

# عدالت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال بیستم / شماره مسلسل ۱۹۶ / جوزا ۱۳۹۸

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

## هیأت تحریر:

- ♦ الحاج سید محمد هاشمی،
- ♦ قانونپوه محمد اشرف رسولی،
- ♦ قانونوال عبدالقدیر قیومی،
- ♦ پوهاند نصرالله ستانکزی،
- ♦ قانونپال فهیمه واحدی،
- ♦ دکتور مفتی محمدولی حنیف،
- ♦ قانونمل محمد رحیم دقیق،
- ♦ دکتور عید محمد احمدی
- ♦ دکتور غلام حضرت برهانی،
- ♦ حلیم سروش،

## صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. ا.

## مدیر مسوول

حلیم سروش  
(۰۷۹۹۴۰۲۹۳۶)

## ویراستار

عبدالقیوم قیومی

## دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمال و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

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

E-mail: [adalat@moj.gov.af](mailto:adalat@moj.gov.af)

قیمت این شماره: (۵۴.۷۲) افغانی

چاپ: مطبعه بهیر

## یادآوری به نویسندگان

- (۱) مقاله در محیط ورد تایپ یا با خط کاملاً خوانا نوشته شود.
- (۲) مقاله ارسالی کمتر از ۱۰ صفحه و بیشتر از ۲۵ صفحه تایپ شده A4 نباشد.
- (۳) اصل مقاله همراه با فایل تایپ شده آن، در صورت امکان، برای درج در مجله فرستاده شود نه کپی آن.  
مقاله باید دارای چکیده، واژگان کلیدی و نتیجه گیری نهایی باشد. چکیده باید به گونه ای نوشته شود که محتوای مقاله را به اختصار بیان کند.
- (۴) 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 نام های 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 علمی اش را، همراه با نشانی دسترسی به وی، مثل شماره تلفن و یا آدرس ایمیل و غیره را با مقاله بفرستد.
- (۱۰) مجله در ویرایش مقاله آزاد است.
- (۱۱) مطالب ارسال شده پس فرستاده نمی شود.
- (۱۲) مقاله ارسالی نباید قبلاً در مجله یا سایت اینترنتی دیگری نشر شده باشد.

# فهرست

## مقاله‌ها

- 
- ۴ ← شیوه‌های اعمال نظارت بر قانون اساسی ♦ محمد ادریس برمک.....
  - ۲۱ ← مفهوم حقوق بشر و جایگاه آن در حقوق داخلی جمهوری اسلامی افغانستان ♦ احمدنوید شیرزی..
  - ۵۱ ← پاسخ‌دهی مجریان عدالت به اطفال با کاربرد از فرایند عدالت ترمیمی ♦ احمد شکیب بهروز ریاض
  - ۷۳ ← نقش مراجع قضایی و شبه قضایی در حمایت از علایم تجارتي ♦ عزیزالله محمدزی .....
  - ۱۰۵ ← تحریم پولشویی در شریعت اسلامی ♦ فریحه صاحب‌زاده.....
  - ۱۴۴ ← زندان‌ها در سده‌های ۱۸ و ۱۹ و مبارزات انسان دوستانه برای اصلاح آن‌ها ♦ عبدالقدیر قیومی.....

## شیوه‌های اعمال نظارت بر قانون اساسی

محمد ادريس برمک<sup>۱</sup>

### چکیده

نظارت از اجرای قانون اساسی مبتنی بر اندیشه صیانت از جایگاه قانون اساسی و حفظ برتری آن بر سایر قوانین در نظام‌های سیاسی است. کشورهای جهان در خصوص نظارت بر اجرای قانون اساسی شیوه‌های سیاسی و یا هم شیوه قضائی را اختیار نموده‌اند. در خصوص چگونگی اعمال نظارت مقام‌های ناظر یا قبل به اجراء درآمدن قانون آنرا باطل اعلام نموده و از راه یابی آن به مراحل بعدی جلوگیری می‌کنند و یا هم بعد از اینکه قانونی از جانب پارلمان به تصویب رسید به بررسی مطابقت آن با قانون اساسی پرداخته و در صورت مغایرت، آنرا فاقد اعتبار اعلام می‌کنند. مرجع یا شخص صالح در خصوص طرح شکایت عدم مطابقت قانون عادی با قانون اساسی معمولاً در خود این قانون پیش‌بینی شده که میتواند تنها مقامات عمومی، اشخاص حقیقی و یا هم

---

<sup>۱</sup>. کارشناس ارشد رشته‌ی حقوق عمومی و مشاور حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی افغانستان.

هر دو باشد. بر علاوه کارکرد مقام ناظر تنها به بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی محدود نبوده بلکه شامل تفسیر قانون اساسی، مراقبت از اجرای آن، نظارت بر حسن اجرای فرآیند های دموکراتیک و حل و فصل اختلافات مسایل ناشی از قانون اساسی نیز می گردد. در افغانستان وظیفه نظارت بر اجرای قانون اساسی بر عهده ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی است به گونه ای که ستره محکمه به بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی و تفسیر این قانون پرداخته و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی عملکرد مقامات و نهادهای دولتی را با قانون اساسی می سنجد.

**کلید واژه:** نظارت، نظارت قضائی، نظارت سیاسی، نظارت پیشینی، نظارت پسینی.

#### مقدمه

اصل بر این است تا کلیه مصوبات پارلمان با قانون اساسی مطابقت داشته و در مغایرت با آن قرار نگیرد. مهم ترین اثر مرتب بر این امر، برتری قانون اساسی بر سایر قوانین و مصوبات پارلمان بوده و باید در عمل ضمانت های اجرای مؤثری برای بر آورده شدن این مامول وجود داشته باشد که مهم ترین و اساسی ترین راهکار آن نظارت از مطابقت مصوبات پارلمان با قانون اساسی است. اعمال این مأمول « نظارت » میسر نیست مگر با تأسیس نهادهای در جهت بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی که در صورت تشخیص عدم مطابقت و یا مغایرت آن با قانون اساسی از تصویب آن جلوگیری به عمل آورده یا در صورت تصویب به لغو و ابطال آن حکم نماید.

مهم ترین و اساسی ترین هدف نظارت از اجرای قانون اساسی صیانت از حقوق و آزادی های اساسی اتباع بوده هر چند نمی توان مسأله تفسیر قانون اساسی، تأمین توازن میان قوای عالی دولتی، نظم بخشیدن به فعالیت های قوای عمومی، حل و فصل اختلافات

ناشی از قانون اساسی و نظارت بر حسن اجرای پروسه‌های دموکراتیک « انواع انتخابات و مراجعه به آرای عمومی » را نا دیده گرفت.

با توجه به ساختار های حاکم بر نظام حقوقی کشورها مسأله نظارت بر اجرای قانون اساسی به اشکال مختلفی اعمال می‌شود، که رایج‌ترین آن نظارت قضائی و نظارت سیاسی است. نظارت قضائی بر اجرای قانون اساسی معمولاً با دو شیوهی نظارت بر قانون اساسی توسط محاکم عمومی « الگوی آمریکایی نظارت » و نظارت توسط محاکم اختصاصی قانون اساسی « الگوی اروپایی نظارت » صورت گرفته و نظارت سیاسی از اجرای قانون اساسی معمولاً توسط یک نهاد سیاسی مستقل خارج از حیطه صلاحیت سه قوه صورت می‌گیرد.

نهادهای نظارت کننده اجرای قانون اساسی با در نظر داشت ساختار آن به یکی از سه شیوه؛ ابطال یا الغای قانون مغایر با قانون اساسی، عدم اجرای قانون مغایر با قانون اساسی و نظارت از مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی به شکل مستقیم عمل نظارت بر قانون اساسی را اعمال می‌کنند. بناً در این مقاله برآنیم تا بعد از بیان مفهوم نظارت؛ ضرورت نظارت بر اجرای قانون اساسی، اقسام نظارت، مراجع اعمال نظارت، شیوه‌های اعمال نظارت بر قانون اساسی، کارکردهای نظارت و مراجع نظارت بر اجرای قانون اساسی در افغانستان را به بررسی گیریم.

## ۱- مفهوم نظارت

نظارت در لغت به معنی نگرستن، مراقبت، مراقب بودن و نگرستن است. در اصطلاح حقوق نظارت وظیفه‌ای است که برای یک شخص یا نهاد در مراقبت از درستی انجام کاری که بر عهده او گذاشته اند داده شده است.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر نظارت

<sup>۱</sup>. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، تهران: انتشارات جنگل جاودانه، سال ۱۳۸۸، ص ۲۰۶۵.

بررسی برنامه‌ها و رفتارهای انجام شده و مقایسه آن با برنامه‌های تدوین شده و مورد انتظار است.<sup>۱</sup> معلوم است در خصوص نظارت بر اجرای قانون اساسی هدف بررسی برنامه‌ها، اقدامات، تصامیم، قوانین و عملکردهای مقامات و نهادهای دولتی و مقایسه آنها با اصول و معیارهای وضع شده در قانون اساسی در جهت تشخیص مطابقت یا عدم آن با قانون اساسی است.

## ۲- نظارت بر اجرای قانون اساسی، اقسام و مراجع اعمال آن

اینکه چرا باید از اجرای قانون اساسی نظارت صورت می‌گیرد و به چه اقسامی این نظارت اعمال می‌شود در ذیل به آن خواهیم پرداخت.

### ۲.۱. نظارت بر اجرای قانون اساسی

به دلیل اینکه قانون اساسی به عنوان عالی‌ترین وثیقه ملی بازتاب دهنده اساسی‌ترین حقوق شهروندان بوده و از سوی دیگر مبین حدود اختیارات، وظایف، نحوه تشکیل و صلاحیت‌های قوای عمومی دولت و تجلی‌گاه چگونگی مشارکت شهروندان در قدرت سیاسی است بناً از اهمیت فوق‌العاده و برتری کامل نسبت به سایر اسناد حقوقی یک کشور برخوردار بوده ولی همواره با خطر تضعیف، تجاوز و تعرض روبرو است. بناً برای حفظ قداست و حاکمیت این قانون بنیادین، باید ضمانت‌های اجرای شایسته‌ای از طریق تأسیس آیین و دستگاه‌های که حاوی و اعمال‌کننده نظارت بر اجرای صحیح این قانون باشد لازم می‌آید تا بر اساس آن قواعد و قوانین و اعمال اداری و سیاسی مخالف قانون اساسی لغو و باطل اعلام گردد.<sup>۲</sup> در خصوص نظارت بر اجرای قانون اساسی سه نکته حایز اهمیت است:

<sup>۱</sup> عبدالقیوم سجادی، پارلمان، نظارت و قانونگذاری، کابل: انتشارات دانشگاه خاتم النبیین، سال ۱۳۹۲، ص ۱۴۳.

<sup>۲</sup> سید محمد هاشمی، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان، سال ۱۳۹۵، ص ۶۵.

الف) اینکه قانون اساسی را عالی‌ترین وثیقه ملی می‌نامیم باید تفوق و برتری آن تضمین گردد. این تفوق و برتری هنگامی تضمین می‌گردد که راهکارهای وجود داشته باشد تا به وسیله آن بتوانیم تمام اعمال، نهادها و مقامات ناشی از قانون اساسی را مورد بررسی و نظارت قرارداد که ایجاب تأسیس یک نهاد عالی و برتر از قوای سه‌گانه را می‌نماید تا اعمال نظارت امکان‌پذیر باشد.<sup>۱</sup>

ب) نظارت بر اجرای قانون اساسی توسط قوه مجریه (اعمال اداری یا سیاسی) چندان مشکل به نظر نمی‌رسد و این اعمال (خواه در مقام اتخاذ تصمیم سیاسی و اداری و یا در مقام وضع مقررات) باشد به راحتی قابل کنترل است. معمولاً در این خصوص محاکم اساسی و یا نهاد های دادرسی اساسی قادرند تا حکم ابطال اعمال قوه اجرائیه را صادر نمایند. اما این مسأله در خصوص قوانین عادی که مرجع تصویب آن شورای ملی است، یکمقدار چالشی به نظر می‌رسد زیرا قانون عادی مبین اراده عمومی بوده در عین حالیکه قانون اساسی نیز مبین اراده عمومی است، اما از سوی دیگر با لزوم برتری قانون اساسی، عدم ضمانت اجرای این قانون منطقی به نظر نمی‌رسد.<sup>۲</sup>

ج) نظارت بر اجرای قانون اساسی دارای پیامدهای سیاسی است؛ به دلیل اینکه که اگر یک دستگاه بتواند قاطعانه انطباق قوانین عادی با قانون اساسی را بررسی نموده و آنرا تأیید یا رد نماید به مثابه اعطای مقامی ما فوق دستگاه‌های حاکمه به آن نهاد بوده و این ممکن است از نظر سیاسی حساسیت‌زا باشد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup>. رک، محمد ادریس برمک: «تاملی بر اندیشه دادرسی اساسی» مجله قانون اساسی شماره (۴)، تابستان ۱۳۹۸.

<sup>۲</sup>. حقوق اساسی و ساختار های سیاسی، سید محمد هاشمی، پیشین، ص ۶۶.

<sup>۳</sup>. همان، ۶۶.



## ۲.۲. اقسام نظارت بر قوانین به منظور بررسی مطابقت آن با قانون اساسی

نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی ممکن است به شکل پیشینی و قبل از تصویب، توشیح، نشر و انفاذ آن بوده و یا هم پسینی و بعد از اجرای مراحل قبل الذکر باشد که در ذیل به هردو نوع نظارت پرداخته خواهد شد.

### ۲.۲.۱. نظارت پیشینی

در این نوع نظارت قبل از اینکه طرح قانون جهت تصویب به پارلمان ارائه گردد باید به مقام ناظر جهت ابراز نظر ارسال گردد تا مقام ناظر به بررسی مطابقت و عدم مغایرت آن با قانون اساسی بپردازد. در صورتیکه مقام ناظر این قانون ارسال را از نظر مطابقت و عدم مغایرت آن با قانون اساسی مطلوب تشخیص دهد آنگاه قانون اساسی به مراحل بعدی راه خواهد یافت و در صورت تشخیص مغایرت و عدم مطابقت آن با قانون اساسی این قانون به مراحل بعدی راه نیافته و فاقد اعتبار و اثر حقوقی خواهد بود. این شیوه در الگوی اروپایی نظارت معمول بوده و قبل از اینکه قانون به مرحله اجراء وارد شود مطابقت آن با قانون اساسی بررسی می‌شود. مثلاً در کشور اتریش، ایتالیا... نظارت بر قوانین عادی به همین شکل است.<sup>۱</sup>

### ۲.۲.۲. نظارت پسینی

در این نوع نظارت بعد از آنکه قانون به تصویب پارلمان رسیده و به مرحله اجراء گذاشته شد، بعد از اعتراض و طرح دعوی به مقام ناظر ارائه می‌گردد تا این مقام مطابقت و عدم مغایرت آنرا با قانون اساسی تشخیص دهد.

اگر در این نوع نظارت قانونی در مغایرت و یا عدم مطابقت با قانون اساسی تشخیص گردد آنگاه از طریق همین مقام ناظر باطل اعلام گردیده و به تبع آن

<sup>۱</sup>. حمید شاکری، تاملی براندیشه دادرسی اساسی، تهران: نشریه سیاسی - اقتصادی، شماره ۳۰۷، ۱۳۹۶، ۱۱۵.

هیچگونه اثر حقوقی بر آن مترتب نبوده بر علاوه آثاری حقوقی که قبل از اعلام ابطال این قانون نیز بوجود آمده است فاقد اعتبار و غیر لازم الاجراء خواهد بود. مثلاً در کشور آلمان هرگاه حق بنیادین اشخاص مستقیماً توسط قانون مورد صدمه قرار گرفته باشد. میتواند ظرف یکسال پس از به اجراء در آمدن قانون به دیوان قانون اساسی شکایت نماید و آنگاه دیوان قانون اساسی در مورد ابطال آن تصمیم خواهد گرفت.<sup>۱</sup> در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا نیز نظارت جنبه پسینی دارد زیرا پس از انتشار و به اجراء در آمدن قانون اعمال می گردد.

### ۲.۳. مراجع اعمال نظارت بر قانون اساسی

نظارت بر اجرای قانون اساسی معمولاً در کشورهای جهان به دو گونه صورت می گیرد که در ذیل به آنها پرداخته می شود.

#### ۲.۳.۱. نظارت سیاسی

نظارت سیاسی از اجرای قانون اساسی به این معنی است که یک نهاد سیاسی خاص به نام شورای قانون اساسی یا تحت هر نام دیگری تأسیس شده و این وظیفه را به عهده می گیرد. شورای قانون اساسی فرانسه مهم ترین نمونه این دسته از مراجع است. همچنین، کارکردهای این مرجع برخلاف نظارت و تفسیر قضایی که معمولاً به صورت پسینی

<sup>۱</sup>. علی اکبر، گرجی ازندریانی، دادگاههای قانون اساسی «الگوی غیر اروپایی دادرسی اساسی»، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴، ص ۴۳.

اعمال می‌شود پیشینی است. بر علاوه در کنار این نهاد خاص ممکن نظارت سیاسی از اجرای قانون اساسی توسط رئیس جمهور نیز صورت می‌گیرد.<sup>۱</sup>

چنانچه قبلاً بیان گردید؛ قانون اساسی با وجود اینکه در مقام قانون مادر و مورد احترام همگان است با آن هم همیشه در معرض نقض احتمالی توسط مقامات دولتی و مراجع حکومتی قرار دارد. مراقبت و نظارت از اجرای قانون اساسی از جمله وظایف بسیار مهم و اساسی به شمار می‌رود که در برخی از کشور های به عهده رئیس جمهور گذاشته شده است. سنگینی و مهم بودن این وظیفه از آنجا ناشی می‌شود که رئیس جمهور را ملزم به قانونمندی و بیطرفی کرده و با قرارداد وی در چنین موقعیتی، راه هرگونه سازش و تعامل خلاف قانون اساسی را می‌بندد.<sup>۲</sup> در افغانستان نیز یکی از وظایف رئیس جمهور مراقبت از اجرای قانون اساسی است.<sup>۳</sup>

## ۲.۳.۲. نظارت قضائی

نظارت قضائی به این معنی است که نظارت بر اجرای قانون اساسی توسط یک نهاد قضائی صورت می‌گیرد. این نهاد ممکن است در چوکات قوه قضائیه فعالیت نموده و یا هم خارج از چوکات قوه قضائیه به شکل مستقل از طریق تأسیس یک نهاد خاص قضائی فعالیت نماید. در الگوی آمریکایی نظارت، قانون بعد از آنکه از سوی قوه مقننه به تصویب میرسد و مورد اجراء قرار می‌گیرد با طرح دعوی علیه آن نظارت اعمال می‌گردد در حالیکه در الگوی اروپایی نظارت قبل از اینکه قانون به مرحله اجراء وارد شود مطابقت آن با قانون اساسی بررسی می‌شود که ذیلاً به هر دو شیوه پرداخته می‌شود.

۱. تروپه، میشل، منطق حاکم بر صیانت از قانون اساسی، ترجمه عباسعلی کدخدایی، مجله دانشکده حقوق و علوم

سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶، ۱۳۸۳، ص ۲۶۳

۲. عبدالعلی، محمدی، حقوق اساسی افغانستان، کابل: انتشارات دانشگاه خاتم النبیین، ۱۳۹۵، ص ۲۰۲.

۳. قانون اساسی افغانستان، فقره (۱) ماده ۶۴.

### الف) نظارت توسط محاکم عادی ( الگوی آمریکایی )<sup>۱</sup>

در این شیوه محاکم دارای صلاحیت عام هستند که شامل موضوعاتی مرتبط به قوانین عادی و موضوعات مربوط به قانون اساسی است. در این شیوه قضات محاکم عادی همانند قضات دیوان عالی یا نهادهای ویژه دادرسی اساسی از اجرای قانون اساسی نظارت می نمایند.

### ب) نظارت توسط محاکم اختصاصی ( الگوی اروپایی )

در شیوه نظارت قضایی توسط محاکم اختصاصی وجود یک محکمه تحت عنوان « محکمه قانون اساسی» با صلاحیت انحصاری در خصوص نظارت بر احکام مبتنی بر قانون اساسی یک امر ضروری پنداشته می شود.

### ۳- شیوه های اعمال حق تقاضای نظارت

سوالی که در خصوص نظارت بر اجرای قانون اساسی ممکن مطرح گردد، این است که در واقع اعتراض و تقاضای رسیدگی به مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی چگونه صورت می گیرد؟ به نظر می رسد تا کنون سه شیوه برای تقاضای مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی وجود داشته باشد. که در ذیل به بیان گرفته خواهد شد.

#### ۳.۱. شیوه اعمال حق نظارت در قالب دعوی اصلی ( تقاضای لغو قانون )

در این شیوه تقاضا لغو و ابطال قانون در محاکم خاص قانون اساسی و یا محاکم عادی که صلاحیت آنها در قانون اساسی احراز شده باشد، صورت می گیرد و بدون اینکه دعوی خاصی میان اشخاص در پیشگاه محاکم بوجود آمده باشد مستقیماً دعوی مستقلی مبنی بر عدم مطابقت یک قانون با قانون اساسی در پیشگاه محاکم قابل اقامه است. محکمه ضمن بررسی موضوع مورد نظر در صورت تشخیص مغایرت و عدم

<sup>۱</sup>. سرور دانش، حقوق اساسی افغانستان، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، سال ۱۳۹۱، ص ۱۳۵.

مطابقت قانون عادی با قانون اساسی به لغو و ابطال آن حکم می‌کند. این تقاضا ممکن است توسط اشخاص و یا مقامات سیاسی صورت گیرد. در قانون اساسی کشور های مختلف حق طرح شکایت در خصوص این مسأله به گونه های متفاوت پیش‌بینی شده است زیرا در برخی از کشور طبق احکام مندرج در قانون اساسی شان ممکن اشخاص عادی حق طرح شکایت در خصوص عدم مطابقت یا مغایرت قانون عادی با قانون اساسی را نداشته و صرفاً به مقامات سیاسی باشد. مثلاً در کشور ایالات متحده آمریکا قرار منع اجراء به شهروندان اجازه می‌دهد تا قبل از آنکه قانونی علیه آنها به اجراء درآید روند اجرای آن را متوقف سازند و در صورتیکه قاضی درخواست شاکی را وارد بداند آنگاه دستور عدم اجرای قانون را صادر خواهد نمود.<sup>۱</sup>

### ۳.۲. شیوه اعمال حق نظارت در قالب دعوی فرعی ( تقاضای عدم اجرای قانون )

در این شیوه حق نظارت به گون‌ای اعمال می‌شود که هنگام رسیدگی به یک دعوی اصلی ممکن است یکی از طرفین دعوی، دعوی فرعی را در خصوص عدم مطابقت و یا مغایرت قانون مورد اجراء با قانون اساسی را مطرح نماید، که در این حالت محکمه به موضوع رسیدگی نموده و در صورت تشخیص مغایرت یا عدم مطابقت قانون مورد نظر با قانون اساسی از اجرای آن قانون در قضیه مورد نظر امتناع می‌ورزد. اما این عدم اجراء به معنی ابطال قانون نبوده و اثر آن صرفاً به طرفین قضیه و در قضیه مورد نظر محدود می‌شود و سایر محاکم هم مجبور به پیروی ازین رأی نیستند، مگر اینکه محکمه عالی عدم مطابقت یا مغایرت قانون با قانون اساسی را تشخیص داده و دستور عدم اجرای آن قانون را صادر نماید.

<sup>۱</sup>. علی اکبر گرجی، ازند ریانی، الگوی غیر اروپایی دادرسی اساسی، پیشین، ۵۵.

در عین حال اگر محکمه عالی کشور در خصوص مطابقت قانون مورد نظر با قانون اساسی حکم صادر نماید، آنگاه این قانون برای همه‌ی محاکم دیگر لازم‌الاجراء خواهد بود.<sup>۱</sup>

مثلاً در ایالات متحده آمریکا در اثنای رسیدگی به دعوی یکی از طرفین دعوی می‌تواند از قاضی در خواست نماید تا درباره اساسی بودن قانون مورد اجراء اعلام نظر نماید. که در صورت تشخیص مغایرت آن با قانون اساسی از اجرای آن امتناع خواهد ورزید.

### ۳.۳. نظارت و کنترل به شکل مستقیم

در این نوع نظارت ضرورتی برای طرح شکایت یا درخواست از طرف شهروندان، طرفین دعوی، محاکم و یا مقامات عمومی به منظور بررسی و مطابقت قوانین با قانون اساسی موجود نبوده بلکه مراجع نظارتی به گونه‌ی مستقیم و به شکل اجباری به بررسی مطابقت مصوبات پارلمان با قانون اساسی می‌پردازد و می‌بایستی تمامی مصوبات پارلمان، بعد از تصویب آن به مراجع نظارتی ارسال شود تا مراجع نظارتی در خصوص مطابقت آن با قانون اساسی ابراز نظر نماید، که در صورت تشخیص عدم مطابقت آن با قانون اساسی، رأی به ابطال آن مصوبه صادر خواهند نمود. که آنگاه هیچ اثر حقوقی بر آن مصوبه مترتب نخواهد شد. چنانچه قبلاً نیز بیان گردید؛ این شیوه نظارت اروپایی است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup>. همان، ص ۵۶.

<sup>۲</sup>. همان، ۵۶.

#### ۴- کارکردهای مقام ناظر

برای فهم کارکردهای مقام ناظر لازم است تا حوزه صلاحیت و قلمرو کاری و گستره فعالیت نظارتی معلوم گردد. به این ترتیب، کارکردهای مرجع ناظر به طور کلی در رسیدگی به دعاوی ارگانیک خلاصه می‌شود.<sup>۱</sup> که در ذیل به آنها پرداخته خواهد شد.

##### ۴.۱. کارکرد نظارتی

به نظر می‌رسد مهم‌ترین کارکرد مقام ناظر، نظارت بر اعمال و تصمیمات مقامات دولتی در عرصه‌های اجرائیه، تقنینیه و قضائیه باشد. که به گونه‌های ذیل صورت خواهد گرفت.

##### ۴.۱.۱. نظارت ابتکاری

در این نوع نظارت مقام ناظر به شکل ابتکاری و بدون هیچگونه شکایتی و با استفاده از صلاحیت ذاتی خود بر اعمال و تصمیمات مقامات « اجرائیه، تقنینیه و قضائیه » نظارت نموده و در صورت عدم مطابقت و مغایرت آن با قانون اساسی آنرا باطل و فاقد اعتبار اعلام نماید.<sup>۲</sup>

##### ۴.۱.۲. نظارت انفعالی

این نوع نظارت بر خلاف نظارت ابتکاری منوط به طرح دعوی و شکایت از سوی افراد، مقامات، نهادهای سیاسی و سایر مراجعی که در قانون اساسی مجاز به اقامه دعوی ارگانیک هستند می‌باشد. تا مقام ناظر مبتنی بر آن به اعمال وظیفه نظارتی خود

<sup>۱</sup>. عبدالعلی محمدی، حقوق اساسی افغانستان، پیشین، ص ۴۰۴.

<sup>۲</sup>. همان، ۴۰۲-۴۰۴.



پرداخته و در صورت احراز دعوی به لغو و ابطال تصمیم اتخاذ شده از سوی مقامات « اجرائی، تقنینی، قضائی » رأی صادر نماید.<sup>۱</sup>

#### ۴.۲. کارکرد تفسیری

بدون شک قوانین اساسی نمی‌تواند خالی از ابهام، اجمال، تعارض و یا هم سکوت در خصوص برخی مسایل باشد و از اینکه فرآیند تعدیل و بازنگری قانون اساسی به سادگی امکان پذیر نیست بناً ایجاب می‌نماید تا خود قانون اساسی مرجعی را برای تفسیر قانون اساسی صالح دانسته باشد که این مرجع معمولاً همان مرجع نظارتی است.<sup>۲</sup>

#### ۴.۳. کارکرد قضائی

در کارکرد قضائی معمولاً مقام ناظر به حل و فصل اختلافات مسائل ناشی از قانون پرداخته و حتی ممکن است مبادرت به تعقیب و محاکمه سران سیاسی نماید. که در ذیل به چگونگی حل و فصل اختلافات و رسیدگی به اتهامات علیه سران سیاسی پرداخته خواهد شد.

#### ۴.۳.۱. حل اختلافات

در واقع مرجعی که به حل و فصل اختلافات میان قوای عالی دولتی که ناشی از تعارض صلاحیت میان این قواء باشد می‌پردازد، همین مقام ناظر تعریف شده قانون اساسی است.

<sup>۱</sup>. همان، ۴۰۴.

<sup>۲</sup>. همان، ۴۰۴.



### ۴.۳.۲. رسیدگی به اتهامات

در برخی از نظام های حقوقی دعاوی مطرح شده بر علیه مقامات عمومی نیز توسط مقام ناظر رسیدگی می شود.<sup>۱</sup>

### ۴.۳.۳. نظارت بر حسن اجرای فرآیندهای دموکراتیک

یکی از وظایف نهایت مهم و اساسی دیگری که در برخی از نظام های حقوقی بر عهده مقام ناظر بر اجرای قانون اساسی گذاشته شده است نظارت بر حسن اجرای فرآیندهای دموکراتیک به مانند انتخابات و مراجعه به آرای عمومی است.<sup>۲</sup>

### ۵- مراجع نظارت بر اجرای قانون اساسی در افغانستان

با مطالعه قانون اساسی افغانستان به خصوص ماده ۱۲۱ و ماده ۱۵۷ در می یابیم در خصوص نظارت قانون اساسی، افغانستان دو شیوه نظارت قضائی با پیروی از الگوی آمریکایی و شیوه نظارت سیاسی قسماً با پیروی از الگوی فرانسوی را به رسمیت شناخته که اختیارات این مراجع به قرار ذیل است:

### ۵.۱. نظارت موردی و نظارت بر تفسیر قانون

اولین نوع نظارت بر قانون اساسی در افغانستان نظارت موردی در یک قضیه معین مطرح شده در نزد محاکم عادی است، به گونه ای که اگر یکی از طرفین دعوی ادعای مبنی عدم مطابقت قانون مورد اجراء در قضیه ای مورد رسیدگی را مطرح ساخته و یا هم خود محکمه تشخیص دهد که قانون مورد اجراء در مغایرت با قانون اساسی قرار دارد، آنگاه جهت ابراز رأی تفسیر آنرا به ستره محکمه ارجاع خواهند نمود. چنانچه ماده (۱۲۱) قانون اساسی افغانستان در مورد حکم می کند « بررسی مطابقت قوانین

<sup>۱</sup>. همان، ۴۰۶.

<sup>۲</sup>. همان، ۴۰۷.

عادی، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق‌های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها به اساس تقاضای حکومت یا محاکم از صلاحیت های ستره محکمه می‌باشد.» که در این حالت تا زمان صدور رأی ستره محکمه در خصوص تفسیر درخواست شده رسیدگی به قضیه ملتوی خواهد بود.

## ۵.۲. شکایت عدم رعایت قانون اساسی

افراد خصوصی هم می‌توانند با طرح شکایت به ستره محکمه تصامیمی که بر علیه آنها اتخاذ شده و خلاف قانون اساسی است تقاضای ابطال آنرا نموده که ستره محکمه مکلفیت دارد به آن رسیدگی نموده و در صورت تشخیص مغایرت یا عدم مطابقت آن با قانون اساسی، آن تصمیم را فاقد اعتبار اعلام نماید. مثلاً اگر شخصی از حق اش مبنی بر کاندیدا شدن در سمت های انتخابی از سوی کمیسیون های انتخاباتی محروم ساخته می‌شود آنگاه حق خواهد داشت تا در خصوص مسأله به ستره محکمه شکایت نماید.

## ۵.۳. نظارت کلی بر مطابقت قوانین با قانون اساسی

در این نوع نظارت ستره محکمه بدون شکایت در خصوص عدم مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات و میثاق‌های بین المللی اقدام نموده و در صورت تشخیص عدم مطابقت آن اسناد با قانون اساسی، آنها باطل اعلام نماید. اما آنچه در این خصوص مهم به نظر می‌رسد؛ این است که ستره محکمه به خودی خود و بدون درخواست مراجعی که قانون اساسی به آنها صلاحیت داده در مورد اقدام نماید. چنانچه به اساس حکم ماد (۱۲۱) قانون اساسی افغانستان صلاحیت چنین درخواستی به « رئیس جمهور و محاکم» اعطاء شده است.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup>. وحید، نیاز، حقوق اساسی افغانستان، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳، ص ۴۷۷.

#### ۵.۴. پیشنهاد وضع قوانین

ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی می‌تواند در موارد که وضع قانون مشخصی در قانون اساسی پیشبینی شده است آنرا به حکومت ارجاع نموده و درخواست طرح قانون را نمایند.

#### ۵.۵. نظارت از کارکردها و فعالیت‌های قوای سه گانه دولت به شمول رئیس

##### جمهور

کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی افغانستان از اعمال و کارکردهای نهادها و مقامات سه قوه دولتی نظارت نموده و مطابقت کارکردها و عملکرد آنها را با قانون اساسی مورد سنجش قرار می‌دهد. که در صورت ملاحظه تخطی یا نقض قانون اساسی به آنها گوش زد نموده و به رئیس جمهور گزارش می‌دهد.

#### ۶- نتیجه گیری

با توجه به آنچه که مورد بحث قرار گرفت می‌توان گفت نظارت، یعنی بررسی و سنجش عملکرد نهادها و مقامات قوای عالی دولتی در مقایسه با حدود وضع شده در قانون اساسی جهت حفاظت و صیانت از حقوق و آزادی‌های شهروندان و تضمین برتری قانون اساسی نظر به سایر قوانین است. نهادهای که وظیفه نظارت را اعمال می‌نمایند معمولاً سیاسی هستند و یا قضائی با تشکیل محاکم خاص و یا از طریق محاکم عمومی.

نهادهای ناظر بر اجرای قانون اساسی معمولاً به دو شیوه؛ اعلام بطلان قانون مغایر با قانون اساسی و عدم اجرای قانون مغایر با قانون اساسی به بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی و وظیفه نظارت را انجام میدهند که این نظارت یا به شکل پیشینی است و یا هم به شکل پسینی. بر علاوه کارکردهای مقام ناظر تنها به بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی محدود نبوده بلکه به بررسی مطابقت عملکردها و اجراءات مقامات

دولتی با قانون اساسی، رسیدگی به دعاوی ناشی از قانون اساسی، حل اختلافات میان قوای عالی دولتی در خصوص مسائل ناشی از قانون اساسی، نظارت بر حسن اجرای فرآیند های دموکراتیک و تفسیر قانون اساسی نیز تسری پیدا می کند.

در افغانستان وظیفه نظارت بر اجرای قانون اساسی در خصوص بررسی مطابقت قوانین عادی، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها به اساس حکم ماده ۱۲۱ این قانون به ستره محکمه واگذار شده و به اساس حکم ماده ۱۵۷ همین قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی وظیفه دارد تا از فعالیت ها، تضامیم و کارکرد های مقامات قوای عالی دولتی در مسایل ناشی از قانون اساسی نظارت نماید.

#### منابع

- ۱- انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، تهران: انتشارات جنگل جاودانه، سال ۱۳۸۸.
- ۲- برمک، محمد ادریس، تاملی بر اندیشه دادرسی اساسی، مجله قانون اساسی شماره (۴)، تابستان ۱۳۹۸.
- ۳- تروپه، میشل، منطق حاکم بر صیانت از قانون اساسی، ترجمه عباسعلی کدخدایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶، ۱۳۸۳.
- ۴- دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، ج ۲، ۱۳۹۱.
- ۵- سجادی، عبدالقیوم، پارلمان، نظارت و قانونگذاری، کابل: انتشاراد دانشگاه خاتم النبیین، سال ۱۳۹۲.
- ۶- شاکری، حمید، تاملی براندیشه دادرسی اساسی، تهران: نشریه سیاسی - اقتصادی، شماره ۳۰۷، ۱۳۹۶.
- ۷- گرجی ازندریانی، علی اکبر، دادگاههای قانون اساسی «الگوی غیر اروپایی دادرسی اساسی»، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.
- ۸- محمدی، عبدالعلی، حقوق اساسی افغانستان، کابل: انتشارات دانشگاه خاتم النبیین، ۱۳۹۵.
- ۹- نیاز، وحید، حقوق اساسی افغانستان، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳.
- ۱۰- هامون، فرانسیس و واینر، سلین، صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده امریکا، ترجمه محمد جلالی، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۸۳.
- ۱۱- هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی و ساختار های سیاسی، تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان، سال ۱۳۹۵.

## مفهوم حقوق بشر و جایگاه آن در حقوق داخلی جمهوری اسلامی افغانستان

احمدنوید شیرزی<sup>۱</sup>

دکتر هیبت الله نژندی منش<sup>۲</sup>

### چکیده

حقوق بشر اساسی ترین و ابتدایی ترین حقوقی است که هر فرد به طور ذاتی، فطری صرف به لحاظ انسان بودن خود از آن بهره مند می شود. از اینرو مطابق اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر اسناد بین المللی این حقوق ویژگی هایی همچون جهان شمول بودن، سلب نشدنی، انتقال ناپذیری، تفکیک ناپذیری، عدم تبعیض و برابری طلبی، به هم پیوستگی و در هم تنیدگی را دارا است. بدین اساس به تمامی افراد در هر جایی از جهان تعلق دارد و هیچ کس را نمی توان به صرف منطقه جغرافیایی که در آن زیست می کند، از حقوق بشر محروم کرد ضمن اینکه همه افراد فارغ از عواملی چون نژاد، ملیت، جنسیت، دین و غیره در برخورداری از این حقوق با هم برابر و یکسانند و در این خصوص کسی را بر دیگری برتری نیست.

---

۱ کارشناس ارشد حقوق عامه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد افغانستان

۲ عضو هیات علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی - تهران

مقاله حاضر هم در صدد تبیین مفهوم حقوق بشر، نسل های آن و جایگاه آن در نظام حقوق جمهوری اسلامی میباشد. از این رو تلاش ها در قسمت تدوین حقوق بشر و مفهوم آن در سطح بین المللی صورت گرفته است و این تلاش ها منجر به تشکیل اعلامیه جهانی حقوق بشر و تقسیم بندی آن به نسل های متعدد، طی کنفرانس ها و کنوانسیون های مرتبط گردیده، همچنین کشور افغانستان هم از جمله کشور های میباشد که اعلامیه جهانی حقوق بشر را پذیرفته و به تعداد زیاد اسناد، کنوانسیون ها و سایر موارد از این قبیل خویش را مکلف به رعایت از آن گردانیده است.

**واژگان کلیدی:** حقوق بشر، حقوق مدنی و سیاسی، حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، حقوق توسعه و داشتن محیط سالم، جمهوری اسلامی افغانستان

زندگی بشر از بدو پیدایش تا به حال همیشه در حال تغییر و تحول بوده، وجود امپراتوری‌ها، پادشاهی، دولت‌های مطلقه، تعمیم خواست انسانها بر یکدیگر، وجود جنگها برای استعمار، جهانگشایی و کسب قدرت همواره از موارد و مولفه‌های بوده که سبب نقض حقوق بشر گردیده است. جرم و جنایات شنیع در سطح بین‌المللی، چندین نوع مخاصمات مسلحانه بین‌المللی تعداد زیاد قربانی، شکنجه، معیوب و آواره از خود بجا گذاشته که تا به حال هم پیامد‌ها و آثار بجا مانده از آن سبب ناراحتی ملل گردیده است. از این رو کشورها بعد از جنگ جهانی دوم در صدد تشکیل و حقوقی در حمایت از افراد بشر گردیدند. بدین لحاظ بلاخره این تلاش‌ها منجر به شکل‌گیری و اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ گردید. و از آن به بعد هم کنوانسیون‌ها زیادی در این ارتباط تدوین گردیده است. از این رو حقوق بشر اساسی‌ترین و ابتدایی‌ترین حقوقی است که هر فرد به‌طور ذاتی، فطری، به‌صرف انسان بودن از آن بهره‌مند می‌شود. بناء این حقوق یکی از مفاهیم و موضوعات مهم و خطیر می‌باشد که همواره بخصوص در زمان حاضر مورد توجه کشورها و جوامع قرار داشته و می‌باشد.

با توجه به مطالب فوق در مقاله حاضر تلاش ما بدین خواهد بود تا مفهوم حقوق بشر و نسل‌های آن را تبیین و واضح سازیم؟ سپس جایگاه و نقش که این حقوق در نظام حقوق داخلی جمهوری اسلامی افغانستان دارد را واضح سازیم؟ و برای پاسخ به این پرسش‌ها در ابتدا به مفهوم حقوق بشر پرداخته سپس به نسل‌های حقوق بشر (۲) ، جایگاه حقوق بشر و حمایت از آن در حقوق داخلی جمهوری اسلامی افغانستان (۳) پرداخته و در آخر نتیجه‌گیری (۴) خواهیم نمود.

## ۱- مفاهیم حقوق بشر

در این گفتار راجع به مفهوم حقوق بشر سخن می‌گوییم تا به عنوان پیش درآمدی ضروری دریابیم که اساسا حقوق بشر دارای چی مفهوم است و برای شناخت حقوق بشر و آشنایی هر چه بهتر با مفهوم و نسل‌های آن بازشناسی مبانی آن نیز بسیار ضروری است زیرا نحوه نگرش به این موضوع و دیدگاه خاصی که از آن منظر به حقوق بشر که زیربنای قوانین ما را تشکیل می‌دهد با سایر دیدگاه‌ها و مبانی متفاوت است و این نظر حائز اهمیت است که در ذیل مفصلا راجع به آن بحث می‌کنیم.

### ۱.۱- مفهوم حقوق بشر

در مورد تعریف و مفهوم حقوق بشر اتفاق نظر وجود ندارد و بسته به خاستگاه فکری و مبانی نظری علمای حقوق و دانشمندان و فیلسوفان هر یک تعریف خاصی از آن ارائه کرد که در زیر به آن می‌پردازیم.

### ۲.۱.۱- حقوق بشر از دیدگاه اندیشمندان

حقوق بشر مفهومی است عقلی که احترام به آن به عهده خود انسان واگذار شده است و هر گاه به کمک تربیت اخلاقی در قلب انسانها جا گرفت خود به خود باعث رعایت می‌گردد و همچنان به یک سنت جهانی در می‌آید.<sup>۱</sup>

از نظر هستی‌شناختی حقوق بشر با تبیین جایگاه آزادی به عنوان حق در رابطه ای انسان و مردم قابل تعریف است این تعریف هم مشتمل است بر ارائه آزادی به منزله ی قدرت فرد حاکم بر سرنوشت خویش می‌باشد که براساس آن انسان شخصا ابتکار عمل در رفتار خود را دارا است همچنین در برخورداری از آزادی، قادر به مقاومت در مقابل هر گونه جبر گرایی است.

۱- محمود لواسانی، فلسفه حقوق و نقد مبانی آن، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص ۲۸



### ۳.۱.۱- تعریف سیاسی حقوق بشر

در این تعریف حقوق بشر در معانی آزادی، مستقل و همراه با قدرت موضوعیت پیدا میکند یعنی (آزادی و استقلال) در قلمرو استقلال فردی و خارج از اجبار و الزام اجتماعی و به دور از انقیاد و تابعیت سیاسی قرار می‌گیرد به این اساس حاکمان حق محدود ساختن حقوق و آزادی افراد را ندارند و مفهوم دیگر (آزادی و مشارکت) است که به این اساس هر فرد حق اشتراک در اداره و تصمیم اداره را دارا می‌باشد و این تعریف بیشتر دارای ارزش بیشتر برای بیان حقوق و آزادی‌های عمومی است.

### ۴.۱.۱- تعریف حقوقی حقوق بشر

از لحاظ حقوقی، حقوق بشر مجموعه‌ای امتیازات مربوط به افراد جامعه است و مقرر در حقوق موضوعه است که اشخاص به لحاظ انسان بودن خود و در روابط خود با دیگر افراد جامعه و با قدرت حاکم و با تضمینات و حمایت‌های لازم از آن برخوردار است.<sup>۱</sup>

### ۵.۱.۱- تعریف حقوق بشر از دیدگاه اسلام

حقوق بشر عبارت از مجموعه قواعد و اهدافی است که اسلام در راستای تحقق آنها برای ترتیب حقوق بشر که همان اهداف شریعت است و هرکدام از حق حیات مادی و معنوی حق تفکر و اندیشه، حق آزادی و نفی وابستگی، حق امنیت، حق رفاه، حق بهره‌برداری از طبیعت، حق برخورداری از اسباب رشد در جامعه و مانند آنها در جامعه مبنای بخشی از کل شریعت است.<sup>۲</sup>

۱- سرور دانش، حقوق اساسی افغانستان، کابل، انتشارات موسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ۱۳۸۹، ص ۳۳۶

۲- عمید زنجانی، عباس علی، مبانی حقوق بشر در اسلام و دنیای معاصر، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۸، ص ۲۶

به هر حال دیده شد در باب تعریف حقوق بشر دیدگاه مختلف موجود است هر تعریف نسبت به دید و برداشت از حقوق بشر صورت گرفته است بدین اساس از دید بنده حقوق بشر عبارت از مجموعه قواعد و مقررات است که هر شخص و هر فرد بنابر انسان بودن خود بدون در نظر داشت نژاد، رنگ، پوست و یا سایر موارد از آن برخوردار می باشد و احدی نمیتواند باعث نقض حقوق افراد و اشخاص شود و این حقوق هم باید از طرف دول و اشخاص و افراد باید مورد رعایت قرار بگیرد و نقض آن کیفر باید در قبال داشته باشد.

## ۲- نسل های حقوق بشر

قرن بیستم میلادی شاهد جنبش ها و خیزش های زیادی از قبیل برابری خواهی سیا پوستان، حقوق مساوی زنان و مردان و سایر موارد باعث شکل گیری و انعقاد اسناد بین المللی حقوق بشری گردید و در نتیجه باعث شکل گیری اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ گردید که برای افراد و اشخاص کلیه تمام جهان حقوق و آزادی های اساسی و شهروندی ایجاد گردید و همچنان دولت ها در قسمت رعایت آن مکلف گردیدند و باعث گردید تا نقض حقوق بشر در تمام انواع و موارد آن ممنوع قرار داده شود بدین لحاظ در کنار سایر تقسیمات امروزه حقوق بشر را نیز به نسل های مختلف تقسیم کردند که این تقسیم بندی به سه نسل ابتدا توسط یک قاضی اهل کشور چک به اسم "کارل واساک" در سال ۱۹۷۹ پیشنهاد شد که این تقسیم بندی وی در رژیم حقوقی اروپا جا افتاد. این تقسیم بندی دنباله سه شعار که در انقلاب فرانسه مطرح شد (آزادی، برابری، برادری) می باشد انقسام سه گانه حقوق بشر در بعضی مواد منشور حقوق بنیادی اتحادیه اروپا هم تذکر داده شده است. اعلامیه جهانی حقوق بشر در برگیرنده نسل اول و دوم حقوق بشر است، گرچه ترتیب این حقوق در مواد این

اعلامیه رعایت نشده است برای بررسی نسل های حقوق بشر روی هر نسل آن بصورت مفصل در زیر به بحث می پردازیم.<sup>۱</sup>

## ۱.۲ - نسل اول حقوق بشر حقوق مدنی و سیاسی

نسل اول حقوق بشر یعنی حقوق های مدنی و سیاسی عمدتاً از جنس حق های سیاسی می باشد که نباید در مقابل اجرای آنها توسط صاحبان حق مانع ایجاد کرد به عبارتی دیگر حق های نسل اول همان آزادی های سنتی و امتیازات شهروندی اند از جمله مشتمل است بر حق زندگی، مصونیت فردی، آزادی رفت و آمد، آزادی و مصونیت مسکن، مصونیت مکاتبات، مکالمات مخابراتی شخصی، مصونیت اسرار شخصی، حق دفاع و اجرای عدالت، حق تساوی در مقابل دادگاه ها، شخصیت حقوقی فرد در مقابل قانون، آزادی وجدان و مذهب، آزادی گفتار و یا بیان، آزادی اجتماعات، آزادی مطبوعات، آزادی آموزش و پرورش، حق ازدواج و تشکیل خانواده، حق حمایت از کودکان، حق شرکت در امور عمومی و سیاسی، حق ملل در تعیین و انتخاب نوع حکومت خود، حق مردم در بهره وری از ثروت و منابع ملی خود، تساوی افراد در مقابل قانون که به صورت مفصل و شرح در زیر به هرکدام می پردازیم.<sup>۲</sup>

### ۱.۱.۲ - حق زندگی

زندگی یکی از حقوق فطری و طبیعی انسان است و پایه و اساس تمام حقوق انسانی به شمار می رود زیرا همه ی حقوق قائم به وجود انسان است و بدون آن هیچ

<sup>1</sup> - See at: Patrick macklem, Human rights in international law, London review of international law, forthcoming, 2015

<sup>۲</sup>- باقر انصاری، اسناد بین المللی حقوق بشر، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۷۰

البته باید یاد آور شد که کشور افغانستان در تاریخ ۲۴ جنوری ۱۹۸۳ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی را به تصویب رسانیده است

حقی برای شخص معنا و مفهوم ندارد<sup>۱</sup> در اسناد بین الملل حقوق بشر یکی از حقوق اساسی و بنیادین بشر تلقی شده و از جمله اولین حقوق احصاء شده تلقی می گردد در ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است که هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد.

و در ماده ۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی هم اینگونه به این حق تاکید شده است: حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است این حق باید به موجب قانون حمایت بشود. هیچ فردی را نمی توان خودسرانه ( بدون مجوز) از زندگی محروم کرد. ماده دوم کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی های اساسی ۴ نوامبر ۱۹۵۰ هم دربند ۱ اینگونه به حمایت از حق زندگی می پردازد: (( حق حیات هر شخص باید به وسیله ی قانون حمایت شود هیچ کس نباید عمدا از حق حیات خویش محروم شود مگر در اجرای حکم دادگاه در پی در محکومیت وی به ارتکاب جنایت که برای آن به موجب قانون مجازات مزبور مقرر شده است.))

حق حیات و زندگی به موجب ماده چهارم کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ۲۲ نوامبر ۱۹۶۹ از زمان حمل جنین مورد حمایت قرار گرفته است و این ماده این گونه بیان می دارد که: ((هر شخص حق دارد که حیات و زندگی وی محترم شناخته شود این حق را قانون از زمان حمل جنین حمایت خواهد کرد هیچ کس نباید به نحو خودسرانه از زندگی محروم شود.<sup>۲</sup>))

زندگی موهبتی است که خداوند آن را به بشر ارزانی داشته است هیچ فردی و حکومتی نمی تواند این حق را از فرد سلب کند و یا آسیبی به جسم و روح او وارد آورد.

<sup>۳</sup> - نجان مسعودی، حقوق و آزادی های اشخاص در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، کابل،

انتشارت سعید، ۱۳۹۴، ص ۱۸

<sup>۲</sup> - کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، مصوب ۱۹۶۹

کشتن هیچ انسانی بدون مجوز شرعی و قانونی جایز نیست صیانت و حمایت از جان و زندگی افراد یکی از وظایف اصلی حکومت است و بقا هر جامعه و تمام اساس امنیت ملی و بین المللی بر آن استوار است هیچ حکومتی نمیتواند نسبت به مسولیت ملی و بین المللی خود در این باره بی اعتنا باشد و به استناد عدم مداخله در امور داخلی مانع نظارت های بین المللی شود و ملت خود را به زنجیر کشد و نیز حاکمان و زمامداران یک کشور حق ندارند با جاء طلبی های خود منابع انسانی و اقتصادی ملت خویش را به نابودی و تباهی سوق دهند.

قرآن کریم هم حق زندگی را محترم می شمارد و برای جلوگیری از تجاوز به زندگی انسان ها و ریخته شدن خون نا حق می فرماید: کسی را که خداوند خودش را حرام شمرده نکشید جز به حق و آن کسی که مظلوم کشته شده است برای ولی اش سلطه و حق قصاص قرار دادیم اما در قتل اسراف نکند چرا که او مورد حمایت است.<sup>۱</sup> بناء جامعه انسانی در حقیقت یک واحد بیش نیست و افراد آن هم همانند اعضای یک پیکرند هر ضرر که به یکی از اعضا برسد اعضای دیگر هم در امان نخواهند ماند چنانچه شاعر زبان فارسی سعدی می گوید.

بنی آدم اعضای یکدیگرند	که در آفرینش ز یک گوهرند
چه عضو به درد آورد روزگار	دگر عضو ها را نماند قرار
تو که از محنت دیگران بیغمی	نشاید که نامت نهند آدمی <sup>۲</sup>

## ۲.۱.۲ - مصونیت یا امنیت فردی

یکی دیگر از مصادیق حقوق مدنی و سیاسی مصونیت فردی یا امنیت شخصی یا آزادی فردی است که به معنی اخص کلمه یعنی اینکه فرد از هر گونه تعرض و تجاوز

۳- قرآن کریم، سوره نسا

۱- دیوان مجموعه اشعار گلستان سعدی

مانند قتل، جرح، ضرب، حبس، تبعید، شکنجه و سایر اعمال غیر قانونی و خودسرانه و یا اعمال که منافی شئون و حیثیت انسانی اوست مانند اسارت، تملک، بهره کشی و بردگی، فحشاء و غیره مصون و در امان باشد این حق یا آزادی پایه و اساس تمام آزادی هاست که به فقدان آن سایر آزادی های فردی معنی و مفهوم خود را از دست می دهد.

اعلامیه جهانی حقوق بشر هم در ماده سوم خود بیان می دارد: (( هرکس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد)). میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی با صراحت و تفصیل بیشتری به این موضوع پرداخته و در بند ۱ ماده ۹ خود چنین بیان می دارد: ((هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد هیچ کس را نمیتوان سلب آزادی کرد مگر به جهت و طبق آیین دادرسی مقرر به حکم قانون)).

امنیت جز ضروریات زندگی بشر است و هیچ دولت و حکومتی حق ندارد که آن را از مردم خود سلب نماید و بسیاری از کشورهای دنیا به دنبال تضمین آن در قوانین اساسی و عادی خود بر آمدند.

### ۳.۱.۲ - آزادی رفت و آمد و اختیار مسکن

این آزادی نتیجه ی امنیت شخصی است و مفهوم آن این است که شخص هر وقت بخواهد در داخل کشور رفت و آمد کند و در هر محلی که مایل باشد سکونت و اقامت نماید و نیز بتواند هر موقع بخواهد آن کشور را ترک کند و یا به کشور خود باز گردد و هیچ مانع نتواند او را از این آزادی باز دارد.

آزادی رفت و آمد مظهر زندگی و فعالیت و آن وقتی کامل است که همراه با امنیت باشد و بدون آن مفهومی پیدا نمی کند با تحولاتی که امروزه در زمینه ی ارتباطات پدید آمده تامین آزادی در رفت و آمد و اختیار مسکن به صورت یکی از نیاز های مهم زندگی جهان امروز است و هیچ کشوری نمیتواند مرز های خود را به روی خارج بندد و از رفت و آمد اتباع کشور ها یا اتباع خود به خارج جلوگیری نماید هر گونه

محدودیت در این امر تهدید جدی برای تفاهم و صلح جهانی محسوب می شود ماده ۱۳ اعلامیه حقوق بشر در این مورد بیان می دارد: هرکس حق دارد که در داخل هر کشوری آزادانه عبور و مرور کند و محل اقامت خود را انتخاب نماید و هر کشوری از جمله کشور خود را ترک کند یا به کشور خود باز گردد. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی در ماده ۱۲ ضمن تاکید بر این حق و بیان تفصیلی آن موارد استثناء را هم بر شمرده است که با توجه به اهمیت آن عینا درج می شود:

( ۱- هرکس قانونا در قلمرو کشوری باشد حق عبور و مرور آزادانه و انتخاب آزادانه ی مسکن خواهد داشت.

۲- هرکس آزاد است هر کشوری از جمله کشور خود را ترک کند.

۳- حقوق مذکور تابع هیچ گونه محدودیتی نخواهد بود مگر محدودیت هایی که به موجب قانون مقرر گردیده و برای حفظ امنیت ملی، نظم عمومی، سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی های دیگران لازم بوده و با سایر حقوق شناخته در این میثاق سازگار باشد.

۴ - هیچ کس را نمیتوان خودسرانه و بدون مجوز از حق ورود به کشور خود محروم کرد.<sup>۱</sup>

#### ۴.۱.۲- مصونیت خانه و مسکن

مصونیت خانه یا مسکن در واقع متمم امنیت شخصی و آزادی مسکن است مصونیت خانه و مسکن بخشی از حریم خصوصی و وجه تمایز میان آزادی و توتالیتراریسم است. حریم شخصی یعنی آزادی عمل فرد در حریم خانه و زندگی خصوصی، روابط، مکاتبات، مکالمات، و اسرار شخصی است در این محدوده فرد مصون از تعرض و تجسس و کنجکاوی ها و دخالت پلیس است از نظر تفکر

<sup>1</sup> - International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted 1967

آزادمنشانه حریم خصوصی لازمه ی تجدید قوا و احساس آرامش و تحقق بخشیدن به شخصیت انسانی است که بدون آن فرد به جسمی بدون روح مبدل می شود.

امنیت شخصی نه تنها شامل جان و مال فرد بلکه شامل مسکن او نیز می باشد خانه شخص مصون از تعرض است و بدون اجازه صاحب خانه نمی توان وارد منزل او شد و یا آن را مورد بازرسی قرار داد و حتی ماموران دولتی نیز حق ندارند داخل خانه ی کسی شوند مگر با اجازه مقامات قضایی و با رعایت تشریفات قانونی.

قرآن کریم هم در آیات مختلف خود بر مصونیت خانه و مسکن تاکید می کند: ( ای کسانی که ایمان آوردید هرگز به خانه ای جز خانه خود داخل نشوید مگر آنکه با صاحبش انس و اجازه یافتید داخل شوید و به اهل آن خانه نخست سلام کنید و آداب و رسوم را بجا آوردید که این درود و رسوم شما بهتر از است تا باشد که متذکر شئون یکدیگر شوید و اگر خانه کسی را نیافتید باز وارد نشوید تا اجازه یافته آنگه در آئید تا به سرقت متهم نشوید و اگر به شما گفته شد که برگردید پس برگردید وارد نشوید و آن برای شما از جهت تزکیه بهتر است و خداوند از آنچه می کنید آگاه است).<sup>۱</sup>

آنچه در واقع مدنظر ماست و به خانه ارزش می دهد امنیت آن است که برای ما این امکان را فراهم می کند که در زندگی داخلی و خصوصی خود از استقلال کامل بهرمنند شویم. اگر بنا شود که خانه ی شخصی هر موقع مورد تعرض و مزاحمت قرار گیرد و یا خودسرانه تفتیش و بازرسی شود امنیت خاطر، آزادی و آسایش فکری از انسان سلب می شود و استقلال فردی به طور کلی امنیت شخصی مفهوم خود را از دست می دهد فرق بین رژیم توتالیتار و رژیم لیبرال در همین است در رژیم توتالیتار فرق بین حریم خصوصی و حریم عمومی و دولتی وجود ندارد.

۱- قرآنکریم، آیه نور، سوره ۲۷ و ۲۸



## ۵.۱.۲ - حق اجرای عدالت و رسیدگی قضایی

امنیت قضائی یعنی مصون بودن فرد از هرگونه تعرض و تجاوز و تهدید نسبت به جان، مال، ناموس، آزادی، شرف، حیثیت، شغل و مسکن و به طور کلی تمام حقوق قانونی و مشروع اوست و آن وقتی تحقق می یابد که جرایم و تخلفات و تقلب و فساد و موجبات ارتکاب آن در جامعه ریشه کن شود و به طور کلی عوامل که موجب خسارت مالی یا جانی یا روحی فرد می شود از بین برود و یک محیط امن و آرام بوجود آید تا فرد بتواند در آن از هر حیث احساس آسایش و آرامش نماید. برای اینکه افراد بتواند در مقابل هر تعرض و تجاوز بایستند و با شجاعت و استواری از حقوق خود دفاع کنند لازم است قضات دادگاه ها یا محاکم کاملاً مستقل و بی طرف باشند و آئین دادرسی، اجرای عدالت واقعی را تضمین نماید و امر دفاع که حق مسلم شاکی و خواهان در مقابل تعرض و زور است همراه با تضمینات محکم و موثر می باشد صرف داشتن عنوان قضاوت برای قاضی کافی نیست و اجرای عدالت را تضمین نمی کند بلکه اصل، کیفیت و چگونگی کار اوست که به عدالت معنی و مفهوم می بخشد.<sup>۱</sup>

حق اجرای عدالت متضمن دو حق است یکی دادخواهی و دیگری آزادی دفاع یکی از مهمترین تضمینات امنیت فردی، وجود دستگاه قضائی شایسته ای است که با پذیرش و احقاق حقوق دادخواهان و تنبیه متجاوزان، عدالت و صلح را گسترش دهد و نیل به همان اهداف آید.

## ۶.۱.۲ - حق آزادی های فکری

آزادی های فکری شامل آن دسته از آزادی هایی که به اطلاعات، اندیشه، وجدان، عقیده و بیان آنها از راه های گوناگون مانند گفتار و سخنرانی، مطبوعات، رادیو و

<sup>۲</sup> - نجمان مسعودی، پیشین، ص ۷۵

تلویزیون، آموزش و نمایش توسط شهروندان مربوط می گردد یکی از اوصاف بارز و عالی بشری فکر و اندیشه است که با فعل و انفعال دائم در اندرون انسان به وی حیات می بخشد و او را از یکدیگر جنندگان متمایز می سازد.<sup>۱</sup>

فکر همیشه در یک مجموعه ی بسته ذهنی ساخته و پرداخته نمی شود بلکه در بسیاری از موارد جبر خارجی بر آن سنگینی می کند ساختار اجتماعی، شرایط اقتصادی و میراث های فرهنگی به طور وسیع حاکم بر افکار فردی است واقعیت این است که در دنیای کنونی فن آوری های نوین که ساخته و پرداخته و یا در اختیار دولت ها یا گروه های قدرتمند است.

#### ۷.۱.۲ - حق تعیین سرنوشت یا آزادی سیاسی

آزادی سیاسی آن است که فرد بتواند به عنوان عضو جامعه در زندگی عمومی و اجتماعی کشور خود از راه انتخاب حاکمان و زمامداران و مقامات سیاسی شرکت جوید و یا به تصدی مشاغل سیاسی و اجتماعی نایل آید و یا در مجامع، آزادانه عقاید و افکار خود را به نحو مقتضی ابراز نماید<sup>۲</sup> ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر در این مورد بیان می دارد: ( ۱- هر کس حق دارد که در اداره ی امور عمومی کشور خود خواه مستقیماً و خواه با وساطت نمایندگان آزادانه انتخاب شده باشند شرکت جوید.

۲- هر کس حق دارد با تساوی شرایط به مشاغل عمومی کشور خود نایل آید.

۳- اساس و منشأ قدرت حکومت اراده ی مردم است این اراده باید به وسیله ی انتخاباتی ابراز گردد که از روی صداقت طوری ادواری صورت پذیرد انتخاب باید عمومی و با رعایت مساوات باشد و با رای مخفی یا طریقه ای نظیر آن انجام گیرد که آزادی رای را تامین نماید).

۱- بیژن عباسی، حقوق بشر و آزادی های بنیادین، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۰، ص ۱۴۱

۲- مومنی طباطبائی، آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۲۶

وهمین حکم در ماده ۲۵ حقوق مدنی و سیاسی هم تکرار شده و علت اینکه اعلامیه جهانی حقوق بشر بین آزادی و نظام دموکراسی ارتباط برقرار می کند<sup>۱</sup> آن است که از دیدگاه آزادی ساختار سیاسی کشور در تحقق آزادی ها حایز اهمیت ویژه ای است و این در محیط کاملاً دموکراتیک و مردمی است که شخص می تواند آزادانه و بدون هیچ گونه اجبار و تحمیل اراده خود را در انتخاب زمامداران و اتخاذ تضمینات عمومی و سیاسی ابراز کند.

## ۲.۲- نسل دوم حقوق بشر

حق های نسل دوم یعنی بر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مشتمل است یا بر حق گرفتن کار، حق انتخاب آزاد کار و شغل، حق برخورداری از شرایط منصفانه رضایت بخش کار، حق فراغت و استراحت، حق تامین اجتماعی، حق تشکیل سندیکا و الحاق به آن، حق اعتصاب، حق برخورداری از سطح زندگی متناسب، حق مالکیت، حق درمان و بهداشت، حق آموزش و پرورش و برخورداری از فوائد علم و بطور عمده از جنس حق های ایجابی هستند که تحقق آنها منوط به فراهم آمدن یک سری شرایط و امکانات می باشد اما باید خاطر نشان کرد که این حق ها جنبه سلبی نیز دارند یعنی دولت مکلف به عدم مداخله و احترام است.<sup>۲</sup>

## ۱.۲.۲- حقوق اقتصادی

این حقوق شامل داشتن حداقل وسایل و امکانات در زندگی، آزادی کسب و کار و حق مالکیت می شود، حق داشتن حداقل وسایل و امکانات در زندگی نخستین حق

۳- کشوری افغانستان در تاریخ ۲۴ جنوری ۱۹۸۳ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی را به تصویب رسانیده است

<sup>2</sup> - Mohammad Reza Sarani, Seyed Hossein Sadeqi, Hossein Ravandeh, The Concept of "Right" and its Three Generations, International Journal of Scientific Study, vol 5, issue 4, 2017

از حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و مبنای حقوق اخیر می باشد این حق در معنی اخص خود شامل حق تغذیه، آب و پوشاک می باشد آزادی و رهایی از فقر، گرسنگی، سوء تغذیه و برهنگی با داشتن این حق ممکن است انسانی که گرسنه و برهنه باشد دیگر حقوق و آزادی ها برای وی چه معنا و ارزشی دارد با وجود این حقوق زندگی معنی مفهوم و بهبود می یابد.

ماده ۵۵ منشور ملل متحد اعلام می کند: با توجه به ضرورت ایجاد ثبات و رفاه برای تامین روابط مسالمت آمیز و دوستانه بین المللی بر اساس احترام به اصل برابری حقوق و خود مختاری ملل، سازمان ملل امور زیر را تشویق خواهد کرد: (( الف - بالا بردن سطح زندگی، فراهم کردن کار برای همه و حصول شرایط ترقی و توسعه در نظام اقتصادی و اجتماعی)).

بند ۱ ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر در این رابطه بیان می کند: (( هرکس حق دارد از سطح زندگی شایسته برای تامین سلامتی و رفاه خود و خانواده اش از حیث خوراک، پوشاک، مسکن، مراقبت های پزشکی و دیگر خدمات اجتماعی لازم برخوردار باشد و همچنین در مواقع بیکاری، بیماری، نقض اعضا، بیوه گی یا در تمام موارد دیگری که به علل خارج از اراده انسان، از وسایل امرار معاش محروم گردد از شرایط آبرومندانه برخوردار شود.))

و در عرصه بین المللی برای تامین این اهداف سازمانهای جهانی از قبیل سازمان کشاورزی، سازمان بهداشت بین المللی، سازمان تربیتی، علمی و فرهنگی وجود دارد. ماده ۱۱ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به استاندارد های مناسب زندگی شامل غذا، پوشاک، مسکن و بهبود و مستمر شرایط زندگی اشاره کرده است: (( ۱- کشور های طرف این میثاق حق هر کس را به داشتن سطح زندگی کافی برای خود و خانواده اش که شامل خوراک، پوشاک و مسکن کافی و همچنین بهبود مستمر شرایط زندگی است به رسمیت می شناسد کشور های طرف این میثاق به منظور تامین

شغل یا آزادی کسب و کار یکی از آزادی های بنیادین شهروندان است و به معنای این حق تدابیر مقتضی اتخاذ خواهند کرد و از این لحاظ بر اهمیت اساسی همکاری بین المللی بر رضایت آزادانه آنها اعتراف دارند.

۲- کشور های طرف این میثاق حق بنیادین هر کس را بر امان بودن از گرسنگی به رسمیت می شناسند و به طور فردی یا از راه همکاری بین المللی موازین لازم از جمله برنامه های عینی را برای امور زیر تصویب خواهند کرد.

۱- بهبود روش های تولید، حفظ و تقسیم محصولات غذایی از راه استفاده کامل از دانسته های فنی و علمی، نشر اصول مربوط به آموزش تغذیه، توسعه یا اصلاح نظام کشور های ضمن حفظ و استفاده از منابع طبیعی.

۲- تضمین تقسیم منصفانه ی منابع غذایی جهان به نسبت نیازها با توجه به مشکلات موجود در کشور های وارد کننده ی محصولات غذایی)).

در قسمت آزادی کسب و کار حق انتخاب آزادی هر شخص حقیقی یا حقوقی به انجام هر فعالیت اقتصادی، کار و شغل دلخواه خود اعم از پیشه، هنر، صنعت و بازرگانی بدون وجود محدودیت می باشد و این که در این زمینه، دولت و دیگر اشخاص نتوانند مانع او گردند هدف از کسب و کار تولید کالا یا خدمات برای مبادله و امرار معاش می باشد این آزادی پایه ی فعالیت های حرفه ای و بازرگانی می باشد.

ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر ماده ۱۳ اعلامیه ی حقوق بشر اسلامی ماده ۸ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ماده ۶ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و ماده ۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اصل آزادی کسب و کار را پذیرفته اند.

ماده ۲۳ اعلامیه ی جهانی حقوق بشر مقرر می دارد: ((- هر کس حق دارد کار کند، کار خود را آزادانه انتخاب نماید.)) ماده ۶ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی هم می گوید: ((کشور های طرف این میثاق، حق کار کردن را که شامل حق هرکسی است به این که فرصت یابد به وسیله کاری که آزادانه انتخاب و

قبول می نماید معاش خود را تامین کند رسمیت می شناسند و اقدامات مقتضی را برای حفظ این حق معمول خواهند داشت)).

و در قسمت حق مالکیت، حق مالکیت، به معنی حق افراد بر تصرف، انتفاع، واگذاری یا اعراض از اموال خود میباشد مکتب حقوق طبیعی مالکیت خصوصی را در زمره حقوق طبیعی و یکی از وظایف جامعه ی سیاسی و دولت را حفاظت از این حق می دانست در اواخر سده ای نوزدهم و سده ی بیستم دولت ها ضمن شناسایی حق مالکیت به عنوان پایه نظام اقتصادی کشورها، محدودیت هایی را برای آن در نظر گرفتند امتیازات مالکان با توجه به الزامات منفعت عمومی دارای محدودیت های گردیدند.

ماده ۲ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ فرانسه مالکیت را در زمره حقوق طبیعی و غیر قابل مرور زمان بشر قرار داده است و در ماده ۱۷ این اعلامیه می گوید: (( مالکیت یک حق تعرض ناپذیر و مقدس است هیچ کس نمی تواند از آن محروم گردد ولی در صورت وجود ضرورت عمومی که به طور قانونی ایجاب کرده باشد امکان پذیر است بدیهی است که این امر نیز مشروط به جبران خسارت عادلانه و قبلی ممکن خواهد بود.))

ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز اعلام می دارد: (( ۱- هر شخص به طور فردی یا جمعی حق مالکیت دارد ۲- هیچ کس را نمیتوان خودسرانه از حق مالکیت محروم نمود.))

همچنین مالکیت در اسلام جایگاه ویژه ای دارد و چنانچه از مجاری صحیح و شرعی بدست آمده باشد معتبر شناخته می شود خداوند متعال در آیه ۳۲ سوره نساء می فرماید: (( مردان نصیبی از آنچه به دست می آورند دارند و زنان نیز نصیبی ))<sup>۱</sup>.

۳- قران کریم، سوره نساء، ترجمه آیه ۳۲

## ۲.۲.۲ - حقوق اجتماعی

حقوق اجتماعی هم شامل دسته ای از حقوق نسل دوم است که به منظور تنظیم روابط زندگی اجتماعی، رفع بی عدالتی ها و اجحافات اجتماعی و اقتصادی ناشی از شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه برای شهروندان در نظر گرفته شده است در این راستا دولت و دیگر نهاد های عمومی فعالیت ها یا خدماتی را به خاطر منفعت اجتماعی و کمک به افراد نیازمند، گروه های آسیب پذیر و یا آسیب دیده ( کارگران، مصرف کنندگان، افراد کم درآمد، سانحه دیدگان، سالمندان و...انجام می دهند.

تامین اجتماعی بر اساس اصل مسوولیت متقابل همگانی از پایه های اصلی عدالت اجتماعی است که در آن، افراد مردم مسوول حمایت از یکدیگرند و توانگران موظف به تامین زندگی تنگدستان و درماندگان می باشند این تکلیف اجتماعی در دین اسلام بدین ترتیب مورد توجه قرار گرفته است که مسلمانان همه به منزله یک تن واحدند.

به اساس ماده ۲۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر: (( هر کس به عنوان عضو جامعه حق تامین اجتماعی دارد و بجاست که به وسیله ی مساعی ملی و همکاری بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را که لازمه ی حیثیت و ارتقاء آزادانه شخصیت اوست با رعایت تشکیلات و منابع هر کشور بدست آورد.)) بند یک ماده ۲۵ همین اعلامیه با تصریح بیشتری اعلام می دارد: (( هر کس حق دارد که از سطح زندگی شایسته برای تامین سلامتی و رفاه خود و خانواده اش از حیث خوراک، پوشاک، مسکن، مراقبت های پزشکی و دیگر خدمات اجتماعی لازم برخوردار باشد.))

همچنین در مواقع بیکاری، بیماری، نقض اعضا، بیهوشی، پیری یا در تمام موارد دیگری که به علل خارج از اراده ی انسان، از وسایل امرار معاش محروم گردد از شرایط آبرومندانه ی برخوردار شود.))

ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی در این ارتباط مقرر می‌دارد: ((کشورهای طرف این میثاق حق برخورداری از تامین اجتماعی از جمله بیمه اجتماعی را برای کلیه افراد به رسمیت می‌شناسند.))

حقوق اجتماعی طیف وسیعی را شامل می‌شود مانند حقوق و آزادی‌های مربوط کارگران اعم از آزادی کار ممنوعیت کار اجباری، حق برخورداری، از مستمری بیکاری، حق دریافت مزد برابر برای کار برابر، آزادی سندیکاها، حق اعتصاب کاری، حق تامین اجتماعی اعم از مستمری بازنشستگی و پیری، از کارافتادگی و بی‌سرپرستی، حق حمایت از سلامت، حق تشکیل خانواده و سایر موارد که از حوصله بحث فعلی خارج است.

### ۳.۲.۲- حقوق فرهنگی

حقوق فرهنگی عبارت از حقوق است که هدف از آن رشد شخصیت و بالندگی انسان از راه آموزش، پرورش و ارتقای سطح و فرهنگ و ایجاد دوستی و تفاهم میان مردم می‌باشد این حقوق عمدتاً شامل بر حق آموزش و پرورش از سطح ابتدایی تا عالی مواد ۲۶ و ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر، پیکار با بیسوادی، تقویت و تسهیل امر تحقیق و پژوهش ماده ۱۵ حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی، برخورداری شهروندان از پشرفت های علمی، حمایت از منافع مادی و معنوی مالکیت فکری بند ۲ ماده ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۵ میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی، فرهنگی و کنوانسیون جهانی رعایت حقوق مولف مصوب ۱۹۵۲ ماده ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۵ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تکلیف حمایت و حراست از میراث فرهنگی و فرهنگ عامه می‌گردد.

### ۳.۲- نسل سوم حقوق بشر حقوق همبستگی

همانطور که دگرگونی و تغییرات اساسی در ساختار قدرت و توزیع آن در جامعه ی بین المللی طی جنبش های انقلابی اواخر سده هیجدهم تا اوایل سده ی بیستم و نیز



رویداد های دهه های ۶۰ و ۷۰ به ترتیب منجر به پیدایش نسل اول و دوم حقوق بشر شد شرایط و اوضاع و احوال پس از جنگ جهانی دوم از میان رفتن رقابت های بلوک شرق و غرب و نیز بیداری روز افزون کشور های در حال توسعه به تولد و تکوین نسل نوینی از حقوق بشر و به عبارت دیگر نسل سوم انجامید.<sup>۱</sup>

شکل گیری حقوق مانند حق تعیین سرنوشت، حق صلح و امنیت، حق توسعه، حق بر محیط زیست سالم، حق بر میراث مشترک بشریت، حق برخورداری از کمک های بشر دوستانه، حق ارتباطات و حق مردمان بومی موجب حقوق برداری و همبستگی گردیده و در برهه زمانی اواخر قرن بیستم بوده است.<sup>۲</sup>

از دیدگاه کارل واساک نسل سوم حقوق بشر برای نیاز های نوین در صحنه بین المللی پیشنهاد شده است و این پیشنهادات ناشی از انقلاب کبیر فرانسه است که تاکید آن بالای برابری و برادری کشور ها در صحنه بین الملل می باشد. این حقوق نسل سوم در حقیقت مکمل حقوق مورد توجه در دو مرحله پیشین است و بر اساس همبستگی هر چه بیشتر انسان ها و دولت قرار دارد، همکاری و همراهی انسان ها و دولت ها تجلی عینی این روح همبستگی تلقی می شود.<sup>۳</sup>

ویژگی اساسی حقوق نسل سوم این است که آنها صرفا با تلاش همه ی عوامل اجتماعی یعنی افراد، دولت ها، انجمن های عمومی و خصوصی و جامعه بین المللی، تحقق خواهند یافت.<sup>۴</sup> در واقع حقوق نسل اول توسط کشور های غربی مطرح و حقوق نسل دوم توسط کشور های سوسیالیستی بیان گردید و در خصوص حقوق دسته سوم

۱- محمود مسایلی، نسل جدید حقوق بشر، مجله سیاست خارجی، شماره ۱، ۱۳۷۱، ص ۷۰

۲- مهدی ذاکریان، فرایند یکپارچگی نسل های حقوق بشر، مجله سیاسی و اقتصادی، شماره ۱۵۸-۱۵۷، ص ۱۳۰

۳- جمشید ممتاز، امیر حسین رنجبران، تقویت همکاری های بین المللی در زمینه حقوق بشر، انتشارات دانشگاه

تهران، ۱۳۸۲، ص ۵۰

۴- محمد علی صلح چی، رامین درگاهی، بررسی ماهیت حقوق همبستگی: حقوق جمعی یا مردمی، فصلنامه

پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۳۹۲، ص ۱۴۷

برخی از حقوق مانند حق تعیین سرنوشت، حق توسعه و حق بر میراث مشترک بشریت توسط سیل کشور های در حال ترقی مطرح گردید که این حقوق را فراتر از حقوق مدنی و سیاسی، اقتصادی و اجتماعی می دانستند مطرح گردید. برای بحث هر بهتر روی نسل سوم حقوق بشر و مصداق های آن در زیر به بحث روی آنها می پردازیم.

### ۱.۳.۲- حق تعیین سرنوشت

حق تعیین سرنوشت یک از اصول مهم سیاسی و از جمله حقوق مشمول در منشور ملل متحد می باشد و به این معنی است که هر ملتی در تعیین سرنوشت سیاسی خود آزاد است و حق دارد برای خود دولتی تشکیل دهد هر چند که حق مردم بر تعیین سرنوشت خویش و خودمختاری از لحاظ نظری دارای تفاوت هایی هستند ولی در عمل به سک معنی می باشند.

و از لحاظ بیرونی حق تعیین سرنوشت به معنی حق حاکمیت مردم در بعد خارجی و بین المللی استقلال و عدم مداخله ی بیگانه در امور آنها می باشد این حق پس از جنگ جهانی دوم و در روند استعمار زدایی و مبارزه با اشغال بیگانه به طور وسیع مورد شناسایی قرار گرفته است و چنانچه مردمی زیر سلطه ی دولت دیگری باشند حق تعیین آزادانه ی سرنوشت سیاسی و جایگاه خود در جامعه بین المللی و دستیابی به استقلال و تشکیل دولت خاص خود را براساس اصل آزادی ملت ها و دولت ها و برابری حقوقی میان آنها را دارند.<sup>۱</sup>

منشور ملل متحد اصل تعیین سرنوشت را به عنوان اصل حقوقی و حق مردم بر تعیین خویش مطرح کرد که باید توسط متعاهدین این منشور مورد حمایت قرار گیرد.

۱- بیژن عباسی، پیشین، ص ۳۷۸

بند ۲ ماده ۱ منشور یکی از چهار هدف اصلی سازمان ملل متحد که توسعه ی روابط دوستانه و مسالمت آمیز میان ملل و دول ذکر شده است و این هدف باید بر پایه و مبنای احترام و اصل برابری حقوق ملت ها و خودمختاری آنها باشد این ماده حق تعیین سرنوشت را به عنوان یک تعهد الزام آور مورد شناسایی قرار داده است.

### ۲.۳.۲ - حق صلح

اصالت صلح فطری است و جنگ عارضی است در فرهنگ اسلامی نیز به صلح و پرهیز از جنگ سفارش شده است.<sup>۱</sup> از این رو اساس همه حقوق بشر حق زندگی است حق زندگی به عنوان یک حق الهی، فطری و بنیادی بشر مبنای دیگر حقوق مانند حق برخورداری از عدالت، آزادی، کار، مالکیت، بهداشت، توسعه و صلح قرار می گیرد. تدوین قواعد حقوقی و تنظیم زندگی اجتماعی در درجه ی نخست برای حفظ انسان و فراهم کردن شرایط تداوم زندگی اوست حق زندگی مستقل از حقوق داخلی و حقوق بین المللی یک حق اولیه است دیگر حقوق و کلا نظام حقوقی برای دفاع از این حق و تقویت آن است.<sup>۲</sup>

حق صلح از حق زندگی جدایی ناپذیر است بنابراین همه اعتبار و ارزش حق زندگی را می توان به حق صلح تسری داد همانگونه که ممکن است حق زندگی انسانها در درون یک کشور توسط دیگران و دولت مورد تهدید قرار گیرد این فرض در عرصه بین الملل و توسط دولت های دیگر نیز امکان پذیر است. از آنجا که جنگ و نا امنی در سطح بین المللی اثر مستقیم بر زندگی انسان دارد مانند جنگ جهانی اول و دوم مساله

<sup>۲</sup> - محمد حسن موحدی ساوجی، ((همزیستی مسالمت آمیز انسان ها از دیدگاه قرآن و نظام بین المللی حقوق بشر))،

مجله حقوق بشر، شماره ۱ - ۲، ۱۳۹۲، ص ۱۴۰

<sup>2</sup> - Foster Jason Morgan, third generation Rights: what Islamic law can teach the international human rights movement, Yale human rights & development l. j, vol 8 ,2005, p.94 and 95,

حق صلح و امنیت بین المللی مطرح شده است صلح پیشرفت تحقق و اجرای همه ی حقوق انسانی بویژه حق توسعه می باشد. و حق صلح در اسناد بین المللی مورد پذیرش قرار گرفته است.

### ۳.۳.۲ - حق توسعه و داشتن محیط زیست سالم

واژه توسعه در ژانویه سال ۱۹۴۹ توسط ترومن در نخستین سخنرانی آغاز به کار وی مطرح گردید و توسعه به معنای کاهش نابرابری، محرومیت، فقر، فاصله ی طبقاتی، بی سوادى، بیکارى، اوضاع بد بهداشت، عقب ماندگی، رشد اقتصادی، افزایش درآمد ها، دسترسی به کالا و خدمات، تامین رفاه همگانی و شگوفایی و به عبارت دیگر، فراهم کردن حداقل وسایل و امکانات زندگی مادی و معنوی برای همه ی شهروندان است همه این موارد برای حق زندگی و گسترش حق کرامت انسانی و استفاده از بهینه ی وی از منابع، امکانات و اتعداد های خدادادی ضروری است.<sup>۱</sup> و در این مورد هم اسناد بین المللی مانند میثاق جامعه بین الملل در ماده ۲۲، بند ب ماده ی ۷۶ منشور سازمان ملل متحد، بند ۱ ماده میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی و سایر موارد چنانچه در اعلامیه حق توسعه به موجب قطعنامه شماره ۴۱/۱۲۸ مورخ ۱۹۸۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد که در ماده اول آن آمده است: حق توسعه حق ذاتی و جدایی ناپذیر از انسان است که بر پایه آن هر فرد انسان و همه افراد مردم حق مشارکت و سهم بودن در روند توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سیاسی که در پرتو آن همه ی حقوق بشر و آزادی های بنیادین می توانند به طور کامل محقق گردند دارند و نیز از این توسعه برخوردار شوند.

محیط زیست موضوع است که در چند دهه ی گذشته به ویژه چند سال اخیر به تدریج، آگاهی بشر نسبت به خطرات که محیط زندگی آنان را تهدید می کند افزایش

یافته است.<sup>۱</sup> در این قسمت مجمع عمومی سازمان ملل متحد به لزوم و اجرای سریع و موثر اقداماتی که برای حمایت و ارتقا محیط زیست در جهت منافع نسل های حال و آینده بشری توسط دولت ها و جامعه بین المللی در نظر گرفته شده اند بدین اساس دولت ها را در قسمت اتخاذ اقدامات مبنی بر محافظت و ارتقا محیط زیست سالم مکلف می گرداند. از این رو داشتن محیط زیست سالم این حق هم از حق حیات و زندگی سالم که از حقوق بنیادین بشر محسوب می شوند منشعب گردیده و لازمه ی آن است محیط زیست اگر سالم نباشد و جان انسان ها را به مخاطره بیندازد حیات و زندگی بشر در معرض خطر جدی قرار خواهد گرفت.

محیط زیست شامل عناصر و منابع طبیعی از قبیل آب، هوا، خاک، پوشش گیاهی، و جانوری و محیط پیرامون انسانی می باشد. حق داشتن محیط زیست سالم در عرصه بین المللی عمدتاً پس از جنگ جهانی دوم توسط کارشناسان و سیاستمداران مطرح شد و در عرصه بین المللی هم اسنادی در خصوص حق بر محیط زیست سالم به تصویب رسیده که به چند آن اشاره میکنیم، اعلامیه ی استکهلم، منشور جهانی طبیعت، اعلامیه لاهه، اعلامیه ریو، اعلامیه وین و اعلامیه هزاره سازمان ملل و غیره.

#### ۴.۳.۲ - حق بر میراث مشترک بشریت

کشف معادن مختلف در اعماق دریا ها و اوقیانوس ها در اواخر سده نوزدهم میزان این منابع اهمیت اقتصادی و پیشرفت تکنالوژیکی منجر به ایجاد نظام حقوقی میراث مشترک بشریت گردیده است. این موضوع در ۱ نوامبر سال ۱۹۶۷ در بیست و دومین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل مطرح شد که در آن ذکر گردید که منابع در

۱- نادر میرزاده، سیما سپهری فر، تعامل حق بر محیط زیست سالم و حق بر بهداشت، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۲

۲- نسرین مصفا، سازمان ملل متحد و حصول همکاری های اجتماعی، فرهنگی و بین المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۲۰۹

بستر دریاها آزاد به عنوان میراث مشترک بشریت شناخته شود و با بحث های توسط کشور های مذکور قطعنامه ی شماره ی ۲۷۴۹ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۷۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد تحت عنوان اعلامیه اصول حاکم بر اعماق دریاها و اقیانوس ها این اصل را پذیرفت و به اساس این قطعنامه هیچ کشوری حق ادعای مالکیت یا حاکمیت بر بخشی از منطقه ی یاد شده را ندارد و برای اداره آن منطقه باید یک نظام بین المللی که متضمن منافع همه ی کشور ها باشد بر اکتشاف و بهره برداری آن نظارت نماید.

میراث عمومی یا مشترک به معنای دارایی و اموال مشترک عمدتاً طبیعی و گاه مصنوعی یک جامعه است که از گذشتگان به ما به ارث رسیده است و ما باید از آن به طور برابر و عادلانه و برای مقاصد صلح جویانه استفاده کرده و آن را مانند پیشینیان مان به نسل های آینده منتقل نماییم. و از مصادیق میراث مشترک بشریت می توان از اعماق دریاها، قطب جنوب و شمال، فضا های ماورای جو و دیگر یادآوری کرد که از جمله میراث فرهنگی و طبیعی می باشد.

### ۳- جایگاه حقوق بشر و حمایت از آن در حقوق داخلی افغانستان

خوشبختانه افغانستان هم از جمله کشور های است که اعلامیه جهانی حقوق بشر را پذیرفته و کشور افغانستان از سال ۱۳۸۲ بدین سو، نظام سیاسی و حقوقی جدیدی را تجربه میکند لذا قوانین افغانستان و نظام حقوقی آن نیز در حال تغییر و اصلاحات می باشد دولت افغانستان نیز با توجه به روند جهانی شدن حقوق بشر و تعهدات بین المللی دولت ها در قبال اسناد بین المللی حقوق بشر، موازین حقوق بشر و تطبیق مفاد اعلامیه آن را در قانون اساسی خویش گنجانیده و متعهد به اجرای آن گردیده است. چنان که ماده ششم قانون اساسی افغانستان، دولت را به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی براساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تامین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور مکلف کرده است. و ماده هفتم قانون اساسی دولت را مکلف کرده تا منشور ملل متحد،

معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت نماید.

به همین ترتیب فصل دوم قانون اساسی که به حقوق اساسی و وجایب اتباع اختصاص یافته است، یک رشته حقوق بنیادین بشر نظیر حق حیات، حق آزادی، کرامت انسانی، برابری، منع تبعیض، حق‌رهایی از شکنجه و غیره را به رسمیت شناخته و دولت افغانستان را ملزم به رعایت، حمایت و تطبیق آن نموده است. ماده ۵۸ این فصل، دولت افغانستان را مکلف نموده است که کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را به منظور نظارت بر رعایت حقوق بشر در افغانستان و بهبود و حمایت از آن، تاسیس کند تا هر شخص بتواند در صورت نقض حقوق بشری خود به این کمیسیون شکایت کند و کمیسیون موارد نقض حقوق بشری افراد را به مراجع قانونی ارجاع کرده و در امر دفاع از حقوق آنان مساعدت نماید. کشور افغانستان با توجه به ماده ۵۸ قانون اساسی خود که قبلاً هم ذکر شد کمیسیون را تحت عنوان کمیسیون مستقل حقوق بشر بر اساس تعهد که در کنفرانس بن ۲۰۰۱ کرده بود در سال ۲۰۰۲ تشکیل کرد که این کمیسیون دارای ریس و اعضا می‌باشد و یک بودجه و تشکیلات را هم برای آن به تصویب رسانید تا در قسمت گسترش حقوق بشر و رعایت حقوق و آزادی‌های افراد و اشخاص فعالیت انجام دهد و همچنان در ضمن آن کشور افغانستان تا به حال کنوانسیون‌های جهانی در ارتباط با حقوق بشر را پذیرفته و در آنها نیز عضویت پیدا کرده است که از جمله کنوانسیون منع شکنجه، کنوانسیون حقوق کودک، کنوانسیون منع تبعیض نژادی، کنوانسیون منع خشونت علیه زنان، کنوانسیون منع شکنجه و کنوانسیون منع استفاده از سلاح‌های کیمیاوی و سایر کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی که خود بیانگر آن است که دولت افغانستان در قسمت حقوق بشر با اراده و متعهد است صرف نظر از اینکه امروزه مشکلات فراوان روی حمایت‌ها و تطبیق

حقوق بشر در افغانستان وجود دارد که ریشه آن بر می‌گردد به مسایل مربوط به منطقه و سیاست های جهانی.

#### ۴- نتیجه گیری

از یافته های این مقاله به این نتیجه می رسیم که خوشبختانه روشن گردید که حقوق بشر ابتدایی ترین حقوق است که انسانها بدلیل انسان بودن خود از آن بهرمنند می شوند و این حقوق طی تلاش ها در سطح بین المللی منجر به شکل گیری آن به شکل امروزی گردیده و این حقوق به تمام انسانها تعلق می گیرد و انسان ها به منظور انسان بودن خود از این حقوق بهره مند می شوند. خوشبختانه در طی چندین کنفرانس این حقوق آهسته آهسته گسترش پیدا نمود به چند نسل تقسیم گردید، هر نسل یک سلسله حق های را برای انسانها پیش بینی و مدنظر گرفته است و در مقابل برای دولت ها یک سلسله تعهدات را پیش بینی نموده که در صورت نقض آن مسولیت بین المللی کشوری و مسولیت کیفری فردی را به دنبال دارد البته نباید صرف به این تعهدات اکتفا کرد، بلکه برای اجرا، حمایت و رعایت این حقوق باید یک سلسله قواعد و مقررات کیفری در سطح بین الملل به عنوان ضمانت کننده اجرای این حقوق به وجود آید که البته ذکر این مقررات از حوصله مقاله حاضر خارج می باشد ولی یک سلسله بعضی از قواعد و مقررات که در سطح بین الملل به منظور رعایت حقوق بشر مدنظر گرفته شده بود واضح گردید البته در قسمت جمهوری اسلامی افغانستان باید گفت که این کشور از جمله کشور های بوده که برای تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر رای مثبت خویش را ارائه نموده و خود را مکلف به حمایت و رعایت این حقوق و قواعد آن گردانیده است و همچنان در مواد مختلف قانون اساسی اشاره به حقوق بشر و حمایت های ناشی از آن نموده است.



پیشنهاد بنده به عنوان دانش آموخته مکتب حقوق این است تا کمیسیون حقوق بشر فرآیند آگاهی دهی حقوق بشر را برای مردم عامه و نقاط دور دست افغانستان تسهیل نماید و در زمینه اعمال، رعایت و تطبیق این حقوق ساعی باشد.

#### منابع

#### قرانکریم

#### کتب:

- ۱- انصاری، باقر، اسناد بین المللی حقوق بشر، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵
  - ۲- دیوان مجموعه اشعار گلستان سعدی
  - ۳- سرور دانش، حقوق اساسی افغانستان، کابل، انتشارات موسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ۱۳۸۹
  - ۴- مسعودی، نجمان، حقوق و آزادی های اشخاص در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، کابل، انتشارات سعید، ۱۳۹۴
  - ۵- میر عباسی، سید باقر، نظام جهانی ارزیابی حقوق بشر و حمایت از حقوق بشر، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸
  - ۶- مهرپور، حسین، نظام حقوق بین المللی حقوق بشر، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۹۲
  - ۷- عمید، زنجانی، عباس، علی، مبانی حقوق بشر در اسلام و دنیای معاصر، تهران، مجد، ۱۳۸۸
  - ۸- عباسی، بیژن، حقوق بشر و آزادی های بنیادین، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۰
  - ۹- عباسی، مسها، تعامل حقوق بین المللی بشر، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶
  - ۱۰- طباطبائی، مومنی منوچهر، آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸
  - ۱۱- ممتاز، جمشید، رنجبران، امیر حسین، تقویت همکاری های بین المللی در زمینه حقوق بشر، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۸۲
  - ۱۲- مصفا، نسرین، سازمان ملل متحد و حصول همکاری های اجتماعی، فرهنگی و بین المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰،
- مقالات:
- ۱۳- امید، جلیل، حقوق بشر در دعاوی کیفری بر اساس اسناد بین المللی و منطقه ای، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۹، ۱۳۸۶
  - ۱۴- مسایلی، محمود، نسل جدید حقوق بشر، مجله سیاست خارجی، سال ششم، شماره ۱
  - ۱۵- مهدی ذاکریان، فرایند یکپارچگی نسل های حقوق بشر، مجله سیاسی و اقتصادی، شماره ۱۵۸

۱۵۷-



- ۱۶- میرزاده، نادر، سپهری فر، سیما، تعامل حق بر محیط زیست سالم و حق بر بهداشت، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره ۴، ۱۳۹۲
- ۱۷- موحدی ساوجی، محمد حسن، همزیستی مسالمت آمیز انسان ها از دیدگاه قرآن و نظام بین المللی حقوق بشر، مجله حقوق بشر، شماره ۱-۲، ۱۳۹۲
- ۱۸- صلح چی، محمد علی، درگاهی، رامین، بررسی ماهیت حقوق همبستگی : حقوق جمعی یا مردمی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۳۹۲،
- اسناد:
- ۱۹- قانون اساسی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲

English references:

Articles:

- 20- Foster Jason Morgan, third generation Rights: what Islamic law can teach the international human rights movement, Yale human rights & development l. j, vol 8 ,2005
- 21- Mohammad Reza Sarani, Seyed Hossein Sadeqi, Hossein Ravandeh, The Concept of “Right” and its Three Generations, International Journal of Scientific Study, vol 5, issue 4, 2017
- 22- See at: Patrick macklem, Human rights in international law, London review of international law, forthcoming, 2015
- 23- Documents:
- 24- The Universal Declaration of Human Rights, Adopted 1948
- 25- Declaration of Human Rights and Citizenship in 1789, France
- 26- International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted 1967
- 27- The Convention on Civil and Political Rights, adopted 1966

# پاسخ‌دهی مجریان عدالت به اطفال با کاربرد از فرایند عدالت ترمیمی

احمد شکیب بهروز ریاض

## چکیده

ویژگی های خاص کودکان از حیث سطح پایین تمیز، شناخت و توان دفاع از خویش اقتضا دارد تا حمایت های مضاعفی در مقایسه با بزرگسالان از ایشان به عمل آید. و به منظور پیشگیری از برچسب زدن به کودکان و قربانی شدن آنان باید در عمل عدالت تطبیق گردد. که دادرسی افتراقی را بهتر تطبیق کند و برنامه های عدالت ترمیمی با تقویت حس مسئولیت پذیری و احساس شرم طفل بزه کار، موجبات بازگشت به جامعه را تسهیل و از متضرر شدن آنان در فرایند نظام عدالت کیفری ممانعت می نماید. نظام حقوقی افغانستان در ماده ۲۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال استفاده از مصالحه را با محدودیت های خاص مانند رضایت طرفین پیشنهاد میکند. این محدودیت ها : عذر خواهی بزه کار، توافق بزه دیده، جبران خسارت... می باشد. مقاله حاضر، اولین مقاله در

رابطه به عدالت ترمیمی و اطفال در افغانستان بوده و با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی به بررسی پرداخته و به این نتیجه میرسد که بسیاری از این محدودیت ها، دیدگاه ترمیم گر در برنامه های ترمیمی در دادرسی اطفال از یک طرف و رویه های عملی در محاکم مغایرت دارد. بناء لازم است تا قانون گذار در راستای تدوین قوانین ترمیمی و ارائه تصمیمات مناسب با ماهیئت ترمیمی هم سو باشد .

**واژگان کلیدی :** اطفال، عدالت ترمیمی، عدالت کیفری، پاسخ های دادرسی اطفال

#### مقدمه

بر اساس یافته ها و مطالعات در رشته های مختلف علوم جنایی، از جمله جرم شناسی جامعه شناسی و روان شناسی جنایی، توسل به دادرسی کیفری در باره ی اطفال و نوجوانان بزه کار، برای تغییر خود انکاره ها، ایجاد شخصیت ضد اجتماعی و مجرمانه، و در نتیجه تکرار جرم در اطفال و نوجوانان بزهکار، زمینه را فراهم می نماید<sup>۱</sup>. اطفال و نوجوانان بزه کار در مرحله رشد و شکل گیری شخصیت قرار دارند. ازین رو، چگونگی برخورد سامانه عدالت کیفری با این دسته و ماهیت سیاست ها/ تدابیر پیشبینی شده برای آنان در آینده نظام رفتار این شهروندان بسیار تاثیر گذار است. بر این اساس حقوق کیفری اطفال که در دو عرصه ماهوی و شکلی و چگونگی پاسخ دهی به این بزه کاران و همچنین چگونگی رسیدگی به بزه کاری آنان توجه دارد. باید جنبه حمایتی داشته باشد. در واقع این شاخه بستری برای رشد و پرورش شخصیت اطفال و نوجوانان بزه کار و بازسازی نظام رفتار آنان فراهم سازد . در عرصه حقوق کیفری حمایت از کودکان و نوجوانان بزه کار با نوسان های متعدد همراه بوده است به نظر می رسد که عدالت ترمیمی فرایند، که از رهگذر طرف های منازعه به شکل جمعی

<sup>۱</sup> فرجیها، محمد، دانش نامه عدالت ترمیمی، ص ۳۸۷

یا گروهی برای حل و فصل و رسیدگی به تخلف و پیامد های احتمالی در آن تصمیم گیری و رایزنی می کند<sup>۱</sup>. یعنی عدالت ترمیمی تنها در بستر فرایند های و خواسته های طرفین شکل می گیرد<sup>۲</sup>. و نمونه ای از تحول در بینش و تغییر در روش حل و فصل اختلافات ناشی از جرم و سر آغاز عصری است. که درک ما از مفاهیمی مانند جرم، مجرم و مجازات به تدریج در حال دگرگونی است. عدالت ترمیمی در صدد ایجاد توازن بین نگرانی های بزه دیده و جامعه محلی است. نظریه عدالت ترمیمی ابتدا در حوزه اطفال مطرح شد، و سپس نسبت به بزرگ سالان نیز تسری یافت، در واقع این رویکرد نسبت به بزهکاری اطفال پاسخ های مناسبتر ارائه می دهد. و یافته های این تحقیق نشان دهنده آنست که نشست های گروهی، میانجگری، از جمله روش های مفید عدالت ترمیمی برای اطفال هستند.

علاوه بر این در پرتو این رویکرد پاسخ های شناسایی شده برای اطفال بزه کار عمدتاً جنبه حمایتی داشته مثلاً سپردن طفل بزه کار به خانواده البته گاه به مناسبت از واکنش های سلب کننده آزادی هم استفاده می شود. که این سپردن در عدالت ترمیمی بسیار رایج بوده. و عدالت ترمیم مانند مثلی است که اضلاع آن بزه دیده بزه کار جامعه محلی است عدالت ترمیمی می تواند در سطوح مختلفی مورد استفاده قرار گیرد. که عبارت از اختلافاتی که از طریق صلح و بدون اعمال حقوق کیفری حل و فصل می شوند. جرایم کوچک که از طریق دادن اخطار رسیدگی می شوند. در باب حل و فصل کیفری روش کار خیلی ساده است به جای تعقیب و مجازات مجرم سعی بر این است که بین مجرم و بزه دیده نوعی آشتی و مصالحه برقرار شود و دیدگاه هایشان به هم نزدیک گردد لذا مصالحه گری روشی برای کیفری زدایی است چراکه اگر میکانیزم یا

<sup>۱</sup> بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات ها، ترجمه محمد علی اردبیلی، ص ۴۳

<sup>۲</sup> مارتین رایت، تونی مارشال، مایکل مایز، عدالت ترمیمی ارتقا بخشیدن رویکرد بزه دیده محوری، ص ۱۳

نهاد میانجیگری بین بزه کار و بزه دیده موفق عمل کند در آن صورت تعقیب کیفری معلق و حذف می شود.

جرائم نسبتاً شدید که از طریق عدالت غیر رسمی یا قضازدائی قبل از آنکه وارد مرحله محاکمه شوند از فرایند رسیدگی خارج می شوند. و جرایم بسیار شدید که باید نزد دادگاه اقامه شوند با این حال میانجگری یا جلسه گفتگو هنوز هم به منظور ترمیم و مشارکت فعال بزه کار در ترمیم عواقب جرم و اصلاح و درمان وی مورد استفاده قرار می گیرد. در نهایت داده گاه ها نقش خود را با استفاده از برنامه های عدالت ترمیمی میتواند، موارد ذیل را ایفا کنند:

اجرای توافقات به عمل آمده بین بزه کار و بزه دیده، محدودیت یا سالب آزادی بزه کار، مواردی که بزهکار تقصیر خود را در ارتکاب جرم انکار می کند، و نظارت بر فرآیند رسیدگی جهت اطمینان حاصل کردن از اینکه این فرایند ترمیمی است اما یک طرف دیگر جامعه هم از یاد نرود. که باید این امر به رسمیت شناخته شود که پاسخ جامعه محلی به جرم تنها بر روی بزه کار یا بزه دیده متمرکز نمی شود. بلکه بر مشارکت کل جامعه به صورت که جامعه به صدمه های وارده پاسخ داده، و در صدد اعمال روشهای جهت کاهش ایراد صدمات در آینده باشد. نیز تمرکز می کند حتی اگر این اقدام جامعه به ضرر غیر در ساختار آن باشد ما باید در صدد یافتن روشهای باشیم که مردم جامعه ما بتواند در شرایط مساعد تری زندگی کنند و عدالت ترمیمی یکی از روشهایی است که از طریق آن می توانیم از گسترش تخلفات در جامعه و بهبود شرایطی که اعضای جامعه به آن نیازمندند آگاه بوده استفاده کرد.

## بیان مفاهیم

الف) تعریف عدالت ترمیمی واژه عدالت به معانی مختلف به کار رفته است اما « افلاطون عدالت را در این می دانست که هر چیز بر جای شایسته خود قرار گیرد.<sup>۱</sup> در این جا به معنا مساوات بوده، از ماده عدل، و عدل یعنی برابری همچنان عدل اصلاحی که روابط افراد را در بین شان اصلاح می کند. خواه روابط ارادی بوده، و خواه غیر ارادی<sup>۲</sup> اما در اصطلاح «عدالت ترمیمی فرآیندی است که به موجب آن، طرفین در خصوص چگونگی رسیدگی به پیامدهای جرمی معین، تصمیم‌گیری می‌کنند.»

به عقیده مارتین رایت انگلیسی عدالت ترمیمی « عدالتی است که می‌کوشد بین منافع بزه دیده، جامعه و نیاز به باز‌پذیری اجتماعی بزه‌کار، توازن و تعادلی ایجاد کند و در صدد است. ترمیم و بهبود وضعیت بزه‌دیده را تا حد امکان عملی سازد و در این مسیر همه اشخاصی را که به نحوی در حادثه مجرمانه نفعی دارند (مانند: بزه‌دیده، بزه‌کار و وابستگان آنها) نمایندگان جامعه و مقامات عدالت‌کیفری را به مشارکت فعال و سازنده برای چنین توازنی فراخواند.»

به عقیده محمد فرجیها - عدالت ترمیمی رویکردی همه‌جانبه نسبت به جرم و پیشگیری از آن است. برخلاف روش‌های سنتی عدالت‌کیفری که تمرکز بر احراز عنوان مجرمانه و سرکوبی مجرمان است، عدالت ترمیمی مدعی است که به عوامل زیربنایی و اختلاف‌کیفری می‌پردازد، وی اهداف عدالت ترمیمی را ایجاد تعادل و توازن میان دغدغه‌های بزه‌کار، بزه‌دیده و همه افرادی دانست که از وقوع جرم تأثیر پذیرفته‌اند. و تصریح می‌دارد که: عدالت ترمیمی، پیشگیری از تکرار جرم و بزه‌دیدگی را از مجرای دستیابی به درک و شناختی عمیق نسبت به ریشه‌های جرم و اختلاف،

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۶۵

<sup>۲</sup> ارسطو، اخلاق نیکو ماخوس ترجمه و تمهید صلاح‌الدین سلجوقی، ص ۱۷۷

جلب مشارکت جامعه در حل و فصل دعاوی و تاکید، بر ارزش های فرهنگی مبتنی بر صلح و سازش، دنبال می کند

**ب) تعریف عدالت جزائی:** جزا در لغت پاداش خیر و کیفر گناه است. اما عدالت کیفری به مفهوم نظام است که دولت با بهره گیری از آن نسبت به کنترل اجتماعی، اعمال قوانین کیفری و اجرای عدالت اقدام می کند. و یا عدالت سزا دهنده: مدلی یا شکل از عدالت است که با تمرکز بر رفتار گذشته بزهکار شکل می گیرد و وی را مستحق کیفر می داند. مطابق این دیدگاه بزه کار باید سزای عمل خویش را ببیند این مدل یک مدل تلافی جویانه انتقام جویانه و مبتنی بر مقابله به مثل است<sup>۱</sup>.

**ج) تعریف عدالت میان سیستمی:** عدالت میان سیستمی گرفت شده از عدالت کیفری و ترمیمی می باشد و با استفاده از قوه قهریه نهاد های عدلی و قضایی برای جبران خسارت از یک طرف و با کار برد از جرگه های محلی در مقام های عدلی و قضایی از طرف دیگر تشکیل می گردد و مفاد های هر دو عدالت را با هم یک جا ساخته و از آن عدالت جدید را بوجود آورده و طرفین نیز مجاز به مشارکت در این فرایند یا جریان خواهند بود.<sup>۲</sup> که بنام عدالت میان سیستمی یاد می گردد.

**د) تعریف طفل -** به اشخاص از زمان تولد شدن الی بلوغ را طفل گویند و طبق قانون مدنی از زمان تولد الی رسیدن به سن ۱۸ سالگی را صغیر گویند.<sup>۳</sup> اما حقوق کیفری عرفی و حقوق اسلام اطفال و نوجوانان در صورت ارتکاب جرم فاقد مسئولیت کیفری هستند لیکن ضرورت وصول به هدف های متعالی تعلیم و تربیت، نوسازی

<sup>۱</sup> شیری، عباس، عدالت ترمیمی، ص ۲۱۷

<sup>۲</sup> غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، ص ۸

<sup>۳</sup> عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، ص ۹۳



شخصیت، منش، پیشگیری از تکرار جرم آنان، تامین امنیت قضایی و جبران خسارت بزه دیدگان ایجاب می کند که نظام قضایی کشورها در تامین اهداف مزبور موضوع ارتکاب جرم را پیگیری و واکنش جزایی مبتنی بر اصول علمی اتخاذ نمایند. دادرسی ویژه اطفال به مجموعه قواعدی منسجم گفته می شود که در زمینه کشف جرم، تعقیب، تحقیقات مقدماتی و نحوه دادرسی باید از بدو تماس کودک و نوجوان با مقامات نهاد های جزایی و قضایی به لحاظ ارتکاب اعمال مغایر با قانون تا خاتمه رسیدگی به اتهام او به منظور تامین هدف والای انسان حفظ منافع عالی کودکان و نوجوانان رعایت گردد.<sup>۱</sup> اما آنچه در این قسمت قابل بررسی است، آن بوده که مسئولیت کیفری اطفال از چه سنی شروع می شود؟. بناءً حقوق کیفری صغار در علوم جنایی که از مقررات شکلی و ماهوی متفاوت، متناسب با اطفال و نوجوانانی متهمان و بزه کاران تشکیل شده است. شاخص عمده این رشته خاص حقوق کیفری در واقع سن می باشد کودکان و نوجوانان در تمام دنیا به دو دسته دارای مسئولیت کیفری و فاقد مسئولیت کیفری تقسیم شده است.

به هر حال دو دیدی که در قانون تعریف گردیده عملی و نظریه مشکل افزین می باشد در عمل اگر برای یک طفل (در مقایسه با یک بزرگسال) یک سن غلط تعیین گردد و او بخواهد که در برابر آن دعوا نماید این نشان میدهد که وی دارای نیابت حقوقی می باشد تا این موضوع را به چالاش بیگیرد بر علاوه حدود سنی که از طریق آزمایش طبی فراهم میگردد در شرایط حاد و مبرم سبب منازعه می گردد در حالیکه سن قانونی هیچ ربطی به پختگی جسمی ندارد اگرچه قانون اطفال بر اهمیت حالات ظاهری در تعیین سن تاکید دارد زیر بنای اصل عدالت اطفال این است که اطفال نیاز مند حمایت و محافظت ویژه اند زیرا آنها از نظر جسمی، روانی و اخلاقی به پختگی

<sup>۱</sup> دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، ص ۴۳

نرسیده اند. بناء در نظام های قضایی که مفهوم سن مسئولیت کیفری برای نوجوانان به رسمیت شناخته می شود آغاز این سن با توجه به واقعیت های بلوغ عاطفی، روانی و عقلی در سطح سنی بسیار پایین تعیین نخواهد گردید. بدین ترتیب سن مسئولیت کیفری در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و نظام قضایی افغانستان ۱۲ سالگی می باشد. و تنها مسئولیت مدنی در قبال دارد چنانچه زیان وارد کند، و یکی از استنادات ما برای در خواست اعمال مجازات جایگزین برای کودکان کنوانسیون حمایت از حقوق کودکان و سن مسئولیت کیفری می باشد. علما حقوق ذیل کلمه صغیر می گویند، پسر و دختر که به بلوغ شرعی نرسیده از محجورین است به محض رسیدن به بلوغ حجر او محو می شود، بدون این که احتیاج به صدور حکم، از سوی حاکم شرع باشد، اگر پیش از بلوغ به حدی رسد که دارای تمیز باشد او را صغیر ممیز گویند. و در صورت ارتکاب جرم هیچ گونه مجازات نسبت به آن ها اعمال نمی شود.

### مبحث اول: دیدگاه های پاسخ دهی توسط مجریان عدالت

مطالعه در تاریخ تحول - مفهوم جرم و مجازات ها نشان می دهد که این دوپدیده همیشه با انتظارات عمومی همبستگی و هماهنگی نزدیک داشته اند<sup>۱</sup>. عدالت کیفری فرایند و یا نتیجه از یک جریان عدالت جزایی بوده و این برآیند از تعامل حوزه های مختلف اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و دانش های زیر مجموعه و مرتبط با آن ها است. از این رو عدالت کیفری اطفال، صرفاً مفهوم محض فلسفی نظری نیست، بلکه چگونگی واکنش نسبت به اطفال بزهکار با توجه به وضعیت های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی مختلف، موجب ایجاد روش ها یا گونه های متفاوتی از آن شده است. این وضعیت، هم در سطح ملی و هم در قلمرو بین المللی قابل بررسی و پی جویی است. بی تردید عوامل مختلف و متعددی و گوناگون در پاسخ ها به

<sup>۱</sup> صانعی، پرویز، حقوق جزایی عمومی، ص ۱۰۶

بزهکاری (بزه‌کار به صورت افتراقی باید پاسخ داد).<sup>۱</sup> اطفال موثرند. که بررسی نقش و سهم آن‌ها موضوع این نوشتار نیست. نکته اساسی آن است که با توجه به انواع و اکنش‌ها نسبت به بزهکاری اطفال، می‌توان آنها را در روش‌های یا مدل‌ها معینی بررسی کرد. یعنی حق داد خواهی در مقابل تجاوزات فردی قرار می‌گیرد. بی‌تردید ظهور و بروز روش‌های متفاوت پاسخ دهی به بزهکاری اطفال در دوره‌های مختلف سیاسی، اقتصادی، اجتماعی در جامعه‌ای خاص، صرف‌نظر از تفاوت ماهیت، مولفه‌ها و عناصر بزهکاری اطفال در دوره‌های مذکور، تحت‌تأثیر همان شرایط فراگیر سیاسی، اقتصادی و... است ازین دو، نگرش گونه‌شناسانه به تحولات پاسخ دهی به بزهکاری اطفال، نه تنها زمینه‌شناخت مدل حاکم بر نظام عدالت کیفری ملی را در این خصوص فراهم می‌آورد، بلکه موجبات تأمل و تعمق در اوضاع و احوال اجتماعی موثر بر بروز و کار برد آن گونه پاسخ دهی را نیز امکان‌پذیر می‌سازد. این وضعیت در باره بسیاری از نظام‌های پاسخ دهی به بزهکاری به‌طور کلی و پاسخ دهی به بزهکاری اطفال به‌طور خاص صادق است، اما نکته توجه برانگیزه در این خصوص آن است که همواره در نظام‌های عدالت کیفری اطفال، روش یا عرف‌های خاصی از پاسخ دهی، بر سایر روش‌ها حاکم و غالب بوده است و چه بسا در موارد استثنایی، به روش‌ها و گونه‌های دیگر پاسخ دهی توسل می‌شود. رویکرد مدل‌شناسانه به عدالت کیفری اطفال، زمینه‌شناخت رابطه آن با روش‌های پاسخ دهی به دیگر انواع بزهکاری‌ها و بزهکاران را نیز بررسی می‌کند. و هر دو دیدگاه به چهار دسته تقسیم می‌گردد.

<sup>۱</sup> نیاز پور، امیر حسن، حقوق کیفری کودکان و نوجوانان، ص ۱۷

## الف ( دیدگاه حمایت گرانه

این دیدگاه از تحقیق انجام شده با مجریان نهاد های عدلی و جزایی بدست آمده است که این مجریان در قضایا از دید حمایت کننده، حمایت محور و پرورش دهنده- حمایت، و استفاده بیشتر می کند. بنأء رویکرد اصلی روش حمایت گرانه در این جملات نهفته است. که براساس این روش بزهکار به طور کلی و بزهکاری اطفال به نحو خاص، متأثر از شرایط بیرونی است. به عبارت دیگر، دسترسی نداشتن به امکانات لازم و ضروری برای نیل به موفقیت و تعالی، جامعه پذیری مناسب، تعلیم و تربیت و به طور کلی وجود موانع ساختاری، زمینه های نقض هنجار ها و ارزش های اجتماعی را توسط گروه از افراد جامعه و از جمله اطفال بزهکار فراهم می آورد.<sup>۱</sup> الهام بخشیدن دیدگاه حمایت محور برای عدالت در امور کیفری، موجبات ظهور و بروز مدل رفاهی عدالت کیفری یا رفاگرایی کیفری<sup>۲</sup> را فراهم کرده است. رفاه گرایی کیفری، رویکردی علت شناسانه نسبت به بزهکار و بزهکاری دارد. در این رویکرد، بزهکاری ناشی از انواع عوامل اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و... است که فرد در انتخاب مواجهه با آن ها هیچ اختیاری ندارد و بنابراین نمی تواند در مقابل نتایج ناگوار و ناخوشایند آن از جمله بزهکاری، به تنهایی مسئول باشد. در این رویکرد، گروه های آسیب پذیر جامعه به ویژه اطفال نه تنها در مقابل عوامل جرم زا، بلکه حتی در نتیجه بزهکاری باید حمایت خاص شوند و از آسیب دیدگی بیشتر آن ها در جامعه و یا نظام عدالت کیفری جلوگیری شود. بخاطر که فرصت اندک برای انجام مسئولیتهای خویش دارند.<sup>۳</sup>

از این رو، وظیفه نظام عدالت کیفری اطفال در درجه نخست توجه به ضرورت و نیاز ها و مصالح عالیه آن هاست نه اجرای مجازات و پاسخ حقوقی صرف به عمل

<sup>۱</sup> The best social policy is the best criminal policy too

<sup>۲</sup> Penal welfares

<sup>۳</sup> زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه حسین غلامی، ص ۴۷

مجربانه. بنابراین دیدگاه حمایت محور، جایگاه و تعریف دیگری از عدالت کیفری، نهادها و مجریان آن ارائه می دهد. عدالت کیفری در این رویکرد، بیش از آنکه کیفر دهنده و سزاگرا باشد، حمایت کننده و باز پرور است. درست به همین دلیل است که با توجه به مصالح عالیه اطفال بزهکار و با توجه به ضرورت برخورداری از ماهیت حمایت گرانه اقدامات نهاد های عدالت کیفری در این خصوص، دادگاه ها، قضات و فرایند رسیدگی رسمی کیفری، از جمله آخرین و ناگزیرترین گزینه های، ابراز واکنش به بزهکاری اطفال تلقی می شوند. یکی از نتایج روش دیدگاه حمایت محور، مداخله های زودرس یا پیش از بزهکاری است. که اصولاً ناظر به شرایط وخیم یا ناگوار اطفال است و به آن دسته از رفتار های هشدار دهنده که احتمالاً بزهکاری اطفال را در آینده افزایش می دهد، توجه دارد. در نتیجه این رویکرد، مداخله برای پیشگیری از بزهکاری اطفال، ممکن است به سطح پیشگیری از آسیب دیدگی و یا بزه‌دیدگی وی منجر شود. البته ممکن است که نهاد های مداخله کننده لزوماً از جمله مراجع کنترل جزا نباشد و چه بسا نهاد های مختلف خدمات اجتماعی از جمله مدد کاری و... عهده دار این امر گردند. از دیگر نتایج دیدگاه حمایت محور گرایانه عدالت کیفری اطفال، بررسی همه جانبه علل بزهکاری طفل و تمرکز نداشتن محض بر جنبه های قانونی - قضایی آن است. از این رو، بزهکاری طفل و نقض هنجار های کیفری تنها نشانه و نتیجه ای از وجود عوامل خطر زا و هشدار دهنده ای است. که پیشگیری یا حذف آن ها می تواند موجبات عدم بزهکاری طفل را نیز فراهم آورد. دیدگاه های تخصصی باید جزئی از برنامه پاسخ دهی به بزه ارتكابی طفل در قالب انواع تدابیر اصلاحی - تربیتی به شمار رود. دیدگاه حمایت محور به عدالت کیفری اطفال موجب فردی شدن پاسخ ها، متنوع یا نامعین بودن و به اصطلاح طیفی شدن آن ها و نیز زمینه ساز افزایش امکان مداخله ها و ملاحظات قضایی یا غیر قضایی در تصمیم گیری راجع به طفل بزهکار می شود. و در این دیدگاه از راه های که باید در تحقیقات نهاد های عدالت جزایی مورد استفاده قرار می گیرد نیز حمایت می شود. چنانچه در مواجهه با رفتار کودکان و نوجوانان

معارض با قانون امکان تحقیق و رسیدگی غیر رسمی و خارج از فرایند دادرسی کیفری و نظام قضایی رسمی امکان پذیر نباشد فرایند کشف تحقیقات مقدماتی و دادرسی باید به گونه ای سازمان دهی می شود که حریم شخصی ایشان کاملاً پنهان گردد. در حالیکه خسارت بدل اصل حق است<sup>۱</sup>.

### ب) دیدگاه سزادهنده یا عدالت کیفری

با توجه به بررسی پرونده های جزایی، می توان چنین برداشت کرد که مجریان عدالت کیفری باید قوانین عدالت جزایی را بیشتر در موارد جزایی اجرا می کنند یعنی به نحو از انحنای باید متخلفین بدانند که عمل غیر قانونی آنها قابل مجازات و پیگیری می باشد « در حالیکه خرنوالان می گوید که از مجازات مجرمین نتیجه که قربانی خواهان است قابل احساس نیست یعنی باید در مرحله اول خسارت وارده پرداخت گردد<sup>۲</sup> و از داده های یافت شده در این تحقیق می توان گفت که قضات نسبت به خرنوال کیفر محور است. همچنان خرنوالان جوان نسبت به خرنوالان بزرگ سال ترمیم محور می باشد و مجریان عدالت جزایی به این نکته اشاره می کند که در کل تمام سیستم یا دستگاه عدالت کیفری جزا محور است. در حالی که دیدگاه حمایت محور کیفری بر ضرورت باز پروری بزهکاران و پیش از آن، اتخاذ رویکرد های حمایت گرانه از گروه های آسیب پذیر و در معرض خطر تاکید می کند، روش عدالت کیفری تحت تاثیر آموزه های سنتی فلسفه حقوق کیفری، بر ضرورت واکنش جزایی نسبت به مجرمان و حتی اطفال تاکید می نماید . ولی این حق که بخشاینده، نیکخواه، سعادت مردمان تعلق گرفته است.<sup>۳</sup> در این روش با توجه به آزادی اراده بزهکاران که در آن مفروض و مسلم

<sup>۱</sup> کاتوزیان، پیشین، ص ۳۲۴

<sup>۲</sup> مارتین، پیشین، ص ۱۱۱

<sup>۳</sup> بکاریا، پیشین، ص ۸۷

تلقی شده است و نیز حسابگری جزای آنها، اطفال پس از رسیدن به مقطع سنی خاص که اصولاً هیچ معیار مشخص روان شناختی یا جامعه شناختی نیز ندارد توسل به پاسخ های جزایی و به خصوص مجازات، نه تنها عادلانه بلکه بازدارنده نیز تلقی می شود. این رویکرد بر ضرورت بازدارندگی مجازات و گاه تناسب حد اکثر جرم و مجازات تکیه می کند. از این رو روش عدالت کیفری در جستجو عدالت، گاه از مفهوم سود مندی و فایده گرایی تاثیر می گیرد و گاه از مفهوم سزاواری و استحقاق با این حال هر دو طیف مختلف رویکرد مذکور، منجر به اعمال مجازات و استفاده از آن برای بازدارندگی یا اجرای عدالت مطلوب می شوند. روش عدالت کیفری ضمن تاکید بر ضرورت محاکمه اطفال در فرایند کیفری که عمدتاً برای بزرگ سالان بزهکار تدارک دیده شده است، تفاوت های روان شناختی، جامعه شناختی و زیست شناختی میان اطفال و بزرگ سالان را نادیده گیرد و با تمرکز بر مفهوم مسئولیت کیفری و عناصر آن به توجیه واکنش های کیفری سخت گیرانه نسبت به اطفال بزهکار می پردازد. رویکرد عدالت کیفری از دهه ۱۹۷۰ میلادی با قرائت نوینی مواجه شد که از آن با عنوان عدالت استحقاقی<sup>۱</sup> یاد می کنند. در این قرائت جدید بر ضرورت استفاده از مجازات های ثابت و متناسب بیش از پیش تاکید می شود. به علاوه کاهش سن مسئولیت کیفری و نیز کاهش نقش مراجع غیر قضایی در نظام تصمیم گیری راجع به اطفال بزهکار از دیگر آثار مدل عدالت کیفری در قلمرو عدالت کیفری اطفال است. بی تردید اتخاذ سیاست های کیفری مبتنی بر عدم تسامح و تساهل و تحمیل سیاست های کنترولی کیفری که عمدتاً در پی جدایی و فاصله گرفتن سیاست گذاران از رویکرد های رفاه گرایانه و توسل بیشتر به رویکرد های سزاگرایانه صورت گرفته است در رواج روش عدالت کیفری و توسل به آن برای پاسخ دهی به بزهکاری اطفال موثر بوده است با

<sup>۱</sup> سزاوار شدن، شایستگی.

وجود این هنوز در اکثر کشور های مدل عدالت کیفری الگوی غالب برای پاسخ به اطفال بزهکار تلقی نمی شود. و در بیشتر موارد شمار محدودی از گونه های ترمیمی به بزه کاران مربوط می شود.<sup>۱</sup> در حالیکه فرایند برنامه های عدالت ترمیمی برای اطفال و نوجوانان بر مصلحت نوجوانان تاکید دارد و اطمینان حاصل خواهد نمود که هرگونه واکنش در قبال بزهکاران نوجوانان همواره متناسب با شرایط بزهکاران و همچنین نوع بزه باشد.

ج) دیدگاه ترمیم گرانه **جرم انگاری، کیفری،** رسیدگی های کیفری و اجرای احکام جزایی، بخش های از مهم ترین گونه، یا روش های مداخله کیفری اند. که اگر بر خلاف اصول بنیادین حقوق شهروندان و نیز حقوق کیفری استفاده شوند، موجبات توسعه قلمرو کیفری و تضییع قلمرو حقوق و آزادی های فردی را فراهم می کنند. اصل دیدگاه ترمیم محور، متضمن توسل به حقوق کیفری به عنوان آخرین وسیله و در حداقل موارد ضروری است رعایت نشدن مفاد این اصل باعث تورم حقوق کیفری در ابعاد جرم انگاری و کیفری گذاری می شود. بر اساس نظریه برجسب زنی در جرم شناسی توسعه قلمرو عدالت کیفری باعث می شود، به بسیاری از شهروندان اتهام وارد شود. و به تدریج جامعه عادی به «جامعه محکومان»<sup>۲</sup> بدل گردد. براساس یافته های جرم شناختی یکی از مهم ترین عامل های ثبات در بزهکاری و گذار از آن به ارتکاب جرم در بزرگسالی بیشتر خواهد بود. این موضوع با توجه به آثار سو محیط کیفری از جمله زندان و نیز پدیده فرهنگ پذیری از زندان قابل مطالعه و بررسی است در مقابل رعایت اصل حداقل بودن حقوق کیفری زمینه توسل به سایر نهاد های اصلاحی تربیتی و نیز دیگر ابزار های اجتماعی سازی شهروندان را فراهم خواهد نمود. زیرا نه تنها

<sup>۱</sup> ویت، جان بریث، عدالت ترمیمی ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، ص ۵۴۸

<sup>۲</sup> Convict society



مهارت های اجتماعی سازی غیر کیفری جایگزین مناسب تری برای ابزار های کنترل کیفری می توانند باشند بلکه امکان استفاده از آن ها در فضای غیر کیفری با موفقیت بیشتری همراه خواهد بود. پایبندی به اصل حداقل بودن حقوق کیفری باعث تقویت نظام کنترل غیر رسمی اجتماعی می شود، زیرا عدم مداخله کیفری دولت موجب توجه بیشتر به اقدامات کنشی از یک سو و افزایش مشروعیت مشارکت مردمی و نظارت متقابل شهروندی از سوی دیگر می گردد. التزام به اصل دیدگاه ترمیم محور به ویژه در قلمرو عدالت کیفری اطفال آثار مهم ذیل را در بر دارد.<sup>۱</sup>

- کاهش توسل به جرم انگاری به ویژه درباره اعمالی که ارزش جرم انگاری کافی را ندارند و مجازات های کمی را در پی دارند.
- توسل حداقلی به کیفر به ویژه نسبت به اطفال و نوجوانان بزهکار و جایگزین ساختن پاسخ های کیفری با پاسخ های ترمیمی، مدنی، اداری و... با هدف کاهش درگیری کیفری مرتکبان اقدامات غیر قانونی با مراجع جزایی.
- توسعه قلمرو جایگزین های تعقیب کیفری و افزایش اختیارات مراجع ذی ربط از جمله نهاد های امنیتی مانند وزارت داخله و وی شخارنوالی .
- پرهیز از توسل به تدابیر سالب آزادی چه در مرحله پیش از رسیدگی کیفری و محکومیت به مجازات و چه پس از احراز مجرمیت و گزینش پاسخ کیفری.
- استفاده از حد اکثر ظرفیت های اجتماعی در پاسخ به بزه ارتكابی اطفال از جمله استفاده از پاسخ های جامعه محور بی آنکه فضای زیست اجتماعی به فضای زیست کیفری تبدیل شود.

<sup>۱</sup> غلامی، پیشین، ص ۸۷

• توسعه امکان مداخله ها و رسیدگی های غیر رسمی، با استفاده مناسب از نهادهای اجتماعی از قبیل خانواده، مدرسه، مرجع مذهبی، آموزشی، تفریحی ورزشی و...

یکی از آموزه های مهم رویکرد دیدگاه ترمیم محور آن است که این رویکرد اگرچه با مداخله های کیفی توجیه ناپذیر موفق نیست، چنین عدم موافقتی به معنای هموار کردن دیگر گونه های مداخله کنترولی که ممکن است، در قالب آموزه های رفاه گرایانه یا پیشگیرانه نیز باشد نخواهد بود. بر این اساس حتی مداخله های پیشگیرانه نیز از آن رو که باعث تضییق قلمرو حقوق و آزادی های فردی می شوند. صرفاً زمانی توجیه پذیر خواهند بود که عادلانه و منصفانه باشند<sup>۱</sup>. در کشور های مختلف برای اجرای مدل دیدگاه ترمیم محور از راهبرد های مختلفی استفاده شده است توسعه صلاحیت مراجع غیر کیفی مانند مدارس در رسیدگی به بزه های خرد اطفال و نوجوانان افزایش امکان مشارکت خانواده ها در قالب نشست های گروهی خانوادگی، گسترش امکان اعمال صلاحیت پولیس و خنرنوالی در عدم ارجاع برخی قضایا مربوط به بزهکاری اطفال به دادگاه از جمله اقدامات مربوط به اجرای الگوی حداقل مداخله است. بنابر آن در این پاسخ دهی توسط مجریان عدالت - عدالت ترمیمی فرایند بوده که با استفاده از توسعه و اجرای برنامه هایی که می تواند نرخ بازجویی نوجوانان را کاهش دهد مهم است اما چالش های سیاسی در برابر آن وجود دارد که به سمت یک رویکرد ترمیمی برای جرایم و جرایم نوجوانان استفاده از برنامه ریزی عدالت ترمیمی در ایالات متحده و سایر کشورها در پاسخ به هر سطح و در حال افزایش است برخی موارد، انواع جدی تر جرایم نوجوان و جرائم بزرگسالان معمولاً براساس یک تعامل

<sup>۱</sup> نجفی ابرند آبادی، علی حسین، تقریرات، مباحثی در علوم جنایی به کوشش شهرام ابراهیمی، ص ۳۲۰

غیرواقعی است بین قربانیان، مجرمان و سایر افراد تحت تاثیر اقدامات جنایتکارانه به منظور جبران خسارت ناشی از جرم و تشویق مسئولیت پذیری مجرمان را بهبود بخشید.

د) دیدگاه قوانین محور با اینکه دیدگاه قوانین محور برخی ویژگی های مدل عدالت کیفری را دارد، با آن متفاوت است. روش عدالت کیفری از بزهکار که برخوردار - از انواع حقوق است در مقابل استفاده غیر مجاز و نامتناسب از قدرت رسمی تحت عنوان مجازات حمایت می کند، اما دیدگاه قوانین محور بر تعهدات و مسئولیت های اطفال بزهکار و حتی والدین آن ها نسبت به دیگران از جمله بزه دیده جامعه و حکومت تاکید می کند. از سوی دیگر در حالی که روش عدالت کیفری بیش از تاکید بر ضرورت کاهش میزان بزه بر ضرورت استفاده از مجازات متناسب توجه دارد. و مجازات کفاره یا ارضای انتقام جویی را دنبال نمی کند بلکه اثری آرام بخش دارد.<sup>۱</sup> دیدگاه قوانین محور با هدف افزایش کارایی نظام عدالت کیفری بر کنترل جرم و مجرمان تمرکز می کند. از این رو در دیدگاه قوانین محور پیشگیری خنثی کننده بزهکاری اطفال بر سایر اهداف نظام عدالت کیفری اولویت می یابد در نتیجه جبران خسارت بزه دیده و سایر اقدامات و تعهدات بزهکار تنها از این رو می تواند، اهمیت داشته باشد. که موجب کاهش میزان ارتکاب جرم و تکرار آن شود. از دیگر اهداف دیدگاه قوانین محور افزایش کارایی نظام عدالت کیفری اطفال از طریق توسعه و تقویت هماهنگی میان نهاد های مختلف عدالت کیفری با استفاده از روش هایی چون ارتقای سرعت در فرایند رسیدگی به بزه در نظام عدالت کیفری و نیز افزایش کارایی نهاد های آن از طریق ایجاد امکان مداخله بیشتر در امور اطفال و نوجوانان است. مبنای نظری دیدگاه قوانین محور ایدئولوژی «قانون و نظم»<sup>۲</sup> است. که

<sup>۱</sup> پرادل، ژان تاریخ اندیشه های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، ص ۱۲۸

<sup>۲</sup> Law & brown ideology

بر افزایش کارایی و تاثیر گذاری نظام عدالت کیفری از طریق اعمال و اجرای سیاست کیفری سخت گیرانه تاکید می کند. دیدگاه قوانین محور با هدف مدیریت پیشگیری کیفری از بزهکاری کودکان و نوجوانان، به مداخله پیش دستانه و زودرس برای « خفه کردن نطفه » بزهکاری توجه می کند. به همین دلیل قلمرو مداخله روش مذکور نه فقط رفتار های جنایی اطفال، بلکه رفتار های نامطلوب و غیر اجتماعی آن ها نیز خواهد بود. بنابر این مفهوم پذیرش تهدات و مدیریت آن<sup>۱</sup> دامنه مداخله نظام عدالت کیفری به پیش از تولد فرد دوران رشد مدیریت خانواده حضور در مدرسه و... نیز تسری می یابد..

به این منظور به جای پاسخ دهی به بزه و رسیدگی به آن ، حمایت از امنیت اجتماعی و نظم عمومی مبنای نظری مداخله پیش دستانه نظام عدالت کیفری<sup>۲</sup> را تشکیل می دهد. بی تردید اتخاذ راهبرد های مبتنی بر مداخله زودرس یا پیشگیری زودرس و نیز دیدگاه قوانین محور از جمله آثار چنین رویکردی است. در ست به همین دلیل بوده، که در برخی کشور ها انگیزه نسبتاً قوی برای مداخله زود هنگام و پیش دستانه از طریق استفاده از ابزار های غیر کیفری وجود دارد. تا رفتار های نامطلوب شهروندان مدیریت شود، حقیقت آن است که زمینه مداخله مراجع رسمی و افزایش امکان کنترل قلمرو ازاد رفتاری شهروندان را فراهم می کند. چه بسا در این باره ابزار های کنترولی ؟ پیشگیرانه غیر کیفری و عموماً با ماهیت اداری انضباطی باشند. اما بی تردید زمینه مداخله کیفری را فراهم می کنند دیدگاه قوانین محور زمینه های کاهش سن مسئولیت کیفری و یا تشدید پاسخ های کیفری به اطفال بزهکار یا معارض قانون را نیز فراهم کرده است. در نتیجه اماره مطلق عدم مسئولیت کیفری اطفال در هرسن که باشند تاکید می گردد. در حال حاضر راهبرد های دیگری نیز برای اجرای دیدگاه قوانین

<sup>1</sup> Risk management

<sup>2</sup> Early intervention of criminal justice system

محور استفاده می شود که منجر به کیفر گرایی بیشتر و اعاده پاسخ های کیفری به قلمرو عدالت کیفری اطفال شده است. راهبرد استفاده از مجازات های اجبار یا نیمه اجباری نسبت به جرایم و مجرمان خاص از آن جمله است، اکنون به توجه به روش پیش گفته عدالت کیفری اطفال می توان چنین نتیجه گرفت که آنچه از آن با عنوان عدالت کیفری اطفال یاد می کنیم، گونه های متفاوتی از سیاست اقتصادی اجتماعی و فرهنگی و نیز براساس رویکرد های فلسفی فکری متعدد در نظام های حقوقی کیفری ملی یا بین المللی به آن های توجه می شود چنین تفاوت های بنیادین نه تنها در سیاست گذاری کیفری جنایی کشور های مختلف وجود دارد. بلکه حتی در یک کشور به ویژه اگر دچار تغییرات عمیق سیاسی اجتماعی و اقتصادی نیز شده باشد.

#### مبحث دوم: منفعت عدالت ترمیمی برای اصحاب دعوا

در فرایند تعقیب زدائی خرنوال با ابزار های همانند تعلیق تعقیب، میانجی گری کیفری که در اختیار دارد، می تواند از ورد فرد به فرایند کیفری جلوگیری نموده و دوسیه را در همان مرحله خرنوالی متوقف نماید. نتیجه این امر پیشگیری از تکرار جرم یا انحراف ثانویه به خاطر عدم الصاق برچسب مجرمانه به فرد و عدم ورود وی به نظام کیفری رسمی و دولتی است. در این امر دامنه دخالت نهاد های عدالت کیفری رسمی به نفع سازمان های غیر رسمی و مردم نهاد کمتر و آثار برچسب زنی نیز کاهش می یابد و شرایط باز اجتماعی شدن متهم زود تر فراهم می شود.

منفعت جامعه و اصحاب دعوا در جایگزین های تعقیب، تامین می شود از جمله آثار مثبت تعقیب زدایی مربوط به جامعه و نظام عدالت کیفری می توان موارد زیر را ذکر کرد: کاهش هزینه های اقتصادی و اجتماعی، سرعت بخشی به فرایند کیفری، کاهش جمعیت کیفری تورم زدایی از پرونده های جزایی، افزایش دقت در رسیدگی به پرونده های مهم تر، تمرکززدایی قضایی و پررنگ تر شدن نقش مردم و سازمان های غیر دولتی در فرایند کیفری. منفعت متهم نیز در عدم تعقیب است چون وی وارد فرایند

کیفری نشده و با اعطای فرصتی به وی از رهگذر جایگزین های تعقیب، شرایط بازگشت وی به جامعه فراهم می شود. اگر متهم مطابق تعهدات مندرج در قرار دادی که بین وی و خوارنوال منعقد شده است عمل نماید با پیشگیری و از وارد آمدن برچسب مجرمانه کمک شایانی در جهت اصلاح و بازسازی وی می شود. در صورتی که متهم به تعهدات مورد نظر خوارنوال عمل نماید، سابقه کیفری نیز برای وی محسوب نمی شود.

منفعت بزه دیده نیز در تعقیب زدایی است چون از یک سو خسارت وارده بر وی زودتر جبران می شود بزه دیده ای که در تعقیب کیفری سنتی یا عدالت ترمیمی باید منتظر قطعی شدن حکم محکمه باشد تا تکلیف خسارات وی مشخص شود در جریان تعقیب زدایی در مرحله پیش دادرسی خسارت وارده بر جبران وی جبران می شود. و لازم نیست مدتها منتظر بماند. تا در صورت محکومیت متهم خسارت وی نیز جبران شود در حالیکه نقش قربانیان در محکمه جوانان در هر صورت کاملاً متفاوت است بطور قابل توجهی در میان برنامه ها برای اصول عدالت بازسازی یکپارچه گردد، و سیاست های محکمه اطفال و رویه های مربوط به جرم و جنایت قربانیان باید تجدید نظر شده و در بسیاری از برنامه ها نهاد های عدلی و قضایی تغییر کند. در حالیکه تحقیقات و پژوهش های انجام شده نشان دهنده انست زمانیکه بزه کار حکم به مجازات گردد از جبران خسارت خبری نیست در حالیکه اگر بزه دیده خواستار جبران خسارت می باشد باید قبل از رفتن به محکمه توافق نماید و تحقیقات نشان دهنده انست که اکثر بزه دیدگان خواهان جبران خسارت می باشد و یکی از شرایط اصلی اعمال هم عرض های تعقیب جبران خسارت بزه دیده یا حداقل توافق بین متهم و بزه دیده در نحوه پرداخت آن می باشد. کما اینکه در مواد قانونی که مربوط به طفل است مصالحه گر کیفری، استفاده از مواد ۲۱ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، تعلیق تعقیب، بایگانی کردن دوسیه می باشد. این امر مورد پذیرش قرار گرفته است از سوی دیگر توافق حاصله می تواند متضمن تشفعی خاطر بزه دیده نیز باشد.

## نتیجه گیری

بهرمند اصلی این نوشتار در مرحله اول قانون گذار به منظور تدوین قوانین جامعه کامل برای شناسایی و ارائه تضمینان مناسب با ماهیت عدالت ترمیمی و استفاده از آن در نهاد های عدلی و قضای بخصوص در نظام محاکماتی تخلفات اطفال و جرائم مرتبط با آن می باشد. در موارد خاص یعنی نوع جنسیت طفل بزه کار، نوع جنسیت قضا، سطح تحصیلی قضا و آشنایی با عدالت ترمیمی، نوع تخلف ارتكابی مانند جرایم کم اهمیت، سطح تحصیلی خانواده، پشیمانی خود طفل بزه کار، جبران نمودن خسارت های وارده توسط خانواده طفل، نخواستن بزه دیده به رفتن در نهاد عدالت رسمی، دراین موارد قضا و خرنوالان از برنامه های عدالت ترمیمی از این روش بومی استفاده می کند. و چنانکه تصور می گردید، که نهاد قضای، شاید خوبترین مرجعی باشد، تا درخصوص رعایت حقوق اساسی از اطفال و حمایت از آن، موفق بدرآید، به نتیجه معقولی نرسیده است. ولی العکس، طفل در محاکم با بی توجهی، عدم اطمینان روحی و جسمی از جانب محاکم، اجبار به تحمل هزینه های مالی به صورت غیرمستقیم و مواجه بودند. ونهادهای عدالت جزای کمتر قادر شدند. تا از تدابیر در نظر گرفته شده در قانون اجراءات جزای درین خصوص، استفاده مؤثر نمایند. وظایف اساسی و راهبردی مراجع ذی صلاح و قضایی، دربرسی ویژه اطفال قضازدایی یا پرهیز از ورود اطفال نوجوانان در عرصه بررسی رسمی کیفری یا اجتناب از تحقیقات و محاکم رسمی یا در صورت ضرورت ورود ایشان به سیستم رسمی خرنوالی کیفری به حد اقل رساندن مواجهه با اطفال و نوجوانان به صورت انگشت شمار دیده می شود.

بنابراین در چند مورد به سوالات این تحقیق پاسخ میدهم.

در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال ظرفیت های ترمیمی مانند تشویق به مصالحه، سپردن اطفال به والدین، تعلیق تعقیب، حفظ دوسیه در صورت رضایت بزه دیده، کم اهمیت بودن جرم در قانون تخلفات اطفال را می توان از ظرفیت های ترمیمی محسوب

کرد

محاكم رسیدگی به تخلفات اطفال ؛ وجود شرایط مانند : رضایت طرفین، زن بودن قاضی محکمه، ندامت پشیمانی، جبران خسارت های وارده، و فقدان سابقه جرمی و جزائی تاکید بر استفاده از سازکار های ترمیمی دارند محاکم رسیدگی به تخلفات اطفال، اگر طرفین اعلام آمادگی به عدالت ترمیمی داشته باشد از دایره قضایی دوسیه را خارج نکرده بلکه با توافق ثارنوال و قضات محترم آنرا به شکل محلی حل و فصل می سازد.

#### منابع

- ۱- فرجیها، محمد، دانش نامه عدالت ترمیمی، ناشر انتشارات میزان ، چاپ نخست ، سال ۱۳۹۵
- ۲- بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات ها، ترجمه محمد علی اردبیلی، انتشارات میزان، چاپ هشتم، سال ۱۳۹۳
- ۳- مارتین رایت، تونی مارشال، مایکل مایز ، عدالت ترمیمی ارتقا بخشیدن رویکرد بزه دیده محوری، ناشر انتشارات یاران چاپ نخست، سال ۱۳۸۴
- ۴- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق ، ناشر انتشارات سهامی انتشار، چاپ شصت هفتم، سال ۱۳۸۷
- ۵- ارسطو، اخلاق نیکو ماخوس ترجمه و تمهید صلاح الدین سلجوقی، انتشارات عرفان، چاپ نخست، سال ۱۳۸۶
- ۶- شیری، عباس، عدالت ترمیمی، ناشر انتشارات میزان، چاپ نخست، سال ۱۳۹۶
- ۷- غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، ناشر انتشارات سمت، چاپ پنجم، سال ۱۳۹۳
- ۸- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، نشر چاپخانه سپهر تهران، یک جلدی، چاپ سوم، سال ۱۳۶۹
- ۹- دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، ناشر انتشارات امیری، چاپ سوم، سال ۱۳۹۴
- ۱۰- صانعی، پرویز، حقوق جزایی عمومی، انتشارات طرح نو، چاپ نخست، سال ۱۳۸۲
- ۱۱- نیاز پور، امیر حسن، حقوق کیفری کودکان و نوجوانان، ناشر انتشارات بنیاد حقوقی میزان، چاپ نخست، سال ۱۳۹۳
- ۱۲- زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه حسین غلامی ، ناشر انتشارات مجد، چاپ دوم سال ۱۳۸۸،
- ۱۳- ویت، جان بریث، عدالت ترمیمی ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، مجله تحقیقاتی حقوقی تهران شماره ۴۳ سال ۱۳۹۳
- ۱۴- نجفی ابرند آبادی، علی حسین، تقریرات، مباحثی در علوم جنایی به کوشش شهرام ابراهیمی ناشر انتشارات دانشگاه تهران سال ۱۳۹۰
- ۱۵- پرادل، ژان، تاریخ اندیشه های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، نشر انتشارات سمت، چاپ نخست ، سال ۱۳۹۴



# نقش مراجع قضایی و شبه قضایی در حمایت از علائم تجاری

عزیزالله محمدزی

## چکیده

علامت تجاری نشان متمایز کننده‌ای است که برای تفکیک کالا و خدمات شرکت‌ها بکار می‌رود. علامت تجاری پس از ثبت در دفتر ثبت علائم تجاری، مورد حمایت قرار می‌گیرد. مراجع قضایی و شبه قضایی در حمایت از حقوق مالکین علائم تجاری نقش دارند. برای اینکه حقوق مالکین علائم تجاری در مرحله‌ای ثبت نقض نگردد، دفتر ثبت علائم تجاری اظهارنامه‌ها را از نظر شکلی و ماهوی بررسی می‌کند. در صورتی شباهت علامت با علائم اشخاص ثالث یا مخالفت آن با قانون، اظهارنامه ثبت توسط دفتر ثبت علائم تجاری رد می‌گردد. معترضین می‌توانند شکایت خود را مبنی بر رد اظهارنامه به دفتر ثبت علائم تجاری ارائه نمایند. کمیسیون شکایات، به

شکایات و اعتراضات افراد طبق قانون پاسخ می‌دهد. از آنجا که کمیسیون مرجع شبه قضایی است، تصامیم آن الزامی نبوده و در صورت عدم قناعت، معترضین به محاکم تجارتی مراجعه کرده می‌توانند.

محاکم تجارتی در ثبت و ابطال ثبت علایم تجارتی نقش تصمیم گیرنده دارند. طبق صراحت ماده ششم قانون ثبت علایم تجارتی مصوب سال (۱۳۹۹)، متضرر در صورت نقض علامتش می‌تواند جبران خساره را مطالبه کند. محاکم مدنی به دعاوی جبران خساره رسیدگی می‌کنند. طبق کود جزای کشور و قانون اجراءات جزائی، اگر علایم تجاری مورد جعل، تقلید و سوء استفاده قرار گیرد یا از علایم و نشانه‌های دولتی، نشان‌های موسسات داخلی و بین‌المللی بقصد تجارت و بدون اجازه استفاده صورت گیرد، بالاثر شکایت شاکی به مراجع عدلی و قضایی، دعاوی جزایی علیه متخلف در پیشگاه محاکم جزایی دایر شده می‌تواند.

### واژه‌گان کلیدی

علایم تجاری، مراجع قضایی، مراجع شبه قضایی، کمیسیون شکایات، طرزالعمل ثبت مالکیت‌های فکری.

### مقدمه

علایم تجاری که می‌تواند یک اسم، کلمه، حرف، شعار، رنگ، بو، صوت و یا ترکیبی از آنان باشد، برای تفکیک خدمت و کالای یک شرکت از کالاهای یا خدمات سایر شرکت‌ها بکار می‌رود. بوسیله علایم تجاری می‌توان به منشاء کالایی دارای علامت و همچنین کیفیت محصول یا خدمت پی‌برد. برای اینکه علایم تجاری مورد حمایت قرار گیرند، باید در دفتر ثبت علایم تجارتی طبق احکام قانون به ثبت برسند. ثبت علایم تجارتی برای صاحب آن مؤجد حقوقی چون حق استفاده انحصاری از علامت، نقل و انتقال و منع استفاده آن توسط دیگران می‌گردد. بدین توضیح که

شخص بطور انحصاری از علامت تجاری خود می‌تواند استفاده کند و آن را در قالب قرارداد در بدل پول برای مدتی به دیگران انتقال دهد. قانون ثبت علائم تجاری در ماده (۶) مقرر می‌دارد که هرگاه مالک از علامت تجاری برای تفکیک و تشخیص اجناس خود خواستار استعمال انحصاری باشد، می‌تواند ثبت آن را درخواست نماید. از این رو می‌توان گفت که مالک علامت تجاری بعد از ثبت، صاحب حق انحصاری استفاده از علامت تجاری می‌باشد. لذا صاحب علامت می‌تواند از مجرای قضایی و در بعد کیفری از استفاده غیر مجاز دیگران جلوگیری نماید. مالک علامت تجاری می‌تواند در خصوص نقض حق، اقامه دعوی کند و زمانی استفاده دیگران مبنای قانونی دارد که این استفاده از طرف صاحب علامت ثبت شده تفویض شده باشد. لذا در صورت هرگونه استفاده سایرین از یک علامت تجاری به ثبت رسیده، حقوق صاحب آن نقض می‌گردد. در حقیقت نقض علامت تجاری عبارت است از هر نوع استعمال بدون اجازه از علامت یکسان یا مشابه با علامت مورد نقض که بر اساس ثبت یا شهرت یا سابقه استعمال مورد حمایت است و باعث گمراهی و اشتباه مصرف کنندگان در خصوص منشاء تولید یا عرضه کالاها یا خدمات شود یا باعث ورود لطمه به شهرت یا وجه تمایز علامت مورد نقض گردد.<sup>۱</sup>

نظام های حقوقی موجود، مراجع حل و فصل اختلافات و دعاوی را پیش بینی کرده اند. مراجع رسیدگی به اختلافات و دعاوی در اکثریت کشورها، به مراجع شبه قضایی و قضایی تقسیم گردیده اند. نظام حقوقی کشور ما نیز تقسیم بندی متذکره را مورد توجه قرار داده و متضمن مراجع شبه قضایی و قضایی برای حل اختلافات و دعاوی می باشد.

<sup>۱</sup> نصر الهی آزاد، مرضیه، ثبت بین المللی علائم تجاری و کنوانسیون های مربوط، ص ۱۲۳.

مرجع قضایی که در رأس آن قضاء به عنوان عالی ترین رکن قضایی و یکی از ارگان های سه گانه دولت قرار دارد، متشکل از محاکم ثلاثه ( ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه) می باشد. این محاکم به حل و فصل دعاوی جزائی، مدنی و تجاری در سطح کشور می پردازد. فیصله های محاکم مرعی الاجرا بوده و قوه اجرائیه دولت مکلف به تعمیل آن می باشد.

بر علاوه مراجع قضایی، مراجع شبه قضایی نیز در نظام حقوقی کشور پیش بینی گردیده اند. مراجع شبه قضایی، نهادهای موازی به قضاء نبوده بلکه فیصله های آن محدود به اداره ی مربوطه بوده و لازم الاجرا نمی باشند. بدین توضیح که اشخاص در صورت عدم قناعت، برای پیگیری ادعای خود به مراجع قضایی مراجعه کرده می توانند. در بحث حمایت از علایم تجاری نقش هر دو مرجع، قضایی و شبه قضایی ارزنده بوده که در مراحل مختلف، به حل و فصل دعاوی و اعتراضات اشخاص می پردازد.

در این مقاله نقش مراجع قضایی و شبه قضایی در حمایت از علایم تجاری مورد تحلیل و ارزیابی قرار خواهد گرفت؛ طوریکه ابتدا ماهیت، ترکیب و صلاحیت های کمیسیون شکایات دفتر ثبت مالکیت های فکری من حیث مرجع شبه قضایی به بحث گرفته خواهد شد و سپس نقش محاکم تجاری، مدنی و جزایی به عنوان مراجع قضایی در حمایت از علایم تجاری واضح خواهد گردید. قبل از پرداختن به مباحث اصلی، نخست ضروری است مفاهیم اصلی این مقاله واضح گردد که اینک در ذیل اجمالاً هریک را به بررسی خواهیم گرفت:

#### مبحث نخست: مفاهیم

مفاهیمی که در این مقاله مورد استفاده قرار گرفته اند، مراجع شبه قضایی و قضایی می باشند. اینک در ذیل ابتدا مفهوم مراجع شبه قضایی و سپس مراجع قضایی را واضح خواهیم ساخت.

## گفتار اول: مراجع شبه قضایی

امور اداری و اجرایی کشور، در گستره وسیع سطوح گوناگون سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، دارای کارشناسی پیچیده است که هر کدام از این گستره‌های بزرگ کارشناسی، دارای ضوابط، معیارها و قواعد خاصی می‌باشند. نظر به همین موضوع مهم است که برخی موضوع‌ها دارای آنچنان ویژگی‌هایی هستند که در یک مرجع عام قضایی که نسبت به این مسایل و موضوع‌ها آشنایی کافی نداشته باشند، قابل رسیدگی نمی‌باشند؛ یعنی دانش ویژه این موضوع‌ها در نزد کارشناسان امر وجود ندارد و طبیعی است که داوری در باره این‌گونه موضوع‌ها مستلزم احاطه کامل بر ماهیت فنی و اداری آنهاست و این مشکل، با استفاده دادگاه از کارشناسان فنی نیز قابل رفع نیست؛ زیرا همه این‌گونه مسایل و موضوع‌ها ناگزیر باید پیوسته و ریشه‌ای توسط کارشناسان فنی و اداری همان موضوع مورد پیگیری، رسیدگی و صدور حکم قرار گیرند، از جمله این‌گونه موضوع‌ها، می‌توان به موضوع‌ها و مسائل طرح شده در مراجع شبه قضایی به طور عام اشاره کرد.<sup>۱</sup>

مراجع شبه قضایی را این‌گونه می‌توان تعریف کرد: «دادگاه‌های اختصاصی اداری، مراجع اداری با صلاحیت ترافعی اختصاصی هستند که به موجب قانون خاص در خارج از سازمان رسمی قضایی و محاکم دادگستری و عموماً به عنوان واحدهای کم و بیش مستقل ولی مرتبط به ادارات عمومی تشکیل شده‌اند و صلاحیت آنها منحصر به رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری از قبیل دعاوی استخدامی، انضباطی، مالی، اراضی و ساختمانی می‌باشد که معمولاً به هنگام اجرای قوانین خاص مرتبط به ارائه خدمات عمومی و فعالیت‌های دولت، میان

<sup>۱</sup> امامی، موسوی، مبانی نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آنها در حقوق ایران، ص ۱۰۲.

سازمان‌های دولتی و موسسات عمومی (اشخاص حقوقی حقوق عمومی) و افراد (اشخاص حقوق خصوصی) به وجود می‌آید و مطرح می‌گردد». عناصر و مشخصه های اصلی تعریف فوق را به طور خلاصه می‌توان به شرح ذیل بیان نمود، بدین قرار که دادگاه‌های اختصاصی اداری :

۱- صلاحیت ترافیعی دارند و به عنوان دادگاه به دعاوی، شکایات و اختلافات رسیدگی و فصل خصومت می نمایند.

۲- به موجب قانون خاص تشکیل شده و فعالیت می کنند.

۳- خارج از سازمان رسمی قضایی بوده و از محاکم دادگستری مجزا و قابل تفکیک هستند.

۴- علی رغم استقلال نسبی در فعالیت و عملکرد، به نوعی مرتبط و وابسته به ادارات و سازمان های مجری خدماتی عمومی می باشند.

۵- صلاحیت اختصاصی رسیدگی به برخی دعاوی اداری را دارند.

۶- با هدف حمایت از منافع عمومی در جهت توسعه اقتصادی و اجتماعی ایجاد شده اند.<sup>۱</sup>

نظام حقوقی افغانستان نیز مراجع شبه قضایی را پیش بینی کرده است. از آنجمله کمیسیون شکایات دفتر ثبت علایم تجاری، اداره قضایای دولت وزارت عدلیه و امثال آن را می‌توان نام گرفت که به حل اختلافات افراد در مرحله‌ای قبل از مراجعه به مراجع قضایی (محاکم) می پردازد.

<sup>۱</sup> فنازاده، رضا، مراجع شبه قضایی، صص ۲۲-۲۵.

## گفتار دوم: مراجع قضایی

ادامه زنده گی در اجتماع، وقوع دعاوی و منازعات را میان افراد محتمل می‌سازد. در هر جامعه که به هر درجه از رشد و انکشاف قرار داشته باشد، وقوع جرایم، تعرض و تجاوز به حقوق و آزادی های دیگران امر ناگزیری پنداشته می‌شود. زیرا انسان هم دارای نیرو و کشش ربانی است و هم دارای قوه شیطانی، هوا و هوس. بنابر آن، تنظیم امور جامعه ایجاب می‌نماید تا قانونی وضع شود که با تطبیق و عملی ساختن آن، جلو تعرض و تجاوز گرفته شود. مرجعی که این قانون را در عمل پیاده ساخته و احکام آن را تطبیق می‌نماید، قاضی و محکمه است.<sup>۱</sup>

مراجع قضایی یا دادگاه‌های دادگستری در حقیقت محاکمی هستند که زیر نظر قوه قضائیه تشکیل و به حل و فصل دعاوی می‌پردازند. این مراجع به دادگاه‌های عمومی و دادگاه‌های اختصاصی تقسیم می‌شوند. دادگاه‌های عمومی مراجعی هستند که حق رسیدگی به همه دعاوی را غیر از آنچه که قانون مستثنی کرده است، دارا می‌باشند مانند دادگاه‌های کیفری یا حقوقی. دادگاه‌های اختصاصی حق رسیدگی به هیچگونه دعوی را جز آنچه که قانون در صلاحیت آنها قرار داده است، ندارند مانند دادگاه های نظامی.<sup>۲</sup> در نظام حقوقی افغانستان بطور عموم سه دسته محاکم به ترتیب ذیل وجود دارند: محاکم خاص، محاکم اختصاصی و محاکم عمومی که اینک هر یک از آنها را طوری جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

محاکم خاص: محاکم خاص عبارت از محاکم اند که در مطابقت به قانون اساسی و به عبارت دیگر در قانون اساسی بطور مشخص پیش بینی گردیده است. این محاکم عبارت اند از: محکمه خاص رئیس جمهور.

<sup>۱</sup> رسولی، محمد اشرف، توضیح و تشریح قانون اجراءات جزائی، ص ۳۴۷.

<sup>۲</sup> نوروزی، حسین، نظارت بر نهاد های شبه قضایی، ص ۱۶.

محاكم اختصاصی: عبارت از آن دسته محاکمی اند که نظر به موقف اجتماعی افراد و یا حالت بخصوص در مطابقت به احکام قانون تأسیس میگردد یا به عباره دیگر محاکمی اند که صلاحیت رسیدگی به هیچ امری را ندارند، مگر اینکه قانون صریحاً تعیین کرده باشد. مانند محاکم نظامی.

محاكم عمومی: منظور از محاکم عمومی سایر محاکم است که به منظور رفع اختلافات در موارد عمومی و خدمات عامه، در سطح واحد های اداری طبق قانون تأسیس می شوند.<sup>۱</sup>

به اساس حکم قانون اساسی، هیچ قانون یا مرجعی و مقام دولتی حق ندارد قضیه ای را که صلاحیت رسیدگی آن را محاکم قوه قضائیه دارند، از دایره صلاحیت آنها خارج و رسیدگی یا حل و فصل آن را به مرجع یا مقام دیگری محول و مفوض سازد، به استثنای قضایای که مطابق احکام این قانون اساسی، جهت رسیدگی آن محاکم خاص پیش بینی شده باشد. این قضایا و محاکم شامل محاکمه رئیس جمهور، محاکمه وزراء، محاکمه رئیس و اعضای ستره محکمه و همچنان محاکم عسکری است که بخاطر رسیدگی به قضایای وظیفوی منسوبین قوای مسلح (وزارت دفاع)، پولیس و مؤظفین امنیت ملی طبق احکام قانون تشکیل می گردد.<sup>۲</sup>

### مبحث دوم: کمیسیون شکایات منحیث مرجع شبه قضایی

قبل از بحث در مورد ترکیب و صلاحیت های کمیسیون، لازم است ابتدا کارکرد، ماهیت و نقش کمیسیون شکایات مندرج طرز العمل ثبت مالکیت های فکری، در حمایت از علایم تجارتي را واضح سازیم. اینک ابتدا کمیسیون را معرفی کرده و متعاقباً به بررسی ماهیت و نقش آن در حمایت از علایم تجارتي خواهیم پرداخت.

<sup>۱</sup> ستانکزی، نصرالله، اصول محاکمات مدنی، ص ۲۰۱.

<sup>۲</sup> رسولی، محمد اشرف، تحلیل و نقد قانون اساسی افغانستان، ص ۲۷۰.



کمیسیون شکایات در چوکات اداره ثبت مالکیت های فکری (بخش ثبت علائم تجارتي) فعالیت می کند. کمیسیون یاد شده مرجع شبه قضایی بوده که اعتراضات معترضین را بعد از بررسی های شکلی و ماهوی با ذکر دلایل قانونی پاسخ می دهد. این کمیسیون فاقد مبنای قانونی می باشد؛ بدین توضیح که هیچ حکمی در مورد آن در قانون ثبت علائم تجارتي و قوانین مربوط به مالکیت های فکری نیامده است. از کمیسیون متذکره تنها طرزالعمل ثبت مالکیت های فکری ذکر بعمل آورده است و بس. اگر چه طرزالعمل در سلسله مراتب اسناد تقنینی بعد از مقرر قرار دارد، اما از آن جا که طرزالعمل مبنای حکم محاکم قرار گرفته نمی تواند، از ارزشی کمتری برخوردار است یا بهتر است گفته شود که موجودیت حکم در طرزالعمل مبنای قانونی تلقی نمی گردد. در رابطه به نقش کمیسیون در حمایت از علائم تجارتي باید اذعان داشت که قانون ثبت علائم تجارتي بیشتر بر رویکرد قضایی متکی می باشد طوریکه صلاحیت حل اختلافات ناشی از ثبت علائم تجارتي را به قوه قضائیه بالاخص محاکم تجارتي راجع کرده است و در رابطه به نقش کمیسیون شکایات در فصل اختلافات هیچ حکمی ندارد. اینک به عنوان نمونه به مواد (۱۱، ۲۱ و ۲۶) میتوان اشاره کرد.

فقره های (۱ و ۲) ماده (۱۱) قانون ثبت علائم تجارتي چنین مقرر می دارد:

۱- دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علائم تجارتي) مکلف است درخواست ها را از نظر شکل، ماهیت، و مطابقت آن را با احکام این قانون بررسی و در خلال مدت (۳۰) روز از تاریخ دریافت، آن را قبول یا رد نماید. در صورت رد درخواست، دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علائم تجارتي) مکلف است دلایل آن را صریحاً ذکر نماید، در این صورت درخواست دهنده می تواند در خلال مدت (۱۵) روز از تاریخ رد درخواست به تصحیح آن مبادرت و مجدداً به دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علائم تجارتي) تسلیم یا به محکمه تجارتي محل مراجعه نماید.

۲- هرگاه درخواست دهنده طی مدت مندرج فقره (۱) این ماده مبنی بر رد دلایل اقدام نه نماید یا به محکمه مراجعه نکند، در این صورت چنین پنداشته می شود که وی از درخواست خویش منصرف گردیده است.

همین گونه، ماده (۲۱) قانون یاد شده چنین صراحت دارد: « مالکیت علامت تجارتي به شخصي تعلق می گیرد که اولین بار آن را استعمال نموده باشد، مگر این که در محکمه خلاف آن ثابت شود».

همچنان ماده (۲۶) قانون ثبت علایم تجارتي بطور اخص در رابطه به عدم صلاحیت کمیسیون شکایات و ارجاع اعتراض ها به محکمه تجارتي چنین مقرر می دارد:

۱- اشخاص ذی نفع یا نمایندگان قانونی آنان می توانند در مورد ثبت علامت تجارتي در خلال مدت (۳۰) روز بعد از نشر در جریده رسمی اعتراض خویش را طور کتبی یا از طریق پست راجستری به دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علایم تجارتي) ارایه نماید؛

۲- دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علایم تجارتي) مکلف است در خلال مدت (۱۵) روز از تاریخ دریافت اعتراض، نقل آن را به درخواست دهنده ثبت علامت تجارتي که علیه او اعتراض صورت گرفته، ارائه نماید؛

۳- هرگاه درخواست دهنده ثبت در خلال مدت (۳۰) روز بعد از ارسال اطلاعیه اعتراض از طرف دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علایم تجارتي) به وی از درخواست خود انصراف نه ورزد، شخص اعتراض کننده میتواند در خلال مدت (۶۰) روز به محکمه تجارتي مربوط شکایت نماید. در خلال این مدت جریان (پروسه) ثبت تعلیق گردد؛

۴- هرگاه شخص اعتراض کننده نتواند در خلال مدت مندرج فقره (۳) این ماده به محکمه مراجعه نماید، در این صورت علامت تجارتي به نام شخصي که درخواست

ثبت را نموده است، ثبت و شخص اعتراض کننده مستحق بازپرداخت هیچ نوع حق الثبت (فیس) تادیه شده نمی باشد.<sup>۱</sup>

حال هرگاه پرسیده شود بالفرض اینکه دفتر ثبت علایم تجارتی در مدتی مندرج ماده (۱۱) قانون ثبت علایم تجارتی که همانا (۳۰) یوم می باشد، پاسخی مبنی بر رد یا قبول اظهارنامه ارائه ندهد، این تأخیر چه تاثیری حقوقی بر ثبت علامت می تواند داشته باشد؟ در پاسخ باید گفت که هیچ حکمی صریحی در قانون یا طرزالعمل مربوطه در این مورد نیامده است. اما رویه‌ای موجود چنین است که شخص با مراجعه به بخش شکایات اداره می تواند از تأخیر در بررسی اظهارنامه شکایت کند. خلاصه می توان گفت که عدم پاسخ دفتر ثبت علایم تجارتی هیچ گونه تاثیری بر پذیرش یا عدم پذیرش اظهارنامه ندارد.

با توجه به مواد فوق الذکر قانون ثبت علایم تجارتی واضح شد که صلاحیت حل و فصل اختلافات و اعتراضات ناشی از ثبت علایم تجارتی به محاکم راجع گردیده و کمیسیون شکایات هیچ نقشی در این امر ندارد. این نیز باید واضح گردد که منظور از ارائه اعتراض به دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علایم تجارتی) کمیسیون شکایات نبوده بلکه دفتر ثبت علایم تجاری می باشد.

#### گفتار نخست: ترکیب اعضای کمیسیون

کمیسیون شکایات مندرج طرزالعمل ثبت مالکیت های فکری در مواقع خاص و بنابر لزوم دید مقام محترم وزارت صنعت و تجارت، بریاست امور حقوقی تشکیل جلسه می دهد. به اساس ماده (۳۳) طرزالعمل ثبت مالکیت های فکری اعضای تشکیل دهنده کمیسیون قرار ذیل اند:

<sup>۱</sup> قانون ثبت علایم تجارتی، مواد (۱۱، ۲۱ و ۲۶).

- ۱- رئیس ثبت و حمایت از حقوق مالکیت های فکری وزارت صنعت و تجارت بحیث عضو؛
  - ۲- رئیس تحلیل و انکشاف تجارت ریاست عمومی تجارت بین المللی وزارت صنعت و تجارت بحیث عضو؛
  - ۳- رئیس تحقیق و مطالعات سکتور خصوصی ریاست عمومی انکشاف سکتور خصوصی بحیث عضو؛
  - ۴- رئیس انکشاف صادرات وزارت صنعت و تجارت بحیث عضو؛
  - ۵- آمر دفتر ثبت علایم تجارتي بحیث منشی.<sup>۱</sup>
- کمیسیون متذکره دارای پنج عضو می باشد و در مورد اعتراضات واصله طبق قانون تصمیم اتخاذ می کند.

#### گفتار دوم: صلاحیت های کمیسیون

بطور خلاصه و با توجه به فقره (۳) ماده (۳۴) طرز العمل ثبت مالکیت های فکری، کمیسیون مرجع اداری محسوب گردیده و به اعتراضات اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی در محدوده صلاحیت های اداره ی مربوطه یعنی دفتر ثبت علایم تجارتي رسیدگی می کند. در این دعاوی، یک طرف دعوی اداره و طرف دیگر افراد خصوصی قرار دارند. بنابراین، دعاوی مطروحه با نوع دعاوی مدنی و جزائی که رسیدگی به آنها در صلاحیت محاکم قضایی است و عموماً بین افراد خصوصی با یکدیگر بروز می نماید، متفاوت است.

کمیسیون شکایات تقسیم اوقات زمانی منظم برای تشکیل جلسات ندارد و به ندرت و در مواقع خاص تشکیل جلسه می دهد و اعتراضات معترضین را طبق قانون بررسی کرده و پاسخ می دهد. کمیسیون در تصامیم خویش سعی می ورزد قناعت

<sup>۱</sup> طرز العمل ثبت مالکیت های فکری، ماده ۳۳.

معترضین را با ذکر دلایل حاصل نماید و در نتیجه اعتراض را حفظ نماید. ماده (۳۴) طرزالعمل ثبت مالکیت های فکری در این مورد چنین مقرر می دارد:

۱- کمیسیون می تواند اعتراض متقاضی را مطابق قانون از لحاظ شکلی و ماهوی بررسی و در مورد تصمیم اتخاذ نماید؛

۲- کمیسیون می تواند با ارائه دلایل قانونی و مؤجه، قناعت معترض را حاصل نموده و موضوع اعتراض را حفظ نماید؛

۳- تصمیم کمیسیون رسیدگی به شکایات نهایی نبوده و معترض می تواند در صورت عدم قناعت به محکمه تجارتي رجوع نماید.<sup>۱</sup>

#### گفتار سوم: اعتراض بر تصامیم کمیسیون

مراجع شبه قضایی، مراجعی هستند که خارج از صلاحیت عام دادگستری، در موضوع های ویژه، صلاحیت پیگیری، رسیدگی و صدور حکم را دارا هستند. با توجه به ماهیت این مراجع، فیصله های آن مانند مراجع قضایی نهایی نبوده و می شود مورد اعتراض قرار گیرند. کمیسیون شکایات اعتراضات افراد را از نقطه نظر تخنیکی و تطبیق آن با دیتابیس و اسناد موجود بررسی و تصمیم اتخاذ می کند. تصامیم کمیسیون شکایات، بنابر ماهیت مرجع تصمیم گیرنده نهایی نمی باشد. معترضین می توانند برای تعقیب ادعای خویش به محاکم مراجعه کنند که در این مورد فقره سوم ماده (۳۴) طرزالعمل چنین مقرر می دارد: « تصمیم کمیسیون رسیدگی به شکایات نهایی نبوده و معترض می تواند در صورت عدم قناعت به محکمه تجارتي رجوع نماید».<sup>۲</sup>

حال هرگاه پرسیده شود که شخص در چه مدت می تواند بعد از صدور رای کمیسیون به دادگاه مراجعه کند؟ در جواب باید گفت که با در نظرداشت حکم ماده

<sup>۱</sup> طرزالعمل ثبت مالکیت های فکری، ماده ۳۴.

<sup>۲</sup> طرزالعمل ثبت مالکیت های فکری، ماده ۳۴.

(۱۱) قانون ثبت علایم تجارتي، در صورتی که اعتراض شخص در کمیسیون مورد بررسی قرار داشته باشد و متعاقباً تصمیمی صادر گردد که مورد پذیرش معترض نباشد، شخص می‌تواند از تاریخ صدور رأی کمیسیون، الی مدت (۱۵) روز به دادگاه مراجعه کند.

### مبحث سوم: رسیدگی به دعاوی علایم تجارتي در مراجع قضایی

در این بخش به نقش قوه قضائیه در حمایت از علایم تجاری خواهیم پرداخت. هرگاه حق شخصی پایمال گردد، قضاء منحيث مرجع صلاحیتدار دست بکار شده و سعی می‌ورزد طبق قانون عدالت را تأمین و وضع را به حالت کما فی السابق برگرداند. محاکم تجارتي، مدنی و جزایی منحيث مراجع تصمیم‌گیرنده در امر حفاظت و صیانت از حقوق مالکین علایم تجارتي نقش بسزایی دارند. قانون ثبت علایم تجارتي برای متقاضی ثبت و اشخاص ذی‌نفع حق مراجعه به محکمه تجارتي را پیش‌بینی کرده است. همین‌گونه، قانون متذکره در صورت ورود زیان به صاحب علامت تجاری از تخلفات مدنی و اعمال جرمی اشخاص ثالث، حق مراجعه به محاکم مدنی را پیش‌بینی کرده است. در این اواخر کود جزای کشور نیز به تاسی از الزامات موافقت‌نامه تریس و کنوانسیون پاریس، مراجعه به محاکم جزایی را برای متضرر برسمیت شناخته است. اینک در این مبحث به موارد مراجعه به محاکم خواهیم پرداخت؛ طوریکه ابتدا حالاتی مراجعه به محاکم تجارتي را توضیح خواهیم داد و متعاقب آن موارد مراجعه به محاکم مدنی و جزایی.

### گفتار نخست: موارد مراجعه به محاکم تجارتي

با نظر داشت قانون ثبت علایم تجارتي، مراجعه به محاکم تجارتي در دو صورت امکان پذیر است: ۱- اختلاف با دفتر ثبت علایم تجارتي مبنی بر رد اظهارنامه ۲- اختلاف با اشخاص ثالث مبنی بر مالکیت علایم تجارتي. اینک موارد متذکره را تحت

عناوین دعاوی ناشی از ثبت علائم تجارتي و دعاوی مبنی بر مالکیت علائم تجارتي به بحث گرفته و به جزئیات آن خواهیم پرداخت:

### بند نخست: دعاوی ناشی از ثبت علائم تجارتي

با توجه به ماده دهم قانون ثبت علائم تجارتي، ثبت علامت تجارتي مستلزم تسلیمی اظهارنامه به مرجع ثبت یعنی ریاست عمومی ثبت مرکزی و ملکیت های فکری است. ماده فوق الذکر چنین مقرر می دارد: « اشخاص حقیقی و حکمی شخصاً یا از طریق نماینده یا وکیل قانونی خود می توانند جهت ثبت علامت تجارتي مراجعه و درخواست ارائه نمایند»<sup>۱</sup>.

دفتر ثبت مرکزی مالکیت های فکری (بخش ثبت علائم تجارتي) مکلف است درخواست ها را از نظر شکلی و ماهوی بررسی کرده و در مدت سی روز از تاریخ دریافت، آنرا قبول یا رد نماید. در مرحله بررسی که حد اکثر تا مدت سی روز پس از طرح تقاضا ثبت علامت تجارتي را در بر می گیرد، مامورین دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علائم تجارتي) اظهارنامه و ضمائم آن را به بررسی می گیرند تا سازگاری درخواستی را با اصول و قواعد پیش بینی شده در قانون بررسی نمایند. دفتر ثبت علائم تجارتي، مواردی چون رعایت طبقه بندی بین المللی نیس، عدم مغایرت اظهارنامه با قانون و تطبیق آن را با علائم مندرج دیتابیس بررسی کرده و در نهایت تصمیم مبنی بر قبول یا رد اتخاذ می کند. در صورتی که نواقصی در اظهارنامه مشاهده شود، دفتر ثبت مرکزی با ذکر دلایل قانونی آن را رد و مراتب را کتباً به متقاضی اعلام می دارد. در این مورد فقره یک ماده یازدهم قانون ثبت علائم تجارتي و ماده هفدهم طرز العمل ثبت مالکیت های فکری بالترتیب چنین مقرر می دارند:

<sup>۱</sup> وزارت عدلیه، قانون ثبت علائم تجارتي، ماده ۱۰.

۱- دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علایم تجارتي) مکلف است درخواست ها را از نظر شکل، ماهیت و مطابقت آن را با احکام این قانون بررسی و در خلال مدت (۳۰) روز از تاریخ دریافت، آن را قبول یا رد نماید؛ در صورت رد درخواست دفتر ثبت مرکزی مکلف است دلایل آن را صریحاً ذکر نماید، در این صورت درخواست دهنده می تواند در خلال مدت (۱۵) روز از تاریخ رد درخواست به تصحیح آن مبادرت و مجدداً به دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علایم تجارتي) تسلیم یا به محکمه تجارتي محل مراجعه نماید.<sup>۱</sup>

ماده (۱۷) طرز العمل ثبت مالکیت های فکری در مورد قبول و رد اظهارنامه ثبت علایم تجارتي چنین مقرر می دارد:

۱- دفتر ثبت می تواند اظهارنامه ثبت را الی مدت (۳۰) روز کاری بررسی نموده، از تایید و رد آن طبق احکام قانون ثبت علایم تجارتي متقاضی را مطلع سازد؛

۲- تحقق فقره اول این ماده بشکل تحریری یا کتبی صورت می گیرد؛

۳- هرگاه متقاضی دیگر غرض ثبت عین علامت تجارتي یا علامت مشابه (کالا و یا خدمات) درخواست ارائه کند، طبق حق تقدم به دارنده اظهارنامه اولی ثبت شده داده می شود؛

۴- در صورت رد اظهارنامه، دفتر ثبت مکلف به ارائه دلایل رد به متقاضی با در نظر داشت احکام قانون ثبت علایم تجارتي می باشد.<sup>۲</sup>

متقاضی بعد از دریافت اخطار مبنی بر رد اظهارنامه، طبق قانون حق دارد با دلایل و شواهد در دست داشته به محکمه تجارتي مبنی بر ثبت علامت بنام خود مراجعه کند. معیاد زمانی که شخص بر تصمیم کمیسیون معترض شده و حق مراجعه به محکمه را

<sup>۱</sup> وزارت عدلیه، قانون ثبت علایم تجارتي، ماده ۱۱.

<sup>۲</sup> طرز العمل ثبت مالکیت های فکری، ماده ۱۷.



دارد، پانزده روز می باشد. هرگاه درخواست دهنده طی مدت پانزده روز مبنی بر رد دلایل اقدام نه نماید یا به محکمه مراجعه نکند، در این صورت چنین پنداشته می شود که وی از درخواست خویش منصرف گردیده است. طبق قانون ثبت علائم تجارتي، دفتر ثبت علائم تجارتي اظهارنامه های افراد را در موارد ذیل می تواند رد کند:

۱- در صورتی که علامت تجارتي مغایر حکم مندرج ماده نهم قانون ثبت علائم تجارتي باشد؛

۲- در صورتی که علائم تجارتي قبلاً به اسم شخص دیگری ثبت یا به یکی از علامات تجارتي ثبت شده ای قبلی شباهت داشته باشد.<sup>۱</sup>

در دعاوی تجارتي، محاکم بدون شکایت مدعی به بررسی دعوی اقدام نمی نماید، به این منظور باید درخواست بررسی دعوی به محکمه تجارتي محل ارائه گردد. محکمه تجارتي محل، پس از بررسی دعوی از نگاه صلاحیت موضوعی و حوزوی، قراری مبنی بر پذیرش و یا عدم آن اتخاذ می کند. محکمه محل بر اساس اصول محاکمات تجارتي، مکانیست که اقامتگاه قانونی مدعی علیه در حوزه قضایی آن واقع باشد. در صورتی که شخص در افغانستان دارای اقامتگاه قانونی نباشد در محکمه ای که این گونه اشخاص سکونت دارند دعوی اقامه می شود و اگر در افغانستان محل سکونت آنها معلوم شده نتواند دعوی در محکمه ای دایر می گردد که اموال مدعی علیه و یا تضمینات آن و یا شی متنازع فیه در حوزه قضایی آن موجود باشد و الا در محکمه ابتدائیه تجارتي کابل علیه شان دعوی اقامه شده می تواند.<sup>۲</sup> محکمه بعد از درخواستی مبنی بر رسیدگی دعوای ناشی از ثبت علائم تجارتي، دعوی را دایر نموده و پس از استماع دلایل طرفین، با در نظر داشت دلایل ارائه شده به قبول یا رد درخواست تصمیم اتخاذ می کند.

<sup>۱</sup> قانون ثبت علائم تجارتي، ماده ۱۱.

<sup>۲</sup> اصول محاکمات تجارتي، مواد (۶-۷-۸-۹-۱۰).

## بند دوم: دعاوی ناشی از مالکیت علائم تجارتي

در صورتی که پس از بررسی شکلی و ماهوی، اظهارنامه از طرف دفتر ثبت مرکزی (بخش ثبت علائم تجارتي) مورد تایید قرار گیرد، دفتر ثبت مرکزی علامت را غرض آگهی عموم به نشر می‌رساند. در این مرحله اشخاص ذی‌نفع یا نمایندگان قانونی آنان فرصت دارند بر علامت تجارتي اعتراض کنند. مدت اعتراض از تاریخ نشر علامت الی سی روز می‌باشد. دفتر ثبت مرکزی (بخش علائم تجارتي) مکلف است در خلال پانزده روز نقل اعتراض را به درخواست دهنده که علیه وی اعتراض صورت گرفته، ارائه نماید. هرگاه متقاضی ثبت در خلال مدت سی روز بعد از ارسال اطلاعیه از طرف دفتر ثبت مرکزی از درخواست خود انصراف نه ورزد، شخص اعتراض کننده می‌تواند در خلال مدت شصت روز به محکمه تجارتي مربوط شکایت نماید. در خلال این مدت جریان ثبت تعلیق می‌گردد.<sup>۱</sup> مبنای اعتراض و مراجعه به محکمه تجارتي اشخاص ثالث نسبت به علامت منتشره طبق ماده بیست‌وپنجم قانون ثبت علائم تجارتي مواردی ذیل می‌باشد:

۱- شخصی که مدعی باشد آن علامت، علامت تجارتي خودش می‌باشد؛

۲- شخصی که علامت به علامت تجارتي اش به اندازه‌ای شبیه باشد که مستهلکین را به اشتباه بیاندازد.

همین‌گونه، شخص در صورت داشتن ادعای استعمال قبلی نیز می‌تواند نسبت به علامت ثبت شده اعتراض کند و به محکمه مراجعه کند. مبنای مراجعه به محکمه تجارتي در این مورد مواد (۲۱ و ۲۹) قانون ثبت علائم تجارتي می‌باشد که بالترتیب چنین مقرر می‌دارند: «هرگاه شخص اعتراض دهنده ثابت نماید که علامت تجارتي مورد اعتراض بطور مستمر از طرف وی استعمال گردیده است، در این صورت محکمه

<sup>۱</sup>قانون ثبت علائم تجارتي، ماده ۲۶.

تجارتی مربوط به ثبت علامت تجارتي به اسم وی حکم صادر می نماید. هرگاه علامت تجارتي، قبلاً به اسم درخواست دهنده ثبت، به ثبت رسیده باشد، اسم ثبت آن حذف و محکمه تجارتي به ثبت علامت تجارتي به اسم شخص اعتراض دهنده حکم صادر می نماید. مالکیت علامت تجارتي به شخصي تعلق می گیرد که اولین بار آن را استعمال نموده باشد مگر اینکه در محکمه خلاف آن ثابت شود»<sup>۱</sup>.

همچنین هرگاه علامت تجارتي از طرف مالک آن برای مدتی سه سال استعمال نگردد، اشخاص ثالث حق دارند به محکمه تجارتي مربوط مبنی بر ابطال آن مراجعه کند. در این صورت مالک علامت تجارتي برای حفظ علامت تجارتي خویش باید دلایل مؤججه به محکمه ارائه کند. مبنای مراجعه افراد به محکمه فقره چهار ماده بیست و دوم قانون ثبت علائم تجارتي می باشد که چنین مقرر می دارد:

« هرگاه ثابت گردد علامت تجارتي برای مدت سه سال متوالی استعمال نگردیده است، محکمه تجارتي مربوط به اساس تقاضای شخص ذینفع که علامت بنام وی ثبت گردیده، می تواند اصدار حکم نماید مگر اینکه مالک علامت تجارتي (شخص اول) دلایل مؤججه را مبنی بر عدم استفاده از آن طی مدت مذکور ارائه نماید»<sup>۲</sup>.

با توجه به مراتب فوق نتیجه گرفته می شود که اشخاص در دو صورت می توانند به محاکم تجارتي مراجعه کنند، نخست زمانی که درخواست ثبت علائم تجارتي آنان از سوی دفتر ثبت علائم تجارتي رد گردد. در این مرحله متقاضی باید ثابت سازد که وی مستحق ثبت علامت درخواست شده بنام خود می باشد. ثانیاً، در صورتی که علامت مورد درخواست از سوی اشخاص ثالث قبل و پس از ثبت مورد اعتراض قرار گیرد. در

<sup>۱</sup> قانون ثبت علائم تجارتي، مواد ۲۱ و ۲۹.

<sup>۲</sup> قانون ثبت علائم تجارتي، فقره چهارم ماده ۲۲.

این مرحله، متقاضی یا صاحب علامت با اشخاص ثالث ذینفع روبرو است. در این حالت بار اثبات ادعا به دوش اشخاص ثالث می باشد.

### گفتار دوم: موارد مراجعه به محکمه مدنی

هرگاه شخص از فعل مضر شخصی دیگر متضرر گردد و عامل زیان، جبران خسارت ننماید، زیان دیده ناچار است علیه عامل زیان اقامه دعوی کند. از آنجا که دعوی جبران خساره یک دعوی حقوقی می باشد، طبق حکم مواد (۶۳ و ۶۸) قانون تشکیل و صلاحیت محاکم، صلاحیت موضوعی آن از محاکم ابتدائیه ولسوالی و دیوان مدنی مرکز می باشد و صلاحیت حوزوی آن طبق ماده (۸۱) قانون اصول محاکمات مدنی مربوط به محکمه ایست که مدعی علیه در حوزه قضایی آن اقامت داشته باشد.<sup>۱</sup>

جبران خساره می تواند ناشی از تخلف مدنی باشد یا هم ناشی از عمل جرمی باشد. صلاحیت موضوعی رسیدگی به دعاوی جبران خساره ناشی از تخلف مدنی از محکمه مدنی می باشد. اما صلاحیت موضوعی رسیدگی به دعاوی جبران خساره ناشی از عمل جرمی متفاوت است. هرگاه دعوی جبران خساره همراه با قضیه جرمی در محکمه جزایی اقامه گردد در محکمه جزایی مورد رسیدگی قرار می گیرد و الا اینکه بنابر درخواست مدعی در محکمه مدنی اقامه و مورد رسیدگی قرار می گیرد. مطابق به قانون ثبت علائم تجارتي، هر گاه شخص از اثر عمل شخصی دیگر متضرر گردد، مستحق جبران خساره از جانب مسئول حق العبد می باشد. در این بخش، به بررسی جبران خساره ناشی از تخلف مدنی و جبران خساره ناشی از عمل جرمی در بحث علائم تجارتي خواهیم پرداخت:

<sup>۱</sup> رستم خیل، سیدآغا، طرز رسیدگی به دعاوی حقوقی در محاکم ابتدائیه، ص ۱۸۱.

## بند نخست: دعوی جبران خساره ناشی از مسئولیت مدنی

قانون مدنی افغانستان ضرر به اثر خطا و تقصیر را موجب جبران خساره می‌داند. همچنین هر نوع تعدی که از اثر آن ضرری به شخص دیگر وارد گردد، را قابل جبران خسارت می‌داند و مرتکب را به پرداخت آن مکلف می‌داند.<sup>۱</sup> ضرر در لغت به معنای ضد نفع و سوء حال تعریف شده است. اما در اصطلاح حقوقی ضرر به هرگونه صدمه‌ای اطلاق می‌شود که کسی به ناروا بر مال یا جسم یا حیثیت و عواطف دیگری وارد می‌آورد. با توجه به این تعریف می‌توان گفت: اولاً - متعلق ضرر، ممکن است، مال، جسم، حیثیت و عواطف انسانی باشد. ثانیاً - به صدمه‌ای ضرر گفته می‌شود که از جانب دیگری بر زیان دیده وارد آید.<sup>۲</sup> شخص برای این که مستحق جبران خساره شناخته شود، باید ضرر وارده را ثابت سازد. در مورد جبران خسارت نیز عنوان شده که (ادعا یا جبران) خسارت و غرامت یک پولی است که توسط یک دادگاه به عنوان یک غرامت برای یک شبه جرم (خطای شبه عمد) و یا یک نقض قرارداد، دستور پرداخت آن داده می‌شود.<sup>۳</sup> قانون ثبت علایم تجارتي در صورتی وقوع تخلف، ضرر وارده را قابل جبران می‌داند. در این مورد ماده سی‌ویکم قانون یاد شده موارد تخلفات و جبران خساره را چنین مقرر می‌دارد:

۱- شخص در صورت تخلف یکی از موارد ذیل، حسب احوال به تناسب ضرر وارده به جبران آن محکوم می‌گردد:

۱- تزویر یا تقلب علامت تجارتي که قبلاً طبق احکام این قانون در دفتر ثبت مرکزی (بمحش ثبت علایم تجارتي) به ثبت رسیده یا آن را طوری استعمال نماید که موجب اغفال مردم گردد؛

<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۷۶ - ۷۷۷.

<sup>۲</sup> حیاتی، علی عباس، حقوق مدنی (۴) مسئولیت مدنی، ص ۹۶.

<sup>۳</sup> همان، ص ۹۶.

- ۲- استعمال قصدی علامت جعلی یا تقلید شده؛
- ۳- نصب علامت تجارتي شخص ثالث بدون اجازه مالک در توليدات تجارتي خود؛
- ۴- فروش عمدی، عرضه به فروش، ترویج یا در دست داشتن اجناس، محصولات یا خدمات دارای علامت جعلی، تقلیدی یا غیر مجاز؛
- ۵- استعمال علامت مندرج ماده هشتم این قانون؛
- ۶- ذکر مدال ها، دیپلوم ها، جوایز یا رتب افتخاری در اجناس، محصولات، یا خدمات که به آنها متعلق نباشد، یا در مورد نهاد یا اسامی تجارتي که اصلاً کسب نکرده باشد؛
- ۷- استفاده از امتیازات اختصاص یافته به اجناس و محصولات دارای نمایش یا خدمات مشترک، مگر این که منبع و ماهیت امتیازات متذکره طور واضح بیان شده باشد؛
- ۸- استعمال نشان های جغرافیایی یک ساحه دارای شهرت خاص در تولید جنس، محصول یا خدمات معین روی جنس، به نحوی که این اجناس، محصولات یا خدمات در آن ساحه تولید ایجاد گردیده است سبب اغفال مردم گردد.<sup>۱</sup>
- بنابراین، هرگاه شخص از عمل غیر، چه ارادی باشد چه غیر ارادی، متضرر گردد، می تواند به محکمه مدنی به هدف جبران خساره مراجعه کند.

#### بند دوم: دعوی جبران خساره ناشی از عمل جرمی

معمولاً از ارتکاب جرم دو نوع دعوی به وجود می آید. به عبارت دیگر ارتکاب عمل جرمی هم به جامعه ضرر وارد می سازد و هم به فرد. بنابراین جرم هم دارای جنبه عمومی است و هم خصوصی. دعوی عمومی از طرف شأرنوال اقامه می شود و دعوی

<sup>۱</sup> قانون ثبت علائم تجارتي، ماده ۳۱.

خصوصی از طرف مجنی علیه یا متضرر از جرم. دعوی خصوصی در جرایمی مطرح بحث قرار می‌گیرد که برای اشخاص ضرری را وارد سازد مانند جرایم مربوط به تمامیت جسمی و جرایم مالی و اقتصادی و غیره.<sup>۱</sup>

اصل بر آنست تا هر شخص هر نوع ضرری را که به دیگران عاید ساخته است، مکلف است آن را جبران نماید. طرز جبران خساره و ضرر عاید تابع اصول محاکمات مدنی بوده و شخص می‌تواند با مراجعه به این محاکم احقاق حق کند. اما اینکه چرا قانون این اجازه را داده است که تا دعوی حق العبدی ناشی از جرم باید در محکمه جزائی مطرح بحث قرار داده شود، دلیل آن واضح است. از یک طرف هر دو حق عمومی و خصوصی دارای منشاء واحد است که آن عبارت از ارتکاب جرم می‌باشد. دیگر این که مقنن خواسته است تا برای اجرای احکام قانون، احقاق حق و جبران ضرر وارده، اصول سهل‌تری را پیش‌بینی نماید.

همانگونه که در قبل گفته شد برای ایجاد سهولت برای مدعی حق العبد یا متضرر، قانون حق داده است تا مدعی حق العبد دعوی خصوصی یا حق العبدی خود را یک جا با دعوی جزایی به محکمه جزایی ذیصلاح که قضیه جرمی را مورد رسیدگی قرار داده است، ارائه نماید. اما این بدان معنا نمی‌باشد که محکمه جزائی به اساس اصول مندرج در قانون اجراءات جزائی این نوع دعوی را مورد رسیدگی قرار دهد. محکمه جزائی مکلفیت دارد تا حین رسیدگی دعوی حق العبدی از اصول مندرج در اصول محاکمات مدنی استفاده کند. شرطی را که قانون در این مورد گذاشته این است که مدعی حق العبد در همان زمانی که قضیه در محکمه ابتدائیه جزائی تحت رسیدگی قرار دارد، باید دعوی حق العبدی خود را نیز اقامه نماید. در صورتی که قضیه جزائی در محکمه ابتدائیه جزائی فیصله شده باشد، مدعی حق العبد نمی‌تواند دعوی

<sup>۱</sup> رسولی محمد اشرف، شرح و توضیح قانون اجراءات جزائی، ص ۲۸۲.

خود را به محکمه استیناف اقامه نماید. در این صورت مدعی حق العبد باید انتظار بکشد تا دعوی جزائی طی مراحل شود و بعد دعوی حق العبدی خود را در محکمه مدنی مربوط اقامه نماید.<sup>۱</sup> قانون اجراءات جزائی در ماده (۱۸۹) در مورد ادعای حق العبد چنین مقرر می دارد:

۱- شخصی که از جرم متضرر گردیده است، می تواند دعوی حق العبدی و جبران خساره را توأم با دعوی جزائی خویش در پیشگاه محکمه ابتدائیه که به قضیه رسیدگی می کند، اقامه نماید؛

۲- در جرایم قتل و جرح که موجب آن قصاص یا دیت باشد، به مدعی حق العبد حق اولیت داده می شود. محکمه قبل از رسیدگی به دعوی سارنوال، به مدعی حق العبد فرصت می دهد، تا دعوی حق العبدی خود را اقامه یا بر اساس مصالحه یا انصراف از دعوی مذکور به دعوی حق العبدی پایان بخشد؛

۳- دعوی جزائی حق العبدی در محاکم جزائی مربوط و دعوی جبران خساره توأم با دعوی سارنوال در عین محکمه جزایی دایر می گردد؛

۴- مدعی حق العبد نمی تواند بعد از صدور حکم جزائی از طرف محکمه ابتدائیه، دعوی جبران خساره را در مراحل استینافی اقامه نماید، در این صورت مدعی حق العبد می تواند بعد از صدور حکم قطعی در زمینه دعوی جبران خساره را در محکمه مدنی مطابق قواعد مربوط اقامه نماید.<sup>۲</sup>

بر اساس حکم ماده (۱۸۹) این قانون هرگاه از اثر ارتکاب عمل جرمی فاعل، شخصی متضرر گردیده باشد، می تواند دعوی خصوصی یا دعوی حق العبدی و جبران خساره خود را با دعوی جزائی یک جا در محکمه جزائی که قضیه جزائی را در مرحله ابتدائیه رسیدگی می نماید، اقامه نماید.

<sup>۱</sup> همان، ص ۲۸۳.

<sup>۲</sup> اصول محاکمات جزائی، ماده ۱۸۹.



قانون ثبت علایم تجارتي از تخلفاتي ذکر بعمل آورده است که برخی از آنان دارای عنصر جرمی می باشند. متضرر اختیار دارد بر علاوه جبران خساره، برای تنبیه مرتکب، به محکمه جزائی مراجعه کند. مبنای مراجعه اشخاص به محکمه جزائی ماده (۷۴۸) کود جزای کشور می باشد که چنین مقرر می دارد: « تعقیب عدلی جرایم مندرج این فصل منوط به شکایت مالک ملکیت های فکری می باشد»<sup>۱</sup>.

با توجه به مراتب فوق می توان چنین نتیجه گرفت که شخص در صورت ضرر به محاکم مدنی و جزائی به هدف جبران خساره مراجعه کرده می تواند. در صورتی که عمل جرمی بدون قصد قبلی باشد یا محض یک تخلف مدنی تلقی گردد اما به اثر آن شخص متضرر گردد، شخص می تواند به محکمه مدنی مراجعه کند. در صورتی که عمل مضر از قبیل جعل علامت یا نصب علامت بر روی اشیای بی کیفیت باشد، یا هر عملی که تجاوز به حقوق مالکیت های فکری تلقی گردد، شخص می تواند قضیه را در محکمه جزائی دایر کند. در این مرحله هدف مدعی بر علاوه جبران خساره، تنبیه مرتکب بخاطر عمل خلاف قانون وی نیز می باشد.

#### گفتار سوم: مواردی مراجعه به محاکم جزایی

با توجه به کود جزای کشور، موارد مراجعه به محکمه جزایی متعدد می باشد. اگرچه قانون ثبت علایم تجارتي جعل و تقلب عمدی علایم تجارتي را جزء تخلفات قرار داده است و مرتکب را مکلف به جبران خساره می داند، ولی با توجه به احکام کود جزای کشور، در صورتی که شخص یا نهادها از عمل جعل، تقلید عمدی و سوء استفاده از علایم ممنوعه متضرر گردند، می توانند به مراجع عدلی شکایت کنند. اینک موارد مراجعه به محاکم کیفری را تحت عناوین دعاوی ناشی از جعل علایم تجارتي و دعاوی ناشی از استفاده از علایم ممنوعه به بررسی خواهیم گرفت:

<sup>۱</sup> کود جزاء، ماده ۷۴۷.

### بند نخست: دعاوی ناشی از جعل علامت تجارتي

جعل، واژه‌ای تازی و در لغت دارای معانی گوناگونی است؛ از جمله در کتاب‌های لغت به معنای: به وجود آوردن، آفریدن، ساختن، خلق کردن، تغییر دادن، گردانیدن، وضع کردن و قرار دادن آمده است. جعل و تزویر عبارت از ساختن متقابلانه سند و یا اشیای مشابه آن برخلاف حقیقت به نحوی که متضمن ضرری برای دیگری باشد. در این تعریف، ساختن برای بیان رفتار مجرمانه آمده است؛ متقابلانه، بیانگر رکن معنوی است؛ سند و اشیای مشابه آن، به عنوان موضوع جرم آورده شده است و قید‌های برخلاف حقیقت و قابلیت اضرار، شرایط رفتار مجرمانه به شمار می‌آید.<sup>۱</sup>

کود جزای کشور از جعل و تزویر در دو باب جداگانه ذکر بعمل آورده است. ابتدا در باب اول، فصل چهارم از جعل و متعاقباً در باب چهارم، فصل هفتم از موارد تزویر ذکر کرده است. قابل ذکر است که کود جزای کشور جعل و تزویر را محدود به مسکوکات و اسناد دولتی ساخته است. بدین معنی که از جعل و تزویر در رابطه به علائم تجارتي ذکر بعمل نیاورده است؛ با آنهم، ماده (۷۴۲) کود جزا در مورد حقوق مالکیت‌های فکری چنین مقرر می‌دارد:

۱- شخصی که کتاب، رساله، جزوه، شعر، تصنیف، نمایش‌نامه، ترجمه، تابلوی نقاشی یا رسامی، نقشه جغرافیایی، آهنگ، فیلم سینمایی، سریال تلویزیونی، برنامه‌های رادیویی یا تلویزیونی، مجسمه، اثر خوش‌نویسی، یا عکاسی، اثر گرافیکی یا معماری یا صنایع دستی، اختراع، کشف علمی، طرح‌های صنعتی، علائم تجاری یا سایر حقوق ناشی از فعالیت‌های فکری شخص دیگری را به نام خود یا شخص دیگری بدون اجازه کتبی مالک آن، طبع و نشر یا اجراء یا نمایش دهد یا مجدداً تولید کند یا به قصد فروش عرضه کند یا آنها را تحریف یا تغییر شکل دهد یا در آنها تصرف کند یا به هر

<sup>۱</sup>عباس منصور آبادی، محمد جواد فتحی، جعل و تزویر و جرایم وابسته، صص ۲۰-۲۳.

طریقی از آن بهره‌برداری مادی یا معنوی انجام دهد یا آثار ادبی متذکره را ترجمه کند، مرتکب جرم تجاوز بر حقوق ملکیت های فکری، شناخته می‌شود؛  
 ۲- مرتکب جرم تجاوز بر حقوق ملکیت های فکری، مطابق احکام این فصل، مجازات می‌گردد.<sup>۱</sup>

با در نظر داشت تعریف جعل در فوق « ساختن متقلبانه سند و یا اشیای مشابه آن برخلاف حقیقت به نحوی که متضمن ضرری برای دیگری باشد<sup>۲</sup>»، می‌توان نتیجه گرفت که کلمات مندرج در ماده (۷۴۲) کود جزاء چون تغییر شکل و تصرف، مفهوم جعل را افاده می‌کند. در ضمن، قانون ثبت علائم تجارتي در فقره های (۱ و ۲) ماده (۳۱) از واژه جعل علامت ذکر بعمل آورده و آنرا مستوجب مجازات دانسته است. ماده متذکره چنین مقرر می‌دارد:

۱- تزویر یا تقلب علامت تجارتي که قبلاً طبق احکام این قانون در دفتر ثبت مرکزی (بحسب ثبت علائم تجارتي) به ثبت رسیده یا آن را طوری استعمال نماید که موجب اغفال مردم گردد؛

۲- استعمال قصدی علامت جعلی یا تقلید شده.<sup>۳</sup>

قانون اجراءات جزائی کشور، اسباب تحریک دعوای جزایی را واضح ساخته است. بر اساس ماده (۵۶) اسباب تحریک دعوی جزایی قرار ذیل می‌باشند:

۱- مشاهده جرم در هنگام ارتکاب جرم و سایر احوال جرم مشهود؛

۲- استغاثه و طلب نجات

<sup>۱</sup> کود جزاء، ماده ۷۴۲.

<sup>۲</sup> عباس منصور آبادی، محمد جواد فتحی، پیشین، ص ۲۳.

<sup>۳</sup> قانون ثبت علائم تجارتي، ۳۱.

۳- اطلاع از وقوع جرم یا مشاهده آثار و علائم آن توسط اشخاص به یکی از مراجع کشفی و تحقیق یا درخواست جبران خساره ناشی از جرم از طرف مدعی حق العبد؛

۴- شکایت مراجع یا اشخاص در مواردی که مطابق احکام قانون تحریک دعوی جزایی موکول به شکایت باشد؛

۵- اطلاع ادارات، موسسات و سایر اشخاص حکمی مبنی بر ارتکاب جرم در ساحه مربوط؛

۶- درخواست مراجع رسمی در مواردی که تحریک دعوی جزایی موکول به درخواست رسمی باشد؛

۷- مشاهده علائم و آثار جرم توسط خرنوالی

۸- نشر و پخش موضوعات مبنی بر ارتکاب جرم از طریق رسانه های همگانی

۹- اظهارات شخص علیه خودش.<sup>۱</sup>

با توجه به اسباب تحریک دعوی جزایی و ماده (۷۴۸) کود جزای کشور که تحریک دعوی جزایی در جرایم مالکیت های فکری را منوط به شکایت صاحب حق دانسته است، نتیجه گرفته می شود که شخص در صورت مشاهده و یا اطلاع از جعل علامت اش می تواند به نهاد های عدلی شکایت کند و در رابطه به جعل و ضرر وارده ی مادی و معنوی، از طریق خرنوالی در پیشگاه محاکم جزایی اقامه دعوی نماید.

#### بند دوم: دعوی ناشی از استفاده از علائم ممنوعه

علائم ممنوعه طبق قانون ثبت علائم تجارتي عبارت اند از بیرق، نشان ملی، محراب و منبر، علائم و نشانه های نهادهای رسمی و نیمه رسمی، دولتی و غیر دولتی، علائم مذهبی، تصاویر زعمای ملی و مقامات عالیه دولتی می باشد. مواردی استفاده از

<sup>۱</sup> قانون اجراءات جزائی، ماده ۵۶.

بیرق و نشان ملی بر اساس قانون طرز استفاده بیرق، نشان ملی و سرود ملی تنظیم گردیده است. بیرق افغانستان مرکب است از سه قطعه با رنگ های سیاه، سرخ و سبز که به صورت عمودی به اندازه های مساوی، از چپ به راست در کنار هم واقع شده، عرض هر رنگ برابر به نصف طول آن است و در وسط آن نشان ملی افغانستان قرار دارد.<sup>۱</sup> نشان ملی افغانستان عبارت از محراب و منبر به رنگ سفید می باشد که در دو گوشه آن دو بیرق و در وسط آن در قسمت فوقانی کلمه مبارک لاله الا الله محمد رسول الله و الله اکبر و اشعه خورشید در حال طلوع و در قسمت تحتانی آن تاریخ ۱۲۹۸ هجری شمسی و کلمه افغانستان جا داشته، از دو طرف با خوشه های گندم احاطه شده است.<sup>۲</sup>

کود جزای کشور در مورد سوء استفاده از بیرق و یا استفاده آن در امور تجارتي مسکوت می باشد. اما قانون طرز استفاده بیرق، نشان ملی و سرود ملی در مورد ممنوعیت استفاده از بیرق در ماده (۱۳) حکمی دارد که چنین مقرر می دارد:

- استفاده از بیرق افغانستان در حالات ذیل ممنوع می باشد:
- ۱- در صورتی که پارچه های آن کهنه و فرسوده شده باشد؛
  - ۲- درصوتی که رنگ خود را از دست داده و کمرنگ شده باشد؛
  - ۳- در ظروف تزئینی و وسایط نقلیه زمینی؛
  - ۴- در لباس و سایر اشیای اضافی؛
  - ۵- در اشیای مورد استفاده برای حیوانات و وسایط نقلیه.<sup>۳</sup>
- قانون یاد شده در ماده (۴۳) تحت عنوان تادیب چنین مقرر می دارد:

<sup>۱</sup> قانون طرز استفاده از بیرق، نشان ملی و سرود ملی، ماده ۴.

<sup>۲</sup> قانون طرز استفاده از بیرق، نشان ملی و سرود ملی، ماده ۶.

<sup>۳</sup> قانون طرز استفاده از بیرق، نشان ملی و سرود ملی، ماده ۱۳.

۱- شخص در صورت تخلف از احکام مندرج از احکام مندرج این قانون حسب احوال ذیلاً تأدیب می‌گردد:

۱- توصیه؛

۲- اخطار کتبی؛

۳- جریمه نقدی از یک هزار افغانی الی پنج هزار افغانی.<sup>۱</sup>

همینگونه فقره‌های (۵، ۴، ۳، ۲ و ۱) ماده هشتم قانون ثبت علائم تجاری، استعمال و ثبت علائم و نشان‌های دولتی، بیرق، موسسات رسمی دولتی را منع قرار داده است و چنین می‌مقرر می‌دارد:

علائم ذیل بحیث علامات تجارتي استعمال یا ثبت شده نمی‌تواند:

۱- بیرق ملی، نشان دولتی و سایر نشان‌های دولتی، سازمان‌ها و موسسات داخلی و بین‌المللی یا کشور‌های خارجی مگر این که استعمال آن کتباً مجاز دانسته شده باشد؛

۲- محراب و منبر یا هرگونه علاماتی که با نشان‌ها یا علامات دارای ماهیت کاملاً مذهبی یکسان و مشابه باشد؛

۳- تصاویر زعمای ملی و مقامات عالیه دولتی؛

۴- کلمات و عباراتی که از آن نسبت به ادارات دولتی اشتباه شده بتواند؛

۵- علائم موسسات رسمی سره میاشت، صلیب سرخ یا سایر علائم مشابه و تقلید از آنها<sup>۲</sup>.

در صورتی که شخص از علائم ممنوعه دولتی یا موسسات رسمی دولتی یا علائم و نشانه‌های نهادهای رسمی، نشان‌های مذهبی، تصاویر زعمای ملی و مقامات عالیه دولتی منحصراً علامت تجارتي سوء استفاده کند، طبق اسباب تحریک دعوی

<sup>۱</sup> قانون طرز استفاده از بیرق، نشان ملی و سرود ملی، ماده ۴۳.

<sup>۲</sup> قانون ثبت علائم تجارتي، ماده ۸.

جزایی، در صورت شکایت نهاد های دولتی، موسسات رسمی دولتی، نیمه دولتی در کشور، بر علیه مرتکب در محکمه جزایی دعوی اقامه شده می تواند.

### نتیجه گیری

نهاد های قضایی و شبه قضایی در افغانستان در رسیدگی به جرایم، تخلفات و اعتراضات ناشی از علایم تجارتي نقش دارند. کمیسیون شکایات طرز العمل ثبت مالکیت های فکری من حیث مرجع شبه قضایی در جریان ثبت علایم تجارتي سعی می ورزد قناعت معترضین را فراهم کرده و با ارائه دلایل اعتراض ها را حفظ کند. قابل ذکر است که کمیسیون یاد شده در حمایت از علایم تجاری و حل و فصل اختلاف ها نقش کمرنگی نسبت به محاکم دارد بدین توضیح که قانون ثبت علایم تجارتي بیشتر بر رویکرد قضایی بنا بوده و اکثریت شکایات و اختلافاتی برخاسته از ثبت علایم تجارتي را توسط محاکم قابل حل دانسته است. برای این، بهتر است قانون ثبت علایم تجارتي مورد تعدیل قرار گیرد تا برای کمیسیون اندک صلاحیت های ترافعی در حفظ برخی از شکایات داده شود.

مراجع قضایی (محاکم تجارتي، مدنی و جزایی) در حل و فصل دعاوی نقش پر رنگتری نسبت به کمیسیون شکایات دفتر ثبت مالکیت های فکری دارد. محاکم تجارتي در مرحله ثبت و اتخاذ تصمیم در مورد مالکیت علایم تجاری میان مالک و اشخاص ذینفع نقش تصمیم گیرنده دارد. هرگاه علامت شخص نقض و از بابت آن متضرر گردد، رسیدگی به دعاوی جبران خساره از صلاحیت محکمه مدنی می باشد. بر علاوه، هرگاه شخص علایم اشخاص ثالث را مورد جعل یا تزویر قرار دهد، یا از علایم افراد بدون اجازه استفاده کند، یا علایم و نشانه های ممنوعه از قبیل نشان دولتی، بیرق، نشان های نهاد های رسمی و بالاخره نشان های مذهبی را من حیث علامت تجارتي استفاده کند، محکمه جزایی به اساس شکایت شاکی، متخلف را مورد مجازات قرار می دهد. قابل ذکر است که قانون ثبت علایم تجارتي با کود جزای کشور در بخش جرم انگاری

اعمال جرمی سازگار نیست. بنابراین نیاز است که قانون ثبت علایم تجارتي مورد تعديل قرار گیرد تا با کود جزای کشور هماهنگ گردد.

منابع و مأخذ:

الف) کتب

- ۱- حیاتی، علی عباس، حقوق مدنی (۴) مسولیت مدنی، تهران: نشر میزان، (۱۳۹۲).
- ۲- رسولی، محمد اشرف، شرح و توضیح قانون اجراءات جزائی، نشر وزارت عدلیه، (۱۳۹۴).
- ۳- رستم خیل، سیدآغا، طرز رسیدگی به دعاوی حقوقی در محاکم ابتدائیه، کابل: انتشارات سعید، (۱۳۹۵).
- ۴- ستانکزی، نصرالله، اصول محاکمات مدنی، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، (۱۳۹۱).
- ۵- فنازاد، رضا، مراجع شبه قضایی، کابل: انتشارات خرسندی، (۱۳۵۹).
- ۶- نصر الهی آزاد، مرضیه، ثبت بین المللی علایم تجارتي و کنوانسیون های مربوط، تهران: انتشارات خرسندی، (۱۳۸۹).

ب) مقالات

- ۷- امامی، موسوی، مبانی نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران، دانشگاه شیراز، (تابستان ۱۳۸۳).
  - ۸- عباس منصور آبادی، محمد جواد فتحی، جعل و تزویر و جرایم وابسته، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، سال ۱۳۹۰.
  - ۹- نوروزی، حسین، نظارت بر نهاد های شبه قضایی، دانشگاه شهید بهشتی، تابستان ۱۳۸۹.
- ب) اسناد تقنینی
- ۱۰- قانون ثبت علایم تجارتي، وزارت عدلیه، جریده رسمی، نمبر مسلسل ۹۹۵، ۱۰ تاریخ نشر: سنبله ۱۳۸۸.
  - ۱۱- قانون مدنی، وزارت عدلیه، نمبر مسلسل ۳۵۳.
  - ۱۲- قانون اصول محاکمات تجارتي، جریده رسمی، وزارت عدلیه.
  - ۱۳- کود جزا، وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۶۰، تاریخ نشر: ۲۵ ثور ۱۳۹۶.
  - ۱۴- اصول محاکمات جزائی، جریده رسمی، وزارت عدلیه، شماره مسلسل ۱۳۷، تاریخ نشر: ۱۳۹۲/۱۲/۱۳.
  - ۱۵- قانون طرز استفاده از بیرق، نشان ملی و سرود ملی، وزارت عدلیه، جریده رسمی، نمبر مسلسل ۱۲۳۱، تاریخ نشر: ۱۳۹۵/۷/۲۷.
  - ۱۶- طرزالعمل ثبت مالکیت های فکری، وزارت صنعت و تجارت، تاریخ نشر: ۱۵ میزان ۱۳۹۷.



## تحریم پولشویی در شریعت اسلامی

فریحه صاحب‌زاده<sup>۱</sup>

### چکیده

انسان‌های زیادی خواه اغلب به جهت آسان‌تر بودن، پردرآمد بودن و سرعت بیشتر اعمال مجرمانه در کسب درآمد، از راه نامشروع وارد شده‌اند، این‌گونه حرکات مشکلات زیادی را برای آحاد جامعه در بردارد. بنابراین همواره سعی شده است که با اتخاذ تدابیر لازم از این‌گونه جرایم جلوگیری شود. یکی از این نوع اعمال مجرمانه که در مقاله حاضر به آن پرداخته شده پولشویی است.

پولشویی آن روی سکه ارتکاب جرم برای تحصیل سود است. فرآیندی است که در قدم نخست هر گونه ارتباط مستقیم بین عواید حاصل شده (پول) از منشأ غیر قانونی آن قطع شده و مرحله دوم، مخفی کردن رد مال با انجام معاملات متعدد (اعم از صوری و فرضی) می‌باشد. و بالاخره مرحله سوم فرآیند، ظاهر قانونی دادن به مال

---

<sup>۱</sup>. ماستر رشته شریعت و قانون، پوهنتون کابل.

حاصل شده از جرم است. از این رو پولشویی حلقه اتصال اقتصاد غیر رسمی و غیر قانونی با اقتصاد رسمی و قانونی است.

با در نظر داشت موارد فوق می توان گفت که در شریعت اسلامی احکام مشخصی در زمینه پول شویی و چگونگی مبارزه با آن وجود نداشته و از جمله جرایم مستحدثه پنداشته می شود، ولی احکامی مفصلی در خصوص مال حرام و ضوابط آن در شریعت اسلامی بیان گردیده است.

**کلید واژه:** پولشویی، مال حرام، شریعت اسلامی، حیازت، تصرف، انتفاع.

#### مقدمه

پولشویی (تطهیر اموال) قانونی جلوه دادن عواید حاصل از رفتارهای مجرمانه می باشد. امروزه پولشویی به دلیل رشد چشم گیر جرایم و اعمال خلاف در سطح جهان رشد بسیاری یافته است به طوریکه به یکی از معضلات حاد اقتصاد جهانی مبدل شده است و رشد و توسعه اقتصاد جهانی را به مخاطره کشانیده است. انسان‌های حریص غالباً به جهت آسانتر بودن، پر درآمد بودن و سرعت بیشتر اعمال مجرمانه در کسب درآمد، از راه نامشروع وارد شده اند که همواره این گونه حرکات مشکلاتی را برای سایرین و از جمله، جامعه در برداشته است و همواره سعی بر این بوده که با اتخاذ تدابیر لازم از این گونه جرایم که محل آسایش، رفاه امنیت و غیره در جامعه می گردد جلوگیری نماید. با گسترش اهداف خود به هر وسیله ای متوسل شده و هر ضد ارزشی را ارزش دانسته و در نهایت موجب نابودی بنیان اخلاق جامعه گشته است.

پولشویی یک فعالیت غیر قانونی است که در انجام آن عواید و درآمدهای ناشی از اعمال خلاف قانون به گونه قانونی و شرعی جلوه داده میشود به عباره دیگر گویا پول‌های کثیف ناشی از اعمال خلاف شریعت و قانون به پول‌های پاک تبدیل گردیده و در بدنه اقتصاد جایگزین می شود.

این عمل یک روش معمول و منطقی برای بدست آوردن سود در نتیجه فعالیت های غیر قانونی برای مجرمان می باشد. پولشویان کسانی میباشند که یا خود اعمال خلاف را انجام داده و پول های ناشی از آن را تطهیر می کنند یا افرادی هستند که پول های ناشی از عواید اعمال خلاف قانون را به طور آگاهانه و یا نا آگاهانه در سیستم مالی و اقتصادی کشور وارد می کنند.

شاید مبالغه نباشد که بگوییم از بدو خلقت انسان بر این کره خاکی، او همواره به دنبال کسب درآمد، تملک و افزایش سرمایه های مادی بوده و شاید بتوان گفت که برای نیل به آن، در حالت کلی دو راه پیش رو؛ یعنی راه مشروع و متناسب با قانون و ارزش های جامعه و راه های نا مشروع داشته و دارد.

با این حال در شریعت اسلامی تحت عنوان پولشویی یا تطهیر اموال احکام مشخصی وجود نداشته و از جمله جرایم مستحدثه پنداشته می شود، ولی احکام مفصلی در خصوص مال حرام و ضوابط آن در شریعت اسلامی بیان گردیده است.

بناً دریافت مینا برای این جرم در شریعت اسلامی یک امر لازمی و مهم پنداشته می شود، که این مقاله در صدد آن است که در شریعت اسلامی برای این جرم مینا و جایگاه حقیقی و واقعی با استناد به منابع شریعی که بیانگر حکم تحریم پولشویی در شریعت اسلامی باشد دریافت نماید. بناً موضوعات مطروحه در این مقاله ضمن پنج گفتار ذیل به بررسی گرفته خواهد شد.

### گفتار اول: مفهوم پولشویی

پولشویی یا تطهیر پول که بنام تطهیر مال یا تطهیر اموال نیز یاد می گردد و در زبان عربی به آن "غسیل الاموال"<sup>۱</sup> یعنی شستن اموال، "تبیض الاموال"<sup>۱</sup> یعنی سفید کردن

<sup>۱</sup> صالح جزول (۱۴۳۶ هـ ق) جریمة تبييض الاموال فی قانون العقوبات الجزائری و الشریعة اسلامیة. الجزائر: مطبعة

اموال و بعضاً هم " غسل الاموال " گفته شده و در انگلیسی به آن Money)<sup>۲</sup> Laundering می گویند، از جمله جرایم مستحدثه<sup>۳</sup> بوده و یکی از اشکال مهم جرایم اقتصادی و مالی میباشد؛ که به اساس آن اموال مکتسبه از مدارک غیر مشروع و غیر قانونی یا اموالیکه مبنای غیر مشروع و غیر قانونی دارد، با استفاده از عملیه های خاص، مشروع و قانونی جلوه داده می شود.<sup>۴</sup> جرایم اقتصادی و مالی معمولاً عواید جرمی قابل ملاحظه را بار می آورد که باید بوسیله سیستم مالی قانونی بمنظور پنهان نگهداشتن جرایم و مجرمین که این عواید را بدست آورده اند تطهیر شوند. روی همین ملحوظ است که پولشویی یک جرم اصلی بسیار مهم میباشد. همچنان بعنوان خط ارتباطی میان تمامی اعمال جرمی که منافع چشمگیر غیر قانونی را تولید میکند و ضرورت تطهیر آن را در سیستم مالی قانونی ایجاد میکند، میباشد. فقهای معاصر برای تطهیر پول تعاریف متعددی ارائه کرده اند که ذیلاً به برخی از آنها اشاره میشود:

جرم سفید کردن اموال ( تطهیر اموال ) عملیه است که با استفاده از بعضی روش ها، اموالی مشروع جلوه داده میشود که ذاتاً غیر مشروع بوده که عاملین آن با استفاده از تخنیک های پیچیده اموال حاصله در نتیجه اعمال مجرمانه را قانونی جلوه داده،

---

۱. صفر بن هلال المطیری ( ۱۴۲۵ هـ ق ) جرمه غسل الاموال. الرياض: مطبعه جامعه نايف العربيه للعلوم الامنيه. ص

۳۱.

۲. عباس زراعت ( ۱۳۹۱ هـ ش ) حقوق کیفری اقتصادی. تهران: مطبعه جنگل جاودانه. ص ۱۴۵.

۳. جرایم مستحدثه یا جرایم حادث، به جرایمی گفته می شود که اساساً در نص ( قرآن و سنت ) برای همچو اعمال وصف جرمی داده نشده و احکام متعلق به آن به مفهوم حقیقی کلمه نیز بیان نگردیده است و دولت ها نظر به اوضاع و احوال اجتماعی و صدماتی که از همچو اعمال به بدنه جامعه وارد می گردد آنرا جرم دانسته و در زمره جرایم تعزیری برای آن مجازات تعیین کرده اند.

۴. عبدالعظیم احمدی ( ۲۰۰۰ م ) غسل الاموال جرمه عصر البیضاء. القاهرة: مطبعه الشركه المصریه للنشر العربی و

الدولی. ص ۴۲.

طوریکه تفکیک مال مشروع از غیر مشروع از طرف مرجع با صلاحیت تنفیذ قانون مشکل یا نا ممکن می گردد.<sup>۱</sup>

همچنان در مورد تطهیر اموال گفته اند؛ سفید کردن اموال ( تطهیر اموال ) عبارت از تعدادی از عملیه های مالی هم زمان، مرتبط و متداخل به هم بوده که هدف از آن در قدم اول محو اصل جرمی این اموال و جلوه دادن آنها به مال و نقدینه های مشروع جهت تسهیل داخل کردن آن در نظام اقتصادی داخلی و بین المللی بوده به گونه ای که معرفت مصدر اصلی اموال را مشکل می سازد.<sup>۲</sup>

با توجه به مطالب فوق سوال اساسی این است که؛ آیا در شریعت اسلامی برای همچو عمل احکامی بیان گردیده است یا خیر؟ و آیا اینکه در فقه اسلامی احکام مشخص و خاصی در زمینه بیان گردیده است یا خیر؟

در پاسخ به دو سوال فوق باید گفت که؛ در شریعت اسلامی در خصوص پولشویی ( تطهیر اموال ) احکام خاصی بیان نگردیده، لذا برای دانستن مفهوم و حکم این جرم در شریعت اسلامی دانستن دو موضوع لازم و ضروری است، که شامل دانستن معنی و مفهوم مال و مضمون ( محتوی ) جرم پولشویی یا تطهیر اموال است.<sup>۳</sup>

### مبحث اول: مال در شریعت اسلامی

قاموس لسان العرب مال را چنین تعریف می کند؛ مال آن شی است که مالک میشود، از جمیع اشیاء.<sup>۴</sup> اما در قسمت تعریف اصطلاحی مال فقهاء اتفاق نظر ندارند که

<sup>۱</sup> . عبدالله محمود الحلو ( ۲۰۰۷ م ) الجهود الدولیه لمکافحه جرمه تبييض الاموال. بيروت: المطبعة منشورات الحلی الحقوقیه، ص ۱۸.

<sup>۲</sup> . احمد سفر ( ۲۰۰۱ م ) المصارف و تبييض الاموال. لبنان: المطبعة اتحاد مصرف العربیه، ص ۱۹.

<sup>۳</sup> . صالح جزول، جرمه تبييض الاموال فی قانون العقوبات الجزایری و الشریعه الاسلامی، المرجع السابق، ص ۲۹.

<sup>۴</sup> . محمد بن مکرم ابن المنظور ( ۱۴۱۴ هـ ق ) لسان العرب. البیروت: مطبعه دار صادر، طبع الاول، الجلد ۶، ص ۲۱۳.

ذیلاً به بیان دیدگاه های فقهای مذاهب چهار گانه اهل سنت پرداخته می شود. امام سرخسی<sup>۱</sup> از جمله فقهای مذهب حنفی می گوید؛ مال اسم است برای هر آنچه چیزی که خلق شده برای اقامه مصلحت انسانها، اما به اعتبار تمول، و تمول حفاظت و نگهداری شیء است برای وقت ضرورت.<sup>۲</sup> امام ابن عابدین<sup>۳</sup> یکی دیگری از فقهای حنفی می گوید؛ مال هر آنچه چیزی است که میل و طبع انسان به طرف آن کشانیده می شود و ذخیره کردن آن برای وقت حاجت ممکن باشد.<sup>۴</sup> از نظر امام شاطبی<sup>۵</sup> یکی از فقهای مذهب مالکی، مال عبارت است از آن چیزیکه بر آن ملک واقع شده و مالک میتواند به گونه مستقلانه از غیر در آن تصرف کرده به گونه ای که آن مال را از جهتی بدست آورده باشد. امام سیوطی<sup>۶</sup> به نقل از اما شافعی<sup>۱</sup> می گوید: اسم مال واقع نمی شود مگر

<sup>۱</sup> شمس الانامه محمد بن احمد سرخسی، از دانشمندان عالی رتبه سده چهارم هجری قمری است. او از بزرگ ترین فقهای حنفی است. این دانشمند بزرگ در سال ۴۸۴-۴۸۳ هجری قمری و به روایتی در سال ۴۹۰ هجری قمری وفات یافته است .

<sup>۲</sup> شمس الدین محمد بن احمد بن ابی سهیل السرخسی الحلوانی (۱۹۹۳) المبسوط. بیروت: المطبعة دارالکتب العلمیه، الطبعة الاولى، ص ۵۹۱.

<sup>۳</sup> محمد امین بن عمر بن عبد العزیز عابدین دمشقی متولد ۱۱۹۸ هـ ق از جمله فقهای حنفی دیار شام بوده که در دمشق سوریه متولد شده است.

<sup>۴</sup> محمد امین الشهیر بابن عابدین ( بدون تاریخ الطبع ) حاشیه رد المختار علی الدر المختار. بیروت: المطبعة دارالفکر، ج ۴، ص ۵۱۰.

<sup>۵</sup> ابومحمد القاسم بن فیره بن احمد الشاطبی در سال ۵۳۸ قمری در شهر شاطبه اندلس به دنیا آمد، وی از قاریان مشهور قرآن کریم و معروف به امام القراء بوده و پیرو مذهب مالکی و از جمله فقهای جید این مذهب میباشد.

<sup>۶</sup> ابو اسحاق ابراهیم بن موسی اللخمی الشاطبی ( بدون تاریخ الطبع ) الموافقات فی اصول الشریعه. القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، ص ۴۶۹.

<sup>۷</sup> عبدالرحمان بن کمال بن محمد خُصیری سیوطی ( ۱۴۴۵ هـ ق - ۱۵۰۵ هـ ق ) مشهور به جلال الدین سیوطی و ابن کتب از دانشمندان مصری اهل سنت شافعی مذهب است که در جستارهای گوناگونی از جمله حدیث، مصطلح الحدیث، نجوم اسلامی، و علوم قرآنی کتاب نگاشته است. وی یکی از حدیث پژوهان و کلام شناسان اسلامی

مگر بر آنچه که دارای قیمت بوده و متلف آن ملزم به ضمان می گردد.<sup>۲</sup> از نظر حنابله، مال عبارت است از آنچه که انتفاع از آن به مقتضی حاجت و ضرورت مباح باشد. مثل عقار، شتر و غیره و اما آنچه که در استفاده از آن نفع نباشد، مانند: حشرات، و یا اینکه انتفاع از آن حرام باشد، مانند خمر و غیره و آنچه مباح نیست مگر در حالت ضرورت، مانند خود مرده و غیره و آنچه که مباح نیست جمع آوری و یا نگهداشت آن، مگر به حاجت، مانند: سگ و غیره مال نمیشد.<sup>۳</sup>

### مبحث دوم: تطهیر مال نزد فقهاء اسلامی

فقهای قدیم شریعت اسلامی ( تمامی مذاهب ) اصطلاح تطهیر اموال را به معنی خاص کلمه نمی شناسند و در کلام آنها این اصطلاح جاری نمیشد، اما در نزد فقهای معاصر اسلام، برای این اصطلاح تعبیر مجازی صورت گرفته، به گونه ای که می گویند تطهیر اموال در واقع عبارت از همان افعالی است که به واسطه آن افراد و اشخاص اموال را از طرق و وسایل غیر مشروع کسب کرده و در قدم بعدی با استفاده از وسایل

---

است و به خاطر کتاب تفسیر خویش با نام الدر المنثور و نگاشتن مهم ترین و جامع ترین کتاب درباره علوم قرآنی با نام الاتقان فی علوم القرآن شناخته شده است.

<sup>۱</sup> محمد ادریس الشافعی ( ۱۵۰ هـ ق - ۲۰۵ هـ ق ) ملقب به أبو عبدالله و معروف به امام شافعی از علما اهل سنت بود وی در ماه رجب سال ۱۵۰ هجری قمری برابر با ۷۶۸ میلادی در شهر غزه از سرزمین فلسطین و به قولی در سوریه به دنیا آمد. پدرش همراه مسلمانان از مکه به فلسطین ناحیه الرباط و غزه و عسقلان هجرت کرد. مدت کمی بعد از تولد شافعی پدرش در غزه فوت کرد. بعد از فوت پدر، شافعی و مادرش به مکه بازگشتند. مادر شافعی، «فاطمه» (أم حبیبه) نام داشت که از قبیله ازد بود. الأزدیه، یکی از قبائل معروف در یمن السعید یمن پر برکت، بخش سر سبز و پر آب سرزمین یمن بود. نسب شافعی به عبد مناف می رسد که جد اعلی پیامبر گرامی حضرت محمد صلی الله علیه و سلم است. امام الشافعی در مکه در زمینه علوم فقهی پیشرفت می کند و یکی از علماء برجسته آن دیار می شود.

<sup>۲</sup> زین العابدین بن ابراهیم بن نجیم ( بدون تاریخ الطبع ) الاشباه و النظائر. المكتبة التوفیقیه، ص ۳۲۷.

<sup>۳</sup> منصور بن یونس بن ادریس البهوتی ( ۱۹۹۷ م ) کشف القناع عن متن الاقناع. بیروت: المطبعه عالم الکتب، ج ۳ ص ۱۵۲.

و شیوه های متعدد و گوناگون آن اموال را مشروع جلوه داده و مصدر و مبنای غیر شرعی کسب آن اموال را مخفی نگه میدارند. به این ترتیب قسمی ظاهر میشود که گویا اموال شرعی هستند. این فعل به مثابه سفید کردن این اموال به اعتبار مصدر غیر مشروع خود که پول ها سیاه بودند اعتبار داده میشود.

گرچه این اصطلاح (سفید کردن اموال یا تطهیر اموال) در قاموس و فرهنگ فقهاء شریعت اسلامی موجود نمیشد اما برای احکام و محتوای آن اصل و ریشه در فقه اسلامی وجود دارد. قسمیکه فقهاء در ابواب مختلف فقه احکام آن را بیان نموده و نصوص شریعت دال بر عدم مشروعیت آن با نقل و عقل از قرون متمادی میباشند.

به همین ترتیب آراء و نظریات شان حول مساله طرق کسب مباح و غیر مباح، دلالت به این مسأله مینماید، همچنان میابیم که فقهاء حکم کسی که مال را از طرق غیر مشروع پیدا کند، حکم تصرف در اموال ربوی، تصرف در مال غصب شده، مال مسروق و غیره احکام مرتبط به اکتساب مال از طریق حرام را بیان نموده اند مثل حکم کسی که توسط مال مکتسبه حرام خرید و فروش کند و یا قرض بدهد، حکم میراث از مال حرام، قسمی که حکم ضمان و معنی سفید کردن اموال در مسأله کلاه برداری و فریبکاری بر حرام بیان شده که در قاعده گفته میشود (التحایل علی الحرام حرام)<sup>۱</sup> ترجمه: حيله بر بالای حرام، حرام میباشد این قاعده مبین یک اصل عظیم در شریعت اسلامی است که عبارت از سد ذرایع به اعتبار اینکه کسی که به سفید کردن اموال شروع نموده از مباح استفاده مینماید تا به حرام متوصل شود، و به جمیع طرق مباح شرعی بخاطر تقلب و کلاه برداری در حرام متوصل میشوند.

۱. یوسف قرضاوی (۲۰۰۷ م) الحلال و الحرام. القاهر: المطبعة وهبه، ط ۲۹، ص ۳۲.



درین مورد مباحث خاصی را در مورد فریبکاری تخصیص داده اند که آنچه را که در شرع مباح یا حرام است مستند به نصوص شرعی از کتاب الله و سنت نبوی و معقول تبارز داده و بیان نموده است.<sup>۱</sup>

شریعت اسلامی حیازت مال حرام را تحریم نموده برابر است که حرمت آن ذاتاً بوده و یا بواسطه غیر باشد. قسمیکه تصرف در آن را با انواع تصرفات از قبیل بیع، هبه، قرض و انتفاع از آن را حرام دانسته اعم از این که در عادات باشد یا عبادات و این تحریم بصورت مطلق بوده و در آن اعم از این که به قصد اخفا مصدر غیر مشروع آن بوده و یا پنهان نمودن طبیعت اصلی آن و غیر از آن.

تحریم تنها محدود به قصد خاص بخاطر حیازت مال حرام و تصرف در آن نبوده بلکه به مجرد علم شخص مرتب میشود.<sup>۲</sup> اهل علم در خصوص حیازت مال حرام و انتفاع از آن میگویند ((برای مسلمان حلال نیست که مالک خمر شود و نه نوشیدن نوشیدنی مسکر و ظروف آن را در حالیکه در نزد وی اهل علم باشند بشکنند، و به اندازه که از آن آگاهی دارد معاقبه و مجازات میشود مگر اینکه آن را بنوشد پس بالای وی حد جاری شده که ۸۰ دره میباشد، و کسیکه مسلمان شود و نزد وی خمر باشد مجازات نمیشود مگر اینکه به آن اقدام نماید. و برای مسلمان حلال نیست که نفس خود را و یا حیوان خود را بخاطر عمل خمر به اجاره بدهد، اگر آن را انجام داد به آن تصدیق کرده میشود)).<sup>۳</sup>

۱. شمس الدین ابی عبدالله محمد بن ابی بکر (۲۰۰۳ م) اعلام الموقعین عن رب العالمین. بیروت: المطبعه دارالفکر، ج ۲، ص ۱۳۰-۱۳۸.

۲. ابو عمر یوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر بن عاصم القرطبی (۱۹۸۰ م) الکافی فی اهل المدینه المالکی. ریاض: المکتبه الرياض الحدیثه، ط ۲، ج ۱، ص ۸۶۶.

۳. همان، ص ۸۹۰.

شافعیه درین زمینه میگویند که خریدن خمر باطل است برابر است که مسلمان آن را بخرد یا ذمی، و یا دو ذمی آن را خرید و فروش نمایند، و یا مسلمان ذمی را وکیل بگیرد تا آن را برایش بخرد و یا بفروشد، تمام این ها بدون کدام اختلافی باطل می باشند.<sup>۱</sup>

همچنان فقهاء<sup>۲</sup> در تحریم حیازت مال مکتسبه حرام از غیر از طریق اکراه و زور، سرقت، غصب، رشوت، شخصی که بدون حق اخذ نماید، و کسی که به رضایت وی مالش حاصل شود اما در مقابل منفعت حرام مثل بیع خمر، مخدرات، ثمن بغی، ثمن نوحه و غیره، بر حائز آن واجب است که آن را به صاحبش رد نماید و اگر رد آن متعذر باشد بر آن شاهد بگیرد و آن را در راه مصلحت عامه مسلمین مصرف نماید.<sup>۳</sup>

قسمی که فقهاء<sup>۴</sup> اتفاق نظر دارند بر این که اصل در تصرف در مال اینست که مال ملکیت متصرف باشد و جمیع تصرفات بر بالای مال مسروق و مغصوب هدر میباشد و بر آن آثار بطلان این نوع خرید و فروش مرتب میشود مانند اینکه کسی مالی را غصب نماید و در آن تجارت نموده و در ثمن آن تصرف نماید<sup>۵</sup> درین حالت مالک مال اختیار دارد که اجازه بدهد و ثمن آن را به اعتبار مصلحت و حاجت بخاطر سختی که در تصرفات بعدی آن میاید اخذ نماید.<sup>۶</sup>

۱. محیی الدین یحیی بن شرف النوی ( بدون تاریخ الطبع ) المجموع شرح المذهب للشیرازی. المملکه العربیه السعودیه: مکتبه الارشاد، ج ۹، ص ۲۷۱.

۲. ابن عابدین، رد المختار علی الدر المختار، پیشین، ص ۳۰۱، ۳۰۰. / النوی، المجموع شرح المذهب، پیشین، ج ۹،

ص ۳۵۱. / الکاسانی، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، المرجع السابق، ج ۵، ص ۱۴۷

۳. ابن جزری ( ۱۹۲۶ م ) القوانین الفقهیه. تونس: المطبعه محمد الامین الکتبی، ص ۳۱۶ - ۳۲۰.

۴. ابن جزری، القوانین الفقهیه، پیشین، ص ۳۴۵، ۳۴۴، ۳۱۶. / ابن عابدین، الرد المختار شرح تنویر الابصار، پیشین، ج ۳،

ص ۲۱۹. / ابن القیم الجوزیه، مدارج السالکین بین منازل ایاک نعبد و ایاک نستعین، پیشین، ج ۱، ص ۳۲۰.

۵. الرد المختار علی الدر المختار، پیشین، ج ۳، ص ۲۱۹.

۶. زکریا الانصاری ( ۲۰۰۳ م ) اسنی المطالب فی شرح روض الطالب. بیروت: دارالکتب العلمیه، ط ۱، ج ۲، ص ۱۰.

پس مال حرام و همچنان مال حرام غیر امکان ندارد که برای صاحبش به مال مباح مبدل گردد و یا برای غیر به مجرد تغییر و تحول آن به اشکال و اعیان دیگری بخاطر استثمار و نمو آن و یا با ودیعت گذاشتن آن در بانک ها و بعد انتقال آن به بانک دیگری، و نه با تغییر مال نقدی و منقول به عقار و نه به نقل آن از یک دست به دست دیگر (شخص دیگر) و یا جهت دیگری، بلکه مال بر همان اصل حرمت خود باقی میماند چون بنا و اصل آن حرام می باشد و آنچه که به حرام بنا شده باشد حرام می باشد. جرم سفید کردن اموال به دو طریقه که با هم مرتبط میباشند برمیگردد:

**اول- کسب حرام که همان روش و فعلی است که شریعت اسلامی آن را تحریم کرده است، و کسب کردن از طریق سحر و یا تجارت در خمر و مخدرات آن را مباح نمیسازد قسمی که خوردن مال مردم به باطل از طریق غش، تدلیس، ربا، رشوت، غصب، سرقت و غیره طرق حرام مباح نمیگردد. شریعت اسلامی به این جرایم عقوبات شدیدی را که حد و تعزیر می باشد مقرر نموده است.**

**دوم- در طرق فریبکاری تمثیل میشود که مرتکب از روشهای اول و یا غیر از آن به قصد اخفا جرم و به قصد صفت شرعی دادن به این اموال بدست آمده از طریق این جرایم اقدام می نماید.**

قسمیکه فقهاء<sup>۱</sup> فقط به مجرد حیازت مال حرام و انتفاع از آن را تحریم نموده اند ولو که به نیت اخفا مصدر مال هم نباشد، اما اگر به نیت پوشاندن حرام و یا حلال نشان دادن مال حرام باشد شکی نیست که با وجود حرمت، شدید هم می باشد. وقتی که شریعت قسمی که تمام آنچه را که مفضی به محرّمات میشود، ارتکاب آن توسط وسایل خفیه و کلاه برداری و فریب را نیز تحریم کرده است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> الکاسانی، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع، پیشین، ج ۵، ص ۱۴۷. النووی، المجموع شرح المذهب، پیشین، ج ۹،

ص ۳۵۱

<sup>۲</sup>. یوسف قرضاوی، الحلال و الحرام، المرجع السابق، ۲۳.

به همین دلیل خداوند(ج) برای یهود خبر نابودی و مرگ آنها را داد به دلیل اینکه آنچه را که بر بالای آنها تحریم شده بود توسط حيله و فریب مباح قرار دادند. و پیامبر صلی الله علیه وسلم میفرماید: (لا ترتکبو ما ارتکت الیهود فتستحلوا ما حرم الله بادنئ الحیل)<sup>۱</sup> این نص صریح و صحیح در تحریم فریبکاری اینک این عمل از طبع و خوی و عادت یهود بود خبر میدهد.

### گفتار دوم: شیوه‌های تحریم در شریعت اسلامی

شریعت اسلام در تحریم و ممنوع قرار دادن اشیاء و یا کردارها، یکی از دو شیوه را دنبال می کند. در شیوه اول؛ تنصیص بر حرمت یک امر بعینه است، مانند تحریم زنا، سرقت، فحش گفتن، ظلم، وعده خلافی و شراب نوشی و غیره. گفتنی است که در این باب با استفاده از قیاس سایر اشیائیکه با محرمت بعینه هم علت باشند نیز حرام تلقی می گردند.

در شیوه دوم؛ وضع قواعد عمومی راجع به تحریم یک امر است، که در این حالت هرآنچه که تحت این قاعده و یا اصل قرار میگیرد حرام تلقی می شود. مثلاً پیامبر صلی الله علیه وسلم در بخش تحریم پرنده گان تمام پرنده گان حرام را یکایک نام نبرده است بلکه از تعبیر: "کل ذی مخلب من الطیر": پرنده گان پنجال دار: استفاده نموده است که تمام پرنده گان پنجال دار را دربر میگیرد. و یا اینکه خداوند ج در وصف پیامبرش می فرماید: [ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ]<sup>۲</sup> اشیای پاکیزه را برای آنها حلال می شمارد، و ناپاکیها را حرام می کند.

<sup>۱</sup>. عبیدالله بن محمد بن محمد بن حمدان العکبری المعروف بابن بطه العکبری، ابطال الحیل، الناشر: المکتب الاسلامی، بیروت، الطبعة: الثانية ۱۴۰۳، ص ۴۶ / محمد ناصر الدین ( ۱۹۹۲ م ) سلسلة الاحادیث الضعيفة والموضوعه و اثرها السبی فی الامه. الرياض: المطبعة دارالمعارف، ط ۱، ج ۱، ص ۶۰۸.

<sup>۲</sup>. سورة الاعراف: آیه ۱۵۷.

در این آیت به شکل عمومی به مثابه یک اصل بیان شده است که حضرت محمد (صلی الله علیه وسلم) طیبات (اشیای پاکیزه) را برای مردم حلال می شمارد و خبائث (پلیدیها) را ممنوع و حرام می سازد. پس مقتضی این قاعده چنین است که تمام خبائث حرام است.

**گفتار سوم: مصادر مال حرام و اصل تحریم پاک کردن مال حرام در شریعت**

**اسلامی**

در این گفتار طی دو مبحث؛ مبحث اول مصادر مال حرام و مبحث دوم اصل تحریم پاک کردن مال حرام را به بررسی می گیریم.

#### **مبحث اول: مصادر مال حرام ( محل پاک کردن )**

مصادر مال حرام از دید شریعت اسلامی متعدد و متفاوت بوده که در یک تقسیم کلی مصادر مال حرام را به دویخش؛ مصادر مال حرام ناشی از ارتکاب جرم و مصادر مال حرام ناشی از تجارت و معاملات مالی شرعاً حرام تقسیم نموده اند که در ذیل به بحث گرفته می شود.

#### **الف) مصادر مال حرام ناشی از ارتکاب جرم**

به لحاظ اینکه جرایم انواع و اقسام مختلفی داشته و به نحوی از انحاء، اکثریت این جرایم منفعت مادی تولید می کند، اما در اینجا نمونه های از جرایمی را به بحث گیریم که بطور خاص هدف آن کسب پول و مال است. اولین نمونه ازین جرایم رشوه میباشد؛ پدیده ارتشاء و فساد اداری به دلیل شرائط و ویژگی های که داشته از گذشته های دور مورد توجه بوده است، به طور قطع می توان مدعی شد که، ارتشاء و فساد اداری یکی از قدیمی ترین جرایم بشر است. ارتشاء یا رشوه خواری که ریشه و منشاء فساد راتشکیل میدهد به اندازه عمر دولت ها پیشینه و سابقه ای تاریخی دارد، از روزی که

ساختار دیوان سالاری کم و بیش بر روی این زمین حاکم شد این مولود نامبارک نیز زائیده شده است.

مفسران آیاتی از قرآن را به حرمت ارتشاء تفسیر کرده اند که به بعضی از آن ها اشاره می شود.

[وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ]<sup>۱</sup> و اموال خود را در بین خود به باطل مخورید و برای خوردن مال مردم قسمتی از آن را به طرف حکام به رشوه و گناه سرازیر منیمائید با اینکه می دانید که این عمل حرام است.<sup>۲</sup>

همچنان از پیامبرگرمی اسلام روایت شده که فرمود: {لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي فِي الْحُكْمِ}<sup>۳</sup> لعنت خداوند بر کسانی که برای صدور حکمی رشوه می گیرند و رشوه می دهند.<sup>۴</sup> و در روایت دیگر از ابو عبدالله آمده است: {وَأَمَّا الرَّشَافِي الْحُكْمِ فَهُوَ الْكُفْرُ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ}<sup>۵</sup> که در این حدیث رشوه در حکم و داوری، کفر به خداوند بزرگ دانسته شد که این لحن، شدیدترین بیان برای گناه و حرمت رشوه است و می رساند که عامل رشوه، عملاً به خداوند کفر می ورزد و این بیان گر کبیره بودن این گناه است.

نمونه دیگری ازین نوع جرایم سرقت می باشد؛ سرقت در شریعت اسلامی، عبارت از اخذ مال غیر طور خفیه است. بناً در سرقت باید اخذ خفیه بوده، ماخوذ مال و

<sup>۱</sup>. سوره البقره الآیه ۱۸۸

<sup>۲</sup>. محمد شفیع عثمانی، تفسیر معارف القرآن. ترجمه: محمد یوسف حسین پور، پشاور: انتشارات سیلاب، ج ۱، ص ۴۵۸:۴۵۹.

<sup>۳</sup>. ابی عیسی بن عیسی بن سوره الترمذی، سنن ترمذی، ج ۳، ص ۶۲۲.

<sup>۴</sup>. یوسف قرضاوی، الحلال و الحرام، ص ۴۰۰.

<sup>۵</sup>. امام ابی داوود سلیمان بن الأشعث السجستانی (بدون تاریخ الطبع) سنن ابی داوود، باب فی کراهیه الرشوه، ج ۳، ص ۳۲۶.

مملوک غیر باشد و همچنان در نزد فاعل عمل قصد جنائی موجود باشد. هرگاه سرقت ثابت گردد، دو نتیجه مهم را ببار می آورد: یکی تضمین مال مسروقه و دیگری قطع ید سارق. اصل عمومی در این مورد همانا قول خداوند(ج) میباشد که میفرماید: [وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ...]<sup>۱</sup> و مرد و زن دزد پس برید دستهای ایشانرا جزای آنچه بعمل آورده اند عبرتی است از جانب خدا.<sup>۲</sup> همچنان حدیث: {عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتَقْطَعُ يَدَهُ، وَيَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتَقْطَعُ يَدَهُ)}<sup>۳</sup> از ابو هریره رضی الله عنه روایت شده است که رسول اکرم (صلی الله علیه وسلم) می فرماید: خداوند سارق را لعنت کند، که تخم مرغی را سرقت می کند و دستش قطع می شود و ریسمانی را سرقت می کند و دستش قطع میشود.<sup>۴</sup>

### ب) مصادر مال حرام ناشی از تجارت و معاملات مالی حرام

در این بحث به مثال‌های از معاملات و تجارت‌های می‌پردازیم که شرعاً حرام بوده و وسیله‌ای برای جرم تطهیر اموال (پولشویی) قرار می‌گیرد. مهم‌ترین نوع این معاملات حرام تجارت مخدرات می‌باشد؛ مخدرات یا مخدره از کلمه (الخدر) گرفته شده که به معنی ضعف، سستی، نرمی و ناتوانی است. همچنان به معنی سردی نیز آمده، در مجموع معنی ترس، کندی، حیرانی، تردد و تنبلی، بی‌غیرتی و بی‌همتی را در بر می‌گیرد. و همه این صفات از شخص معتاد به مواد مخدره و هر نشه‌کننده دیگر چی جامد و چی مایع باشد پیدا است.

<sup>۱</sup> .سوره المائده / آیه ۳۸.

<sup>۲</sup> .محمد شفیع عثمانی، تفسیر معارف القرآن، ج ۲، ص ۶۹۷.

<sup>۳</sup> .ابی عبد الله محمد بن اسماعیل البخاری، الجامع الصحیح، ج ۳، ص ۱۰۲۶.

<sup>۴</sup> .عبدالرحیم فیروز هروی (۱۳۹۴ هـ ش) مال حرام و احکام آن در اسلام. تهران: نشر محمدی، هرات، ص ۵۰۷.

شریعت اسلامی تنها استعمال مواد مخدر را حرام نکرده است، بلکه همیشه در صدد آن بوده تا آنرا از جامعه چنان تبعید نماید که دیگر هیچ اثری از آن به ذهن افراد جامعه نباشد و در نهایت جامعه با آن بیگانه شود. لهذا چندین حکمی را در این زمینه مشروع دانسته است:

پیامبر صلی الله علیه وسلم ساختن، خرید، فروش، حمل، سقی و نوشیدن آنرا منع نموده است. پیامبر صلی الله علیه وسلم در زمینه چنین می فرماید: {أَتَانِي جَبْرِيلُ فَقَالَ يَا مُحَمَّدُ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ لَعَنَ الْخَمْرَ وَعَاصِرَهَا وَمُعْتَصِرَهَا وَشَارِبَهَا وَحَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ وَبَائِعَهَا وَمُبْتَاعَهَا وَسَاقِيَهَا وَمُسْتَقِيَهَا}.<sup>۱</sup>

جبرئیل علیه السلام نزد آمد و فرمود: ای محمد! پروردگار خمر(شراب) را نفرین گفته است، و همچنان بر کسی لعنت گفته است که شراب می سازد، ویا برایش ساخته می شود، و یا شراب می نوشد، و یا آنرا حمل می کند، و یا برایش حمل می شود، و کسیکه آنرا می خرد و یا می فروشد و کسی که مردم را می نوشاند(ساقی) و یا نوشانیده می شود.

همچنان استفاده از ثمن خمر را حرام نموده است {عن ابن عباس رضی الله عنه قَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ وَتَمَنِ الْكَلْبِ وَتَمَنِ الْخَمْرِ}.<sup>۲</sup> از ابن عباس رضی الله عنه روایت شده است که پیامبر صلی الله علیه وسلم از مزد زنا، ثمن سگ و ثمن خمر(شراب)، منع نموده است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> ابی عیسی بن عیسی بن سوره الترمذی، سنن ترمذی. باب النهی ان یتخذ الخل خمراء، المرجع السابق، ج ۳، ص ۵۹۸.

<sup>۲</sup> رواه ابو داوود و ترمذی .

<sup>۳</sup> ابی محمد عبد الغنی بن عبد الواحد المَقْدِسِی (بدون تاریخ الطبع) عمدة الأحكام من کلام خیر الأنام. ترجمه: محمد زمان زمانی، ص ۱۹۹.



بنأ نتیجه این میشود که، مال بدست آمده از طریق خرید و فروش مخدرات نیز در جمله حالات بدست آوردن مال از طریق حرام قرار گرفته و قاعده بناء باطل بر باطل بر این موضوع نیز جاری خواهد بود، یعنی اموال بدست آمده ازین طریق نیز در زمره مال حرام قرار گرفته و احکام مال حرام بر آن قابل تطبیق است.

نوع دیگری از این نوع معاملات احتکار میباشد؛ احتکار [ اِت ] (ع مص) غله اندوختن گران فروختن هنگام گرانی. غله نگاه داشتن تا بگرانی بفروشد.<sup>۱</sup> حکر، تحکر، انبار کردن، احتکار، نگهداری طعام و خوراک است به جهت گران شدن و قحط شدن.<sup>۲</sup> و در اصطلاح احتکار آنست که چیزی را بخرند را پنهان کنند و از مردم منع کنند، تا آن چیز در میان مردم کمیاب گردد و در نتیجه قیمت آن گران شود، و بالا رود و از این راه مردم متضرر گردند.<sup>۳</sup> در صحیح المسلم از معمر روایت شده که پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: {من احتکر فهو خاطئ}<sup>۴</sup> «هرکس احتکار کند او خطاکار است».

احمد و حاکم و ابن ابی شیبیه و بزار روایت کرده اند که پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: {من احتکر الطعام أربعین لیلۃ فقد برئ من الله وبرئ الله منه}<sup>۵</sup> هرکس مواد خوراکی را تا چهل شبانه روز، احتکار کند و آن را در اختیار مردم قرار ندهد، براستی او از خداوند بری است و خداوند از او بیزار است.<sup>۶</sup>

۱. عبدالرحیم بن عبدالکریم صفی پوری شیرازی (۱۳۹۰ ه ش) منتهی الارب فی لغه العرب. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، جلد اول، ص ۳۲۵.

۲. همان.

۳. سید سابق (۱۳۸۶ ه ش) فقه السنه. ترجمه: محمود ابراهیمی، تهران: نشر مردم سالاری، ط ۲، ج ۴، ص ۲۳۹.

۴. مسلم بن الحجاج ابوالحسین القشیری النیشاپوری، صحیح المسلم. باب الاحتکار، المرجع السابق بیروت، ج ۵، ص ۵۶.

۵. احمد بن محمد بن حنبل (۲۰۰۸ م) مسند احمد. بیروت: موسسه الرساله، ط ۲، ج ۸، ص ۴۸۱.

۶. عبدالرحیم فیروز هروی (۱۳۹۴ ه ش) مال حرام و احکام آن در اسلام. مرجع سابق، ص ۳۸۱.

بناً نتیجه این میشود که، مال بدست آمده از طریق احتکار نیز در جمله حالات بدست آوردن مال از طریق حرام قرار گرفته و قاعده بناء باطل بر باطل بر این موضوع نیز جاری خواهد بود، یعنی اموال بدست آمده ازین طریق نیز در زمره مال حرام قرار گرفته و احکام مال حرام بر آن قابل تطبیق است.

امروزه بازار و اقتصاد به دست اشخاصی است که بیشتر اقدام به پولشویی میکنند چون آنها اشخاص صاحب صلاحیت و نفوذ بوده و بیشتر سهام را در بازار دارا میباشند پس یکی از راه های که پول های هنگفتی را بدست میاورند احتکار میباشد و این پولهای بدست آمده را وارد بازار نموده و با پولهای پاک ادغام میکنند به گونه که مرجع اصلی این پولها پوشانیده و مخفی شده و پس از چندین مرحله به پول پاک تبدیل میشوند.

رباء هم از جمله معاملات تجارتي حرام پنداشته می شود که؛ کلمه رباء در لغت بمعنی زیادت و فراوانی است<sup>۱</sup> و در اصطلاح فقهی مراد زیادت بر سرمایه است، زیاد یا کم باشد، خداوند می فرماید: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ]، هرگاه توبه کردید سرمایه خودتان از آن شما است، ستم مکنید که سود طلب کنید و شما نیز نباید ظلم بشود که از مایه کم گیرید.<sup>۳</sup>

قرآن در سوره نساء آیه ۱۶۱ این پندار ایشان را رد کرده است: [وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا]، یکی دیگر

۱. حسن عمید ( ۱۳۸۱ هـ ش ) فرهنگ عمید. تهران: انتشارات امیر کبیر، جلد ۱، ص ۲۱۶.

۲. سوره البقرة / الآیه ۲۷۸.

۳. محمد شفیع عثمانی، تفسیر معارف القرآن، مرجع سابق، ج ۱، ص ۶۴۴.

۴. سوره النساء / الآیه ۱۶۱.

دیگر از جرائم بنی اسرائیل آن بوده است که ربا می‌گرفتند در حالیکه از آن منع شده بودند.<sup>۱</sup>

از جمله جامع‌ترین احادیثی در مورد انواع زیادی از ربا، روایت شده عبارت است از: **عن عبادة بن الصامت. قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) {الذهب بالذهب. والفضة بالفضة. والبر بالبر. والشعير بالشعير. والتمر بالتمر. والملح بالملح. مثلا بمثل. سواء بسواء. يدا بيد. فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد}**<sup>۲</sup> از عباده ابن صامت روایت شده که پیامبر صلی الله علیه و سلم می‌فرماید: طلا را به طلا، نقره را به نقره، گندم را به گندم، جو را به جو، خرما را به خرما، نمک را به نمک، باید مثل به مثل، برابر به برابر و دست به دست بفروشید و کسی که زیاده بدهد، و یا طلب زیاده کند، به سود داخل شده است، گیرنده و دهنده در این کار برابر هستند.<sup>۳</sup> قمار، فریب در مکیال و میزان نیز از جمله معاملات محرم بوده و پول ناشی از آن نیز حرام می‌باشد، بناً تطهیر تمامی انواع از پول‌هایی که از مجاری غیر مشروع بدست می‌آید، بنا بر حکم (بنای باطل بر باطل حرام می‌باشد) حرام است.

امروزه ربا در افغانستان خیلی معمول شده است و بیشترین موارد توسط بانکها صورت می‌گیرد، پولهای بدست آمده از طریق ربا با سایر پولهایی که در بانکها و غیر از آن وجود دارد خلط شده و به جریان افتاده و وارد نظام اقتصادی میشود به گونه که تفکیک پول بدست آمده از طریق ربا خیلی مشکل و در بعضی موارد ناممکن می‌باشد. به همین ترتیب پولهای حرام و نامشروع با پولهای حلال و مشروع خلط شده و عملیه جرم پولشویی تکمیل میگردد.

<sup>۱</sup>. همان، ج ۲، ص ۵۷۶.

<sup>۲</sup>. صحیح المسلم، المرجع السابق، ج ۴، ص ۱۹۸.

<sup>۳</sup>. عبدالرحیم فیروز آبادی، مال حرام و احکام آن در اسلام، مرجع سابق، ص ۳۱۳.

### مبحث دوم: اصل تحریم پاک کردن مال حرام

به اساس دلایل متعددی از قرآنکریم، احادیث و قواعد فقهی استنتاج می گردد، که تطهیر مال حرام بوده و جواز ندارد. ذیلاً پرداخته می شود به بعضی از آن آیات، احادیث و قواعد فقهی.

#### الف) اصل تحریم پاک کردن مال حرام در قرآنکریم

آیا متعددی در قرآنکریم وجود دارد که بیانگر تحریم استفاده از مال حرام بوده و که در ضمن از آنها تحریم پاک کردن مال حرام استنباط می گردد. الله متعال در زمینه می فرماید: [وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ]، و اموال خود را در بین خود به باطل مخورید و برای خوردن مال مردم قسمتی از آن را به طرف حکام به رشوه و گناه سرازیر مینمائید با اینکه می دانید که این عمل حرام است.<sup>۲</sup>

ترجمه و تفسیر: و اموال تان را در میان خودتان به باطل نخورید» مراد از باطل در اینجا، خوردن آن مالی است که شریعت اسلام، گرفتن آن را از مالکش مباح نگردانیده و اگر خورده شود، به ناحق خورده شده است و این شامل هر چیزی می شود که بدون عوض مقابلی، یا بدون رضای مالک آن گرفته شود. مراد از خوردن اموال؛ گرفتن و مسلط شدن بر آنهاست و از آن به خوردن تعبیر نمود زیرا بزرگ ترین هدف به دست آوردن مال، خوردن آن می باشد.

<sup>۱</sup>. سوره البقره الآیه ۱۸۸.

<sup>۲</sup>. تفسیر معارف القرآن، محمد شفیع عثمانی ج ۱، ص ۴۵۸-۴۵۹.

## ب) اصل تحریم پاک کردن مال حرام در سنت

در احادیث نبوی نیز احکامی وجود دارد که از آن تحریم پاک کردن مال حرام استنباط می گردد، که ذیلاً بعضی از آن احادیث نقل می گردد:

عن جابر بن عبد الله رضی الله عنهما: { أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح، وهو بمكة: (إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير، والأصنام). فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنها يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: (لا، هو حرام). ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: (قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه) <sup>۱</sup>.

مفهوم حدیث: جابر بن عبد الله رضی الله عنه می فرماید که او از رسول الله صلی الله علیه وسلم در سال فتح مکه شنید که ایشان فرمودند: خدا و پیامبرش خرید و فروش خمر و مردار و خوک و بت را حرام کرده اند، شخصی به ایشان گفت: یا رسول الله در مورد چربی مردار چه می فرمایید؟ زیرا از آن در چرب کردن بدنه ی کشتی و پوست بدن استفاده می شود و مردم چراغهایشان را با آن روشن می کنند. فرمودند: خیر حرام است، آنگاه رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمودند: لعنت خدا بر یهود باد، وقتی خداوند پیه را بر آنها حرام کرد آن را ذوب کردند و فروختند و پولش را خوردند. <sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> ابی عبد الله محمد بن اسماعیل البخاری صحیح البخاری، باب بیع الميتة و الاصنام. المرجع السابق، ج ۳، ص ۱۱۰.

<sup>۲</sup> ابی محمد عبد الغنی بن عبد الواحد المقدسی، عمدة الأحكام من کلام خیر الأنام. سابق، ص ۲۰۳.

عن أبي حميد الساعدي، قال: {استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الأسد يقال له ابن اللتبية (قال عمرو وابن أبي عمر: على الصدقة) فلما قدم قال: هذا لكم. وهذا لي، أهدى لي. قال: فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر. فحمد الله وأثنى عليه. وقال (ما بال عامل أبعثه فيقول: هذا لكم وهذا أهدى لي! أفلا قعد في بيت أبيه أو في بيت أمه حتى ينظر أيهدى إليه أم لا. والذي نفس محمد بيده! لا ينال أحد منكم شيئا إلا جاء به يوم القيامة يحمله على عنقه، بعير له رغاء. أو بقرة لها خوار. أو شاة تيعر). ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتي إبطيه. ثم قال (اللهم! هل بلغت؟) مرتين.<sup>۱</sup>

مفهوم حدیث: عایشه (رضی الله عنها) می فرماید: بریره نزد من آمد و گفت: با خانواده ی آقایم عقد مکاتبه بسته ام تا با پرداخت نه اوقیه: سالی یک اوقیه: خود را آزاد کنم، مرا در پرداخت این مبلغ یاری کن، عایشه (رضی الله عنها) فرمود: اگر خانواده ی آقایت راضی شوند که حق آزاد کردن تو برای من باشد من آن مبلغ را پرداخت می کنم. بریره به نزد خانواده ی آقای خود رفت و موضوع را با آنها در میان گذاشت، ولی آنان این امر را نپذیرفتند، بریره نیز از نزد آنها برگشت و در حالی که رسول الله (صلی الله علیه و سلم) نشسته بودند به عایشه (رضی الله عنها) گفت: من این موضوع را با آنها در میان گذاشتم، ولی نپذیرفتند و گفتند باید حق آزادی من از آن آنها باشد، عایشه (رضی الله عنها) رسول الله صلی الله علیه و سلم را از ماجرا باخبر ساخت، پیامبر صلی الله علیه و سلم به او فرمودند: بریره را بگیر و بر خانواده ی آقایش شرط کن که حق آزادیش از آن تو باشد، زیرا حق آزادی برده از آن کسی است که او را آزاد می کند، عایشه رضی الله عنه نیز چنین کرد.

<sup>۱</sup> مسلم بن الحجاج ابوالحسین القشیری النیشاپوری، صحیح المسلم. باب تحریم هدايا العمال، المرجع السابق. ج ۶، ص ۱۱.

سپس رسول الله صلی الله علیه وسلم در جمع مردم ایستاد و پس از حمد و ستایش خداوند فرمود: چگونه است که اشخاصی شروطی را در معامله یشان می گذارند که در قرآن وجود ندارد؟! هر شرطی که در قرآن وجود نداشته باشد باطل است حتی اگر صد شرط باشد، حکم خداوند عادلانه تر و شرطش معتبرتر است، و حق آزادی برده از آن کسی است که او را آزاد می کند.<sup>۱</sup>

### ج) اصل تحریم پاک کردن مال حرام در قواعد فقهی

قواعد فقهی متعددی وجود دارد که دلالت آن بر تحریم پاک کردن مال حرام است، که ذیلاً به آنها پرداخته می شود.

#### ۱- قاعده « ما بنی علی الباطل فهو باطل »<sup>۲</sup>

همچنان ما بنی علی الفاسد فهو فاسد گفته میشود؛ إذا بطل الشيء بطل ما فی ضمنه<sup>۳</sup> ترجمه: اگر حکم چیزی باطل شود آنچه در ضمن آن است باطل میگردد. یا به عبارت دیگر: اگر حکمی برگیرنده هدر و بی اعتبار گردد در برگرفته شده نیز باطل و فاقد اعتبار می شود: «إذا بطل المتضمن بطل المتضمن» در احکام شریعت استعمال لفظ حقیقت و صریح یا مجاز و ضمنی جایگاه خاصی را در اصدار حکم دارد. اجتماع لفظ اصل در حقیقت استعمال لفظ در معنای «ماوضع له» و معنای مجازی و ضمنی استعمال لفظ در غیر معنای «ما وضع» له امکان پذیر نیست هر یک میتواند مصدر حکم جداگانه قرار بگیرد.

<sup>۱</sup>. أبی محمد عبد الغنی بن عبد الواحد المقدسی، عمدة الأحكام من کلام خیر الأنام. سابق، ص ۲۰۵.

<sup>۲</sup>. ابن نجیم، الاشباه النظائر، المرجع السابق، ص ۱۰۲.

<sup>۳</sup>. الشیخ احمد بن الشیخ محمد الزرقاء ( بدون تاریخ الطبع ) شرح القواعد الفقهیه. دمشق: دارالقلم، ص ۱۵۵.

بنأ در پولشویی مصدر مال ناشی از جرم و حرام بوده بنأ عمل پولشویی نیز حرام خواهد بود.<sup>۱</sup>

## ۲- قاعده « درء المفسد اولی من جلب المنافع »<sup>۲</sup>

ازالۀ مفسد از جلب منافع بهتراست؛ زیرا منافع عموم بر منفعت فرد، حق تقدم دارد. منفعت عبارت از حصول لذت یا آنچه میل به آن است. ضرر عبارت از رنج آنچه به انسان منتهی میشود. وقتی حکمی مفسدت و مصلحت مورد تعارض واقع گردد، بصورت غالب مصلحت مقدم بر شمرده میشود؛ زیرا عنایت شرع به منهیات شدید تر از اهتمام شرع به مامورات است. چنانچه پیامبر (صلی الله علیه وسلم) میفرماید: حدود به شبهات ساقط میگردد. (ادرؤا الحدود عن المسلمین ما استطعتم)<sup>۳</sup> و (ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا)<sup>۴</sup> این احادیث نبوی حکم می کند در صورت عدم تکمیل شرائط حدود حد به شبهات رفع و زائل می گردد. اگر کوچکترین اشتباه در تطبیق حدود شرعی پیدا شود حد ساقط و جانی محکوم به تطبیق مجازات تعزیری میگردد.<sup>۵</sup>

قاعده فوق به عنوان یک اصل پذیرفته شده حفظ مصلحت راحج را مقدم بر مصلحت مرجوح میدانند؛ زیرا اگر جلو فساد گرفته نشود به دیگران سرایت کرده در همه جا انتشار پیدا می کند مانند شیوع مرض طاعون و شعله آتش پس مصلحت ایجاب می کند که این بلا و مصیبت ها در نطفه خنثی و از بین برود. گرچه با از بین

<sup>۱</sup> محمود احمد المهدی (بدون تاریخ الطبع) غسل الاموال فی میزان الفقه الاسلامی. مصر: الاسکندریه، ص ۲۱۶.

<sup>۲</sup> ابن نجیم، الاشیاء النظائر، المرجع السابق، ص ۹۸.

<sup>۳</sup> محمد بن عیسی الترمذی السلمی، سنن الترمذی، الناشر: دار احیاء التراث البصری، بیروت، شماره حدیث ۱۴۲۴.

<sup>۴</sup> ابن نجیم، الاشیاء النظائر، المرجع السابق، ص ۹۸.

<sup>۵</sup> المرجع السابق، ص ۹۸.



بردن آن منفعت از دست برود و یا به تأخیر بیافتد روی این منظور و انگیزه شارع حکیم حضرت محمد (صلی الله علیه وسلم) را موعظف به دعوت امر به معروف و نهی از منکر ساخت تا به مردم تفهیم نماید این مطلب خداوند متعال است که میفرماید [... وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُو...]<sup>۱</sup>، و آنچه بدهد به شما رسول، پس بگیرید آنرا، و از آنچه منع می کند شما آنرا بگذارید.<sup>۲</sup>

بنائاً شکی در این نیست که پولشویی مفسده عظیمی بوده و اضرار غیر قابل جبرانی را به بدنه جامعه وارد میسازد، در نتیجه دفع این مفسده بر جلب منفعتی که در نتیجه این عمل حاصل میشود مقدم بوده و ارجحیت دارد.<sup>۳</sup>

۳- قاعده « ما حرم لذاته حرم ثمنه » آنچه که در ذات خود حرام باشد، پول آن نیز حرام است.<sup>۴</sup>

تطهیر اموال چون منشاء جرمی داشته و پول حاصله از ارتکاب جرایم است، بنائاً در ذات خود آن عمل جرمی حرام بوده که پول یا مفاد حاصله از آن نیز حرام است.

۴- قاعده « ما حرم اخذه حرم اعطاه »<sup>۵</sup>

ترجمه: چیزیکه گرفتنش حرام باشد دادنش نیز حرام است. زیرا دادن، کمک و مساعدت و یاری رساندن به گرفتن حرام، ناروا است و دهنده در گناه شریک گیرنده شناخته میشود. بنا بر آن رشوت دادن جواز ندارد. پس رشوت در ذات خود حرام بوده، هر نوع معامله آن حرام دانسته میشود. و پیامبر خدا راشی (رشوت دهنده) مرتشی (گیرنده) و رایش (واسطه بین آن دو) را مورد نفرت، لعنت و نفرین قرار داده است.

<sup>۱</sup> .سوره الأعراف / الآیه ۱۵۷.

<sup>۲</sup> .محمد شفیع عثمانی، تفسیر معارف القرآن، مرجع سابق، ج ۸، ص ۲۶.

<sup>۳</sup> .محمود احمد المهدی، غسل الاموال فی میزان الفقه الاسلامی. المرجع السابق، ص ۲۱۹.

<sup>۴</sup> .محمد الروکی (۱۹۹۸ م) قواعد الفقه الاسلامی. دمشق: دارالقلم، ط ۱، ص ۲۸۴.

<sup>۵</sup> .ابن نجیم، الاشباه النظائر، المرجع السابق، ص ۱۶۵.

چنانکه در مورد حرمت اموال مردم خداوند متعال فرموده است و قبلاً ذکر گردید، که: (مال یکدیگر را به ناحق نخورید و آنرا به حکام ندهید تا قسمتی از مال مردم را به ناحق نخورند، در حالیکه شما از گناه آن آگاهی دارید.) هر چیزیکه حرام باشد و انسان را بطرف حرام سوق بدهد حرام حساب میشود.<sup>۱</sup>

پولشویی نیز تحت حکم قاعده فوق به لحاظ حرام بودن گرفتن مال حاصله از جرم و اعطای آن قرار گرفته، حرام بوده و غیر شرعی پنداشته می شود.<sup>۲</sup>

#### ۵- قاعده « الاصل بقاء ما کان علی ما کان »<sup>۳</sup>

اصل این است یک چیز را بهر حالت که قرار دارد به همان حال باقی بگذاریم، یعنی وقتی یک چیز بیک حال ثابت باشد تا زمانیکه دلیل بر تغییر حالت سابق او قائم نگردد حالت گذشته او مدار اعتبار دانسته میشود.

بنابراین چیزیکه در زمان ماضی ثابت شده، اصل این است که در زمان مستقبل باقی بماند. که به معنی بقای امری است که آنچه آنرا تغییر بدهد پیدا نخواهد و در عملیات تطهیر اموال مقصد مخفی ساختن اموال است در گذشته به اساس ارتکاب جرم بدست آمده است که این موضوع به حال خود باقی بوده و سفید کردن آن اموال تاثیری بر حرام بودن آن اموال ندارد.<sup>۴</sup>

#### گفتار چهارم: مظاهر پاک کردن مال حرام در فقه اسلامی

اصل در تطهیر اموال در مفهوم قانونی که مباحث آن قبلاً گذشت عبارت از حیازت و استعمال مال غیر مشروع و تصرف در آن به انواع مختلف به غرض پنهان کردن

<sup>۱</sup>. مصطفی احمد زرقاء ( ۲۰۰۴ م ) المدخل الفقهي العام، دمشق، دارالقم، ج ۲، ص ۱۰۱۹.

<sup>۲</sup>. صالح جزول، جرمه تبييض الاموال في قانون العقوبات الجزائري و الشريعة اسلامي، المرجع السابق، ص ۱۹۹.

<sup>۳</sup>. همان، ص ۲۰۰.

<sup>۴</sup>. همان، ص ۲۰۰.

حقیقت آن و صفت شرعی بودن را به آن دادن میباشد، قانون تطهیر اموال را با قصد همراه و قرین ساخته که از وراء آن عبارت پنهان کردن و اخفا باشد فهمیده میشود. بنابر این در این گفتار به مظاهر تطهیر اموال در فقه اسلامی و بیان احکام مال حرام و ضوابط تصرف و انتفاع در آن از نظر فقها با تفصیل آن طی دو مبحث؛ مبحث اول حیازت مال حرام و مبحث دوم تصرف و انتفاع از مال حرام میپردازیم.

### مبحث اول: حیازت مال حرام

قسمیکه معلوم است مال حرام دو نوع است، مالیکه ذاتاً حرام است مثل خمر، خنزیر و مخدرات و مالیکه به واسطه غیر حرام میباشد و شخص آنرا کسب میکند اما به طریق تجاوز و زور مثل غصب، اختلاس، سرقت و قطع الطریق و بعضاً از طریق تجارت و به رضا کسب میشود اما بیع و منفعت در آن حرام میباشد. مثل ثمن کلب، مهر بغی و تجارت در مخدرات و خمر و غیره مخدرات، و تمام این مکاسب حرام بوده و در نزد فقها حیازت آن که از این طریقه ها حاصل گردیده اند جواز ندارد که در ذیل احکام مربوط به بحث گرفته می شود

#### الف) حکم حیازت مال ذاتاً حرام

حیازت عبارت است از وضع ید بر شی با وجود حریت تصرف در آن. مال حرام لذاته عبارت از مالی است که ذاتاً و وصفا حرام باشد مثل خمر، خنزیر و خود مرده در نزد فقها حیازت، تملک و تصرف در آن بدون خلاف جواز ندارد.<sup>۱</sup> که ذیلاً حکم حیازت مال ذاتاً حرام برای خود و غیر را به بحث می گیریم:

<sup>۱</sup>. زین الدین بن ابراهیم بن نجم ( بدون تاریخ الطبع ) البحر الرائق شرح کنزالدقائق. بیروت: دارالمعرفه، ج ۴، ص

۱- حیازت مال ذاتاً حرام برای خود: فقها به تحریم حیازت مالی که ذاتاً حرام

است مثل خمر، خنزیر و مخدرات به ترتیب ذیل استدلال مینمایند.

{عن أنس رضی الله عنه: كنت ساقی القوم فی منزل أبی طلحة، وكان خمرهم یومئذ الفضیخ، فأمر رسول الله صلی الله علیه وسلم منادیا ینادی: ألا إن الخمر قد حرمت، قال: فقال لی أبو طلحة: اخرج فأهرقها، فخرجت فهرقتها، فجرت فی سکر المدینة، فقال بعض القوم: قد قتل قوم وهی فی بطونهم، فأنزل الله: {لیس علی الذین آمنوا وعملوا الصالحات جناح فیما طعموا}.<sup>۱</sup>

ترجمه حدیث: انس رضی الله عنه میگوید: در منزل ابو طلحه انصاری ساقی شرابی بودم که از خرما نرسیده تهیه شده بود و آن را به جماعتی که در آن جا بودند میدادم، درین اثنا پیامبر صلی الله علیه و سلم به جارچی دستور داد که به مردم اعلان کند تا با خبر باشند که شراب حرام شده است. انس میگوید: ابو طلحه به من گفت: برو بیرون! فوراً این شراب را دور بریز! من هم فوراً بیرون رفتم، شراب را به دور ریختم، سپس شراب در کوچه های مدینه سرازیر شد. بعضی گفتند: کسانی که در حال نوشیدن شراب کشته گردیدند بدبخت شدند، ولی آیه ۹۵ سوره مائده نازل شد که میفرماید: ( کسانی که به خدا و پیامبر و دستورات قرآن ایمان دارند و عمل نیک انجام میدهند، بخاطر شراب و غذایی ( که قبل از تحریم آن ها را ) نوشیده و خورده اند مواخذه و گنهکار نمیشوند.

در این حدیث آنچه که شرعاً حرام است مالک شدن آن حلال نیست و ملکیت مسلمان در خمر مستقر نمیگردد، و در آنچه که مباح باشد عفو شده است تا اینکه تحریم آن نازل شود

این حدیث دلالت واضح را به اینکه حیازت و نگهداری و بقا آن در دست مسلمان جواز ندارد بلکه اتلاف آن واجب می باشد چون مال نیست که تملک را بپذیرد.

<sup>۱</sup>. البخاری، ابی عبد الله محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری. المرجع السابق، ج ۳، ص ۱۷۳.

به همین ترتیب مخدرات که در عصر ما وجود دارد و تجارت زیادی با آن میشود به آن قیاس کرده میشود و اتلاف آن در حالت ضبط و مصادره آن جواز دارد چون از نظر شرع مال نبوده و حیازت، تملک و تجارت در آن جواز ندارد.

### ب) حیازت مال ذاتاً حرام برای غیر

بعضی ها به این کسب محرمه اطلاق میکنند.<sup>۱</sup> مثل چیز گرفته شده به ظلم و به انواع غصب از سرقت، خیانت و زور، و مثل اخذ شده به ربا و قمار، و اخذ شده از عوض عین و نفع حرام مثل خمر و خون و خنزیر و بت ها و مهر بغی و حلوان کاهن و غیره.

فقیها در اصل که حیازت مال حرام از غیر جواز ندارد اتفاق نظر دارند<sup>۲</sup> و آن طوری است که شخص از طریق زور و عدوان مثل سرقت، غصب، رشوت و بغیر حق بدست میآورد و یا به رضایت شخص بدست میآورد ولی در مقابل عین و منفعت حرام مثل بیع، خمر، مخدرات، ثمن بغی و نوحه سرایی، اگر این اموال به صورت ظلم و تجاوز گرفته شده باشد و صاحبان آن معلوم باشد باید پس بر گرداننده شود در غیر آن به مصالح مسلمانان مصرف شده و به آن شاهد گرفته شود اگر صاحبان آن اموال مجهول باشند.

**[ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْأَخْبَارِ وَالرُّهْبَانِ لَيَأْكُلُونَ أَمْوَالَ النَّاسِ**

**بِالْبَاطِلِ. ]** (سوره التوبه / الآیه ۳۴). ترجمه: ای اهل ایمان! بسیاری از علما و درویش

<sup>۱</sup>. ابن تیمیه، قی الدین ابوالعباس احمد بن عبدالحلیم بن ( ۱۴۰۸ ه ق ) الفتاوی الکبری. بیروت: المطبعه دارالکتب العلمیه، ج ۲۰، ص ۳۴۰.

<sup>۲</sup>. ابن جزئی، القوانین الفقهیه، المرجع السابق، ص ۳۴۸، ۳۴۵، ۳۱۶. / ابن عابدین، الرد المختار شرح تنویر الابصار، المرجع السابق، ج ۳، ص ۲۱۹. / ابن القیم الجوزیه، مدارج السالکین بین منازل ایاک نعبد و ایاک نستعین، المرجع السابق، ج ۱، ص ۳۲۰.

يهود و نصاری می خورند اموال مردم را به ناحق<sup>۱</sup> در این آیه کریمه از اکل مال به باطل نهی گردیده است و در بعضی تفاسیر مراد به آن «ارتشاء» دانسته شده است.

دلایل و شواهد فوق بیان می نماید که تملک مال حرام و حتی فقط حیازت آن وجود ندارد، به دلیل اینکه ملک صاحبش بوده و رد کردن آن به صاحبش واجب میباشد، البته در صورتیکه صاحب آن را بشناسد، در غیر آن، آن را صدقه نماید. یا اگر مال را به صاحب عین و منفعت محرمه مثل اجره آواز خوان و یا زن زنا کار داده باشد رد آن واجب میباشد.

و آنانیکه قول به جواز اموال حاصل شده از افعال جرمی که شارع آنرا جرم دانسته میکنند با وجود علم به مصدر غیر شرعی آن مال، پس آنها در دایره تحریم و وعید که از جانب شرع وارد شده داخل میشوند، بالخصوص اگر این اموال را بخاطر ارتکاب جرایم دیگری در حیازت خود داشته باشند.

### مبحث دوم: تصرف و انتفاع در مال حرام

تصرف در اصطلاح فقها آنچه است که از شخص ممیز و به اراده وی صادر شده و شرع بر بالای آن آثار و نتایج را مرتب سازد. تصرف به صورت قولی و فعلی میباشد مثل گرفتن مبیعه، قبض دین و غصب، در تصرف گاهی التزام بوده و گاهی نمیباشد.<sup>۲</sup> پس اقوال فقها را در تصرف مال حرام، انتفاع از آن و ادله تحریم آنرا بیان مینماییم.

<sup>۱</sup>. همان، ج ۴، ص ۳۵.

<sup>۲</sup>. بدران ابو العینین بدران (بیدون تاریخ الطبع) تاریخ الفقه الاسلامی و نظریه الملكية و العقود. بیروت: دار النهضة

العربیه، ص ۳۶۵، ۳۶۴.

## الف) تصرف در مال حرام

در این مورد حکم تصرف در مال که ذاتا حرام باشد مثل خمر، خنزیر و خود مرده و حکم تصرف در مال حرام کسب شده و یا غیر از آن مثل مغصوب، مسروق و آنچه که از عقود بر بالای منافع محرم را بیان مینماییم. در خصوص تصرف در مال ذاتاً حرام؛ فقها<sup>۱</sup> اتفاق نظر دارند که مال حرام لذاته محل تصرف نمیشد همچنان محل عقد مثل بیع، هبه، اجاره و غیره نمیشد بخاطریکه از لحاظ مال غیر متقوم میباشد.

در مواهب الجلیل آمده است که: آنچه که جمیع منافع آن حرام باشد بیع و تملک آن درست نمیشد اگر در آن نهی شارع موجود باشد مثل خمر، میتة، دم، خنزیر، به دلیل اینکه معدوم شرعا مثل معدوم حسا است (المعدوم شرعا کالمعدوم حسا). و کسی که آله لهُ را خرید، بیع فسخ میشود و آنچه که ملکیت آن درست نمیشد بیع آن نیز اجماعاً درست نمیشد مثل حر، خمر، خنزیر، دم و غیره<sup>۲</sup>.

الله متعال میفرماید: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ]<sup>۳</sup>، ای کسانی که ایمان آورده‌اید! شراب و قمار و بتها و ازلام (نوعی بخت‌آزمایی)، پلید و از عمل شیطان است، از آنها دوری کنید تا رستگار شوید!<sup>۴</sup>

همچنان در آیه دیگری الله متعال میفرماید: [إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ

<sup>۱</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص ۲۴۰. / النووى، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج ۹، ص ۳۵۱. / ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج ۷، ص ۳۰۲. / ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ج ۱، ص ۴۷۷، ۴۷۸.

<sup>۲</sup> الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، پیشین، ج ۶، ص ۶۷، ۶۴.

<sup>۳</sup> سورة المائدة / الآية ۹۰.

<sup>۴</sup> محم شفيق عثمانى، تفسير معارف القرآن، پیشین، ج ۳، ص ۵۶.

مُتَّهُون<sup>۱</sup>، شیطان می‌خواهد به وسیله شراب و قمار، در میان شما عداوت و کینه ایجاد کند، و شما را از یاد خدا و از نماز بازدارد. آیا (با این همه زیان و فساد، و با این نهی اکید)، خودداری خواهید کرد؟<sup>۲</sup>

اصل در تصرف مال اینست که مال ملک متصرف باشد و این مورد اتفاق همه فقها<sup>۳</sup> میباشد و شخص مالک چیزی به بیع و هبه نمیگردد آنچه را که مالک نیست، به همین ترتیب از جمله شروط بیع اینست که مبیعه در ملک بایع باشد، بنابراین غاصب، سارق و متتهب حق بیع آنچه را که غصب، سرقت و نهب نموده اند ندارند. بلکه بالای شان واجب است که مال مسروقه و مغصوبه را به مالک اصلی اش رد نمایند. اگر مال از طریق کسب شود که شارع منع نموده است مثل اینکه شخصی خمر، مخدرات و غیره افعال حرام که ربح زیادی را بمیان میآورد، با صدقه نمودن و یا صرف کردن آن در مصالح مسلمین حلال نمی‌شود. به همین اساس فقها از معامله کردن از کسب حرام که اکثر مال آن حرام باشد بر حذر داشته اند و از تصرف در این اموال منع کرده میشود. فقها آثار مرتب بر تصرفات که بر بالای مال حرام واقع میشود را بیان نموده اند، قسمیکه ابو حامد الغزالی<sup>۴</sup> میگوید که از شافعی رضی الله عنه دو قول در مورد غصب اموال و تجارت در آنها و تصرف در ثمن آن روایت شده است. اول آن بطلان خرید فروش و متابعت آن با نقض و این قیاس مذهب میباشد و دوم اینکه مالک اختیار دارد اگر خواست اجازه بدهد و ثمن را به خاطر مصلحت و حاجت که تصرفات متعاقب را مشکل میسازد اخذ نماید.<sup>۵</sup>

۱. سوره المائده / آیه ۹۱.

۲. تفسیر معارف القرآن، پیشین، ج ۳، ص ۵۶.

۳. البهوتی، کشف القناع، پیشین ج ۳، ص ۳۰۹ / الکاسانی، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، پیشین، ج ۵، ص ۱۴۷.

۴. ابی حامد، محمد بن محمد الغزالی الشافعی، ملقب به حجت الاسلام زین الدین الطوسی و امام محمد غزالی متولد ۴۵۰ هـ ق و متوفی ۵۰۵ هـ ق.

۵. ابو حامد الغزالی ( بدون تاریخ الطبع ) الوسیط فی المذهب . القاہرہ: دار لسلام ط ۱ ، ج ۳ ، ص ۲۲.



از خلال آنچه که از اقوال فقها شریعت اسلامی به خصوص در مورد تصرف در مال حرام استنباط می‌گردد اصل در شریعت اسلامی اینست که هر نوع تصرف در مال حرام برابر است که در ذات آن باشد یا در کسب آن، برابر است که به نیت اخفا و پنهان کردن باشد و یا به صورت طبیعی، حرام می‌باشد.

به دلیل اینکه مال حرام ملک کسیکه آنرا در حیات دارد نمی‌گردد و اگر در آن با بیع، هبه، استئمار و غیره تصرفات به عمل آید اثری بر آن مرتب نمی‌گردد و مال برای صاحب اصلی آن باقی مانده و رد کردن آن واجب می‌باشد.

بنا بر این پولشویی نیز از مصادیق تصرف در مال حرام برای کسب می‌باشد که امروزه پولشویان این عمل را منحیث شغل و پیشه پیش گرفته و اصل و اساس کار آنها را بدست آوردن پول ناپاک و حرام تشکیل داده‌اند.

### ب) انتفاع از مال حرام

در صورت که برای انسان جایز باشد که مال را از مصادر غیر مشروع آن مثل تجارت در مخدرات، خمر و یا نتیجه منفعت حرام باشد مثل سحر و بگی و یا حاصل شده در نتیجه اختلاس، رشوت و غیره که شریعت مثل طریقه کسب مباح که آنرا مقرر نموده است و این مال را در حیات خود داشته و به ورثه وی منتقل شود و یا در حیات خود آنرا در راه انفاق کردن برای خودش و یا عیال خود استفاده نماید و یا در راه بعضی عبادات مثل فریضه حج و سایر راه های تقرب به الله مثل بناء مساجد، مدارس قرآن و غیره قربات از آن استفاده نماید، اینک اقوال فقهاء در انتفاع از مال حرام و ادله آنها را در عناصر ذیل بیان مینماییم:

## ۱- انتفاع از مال حرام در نفقه

جمهور فقهاء<sup>۱</sup> حنفیه، شافعیه، حنابله، و مالکیه به جواز انفاق به نفس و عیال خود آنچه که در دست وی از مال حرام است قول میکنند لکن به شروط و ضوابط دقیق بخاطریکه اصل در این مال حرمت میباشد، یعنی برای صاحب اصلی آن حرام میباشد و همچنان اگر در ید یا نزد متعدی باشد نیز تملک و انتفاع آن شرعا جواز ندارد، بارزترین این ضوابط را طور خلاصه ذیلا بیان مینماییم:

- رد مال حرامی که در دست است به صاحب آن متعذر باشد؛ این مورد قبلا بیان گردید، طوریکه مال حرام کسب شده برای صاحب آن اولی میباشد اما نظر به اینکه رد آن به صاحب اصلی مال متعذر بوده، پس برای فقراء و مساکین و صاحبان حاجت آن نفقه نمایند.

برای اشخاصی که صدقه مینمایند فقیر و محتاج باشند؛ امام غزالی در خصوص کسی که مال حرام کسب شده در دست وی باشد میگوید که آن را برای نفس خودش و یا عیال خود در صورتیکه فقیر باشند صدقه نمایند چون فقر مخفی نمیمانند و خودش و عیالش اولی تر هستند به اینکه مال برای شان صدقه شود، پس باید به قدر حاجت و ضرورت خود از آن بگیرد و اگر به فقیر دیگری نیز آن را صدقه نماید جواز دارد<sup>۲</sup>.

- به قدر حاجت و ضرورت خود اخذ نماید؛ به دلیل اینکه مال ملک وی نیست و باید آن را به صاحب وی برگرداند، پس میتواند برای خود نفقه نماید اما به اندازه حاجت خود نفقه نماید.

<sup>۱</sup>. ابن مودود، الاختیار لتعلیل المختار، پیشین، ج ۳، ص ۷۰. / الامام الغزالی، احیاء العلوم الدین، پیشین ج ۲،

ص ۱۳۲، ۱۳۱. / ابن رشد، ابو الولید، البیان و التحصیل، پیشین، ج ۱۷، ص ۲۷۳.

<sup>۲</sup>. الامام غزالی، احیاء علوم الدین، پیشین، ج ۲، ص ۱۳۱.

پس جمهور فقها انتفاع از مال حرام در نفقه را جواز نمیدهند مگر با شروط و ضوابط دقیق قسمیکه قبلا بیان گردید. پس به صورت اولی انتفاع از مال حرام به نیت پنهان کردن، گمراه کردن و پوشانیدن مصدر غیر مشروع آن جواز ندارد.

## ۲- انتفاع از مال حرام در طاعات و عبادات

اصل در مال حرام اینست که برای مسلمان جایز نیست که آن را استعمال نموده و یا از آن انتفاع ببرد، بلکه واجب اینست که توبه نموده و به قدر استطاعت خود آن را حلال بسازد و این بصورت رد آن برای صاحبش در صورت امکان و در غیر آن با صدقه کردن برای فقرا و محتاجین و یا صرف کردن آن در مصالح عامه مسلمانان امکان پذیر است.

[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ.]<sup>۱</sup> «ای کسانی که ایمان آورده اید! از نعمت های پاکیزه ای که روزی شما کرده ایم، بخورید» و آنچه را که ما حرام نکرده ایم، حرام نگردانید و از خوردن غذاهایی که اهل جاهلیت و غیر آنان از پیش خود حرام می گردانند، پرهیز نکنید «و خدا را شکر کنید اگر تنها او را می پرستید» یعنی: اگر تنها او را می پرستید، از پاکیزگی ها بخورید و از تحریمهای غیرخدایی پروا نکنید و شکرگزار این نعمت ها باشید زیرا خوردن پاکیزگی ها؛ غذای جسم شماست و شکر نعمت؛ غذای روح شما.<sup>۲</sup>

{عن أبي هريرة؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أيها الناس! إن الله طيب لا يقبل إلا طيبا. وإن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين. فقال: { يا أيها

<sup>۱</sup> .سوره البقرة / الآیه ۱۷۲.

<sup>۲</sup> .محمد شفیع عثمانی، تفسیر معارف القرآن، پیشین، ج ۱، ص ۴۱۸.

الرسول كلوا من الطيبات واعملوا صالحا إني بما تعملون عليم<sup>۱</sup> وقال: { يا أيها آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم<sup>۲</sup> } ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر. يمد يديه إلى السماء. يا رب! يا رب! ومطعمه حرام، ومشربه حرام، وملبسه حرام، وغذى بالحرام. فأنى يستجاب لذلك؟!<sup>۳</sup> ای مردم الله پاک است و قبول نمی کند مگر پاک را و الله امر می کند مومنان را به آنچه امر کرده فرستاده گان را، «ای پیامبران» یعنی: گفتیم ای پیامبران! «از چیزهای پاکیزه بخورید» طیبات: چیزهای حلالی است که پاک و لذت بخش باشند «و کار شایسته کنید» که با شرع و قانون من موافق باشد «که من به آنچه انجام می دهید، دانایم» چیزی از اعمال شما بر من پنهان نمی ماند و یقینا من شما را برحسب اعمالتان پاداش می دهم و می فرماید: ای کسانی که ایمان آورده اید! از نعمت های پاکیزه ای که روزی شما کرده ایم، بخورید، و غیره.<sup>۴</sup>

تمام این دلایل و شواهد دلالت واضحی دارند مبنی بر اینکه طاعات، عبادات از جمله حج و صدقه و انفاق در راه الله متعال مثل بناء مساجد واجب است که از مال حلال از طرق که شارع آن را مباح قرار داده بدست آمده باشد، از مال حرام چون الله متعال پاک بوده و جز پاک و طیب را قبول نمی کند و این دلالت میکند که ثواب و اجر ممکن نیست که از طریق حرام حاصل شود.

<sup>۱</sup>. سوره المؤمنون / الآية ۵۱.

<sup>۲</sup>. سوره البقرة / الآية ۱۷۲.

<sup>۳</sup>. النیشاپوری، مسلم بن الحجاج ابوالحسین القشیری، صحیح المسلم. باب قبول الصدقه من الکسب الطیب، پیشین، ج ۳، ص ۵۸.

<sup>۴</sup>. احمد بن حجر عسقلانی بلوغ المرام من أدلة الأحكام. مرجع سابق، ص ۲۷۵.

## نتیجه گیری

پولشویی از جمله جرایم مستحدثه بوده و یکی از اشکال مهم جرایم اقتصادی و مالی می باشد؛ که به اساس آن اموال مکتسبه از مدارک غیر مشروع و غیر قانونی یا اموالیکه مبنای غیر مشروع و غیر قانونی دارد، با استفاده از عملیه های خاص، مشروع و قانونی جلوه داده می شود.

فقه های قدیم شریعت اسلامی ( تمامی مذاهب ) اصطلاح تطهیر اموال را به معنی خاص کلمه نمی شناسند و در کلام آنها این اصطلاح جاری نمی باشد، اما در نزد فقه های معاصر اسلام، برای این اصطلاح تعبیر مجازی صورت گرفته، به گونه ای که می گویند تطهیر اموال در واقع عبارت از همان افعالی است که به واسطه آن افراد و اشخاص اموال را از طرق و وسایل غیر مشروع کسب کرده و در قدم بعدی با استفاده از وسایل و شیوه های متعدد و گوناگون آن اموال را مشروع جلوه داده و مصدر و مبنای غیر شرعی کسب آن اموال را مخفی نگه میدارند.

جرم تطهیر اموال در اصل بر طرق شرعی مباحه، که قصداً از جانب فاعل آن به فعل غیر مباح منتج میشود، معتمد بوده، قسمیکه فاعلین آن به استعمال عده ای از طرق حيله آمیز عمداً اقدام می کنند. که عبارت از صفت شرعی دادن به اموالی که از طریق مصادر غیر مشروع مثل؛ مخدرات، تجارت اسلحه و اعضای بدن انسان، رشوه، به غارت بردن مال عام و غیره جرایم بدست می آید.

## منابع

### القران الکریم

- ۱- الانصاری، زکریا ( ۲۰۰۳ م ) اسنی المطالب فی شرح روض الطالب. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۲- ابن تیمیه، قی الدین ( ۱۴۰۸ ه ق ) الفتاوی الکبری. بیروت: المطبعه دارالکتب العلمیه.
- ۳- ابن عابدین، محمد امین ( بدون تاریخ الطبع ) حاشیه رد المختار علی الدر المختار. بیروت: المطبعه دارالفکر.
- ۴- ابن نجیم، زین العابدین ( بدون تاریخ الطبع ) الاشباه و النظائر. المکتبه التوقیفیه.

- ٥- ابن جزرى ( ١٩٢٦ م ) القوانين الفقهيه. تونس: المطبعه محمد الامين الكتبى.
- ٦- البهوتى، منصور ( ١٩٩٧ م ) كشاف القناع عن متن الاقناع. بيروت: المطبعه عالم الكتب.
- ٧- البخارى، محمد بن اسماعيل ( ٢٠٠٢ م ) صحيح البخارى. بيروت: المطبعه دار ابن كثير.
- ٨- الترمذى، ابى عيسى ( بدون تاريخ الطبع ) سنن ترمذى.
- ٩- بدران، ابو العينين ( بيدون تاريخ الطبع ) تاريخ الفقه الاسلامى و نظريه الملكيه و العقود. بيروت: دار النهضه العربيه.
- ١٠- جزول، صالح ( ١٤٣٦ هـ ق ) جريمه تبييض الاموال فى قانون العقوبات الجزايرى و الشريعه اسلامى. الجزائر: مطبعه الوهران احمد بن بله.
- ١١- الجوزيه، ابن قيم ( ١٩٧٥ م ) اغائه اللهفان من مصائد الشيطان. بيروت: دارالمعرفه.
- ١٢- حماده، زياد نديم ( ٢٠٠٦ م ) تبييض الاموال والسريه المصرف. بيروت: المطبعه منشورات الحلّى الحقوقيه.
- ١٣- الروكى محمد ( ١٩٩٨ م ) قواعد الفقه الاسلامى. دمشق: دارالقلم.
- ١٤- الزرقاء، الشيخ احمد بن الشيخ محمد ( بدون تاريخ الطبع ) شرح القواعد الفقيهيه. دمشق: دارالقلم.
- ١٥- الزرقاء، مصطفى احمد ( ٢٠٠٤ م ) المدخل الفقهى العام، دمشق، دارالقلم.
- ١٦- زين الدين بن ابراهيم بن نجيم ( بدون تاريخ الطبع ) البحر الرائق شرح كزالدقائق. بيروت: دارالمعرفه.
- ١٧- سيد سابق، محمود ( ١٣٨٦ هـ ش ) فقه السنه. ترجمه: محمود ابراهيمى، تهران: نشر مردم سالارى.
- ١٨- صفى پورى شيرازى، عبدالرحيم بن عبدالكريم ( ١٣٩٠ هـ ش ) منتهى الارب فى لغه العرب. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ١٩- طريحي، فخرالدين ( ١٤٠٨ ق ) مجمع البحرين. تهران: انتشارات مرتضوى.
- ٢٠- عميد، حسن ( ١٣٨١ هـ ش ) فرهنگ عميد. تهران: انتشارات امير كبير.
- ٢١- عثمانى، محمد شفيق ( بى تا ) تفسير معارف القرآن. ترجمه: محمد يوسف حسين پور، پشاور: انتشارات سيلاب.
- ٢٢-
- ٢٣- المهدي، محمود احمد ( بدون تاريخ الطبع ) غسل الاموال فى ميزان الفقه الاسلامى. مصر: الاسكندريه.
- ٢٤- المقدسى، أبى محمد ( بدون تاريخ الطبع ) عمدة الأحكام من كلام خير الأنام.

- ۲۵- قرضاوی، یوسف ( ۲۰۰۷ م ) الحلال و الحرام. القاهر: المطبعه وهبه.
- ۲۶- القزوينی، محمد بن یزید ( بدون تاریخ الطبع ) سنن ابن ماجه.
- ۲۷- محمد، شمس الدین ( ۲۰۰۳ م ) اعلام الموقعین عن رب العالمین. بیروت: المطبعه دارالفکر.
- ۲۸- محمد الزرقاء، احمد ( بدون تاریخ الطبع ) شرح القواعد الفقهیه. دمشق: دارالقلم.
- ۲۹- النیشاپوری، مسلم بن الحجاج ( بدون تاریخ الطبع ) صحیح المسلم. بیروت.
- ۳۰- المطیری، هلال ( ۱۴۲۵ ه ق ) جرمه غسل الاموال. الرياض: مطبعه جامعه نايف العربيه للعلوم الامنيه.

عَدَدٌ



تحریم پولشویی در شریعت...

# زندان‌ها در سده‌های ۱۸ و ۱۹ و مبارزات انسان دوستانه برای اصلاح آن‌ها

عبدالقدیر قیومی

محابس یا زندان‌ها در برخی کشورها که به ندامتگاه نیز شهره دارد در سیر تاریخ برداشت‌های متفاوت از آن بوده مراحل مختلفی را پیموده است. برخورد و واکنش با زندانیان زمانی جنبه انتقام جویانه داشته و گاهی هم با ایشان انسان دوستانه و اخلاقی عمل می‌شده از رژیم‌های مطلقه تا مشروطیت و مردم سالار شیوه پیش آمد و برخورد متمایز بوده است. چنانچه در حال حاضر نیز زندان‌ها و پیش آمد با محبوسین با طرز رژیم زندان با آنان وابستگی دارد و قوانین آنرا تنظیم نموده است.



دولت های مردمی بر عکس رژیم های دیکتاتوری و استبدادی می کوشند تا وضع محابس اصلاحی باشد و محبس برای اصلاح مجرمین و آماده ساختن آن ها به حیات عادی و آبرومند بعد از محبس، آمادگی و تدابیر لازم اتخاذ نمایند، چنانچه حتی سعی به عمل می آید که محبوس نه تنها در بعد اخلاقی اش اصلاحاتی را به خود بگیرد بلکه از طریق آموزش های حرفوی خود رامجهز به کار و پیشه نموده در آینده پس از محبس برای خود، محیط زیست و فامیل های شان درآمد داشته باشند و مفید واقع گردند.

اما از ورای مطالعاتی که در این راستا صورت گرفته برمی نماید که در قرن های ۱۸ و ۱۹ میلادی وضع طور دیگری بوده از لحاظ صحی و از دید اخلاقی این وضع چندان سالم نبوده است بطوریکه زندانیان با تهدیدات غیر بهداشتی تیفوس و دلفتری روبرو بودند.

در قرن ۱۸ چالش در زندان ها توجه عدّه را به خود جلب نمود چنانچه جان وزلی و چارلز وزلی با برانگیختن روحیه دینداری وجدان بسیاری از مردم را بیدار و تحولی در افکار جامعه آن زمان ایجاد گردید تا اصلاحات بشر خواهانه رادر محیط زندان ها و بهبود احوال زندانیان پدیدار نمایند.

جان هارورد (۱۷۲۶-۱۷۹۰) یکی از این مردان بود که با عواطف بشر خواهانه برای بهبود وضع محاس انگلیس ثروت و آسایش خود را در ان عرصه وقف و بذل نمود.

او در ۱۷۵۶ چینی که به پرتگال سفر می کرد از سوی یک کشتی نظامی فرانسوی دستگیر و زندانی گردیده با نخستین تجربه عملی خود در زندان اثرات روشنگرانه از خود به جا گذاشت که پس از رهائی از زندان به زادگاهش در کردینگتن بازگشت و در آنجا برای کار گران برای مدرسه ابتدائی کودکان و برای آموزشگاه صنعتی روستاهیان ساختمان های نمونه ای ساخت، در بدفورد ناظر اجرای احکام دولت بود و از رفتار ناشایست و خشنی که با زندانیان صورت می گرفت ناراحت میگردید .

در این اثنا با زندانیانی برخورد که با وصف سپری کردن ایام محکومیت، برای مدت نامحدود نمی توانستند آزادی شانرا از زندان بانان بخرند ولی در زندان باقی می ماندند. هارورد از زندان ها و دارالتادیب های زیادی بازدید نمود، اطلاعات گرد آورد را در ۱۷۷۴ به مجلس عوام ارائه کرد، برای اصلاح وضع محابس قوانین از تصویب گذشت اما تأثیری نبخشید با آن هم هارورد به اصلاح در این عرصه جدا اصرار ورزیده گامهای استوارتری گذاشت، از زندان های انگلستان، اسکاتلند، ایرلند و دیگر کشور های اروپائی دیدار نمود، چنانچه دارالتادیب های هالند را از همه انسانی تر و موثر تر یافت. در ۱۷۷۷ گزارش خود را به عنوان وضع زندان ها در انگلستان و ویلز با ملاحظیات مقدماتی و شرحی در باره بعضی از زندانهای کشورهای دیگر انتشارداد و توصیه نمود که نهاد های مشابه به آنچه درهالند دیده بود، تأسیس گردد

هارورد جزامی خانه ها، منجمله از جزامی خانه های جنوب اروپا دیداری داشت چنانچه میگویند تقریباً ۸۰ هزار کیلو متر راه را پیمود تا از همه زندان ها دیدن کند و جهات بهبود را سراغ نماید.

الیزابت فرای از خاندانهای کویکری مشرب قدیمی که از ۱۷۸۰ تا ۱۸۴۵ می زیست در تاریخ پزشکی انسان دوستانه قرن نزده حایز اهمیت خاص بوده است. او در ۱۸۱۳ کار میان زندانیان را آغاز کرد و توجه خود را به زندان نیوگیت لندن معطوف داشت و برای کاهش خشونت در آنجا دست به کارشد.

تعداد ۳۰۰ تن زن و کودکی که در دو حیاط و دو اتاق کوچک به سر میبردند عده ئی شان جرم های سنگین و برخی هم جرم های سبک داشتند و عده ئی به بیماری های نفرت انگیز مبتلا بودند بدون اینکه وسایل خواب داشته باشند روی زمین میخوابیدند، در همان فضای تنگ غذا میخوردند و در همانجا بدن و جامه های شان را میشستند، خانم فرای به بهبود یابی وضع خوراک و پوشاک شان توجه نمود، در این راه بزرگترین تاثیر، شخصیت دلسوزانه او بود محبوسین به اندرزهای او با اشتیاق کامل گوش میدادند هر جا که میرفت اخلاق ساکنان انجا تغیر میافت و بهبودی به خود میگرفت، تلاش

هائش توجه عده زيادي را برانگيخت و شرايط حاكم بر زندانها بنا بر سعي او كه بدور از خود پرستي بود به مراتب بهتر شد.<sup>۱</sup>

با يادي از حالات و اوضاع آن زمان و مساعي انسان دوستانه عده ئي شخصيت هاي با احساس مي بينيم جامعه ئي كه و جدانش بيدار شده باشد براي مهار نمودن جرم و جنايت بيمارستان ها و تيمارستان ها، زندان ها و نهاد هاي ديگري با شرايط مناسب تري تجهيز ميگردند براي همكاري سالم و هم ياري با مردم نگون بخت با جبران مصيبت ها و تسكين الام مردان و زنان اين نهاد ها مجهز ميشوند.

كه البته تذكاري از آن وضع براي زندان بانان امروز جايز ارزش مي باشد زيرا اگر زندان ها نه با شيوه انتقام جويانه بلكه در شكل دانشگاه و محلات آموزشي ايجاد شوند اثرات آن در تغيير شخصيت مجرم و متهم موثر خواهد بود و به كاهش جرم گامي برداشته خواهد شد و مجرمان آينده سعادت مند در قبال خواهند داشت.

عبدك



<sup>۱</sup> تاريخ تمدن اثر هنري لو كاس ترجمه دكتور عبدالحسين آذرنگ ج(۲)، ص(۱۲۸۴، ۱۲۸۵ و ۱۲۸۶)