي مقابلي ته وايي ، خو په پراخه توگه په نظريو ، غوښتنو اوموځو کي يوڅرگند توپير او اختلاف دی .

دويستر ډکشنري دوهم تعريف داسي دی چي له لانجي څخه مطلب دغوښتنو يانظرياتو تصوري اختلاف دی چي ډلي خپلو روانو هدفونو ته په دوامداره توگه نه شي رسيدلی .

دهاکراوويلمات (HaKer and wilmat) له نظره لانجه لږ تر لږه د دوه بشکيلو تر ډلو تر مينځ يوه څرگنده مبارزه ده ، چي ديلايلو موځو اومحدودو سرچينو په هکله بيل تصور اود هدفونو په لاس ته راوړنو کي ديوابل په چارو کي مداخله کوي .

دجان ديوي (John Dewy) له نظره لاندې يوه څرگنده مبارزه ده ، چې د دويا خوسره ټرليو گروپونو په مينځ کي چې له خپل ځانگړي تصور، لږو سرچينو او دنورو د لاسوهني څخه د خپلو موخو دلاسته راوړلو لپاره مينځ ته راځي .

له پورتنيو توضيحاتو وروسته په لنډه توگه ويلاى شو چې لاندې دانسانانو دژوندانه له ځانگړنو څخه گڼل کيږي . لاندې يوه طبيعي چاره ده چې د انسانانو په ژوندانه کي د ژوندانه له فردي او فاميلي کچي څخه نيولي د نړيوالي کچي ترپريکړي پوري رامينځ ته کيږي .

لاندې هغه مهال پېښيږي چې د افرادو ، ډلو او بنسټونو دافکارو گټواو غوښتنو ترمينځ اختلاف او ټکر رامينځ ته شي . دانسانانو د پيدايښت له پيله ترننه د بشري ټولنو ترمينځ په بيلا بيلو بڼو لاندې شتون درلود . د دي ترڅنگه د تاريخ په اوږدو کي د بشريت په مينځ کي دلاندې دحل يوه ډيره اغېزناکه او معموله طريقه مينځگړيتوب ؤ .

مينځگړيتوب داسي يوه لاره چاره ده چې کولای شو په بيلا بيلو کچو دهر ډول لاندې په حل کي تري گټه واخلو

ب: د مينځگړيتوب تاريخچه :

مينځگړيتوب ، له سوله ييزي لاري دا اختلافاتو د آواري او حل اوفصل لپاره ديوي رويي اوميتود په عنوان د بشري ټولنو په بيلا بيلو فرهنگونو کي اوږد تاريخ لري . له لرغونو زمانو څخه دعوه ، لاندې اواختلاف په بشري ټولنو کي شتون لري او ددی لاندې د آواري لپاره هم د حل لاري اوميتودونه موجودو چې په هر عصر او زمانه کي يي تغيير اوتکامل موندلی دی .

مينځگړيتوب په نننۍ نړۍ کي يوه نوي پدیده نده مينځگړيتوب له پخوا وختونو راهيسي د افرادو ، ډلو، قومونو ، گوندونو او هيوادونو ترمينځ ديو معمول ميتود او روش په څير شتون درلودلی دی . په لومړنيو ټولنو کي يي د مينځگړيتوب له طريقی څخه د لاندې د آواري او حل اوفصل او دجگړي دمخنيوي لپاره د دريم اړخ په واسط

استفاده کوله او په دي ترڅ کي مينځگړيتوب د لانجی د دواړوخواوو تر مينځ د اړيکو دتامين لپاره يوه وسيله وه .

مينځگړيتوب له تاريخ څخه په وړانديو ټولنو کي په ټوله نړۍ کي هم معمول او دود ؤ . د مثال په توگه په لرغوني مصر، يونان ، روم ، شمالي امريکا، افريقا ، لرغوني چين او نورو هيوادونو کي د لانجو په آواری کي يو منل شوی اصل گڼل کيده . دهند په هيواد کي مينځگړيتوب د يو عرفی اصل له جملې څخه بلل کيده چي هغه يي د (پنچائيت) په نامه يا دا وه چی د لانجو په آواری کي تري گڼته اخيستل کيده .

له تاريخ څخه دورانديو خلکو تر مينځ له مينځگړيتوب ځيني موخه د دښمنو خواو يادلانجی دارخونونږدي کول ؤ ترڅو يوله بله کښيني خپل اختلافات دخبرواتروله لاري او په نه تاوتریخوالي ولاړاويانا پلوي دريم شخص (دريمگړي يا مينځگړی) او دواړو خواوو ته دمنني وړشخص په واسطه حل اوفصل کړی .

مينځگړيتوب دنورو ټولنيزو اوسياسي پديدو په څير دزمانی په اوږدوکي په بيلابيلو بڼو صورت نيولی دی چي دهغو ټولو توضيح او تشریح د دي کوچنوتی مقالې له حوصلی څخه بهر برينبي ، په دي برخه کي په همدې توضيحاتو بسنه کيږی .

ج : مينځگړيتوب په اسلام کی :

جوته ده چي مينځگړيتوب يوله هغه مسایلو څخه دی چي د اسلام دمبين دين په تاريخ کي د منل شويو لارو چارواو دلانجوپه حل اوفصل کي ديوي ډيري غوره په کارراتلونکي طريقي په څيرد ځانگړی ځای ځايگی درلودونکی دی . اسلام خپلو پيروانو ته امرکوی چی ، د لانجی دحل ، د دواړو خواوو تر مينځ دلانجی په شاوخوا کي دسولي د رامينځ ته کولو او ټينگښت په موخه په وساطت (واسطه کيدلو) او مينځگړيتوب لاس پوري کړی ، په خپل مينځ کی اصلاح د دريمگړي شخص د منځگړيتوب په معنا دی او په سولي او جورجاري سره د دوومسلمانانو تر مينځ د اختلاف

حل او فصل مومنانو ته د اسلام له ټينگواو امرو څخه دی . الله تعالی جل جلاله په قرآن کریم کی فرمایي : ژباړه : سوله غوره ده .^۱ همدارنگه الله تعالی جل جلاله په قرآن کریم کی فرمایي : ژباړه (که چيري د مؤمنانو دوه ډلې يوله بل سره لانجي يا جگړې ته راپاڅيږي ، دهغوی ترمينځ سوله وکړې)^۲ البته د بنکيلواو دبنمنو ډلو ترمينځ وساطت او مينځگړيتوب په ټولنه کی دنظم او امنيت د خونديتابه او ساتنی لپاره خوراړين دی .

له همدی کبله د پورتنی آیت د صراحت پر بنسټ قرآن کریم دريمه ډله (دريمگړي) چي په جگړه کي بنکيل نه دي مکلف گرځوی چي د هغوی په مينځ کي چي په جگړه اودبنمنی کي دي په اصلاح لاس پوري کړي او د دوی ترمينځ سوله ټينگه کړي . همدارنگه په بل ځای که فرمایي : ژباړه : (له خدايه وويريږی او په خپل مينځ کی سوله وکړې)^۳ په همدی ترتيب فرمایي : ژباړه : (مومنان سره ورونه دی ، نود خپلو ورونو ترمينځ سوله وکړې)^۴

مفسرين دپورتنی آیت شريف په تفسير کی ليکي چي د مؤمنانو ترمينځ په اړيکو کي اصل، محبت اودوستی اوسوله ده ، لانجه اوجگړه يواستثنایي حالت دی . د لانجی د پيښيدو پرمهال مسلمانان مکلف دی چي هغه خپل اصل ته چي عبارت له سولی ، اتفاق ، وروړگلوۍ ، دوستۍ او مرستي څخه دی وروگرځوي .

پورتنی آياتونه ټول د دريمگړی شخص يا د دريمي ډلي د (مينځگړيتوب) له لاري دوساطت په اصل دلانجو دحل او فصل ديو سوله بيزميتود په څير صراحت لري .

۱- سوره النساء آیه ۱۲۸

۲- سوره حجرات آیه ۹

۳- سوره الانفال آیه ۱

۴- سوره حجرات آیه ۱۰

دپیغمبر اکرم صلی الله علیه وسلم په احادیثو کې هم د خپلمنځي شخړو اود اختلافاتو او دښمنیو په حل اوفصل سپارښتنه له پام وړاهمیت ځینی برخمنه ده . پیغمبر اکرم (ص) په یوه روایت کې فرمایي :

ژباړه : (په خپل مینځ کې اصلاح د لمانځه او روژې له یوکلن عبادت څخه غوره دی) او په بل ځای کې یې وفرمایي : ژباړه : په خپل مینځ کې اصلاح دسرو زرو او مال له صدقې ورکولو څخه افضله ده (بیا هم له انحضرت (ص) ځینی منقوله ده چې فرمایي : ژباړه : په خپل مینځ کې اصلاح دښت له څانگوڅخه یوه څانگه ده)^۲ . همدارنگه پیغمبر اکرم (ص) فرمایلي دي : (که چیرې ظالم وویښی اونوموړی له خپل ظلم څخه راونه گړځوي ، ډیر ژر به څښتن تعالی (ج) د ظلم عواقب (پایلی) په ټولو باندي رابښکته کړي) .

حضرت محمد (ص) پخپله په خپل عملي ژوندانه کې د مینځگړي په عنوان دلانجوپه آواري او حل اوفصل کې بنسټیز رول آدا کړی دی .

د دوه قبیلو (اوس) او (خزرج) ترمینځ دحضرت محمد (ص) د مینځگړیتوب داستان د اسلام په تاریخ کې د دی مدعا څرگند گواه دی .

(اوس) او (خزرج) په مدینه کې دوه میشتی او استوگني قبیلې وې او کلونه کلونه یوله بل سره په جگړه اودښمنۍ کې وې . دا دوه قبیلې هیڅکله د چاپه مشرتابه او واکمنۍ سره نه جوړیدلي . خو دپیغمبر (ص) په مشرتابه د مسلمانانو دهجرت پرمهال یې دمینځگړي په عنوان د ده په مشرتوب هوکړه وکړه چې د انحضرت (ص) دمینځگړیتوب په پایله کې دی دواړو قبیلو چې کلونه کلونه یې په خصومت او دښمنۍ کې تیرول ، د وروڼو په څیر یې له نوي سره د سولي او آرامۍ په فضا کې ژوند پیل کړ .

۱- ابو داود، ترمذی و نسایی

۲- ابن ابی جمهور احسایی، عوالی اللئالی (قم : سید الشهداء ، چاپ اول ، ۱۴۰۳ ق) ج ۱ ، ص ۲۶۶ .

د حدیسی سوله چی دفتح په سورت کی تري یادونه شویده د لومړني او ربنده په هکله ده چی دحضرت محمد (ص) او پیروانو له خوايي له مخالفینو سره دمکي د زیارت دمراسمو دسرتو رسولو په خاطرپري هوکړه وشوه . او دا پینښه دمسلمانانو لپاره له خورا زیات اهمیت ځینی برخمنه ده . حضرت محمد (ص) د مینځ ته راغلی لانجی دحل په موخه دحدیسی دسولی پرمهال د(بدیل بن ورقا) دمذاکري اومینځکړیتوب له لاری له خپلو مخالفینو سره د سولي تړون لاسلیک کړ .

هغه مهال چی حضرت معاویه (رض) له حضرت علی (ک) سره د(صفین) په سیمه کی په جگړه ونښت . له یو څه مودی وروسته د شام خلکو قرآنونه دنیزو په څوکو پورته کړل او دواړه خواوی یی سولي ته راوبللي او دقرآن کریم په رڼا کی د دوی د لانجو دحل او آواری غوښتونکی شول. دواړو خواوو جگړه و دروله اوهوکره یی وکره ترڅو دخپلو اختلافاتو موضوع دکال په پیل کی دحکمیته له لاری د(ازرح) په سیمه کی (په شام کی دیوی سیمی نوم دی) حل اوفصل کړي . دحضرت علی (ک) له خوا ابوموسی اشعری او دمعاویه (رض) له اړخه عمروبن ابی العاص د حکمانو په توگه وټاکل شول ترڅو شته اختلاف ته رسیده نه (رسیدگی) وکړی . له دی پینښی لږ وروسته دخوارجوقضیه مخی ته راغله . دحضرت علی (ک) یوشمیر پلویان له ده ځینی بیل شول او دحضرت علی(ک) اوحکمیته په نسبت یی خپل مخالفت اعلان کړ. هغوی د (لاحکم الله) یعنی (حکم دالله ج) له خوا دی (شعارییل کړ. خوارج دحروراء په نامه سیمه کی (کوفي ته نږدی یوه سیمه ده) راغونډ شول .

حضرت علی(ک) ، عبدالله بن عباس د مینځکړی په توگه هغوی ته واستاوه چی له ډیرو زیاتو مباحثو وروسته خوارجو دعبدالله بن عباس مینځکړیتوب ونه مانه ، چی حضرت علی (ک) دنهروان په سیموکی له دوی سره په جگړه ونښت چی له دواړوخواوو څخه زیات کسان په کی ووژل شول. که څه هم دعبدالله بن عباس مینځکړیتوب له ماتي سره مخامخ شو خو په هغه زمانه کی له مینځکړیتوب څخه په سوله بیزه توگه دلانجی د آواری او حل دیوه میتود په څیرگټه واخیستل شوه.

د: مینځګړیتوب او مینځګړی :

۱- مینځګړیتوب : چی په انگلیسی ژبه کی د (Mediation) په نامه یادېږي، هغه فعالیت دی چی دهغه پر بنسټ ناپلوی فرد (مینځګړی) د لانجی له دواړو خواوو سره په یوه اختلاف کی مرسته کوي ترڅو په یودوه اړخیز توافق لاس ومومي .

۲- مینځګړی: چی په انگلیسی ژبه کی د (Mediator) په نامه یادېږي له یو دریمګړي ، بیطرفه (ناپلوي) اود منني وړ شخص ځینی عبارت دی چی دیوي لانجی په حل کی رول ترسره کوي . نوموړی دتصمیم نیولو صلاحیت او واک نه لري خوله دواړو خواوو سره مرسته کوي ترڅو دحل په یوي داسي لاري چاري چی د لانجی د دواړوخواوو ګټي تامین کړي ، لاس ومومي . مینځګړی یوازي د لانجی دواړو خواوو ته لارښوونه کوي اومرسته ورسره کوي چی هغوی پخپله وروستی هوکړی ته ورسېږي څرنګه چی مینځګړیتوب یوه اختیاري پروسه ده اود مینځګړی په واسطه او دلانجی د دواړو خواوو په توافق اوهو کړی صورت مومي ، نود مینځګړیتوب لپاره د اختلاف د دواړوخواوو موافقت ، هغوی د مینځګړیتوب دپایلو په مننه نه ملزموي ، د مینځګړیتوب دواړه خواوی کولای شي له مینځګړیتوب څخه په لاس راغلي پایلي ومني یا یي رد کړي ، مګر دا چی هغوی خپل ځان له وړاندي څخه د مینځګړیتوب دپایلو په منلو مکلف وبولي . مینځګړیتوب یودارنګه میتود او لاره چاره ده چی پراخه استعمال لري او په هر ډول قضیو او یالانجو کی دتطبيق وړده . مینځګړیتوب نه یوازي په فردی کچه د لانجو په حل اوفصل او آواری کی په کار وړل کیږي ، بلکه په ملي کچه (دقومونو، ګوندونو او ډلو په لانجو) او په نړیواله کچه (د هیوادونو اونړیوالو سازمانونو په لانجو) کی هم خورا ډیر استعمال لري .

هـ : د مینځګړیتوب شرایط :

- د مینځګړیتوب لپاره باید لاندینی شرایط شتون ولری .
- ✓ د مینځګړی فیزیکی شتون .
- ✓ د مینځګړیتوب د دواړو خواوو شتون .

- ✓ په مینځګړیتوب کې دلانجی د دواړو خواوو مشروعیت .
- ✓ د مینځګړیتوب د دواړو خواوو په رسمیت پیژندل باید هر لوری خپل مقابل اړخ د مینځګړیتوب په بهیر کې د حضور او ګلهون په موخه په رسمیت وپيژني .
- ✓ د لانجی د دواړو خواوو ترمینځ د اختلاف شتون .
- ✓ د اختلاف وړ موضوع په هکله دحل د یوې لارې د موندلو لپاره دلانجی د دواړو خواوو رښتیني لیوالتیا او د مینځګړیتوب له لارې د خبرو اترو لپاره چمتو والی .
- ✓ د لانجی د دواړو خواوو تصمیم په پایلې د لاس موندلو لپاره دیو دریمګړي ناپلوي او خپلواک لوري په مرسته چی دلانجی په هیڅ لوري پوري تړاو نه لري .
- ✓ دمنځکینۍ هوکړې په صورت کې د مینځګړیتوب د پایلې د منلو لپاره د لانجی د دواړو خواوو تصمیم .

و : د مینځګړیتوب بنسټيزي ځانګړني :

- د مینځګړیتوب له بنسټيزو ځانګړنو څخه یوې دهغه اختیاري والی دی . په دې معنا چی لومړي : مینځګړي د مینځګړیتوب لپاره د لانجی دواړو خواوو ته په وړاندیز کې کوم مجبوریت نه لري .
- دوهم : له هغه لوري چی د مینځګړي لپاره د مینځګړیتوب وړاندیز کیږی دهغه په منلو او نه منلو کې دا اختیار والادی . دریم : دا چی د مینځګړی نظر د (حکم) دنظریه خلاف ، الزامی نه دی او مشورتی جنبه لري او دواړه خواوي د مینځګړي له خوا د وړاندی شویو حل لارو په منلو مکلفي نه دي .

ز : په افغاني ټولنه کې د مینځګړي ځانګړتیاوي :

- په افغاني ټولنه کې دلانجیو حل، د جرګې او مرکې په وسیله ډیر لرغونی تاریخ لري . له تاریخي څیړنو څخه څرګندیږي چی لرغونو آریایانو به خپلې زیاتره ستونزې، ستري او کوچنۍ مسئلې د جرګو مرکوله لاري حل او فصل کولي . دوی په عمومي توګه دوه

ډوله جرگي درلودی چی یوي ته یي سبها اوبلي ته یي سمیتي ویله . په دي جرگو کي په یوه کي عوام او په بله کي خواص راټولیدل .

د (سبها) جرگه په کلیو کي جوړیده اود کلي وړي پېښي به په کي فیصله کیدلی ، دا جرگه به په هرلوي کلي کي جوړیده او خانگړی ځای او خونه ورته ټاکل شوي وه چی ټول خلک به یي له استثناء په کي راغونډیدل او خپلي شخړي اولانجی به یي په کي فیصله کولې ، له ځینو نخبو نښانو څخه ښکاري چی ښځوبه هم برخه په کي درلوده . دي جرگو ته زمونږ اوسنی کلیوالي جرگي ورته دي .

(سمیتي) هم یو ډول قومي جرگه وه مگرد(سبها) غوندي دملت ټول خلک نه شوی په کي راغونډید لای، بلکي دامجلس به خاص دقوم دریشیانو(شاعران او فکري لارښوونکی) نجباوو مخورو اولویو کسانو چی پخپله پاچابه هم په کي گډون کاوه . البته دي جرگو مرکو د زمانې په تیرید وسره د خپلي ټولني د ځانگړتیاوو له مخي مینځگړي ته هم ځانته ځانگړني بيلي کړي دي چی لاندي ورته لنډه نغوته کيږي .

✓ عمر: د احترام وړ مشران .

✓ مهارت : د لانجی د آواری په هکله پوره معلومات ، پوهه اولیاقت ولري ، لکه نرخیان ، سپین ږيري ، دیني علماء ، خانان، ملکان، مخورین اود نفوذ خاوندان .

✓ عزت: مذهبي خلک لکه سیدان ، علماء کرام ، پیران .

✓ سپیڅلتیا: هغه کسان د مینځگړي په توگه منل کيږي چی تقوی او سپیڅلتوب یي خلکو ته څرگند وي .

✓ ناپلوي توب : ښه مینځگړی هغه څوک دی چی د ولس په دود او دستورله ټولونښه پوه شي او همدارنگه دلانجی له دواړو غاړو سره ښي اړیکي ولري او یا دهغوی دباورواو اعتماد څخه برخمن وي او دکوم اړخ پلوي ونه کړي .

✓ نیک شهرت : ښه نوم ، دښی کورنی غړی ، دصداقت ، اعتماد اوباوړخاوند وي ، ځکه د دوی دچلند له مخي لانجی ، جوړوونکي او ړنگوونکي شکلونه غوره کولای شي . د دي لپاره چی لانجه له وړانوونکي حالت څخه راوگرځي ، باید

مینځګړی دیادو شویو او صافو درلودونکی وي. دپوره پوهې او تجربې له مخې د لانجې په هکله په خاص مهارت معلومات راغونډ کړي، دلانجې حجم او شدت راکم کړي، بنه مورال ولري او ناپلوی واوسي. ټولې پریکړې د پاک وجدان له مخې په پوره عدالت او انصاف خاص د الله تعالی جل جلاله د رضا د حاصلولو په منظور وکړي په پای کې باید یادونه وکړو چې په هیواد کې د مینځګړیتوب د پروسي د قانوني کولو لپاره څو کاله وړاندي د افغانستان د اسلامي جمهوریت د عدلي وزارت له خوا مصالحي او مینځګړیتوب د قانون مسوده په (۱۹) مادو کې د ترمیمي عدالت کاري ډلې په واسطه جوړه شوه، چې د دې کړنولیکونکي هم د هغې په تسوید یې ونډه اخیستی وه.

د نوموړې مسودې په لومړۍ ماده کې د دې قانون موخې دارنگه تصریح شوي وی د مصالحي (جوړجاړی) او د مینځګړیتوب قانون لاندنیو موخو ته درسیدلو په منظور وضع کېږي:

- ۱- د اسلامي فرهنگ د و دول د سولې اوسازش (جوړجاړی) او د دواړو خواوو د اصلاح پر بنسټ.
- ۲- د اختلافاتو په حل او فصل کې دخلکو اوسیمه یيزې ټولني د گډون پیاوړي کول
- ۳- د فردي او قومي شخړوله، پراخیدا څخه مخنیوی.
- ۴- له عرفي (دودیز) عدالت سره د رسمي عدالت د سیستم تر مینځ د اړیکو تنظیم او دهغوی ترمینځه د اړیکې پیاوړي کول.
- ۵- دخپلوارتکابي اعمالو پروړاندي مسوولیت منلو ته د سرغړوونکو او مقصرانو هڅول.
- ۶- د جرم پرقربانیانو وارد شویو خسارو ته لومړیتوب ورکول اوله جرم څخه د راولاړ شویو زیانونو کمښت.
- ۷- د دوسیو د حجم او عدلی او قضایی بنسټونو دکار کمښت.

هيله ده چي پورته ذکرشوي قانون خپل دتائيد ، تصويب ، توشيح اوانفاذ پراوونه ووهی او دهغه په عملی کيدا سره زمونږ جگړه خپلی ټولنه د لانجو له مصيبت څخه د خلاصون په لورگامونه پورته کړي .

په گران هيواد کي د لانجو دکمښت په هيله !

اخځليکونه :

- ۱- اصول و فنون میانجیگری در حل و فصل منازعات ، سعید مراد (راهی) مطبعه احمدی ، کابل ، اسد ۱۳۸۷ هـ ش .
 - ۲- پښتو ، پښتانه او پښتونولۍ ، خیرنوال سید محی الدین هاشمی ، وحدت کتاب پلورنځی ، جلال آباد ، ۱۳۸۹ هـ ش .
 - ۳- په افغانستان کي د قانون جوړونې پیلامه ، قضاوتپوه حضرت گل حسامی ، سعید خپرځی ، کابل ، ۱۳۹۵ هـ ش .
 - ۴- جایگاه عدالت ترمیمی در فقه اسلامی و حقوق ایران ، روح الله فروزش ، انتشارات خرسندی ، چاپ دوم ، تهران ، ۱۳۹۳ هـ ش .
 - ۵- د لانجی حل ، غلام صدیق (نجات ، خروټی) د میوند خپرندویي ټولنی مطبعه ، کابل ، ۱۳۸۸ هـ ش .
 - ۶- عدالت ترمیمی ، دکتر حسین غلامی ، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) مرکز تحقیق د توسعه علوم انسانی چاپ سوم ، تهران ، ۱۳۹۱ هـ ش .
- او د لیکوال نورخواره واره یاد دښتونه .

د مباح د تقييد د مشروعيت دلایل او ضوابط يې

دويمه برخه

عبدالکریم فضلي

په مخکنۍ مقاله کې د مباح په ماهيت او د تقييد په اسبابو بحث تر سره شو په دې مقاله به د مباح د تقييد د مشروعيت دليلونه، د مباح د تقييد ډولونه او د مباح د تقييد ضوابطو باندې بحث وشي. داچې په اوسني عصر کې په قوانينو کې د مباح تقييد زيات مطرح دی نو له همدې امله مې وغوښتل چې د مباح د تقييد ضوابطو باندې مقاله وليکم خو دا معلومه شي چې د مباح تقييد د چا حق دی، څه وخت د مباح تقييد کيدای شي او د مباح د تقييد ضوابط څه دي.

د تقييد لغوي معنی: تقييد مصدر دی په لغت کې تړل، زنځير، شکل ورکول او منعې ته ويل کېږي (١) لکه چې ويل کېږي: (قيد الاسير) (بندې وتاړه) قيد الكتاب خط ته يې نقطې ورکړې (٢) لکه چې ويل کېږي: قيدت الدابة، او قيدت الكتاب (خاروی مې وتاړه او ليک ته مې شکل ورکړ، د تقييد جمع قيود راځي، مقيد د مطلق ضد دی، مقيد هغه دليل دی چې په هغه سره تقييد را منځ ته کېږي.

د تقييد تعريف: ما جي به لجمع او منع او بيان واقع (٣) هغه قيد چې خپلو افرادو ته شامل او د نورو مخنيوی او د يو صفت لپاره وي، دغه ته قيد وايي.

يا په بل عبارت: د يو څيز ماهيت ته د صفت او شرط نسبت کول دی، يعنې يو شئ په شرط او يا صفت سره مقيد کول دی.

په دې ځای کې اړینه ده چې د تقييد او تخصيص په منځ کې فرق وکړو، تخصيص، دې ته وايي چې د عام له مفهوم څخه ځينې افراد راويستل کوم چې عام لفظ ورته شامل دی او تقييد، دې ته وايي چې د مطلق له لفظ څخه ځينې افراد د بدل په توگه راويستل (IV) د تقييد بل فرق له تخصيص سره دادی چې: تقييد داسې تصرف دی چې مطلق ورڅخه ساکت پاتې وي او تخصيص داسې تصرف دی چې د نص ظاهر هغه ته شاملېږي لکه: «اقتلوا المشركين ولا تقتلوا اطفالهم ونساءهم» نو دا قول چې: «اقتلوا المشركين» د مشرکينو ماشومانو او بنځو ټولونه شاملېږي، ځکه چې په لغت کې د مشرکين لفظ په ټولو مشرکينو دلالت کوي او په عموم باندې دلالت کوي او دا قول (ولاقتلوا اطفالهم ونساءهم) نو دا دوی له عام لفظ څخه (مشرکين) راوباسي او په دې دلالت کوي چې اطفال او بنځو ته شاملېږي. (V)

تقييد د يو اضافي څيز غوښتونکې دی کله چې مونږ وايو: (اعتق رقبة) نو مؤمني او کافرې رقبې ته شاملېږي او هره يوه چې ازاده کړې، جواز لري، خو که داسې ووايو: (اعتق رقبة مؤمنة) نو په دې ځای کې فقط مؤمنه رقبة جواز لري، نو دلته د مطلق لفظ تقييد په اضافي صفت سره راغلی دي چې مؤمنه لفظ دی. خو تخصيص د اضافي څيز اجاب نه کوي، بلکې په تخصيص دفع او منع د هغو افرادو ده چې د عام حکم ورته شاملېږي لکه: (اکرم الطلاب) په دې ځای کې د ټولو طالبانو اکرام مطلوب دی او ټولونه شاملېږي او که داسې وويل شي: (اکرم الطلاب الشعراء) نو دلته د اکرام قصه په شاعرانو پورې تړلې ده، نو له هغه چا څخه اکرام دفع شو چې هغه شاعران نه دي.

د تقييد او نسخې توپير: متقدمين اصولين د نسخې او تقييد په منځ کې توپير نه کوي بلکې دواړه يو برابر گڼي، تر دې پورې چې استثناء، شرط او صفت د نسخې په لړ کې راوړي.

خو متاخرين فقهاء او اصولين يواځې نسخه په دې تعريف کې را اخلي: رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متاخر) (٧) نو د متاخرينو اصولينو له نظره د نسخې او تقييد په منځ کې فرق شته دی:

١ - په تقييد کې د مطلق حکم ټول له منځه نه ځي، بلکې د قيد په واردیدلو سره د اطلاق دایره تنگيږي او حکم په خپل ځای باقي پاتې دی او د تل لپاره مطلق نص په دغه حکم باندې دليل وی، خو نسخه داسې نه ده په هغه کې لومړی حکم د وروستي حکم سره له منځه ځي او عمل ورباندې نه کېږي.

٢ - تقييد په مخکنې، پيوسته او وروستي نص کې واقع کېږي، خو نسخه يواځې په وروستي حکم کې راځي کوم چې وروسته نازل شوی او د منسوخ څخه يې وروسته راغلي دی.

داچې مقيد څخه مطلب او مراد څه شی دی، ځينې فقهاء وايي چې مقيد د اسم فاعل صيغه ده له هغه څخه د متکلم اراده مراد ده او د متکلم په اراده باندې دليل دلالت کوي او دليل دغه اراده برېښه وي او ځينې اصولين وايي چې مراد له مقيد څخه دليل دی کوم چې په هغه سره تقييد واقع شوی، خو واقعيت دادی چې په اصل کې متکلم مقيد کوونکې دی، داچې متکلم په اراده سره تقييد کوي، نو د تقييد نسبت خپلې ارادې ته وکړ او هغه څه چې په اراده باندې دلالت کوي، هغه دليل دی، طلاق په دې معنی چې مسند اليه او مسند له قيد څخه آزاد وي او تقييد دا معنی چې مسند اليه او مسند په يو قيد سره مقيد وي.

د تقييد ډولونه:

١- د عامو او خاصو حقونو په اعتبار د تقييد ډولونه: دا چې اولو الامر کولای شي چې د ټولني حقونه مقيد کړي او که نه؟ په هغو ځايونو کې چې ضرورت او مصلحت وليدل شي اولو الامر کولای شي عامه حقوق په منعې سره قيد کړي. لکه د اسپې چې ځينې غرونه او ځنگلونه کې د رعيت تصرف منع کړي او هغه يواځې د دولت ملکيت وگرځوي چې ابن عمر رضی الله عنه وايي رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ربډې خرځای د



بيت المال د اوبسانو لپاره خاص کړ او نورو خلکو به هلته او بنان نه خړول (vii) د استدلال وجه داده چې کومې زمکې د دولت په ملکیت کې وي، له هغو څخه ټول مسلمانان گټه پورته کولای شي، خو دلته دغه عام حق مقيد شو په دې سره چې د بيت المال او بنان په کې وڅري، نو اوس هم اولو الامر کولای شي چې ځنگلونه، غرونه، دښتې او داسې نور مقيد کړي چې يواځې دولت پورې اړه پيدا کړي او رعيت له لاسونو څخه يې راوباسي، په اوس وخت کې زمونږ په هيواد کې هم ځنگلونه او غرونه دولت خپل ملکیت گڼي او څوک په هغو کې تصرف نه کوي او تصرف يې جرم گڼل کېږي.

حکومت د دې حق لري چې د اړتيا له کبله خاص ملکیتونه د دولت وگړځوي، مالک ته يې قيمت ورکړي او يا پرته له قيمت څخه خاص ملکیتونه د ټول گټو لپاره وکاروي او له مالک څخه يې واخلي.

۲- د منعي او الزام په اعتبار د تقيد ډولونه: دا د تقيد بل ډول دی چې د مباح په هکله باندې ورڅخه بحث کېږي، دا چې اولو الامر د دې واک لري، چې په رعيت باندې مباح ملزم کړي، دا به په خپل ځای کې ورباندې بحث وشي، خو دلته دومره يادونه کوو چې اولو الامر کولای شي مباح په الزام سره تقيد کړي، لکه هغه حکم وکړي چې غوښه به په اوونۍ کې دوه ځله خورئ او يا حکم وکړي چې کورونه به له دوه پوره زيات نه جوړوئ، لکه مونږ په دې اړه د اصحابو کرامو بيلگې هم لرو چې کله د سعد بن ابی وقاص (رضی الله عنه) په وخت چې د کوفې والي و، اور ولگيده، اتيا يا نوي کورونه وسوځيدل او د هغو چتونونه د نيو څخه و، عمر فاروق (رضی الله عنه) ته يې مکتوب راوليږه چې په خښتو سره د کورونو د جوړولو حکم واخلي، عمر فاروق (رضی الله عنه) داسې ورته وليکل: ولايزيدن احدکم علی ثلاثة ابيات (viii) له دريو پورونو څخه دې هيڅ يو ستاسې کور زيات نه جوړوي) دلته د استدلال وجه داده، چې په حقيقت کې د کور جوړول په څو پورونو پورې مقيد نه دي، بلکې مباح امر دی چې څوک يې

خومره جوړوي، خو بل ته به فاحش ضرر نه رسوي، په دې ځای کې عمر فاروق (رضی الله عنه) د کوفي خلک په دريو پوړونو باندې مقید کړل، نو دا الزام په مباح باندې شو.

۳- د جواز او عدم جواز په اعتبار د تقييد ډولونه: اصولينو تقييد په بل اعتباره سره هم ويشلی چې جاييز او نا جاييز تقييد دی، بيا دغه جاييز تقييد دوه ډوله دی، چې په لاندې توگه تر څيرني لاندې نيسو:

الف - ناجاييز تقييد: ناجاييز هغه دی چې د شرعي نصوصو په خلاف وي، يا داسې مباح تقييد کړي چې د مصلحت په خلاف وي لکه اولو الامر حکم وکړي چې اوبه به نه څښي يا به غنم نه کړي، يا داسې حکم وکړي، چې په مطلقه توگه حکم وکوي چې له يوې څخه زياتې بنسجې به نه کوي امير يا اولو الامر حق نلري چې داسې تقييد وکړي چې په هغه سره شرعي نص تر پښو لاندې راشي او يا هم په رعيت باندې دروند تمام شي د رعيت د مصلحت په خلاف وي، په حقيقت کې خو تقييد د هغه مباح جواز لري چې د يو څيز اصلي حالت مباح وي او تقييد د دې لپاره وي چې د رعيت مصلحت په کې وي او يا د ضرورت لپاره وي، پرته له هغه څخه تقييد ناجاييز دی.

ب - جاييز تقييد: دغه تقييد دوه ډولونه لري يو دا چې ملزم وي او دويم غير ملزم يعنې په اصل کې د مباح تقييد درست دی، خو دغه درست تقييد لازمي بڼه لري چې ارومرو يې په رعيت باندې منل او سرته رسول لازم دي او په نه کولو يې قانوني چلند کېږي، ملزم تقييد د اولو الامر او ولس مشر له خوا وي: ځکه چې دغه صلاحيت اولو الامر ته رعيت ورکړی او په خپله خوښه او اختيار سره يې له هغه سره عقد کړی چې ته زمونږ وکېل يې، نو چې کله هغه يو څيز مقيد کړی پر رعيت باندې يې منل لازم دي که چېرې اولو الامر حکم وکړي، چې هر گهيځ به سپورت کوي، نو په رعيت باندې دا لازميږي چې هر گهيځ سپورت وکوي او يا اولو الامر حکم وکوي چې په اوونۍ کې دوه ځله قصايي کېږي او غوښه به خورئ نو پر رعيت يې دغه حکم د مباح تقييد لازم ګرځي.

غير ملزم تقیید: تقیید په اصل کې جواز لري، خو په چا باندې لازم نه دی، بلکې که و یې مانه درست دی او که یې نه مانه، نو څوک ورباندې هغه ملزم ګرځولی نه شي، بلکې د هرچا خوښه او اختیار دی چې عمل په هغه کوي او که یې نه کوي، دا د مجتهد او مفتي تقیید دی لکه مجتهد ووايي چې په اوونۍ کې دوه ځله غوښه خورئ دا تقیید په چا لازم نه دی او یا مفتي ووايي چې فلاني مذهب باندې عمل کوي، نو دا په چا باندې نه لازميږي، نو دغه ته غیر ملزم تقیید وايي.

د اولو الامر د ټاکلو موخه دادی چې د رعیت دیني او دنيوي چارې سمې پر مخ بوځي دا چې شرعي سیاست د دولت تدابیر او د رعیت د چارو سمبالول دي، نو د مباح تقیید په شرعي سیاست پورې تړاو لري لکه په دې اړه فقهاء وايي: سیاست دادی چې په کولو سره یې رعیت اصلاح ته نژدې کېږي او له فساد څخه لرې کېږي که څه هم چې رسول الله (صلی الله علیه وسلم) هغه نه وي ایښي او نه هم ورباندې وحې نازل شوې وي (ix)

د مباح د تقیید د مشروعیت دلیونه: په دې بحث کې د مباح د تقیید د مشروعیت دلیونه وړاندې کېږي، دا چې د مباح تقیید د اصول فقه موضوع ده چې یو څیز له مطلق اباحت څخه په الزام یا منعې سره مقید کېږي، په دې اړه اصولینو څه ناڅه بحثونه کړي دي، خو په تفصیل سره یې بحث نه دی ورباندې کړی چې د مباح د تقیید دلیونه هم راوړي، نو ضروري ده چې د مباح د تقیید شرعي دلیونه وړاندې شي، د مباح تقیید په قرآن کریم کې هم بیلګې او په نبوي سنتو کې هم نمونې راغلي، الله تعالی خو شارع دی او نبي کریم (صلی الله علیه وسلم)، د شارع د حکم تشریح کوونکی دی، همدغه راز د مباح تقیید د صحابه وړ په آثارو او ژوند کې هم رامنځ ته شوی دی.

قرآن کریم: په قرآن کریم کې دا حکم شته دی چې ښکار کول مباح چاره ده، که څوک یې کوي او که یې نه کوي، خو د محرم لپاره چې د حج یا عمرې احرام یې تړلی وي، ښکار کول نا جائز دي او په احرام کې د ښکار کولو څخه منعه دی، که

چېرې يو شخص د احرام په حالت کې بنسکار وکړي، نو پر هغه دم لازمېږي، الله تعالی فرمائي: {أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ} (X) د تاسو لپاره بې ژبې څاروي حلال شوي دي، مگر هغه چې پر تاسو باندې به ولوستل شي بې له دې چې حلال گڼونکي د بنسکار اوسېږي په داسې حال کې چې تاسو په احرام کې يا ستي) په پورته آيت کې دوه مسئلې راغلي دي: يوه دا چې د احرام په حالت کې بنسکار حرام دی او دويم دا چې که تاسو په احرام کې نه ياستئ، نو بنسکار کول روا دي، دا چې عادي او پرته له احرام څخه بنسکار کول مباح چاره ده، د احرام په وخت کې مقيد په حرمت شو، که چېرې څوک ووايي چې الله تعالی د احکامو شارع دی، مختار کل دی، د حل او حرمت واک د هغه په واک دی، خو د بل چا په واک د مباح تقيد کول يو ډول تشريعی حکم دی او دا جواز نه لري، همدا د الله تعالی فضل او مهرباني دی چې ځينې څيزونه يې مباح گرځولي دي، تر څو د حالاتو او ظروفو په بدلون سره هغه مقيد په الزام او يا هم په منعي سره مقيد شي، بل دا چې الله تعالی په قرآن کریم کې فرمائي: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ} (XI) ای مؤمنانو د الله اطاعت وکړئ او د پيغمبر اطاعت وکړئ او د خپلو اميرانو اطاعت وکړئ) په دې ځای کې د اولو الامر اطاعت باندې الله تعالی امر او حکم کړی، نو د اولو الامر د اطاعت ساحه همدا د مباح تقيد دی، که هغه په الزام سره وي او که هغه په منعي سره وي، که چېرې اولو الامر د اطاعت ساحه نه وي، نو بيا خو الله تعالی د هغه په اطاعت حکم نه کاوه.

سنت: په سنتو کې هم دامستله راغلې ده، چې مباح تقيد شوی دی: عبدالله بن عمر (رضی الله تعالی عنه) وايي: حمی النبی ((صلى الله عليه وسلم)) الریذة لابل الصدقة (XII) نبي کریم (صلى الله عليه وسلم) د ریذې زمکه د بیت المال د اوسانو لپاره خرڅای وگرځوله) په دې حدیث کې د استدلال وجه داده چې د کومې زمکې ملکیت چې د اسلامي دولت سره وي، له هغو څخه ټول مسلمانان گټه اخیستلای شي او د دغو ځمکو يوه برخه يې (حمی) وگرځوله، هيڅوک هلته خپل څاروي نه شي خرولي، دا



خَمَكه يې د بيت المال د اوبسانو لپاره خاص كړه چې همدغه ته د مباح تقيد ويل كېږي.

دغه راز بل حديث كې راغلي: عبد الله بن عمر وايي: «ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) نهى ان توكل لحوم الاضاحى بعد ثلاث»^(Xiii) وروسته له درې ورځو څخه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) د قرباني له غوښې منعه فرمايلي ده) په دې حديث كې د قرباني غوښه خوړل او ساتل جايز دي او مباح چاره وه، خو چې كله د مدينې ښار ته له بانډو او كليو څخه فقيران راغلل او هغوى د خوراك لپاره څه نه درلودل، بې وزله ؤ، نو له كبله يې رسول الله (صلى الله عليه وسلم) له دريو ورځو زيات د قرباني له غوښو څخه خوړل او ذخيره كول منعه كړل او بيا يې څه وخت ځنډ وروسته بيرته دغه تقيد پورته كړ او د ذخيره كولو اجازه يې ور كړه، ځكه چې علت منتفى شو، چې هغه د فقيرانو اړتيا پوره كيدل و.

۳- حديث - عبادة بن الصامت وايي چې «ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قضى فى شرب النخل من السيل فالاعلى يشرب قبل الاسفل ويترك الماء الى الكعبين ثم يرسل الماء الى الاسفل الذي يليه»^(Xiv) بيشكه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) د خرماو د باغ له سيلاب څخه د خړوبولو لپاره دا فيصله وكړه چې لومړى پورته شخص خپل باغ اوبه كړي او تر هغه پورې به اوبه پريږدي، څو اوبه د ونو بيخونو ته ورسېږي، بيا اوبه بنسخته شخص ته چې كوم هغه ته نژدې دى خوشي كړي) په دې حديث كې د استدلال وجه داده، چې د خوړ او سيلاب اوبه د ټولو لپاره مباح دي، هر څوك ور څخه گټه پورته كولاى شي، څوك د دې حق نلري چې ځان پورې يې خاصې كړي، خو څرنگه چې اوبه له پورته تيزې روانې وي، نو پورتنى شخص ور څخه خپل كښت او زراعت ښه نه شي اوبه كولاى، نو په دې ځاى كې تقيد راغى چې لومړنى شخص دې اوبه بندې كړي او خپل كښت دې اوبه كړي حال دا چې اوبه خو د ټولو گټې دي او بايد په گټه ورڅخه استفاده وكړي.

۴- حديث - جابر بن عبد الله وايي چې رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فرمايلي دي: الشفعة في كل شرک) (Xv) په هر شريك څيز كې د شفعي حق شته دى) د شفعي

حق په اسلامي شريعت کې ددې لپاره شريک يا گاونډې ته ثابت دی چې د ضرر مخنيوی وشي، په ټوله کې خو داخبره ده چې د زمکې مالک کولای شي خپله زمکه پر يو چا باندې وپلوري کوم چې دده خوښه وي او هغه د خپلې زمکې په پلورلو کې آزاد دی خو بايع په دې اړه مقيد شوی چې خپله زمکه د خپل شريک له اجازې پرته په بل چا باندې نه شي پلورلی او د هغه دا مباح چاره شريعت مقيده کړه، تر څو د ضرر مخنيوی وشي.

د اصحابو اثار: په اثارو کې ډير داسې روايتونه او واقعات راغلي چې مباح په الزام يا په منعي سره تقيد شوی دی، اصحابو کرامو چې مباح تقيد کړی دی د ضرورت او مصلحت په اساس او دغه پيښې ته په صحيح سند باندې موږ رسيدلی دي او د اسلامي امت فقهاء او اولو الامر د فتوی په ورکولو کې دليل ورباندې نيسي، په دې اړه ځينې بيلگې دلته راوړو:

۱ - عمر فاروق (رضی الله عنه) ته خبر ورسيد چې سعد (کوم چې د دويم خليفه په وخت کې د کوفې والي ؤ) خپل قصر ته درواز جوړه کړی، تر څو د خلکو غږونه ورته ونه رسېږي او د خلکو په منځ کې مشهوره شوې وه چې سعد قصر لري او دا يې د هغه قصر دی، نو عمر فاروق (رضی الله عنه) محمد بن سلمه خپل استازی کوفې ته وليږه، چې جاج واخلي چې سعد دا کار کړی او که نه؟ هغه ته يې امر وکاوه چې د قصر دروازه وسوځوي او بيرته مدينې ته راستون شي، محمد بن سلمه دا کار وکاوه، سعد چې خبر شو او هغه يې راوغوښت، محمد بن سلمه قصر ته دننه ورنغی، سعد خپله راووت او هغه ته يې د لارې مصرف ورکاوه، خو محمد بن سلمه وانخست او د دندې په هکله يې ورته د عمر فاروق (رضی الله عنه) مکتوب وښود او د اسلام خليفه به خپلو چارواکو ته ويل (اياکم والحجاب...) ^(xvi) په دې ځای کې د استدلال وجه داده چې د رعيت او واليانو په منځ کې فاصله پيدا نه شي او هغوی ته خپل شکايتونه وړاندې کړل شي، نو دا تقيد عمر فاروق (رضی الله عنه) کړی، که څه هم چې د قصر لپاره دروازه جوړول مباح چاره ده، خو عمر دا تقيد په منعي سره وکاوه.



۲ - عثمان (رضی الله عنه) د زکات د ادا کولو لپاره معلومه میاشت ټاکلې وه (xvii) که څه هم چې د زکات ورکړه په هر وخت کې جواز لري چې کله شرطونه پوره شي، خو دغه مباح په معین میاشتي پورې مقید کول د دې لپاره وه چې په یو کال کې دوه ځله زکات وانه خيستل شي، مگر په هماغه میاشت کې او بل دا چې خلک خپل قرضونه ادا کړي.

۳ - دغه راز څه وخت چې په کوفه کې اور ولگیده او اتیا کورونه وسوخیدل او دغه کورونه له نیو څخه جوړشوي و، په دې وخت کې سعد بن ابی وقاص یو مکتوب عمر فاروق ((رضی الله عنه)) ته ولیږدوه چې له خلافت څخه په خښتو سره د کورونو د جوړولو اجازه واخلي، نو د اسلام خلیفه اجازه ورکړه، خو هغه مقید په دې سره و چې له درې پورونو څخه به یې زیات نه جوړوي او داسې ورته لیکلي و: (ولایزیدن احدکم علی ثلاثة ایات) (xviii) د استدلال وجه داده چې د کور جوړول یو مباح چاره ده په ځانگړي شمیر پورې مقید او خاص نه دی، خو عمر فاروق ((رضی الله عنه)) په دریو کوټو پورې دغه مباح چاره مقیده کړه.

۴ - عبد الله بن مبارک وايي: عمر فاروق (رضی الله عنه) به چې څوک د ولایت لپار ټاکلو او هغه ته به یې مکتوب ورکاوه، نو د هغه شتمنی به یې ثبت کړه او څه وخت چې به هغه د ولایت له مقام څخه لري شو، نو خلیفه به ورسره حساب کاوه او کوم مال چې له ثبت مال څخه زیات و هغه به یې له هغه سره ویشه او یابه یې ټول ورڅخه واخیست (xix) د استدلال وجه داده چې عمر فاروق (رضی الله عنه) دا شرط څرځولی و چې څوک په دولتي دندې گماري خپله شتمنی به له دولت سره ثبت وي، تر څو د دندې په تصدی کې سوداگري ونه کړي، حال دا چې د والیانو لپاره په فارغ وخت کې چې د دولت وخت نه مصرفیږي تجارت کول جواز لري، خو عمر فاروق (رضی الله عنه) ددې ویره درلوده چې هغوی به له خپلو منصبونو څخه گټه پورته کړي او خلک به ورسره د هغه د منصب له کبله په تجارت کې رعایت وکړي، او بل دا چې عمر فاروق (رضی الله عنه) ددې ویره درلوده چې والیان خپل دولتي وخت د شخصي گټو لپاره ونه کاروي او د رعیت مصالح به ترې پاتې وي، نو ځکه هغه دغه

تقييد كړی ؤ، اوس هم د دولت مشرتابه كولاى شي چې خپل مامورين په همدغه چوكات كې په دندو وگماري.

۵ - عمر فاروق (رضى الله عنه) په خپلو واليانو دا شرط كړې وه چې په عجمي آسانو باندې به نه سپرېږي، نرمه جامه به نه اغوندي او د غنمو ډوډۍ به نه خوري) د دليل وجه داده چې په بنو او بدو آسونو سپريدل، بڼه او ناوړه جامه اغوستل او د غنمو ډوډۍ خوړل مباح عمل دى، كوم شرعي ممانعت شتون نلري، كله چې حلال وي كوم تقييد نشته دى، خو عمر فاروق خپلو واليانو ته دا شرط كړې وه، چې تر څو هغوى په رفاه او ترافه كې اخته شي او د رعيت خدمت به ور څخه پاتې وي او د رعيت څخه به خبر نه وي، دلته عمر فاروق د مباحو تقييد كړى دى.

۶ - عمر فاروق (رضى الله عنه) د مشرانو او لويو صحابه و سفر نورو ځايونو ته په خپله اجازې پورې مقيد كړى ؤ، مگر دا چې هغه به د رسمي او دولتي دندې لپاره تلو، (XX) په دې ځاى كې د استدلال وجه داده چې هر څوك ازادى لري چې له يو ځاى څخه بل ځاى ته سفر وكړي او دا چاره هر چاته مباح ده، نو اولو الامر چې دغه مباح په خپلې اجازې پورې مقيد كړى ترڅو د هغوى له مشورو او علم څخه امير المؤمنين كټه واخلي، نو ځكه خو امير المؤمنين دغه مباح مقيد كړ، يا به كېداى شي ددې لپاره هغوى له سفره منعه كړى وي چې تر څو دوى د دنيا بڼكلا په فتنه كې وانه چوي .

۷ - د عمر فاروق (رضى الله عنه) له اهل كتابو ميرمنو سره نكاح كول منعه كړى ؤ، له حذيفه بن اليمان (رضى الله عنه) څخه روايت دى چې هغه يوه يهودۍ بڼځه په نكاح اخيستې وه، نو عمر فاروق (رضى الله عنه) ورته داسې وليكل: طلقها، فكتب، مكتب اليه: لم؟ اهي حرام؟ فكتب اليه: لا ولكن خفت اتعاطوا المومسات منهن) (XXI)

د مباح د تقييد ضوابط:

۱- له شريعت سره به موافق وي: شرعي احكام چې د فرض، واجب او سنتو په درجه كې وي، مونږ باندې لازم دي چې اتباع وكوو، ترڅو ثواب په لاس راوړو، خو د مباح په اړه بنده مختار پريښودل شوى دى، چې سرته يې رسوي او كه نه، ځينې

وخت داسې پېښېږي، چې د مباح تقييد ته اړتيا پيداشي، نو اولو الامر د دې واک لري چې مباح تقييد کړي، خو دغه تقييد کې د حلالو حراموالي او د حرامو حلالوالي نه وي، تقييد به د شريعت موافق وي، د نص سره به په ټکر کې نه وي، هغه مباح چې اباحت يې په نص سره ثابت وي، په دايمي توگه په الزام يا منعې سره نه مقيد وي، په عمومي بڼه به يو څيز نه مقيد وي، ځکه چې همدغه د شريعت خلاف او ناجايزه چاره ده، چې مباح په دايمي توگه مقيد شي، ځکه چې يو څيز الله تعالی رواکړی او بل څوک يې منعه کوي او يا يو څيز الله تعالی مباح کړی او بل څوک يې واجب گرځوي، نو هيچا ته د منلو وړ نه دی او دا په دايمي توگه د شريعت سره تصادم کوي، هو که د ضرورت پر بنا مباح مقيد شي، جايز دی، ځکه چې بله چاره نشته دی او که بله لاره وای، نو بيا خو تقييد له سره روا نه دی، نو د عامو حاجاتو لپاره هم د مباح تقييد کېدای شي او دغه چاره د شرعي عامو نصوصو په رڼاکې رامنځ ته کېږي. په اسلامي شريعت کې ډير احکام ليدل کېږي، چې ځينې وختونه د حالاتو او زمانو په بدلون سره بدلون مومي، دغه راز د مباح تقييد د شرعي سياست په بنا د اولو الامر په امر چې د رعيت مصلحت په کې پروت وي کيدای شي.

۲- تقييد به د عام مصلحت لپاره وي نه خاص: کله چې اولو الامر د مباح تقييد کوي، هغه به د دې لپاره وي، چې عام مصلحت په هغه کې پروت وي، نه خاص مصلحت، لکه په دې اړه فقهي قاعده ده (تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة) (xxii) په دې قاعده کې دا مفهوم پروت دی چې د اولو الامر تصرف به د رعيت په گټه وي، برابره ده چې د مباح تقييد په الزام سره وي او که په منعې سره وي، د مباح تقييد به د يوې خاصې ډلې لپاره نه وي او نه به د خاص فرد لپاره وي او که داسې وي، نو دغه تقييد نادرست دی.

مصلح ډير انواع لري، خو دلته هماغه ډولونو باندې مکت کوو، چې د کوم مصلحت لپاره د مباح تقييد رامنځ ته کېږي، يو عام مصلحت دی او بل خاص مصلحت، عام مصلحت هغه دی چې په يوه پېښه کې شرعي حکم د ډيرو خلکو گټې

له ځان سره لري او هغه جلب وي، لکه د دين ساتنه، د نفس ساتنه، د عقل ساتنه او داسې نور چې ټول مسلمانان په کې شريک دي او په هغو پورې يې گټې تړلې دي. خاص مصلحت هغه دی، چې د يو نفر يا څو تنو، لږو افرادو پورې يې گټه تړلې وي، خاص مصلحت يا فردي مصلحت د عام مصلحت لپاره قرباني کېږي، د مباح د تقييد او مصلحت په منځ کې رابطه داده چې د مباح تقييد په مصلحت باندې ولاړ وي او دغه مصلحت د ظروفو او زمانو په تغيير سره بدلون مومي، مجتهد به گوري چې د مباح په الزام کې مصلحت دی او که د مباح په منعه کې مصلحت دی او يا که د مباح پر خپل اصلي حالت پريښودلو کې د رعييت گټه ده. نو د مصلحت شتون د مباح په تقييد کې په الزام سره وي يا په منعه سره همدغه د مصلحت او تقييد علاقه ده، چې اولو الامر يې دليل نيسي او مباح تقييد وي، د مباح تقييد او مرسله مصلحت هغه امور دي چې اجتهاد ته اړتيا او ضرورت ليدل کېږي.

د يادونې وړ ده چې هر مصلحت د اولو الامر لپاره د دې دليل نه شي کېدای چې مباح تقييد کړي، بلکې هغه مصلحت دليل گڼو چې په لاندې شرعي ضوابطو باندې ولاړ وي:

الف- د شريعت په مقاصدو کې به داخل وي، اولو الامر د داسې مصلحت له کبله د مباح تقييد نشي کولای، چې د شريعت له مقاصدو سره په ټکر کې وي، لکه اولو الامر حکم وکړي، چې فلان، فلان اشخاص دې مسجد ته نه ځي، دا تقييد درست نه دی، ځکه چې دلته د شريعت مقاصدو سره ټکر لري چې هغه د دين ساتنه ده او له ديني شعایرو څخه بندول دي، مگر هغه وخت يې له مسجد څخه بند ولی شي چې خلکو ته يې زيان رسيږي، دغه راز نکاح کول د دې لپاره چې د نسل ساتنه وشي خو اولو الامر حکم وکوي چې يو اولاد به راوړي، نو د شرعي مقصد سره په ټکر کې دی چې هغه د نسل ساتنه او پايښت دی.

ب- له شرعي نص سره به په ټکر کې نه وي: که اولو الامر داسې مصلحت د مباح د تقييد لپاره دليل نيسي، چې هغه د نص په ټکر کې وي، نو دغه تقييد درست نه



دی، ځکه چې مصلحت موهوم او ناسم دی، مصلحت پر شرعي دلیل باندې ولاړ نه دی.

۳- د لوی او مهم مصلحت د فوتیدو لامل به نه گورځي: اولو الامر د دې حق نه لري، چې داسې مصلحت د مباح د تقيید لپاره دلیل او استناد وگرځوي، چې هغه د بل لوی او اهم مصلحت د له منځه تلو سبب شي، لکه خاص مصلحت باندې استناد وکوي د هغه له امله عام مصلحت فوت شي، دغه راز کله چې د دوو مصلحتونو په منځ کې تعارض راشي، نو هغه مصلحت به غوره کېږي، چې عام، حقيقي او قوي وي، ضعیف او خاص مصلحت به پرېښودلای شي.

د ولي الأمر په تقيید کې د ضروري او حاجي مقاصدو ساتنه پرته وي او د دې لپاره تقيید شوی وي چې د اسلامي شریعت د ضروري او حاجي مقاصدو او مصالحو ساتنه وکوي، که چیرې تقيید د تحسینات د ساتنې لپاره وي، نو دا تقيید جواز نلري، ځکه چې که تحسینات فوت شي، کوم فساد ورڅخه نه رامنځ ته کېږي او تقيید خو د دې لپاره وي چې مصلحتونه راجلب او مفاسد دفع شي، هغه په هغه صورت کې رامنځ ته کېږي، چې ضروري او حاجي مقاصد ترگواښ لاندې راشي. (xxiii)

۴- د مباح تقيید نسخه نه ده: داچې د مباح تقيیدول روا چاره ده، د شرعي حکم نسخه نه ده، ځکه د شرعي احکامو نسخه د رسول الله (صلی الله علیه وسلم) په ژوند کې راتله، په هغه وخت کې وحې له آسمانه نازلېده، نوي احکام راتلل د نسخې امکان د رسول الله (صلی الله علیه وسلم)) په ژوند کې و، داچې رسول الله (صلی الله علیه وسلم) وفات شو وحیه بنده شوه، نو د احکامو تقيید نسخه نه ده، که څوک د اولو الامر د مباح تقيید نسخه گنې دا ډیر له حق څخه لرې خبره ده، په اجماع او د مجتهد په اجتهاد سره نسخه نه راځي، د اسلام جمهور فقهاء په دې آند دي چې د رسول الله (صلی الله علیه وسلم) له وفات څخه وروسته نسخه نه راځي او څوک چې دا باور لري، هغه ملحد دی، دغه کسان په حقیقت کې د اسلامي احکامو فساد غواړي، په دې اړه اصولین وايي: (وغير جايز عندنا نسخ شيء من القرآن بعد وفاة النبي (صلی الله علیه

وسلم» لارسمه ولا حکم) (xxiv) ځينې د حق له لارې څخه کاره په دې اړه وايي چې د عمر فاروق رضی الله عنه تصرف د شرعي احکامو نسخه دی، نو دغه کسان په عقیده کې کاره دي، غواړي چې له دغې لارې د اسلامي شريعت احکام په ځانگړې توگه حدود او قصاص او نور شرعي عقوبات رد کړي، حال دا چې د عمر فاروق رضی الله عنه تصرفات د احکامو نسخه نه ده، بلکې د هغه تصرفات د شريعت په رڼا کې د شارع مقاصدو د ساتنې لپاره ځينې احکام د واقعي سره هم پلې کړي دي.

۵ — تقييد به دايمي بڼه نه لري: د ولي الأمر تصرف د مباح په تقييد کې د تل لپاره نه وی، بلکې د موقت وخت لپاره وي، د اولو الامر تقييد د مصلحت له کبله وي خو د مصالحو جلب وکړي او مفساد دفع کړي، نو کله نا کله مصلحتونه د ظروفو او ټولنو په بدلون سره بدلون مومي، که چيرې بل ولي الأمر راشي، هغه کولی شي په تقييد کې بدلون راولي او يا خو تقييد بالکل له منځه يو سپي، يا خو مخکنې اولو الامر مباح ملزم کړي وي، اوسنی امام يې ممنوع وگرځوي، دا له دې کبله چې له رعيت څخه ضرر او مفساد دفع شي، لکه بنه بيلگه يې د رسول الله (صلى الله عليه وسلم) تقييد ؤ چې د قربانۍ غوښې به له درې ورځو څخه زياتې نه ساتي او بيا په راتلونکې کال کې دغه تقييد پورته کړ، ځکه چې علت (لوړه) له منځه لاړ او خپل اصلي حالت ته مباح راوگرځيد.

۶ — د شرعي مقاصدو ساتنه به کوي: اسلامي شريعت احکام ددې لپاره راغلي دي، چې د بنده گانو د مصالحو او مقاصدو ساتنه وکړي، د شرعي احکامو موخې، هدفونه، اسرار او غايات د مصالحو جلبول او د مفسادو مخنيوی دی، هر شرعي حکم له ځان سره د بندگانو گټې لري، برابره خبره ده چې د بندگانو عقل ورته رسېږي او که نه او پرته له دې څخه چې د شرعي حکم په گټه او موخه باندې پوه شو، مونږ ته لازمه ده پر هغه عمل وکړو، ځکه د بنده عقل قاصر دی، د شريعت په ټولو اسرارو او غاياتو باندې نه پوهېږي او د شرعي حکم په علت پسې ونه گرځو، د شريعت نزول د دې لپاره شوی، چې د دنيا نظام ثابت وساتي، لکه په دې اړه راځي: (انا استقرينا

عَلَيْكَ



د حج د تقييد د مشروعيت دلايل...



احکام الشرع فوجدناها على وفق مصالح العباد، وذلك من فضل الله تعالى و احسانه لا بطريق الوجوب عليه) (xxv) په بل ځای کې راغلي: (استقرينا من الشريعة انها وضعت لمصالح العباد) (xxvi) په شريعت کې مونږ څيړنه او تتبع تر سره کړه، چې دغه شريعت د بندگانو د مصالحو لپاره وضع شوی دی) دغه راز استاد خلاف وايي: (والمقصد العام للشارع من تشريعة الاحكام هو تحقق مصالح الناس بكفالة ضرورياتهم و توفير حاجياتهم و تحسينياتهم فكل حكم شرعي ما قصد به الا واحد من هذه الثلاثة التي تتكون منها مصالح الناس) (xxvii) د شريعت له نازليدو څخه د شارع مقصد دا دی چې د بندگانو مصالح جلب کړي، خو د هغوی ضروريات، حاجيات او تحسينيات پوره شي، له هر شرعي حکم څخه خامخا له دغو دريو مقاصدو څخه کوم چې د بندگانو مصالح له هغو څخه سرچينه اخلي، له ځان سره لري) د اولو الامر تقييد به د شريعت د مقاصدو د تحقق لپاره وي، که د شريعت د مقاصدو ساتنه په کې مطرح نه وي، نو دغه تقييد درست نه دی، او جواز نلري، د اسلامي شريعت احکام د مقاصدو لپاره وسايل دي، نو د احکامو او وسايلو په منځ کې پيوستوالی لازم دی.

۷- د مباح تقييد به اهل علم کوي: که چيرې څوک فتوی ورکوي هغه بايد اهل علم وي، په شرعي علومو کې برلاسی وي، د قران کریم ناسخ او منسوخ، شان نزول، خاص، عام، مقيد، مطلق، مشترک، مؤول او د شرعي احکامو د استنباط په اصولو باندې پوهه ولري، که دغه علم ونه لري، نو هغه ته د دې جواز نشته دی، چې فتوی ورکړي او يا د مباح تقييد وکړي، لکه څرنگه چې د مباح تقييد اجتهاد ته ضرورت لري، چې د مباح تقييد او نه تقييد دواړه اړخونه وڅيړي او له هغه وروسته اقدام وکوي، څوک چې تقييد د مباح کوي، هغه د رعيت مفسد او مصالح باندې پوه وي، د خپلو نفساني غوښتنو له مخې به د مباح تقييد نه کوي، وروسته له ډير بحث او څيړنې څخه به د مباح تقييد ته زړه ښه کوي.

که چيرې اولو الامر په ديني علومو باندې پوه وي او شرعي علوم يې زده وي، نو هغه ته آسانه ده چې هغه د رعيت مفسد او مصالحو باندې ځان پوه کړي او له هغه

څخه وروسته مباح په الزام يا منعې سره مقيد كړي، ځكه هغه د رعيت په مصالحو او مفاسدو ډير ښه پوهيږي، خو كه چيرې ولي الامر اسلامي علومو زده كړې و نه لري او د قران كريم ناسخ، منسوخ، مشترك او مؤول، محكم او متشابه، دلالت النص او عبارة النص باندې نه پوهيږي، نو ايا هغه تقيد كولاى شي او كه نه؟ د دې خبرې ځواب دا دى چې ولي الامر به د شورى غړو ته مراجعه كوي او له هغوى څخه به په دې اړه نظر غواړي، د شورى غړي به په دين او د رعيت په مصالح باندې پوهيږي، د هغوي له نظر سره به سم ولي الامر اقدام كوي، كه په شورى كې مجتهدين موجود وي، كه څه هم هغوى د مباح په تقيد كولو يا نه كولو سره حكم وكوي، نو د هغوى تقيد په رعيت باندې لازم نه دى، يواځې د اولو الامر يا د هغه د نايب تقيد پر رعيت باندې لازم دى، چې عمل پرې وشي، غوره خبره خو دا ده چې هر ولي الامر مجتهد هم وي، په شرعي علومو كې تخصص ولري، تر څو د احكامو په تطبيق كې له ستونزو سره مخ نه شي، كه څه هم په اوسني وخت كې د قوانينو په تصويب او توشيح كې درى سره ارگانونه شريك دى، نو د هغوى په مرسته قوانين پلې كېږي، كه چيرې ولي الامر د مصلحت په بنا تقيد نه وي كړى، د هغه تقيد درست نه دى.

۸- د ضرورت له مخې به تقيد كوي: داچې كه ولي الامر د مباح تقيد كوي، هغه به په ضرورت بنا وي، پرته له ضرورته د هغه تقيد درست نه دى او كله چې ضرورت رفعه شي، نو تقيد لرې كېږي، په دې اړه فقهي قاعدې هم شته لكه: (الضروريات تبيح المحظورات) (xxviii) د دغې قاعدې په اساس باندې ولي الامر تقيد كولى شي، داچې د ضرورت له امله محظور او ممنوع څېز روا كېږي، د مباح څيز تقيد خو په اولي طريقه روا دى، څنگه چې د سختې لوړې په مهال مرداره خوړل روا دي، نو د مباح تقيد د ضرورت له كبله روا دى، اولو الامر به لومړى په دې ښه ځان پوه وي چې پرته له دې بله چاره نه لري، لكه د شيخ عزالدين بن عبدالسلام په اړه راځي چې د ده په زمانه كې د مسلمانانو اميرانو له ده څخه دا فتوى وغوښتله چې له زكات څخه پرته ماليات پر خلكو لازم كړي او په دې اړه فتوى وكړي، ترڅو د

تتاریانو سره و جنگیږي، عزبن عبدالسلام فتوی ورنه کړه، تر هغه چې امیران خپل مالونه میدان ته راوباسي کوم چې له بیت المال څخه اخیستی و، نو کله چې د بیت المال دارای ختمه شوه او امیرانو خپل مالونه راویستل، نو وروسته له هغه یې فتوی ورکړه، چې له شتمنو کسانو څخه د زکات له مال څخه پرته مالیات واخستل شي او دا چاره د موقت وخت لپاره وه. (xxix)

۹- پرته له تقييد څخه بله لاره نه وي: اولو الامر هغه وخت مباح تقييد کولی شي چې بله لاره شتون ونه لري، که چیرې له تقييد څخه پرته بله داسې لاره چې ستونزې او ضرورت حل کوي، شتون ولري، نو بیا تقييد صحيح نه دی، ځکه چې د مباح تقييد د مصلحت او ضرورت لپاره وي، کله چې ضرورت په بله لاره پوره کېږي او مشکلات حل کېږي، تقييد درست نه دی. لکه ولي الأمر حکم وکوي چې د فلاني سند ماهيان به نه بنکار کوي، يا داسې حکم وکړي چې باروړونکې موټر به په فلاني سړک نه ځي، يا حکم وکوي، چې فلاني هيواد ته سفر کول منعه دي، دغه پورته ذکر شوي چارې د ماهيانو بنکار، په سړک باندې تلل يانه تلل او فلاني هيواد ته سفر کول يانه کول مباح چاره ده، هر څوک په دې کې اختيار لري چې کوي او که يې نه کوي، خو کله چې د هيواد ولس مشر حکم د کولو او نه کولو وکوي، نو مباح تقييد شو، بايد چې د ولس مشر له حکم سره سم عمل وشي، د مباح تقييد زيات په قوانينو کې رامنځ ته کېږي.

i - المنجد: دويم ټوک: ۱۵۳۷ مخ، لسان العرب، دريم ټوک، ۳۷۳ مخ.

ii - لسان العرب: دريم جزء، ۳۷۳ مخ: الصحاح في اللغة: ۹۷۹ مخ.

iii - تحفة المحتاج: لومړی جزء، ۲۱ مخ.

ماخذونه:

- iv- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت : لومرى توك : ٣٦٤ مخ .
- v- كشف الاسرار : دريم توك : ١٩٨ مخ .
- vi- الموافقات : دريم جزء ، ١٠٨ مخ .
- vii- المعجم الكبير: يولسم جزء: ٤ مخ .
- viii- الكامل فى تاريخ: دويم جزء ، ٣٦٨ مخ.
- ix- الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية: ١٩- ٢٠ مخونه.
- x- المائدة : ١ ايت .
- xi- النساء : ٥٩ آيت .
- xii- الطبراني: ١١ جزء ، ٤ مخ .
- xiii- صحيح مسلم: ٦ جزء : ٨٠ مخ .
- xiv- سنن ابن ماجه: دريم جزء ، ٥٣٦ مخ .
- xv- صحيح مسلم : ٥ جزء : ٥٧ مخ .
- xvi- الخليفة عمر فاروق: ٥٣ مخ.
- xvii- الاموال لابي عبيد : لومرى جزء ، ٤٤٢ مخ.
- xviii- الكامل فى تاريخ : دويم جزء: ٣٦٨ مخ .
- xix- الخليفة عمر فاروق: ٥٣ مخ.
- xx- فصل الخطاب للصلاي: ٤٠٤ مخ
- xxi- سياسة التشريع عند عمر بن الخطاب، ٨٥ مخ .
- xxii- الاشباه والنظائر على مذهب ابى حنيفة : ١٢٣ مخ .
- xxiii- مقاله، دكتور حسن الهنداوي، مجله العدل، وزارت العدل السعودية، العدد، ٦٦ ذوالقعدة، ١٤٣٥ كال، ٣٥٧ مخ .
- xxiv- الفصول فى اصول، دويم جزء ، ٢٥١ مخ .
- xxv- شرح الكوكب المنير: خلورم جزء ، ١٥١ مخ.
- xxvi- الموافقات فى الشريعة الاسلامية: دويم جزء ١٢ مخ .
- xxvii- علم اصول الفقه: عبدالوهاب خلاف، ١٩٧ مخ .
- xxviii- المنهاج فى علم القواعد الفقهية: ٧ مخ .
- xxix- سلطة الدولة فى تقييد المباح: د رآفت محمود عبدالرحمن حمبوظ مقاله، ٧ مخ

www.naseemalsham.com.

علايم تجارتي و ثبت آن

ناجيه ظريف

مقدمه

علامت تجارتي علامتي است كه براي معرفي و مشخص ساختن كالاها و محصولات به كار مي رود. علامت تجارتي، امروز از لحاظ اقتصادي و بازيابي داراي اهميت زياد است و خريداران و مصرف كنندگان يا مستهلكين با توجه به علايم مذكور به انتخاب كالاها و محصولات مبادرت مي ورزند. علامت تجارتي براي معرفي و جهت تشخيص همه انواع كالاها و محصولاتي كه به وسيله يك تاجر يا يك كارخانه عرضه يا تهيه مي شود، مورد استفاده قرار مي گيرد ولي اگر علامتي براي معرفي توليد و محصول معيني به كار رود به آن علامت صنعتي گفته مي شود علامت تجارتي و علامت صنعتي اکثراً تحت عنوان «مارك» به يك معني استعمال مي شوند

علامت نه تنها باید با سایر علائم تجارتي تفاوت داشته باشد و با نوع کالا و جنس نیز ارتباط تنگاتنگ داشته باشد بلکه باید با ابتکار و نوآوری تنظیم گردد. و از اسامی عام و گمراه کننده در علامت استفاده نشود

تعريف علامت تجارتي

علامت به معنی نشان بوده و نشان عبارت از آنچه که سبب شناختن کسی یا چیزی شود با علامت تجارتي، کالا یا محصول، نشان گذاری می شود. تا بدین وسیله اسباب شناسایی آن فراهم شده و تفاوت آن با کالاها و محصولات مشابه، ممکن و به آسانی میسر شود.

جزء (۱) ماده سوم قانون ثبت علائم تجارتي منتشره جریده رسمی شماره (۹۹۵) سال (۱۳۸۸) هـ ش در مورد تعريف علائم تجارتي چنین صراحت دارد:

«علامت تجارتي علامت یا ترکیبی از علائمی است که بتواند کالاها یا خدمات را از کالاها یا خدمات دیگر متمایز گرداند.»

همچنان در ماده اول قانون ثبت علائم و اختراعات ایران منتشره سال (۱۳۱۰) علامت تجارتي چنین تعريف گردیده است:

«علامت تجارتي عبارت از هر قسم علامتی است، اعم از نقش، تصویر، رقم، حرف، مهر، لفاف و غیر آن، که برای امتیاز و تشخیص محصول صنعتی تجارتي یا فلاحتی، اختیار می شود. ممکن است یک علامت تجارتي برای تشخیص و امتیاز محصول جماعتی از زارعین یا ارباب صنعت یا تجار یا محصول یک شهر یا یک ناحیه از مملکت اختیار شود.»

خصوصیات علامت تجارتي

علامت تجارتي باید جدید، ابتکاری و قابل انتقال بوده و گمراه کننده نباشد. و دارای خصوصیات ذیل باشد:



۱- جدید بودن علامت تجارتي: منظور این است علامت مورد استفاده بر روی محصول که برای ثبت ارایه می شود. از حیث شکلی باید جدید بوده و سابقه ثبت و استعمال توسط دیگران را نداشته باشد. در علایم مرکب ممکن است در جزء دو علامت مرکب از یک کلمه مشابه استفاده شده باشد و اجزای دیگر یکسان و مشابه نباشد، به نحوی که جزء مشترک و مشابه دو علامت میان صاحبان آن‌ها موجبات اختلاف و دعوی را فراهم سازد. شایان ذکر است که با توجه به جدول طبقه بندی کالا، هرگاه برای نوعی کالای مشخص علامتی از طبقه ای خاص استفاده شود، شخص دیگری نمی تواند بعد از انتخاب علامت مذکور برای کالای خود از نوع مشابه از طبقه مذکور و از همان علامت قبلی استفاده کند،

۲- ابتکاری بودن علامت تجارتي: از خصوصیات دیگر علامت تجارتي ابتکاری بودن آن است، یعنی علامت باید توأم با طراحی و ظرایف شکلی باشد. اگر علامت ساده باشد و یا خود جنس اشتباه شود از محصول عرضه شده در بازار حمایت نمی کند و آثار خوب تجارتي یک علامت ابتکاری را در بر نمی گیرد. از طرفی دیگر، ابتکاری بودن علامت تجارتي ایجاب می کند اسامی عام (مانند کلمه «شکر») به عنوان علامت انتخاب نشود، و بالاخره اینکه به کار بردن خطوط هندسی به شکل لوزی یا دایره و نیز انتخاب ارقام که نشانگر کیفیت جنس باشد، جنبه ابتکاری ندارد ولی اگر ارقام مورد استفاده با نوع کالا متمایز باشد برای استفاده به عنوان علامت خالی از اشکال خواهد بود.

۳- علامت تجارتي نباید طوری ترسیم گردد که در نظر مشتری ایجاد اشتباه کرده و وی را در تشخیص و تمییز علایم تجارتي دیگر که قدری باهم مشابهت دارند، دچار سردرگمی و انتخاب نادرست کند. ایجاد اشتباه در نظر مشتری گاه ممکن است با انتخاب نام منطقه خاص به عنوان علامت تجارتي برای کالایی مشخص که در اصل بین کالا و آن منطقه ارتباطی وجود ندارد، صورت پذیرد، به نحوی که مصرف کننده به

تصور اینکه کالا متعلق به آن منطقه است راجع به نوع و مبدأ جنس دچار اشتباه شده و در انتخاب و خرید کالا گمراه گردد.

قابلیت انتقال علامت تجاری

در رابطه به انتقال علامت تجاری ماده هفدهم قانون ثبت علائم تجاری منتشره جریده رسمی شماره (۹۹۵) سال (۱۳۸۸) هـ چنین حکم می‌نماید:

«علامت تجاری قابل انتقال بوده و در صورتی مدار اعتبار پنداشته می‌شود که مطابق احکام مندرج این قانون ولوایح مربوط در دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علائم تجاری) طور جداگانه به ثبت رسیده باشد.»

همچنان ماده دوازدهم قانون ثبت و علائم و اختراعات ایران در این مورد چنین حکمی را پیش‌بینی نموده است:

« علامت تجاری قابل نقل و انتقال است ولی انتقال آن در مقابل اشخاص ثالث وقتی معتبر خواهد بود که موافق مقررات این قانون به ثبت رسیده باشد.»

به استناد احکام مندرج قوانین افغانستان و ایران علامت تجاری قابل انتقال است. اما برای آن که این انتقال نسبت به اشخاص ثالث معتبر تلقی گردد، نحوه انتقال علامت از صاحب قبلی به صاحب جدید باید به ثبت برسد.

انواع علائم تجاری

انتخاب و ثبت علامت تجاری تابع شرایط خاصی است که در قوانین کشورهای مختلف با توجه به عرف جامعه، عفت عمومی، اخلاق حسنه، مصالح کشور و رعایت مسایل مذهبی و اخلاقی محدودیت‌هایی برای آن پیش‌بینی شده است. ماده چهارم قانون ثبت علائم تجاری منتشره جریده رسمی شماره (۹۹۵) سال ۱۳۸۸ در رابطه به انواع علائم تجاری چنین مشعر است:



«علائم تجارتي شامل (يك يا بيشتر از يك) اسم، كلمه، امضاء، حرف، شكل، نقشه، عنوان، مهر، تصوير، نوشته، اعلان، نمونه يا ساير علايمي يا تركيبات مربوط به آنها است.»

علائم تجارتي ممنوع

ماده هشتم قانون علايم تجارتي منتشره جريده رسمي شماره (۹۹۵) سال ۱۳۸۸هـ ش در رابطه به منع استعمال يا ثبت علايم تجارتي چنين احكامي را پيش بيني نموده است:

علائم ذيل به حيث علامت تجارتي استعمال يا ثبت شده نمي تواند:

۱- بيريقي ملي، نشان دولتي و ساير نشان هاي دولتي يا سازمان ها و مؤسسات داخلي و بين المللي يا كشورهاي خارجي، مگر اينكه استعمال آن كتباً مجاز دانسته شده باشد.
۲- محراب و منبر يا هرگونه علاماتيکه با نشان ها يا علامات داراي ماهيت كاملاً مذهبي يكسان يا مشابه باشد.

۳- تصاوير زعمای ملي و مقامات عاليه دولتي.

۴- كلمات و عباراتي که از آن نسبت به ادارات دولتي، اشتباه شده بتواند.

۵- علايمي مؤسسات رسمي مانند حلال احمر (سره مياشت) صليب سرخ يا ساير علايم مشابه و تقليد از آنها.

۶- علايمي که منافي عفت، اخلاق و نظم عامه باشد.

۷- علايم که در كيفيت يا خاصيت غير مشخص يا شامل اسامي باشد که معمولاً از طريق عرف و سنن به اجناس، محصولات يا خدمات داده شده باشد يا رسامي هاي مأنوس و تصاوير معمولي اجناس و محصولات چنين علامات به طور عام استعمال شده مي توانند، مگر به حيث علامات تجارتي نمي توانند استعمال، ثبت و مورد حمايت قرار گيرند.

۸- اشتهارات جغرافيايي که استعمال آن باعث مغشوش شدن منشأ يا منبع اجناس، محصولات يا خدمات گردد.

۹-اسم، اسم خانوادگی، عکس یا نشان شخص ثالث، مگر اینکه موافقه قبلی وی یا ورثه‌اش در مورد حاصل گردیده باشد.

۱۰-علایمی که سبب اغفال مردم گردد یا معلومات کاذب در مورد منشأ، منبع یا سایر مشخصات اموال، محصولات یا خدمات باشد.

۱۱-علایمی که شامل نام تجارتي خیالی، تقلیدی یا جعلی باشد.

۱۱-علایمی که متعلق به اشخاص حقیقی یا حکمی بوده و کاربرد آن ممنوع گردیده باشد.

۱۳-علایم کمپنی‌های که در افغانستان انتشار و ترویج یافته است، مگر به اجازه مالک آن.

۱۴-علایم و نشان‌های تجارتي ثبت‌شده مربوط به اجناس یا خدماتی یکسان یا دارای مشابهت باشد.

۱۵-علایمی که استعمال آن به مقاصد خاص تشخیص گردد.

مطابق ماده پنجم قانون ثبت علایم و اختراعات کشور ایران ثبت علایم و اختراعات ذیل ممنوع است:

۱- پرچم مملکتی ایران و هر پرچمی که دولت ایران استعمال آن را به‌طور علامت تجارتي منع کند.

۲- علامت هلال‌احمر - نشان‌ها - انگ‌های دولت ایران.

۳- پرچم رسمی ایران با علامت مخصوص جمهوری اسلامی و شعار الله‌اکبر.

۴- کلمات و یا عباراتی که موهم انتساب به مقامات رسمی ایران باشد از قبیل دولتی و امثال آن.

۵- علامت مؤسسات رسمی مانند هلال‌احمر و صلیب احمر و نظایر آن.

۶- علایمی که مخل انتظامات عمومی یا منافی عفت باشد.



ثبت علامت تجارتي

بر طبق حکم مندرج ماده پنجم قانون علايم تجارتي، ثبت علايم تجارتي اختياري است مگر اينکه وزارت صنعت و تجارت يا دفتر ثبت مرکزي (بخش ثبت علايم تجارتي) استعمال آن را اجباري نمايد. ثبت علايم تجارتي در قانون کشور ايران نيز الزامي نيست. يعني افراد مي توانند که برای کالا يا محصولي، علامتي اختيار کنند يا آن را بدون علامت خاصي، عرضه نمايند و اگر علامتي را برای کالا يا محصولي انتخاب کردند، ملزم به ثبت آن نيستند و مي توانند آن را به ثبت رسانيده يا مورداستفاده قرار دهند. قانون ثبت علايم و اختراعات کشور ايران در اين مورد چنين صراحت دارد: داشتن علامت تجارتي اختياري است، مگر در مواردی که دولت آن را الزامي قرار دهد.

بنابراين صاحبان کالا يا محصول، جز در مواردی که دولت ثبت علامت تجارتي را الزامي مي کند، مجبور به ثبت آن نيستند. ليکن حق انحصاري علامت، برای آنها، در صورتي امکان پذير است که، آن را به ثبت داده باشند. بدین ترتيب، اشخاصي که علامت تجارتي مورداستفاده خود را ثبت نکرده باشند، قانوناً نمی توانند از استفاده اشخاص ديگر از آن علامت، جلوگیری کنند.

ماده دهم قانون علايم تجارتي منتشره جريده رسمي شماره (۹۹۵) سال ۱۳۸۸ هـ.ش در مورد ثبت علايم تجارتي چنين احکامي را پيش بيني نموده است: اشخاص حقيقي يا حکمي شخصاً يا از طريق نماينده يا وکیل قانوني خود مي توانند، جهت ثبت علامت تجارتي مراجعه و درخواست ارايه نمايند.

دفتر ثبت مرکزي (بخش علايم تجارتي) مکلف است محتويات علايم تجارتي را در کتاب مخصوص ثبت، درج و به درخواست دهنده رسيد اعطاء يا ارسال نمايد. هرگاه درخواست جهت ثبت علامت تجارتي در کشور خارجي داده شده که بر مبنای شرايط متقابل با افغانستان داراي روابط باشد، درخواست دهنده يا ورثه ذی حق وی مي تواند در خلال مدت شش ماه بعد از تاريخ ارايه درخواست، درخواست مشابه

را در رابطه به عین علامت تجارتي که مشمول عین اجناس ، محصولات یا خدمات مندرج درخواست قبلی باشد با در نظر داشت احکام این قانون ولوایح مربوط به دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علایم تجارتي) در افغانستان ارایه نماید در این صورت اولویت بر اساس تاریخ تسلیمی درخواست در کشور خارجی تعیین می گردد.

ثبت تغییرات بعدی

در ماده سیزدهم قانون علایم تجارتي در رابطه به ثبت تغییرات چنین احکامی پیش بینی شده است:

(۱) هرگاه در علایم تجارتي یا در اموال، محصولات یا خدمات که به مقصد تشخیص آنها ثبت گردیده تغییرات وارد گردد با نظر داشت احکام این قانون به طور جداگانه در دفتر ثبت مرکزی (بخش علایم تجارتي) ثبت می گردد در غیر آن مدار اعتبار نیست.

(۲) مالک علامت ثبت شده می تواند، تغییرات را در علامت خویش کتباً درخواست نماید، مشروط بر این که در اساس به علامت ثبت شده آن تأثیر وارد نه نماید. همچنان می تواند به حذف اموال ، محصولات یا خدمات اقدام نماید که محتوای علامت تجارتي را تشکیل می دهد.

(۳) هرگونه تغییرات دیگر در علامت ثبت شده یا در اموال، محصولات یا خدمات که علامت تجارتي به آن مربوط است به اساس درخواست جدید برای ثبت علایم تجارتي صورت می گیرد.

مطابق احکام قانون ثبت علایم و اختراعات کشور ایران، تغییرات مربوط به علامت تجارتي یا طبقه کالا یا صاحب علامت و همچنین تغییرات مربوط به نشانی و تابعیت و نماینده قانونی صاحب علامت در ایران رسمیت نداشته و حمایت نمی گردد مگر اینکه در ایران به ثبت برسد. ثبت تغییرات به امضای صاحب علامت یا نماینده قانونی وی به عمل خواهد آمد .

مدت اعتبار ثبت علامت تجارتي

در مورد مدت اعتبار ثبت علامت تجارتي ماده بیستم قانون علایم تجارتي منتشره جریده رسمی شماره (۹۹۵) سال ۱۳۸۸ هـ ش چنین صراحت دارد:

(۱) مدت اعتبار ثبت علامت تجارتي ده سال است این مدت بالاثرتقاضای مالک برای دوره های ده ساله متوالی تجدید شده می تواند.

(۲) مالک علامت تجارتي مکلف است در خلال مدت شش ماه قبل از انقضای مدت ده سال درخواست تجدید را به دفتر ثبت مرکزی (بخش علایم تجارتي) ارایه نماید.

(۳) مالک علایم تجارتي نمی تواند حین تجدید در علامت ثبت شده یا لست اجناس، اموال، محصولات یا خدمات که علامت تجارتي بدین منظور قبلاً ثبت گردیده، تغییرات وارد نماید.

مطابق حکم مندرج قانون کشور ایران، علاماتی که ثبت شده باشند از تاریخ تسلیم اظهارنامه حمایت خواهد شد و مدت اعتبار علامت ثبت شده ده سال است. ولی صاحب علامت یا قائم مقام یا نماینده قانونی وی، می تواند ثبت علامت را تا شش بعد از انقضای مدت اعتبار آن، هر ده سال یکبار تجدید نماید در این صورت حق استعمال انحصاری ده سال با صاحب علامت خواهد بود و به همین طریق هر تجدید ثبت حق مذکور را برای ده سال دیگر تضمین می نماید تقاضای تجدید ثبت علامت باید در دو نقل تنظیم و به امضای صاحب علامت یا قائم مقام یا نماینده وی برسد و نمونه علامت در روی آن الصاق شود.

حق اعتراض

هرگاه کسی علامتی که به ثبت داده شده متعلق به خود بداند و یا با علامت او به قدری شبیه باشد که مستهلكین یا مصرف کنندگان را که اطلاعات به خصوصی ندارند به اشتباه بیندازد می تواند به تقاضای ثبت اعتراض نماید.

اعتراض در دو صورت به عمل مل آید:

۱- زمانی که علامت مورد تقاضا هنوز در دفتر ثبت شده.

۲- موقعی که علامت در دفتر ثبت و تصدیق آن صادر شده باشد.

ماده بیست و پنجم قانون علائم تجارتي منتشره جریده رسمی شماره (۹۹۵) سال

۱۳۸۸هـ.ش در مورد حق اعتراض چنین مشعر است:

اشخاص آتی درباره علامت تجارتي که راجع به آن درخواست ثبت به عمل آمده

ویا به ثبت رسیده باشد اعتراض کرده می توانند:

۱- شخصی که مدعی باشد آن علامت تجارتي، علامت تجارتي خودش است.

۲- شخصی که علامت به علامت تجارتي اش به اندازه شبیه است که مستهلکین را به اشتباه بی اندازد.

نتیجه

برای این که محصولات تجارتي و صنعتی هر تجارتيخانه مشخص و معلوم شود تجار علامتی را انتخاب واجناس خود را تحت عنوان آن علامت رواج می دهند. فایده آن این است که مشتری به محض ملاحظه علامت می داند که این محصول متعلق به تجارتيخانه یا کارخانه ای است که مورد اعتماد او است. استعمال علائم تجارتي به قدری رواج دارد که مشتری فقط باملاحظه مارک، مبادرت به خرید جنس می نماید بدون این که سازنده آن ویا تاجری که علامت متعلق به او است بشناسد مثلاً روغن نباتی با علامت «سه گل» و صابون «لوکس» با علامتی که دارد به محض آرایه آن مشتری می داند که جنس مورد نظر او است ولو این که کمپنی سازنده آن را بشناسد بنابراین علامت تجارتي خود به خودی معرف جنسی است که حاصل دسترنج و زحمت سازنده آن است و از این جهت نباید اشخاص دیگر از آن سوء استفاده نموده و به نام خود و به ضرر صاحب علامت مداخله نمایند.



علامت تجارتي برای معرفی و جهت تمیز و تشخیص همه انواع کالاها و محصولات که به وسیله یک تاجر یا یک کارخانه عرضه یا تهیه می شود، مورد استفاده قرار می گیرد. ولی اگر علامتی برای معرفی و تولید محصول معینی به کار رود به آن علامت صنعتی گفته می شود علامت تجارتي و صنعتی اکثراً به معنی مارک نیز استعمال می شوند.

منابع و مأخذ

- ۱- محمد علی عبادی، حقوق تجارت، چاپ بیستم، سال ۱۳۸۲، ص ۴۵.
- ۲- دکتر محمود عرفانی، حقوق تجارت، چاپ یازدهم، سال ۱۳۸۸، ص ۲۷۷
- ۳- دکتر حسن حسینی، حقوق تجارت مشتمل بر کلیه مباحث، چاپ ششم، سال ۱۳۸۷، ص ۴۲۶.
- ۴- قانون علایم تجارتي منتشره جریده رسمی شماره (۹۹۵) سال ۱۳۸۸ هـ.ش
- ۵- دکتر عبدالحمید شمس، حقوق مالکیت بر علایم تجاری و صنعتی، چاپ اول، سال ۱۳۸۲، ص ۳۱.
- ۶- قانون ثبت علایم و اختراعات ایران منتشره سال (۱۳۱۰) .

عبقريت حقوقى و اجتماعى زن در تاريخ کشور ما

عبدالقدیر قیومی

۸ مارچ مصادف با ۱۸ حوت روز بین المللی زن و گرامیداشت از مقام با عظمت
زنان در مستوی جهانی بوده است.

ارج گذاری به زن را تاریخ افرینش بشری با فراز و نشیب های تجربه کرده که
نمیتوان از ان سطحی گذشت.

زن همواره مقام ان در قتل شامخ اندیشه ها قرار داشته جز قشر ویا طبقه جاهل و
کوتاه نگر که به این موجود پر تلاش انسانی با نگاهی تنگ نظرانه نگریسته اند، اما
پاسداران خردمند زن را والائی و مرتبت داده رمز خلقت بشری را در این موجود
گرامی دریافته اند.

حقا که زنان نیمی از جماعات انسانی را میسازند و در ساختار های سیاسی،
اجتماعی و اقتصادی با مردان همطراز میباشند.

بیکار آزادی خواهانه زنان در راستای نجات ملت ها از سیطره استعمار همواره کارنامه ساز بوده در سنگر های گرم نبرد علیه تجاوز و ظلم مردان را یاری رسانیده با فدا کاری ندای آزادگی، صلح و ترقی را سر داده اند.

مبارزات عادلانه زنان در قاره امریکا که از (۱۸۵۷)م که به تأمین حقوق شان برخاسته اند ستیزه با شرایط کار دشوار و غیر انسانی و تاعین دستمزد کم کارگران زن در شهر نیویارک رزمیدند این جنبش گرچه شاهد قربانی های بود و ۱۲۹ تن کارگر با خشونت در آتش کشیده شدند، توانست سرنوشت اقتصادی و سیاسی زن را تغییر دهد و موثریت بس شگرفی به جا گذارد چنانچه دنباله گران آینده این نهضت موفقیت های چشمگیری دستاورد شان بود.

اولین روز جهانی زن در ماه مارچ (۱۹۱۱) در کشور های دنمارک، المان، اتریش، سویس و امریکا به اشتراک ملیون ها زن برگزار گردید و طی ان زنان حقوق شانرا در رای دهی، شرکت در انتخابات، شرکت در جنگ های امپریالیستی، برابری مزد با مردان در برابر کار مساوی ۸ ساعته در روز و حمایت از مادر و کودک مسجل داشتند چنانچه بعد ها انقلاب (۱۹۱۷) روسیه علیه رژیم تزاریزم در تقویت این مبارزات اثر گذار بوده است که همانا با پیگیری و ستایش از این پدیده های جهانی سازمان ملل متحد در سال (۱۹۷۷) ۸ مارچ را به عنوان روز جهانی زن پذیرفت و انرا رویداد سیاسی سوسیالیستی میان احزاب سوسیالیست امریکا، المان و اروپای شرقی توصیف نمود.^۱

هرگاه به تاریخ گذشته کشور ما نظر افکنیم به وضاحت میبینیم حکومت ها و مردمی که در این مرز و بوم زندگی داشته اند از زنان در شایسته ترین مرتبت قدردانی نموده اند.

زیرا زن در جایگاه نخستین مربی و آموزگار خانواده تکیه زده است.

^۱ - روزنامه ملی انیس مورخ ۱۸ حوت ۱۳۹۶ ص (۳)

ویسوا میترا یکی از بزرگترین ریشی‌ها گفته که زن خانه است، این جمله کوتاه و پر معنی نشان دهنده وجود زن به حیث عامل شکل خانواده میباشد. توجه به تربیه و تعلیم زن و دختر عصر ویدی دلیل روشن اهمیت زن در آن دوره بوده شاعره‌ها و ریشی‌ها از میان طبقات نسوان آریائی برخاسته‌اند که مقام مساوی با ریشی‌های مرد آریائی داشتند. گوشا شهزاده خانم، لوپا، مودرا، ماماتا، اپالا، سوری و اندرانی از شاعره‌های معروف آن دوره بوده‌اند.

جامعه آریایی در روزهای معین سال و میله‌یی که سامانه یاد میشده به زنان حق شرکت میدادند و آنها در این مناسبت‌های خاص شعر میگفته‌اند. در دوره زردشتی زنانی به نامهای دوغره، ورستره و فره‌شه، وزیر گشتاسب موسوم به هووی را در امور سیاسی مشورت میداده‌اند.

رکسانه از اهل شغنان، همسر اسکندر مقدونی در امور حکومتداری شوهر خود را مددگار بوده است^۱.

عصر غزنویان محمود شهنشاه بزرگ غزنه، زنان را در ادارات کوتوالی منحیث پولیس مخفی و امیداشته چنانچه خواهر سلطان که در خوارزم میزیسته در مبادله اطلاعات با مخبری (میکال) همکاری داشته است.

گوهر شادبیگم ملکه عصر تیموریان زن کاردان و دانشمندی بوده که کارنامه‌های عمرانی وی صفحات تاریخ را درخشش داده مصلاهی هرات و جامع بزرگ آن تا هنوز تابناک نگهداشته شده است.

مبارز ملی دوره روشانیان (آلانی) که لیسه‌یی به نامش در شهر تاریخی جلال‌آباد ورد زبانهاست کارنامه آزادیخواهی روشانی‌ها با فداکاری این بانو جاویدانه مانده، ناز و

^۱ - تاریخ قدیم افغانستان ج (۱) نوشته احمد علی کهزاد سال طبع ۱۳۲۷ هـ ش صفحات (۱۳۰ و ۱۳۱)

آنا خانم شاه عالم خان هوتک دختر سلطان ملخی که میرویس خان هوتک از ان زاده شده مشیر شاه و حماسه ساز برجسته یی پسرش در نبرد علیه ظالمان و تجاوزگران خارجی (گرگین) بوده است.

زرغونه آنا مادر احمدشاه ابدالی بانوی مدبری بوده که ان شهنشاہ بزرگ را مشورت میداده علاوه در دربار احمد شاه زنان در امور رسمی هرکاره باشی و به جمع اوری اخبار میپرداختند.^۱

ثلاله سدوزائی و محمدزائی موازی یا شرایط و امکانات همان ادوار توجه به زنان مبذول و مقام شانرا در خور قدرشناسی میدیدند و مشیر و مدبر شاهان قرار داشتند، زرغونه انا پسرش احمدشاه بابای بزرگ را به رفاه امنیت و آرامی مردم توصیه مینموده چنانچه تا سرحدات را انتظام نبخشید به تعمیر قلعه و اشرف البلاد احمدشاهی اقدامی ننمود.

دولت امپراتوری درانی زنان خاندان شاهی، سرداران و اعضای دولت را به اصول دربار داری، تشکیل محافل و اجتماعات زنان و دختران فرا میخواندند و مواضعی در کابل به نام حرمگاه، حرمباغ و حرمسرا به زوجات و دوشیزگان افغان زیر اداره مستقیم زوجات عالیات دودمان سلطنتی تخصیص یافته بود تا زبان و مکالمات دربار را بیاموزند و از سواد بهره گرفته حقوق شانرا طبق احکام شرعی بدانند.

انها امور پخت و پز، خیاطی، زردوزی و گلاباتون دوزی را هم می آموختند، در این حرمگاه ها و حرمسرا ها حفظ عفت و عصمت انقدر رعایت میشده که به جز خواجه سرا و خواجه سراباشی حتی مردان معمر حق دخول در انجا ها را نداشتند.

^۱ - یادداشت های شخصی نویسنده.

به منشیان هدایت داده شده بود تا زنان دودمان شاهی را به القاب عالیات سراسر محسنات، عصمت مآبه و خدارت مآبه بنویسند، از زنان نام نبرند بلکه اوشان را به نام پدر، برادر و فرزند شان یاد نمایند.

محترمت منور افغانی دختران و زنان خانواده های اعیان و علم و ادب شناسان خود رابه سویه دختران و خواهران پادشاه احساس مینمودند و به درجات معنوی خواهر و دختر خطاب میشدند، انها مواجب مستمری نقد و انعام میافتند سیورغال (مدد معاش) داشتند در جمعیت نسوان مشمولین حرمگاه، عالمه ها، قاریه ها، شاعره ها، خطیبه ها، منشیه ها، کاتبه ها، مصاحبه ها، ندیمه ها، قصه خوان ها، مطربه ها، خیاطه ها، طبیبه ها بوده اند که در اعیاد مذهبی علاوه از اینها از محترمت سرسفید دارای سوابق خدمت و مرتبه معلمی دعوت به عمل میامد و به مواجب اعزازی و مستمری مقرر و سرآفرز میگردیدند زنان شهر و توابع ان در محافل جشن عمومی نسوان اشتراک میکردند.

زرغونه آنا، بی بی نگینه و فاطمه سلطانی منصوب به پشتون های یوسفزایی زوجه امپراطور تیمورشاه و مادر زمان شاه یکی بعد دیگر سمت ریاست عالیه زنان را دارا و حق دخالت در امور سرپرستی نسوان را داشتند.

فاطمه سلطان که میان طائفه درانی و غلزائی اعتبار قومی داشت در مهر وی این عبارت نقش بود که:

سپهر رشک برد از بلندی جاهم کنیز فاطمه و مادر زمان شاهم

گوهر ارا بیگم دختر پادشاه دهلی، گوهر شاد بیگم دختر شاه ایران و خدیجه سلطان دختر والی نیشاپور، ملکه تیمور شاه افغان در کابل حیات به سر میبردند، زهرا جان نواسه حاجی جمال خان هریک موقف های به دربار زنان درانیه داشتند و از رئیسه های جمعیت ها بودند.

تیمورشاه با دختر شربت علی خان چنداولی ازدواج نمود که دربار زنان را به عهده داشت.

این پیوند ها برای صلح و اشتهی کشور ها و اقوام و جلوگیری از خصومت ها بوده نتایج مفیدی را در تامین علایق بیرونی و وحدت ملی بار آورد.

امیردوست محمد خان نیز پا به پای همین سیاست روان بوده رجال این دوره شیوه ازدواج با دختران خانواده های بزرگ را تعقیب مینمودند.^۱

اغلباً در زمان ضیاءالملک امیر عبدالرحمن خان عصری شدن آغاز گردید امیر یک خانم خارجی نرس را برای خود در ارگ استخدام نموده بود حلیمه زوجه و ملکه امیر مشهور به بوبو جان هفته وار سوار بر اسب از بازار های کابل دیدن میکرد تا نبض مردم را با خود داشته باشد، بوبو جان چادری نه بلکه یک جعفه بر سر می نهاد. امیر در امور امنیتی و اداره کوتوالی و کسب اطلاعات به برخی از زنان اعتماد و کار پولیس مخفی را از اوشان میگرفته است.^۲

حماسه افرینی زنان در تاریخ درخشان این کشور از سینه ها به سینه ها مانده داستان عزیز و بی بی مهر و که نزد عوام به بیمار و زبازد است از خاطرات تابناک جنگ اول افغان و انگلیس میباشد و تا فرزندان افغان زنده اند قهرمانی بی مثال و از خودگذری ان دو دل داده در راه حریت و آزادی وطن را نا فراموش شدنی میدانند زیرا انها بودند که در گرماگرم معرکه جنگ علیه فرنگی ها، جام شهادت نوشیدند ملالی فداکار بی مثالی که در دومین معرکه افغان ها با قوای انگریزی جوانان افغان را در برابر دشمن روحیه داد که تا اخرین قطرات خون با اهریمنان جنگیدند و حماسه افریدند.

مبارزان دیگری، مستوره افغان، گلنار کوچی و گنجان از اقوام بلوچ یکی بعد دیگری در جنگ استقلال خاطرات نبرد شانرا با اجنبیان زیب صفحات تاریخ نمودند.^۱

^۱ - فرهنگ کابل باستان نوشته عزیزالدین وکیلی فوفلزائی ج (۲) سال طبع ۱۳۸۷ وزارت اطلاعات فرهنگ صفحات (۱۱۸۵-۱۲۰۰)

^۲ - روزنامه ارمان ملی ص (۳) نگاه گذرا بر تغییر اجتماعی نوشته نسرين گروس ۹ ثور ۱۳۹۲

امیر حبیب الله خان زمانیکه اراده به رفع حجاب نمود، علیا حضرت سراج الخواتین سرور سلطان ملکه بزرگ افغانستان به وی مشورت نداده گفت پنجاه سال دیگر به مساعد شدن این اقدام درکار است، وقتی امیر موضوع را با شورای کبرا در میان گذاشت انها فکر علیا حضرت را پسندیدند.

پس از تاسیس بیت العلوم، انجمن معارف، مکتب حبیبیه و سراج الاخبار افغانیه ذوق به تدریس و تعلیم دختران روز افزون گردید در همین دوره در جوار بستان سرا اداره ئی به نام جاریه خانه تحت سرپرستی هاجره خواهر حبیب الله خان اساس گذاشته شد که دختران بی وسیله و دور از وطن و فاقد توان تعلیم و تحصیل در جاریه خانه شامل میشدند.

نا گفته نباید گذاشت که عودت تعدادی از خانواده های تبعیدی از هند و ترکیه عثمانی که در ان جاها درس خوانده بودند در عصری شدن زنان دوره امیر حبیب الله خان بی تأثیر نبوده است.

اعلیحضرت امان الله خان در سال (۱۳۰۰) هـ ش به وزارت معاز هدایت داد تا به استحضار معلمین زنانه و دوکتوران طب زنانه اقدام به عمل اید.

در سال (۱۳۰۲) با ورود معلمین زنانه و دوکتوران طب زنانه از اروپا مکتب مستورات به نام عصمت توسط خواهر شاه و شفاخانه زنانه در کابل گشایش یافته که البته نشر دوباره جریده ارشادالنسوان در اشاعه این تحولات اثر خود را داشته است.

ملکه ثریا حین سفرش به اروپا در سال (۱۳۰۶) مصاحبه یی با مجله هوهلو منتشره پاریس روی حقوق زنان گفت: (من کاملاً معتقدم که حقوق زن در اسلام محفوظ است، علمای غرب و مستشرقین کاملاً به مزایای دیانت حقه اسلام و احکام نافع ان پی برده اند ولی تاکنون این مراتب کسب عمومیت ننموده از اینرو عامه غربیان تصور

^۱ - یادداشت های شخص نویسنده

میکنند که صاحب دیانت اسلام تجاوز به حقوق زن نموده و حالانکه چنین نیست..... اگر از روی دیانت ملاحظه شود، زنان اسلام نسبت به زنان سایر مذاهب از هر جهت ازاد و حقوق شان هم محفوظ تر است)^۱

به دوره زمامداری امیر حبیب الله کلکانی گرچه مکاتب دختران بسته شد چادری و دلاق دوباره رایج گردید اما در ۹ ماه قدرت خود هیچ زبانی منحصیث تنبه به دختران و زنان یا خانواده های شان که در اصلاحات دوره امانی حصه گرفته بودند، نرسانید، در عهد حکومت محمد نادرشاه گرچه در این عرصه کدام کاری صورت نگرفت صرفاً مکتب عصمت را دوباره فعال نموده از بوستان سرای به داخل ارگ جا داد اما بعداً این مکتب به نام قابلگی در حصه اندرابی منتقل گردید.

در نخستین سالیان سلطنت محمد ظاهرشاه بار دیگر نهضت نسوان با گامهای شمرده، متین و تدریجی راه رشد خود را تعقیب کرد، مکاتب نسوان تا سطح پوهنتون با موجودیت حجاب و چادری رسانیده شد موسسه خیریه نسوان به مساعی خانم الیزابت، خانم رقیه عنایت سراج، خانم زینب عنایت سراج، شفیقه سراج، رقیه ابوبکر، کبرا نورزائی، نفیسه شایق مبارز، کبرا عمر و تعدادی خانم های دیگر ایجاد شد، این موسسه جایش را به میرمنو تولنه داده بعداً انجمن زنان رضا کار به رهبری شاهدخت بلقیس تاسیس یافت که هسته اولی وزارت زنان بوده و خدمات بزرگی را در راه رشد سویه زنان انجام دادند که تا رژیم جمهوری محمد داود خان نیز ادامه داشت.

در سال (۱۳۲۵) هـ ش مجله میرمن به نشرات آغاز نمود که میتوان این فعالیت ها را اولین گام در عالم نسوان ان دوره تلقی کرد.

^۱ - فرهنگ کابل باستان نوشته عزیزالدین وکیلی فوفلزانی سال طبع ۱۳۸۷ ج ۲

با بمیان آمدن نهضت نسوان در سال (۱۳۳۸) هنگام تصدی شهید محمد داود خان به صدارت، دختران مکاتب در ادارات و موسسات دولتی موقع کار یافتند چنانچه به تعداد ۲۵ تن از دختران به کار حروف چینی مطبعه دولتی اشتغال ورزیدند.^۱ همچنان در سده حاضر زنان دیگری (کبرا نورزائی، شفیه ضیایی، معصومه عصمتی وردک، صالحه فاروق اعتمادی، حمیرا سلجوقی) مشعل دارانی بودند که خدمات بزرگی را برای تعمیم نهضت زنان کشور انجام دادند و نیز آنعده بانوان با عظمت و فداکار که در جهاد، مقاومت و پیکار علیه تجاوزات روس و مظالم رژیم دستشانده آنها و نیز طالبان متحجر برادران، فرزندان و شوهران شانرا یاری رساندند یاد شان گرامی باد.

با تذکار پیرامون تجلیل مقام زن، آرزومندم خواننده گرامی به موقف و جایگاه شکوهمند بانوان و یا مادران که بهترین سرمایه برای جامعه افغانی ما اند و در زوایای تاریخ این سرزمین مقام شان نقش گذار بوده اشنایی حاصل و شمه از حقی را که بر فرزندان شان دارند ادا شده باشد.

^۱ - روزنامه آرمان ملی مؤرخ ۱۷ حوت ۱۳۸۸ ص (۳) اختصار از نهضت زنان افغانستان نوشته محترم عبدالحمید

**دیدار گفت‌وگوی محترم محمد قاسم حلیمی، معین
مسلكی وزارت عدلیه با خانم عادل خدور، رئیس
عمومی یونیسف و خانم تاتانا کولن، رئیس بخش
محافظت از اطفال این اداره، و نمود.**



۲۹ حمل ۱۳۹۷

در این دیدار، دو طرف در مورد مراکز اصلاح و تربیت اطفال و قانون محافظت از حقوق اطفال، بحث و تبادل نظر نموده و بر هماهنگی بیشتر بین وزارت عدلیه و اداره یونیسف تأکید نمودند.

معین مسلکی وزارت عدلیه از همکاری‌های مالی و تخنیکی اداره یونیسف با این وزارت خصوصاً در قسمت بازسازی و ترمیم دو تعمیر مرکز اصلاح و تربیت اطفال ولایت کابل و تهیه وسایل مورد نیاز اطفال در زندان بگرام، ابراز سپاس و قدردانی نموده و خواهان همکاری‌های بیشترشان با این وزارت گردید.

آقای حلیمی در مورد قانون محافظت از حقوق اطفال گفت: این قانون هفته گذشته در پارلمان مورد بحث قرار گرفت و امید است که در هفته آینده مورد تصویب قرار گیرد. وی وعده نمود که این قانون بعد از توشیح رییس جمهور به زودترین فرصت در جریده رسمی نشر خواهد شد. وی افزود که به منظور حفاظت و تامین حقوق اطفال، ادارات ذیربط باید در پالیسی‌ها و استراتژی‌های‌شان تمام موارد قانون محافظت از حقوق اطفال را در نظر داشته باشند.

معین وزارت عدلیه گفت: به منظور محافظت بهتر و تامین حقوق اطفال، یک نشست در سطح معینان برگزار گردد تا به مشکلات آنها رسیدگی گردد. وی از رییس عمومی یونیسف خواست تا زمینه سفرهای تحقیقاتی را برای کارمندان مسلکی ریاست عمومی مراکز اصلاح و تربیت اطفال فراهم سازند. در پایان، رییس بخش محافظت از اطفال یونیسف، همکاری‌های بیشتر را با سکتور عدلی و قضایی و خصوصاً وزارت عدلیه وعده نمود.

منبع: آمریت مطبوعات

عدلیه



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...



دیدار گفت‌گویی محمد قاسم...

اهدای ۷۰۰ کتاب و مجله از سوی معینیت جوانان وزارت اطلاعات و فرهنگ به مراکز اصلاح و تربیت اطفال وزارت عدلیه



دکتر کمال سادات معین جوانان وزارت اطلاعات و فرهنگ، ۷۰۰ جلد کتاب و مجله را به اطفال مراکز اصلاح و تربیت اطفال وزارت عدلیه، در یک مراسم رسمی اهداء نمود. وی همچنان وضعیت جوانان و فعالیت‌ها در این راستا را توضیح داده و

یادآوری کرد که لازم است تا کمیتهٔ جوانان مطابق استراتژی ملی جوانان در وزارت عدلیه ایجاد گردد.

در این مراسم، سید محمد هاشمی معین مالی و اداری وزارت عدلیه ج.ا.ا، وضعیت اطفال در مراکز اصلاح را خوب توصیف نموده و از همکاری وزارت اطلاعات و فرهنگ در زمینهٔ فراهم سازی کتاب به اطفال مراکز اصلاح، ابراز سپاس و امتنان نمود. معین اداری وزارت عدلیه توضیح داد که نیاز است تا در راستای تعلیم و تربیه و بلند بردن سطح فرهنگ اطفال متخلف از قانون، کار صورت بگیرد.

معین اداری وزارت عدلیه به ایجاد کمیتهٔ جوانان در وزارت عدلیه تأکید نموده و اضافه کرد که تعداد جوانان در سطح رهبری و میانه وزارت عدلیه تا اندازه‌ی نسبت به پیش افزایش یافته است. وی همچنان در این مراسم تأکید کرد که لازم است تا به تعداد جوانان در وزارت عدلیه افزوده شود.

گفتنی است که مطابق قانون و توافق نامهٔ ۹ جانبه با ادارات، وزارت اطلاعات و فرهنگ مکلف به ارائه خدمات در راستای بلند بردن سطح فرهنگ اطفال متخلف از قانون در مراکز اصلاح است.

منبع: آمریت مطبوعات

عدلیه

اهدای ۷۰۰ کتاب و مجله از سوی...