

عدالت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال بیستم / شماره مسلسل ۱۸۶ / اسد ۱۳۹۷

هیأت تحریر:

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

Website: www.moj.gov.af
E-mail: adalat@moj.gov.af

صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. ا.

مدیر مسوول

حلیم سروش

(۰۷۷۱۲۰۱۹۷۸)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمال و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

قیمت این شماره: (۶۳،۳۶) افغانی

چاپ: مطبعه بهیر

یادآوری به نویسندگان

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

فهرست

مقاله‌ها

- ۴ چگونگی اختلافات بین‌المللی ♦ امین الله وزیري
- ۱۳ انعقاد معاهدات بین‌المللی ♦ امرالله اعظمي
- ۵۹ د مباح په تقيد کې د اولوالامر واک او بېلګې يې ♦ عبدالکریم فضلي
- ۷۸ تحليل حقوقی اصل برائت ♦ محمد کاشف منيب
- ۱۰۰ بررسی جرم سرقت در فقه حنفی و کود جزا ♦ مارينا حقشناس
- ۱۳۲ قاچاق مهاجران(مفهوم، ماهیت و وجوه اشتراک و افتراق آن با مفاهيم مشابه) ♦ محمد ميرزایی

گزارش‌ها

- ۱۷۴ معرفی دکتر زکيه عادلې به‌عنوان معين امور اجتماعی وزارت عدليه
- ۱۷۸ برگزاری مسابقه کتاب خوانی، حفظ و تلاوت قرآن کریم، در مرکز اصلاح و تربیت اطفال کابل
- ۱۸۰ دیدار معين امور اجتماعی وزارت عدليه با افسر عدلی و قضایی بخش حاکمیت قانون یوناما
- ۱۸۲ دیدار معين امور اجتماعی وزارت عدليه با رييس پروگرام ساحوی (IDLO)
- ۱۸۴ محاسبه سه ساله کار وزارت عدليه

چگونگی اختلافات بین‌المللی

امین‌الله وزیری

چکیده

حل بسیاری از معضلات و دست یافتن به اهداف بلند علم و دانش نیازمند تحقیق و پژوهش در عرصه‌های مختلف و گوناگون است تا منازعات فروکش نموده و وضعیت اجتماعی بشری با استفاده از راه‌کارهای علمی و تحقیقی بهبود یابد. آنچه هویداست این‌که بشر از ابتدای خلقت تا هنوز برای کسب منفعت بیشتر یا دفع و طرد خطر، باهم درگیر بوده و منازعه داشته است. این منازعات گاه‌گاهی منجر به خونین‌ترین جنگ‌ها گردیده و قامت بشر را خمیده ساخته است و اکنون بشر نیز درگیر و ذار منازعات و کشمکش‌ها بوده و بسیار از آن‌ها از انسان قربانی گرفته و این امر همچنان ادامه دارد. این تحقیق به خاطر بررسی اختلافات و چگونگی آن تدوین گردیده و روش تحقیق این پژوهش، توصیفی و تحلیلی و با استفاده از ابزار کتابخانه، مجلات و کتاب‌های معتبر علمی است.

محور اصلی این پژوهش متمرکز بر روی اختلافات بین‌المللی و انواع آن بوده و تحقیق حاضر تلاش دارد تا به این سوال که آیا منازعات می‌شود بدون توسل به‌زور پایان یابد؟ پاسخ مناسب دریابد.

تحقیق به این نتیجه دست‌یافته که تلاش‌های گسترده در این عرصه از سوی نهادهای بین‌المللی و جوامع بشری صورت گرفته و راه‌حلهایی نیز پیشکش گردیده است.

واژه‌های کلیدی: اختلافات بین‌المللی، اختلافات سیاسی، اختلافات حقوقی و حل‌وفصل منازعات.

مقدمه

جنگ و منازعات به‌اندازه تاریخ بشر قدامت دارد. یعنی از زمانی که مرزبندی‌های هویتی میان اقوام، قبایل و گروه‌های انسانی شکل گرفت، جنگ‌ها و منازعات نیز پدیدار شد.

عوامل مختلفی که بیشتر مربوط به منافع کشورها در زمینه‌های سیاسی، امنیتی، اقتصادی و ... می‌گردد، سبب اختلاف بین کشورها می‌شود. امروزه بعضی از عوامل دیگر نیز از جمله سلاح‌های کشتار جمعی، حقوق بشر و تروریسم به آن‌ها افزوده شده است.

این در حالی است که تلاش کوشش برای جلوگیری از جنگ و منازعه قدامت بیشتر نداشته و سابقه آن به قرن ۱۷، زمان شکل‌گیری دولت‌های مدرن، برگشته و پس از جنگ جهانی دوم این تلاش‌ها بیشتر شده است و امروزه کشورها بر اساس حکم منشور سازمان ملل متحد مکلف به منع توسل به‌زور و حل اختلافات شان از راه مسالمت‌آمیز است.

چه یکی از اهداف عمده حقوق بین‌الملل پیش‌گیری از وقوع اختلافات و یا جلوگیری از تشدید و تبدیل آن‌ها به مناقشات و درگیری‌های مسلحانه و حل‌وفصل

آن‌ها است.^۱ بنابراین تابعان حقوق بین‌الملل امروزه بر اساس قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل مکلف‌اند تا اختلافات شان را نه از طریق جنگ و زور بلکه از راه‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل نمایند.

در اغلب معاهدات و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای خصوصاً کنوانسیون‌های حقوق دیپلماتیک ۱۹۶۱، حقوق معاهدات ۱۹۶۹، حقوق دریا ۱۹۸۲، اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل راجع به همکاری و روابط دوستانه بین دولت‌ها ۱۹۷۰، اعلامیه مانیل ۱۹۸۲، اعلامیه عدم استفاده از زور در روابط بین‌المللی ۱۹۸۸، پیمان بوگوتا بین کشورهای آمریکایی ۱۹۴۸، کنوانسیون اروپایی حل مسالمت‌آمیز اختلافات ۱۹۵۷، منشور اتحادیه عرب ۱۹۴۵ و ... بر حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات تاکید شده و دولت‌ها ملزم‌اند که مطابق این اصل عمل نمایند.^۲

مواد ۱۲ و ۱۳ میثاق جامعه ملل و مواد ۲ و ۳۳ منشور ملل متحد تاکید بر حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی دارد و فصل ششم منشور از ماده ۳۳ الی ۳۸ بر این موضوع اختصاص داده شده است.^۳ دربند سوم ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد آمده است که تمامی دولت‌های عضو سازمان ملل متحد (باید اختلاف بین‌المللی خودشان را به صورت مسالمت‌آمیز حل و فصل نمایند). بر اساس ماده ۳۳ منشور ملل متحد کشورها مکلف‌اند که دعاوی که محتمل است تا صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر بی اندازد به یکی از طرق مسالمت‌آمیز حل و فصل کنند.^۴ حل و فصل اختلافات

^۱ - محمود، واعظی، میانجیگری در نظریه و عمل، چاپ اول، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۸، ص ۴۲.

^۲ - علی امید، حقوق بین‌الملل از نظریه تا عمل، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۱۶.

^۳ - امید، پیشین، ص ۲۱۵.

^۴ - هوشنگ مقتدر، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ نوزدهم، مرکز چاپ و انتشارات وزارت خارجه، ۱۳۹۰، ص ۱۰۹.

بین‌المللی به طریق مسالمت‌آمیز امروزه به‌طور کلی به‌عنوان یک اصلی از هفت اصل حقوق بین‌الملل مورد شناسایی قرار گرفته^۱ و مکمل اصل منع توسل به‌زور است.^۲

۱- مفهوم و معنای اختلاف^۳

اختلاف که یک واژه عربی بوده در لغت به معنای با یکدیگر خلاف کردن، مخالف شدن، ناسازگاری داشتن، ناجور بودن و ناسازگاری است.^۴ در فرهنگ دهخدا اختلاف به معنای عدم موافقت، نزاع، منازعه و مشاجره ذکر شده^۵ و در قرآن کریم به معنای تفاوت و تفرقه آمده است.^۶

۲- دسته‌بندی اختلافات

اختلافات به‌صورت عموم به دودسته تقسیم می‌شود: اختلافات داخلی یا ملی و اختلافات بین‌المللی. که به هر یک ذیلاً می‌پردازیم:

الف- اختلافات داخلی یا ملی

اختلافات داخلی به اختلافاتی اطلاق می‌شود که مربوط به وضعیت داخلی یک کشور بوده و رسیدگی آن در حوزه صلاحیت ملی آن کشور است و دولت مربوطه

^۱ - ایان برانلی، حقوق بین‌الملل در واپسین سالهای قرن بیستم، ترجمه صالح رضایی پیش رباط، چاپ دوم، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۶، ص ۱۳۳.

^۲ - الهام یوسفیان و امیر امانی، درس‌نامه حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۳۵۷.

^۳ - Dispute

^۴ - حسن عمید، فرهنگ عمید، چاپ دوم، تهران، نشر فرهنگ اندیشمندان، ۱۳۸۹، ص ۶۵.

^۵ - فرهنگ واژه‌یاب الکترونیکی دهخدا، واژه اختلاف، تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۷/۱۷.

^۶ - كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَاتُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ فَهَذَى اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا لِمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ بِإِذْنِهِ وَاللَّهُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ (بقره/ آیت ۲۱۳)، وَمَا كَانَ النَّاسُ إِلَّا أُمَّةً وَاحِدَةً فَاخْتَلَفُوا وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ فِي مَا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ (يونس/ آیت ۱۹).

تعهدی برای حل مسالمت‌آمیز آن بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل ندارد.^۱ تعهد به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات فقط زمانی بر عهده دولت‌ها خواهد بود که اختلافات جنبه بین‌المللی داشته باشد. بناً تعیین قلمرو اختلافات داخلی و بین‌المللی به معنای تعیین مرز اعمال اصل حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات و اصل عدم مداخله خواهد بود.^۲

ب- اختلافات بین‌المللی

اصطلاح اختلاف دارای مفهوم دقیق در حقوق بین‌الملل نیست؛ اما در فرهنگ علوم سیاسی اختلاف بین‌المللی عبارت است از ناهماهنگی دو کشور، در موضوع حقی و یا در وقوع امری و تضاد حقوقی و تعارض منافع آن دو کشور.^۳ دیوان دایمی عدالت بین‌المللی، اختلافات بین‌المللی را چنین تعریف کرده است: (عدم توافق بر سر یک موضوع حقوقی و یا یک واقعیت و همچنین اختلاف نظر حقوقی و یا تعارض منافع میان طرفین آن).^۴

لازم به ذکر است که اختلافات بین‌المللی، یا اختلافاتی می‌تواند باشد که طرفین آن دولت‌ها بوده و از آن به‌عنوان (Interstate conflicts)^۵ نام‌برده شده و یا هم اختلافاتی می‌تواند باشد که یک طرف آن دولت و طرف دیگر آن یک سازمان بین‌المللی باشد^۶ که از آن به‌عنوان (International conflicts) نام‌برده شده است.

^۱ - رضا، موسی زاده، بایسته‌های حقوق بین‌الملل (۲/۱)، چاپ دوازدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۳۵۹.

^۲ - یوسفیان، پیشین، ص ۳۵۸.

^۳ - علی آقا بخشی و مینو افشاری راد، فرهنگ علوم سیاسی، چاپ دوم، تهران، نشر چاپار، ۱۳۸۶، ص ۳۳۰.

^۴ - محمدرضا، ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ سی و ششم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۵۰۲.

^۵ - عباس، تندی، شیوه‌های حقوقی حل و فصل اختلافات بین‌المللی و بین‌الدولی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۰.

^۶ - محمدعلی، صلح چی و هیبت الله نژندی منش، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۳۲.

۱. انواع اختلافات بین المللی

به صورت عمومی اختلافات بین المللی را از نقطه نظرهای ذیل می توان دسته بندی نمود:

اول- از لحاظ تهدیدات بین المللی: اختلافاتی که تهدیدکننده صلح و امنیت بین المللی بوده و اختلافاتی که تهدیدکننده صلح و امنیت بین المللی نمی باشند.

دوم- از لحاظ موضوع: مانند اختلافات سرزمینی، اختلافات راجع به تفسیر معاهدات و ...

سوم- از لحاظ تیوری و عمل: بر اساس دکتترین علمای حقوق و رویه قضایی بین المللی، اختلافات بین المللی به سه دسته ذیل تقسیم می شود: اختلافات سیاسی، اختلافات حقوقی و اختلافات فنی یا تخصصی^۱.

یک- اختلافات سیاسی

هرگاه یکی از طرفین دعوی خواهان تغییر یا اصلاح وضع موجود یا حق موجود باشد، به آن اختلاف سیاسی اطلاق می شود^۲. و یا کلیه اختلافاتی که راه حل حقوقی نداشته باشند، اختلافات سیاسی نامیده می شوند. این اختلافات از تعارض منافع و مصالح دو کشور ناشی شده و از طریق مذاکره و دیپلماسی، پایدردی و مساعی جمیله، تحقیق و بازجویی و سازش و آشتی حل و فصل می شود^۳.

^۱ - پیشین، صص ۴۳-۴۴.

^۲ - همان، ص ۴۶.

^۳ - عباسعلی، عمید زنجانی، فقه سیاسی: حقوق معاهدات بین المللی و دیپلماسی در اسلام، چاپ نهم، تهران، ۱۳۹۴، ص ۲۴۶.

دو- اختلافات حقوقی

در صورتی که بین دو یا چند تابع حقوق بین الملل در زمینه مسایل حقوقی از قبیل تطبیق، اجرا و تفسیر یک حق موجود تضاد درخواست پدیدار شود به آن اختلافات حقوقی اطلاق می شود. این اختلافات معمولاً از تجاوز یا از نحوه تفسیر قراردادها یا نقض و یا تعارض مقررات بین المللی و نیز از خسارت های ناشی از نقض قراردادهای بین المللی ناشی می شود.^۱

سه- اختلافات فنی

این اختلافات که در دهه های اخیر پدیدار شده است، اختلافاتی است که توسط نهادهای تخصصی و آگاه مسایل متذکره حل و فصل شده و به آن اختلافات فنی نیز اطلاق می شود.^۲

۲. روش های حل اختلافات بین المللی

اختلافات بین المللی چه حقوقی باشد و چه هم سیاسی، تمامی دولت ها مکلف اند که آن را بر اساس روش های مسالمت آمیز حل و فصل نمایند. به باور نویسندگان حقوق بین الملل، اختلافات بین المللی معمولاً به دو روش حل و فصل شده می تواند. یکی با روش های دوستانه و دوم با روش های غیردوستانه،^۳ که روش های دوستانه خود به دودسته تقسیم شده، یکی سیاسی یا دیپلماتیک یعنی غیرقابل ارجاع به مراجع قضایی بین المللی^۴ (کوششی که از طرف خود اصحاب دعوی

^۱ - پیشین، ص ۲۴۶.

^۲ - گرهارد فن گلان، درآمدی بر حقوق بین الملل عمومی، ترجمه محمدحسین حافظیان با همکاری سید داود آقایی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳، ص ۵۹۰.

^۳ - سرور، دانش، درآمدی بر حقوق بین الملل عمومی، موسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ۱۳۹۳، ص ۵۱۲.

^۴ - رابت بلدسو، بوسچک، فرهنگ حقوق بین الملل، ترجمه بهمن آقائی، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵، ص ۴۵۰.

و یا با کمک دیگر موجودیت‌ها با استفاده از بحث و روش‌های تحقیق که در طول سال‌ها تکامل یافته انجام می‌یابد) و دیگری حقوقی یا قضایی (روش تعیین موضوعات مختلف حقوقی و سوابق امر توسط شخص ثالث غیر ذینفع از طریق داوری و یا رای ارگان‌های قضایی)^۱. به باور سرور دانش روش‌های غیردوستانه مانند محاصره، انتقام و جنگ نیز یک نوع راه‌حل سیاسی بوده می‌تواند که از آن می‌توان به‌عنوان دیپلماسی خشونت نام برد^۲.

در میان روش‌های حل و فصل منازعات حقوقی و سیاسی، راه‌کارهای حقوقی برای تابعان حقوق بین‌الملل الزام‌آور دانسته شده؛ اما در استفاده از راه‌کارهای سیاسی می‌توانند از این حلقه پای خود را بیرون کشیده و به نتایج این راه‌حل گردن نگذارند.

نتیجه‌گیری

از آنچه ذکر شد، نگارنده به این نتیجه دست یافته است که موجودیت اختلاف یا منازعه در دوره‌های مختلف تاریخی جوامع ملی و بین‌المللی بشری یک امر انکارناپذیر بوده و برای جلوگیری از تشدید و حل و فصل آن، دولت‌ها تلاش نموده‌اند تا روش‌های مسالمت‌آمیز را پیش‌بینی نمایند.

همچنان نگارنده به این نتیجه دست یافته است که اختلافات می‌تواند انواع مختلف داشته باشد. هرگاه اختلافات جنبه بین‌المللی نداشته و داخلی باشند، دولت‌ها هیچ نوع الزامی برای حل و فصل مسالمت‌آمیز آن نداشته و اما هرگاه اختلافات جنبه بین‌المللی داشته باشد، طرفین اختلاف مکلف‌اند که با توجه به منشور سازمان ملل متحد و سایر اسناد بین‌المللی اختلافات متذکره چه حقوقی و یا سیاسی باشد را، به خاطر جلوگیری از تهدید صلح و امنیت جهانی، بر اساس روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل نمایند.

^۱ - ملکم شاو، حقوق بین‌الملل، ترجمه محمدحسین وقار، چاپ سوم، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۹، ص ۲۶۸.

^۲ - دانش، همان.

منابع

۱. القرآن کریم.
۲. امیدی، علی، ۱۳۸۸، حقوق بین الملل از نظریه تا عمل، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۳. بخشی، علی آقا و مینو افشاری راد، ۱۳۸۶، فرهنگ علوم سیاسی، چاپ دوم، تهران، نشر چاپار.
۴. برانلی، ایان، ۱۳۸۶، حقوق بین الملل در واپسین سالهای قرن بیستم، ترجمه صالح رضایی پیش رباط، چاپ دوم، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.
۵. بوسچک، رابت بلدسو، ۱۳۷۵، فرهنگ حقوق بین الملل، ترجمه بهمن آقائی، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۶. تندی، عباس، ۱۳۸۹، شیوه های حقوقی حل و فصل اختلافات بین المللی و بین الدولی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۷. دانش، سرور، ۱۳۹۳، درآمدی بر حقوق بین الملل عمومی، موسسه تحصیلات عالی ابن سینا.
۸. شاو، ملکم، ۱۳۸۹، حقوق بین الملل، ترجمه محمدحسین وقار، چاپ سوم، تهران، انتشارات اطلاعات.
۹. صلح چی، محمدعلی و هیبت الله نژندی منش، ۱۳۹۵، حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان.
۱۰. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۸، حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و ششم، تهران، گنج دانش.
۱۱. عمید، حسن، ۱۳۸۹، فرهنگ عمید، چاپ دوم، تهران، نشر فرهنگ اندیشمندان.
۱۲. عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۹۴، فقه سیاسی: حقوق معاهدات بین المللی و دیپلماسی در اسلام، چاپ نهم، تهران، سمت.
۱۳. فرهنگ واژه یاب الکترونیکی دهخدا، تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۷/۱۷، واژه اختلاف.
۱۴. گلان، گرهاردن، ۱۳۸۳، درآمدی بر حقوق بین الملل عمومی، ترجمه محمدحسین حافظیان با همکاری سید داود آقایی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
۱۵. مقتدر، هوشنگ، ۱۳۹۰، حقوق بین الملل عمومی، چاپ نوزدهم، مرکز چاپ و انتشارات وزارت خارجه.
۱۶. موسی زاده، رضا، ۱۳۸۸، بایسته های حقوق بین الملل (۲/۱)، چاپ دوازدهم، تهران، نشر میزان.
۱۷. واعظی، محمود، ۱۳۸۸، میانجیگری در نظریه و عمل، چاپ اول، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک.
۱۸. یوسفیان، الهام و امیر امانی، ۱۳۹۲، درس نامه حقوق بین الملل عمومی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

انعقاد معاهدات بین‌المللی

ام‌الله اعظمی

چکیده:

معاهدات بین‌المللی در اعصار قدیم به اشکال گوناگون و به انواع متعدد بین دولت‌ها در عرصه‌های مختلف سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، فامیلی و امثال آن منعقد می‌گردید که دولت‌ها جهت رفع مشکلات، برآورده ساختن ضرورت‌ها و تنظیم مناسبات خویش معاهدات را ترتیب، امضاء و به منصفه اجرا می‌گذاشتند. معاهدات درواقع همان توافق است که یک دولت یا یک سازمان بین‌المللی با سایر دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی در موضوعات معین با در نظر داشت اصول پذیرفته‌شده بین‌المللی با رضایت کامل تابعان حقوق بین‌الملل عقد می‌نمایند و هویدا است که هر سند اعم از ملی یا بین‌المللی به یک‌بارگی و بدون طی مراحل، شکل نگرفته و اصولاً تابع سپری نمودن مراحل است تا به حیث یک سند مدار اعتبار شناخته شود. معاهدات بین‌المللی نیز به حیث اسناد بین‌المللی دارای شیوه انعقاد منحصر به خود است؛ بناءً در این مقاله در ابتدا به مفهوم معاهده بحث مختصری صورت گرفته و در قدم ثانی مراحل

شکل‌گیری معاهده تبیین گردیده است. این مقاله به دو قسمت فصل‌بندی گردیده که در فصل اول آن، مفهوم معاهده از دیدگاه دانشمندان، کنوانسیون ویانا ۱۹۶۹ در زمینه‌ی حقوق معاهدات و حقوق افغانستان تحریر گردیده و فصل دوم آن به مراحل شکل‌گیری معاهدات بین‌المللی اختصاص داده‌شده که شامل مراحل چگونگی مذاکره، نگارش متن، پذیرش، امضاء، تصویب، الحاق، ثبت، تودیع، مبادله و انتشار معاهده است.

مقدمه:

آشنایی با قواعد و مقررات بین‌المللی و حقوق بین‌الملل برای بررسی و تصویب قراردادهای و معاهدات بین‌المللی از دو جهت از اهمیت جدی برخوردار است؛ اولاً اینکه معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی از منابع حقوق داخلی و قوانین ملی محسوب می‌شود. ثانیاً قانون اساسی افغانستان، دولت را موظف می‌سازد تا معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی را که افغانستان به آن ملحق شده است، رعایت نماید.

بنابراین رعایت و التزام به این معاهدات نیازمند آشنایی با آن است. از طرفی دیگر، یکی از صلاحیت‌های مهم قوه مقننه (شورای ملی) تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی است. انجام این امر مهم، نیازمند درک درست و آشنایی لازم با معاهدات بین‌المللی است و از سوی دیگر روابط میان دولت‌ها و سایر تابعان حقوق بین‌الملل در جهان امروزی به یک امر اجتناب‌ناپذیری تبدیل شده، که بدون آن زندگی در جامعه بزرگ جهانی، اگر ناممکن نباشد، دشوار خواهد بود. در عصر حاضر منافع کشورها در گستردگی روابط که با دیگر کشورها و یا سازمان‌های بین‌المللی دارند، قابل تأمین است. بنابراین، مهم است که کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی با انعقاد معاهدات بین‌المللی دوجانبه و چندجانبه اقدام به منظور قانونمندی روابط خود با دیگر کشورها و سازمان‌های بین‌المللی نمایند. تا از یک سو روابط بین‌المللی خویش را در داخل چهارچوب، قواعد و اصول پذیرفته‌شده بین‌المللی شامل ساخته و از سوی دیگر منافع



خود را قربانی نکرده، از تجاوز به منافع دیگران جلوگیری به عمل آورند. و گاهی نیز برای ایجاد یک رابطه جدیدی اقدام به انعقاد یک معاهده با دولت‌های دیگر می‌نماید. برای اینکه این معاهدات بتواند التزام برای طرف‌ها ایجاد نماید، لازم است مراحل طی نماید که در نظام حقوقی هر کشور برای طی مراحل معاهدات راهکارهای مشخص پیش‌بینی شده است. تنها با این اقدام است که یک کشور در قبال یک معاهده که نماینده تام‌الاختیار آن در مذاکرات شرکت نموده و آن را امضاء کرده است و بر طبق قانون داخلی، آن را باید به تصویب مجلس قانون‌گذاری برساند. حقوق بین‌المللی، اصولاً تعیین مقام صالح برای تصویب معاهدات را به عهده حقوق داخلی کشورها واگذار نموده، و از پیشنهاد یک رویه متحدالشکل در این مورد امتناع ورزیده است و منطقی نیز است تا این کار مطابق به حقوق داخلی کشورها صورت پذیرد. حقوق اساسی کشورها در این مورد رویه‌های متفاوتی با در نظر داشت قوانین اساسی خویش و نیز نظام سیاسی حاکم در آن، پیش گرفته است. در این مقاله تلاش می‌شود تا به اختصار در رابطه به مفاهیم معاهدات بین‌المللی و مراحل شکل‌گیری آن مطالبی ارایه گردد. طوری که در ابتدا در رابطه به مفهوم معاهده از دیدگاه دانشمندان، عرف بین‌الملل و نظام حقوقی افغانستان پرداخته شده و در قدم دوم هر یک از مراحل انعقاد معاهدات بین‌المللی که شامل مذاکرات، نگارش متن، پذیرش و امضای معاهده، تصویب و الحاق به معاهده و در نهایت تبادل و تودیع اسناد است از دو منظر بحث گردیده در نخست به‌طور عام مراحل انعقاد معاهدات طور مفصل ذکر گردیده و بعداً پیرامون آن، موقف نظام حقوقی افغانستان و کنوانسیون‌های ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ وینا استفاده و تبیین گردیده است.

کلیدواژه‌ها:

معاهده، میثاق، مذاکره، امضاء، تصویب، الحاق، تودیع، انتشار و ثبت.

فصل اول

مفهوم معاهدات بین المللی

معاهده بین المللی به حیث مهم ترین و در عصر حاضر اولین منبع حقوق بین الملل، فعالیت دولت و سایر تابعان حقوق بین الملل را در صحنه بین المللی شکل داده و نماد رسمی اقتدار دولت ها و سازمان ها است. معاهده در واقع یک عمل حقوقی عادی است که به وسیله تابعان حقوق بین الملل صورت می گیرد و ضمناً اقتدار آن ها را محدود می کند.

در حقوق بین الملل هر قراردادی یا پیمانی که میان تابعان حقوق بین الملل یا نظام بین المللی یا میان اعضای جامعه بین المللی منعقد یا بسته می شود، معاهده نام دارد.^۱ اما برخی از دانشمندان حقوق، برای معاهده تعریفی به مفهوم وسیع و مضیق ارایه نموده اند که در تعریف معاهده به مفهوم وسیع، معاهده به معنای پیمانی است که برای حصول آثار حقوقی معین که میان اعضای جامعه بین المللی بسته شده باشد و معاهده به مفهوم مضیق، به آیینی اطلاق می شود که برای انعقاد معاهده به کار می رود.^۲ یا به عبارت دیگر معاهده بین المللی به هرگونه توافق منعقد دو یا چند جانبه کتبی یا شفاهی (گفتاری) میان تابعان حقوق بین الملل، تنظیم شده و آن مقررات بر آن حاکم باشد و در نتیجه آثار حقوقی مشخصی را به بار آورد، اطلاق می گردد.^۳ بناءً با در نظر داشت تعاریف تذکر یافته و جهت نیل به یک تعریف کلی، کامل و جامع از معاهده بین المللی ایجاب می نماید تا اولاً دیدگاه عرف بین المللی در رابطه به تعریف معاهده، ثانیاً دیدگاه کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات را پیرامون

^۱ هدایت الله فلسفی، حقوق بین الملل معاهدات، چاپ دوم، تهران: نشر نو، ۱۳۸۳ هـ ش، ص ۸۸

^۲ پیشین صص ۹۱ و ۹۲.

^۳ محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین الملل، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸ هـ ش، ص ۹.

تعریف معاهده و ثالثاً دیدگاه نظام حقوقی افغانستان را در رابطه به تعریف معاهده بین‌المللی مورد بررسی قرار دهیم.

تعریف معاهده از دیدگاه عرف بین‌المللی

از دیدگاه عرف بین‌الملل، معاهده عبارت از توافق منعقد (اعم از کتبی و شفاهی) میان دو یا چند تابع حقوق بین‌الملل به منظور حصول آثار حقوقی معین طبق حقوق بین‌الملل، بدون در نظر گرفتن نام و عنوانی که برای آن انتخاب می‌شود. از تعریف فوق‌الذکر عناصر اصلی و اساسی معاهده از دیدگاه عرف بین‌المللی مشخص می‌گردد که عبارت‌اند از: ۱- انعقاد یک توافق؛

۲- طرف‌های توافق؛

۳- حصول آثار حقوقی طبق حقوق بین‌الملل.^۱

تعریف معاهده از دیدگاه کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات

کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات، معاهده را چنین تعریف نموده است: « معاهده عبارت از یک توافق بین‌المللی که میان کشورها به صورت کتبی منعقد شده و مشمول حقوق بین‌الملل باشد؛ اعم از اینکه در سندی واحد یا دو یا چند سند مرتبط به هم، قطع نظر از عنوان خاص آن.^۲ طوری که مشاهده می‌گردد کنوانسیون متذکره طرف‌های توافق را صرف دولت‌ها قلمداد کرده و از سایر تابعان حقوق بین‌الملل سخنی به میان نیاورده است که این خلاء کنوانسیون ۱۹۶۹ با انعقاد کنوانسیون ۱۹۸۶ مرتفع گردیده است؛ زیرا کنوانسیون ۱۹۸۶ ویانا به سازمان‌های بین‌المللی نیز صلاحیت اعطاء نموده تا به حیث عضو در معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی شرکت نمایند یا به بیان دیگر، سازمان‌های بین‌المللی مبتنی بر کنوانسیون

^۱ پیشین، ص ۱۰.

^۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات، بند الف ماده دوم.

۱۹۸۶ و یانا در زمینه حقوق معاهدات، می‌توانند، معاهدات بین‌المللی را باهمدیگر یا با کشورها منعقد نمایند.

تعریف معاهده از دیدگاه حقوق افغانستان

در قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، معاهده چنین تعریف گردیده است: «معاهده: توافق کتبی دولت جمهوری اسلامی افغانستان با دول خارجی، مؤسسات بین‌الملل یا سازمان‌های بین‌الحکومتی است که مطابق احکام این قانون منعقد می‌گردد.»^۱

طوری که در تعریف معاهده دیده می‌شود این تعریف در واقع معاهده را به آن توافقی‌های بین‌المللی اطلاق نموده که میان دولت جمهوری اسلامی افغانستان و سایر تابعان حقوق بین‌الملل طور کتبی منعقد می‌گردد.

البته قانون مذکور اصطلاحات چون؛ میثاق، قرارداد، موافقت‌نامه، تفاهم‌نامه، پروتوکول، یادداشت تفاهم و الحاق را تعریف نموده و به نحوی بین ایشان تفکیک قایل شده است.

قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف معاهده چنین می‌نگارد: «معاهده: توافقی است که به‌صورت کتبی میان دولت‌ها در عرصه‌های سیاسی و نظامی منعقدشده و حاوی قواعد حقوق بین‌الملل باشد.»^۲

با بررسی مختصر در رابطه به مفهوم معاهده بین‌المللی حالا به مراحل انعقاد یا شکل‌گیری معاهدات بین‌المللی می‌پردازیم.

^۱ وزارت عدلیه، قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، جریده رسمی شماره: ۱۲۳۶، سال ۱۳۹۵ هـ. ش، ماده سوم.

^۲ وزارت عدلیه، قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی، جریده رسمی شماره: ۱۲۴۶، سال ۱۳۹۵ هـ. ش، ماده سوم.

فصل دوم

مراحل انعقاد یا شکل‌گیری معاهدات بین‌المللی

معاهده بین‌المللی سند رسمی بین‌المللی است که آثار حقوقی بر آن، مترتب و دارای ارزش و اعتبار بین‌المللی است. برای تهیه و تنظیم چنین سندی مراحل و تشریفات خاص لازم است. هر معاهده بین‌المللی معمولاً پس از انجام تشریفات طولانی و پیچیده انعقاد می‌یابد و این تشریفات و مراحل از یک سو به نوع معاهده و موضوع معاهده و از سوی دیگر به طبیعت و تعداد طرف‌های معاهده بستگی دارد؛ اما در مجموع می‌توان مراحل مشترک انعقاد یا شکل‌گیری معاهدات را به ترتیب ذیل دسته‌بندی نمود:

مرحله اول: مذاکره؛

مرحله دوم: نگارش معاهده؛

مرحله سوم: امضای معاهده؛

مرحله چهارم: تصویب یا الحاق به معاهده؛

مرحله پنجم: مبادله یا تودیع اسناد تصویب یا الحاق شده.^۱

بنابراین معاهدات بین‌المللی الی انعقاد یا لازم‌الاجرا شدن، مراحل فوق‌الذکر را سپری می‌نمایند تا به حیث یک سند بین‌المللی شناخته شوند و برای طرف‌های معاهده نظر به تعهد آن‌ها، الزام‌آور باشد، حالا به تشریح و توضیح مراحل معاهدات بین‌المللی می‌پردازیم.

مبحث اول: مذاکره در زمینه انعقاد معاهده

مذاکره مرحله مقدماتی انعقاد معاهدات بین‌المللی بوده که به مفهوم گفتگوی ساده نیست؛ زیرا امروز مذاکره به یک فن یا هنر مبدل شده و صرف شامل گفتگوهای منظم

^۱ محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌الملل، پیشین ص ۲۵.

و رودرو و سازمان یافته نیست؛ بلکه شامل تمام مکاتبات، مبادله یادداشت‌ها و حتی تماس‌های مخابراتی طرف‌های معاهده را نیز شامل است.^۱

هر گفتگوی ساده شاید مقدمه برای مذاکره و نتیجه هماهنگی اراده دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی در حل مسایل اجتماعی و برقراری تعادل میان منافع آن‌ها باشد. مذاکره مجموعه است از فنون و روش‌ها که منافع متضاد و واحدهای سیاسی مستقل را باهم آشتی می‌دهد.^۲ بنابراین دولت‌ها در جامعه بین‌المللی خواسته‌اند منطق و دیپلماسی بر سرنوشت آن‌ها حاکم باشد و به تبادل نظر پرداخته‌اند؛ زیرا به قول کلاو وزتیس: «وقتی سلاح‌ها برابر اند و موازنه سیاسی میان قدرت‌های بزرگ پدید آمده است، آنچه اهمیت دارد، فرماندهی فضای سیاسی و دیپلماتیک، شیوه آینده‌نگری و مذاکره است».^۳

مذاکره اشکال مختلف دارد و برحسب نوع معاهده متفاوت است؛ یعنی هرگاه مذاکره جهت انعقاد معاهدات دوجانبه باشد؛ تنها نمایندگان دو طرف در مذاکره شرکت می‌نمایند و معمولاً میان مقامات رسمی؛ مثل وزرای امور خارجه یا نمایندگان دیپلماتیک و با اشتراک و حضور صاحب‌نظران و کارشناسان فنی صورت می‌گیرد؛ ولی هرگاه معاهدات چندجانبه باشد، مذاکرات معمولاً در محضر یک‌نهاد بین‌المللی دایم (ازجمله مجمع عمومی سازمان ملل متحد) یا موقت انجام می‌گردد.

مقام صلاحیت‌دار جهت انجام مذاکره

از آن جاییکه مذاکره یکی از مراحل شکل‌گیری یا انعقاد معاهده بین‌المللی به شمار می‌رود و ممکن است در نتیجه‌ای مذاکرات، آثار حقوقی را به طرف‌های مذاکره‌کننده به بار آورد؛ لذا باید در مذاکرات مقام صلاحیت‌دار شرکت نماید. البته مقام صلاحیت‌دار

^۱ پیشین، ص ۲۶.

^۲ هدایت الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، پیشین، ص ۲۷.

^۳ پیشین، ص ۱۲۸.



به موجب حقوق داخلی معین و مشخص می‌گردد که عمدتاً در قانون اساسی یا قوانین عادی، مقام ذیصلاح انجام مذاکرات و عقد معاهدات مشخص می‌شود که در اکثر کشورها این مسئولیت را معمولاً مأموران قوه مجریه مخصوصاً وزیر امور خارجه به عهده داشته و مسئولیت مذاکره و عقد معاهده را در سازمان‌های بین‌المللی مدیر یا رئیس عمومی یا نماینده وی به عهده دارد.

به هر حال، اصل بر این است که مقام صلاحیت‌دار انجام مذاکرات، باید سندی بنام اختیاریانه یا اعتبارنامه در دست داشته باشد.^۱

بنابراین طرف‌های مذاکره قبل از آغاز به مذاکره باید اعتبارنامه یا صلاحیت نامه خویش را ارایه نمایند، تا اولاً اطمینان حاصل گردد که مذاکره‌کننده دارای اختیار تام است، ثانیاً حدود اختیارات وی تا چه حدی است؛ زیرا در غیر این صورت ممکن است اقداماتی در رابطه به انعقاد معاهدات از جانب اشخاص فاقد صلاحیت نمایندگی، انجام شود و در نتیجه، معاهده منعقد، مواجه به بطلان بنا بر فقدان اثر حقوقی از جانب طرف معاهده می‌گردد.^۲

در مذاکرات مربوط به انعقاد معاهدات چندجانبه مخصوصاً در مجامع بین‌المللی، معمولاً ابتدا کمیته اعتبارنامه‌ها یا اختیاریانه‌ها تشکیل می‌گردد و وظیفه آن‌ها رسیدگی به اختیاریانه‌های نمایندگان و مذاکره‌کنندگان است آغاز و اجازه انجام مذاکره به

^۱ بند دوم کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات، اختیاریانه را چنین تعریف نموده است:

« اختیاریانه به معنای سندی است که به وسیله مرجع صالح یک کشور صادر می‌شود و طبق آن شخص یا اشخاص برای نمایندگی آن کشور جهت مذاکره، قبول یا تأیید اعتبار متن یک معاهده، یا جهت اعلام رضایت آن دولت به التزام در قبال یک معاهده، و یا جهت انجام هر اقدام دیگری در مورد یک معاهده تعیین می‌گردد.» به همین ترتیب برخی از دانشمندان اعتبارنامه را چنین تعریف نموده‌اند: « اعتبارنامه: اجازه‌نامه ایست که برای انجام مذاکره و انعقاد پیمان صادر می‌گردد و رئیس دولت آن را امضاء می‌نماید.»

^۲ پیشین، ماده ۸.

شرکت کنندگان در مذاکره منوط به تأیید اختیاریانه آنها است.^۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات باوجودیکه ارایه اعتبارنامه را جهت هرگونه اقدام مربوط به انعقاد معاهدات لازم می‌داند، اما دو مورد را استثناء نموده است و ارایه اعتبارنامه را در دو مورد زیر مطلق تلقی نمی‌کند:

«۱- هرگاه از رویه کشور یا سازمان مربوط یا شرایط و اوضاع و احوال دیگر چنین برآید که قصد آنها این بوده که شخص یا اشخاص که بدون اختیاریانه در مذاکره شرکت کرده‌اند، نماینده کشور یا سازمان بین‌المللی خود تلقی کند.^۲»

«۲- اشخاص زیر به لحاظ سمت‌های که دارند بدون داشتن اختیاریانه نماینده تام‌الاختیار کشور یا سازمان بین‌المللی متبوع خود محسوب می‌گردد:

الف: رؤسای کشورها، رؤسای دولت‌ها (رؤسای حکومت) و وزرای امور خارجه به‌منظور انجام تمام اعمال مربوط به انعقاد یک معاهده.

ب: رؤسای هیئت‌های سیاسی (دیپلماتیک) به‌منظور پذیرفتن یک متن معاهده بین کشورهای که بر آنها استوارنامه^۳ داده و کشوری که استوارنامه آنها را پذیرفته است.

^۱ محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌الملل، پیشین ص ۲۸.

^۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات، جزء ب، بند ۱، ماده ۷.

^۳ استوارنامه عبارت از نامه‌ای رسمی است که به‌منظور معرفی سفیر یا نماینده یک کشور یا یک سازمان بین‌المللی توأم با تعیین حدود اختیارات آنها حسب احوال از طرف رئیس‌جمهور یا مقام ذیصلاح دیگر که صلاحیت قانونی صدور استوارنامه را دارا باشد به کشور یا سازمان بین‌المللی موردنظر ارسال می‌گردد.

استوارنامه در دو نسخه اصل و کاپی تهیه می‌شود. نسخه کاپی به وزیر امور خارجه و نسخه اصلی معمولاً طی یک مراسم رسمی با عنوان "تقدیم استوارنامه" توسط سفیر به رئیس‌جمهور یا مقامات دیگر کشور میزبان تقدیم می‌شود و پس‌ازاین مراسم دوران مأموریت سفیر یا نماینده به‌طور رسمی آغاز می‌شود، قابل‌ذکر است که در افغانستان به‌عوض کلمه استوارنامه از کلمه معادل آن یعنی اعتبارنامه یا صلاحیت نامه استفاده می‌شود، البته تفاوت که بین اعتبارنامه و صلاحیت نامه وجود دارد این است که صلاحیت اعطای اعتبارنامه مطابق قانون اساسی افغانستان و قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی از آن رئیس‌جمهور است ولی صلاحیت اعطاء یا صدور صلاحیت نامه مبتنی بر قانون معاهدات و

ج: نمایندگان آکرودیتة (دارای استوارنامه) کشورهای در یک کنفرانس بین‌المللی، یا یک سازمان بین‌المللی یا یکی از ارگان‌های آنها به‌منظور پذیرفتن متن معاهده در آن کنفرانس یا سازمان بین‌المللی و یا در آن ارگان.

د: رؤسای دایم هیئت‌های نمایندگی کشورها نزد یک سازمان بین‌المللی جهت قبول متن یک معاهده میان کشور فرستنده و آن سازمان در مواردی که حداقل یکی از طرف‌ها، یک سازمان بین‌المللی باشد.^۱

مقام صلاحیت‌دار انجام مذاکره در نظام حقوقی افغانستان

در افغانستان به‌موجب جزء (۱۷) ماده شصت و چهارم قانون اساسی افغانستان، اعطای اعتبارنامه به غرض عقد معاهدات بین‌الدول مطابق احکام قانون از صلاحیت‌های رئیس‌جمهور دانسته شده و به همین قسم فقره‌های (۱ و ۲) ماده چهارم قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی در رابطه، چنین مشعر است:

«(۱) رئیس‌جمهور معاهدات را مستقیماً عقد نموده یا اعتبارنامه را غرض انجام مذاکرات یا عقد معاهدات مندرج ماده نهم این قانون به نماینده خود اعطاء می‌نماید.
(۲) اعتبارنامه قبل از انجام مذاکره یا امضای معاهده میان نماینده رئیس‌جمهور و طرف مقابل تعاطی می‌گردد.»

طوری که ملاحظه می‌گردد، رئیس‌جمهور کشور مستقیماً صلاحیت انجام مذاکره و عقد معاهدات را دارا است و همچنین می‌تواند که به نمایندگی از خود، شخص دیگری را جهت انجام مذاکرات و عقد معاهدات اعتبارنامه دهد.

تعدیل قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی در رابطه به تعریف اعتبارنامه و صلاحیت نامه طور ذیل صراحت دارد:

میثاق‌های بین‌المللی از آن وزیر امور خارجه است، البته موارد اعطای اعتبارنامه و صلاحیت نامه در قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی پیش‌بینی شده است.

^۱ پیشین، بند ۲، ماده دوم.

«اعتبارنامه: سندی رسمی است، که رئیس‌جمهوری اسلامی افغانستان غرض انجام مذاکرات و امضای معاهدات مندرج فقره (۱) ماده نهم این قانون به نماینده خود تفویض می‌نماید.»

«صلاحیت نامه: سندی رسمی است، که به‌موجب آن وزیر امور خارجه شخصی را به‌منظور مذاکره و امضای موافقت‌نامه، پروتوکول، و معاهده به‌استثنای حکم مندرج فقره (۱) ماده نهم این قانون یا اشتراک در جلسات بین‌المللی به نمایندگی از دولت جمهوری اسلامی افغانستان معرفی می‌نماید.»^۱

مبحث دوم: نگارش متن معاهده

مذاکرات معمولاً به نگارش متن مکتوب منجر می‌شود و درواقع دومین مرحله انعقاد یک معاهده بین‌المللی نگارش متن آن است.^۲

نگارش متن معاهده، کار مسلکی و کارشناسی است که عمداً توسط اشخاص دانا، تجربه و مسلکی که مذاکره‌کنندگان را همراهی می‌نمایند، صورت می‌گیرد. البته این روش صرف در معاهدات قراردادی اجرا می‌شود؛ ولی معاهدات عام یا قانون ساز تا حدودی زیادی نحوه نگارش متفاوت دارد؛ زیرا امروز تابعان حقوق بین‌الملل در فرایند نگارش معاهدات عام یا قانون ساز مستقیماً مداخله نمی‌نمایند؛ بلکه این وظیفه را به عهده نهادهای دایم، ازجمله کمیسیون حقوق بین‌الملل یا کمیسیون موقت می‌گذارند.^۳

معاهدات بین‌المللی نظر به نوعیت معاهده، طور متفاوت نگارش یا تحریر می‌گردد، فرایند نگارش در معاهدات عام یا قانون ساز و معاهدات قراردادی متفاوت است که ذیلاً به‌طور جداگانه به بحث می‌گیریم:

^۱ وزارت عدلیه، تعدیل قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، جریده رسمی شماره: ۱۲۶۹ مورخ ۲۵/میزان/۱۳۹۶هـ.ش.

^۲ محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، پیشین ص ۱۰۲.

^۳ پیشین صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

فرایند نگارش معاهدات قراردادی

نگارش معاهده یک عمل کارشناسی بوده که ممکن است در معاهدات قراردادی بلافاصله پس از پایان مذاکرات توسط کارشناسانی که مذاکره‌کنندگان را همراهی می‌کنند، صورت می‌گیرد یا موکول به زمان آینده گردد. هرگاه نگارش متن یک معاهده به آینده موکول گردد، هر یک از طرف‌ها می‌توانند، پیش‌نویس یا مسوده از نظریات مورد توافق در مذاکره را به شکل معاهده، تهیه و تنظیم نموده و برای طرف یا طرف‌های دیگر ارسال نمایند و آن‌ها نیز می‌توانند نظریات، پیشنهادها و اصلاحات خویش را به طرف ارسال‌کننده پیش‌نویس، ارسال دارند در هر حال با مکاتبات و مذاکرات میان طرف‌ها باید در خصوص معاهده توافق حاصل آید در غیر این صورت، شکست در این مرحله، با شکست در مرحله اول تفاوت ندارد.^۱

فرایند نگارش معاهدات قانون ساز

نگارش معاهدات عام یا قانون ساز تا حدودی زیادی از معاهدات قراردادی یا ساده و اجرایی متفاوت است؛ زیرا اکثراً نگارش معاهدات عام یا قانون ساز به عهده نهادهای دایم یا موقت است که از جمله نهادهای دایم در این زمینه که نقش اصلی و فعال دارند، کمیسیون حقوق بین‌الملل است؛ زیرا توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل را عمده‌تاً این کمیسیون به پیش می‌برد و به همین ترتیب نهاد موقتی که بر اساس تصمیم مجمع عمومی سازمان ملل متحد، ایجاد می‌گردد نیز می‌تواند، معاهدات را نگارش یا تحریر بدارد؛ بنابراین طوری که ملاحظه می‌گردد هر دو نهاد (دایمی و موقتی) بر اساس تصمیم مجمع عمومی سازمان ملل متحد، می‌توانند، معاهدات را تحریر دارند. جهت وضاحت موضوع، این دو مورد را به‌طور جداگانه به رشته تحریر درمی‌آوریم:

^۱ محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌الملل، پیشین ص ۳۰.

فرایند نگارش معاهدات در کمیسیون حقوق بین الملل

کمیسیون حقوق بین الملل، سازمان ملل متحد بنا بر تصمیم مجمع عمومی سازمان ملل متحد یا به تشخیص خویش، تهیه و تنظیم معاهده را به عهده می گیرد که در ابتدا یکی از اعضای خود را به عنوان «مخبر ویژه» (Reporter adhoc) تعیین می نماید. مخبر مأمور مطالعه موضوع به کمک دارالانشای سازمان ملل متحد است. بعداً کمیسیون بر اساس پیشنهادهای مخبر ویژه و به تعقیب یک سلسله مذاکرات ابتدایی مواد یک معاهده قانون ساز را مورد تصویب قرار می دهد و سپس آن را به منظور بحث و بررسی به مجمع عمومی و کشورهای عضو سازمان ملل متحد ارسال می دارد تا آن ها نظریات شان را به کمیسیون ارایه نمایند، کمیسیون، نظریات کشورهای عضو سازمان ملل متحد را در صورت مؤجه بودن در طرح معاهده منعکس و بعد از تصویب نهایی به مجمع عمومی سازمان ملل متحد تسلیم می نماید. مجمع عمومی طرح معاهده را جهت بررسی بیشتر حقوقی، به کمیته ششم (کمیته امور حقوقی) ارسال می نماید و با تصویب نهایی معاهده از طرف مجمع عمومی، فرایند نگارش معاهده خاتمه می یابد.^۱

فرایند نگارش معاهدات قانون ساز در نهادهای موقتی

مجمع عمومی سازمان ملل متحد، برخی اوقات پس از وصول طرح معاهده از جانب کمیسیون حقوق بین الملل با صدور مصوبه، تشکیل نهاد موقتی مثل یک کنفرانس بین المللی را برای بررسی نهایی طرح یک معاهده مشخص می سازد در این صورت نهاد مربوط اصلاحات لازم را در طرح معاهده وارد نموده و فرایند نگارش معاهده را خاتمه می بخشد.

^۱ پیشین ص ۳۱.

البته مجمع عمومی می‌تواند، بدون در اختیار داشتن طرح از جانب کمیسیون حقوق بین‌الملل، نهاد موقت را در فرایند نگارش معاهده با صدور یک مصوبه، شرکت به حضور داده و تهیه و طرح مواد را از ابتدا تا انتها به عهده آن بگذارد.^۱

طرز انتخاب زبان در نگارش معاهدات

یکی از موضوعات که در فرایند نگارش معاهدات از اهمیت به سزایی برخوردار است، مسئله زبان است؛ زیرا این مسئله مرتبط با اصل حاکمیت، استقلال و برابری کشورها و حتی گاهی ایجاد اعتبار و حیثیت می‌کند. علاوه بر این، زبان نگارش معاهده، نقش اساسی در تفسیر معاهده ایفاء می‌نماید؛ زیرا مقام تفسیرکننده با رجوع به نسخه‌ای از معاهده که به زبان معتبر تحریر شده باشد، می‌تواند معاهده را طور بهتر مورد تفسیر قرار دهد.

تابعان حقوق بین‌الملل در گذشته و حال در انتخاب زبان در نگارش معاهدات، روش‌های متفاوت و متعددی را اختیار نموده‌اند که عبارت‌اند از: انتخاب یک‌زبان، انتخاب چند زبان با رجحان یکی و انتخاب چند زبان با اعتبار برابر، که در زیر هر یک از روش‌های فوق‌الذکر طور جداگانه تبیین گردیده است:

انتخاب یک‌زبان

برخی اوقات تابعان حقوق بین‌الملل در نگارش معاهده از یک‌زبان استفاده می‌نمایند. نگارش معاهده به یک‌زبان پیامد دو امر است: از یک‌سو، یکی بودن زبان رسمی طرف‌ها در نگارش معاهده اعمال می‌شود؛ طور مثال نگارش معاهده به زبان عربی میان کشورهای عربی زبان. این روش طبیعی و عادی طرف‌های معاهده است و از سوی دیگر متنوع بودن زبان طرف‌های معاهده و انتخاب یک‌زبان در نگارش معاهده

^۱ پیشین ص ۳۲.

است، در گذشته، این روش بسیار معمول بود، طوری که از قرون وسطی تا عصر جدید، در اروپا معاهدات فقط به زبان لاتین نگاشته می‌شد؛ اما از آغاز قرن ۱۹ تا جنگ جهانی اول زبان فرانسوی تقریباً جایگزین زبان لاتین شد. در سال ۱۹۱۹ زبان فرانسوی انحصاری بودن خود را ازدست داده و زبان انگلیسی جایگاه ویژه و بهتر یافته است و امروز از روش انتخاب یک زبان کمتر استفاده می‌شود.^۱

انتخاب چند زبان با رجحان یکی

روش دیگری نگارش معاهدات به دو یا چند زبان، رجحان یکی از آن‌ها بر سایرین است. این روش طوری است که معاهده در چند نسخه به تعداد طرف‌های معاهده و به زبان‌های رسمی آن‌ها تحریر می‌گردد و یک نسخه آن به زبان مرجح به رشته تحریر می‌آید. نسخه‌ای که به زبان مرجح نگاشته شده، درواقع متن معتبر (Texte authentique) و سایر متون صرفاً متون رسمی (Texte officiel) هستند.

البته میان متن معتبر و متن رسمی از لحاظ حقوقی در اساس تفاوتی وجود ندارد و کلیه آن‌ها دارای ارزش و اعتبار حقوقی برابر می‌باشند؛ اما زمانی تفاوت بروز می‌کند و برتری یکی بر سایرین خود را نشان می‌دهد که اختلاف در تفسیر یا اجرا معاهده پیش آید و در این صورت، قاضی یا داور بین‌المللی باید فقط متن معتبر را ملاک حکم قرار دهد.

انتخاب چند زبان با اعتبار یکسان

طبق این روش، معاهده در نسخه‌های به تعداد طرف‌های متعاهد به زبان‌های رسمی آن‌ها تنظیم و نگاشته می‌شود با اعلام این مطلب که کلیه نسخه‌های معاهده در حکم واحد بوده و معتبر اند و هیچ‌یک بر دیگری مرجح دانسته نمی‌شود، البته مشکلی که از

^۱ پیشین، ص ۳۳.

استفاده این روش به وجود می‌آید، هنگام تفسیر معاهده است و آن‌هم که معاهده، چندجانبه باشد که مشکلات تفسیر را بیش‌ازحد می‌سازد.

بافت یا ساختار معاهده

از نظر شکلی، هر معاهده متضمن عناصری است که معاهده را تشکیل می‌دهد. این عناصر شامل مقدمه، متن معاهده و در برخی حالات ضمیمه‌ها یا پیوست‌ها است. در زمان‌های گذشته، در بسیاری موارد ابتدا و قبل از تحریر نمودن مقدمه، معاهده را به نام خدای متعال آغاز می‌کردند؛ ولی امروز نام خداوند سبحان و تعالی در سرلوحه معاهدات دوجانبه که میان کشورهای اسلامی منعقد می‌شود، تحریر می‌گردد یا معاهداتی را که دولت واتیکن با سایر کشورها منعقد می‌نماید «سریر مقدس» را بالای آن می‌نویسد. با ذکر مطالب فوق‌الذکر به این نتیجه می‌رسیم که هر معاهده از دو قسمت تشکیل می‌شود یکی مقدمه و دیگری متن و در برخی مواقع احتمالاً ضمیمه‌ها یا پیوست‌ها؛ بنابراین در این بخش مقدمه، متن معاهده و ضمیمه‌ها یا پیوست‌ها را جهت وضاحت بیشتر به بحث می‌گیریم:

مقدمه معاهده

هر معاهده دارای مقدمه است در مقدمه معمولاً کلیات ذکر می‌شود، اسامی طرف‌های معاهده، موضوع معاهده و انگیزه انعقاد معاهده، عمدتاً در مقدمه معاهده گنجانیده می‌شود، قابل ذکر است که در معاهدات قراردادی ذکر اسامی طرف‌های معاهده ممکن است؛ اما در معاهدات قانون ساز چون تعداد طرف‌ها مشخص نیست؛ لذا ذکر اسامی آن‌ها ممکن نبوده و ذکر نام طرف‌های معاهده به دو صورت تحریر می‌شود:

۱- ذکر نام کشورهای طرف معاهده: در این خصوص در مقدمه معاهده نام کشورهای طرف معاهده ذکر می‌شود که امر منطقی نیز است؛ زیرا فقط دولت‌ها هستند که درواقع باید آثار معاهده را متحمل شوند؛ ولی امروز از این روش کمتر استفاده می-

نمایند؛ مگر با آنهم پس از جنگ جهانی دوم با ذکر نام کشورها در معاهدات چندجانبه که در چارچوب سازمان ملل متحد به امضاء رسیده است، این روش دوباره احیا گردیده است؛^۱

۲- ذکر نام ارکان دولتی طرف معاهده : این روش به دو صورت انجام می شود یکی اینکه رکن منفرد را در مقام مسئول نام ببرند و دیگر اینکه رکن جمعی را.

نخستین شکل آن که نام رؤسای دولت ها و یا رکن دولتی صالح برای عقد معاهده را در معاهده ثبت می کنند، دومین شکل آن این است که امضای معاهده با ذکر نام دولت ها در مقام طرف معاهده در مواردی صورت گرفته می تواند که آن معاهده دوجانبه بوده و اهمیت خاص داشته باشد. سومین شکل نیز وجود دارد که البته چندان شناخته شده نیست و آن این است که مردم یا ملتی، خودشان طرف معاهده باشند.

این مورد به دلیل آنکه مردم یا ملت به حیث تابعان حقوق بین الملل هنوز تابعان اصلی یا بلافصل حقوق بین المللی نیستند، موردی نادری است.

هدف معاهده نیز در مقدمه ذکر می شود، دولت ها غالباً پس از ذکر انگیزه اصلی عقد معاهده، به شرح اهداف خود می پردازد.

البته بیان موجبات و اهداف معاهده متضمن فوایدی حقوقی است مشروط بر اینکه:

۱- مقدمه خلای موجود در معاهده را به صورت منطقی پُر کند؛

۲- مقدمه، هدف غایی معاهده را به صورتی بیان نماید که در تفسیر مندرجات معاهده مؤثر باشد.^۲

و همچنان موضوع معاهده نیز در مقدمه ذکر می شود و اینکه موضوع معاهده چیست؟ تا در صورت بروز اختلاف در تفسیر معاهده استفاده شود.

^۱ هدایت الله فلسفی، حقوق بین الملل معاهدات، پیشین ص ۱۳۵.

^۲ پیشین، ص ۱۳۶.

سوالی که در رابطه به مقدمه به ذهن متبادر می‌گردد، این است که آیا مقدمه از اعتبار حقوقی برخوردار است یا خیر یا اعتبار حقوقی مقدمه چیست؟ در پاسخ باید اشاره کرد که اصولاً مقدمه معاهده؛ همچون سایر مجموعه‌های قواعد حقوقی دارای قدرت الزام‌آور نیست؛ بلکه صرف برای تفسیر از آن استفاده می‌شود. کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات، ضمن اعلان این نکته، که در تفسیر معاهدات باید سیاق و عبارات آن را در پرتو هدف و موضوع آن موردنظر قرارداد سیاق عبارات را شامل مقدمه نیز می‌دانند.^۱

ب: متن معاهده

متن معاهده همیشه به یک صورت تهیه می‌شود؛ اما آنچه بیشتر معمول است، آن است که معاهده را ماده‌بندی کنند البته شمار این ماده‌ها، بستگی به نوعیت معاهده دارد برخی معاهدات دارای مواد بیشتر است. مثلاً معاهده صلح ورسای که (۴۴۰) ماده؛ منشور ملل متحد که (۱۱۱) ماده؛ معاهده ۱۹۵۷ درباره تشکیل جامعه اقتصادی اروپا (۲۴۸) ماده و معاهده ۱۹۸۲ حقوق دریاها (۳۲۰) ماده دارد.^۲

متن معاهده مشتمل بر مواد معاهده و شرایط پایانی آن است و تعداد مواد یک معاهده به گستره معاهدات موردقبول طرف‌های آن معاهده، بستگی دارد. شرایط یا قیود پایان معاهده شامل مندرجات نهایی آن است. معمولاً متضمن نکات شکلی زیر است:

- روش اصلاح و تجدیدنظر در معاهده؛
- نحوه لازم‌الاجرا شدن معاهده؛
- شمولیت معاهده نسبت به کشورهای که در تهیه متن معاهده شرکت نداشته‌اند؛
- مدت معاهده و این در صورتی است که معاهده قراردادی باشد؛

^۱ محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌الملل، پیشین ص ۳۷.

^۲ هدایت الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، پیشین ص ۱۳۷.

- مرجع تفسیر و حل اختلاف و امثال آن.

ج: ضمایم یا پیوست‌ها

ضمایم یا پیوست‌ها ممکن است شامل مقررات علمی، فنی، اداری، تکمیلی، تفسیری یا تفصیلی و غیره در مورد برخی از مواد معاهده یا مجموع آن‌ها باشد. در برخی مواقع، ضمیمه‌ها از نظر مادی ناشی از احتراز از حجیم شدن معاهده است و تعداد اسناد ضمیمه‌ها یک معاهده ممکن است بسیار زیاد باشد، از دیدگاه حقوقی ضمیمه‌های یک معاهده از اعتبار یکسانی برخوردار نیستند و این به نوعیت سند ضمیمه‌شده، بستگی دارد. مثلاً هرگاه کنفرانس تدوین یک معاهده، اعلامیه پایانی یا قطعنامه در رابطه به آن معاهده صادر نماید و آن سند به ضمیمه معاهده درآید، چنین سندی فاقد اعتبار حقوقی بوده، ولی سندی که در جهت تکمیل یک معاهده، ضمیمه یا پیوست آن شده است از اعتبار حقوقی برخوردار است؛ زیرا این گونه اسناد جزء لاینفک معاهده محسوب می‌شوند و از قدرت الزام‌آوری؛ همچون متن معاهده برخوردارند، درحالی‌که اسناد دسته اول جنبه توصیه‌ای دارند.^۱

البته در بسیاری موارد موضوع اعتبار ضمیمه‌های معاهده در متن اصلی معاهدات به صراحت قید می‌گردد که در چنین حالت؛ ضمیمه دارای اعتبار حقوقی همچون متن معاهده است.

معمولاً انعقاد یک معاهده، هم‌زمان و همراه با ضمیمه آن است، ممکن است در حین اجرای معاهده نیاز به ضمیمه‌ها یا پیوست‌ها جدیدی باشد که این عمل باید به توافق بعدی طرف‌های معاهده و یا به ترتیب مندرجات مقرر در معاهده صورت گیرد. اعتبار چنین ضمیمه که بیشتر معروف به الحاقیه است نیز با اعتبار متن اصلی معاهده، یکسان است.

^۱ محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌الملل، پیشین ص ۳۸.

پذیرش و تصدیق اعتبار متن معاهده

بعد از مرحله مذاکره، مرحله نگارش و پذیرش متن معاهده مطرح بحث است که پذیرش متن معاهده حاکی از پایانی مرحله مذاکره و تهیه و تنظیم معاهده است. در مرحله پذیرش متن دودسته عملیات مستقل و جداگانه تشکیل می‌شود یکی تأیید متن معاهده و دیگر تصدیق اعتبار متن آن.

تأیید متن معاهده به این معنا است که مذاکره خاتمه یافته، مذاکره‌کنندگان معاهده را در یک نگاه اولیه موردپذیرش قرار می‌دهند؛ اما تصدیق اعتبار متن معاهده روشی است که بنا بر آن قصد مذاکره‌کنندگان قطعی تلقی کردن متن نگاشته شده است. در نتیجه، متنی که اعتبار آن تصدیق شده قابل جرح و تعدیل نیست. تأیید متن و تصدیق اعتبار متن در مورد معاهدات چندجانبه عملاً مستقل از یکدیگر است، بدین ترتیب که ابتدا متن معاهده به رأی گذاشته می‌شود و یا از طریق کنسانسوس^۱ موردپذیرش یک کنفرانس

^۱ تعریف دقیق کنسانسوس به‌طور اخص شایسته است؛ خاطرنشان می‌شود که این اصطلاح در زبان دیپلماتیک برای مشخص کردن پدیده‌های متعددی بکار گرفته شده است؛ لذا اغلب به جملاتی همچون «کنفرانس (کمیته و غیره) تصمیمات خود را با کنسانسوس اتخاذ می‌کند» و یا «تمامی تلاشها برای اتخاذ تصمیمات با تراضی عمومی بکار برده خواهد شد» بر می‌خوریم. واضح است که در اینجا کنسانسوس به معنای آئینی است که برای اخذ تصمیمات به کار می‌رود و در تمام مواردی که کنسانسوس در مقررات داخلی (یک کنفرانس) منظور می‌گردد، آن را در بخش یا ماده ای که مربوط به اخذ تصمیمات است، می‌یابیم. اما بسیاری از اوقات به عباراتی بر می‌خوریم نظیر «رکن به کنسانسوس رسیده است»، «کنسانسوس بدست آمده است»، «کنسانسوس مورد نظر ایجاد شده است» و یا عبارات دیگری که ناظر بر توافق عمومی، به عنوان ثمره مشورتها و نتیجه نهایی جریان مذاکراتی است که در طی آن روش کنسانسوس به کار گرفته شده. علی‌رغم چنین تفکیکی میان این آئین و نتیجه حاصل از آن، آشکارا به نظر می‌رسد که کنسانسوس قبل از هر چیز آئینی است در دیپلماسی چند جانبه برای رسیدن به نتایجی (همچون تصمیمات، توصیه نامه‌ها، متون و غیره) که بیان‌کننده توافق عمومی شرکت‌کنندگان است. در حقیقت، با تجزیه و تحلیل دقیقتر این آئین، شاید صحیح‌تر باشد که از آن به عنوان فن مذاکره و اخذ تصمیم یاد کرد، که ویژگی آن، در تمام طول

یا مجمع بین‌المللی یا رکنی از یک سازمان بین‌المللی قرار می‌گیرد و سپس توسط رؤسای هیئت‌های نمایندگی امضاء می‌شود در مقابل، معاهدات دوجانبه عموماً مورد تأیید قرار می‌گیرد و اعتبار متن معاهده با یک عمل حقوقی واحد، مورد تصدیق واقع می‌شود.

امضای معاهده

پس از پایان مذاکرات، نگارش متن معاهده و پذیرش آن توسط طرف‌های معاهده، مرحله امضاء فرامی‌رسد که توسط نمایندگان تام‌الاختیار کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی یا سازمان‌های بین‌الحکومتی صورت می‌گیرد. اصولاً امضای معاهده مرحله پایانی مذاکرات است که با تشریفات معینی همراه است. امضاء درواقع نوعی رسمیت و قطعیت به معاهده می‌بخشد و درعین حال می‌تواند به‌عنوان یکی از شیوه‌های اعلام رضایت به التزام در قبال معاهده نیز باشد.^۱

به باور برخی از دانشمندان امضای یک معاهده دارای آثار حقوقی زیر است:^۲

۱- امضاء بیش از هر چیز، باعث رسمیت بخشیدن به متن معاهده می‌شود. متن معاهده درواقع پس از امضاء یا پاراف، قطعی می‌شود و بدین سبب هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند، در آن تغییری وارد نماید، مگر به مذاکره جدید یا در صورتی که در متن معاهده پیش‌بینی شده باشد و یا مقررات کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات مجاز دانسته باشد.

مذاکرات و تصمیم‌گیری، علی‌رغم احتمال انجام نظرخواهی‌های غیر رسمی، عدم توسل به رأی و نیز عدم اعتراض‌های اساسی است.

^۱ کنوانسیون ویانا ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات ماده ۱۱.

^۲ رضا موسی زاده، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان ۱۳۸۹ هـ ش، ص ۷۰.

۲- در مواردی امضاء می‌تواند، به‌طور قطعی ایجاد التزام برای کشور امضاء کننده کند و آن در صورتی است که در معاهده چنین چیزی پیش‌بینی شده باشد و یا این که آن معاهده از نوع موافقت‌نامه‌های ساده یا اجرایی باشد.

۳- امضای معاهده باعث ایجاد الزامات رفتاری برای دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی امضاء کننده می‌شود، خصوصاً این که امضاء به‌شرط تصویب یا تأیید صورت گرفته باشد در مدت‌زمانی که معاهده هنوز لازم‌الاجرا نشده است، دولت یا سازمان بین‌المللی امضاء کننده نمی‌تواند، به بهانه لازم‌الاجرا نبودن معاهده، اقداماتی را که به هدف و منظور معاهده لطمه وارد می‌کند، انجام دهد.

۴- امضای معاهدات (در معاهدات رسمی) برای قوه مجریه ایجاد التزام می‌کند تا متن معاهده را جهت تصویب برای قوه مقننه ارسال کند.

ولی به باور برخی از دانشمندان امضای معاهده دارای سه جایگاه ذیل‌اند:

۱- امضاء به‌عنوان طریقه جهت رسمیت و قطعیت بخشیدن به متن معاهده؛

۲- امضاء به‌شرط تصویب یا تصدیق معاهده؛

۳- امضاء به‌منزله تصویب یا تصدیق معاهده.^۱

که هر یک از سه نوع امضای فوق‌الذکر دارای نتایج یا آثاری است، که ذیلاً طور جداگانه تبیین گردیده است:

آثار حقوقی امضای به‌منزله رسمیت و قطعیت بخشیدن به متن معاهده

طوری که از عنوان آن هویدا است این نوع امضاء صرف به متن معاهده قطعیت و رسمیت می‌بخشد. البته این نوع امضاء صرف در معاهدات غیررسمی مطرح بحث است.

^۱ محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین الملل، پیشین ص ۴۰.

آثاری حقوقی امضای به منزله تصویب یا تصدیق

آثار حقوقی امضای معاهده از یک طرف به نوع معاهده بستگی دارد و از طرف دیگر به منزلتی که طرف‌های معاهده به آن می‌دهند، ارتباط دارد. در معاهداتی که امضاء به منزله تصویب (در مورد کشورها) و یا تصدیق (در مورد سازمان‌های بین‌المللی) باشد، البته صرف در موافقت‌نامه‌های ساده یا اجرایی آنهم بی‌شرطی که طرف‌های معاهده دارای اختیار چنین امضایی بوده یا دارا شده باشند، این نوع امضاء تجلی رضایت کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی امضاء کننده معاهده به التزام در قبال آن است.

کنوانسیون‌های ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ ویانا در زمینه حقوق معاهدات، ضمن تأیید امکان امضای به منزله تصویب یا تصدیق، امضای به منزله تصویب یا تصدیق را، به عنوان رضایت یک کشور یا یک سازمان بین‌المللی به التزام در قبال معاهده دانسته است.^۱ ماده ۱۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات در رابطه به اعلام رضایت به التزام در قبال یک معاهده از طریق امضاء چنین مشعر است: رضایت کشورها به التزام در قبال یک معاهده از طریق امضای نماینده آن کشور در صورتی ابراز می‌شود که:

الف: مراتب در خود معاهده پیش‌بینی شده باشد؛

ب: به نحوی دیگری ثابت گردد که کشورهای مذاکره‌کننده در خصوص اینکه امضاء باید چنین اثری داشته باشد، توافق کرده باشند؛

ج: قصد و نیت کشورها یا سازمان بین‌المللی مربوط از اختیارنامه نماینده آن مشخص شود یا در حین مذاکره این امر بیان شده باشد.

^۱ کنوانسیون‌های ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ ویانا در زمینه حقوق معاهدات ماده ۱۱.

به همین ترتیب بند ۲ ماده ۱۲ به منظور اجرای مفاد بند ۱ این ماده چنین مشعر است:

الف: در صورت ثبوت و توافق کشورهای مذاکره کننده در این خصوص، پاراف متن معاهده به منزله امضای معاهده محسوب می گردد؛

ب: امضای هم زمان با کسب تکلیف توسط یک نماینده در صورتی که به وسیله کشور مربوطه تأیید شود، امضای قطعی معاهده محسوب خواهد شد.^۱

آثار حقوقی امضای به شرط تصویب یا تصدیق

امضای به شرط تصویب یا تصدیق که در کنوانسیون های ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ ویانا در زمینه حقوق معاهدات نیز پیش بینی گردیده است، در واقع امضای موقت است و به تأیید مقامات دولتی صلاحیت دار، نیاز دارد این تأیید اثر عطف بما سبق دارد و باعث می گردد تا هرگونه شتاب زدگی و تعجیل در التزام قطعی و نهایی نسبت به معاهده احتراز شود. کشوری که معاهده را امضای به شرط تصویب نموده باشد به هیچ وجه در وضعیت کشوری که اصلاً معاهده را امضاء نه نموده یا از امضای معاهده خودداری نموده است، نیست. امضای یک معاهده از سوی تعدادی قابل توجهی از کشورها و سازمان های بین المللی دارای اهمیت سیاسی و حقوقی است که از مسئله اعتبار بخشیدن یا نه بخشیدن، صرف متن معاهده فراتر می رود.^۲

در گذشته از دیدگاه عرف بین المللی امضای به شرط تصویب یا تصدیق فاقد اعتبار حقوقی به معنی دقیق کلمه بوده و در نتیجه، کشوری که فرضاً معاهده را امضاء می نمود؛ اما از تصویب آن خودداری می کرد از زمره طرف های معاهده محسوب نمی گردید و در نتیجه، هیچ گونه مسئولیتی متوجه او نبود. دیوان بین المللی عدالت، این موضوع را در یکی از نظریات مشورتی خویش به خوبی بیان کرده است. « این واضح و

^۱ کنوانسیون ویانا ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات، ماده ۱۲.

^۲ محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین الملل، پیشین ص ۴۳.

آشکار است که امضای معاهده بدون تصویب، کشور امضاء کننده را طرف معاهده نمی‌گرداند باوجوداین، امضاء یک وضعیت موقت به نفع آن کشور برقرار کند؛^۱ اما در عصر حاضر با عنایت به مواد و مقررات کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات، امضاء به شرط تصویب یا تصدیق دارای اثر حقوقی نسبی گردیده است؛ یعنی کنوانسیون مذکور در فاصله زمانی امضاء تا تصویب یک سلسله تعهداتی را به کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی امضاء کننده معاهده تحمیل کرده است.^۱ که ذیلاً از آن یادآوری می‌گردد:

تعهدات زمان امضا تا تصویب یا تصدیق معاهدات

مطابق ماده ۱۸ کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات، کشوری که معاهده را امضاء می‌کند در فاصله زمانی میان امضاء تا تصویب یا تصدیق و تا زمانی که قصدش را به عدم عضویت در معاهده ابراز نکرده باشد، نباید مرتکب اعمال شود که به موضوع و هدف معاهده لطمه وارد نماید. در اعمال و اجرای تعهدات زمان امضاء تا تصویب یا تصدیق معاهده، حسن نیت نقش اساسی دارد. تعهدات زمان امضاء تا تصویب یا تصدیق معاهده حتی تا زمان لازم‌الاجرا شدن معاهدات نیز تداوم دارد، البته در عصر حاضر در معاهداتی که مستقیماً توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد تصویب می‌شوند، امضاء جایگاه ندارد و صرفاً الحاق صورت می‌گیرد.

امضای معوق یا پاراف معاهده

در انعقاد معاهدات، پاراف یک مرحله قبلی از امضای قطعی به شمار می‌رود و آن زمانی صورت می‌گیرد که نماینده یک دولت دارای اختیار امضاء نیست و یا در مورد برخی از مواد معاهده تردید دارد، نماینده دولت با پاراف کردن متن معاهده، توافق

^۱ کنوانسیون ویانا ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات بند الف ماده ۱۸.

دولت متبوع خود را نسبت به متن معاهده، اعلام می‌دارد، بی‌آنکه دولت خود را ملزم به امضای قطعی آن نماید و یا اینکه به هنگام قبولی متن معاهده به آن رأی مخالف و بعداً در رأی خویش تجدیدنظر نموده و معاهده را امضاء کند این امضاء، امضای معوق است. هرچند پاراف متن معاهده اجازه اندیشیدن و تصمیم‌گیری به دولت‌ها می‌دهد؛ ولی در برخی موارد همان ارزش امضای قطعی را دارا است، به‌موجب جزء الف بند ۲ ماده ۱۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ ویانا در زمینه حقوق معاهدات در صورت توافق دولت‌های مذاکره‌کننده، پاراف متن معاهده می‌تواند به‌منزله امضای معاهده باشد.^۱

تفاوت امضاء با پاراف یا امضای معوق

امضای معاهده در واقع تثبیت قطعی متن معاهده است یعنی پس از امضاء معاهده هرگونه بحث و گفتگو پیرامون متن معاهده خاتمه یافته و جز با گشایش مجدد مذاکره و یا به‌غیراز طریق پیش‌بینی‌شده در معاهده یا کنوانسیون حقوق معاهدات، نمی‌توان در آن تغییری آورد. امضای معاهده زمانی انجام می‌شود که اولاً فرایند نگارش معاهده ختم شده باشد؛ ثانیاً نمایندگان تام‌الاختیار شرکت‌کننده در مذاکره، اختیار امضای معاهده را دارا بوده و یا بعداً دارا شوند در غیر این صورت آن‌ها می‌توانند معاهده را صرف پاراف کنند؛ یعنی هرگاه نماینده در مذاکرات شرکت نموده و صلاحیت امضاء نداشته باشد، می‌تواند متن معاهده را پاراف نماید. همچنان نمایندگان می‌توانند، باوجود داشتن صلاحیت امضاء، معاهده را پاراف نمایند و از مقامات کشور خود کسب تکلیف یا درخواست اجازه نمایند که در این صورت نیز معاهده پاراف می‌گردد. البته ممکن است، معاهده پاراف شده به مرحله امضاء نرسد در این صورت، پاراف معاهده هیچ‌گونه تعهدی حقوقی برای دولت پاراف‌کننده ایجاد نمی‌نماید؛ لیکن نمی‌توان اهمیت سیاسی موضوع را نادیده گرفت. ممکن است که پاراف معاهده به‌منزله امضای قطعی

^۱ رضا موسی زاده، حقوق معاهدات بین المللی، پیشین ص ۷۰.

معاهده نیز محسوب گردد و این در صورتی است که مورد توافق دولت‌های مذاکره‌کننده قرار گیرد.^۱

تصویب معاهدات

امضای معاهدات فقط مبین مضمون اراده دولت‌ها است و قواعد ناشی از پیمان یا معاهده را الزام‌آور نمی‌سازد و هر قاعده آنگاه الزام‌آور است که دولت‌ها آن را تصویب نموده باشد.

تصویب عمل حقوقی یک‌جانبه است که مؤخر بر امضای معاهده است و به وسیله آن مقامات عالی یک کشور مطابق قوانین داخلی (معمولاً قانون اساسی) دارای صلاحیت انعقاد معاهدات بین‌المللی هستند، معاهده تهیه و امضاء شده، توسط نمایندگان تام‌الاختیارشان را تأیید و تصدیق نموده و به اینکه معاهده قطعی و لازم‌الاجرا گردد، رضایت می‌دهند و رسماً به نام کشور متبوع خود، جهت اجرای آن در قبال سایر کشورها متعهد و ملتزم می‌شوند.^۲

تصویب؛ تأییدی است از معاهده که مقامات صلاحیت‌دار داخلی با انجام آن، دولت خود را در قبال سایر دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی متعهد و ملتزم می‌کنند و یا به سخن دیگر، تصویب، تأیید نهایی دولت‌ها از عمل حقوقی است که نمایندگان تام‌الاختیار آن‌ها با امضای خود آن را محقق می‌سازد. مریت اُپنهایم^۳ معتقد است «هر معاهده به محض امضاء انعقاد می‌یابد؛ منتها نیروی الزام‌آور آن تا زمان تصویب معلق

^۱ کنوانسیون‌های وینا ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ در مورد حقوق معاهدات جزء الف، بند ۲، ماده ۱۲.

^۲ محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌الملل، پیشین ص ۴۵.

^۳ مریت اُپنهایم عکاس، هنرمند تجسمی و مدل آلمانی تبار، اهل سوئیس بود. نامبرده در ۶ اکتبر ۱۹۱۳ تولد و در ۱۵ نوامبر ۱۹۸۵ در گذشته است.

می‌ماند در نتیجه تا زمانی که تصویب اعلام نشده، هرچند معاهده انعقاد یافته است، آثاری به آن مرتب نیست»^۱

تصویب عبارت از تأیید و اعلان التزام قطعیت از سوی مجلس قانون‌گذاری و یا مقامات ذیصلاح یک کشور نسبت به اجرای مقررات یک معاهده است، این اعلان التزام نهایی است و موجب می‌شود که آن معاهده بین‌المللی به مثابه قانون داخلی به اجرا گذارده شود.^۲ طوری که ملاحظه می‌گردد، عمل تصویب یک مرحله جداگانه از امضای معاهده است و عمل تصویب از امضای معاهده متمایز بوده و از حیث زمان نیز از امضاء مجزا است.

دیدگاه کنوانسیون حقوق معاهدات پیرامون تصویب معاهدات

کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات، عمل تصویب یا تصدیق را یک عمل بین‌المللی دانسته و تنها به عنوان یکی از اشکال رضایت کشورها به ملتزم شدن در قبال معاهده، قلمداد کرده است. قاعده رضایت به ملتزم شدن، قاعده جدیدی است که به عنوان یک قاعده عام، کلیه اشکال تجلی رضایت کشورها یا سازمان بین‌المللی را بی‌طرفانه مورد توجه قرار داده است. این اشکال عبارت‌اند از: امضاء، مبادله اسناد تشکیل‌دهنده معاهده، تصویب، قبولی، تصدیق یا الحاق و دیگر طرق توافق شده.^۳ به همین ترتیب کنوانسیون ۱۹۸۶ وینا در زمینه حقوق معاهدات در رابطه به اشکال رضایت سازمان‌های بین‌المللی مواد یا احکامی را پیش‌بینی نموده که تقریباً همان اشکال رضایت کشورها است با این تفاوت که به جای واژه "تصویب" از واژه "سند تأیید رسمی" استفاده کرده است.

^۱ هدایت الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، پیشین ص ۱۳۸.

^۲ رضا موسی زاده، حقوق معاهدات بین‌المللی، پیشین ص ۷۳.

^۳ کنوانسیون وینا ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات، ماده ۱۱.

ضرورت عمل تصویب معاهدات

معاهدات بین‌المللی از حیث تشریفات انعقاد به معاهدات رسمی و موافقت‌نامه‌های ساده یا اجرایی تقسیم می‌شوند. و اکثراً موافقت‌نامه‌های ساده یا اجرایی با امضای هر یک از طرف‌ها، رضایت به التزام و متعهد شدن در قبال آن‌ها بارز می‌گردد؛ درحالی‌که برخی معاهدات مطابق قوانین داخلی کشورها نیازمند تصویب مجلس مقننه است. سوال که مطرح می‌شود، این است که ضرورت به عمل تصویب چیست؟

در پاسخ به این سوال می‌توان گفت؛ که ضرورت به عمل تصویب دلایل عمده دارد که ذیلاً تحریر می‌گردد:

۱- مجلس قانون‌گذاری در اکثر کشورها، حق بررسی و ابراز نظر در مورد سیاست خارجی را دارا است، جهت حفظ و اعمال این‌چنین صلاحیت، لازم است تا متن امضاء شده معاهده را مورد قبول قرار داده و یا آن را رد نماید؛

۲- ممکن است نماینده تام‌الاختیار هنگام امضای معاهده از حدود اختیارات خویش تجاوز نموده باشد؛ بناءً مرحله تصویب درواقع ارزیابی‌کننده و تصحیح‌کننده و درنهایت تأییدکننده معاهده خواهد بود؛

۳- مجلس قانون‌گذاری به حیث نمایندگان مردم اراده ملت را تمثیل می‌کند و از اینکه معاهدات اکثراً سیاست خارجی کشور را تنظیم می‌نماید و سیاست خارجی در وضعیت اتباع تأثیرگذار است؛ بناءً ایجاب می‌نماید، تا مجلس قانون‌گذاری در تصویب و انعقاد معاهدات سهیم باشد؛

۴- ضرورت عمل تصویب در نظام‌های پارلمانی از خواست‌های چنین نظام‌ها است.

اصولاً اینکه آیا تصویب یک معاهده بین‌المللی توسط مقامات صلاحیت‌دار طرف‌های آن، یک امر لازم و ضروری است یا خیر، باید به حقوق داخلی یا قوانین داخلی آن کشور مراجعه نمود و مبانی حقوقی ضرورت تصویب را استحصال کرد

باوجودیکه کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات، نظام خاصی را جدا از نظام حقوقی داخلی کشورها تبیین نموده که ذیلاً به آن می‌پردازیم:

خصیصه بارز تصویب و پیامدهای آن

از آن جاییکه تصویب معاهده، عملی است که با حاکمیت کشورها در ارتباط است؛ لذا امری ارادی و اختیاری بوده و به هیچ وجه تجلی صلاحیت الزامی کشورهای امضاء کننده معاهده نیست. بنابراین رکن داخلی صلاحیت‌دار برای تصویب معاهدات ابداً الزام به انجام این کار ندارد.^۱ باوجوداین، کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات، در مورد چنین تبیین نموده است که اگر طرف‌های معاهده، معاهده را به شرط تصویب یا تأیید رسمی امضاء کرده باشند، نباید تا زمانی که قصدشان را به عدم تصویب آن معاهده ابراز نکردند، اعمالی انجام دهند که به موضوع و هدف چنین معاهده خدشه وارد کند. یکی از ویژگی‌های تصویب، ارادی بودن آن است که سه اثر یا نتیجه ذیل را خواهد داشت:^۲

۱- نامعین بودن مهلت تصویب

هرگاه در معاهده، برای تصویب معاهده، مهلتی تعیین نشده باشد، دولت امضاء کننده، اختیار خواهد داشت که هرگاه مصلحت دانست، معاهده را تصویب کند؛ چون کشورهای امضاء کننده معاهده، تعهداتی برای تصویب آن ندارند در نتیجه، مختار اند پس از امضاء و هر موقع که مقتضی مصلحت بدانند، آن را تصویب نمایند. در حقوق بین‌الملل قاعده وجود ندارد که مهلت تصویب را معین کرده باشد؛ مگر اینکه طرفین معاهده، مهلت تصویب را در متن معاهده معین کرده باشند و البته پس از گذشت مدت زمانی متعارف، اگر دولتی از تصویب معاهده امضاء شده خویش، خودداری کند

^۱ محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین الملل، پیشین ص ۴۹.

^۲ هدایت الله فلسفی، حقوق بین الملل معاهدات، پیشین ص ۱۴۱.

امتناع آن در حکم عدم تصویب خواهد بود. برخی از صاحب نظران عقیده دارند که هر دولت اصولاً از نظر اخلاقی موظف به تصویب معاهده است که آن را امضاء کرده است؛ مگر اینکه دلیل قانع کننده برای امتناع خویش ابراز بدارد. نامعین بودن مدت تصویب، موجب شده است که دولت ها در انجام عمل تصویب، سستی نمایند و پس از گذشت سالها؛ چنانچه منافع شان اقتضاء نماید به تصویب معاهده مبادرت ورزند.

۲- مشروط کردن تصویب معاهده

نتیجه دوم خصیصه ارادی بودن تصویب معاهده، آن است که کشور امضاء کننده می تواند، تصویب معاهده یا مبادله اسناد تصویب شده را مشروط به تحقق امر سیاسی نماید.

۳- امتناع از تصویب معاهده

دولت ها اصولاً در تصویب معاهدات از هر قیدوبندی بین المللی آزاد اند و هر دولت می تواند، بی آنکه از نظر بین المللی مسئولیتی داشته باشد از تصویب معاهده که امضاء نموده است، خودداری نماید. البته ممکن است امتناع دولت از تصویب معاهده به لحاظ طرف های دیگر معاهده عملی غیردوستانه و نابجا باشد، باین حال نمی توان، عمل دولت ممتنع را ناقض مقررات و قواعد بین المللی دانست. و منشاء چنین آزادی و ارادی بودن تصویب در نظام داخلی کشورها است؛ زیرا از قرن ۱۹ یعنی از زمانی که نظام های دولت ها، مبتنی بر قانون اساسی بنیاد گذاشته شده اند، اصل تفکیک قوا چنین اقتضاء داشته که معاهدات با مداخله دو رکن هر کشور (قوه مقننه و اجراییه) به تصویب برسد.

به باور برخی دانشمندان تصویب، دارای آثاری است، که حقوق و تکالیف کشورها در اثر تصویب و یا عدم تصویب با توجه به قواعد و اصول زیر قابل درک است:^۱

۱- بر اساس قواعد حقوق بین الملل هیچ دولتی ملزم به تصویب معاهدات بین المللی نیست؛

۲- دولت ها ملزم به تصویب معاهدات بین المللی، در یک زمان خاص نیستند؛

۳- حقوق بین الملل تشریفات خاص را برای تصویب معاهدات به دولت ها تحمیل نمی نماید؛

۴- در حقوق بین الملل، هیچ مجازاتی برای دولت که از تصویب معاهدات بین المللی امضاء شده، خودداری می کند پیش بینی نشده است.

قابل ذکر است که در حال حاضر تصویب معاهده اهمیت گذشته خویش را از دست داده و البته هنوز نمی توان گفت این امر جریان گذرا یا مستمر است.

مقامات ذیصلاح برای تصویب معاهدات بین المللی

تصویب معاهدات بین المللی همیشه تابع آن مقامی است که اهرم اصلی قدرت را در دست دارد.

از آن جایکه معاهدات بین المللی از نظام های داخلی کشورها منزلت یافته تا حدی که در برخی کشورها به معاهدات بین المللی اعتبار همچون قانون داخلی داده اند و در قانون اساسی اکثر کشورها به نظر و رأی مردم و حکم قانون گذار در امر تصویب، اهمیت خاصی داده است؛ اما مشکل که اخیراً در قلمرو انعقاد معاهدات بین المللی پیداشده و درعین حال روابط بین المللی را نیز متحول کرده است، پیدایش موافقت نامه های ساده و اجرایی که در نوع خود، مبین اقتدار و برتری قوه مجریه در

^۱ رضا موسی زاده، حقوق معاهدات بین المللی، پیشین ص ۷۶.

اداره روابط خارجی است. در بسیاری از کشورها تصویب یا تأیید معاهده قراردادی یا موافقت‌نامه ساده و اجرایی به حکومت محول گردیده است درحالی‌که صلاحیت تصویب معاهدات بین‌المللی عام یا قانون ساز به مجلس قانون‌گذاری واگذار گردیده است. این موضوع به حقوق داخلی دولت‌ها واگذار شده است و درمجموع رئیس‌جمهور، مجلس قانون‌گذاری و صدراعظم و وزیر امور خارجه حسب احوال صلاحیت تصویب یا تأیید معاهده را دارا است که مطابق قانون اساسی یا قوانین عادی این صلاحیت به آن‌ها داده شده است.

مقام ذیصلاح تصویب معاهدات بین‌المللی در افغانستان

مطابق ماده نودم قانون اساسی افغانستان، تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن ازجمله صلاحیت‌های شورای ملی است. در متن قانون اساسی کشور به گونه عام ذکر شده است که تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی از صلاحیت‌های شورای ملی است، اصولاً ایجاب می‌نماید که هر سندی بین‌المللی که تحت نام معاهده یا میثاق بین‌المللی باشد، باید به تصویب شورای ملی برسد؛ ولی از اینکه موافقت‌نامه‌های ساده و اجرایی و معاهدات قراردادی در این اواخر بنا بر ارتباطات سیاسی، اقتصادی، فرهنگی، تجارتي و امثال آن میان دولت جمهوری اسلامی افغانستان با سایر تابعان حقوق بین‌الملل به پیمانانه زیادی عقد می‌گردد که در این خصوص حکومت برخی از معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی را تصویب می‌نماید. که در این رابطه ماده نهم قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی چنین مشعر است: «(۱) معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی در ساحات ذیل بعد از تأیید شورای وزیران، تصدیق شورای ملی و توشیح رئیس‌جمهور مرعی‌الاجرا می‌گردد:

- ۱- معاهده متارکه (ختم جنگ).
- ۲- معاهده تعیین و تثبیت سرحدات.
- ۳- معاهده برقراری روابط خارجی، دوستی و همکاری‌های بین‌المللی.

- ۴- معاهده عدم توسل به قوه و تجاوز.
 - ۵- معاهده تأسیس سازمان بین‌المللی.
 - ۶- معاهده که ایجاب تعدیل قانون نافذ را نماید.
 - ۷- معاهده موقف حقوقی اتباع.
 - ۸- معاهده اعطاء یا اخذ قرضه یا اعطای معافیت‌های مالیاتی و محصولات گمرکی.
 - ۹- معاهده استرداد، متهمین و محکومین و همکاری‌های قضایی.
 - ۱۰- میثاق‌های بین‌المللی (کنوانسیون) و پروتوکول‌های منضمه آن.
 - ۱۱- معاهدات و موافقت‌نامه‌های امنیتی.
 - ۱۲- معاهدات و موافقت‌نامه‌های اقتصادی.
 - ۱۳- سایر معاهداتی که به مقتضای محتوا و ماهیت، ایجاب تصدیق شورای ملی را نماید
- (۲) یادداشت‌های تفاهم، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای ساده و اجرایی که به تشخیص وزارت امور خارجی ایجاب تصدیق شورای ملی را نمی‌نماید از طرف شورای وزیران تصویب و مرعی الاجراء می‌گردد.»

تصویب معاهدات بین‌المللی در سازمان‌های بین‌المللی

در مورد معاهدات که سازمان‌های بین‌المللی عقد می‌نماید، کنوانسیون ۱۹۸۶ ویانا در زمینه حقوق معاهدات مقررات خاصی را پیش‌بینی نموده است که تقریباً همانند معاهداتی است که کشورها عقد می‌نمایند. مطابق بند ۲ ماده ۱۱ کنوانسیون مذکور، رضایت سازمان بین‌المللی به التزام در قبال هر معاهده ممکن است با امضاء مبادله اسناد تشکیل‌دهنده آن معاهده، سند تأیید رسمی (که معادل عمل تصویب است) پذیرش، تصدیق، الحاق، و یا از طریق هر وسیله که در مورد توافق حاصل گردد، تحقق می‌یابد. بنابراین اساسنامه یا مقررات داخلی هر سازمان بین‌المللی است که مقام ذیصلاح برای اعلام رضایت بر التزام در قبال معاهداتی را که یک طرف آن سازمان بین‌المللی باشد،

مشخص می‌کند. از جمله در سازمان ملل متحد، به موجب ماده ۴۳ منشور آن، تصویب موافقت‌نامه‌های تشکیل‌دهنده نیروی نظامی ملل متحد با شورای امنیت است و یا طبق ماده، ۶۳ همان منشور، تصویب موافقت‌نامه‌های منعقد شده میان شورای اقتصادی و اجتماعی و نهادهای تخصصی وابسته، به عهده مجمع عمومی است.

در مجموع می‌توان رویه سازمان ملل متحد را این‌گونه ترسیم نمود که اصولاً تصویب معاهداتی که سازمان را ملتزم می‌کند با مجمع عمومی و امضاء با دبیر کل یا رئیس دارالانشاء است با این حال، مواردی در عمل دیده می‌شود، که شورای امنیت به ندرت به تصویب برخی از معاهدات پرداخته است که از آن میان می‌توان به موافقت‌نامه‌های مربوط به استقرار نیروهای حافظ صلح در یک منطقه اشاره نمود.

الحاق

برخی اوقات ممکن است کشورها، سازمان‌های بین‌المللی و سایر تابعان حقوق بین‌الملل به معاهدات یا میثاق‌های بین‌المللی الحاق می‌نمایند که در واقع الحاق عبارت است از ترتیبی که کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی در نظام و تدوین یک معاهده بین‌المللی اشتراک نداشته باشد، رسماً به عضویت آن درآمده و مقررات مندرج در آن را، قبول می‌نمایند. الحاق به وسیله صدور یک سند یک‌جانبه که بیانگر نیت و قصد کشور الحاق کننده است، صورت می‌گیرد.

ماده ۱۵ کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات در این مورد چنین صراحت دارد: " رضایت یک کشور به التزام در قبال یک معاهده از طریق الحاق به صورت زیر اعلام می‌گردد:

الف: معاهده، اعلام رضایت آن کشور به وسیله الحاق به معاهده را پیش‌بینی کرده باشد؛
ب: به نحو دیگر ثابت شود که کشورهای مذاکره‌کننده در خصوص اعلام رضایت آن کشور از طریق الحاق به معاهده توافق کرده‌اند؛

ج : همه طرف‌های معاهده بعداً توافق کرده باشند که رضایت آن کشور ممکن است با الحاق به معاهده اعلام گردد.

الحاق عمدتاً در حالاتی ذیل صورت می‌گیرد:

- ۱- در حالتیکه کشور الحاق کننده هنگام تدوین و تصویب معاهده حضور نداشته است؛
- ۲- در حالتیکه در متن معاهده پیش‌بینی شده باشد.

اما در مورد اینکه آیا الحاق به صورت یک‌جانبه صورت می‌گیرد یا به توافق کشورهای عضو، دو نظریه در حقوق بین‌الملل مطرح است. نظریه قراردادی که توافق میان کشورهای عضو را در الحاق جانب سوم شرط می‌داند و نظریه اقدام یک‌جانبه که چنین شرطی را لازم الرعایه نمی‌داند؛ اما در مجموع، در ارتباط به معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی رویه واحدی وجود ندارد، بلکه با توجه به نوع معاهده، مسئله متفاوت است، که ذیلاً از آن متذکر می‌شویم:

- ۱- برخی از کنوانسیون‌ها به گونه است که هر کشوری بدون تبعیض می‌تواند به آن الحاق نماید و این امر در خود معاهده پیش‌بینی شده است. مانند؛ معاهده منع گسترش سلاح هسته‌ای در این نوع معاهدات، الحاق به صورت یک‌جانبه صورت می‌گیرد؛
- ۲- گروه دوم معاهداتی است که الحاق نمودن به آن، صرف برای کشورهای خاص امکان‌پذیر است؛ مانند کنوانسیون‌های منطقه‌ای که خاص کشورهای همان حوزه جغرافیایی است. از نظر شکلی، الحاق در این موارد از طریق تبادل اعلامیه بین متقاضی و سازمان نگهدارنده اسناد، صورت می‌گیرد؛

- ۳- کنوانسیون‌های که الحاق کشور ثالث باید با توافق اعضای اصلی صورت گیرد. این رویه بیشتر در پیمان‌های دفاعی و نظامی معمول است.

طوری که قبلاً نیز تبیین گردید، تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی و فسخ الحاق افغانستان به آن، مطابق ماده نودم قانون اساسی افغانستان، از صلاحیت‌های شورای ملی است. بناءً در تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی و فسخ الحاق کشور بایست اجازه شورای ملی اخذ گردد.

مبادله یا تودیع اسناد تصویب معاهده

از حیث ماهوی، تصویب بر تنظیم سندی به نام سند تصویب و مبادله اسناد تصویب طرف‌های معاهده استوار است. طبق اصل عمومی مشترک در مورد کلیه معاهدات اعم از دوجانبه یا چندجانبه، اسناد تصویب باید مبادله گردد به این ترتیب که هر یک از طرف‌های معاهده، باید به تعداد طرف‌های معاهده، سند تصویب خود را تهیه و برای یکایک آن‌ها ارسال نماید. افزایش تعداد معاهدات چندجانبه آنهم با طرف‌های متعدد، مشکلات ناشی از انجام عمل مبادله در این گونه معاهدات موجب گردید که در آغاز قرن ۱۹ میلادی رویه معمول شود تا عمل پیچیده مبادله اسناد معاهدات چندجانبه تسهیل گردد و آن تودیع اسناد تصویب به جای مبادله است. به این منظور طرف‌های معاهده، طبق توافق مشترک و مقرر در معاهده، امین را تعیین می‌کند، تا وظیفه امانت‌داری اسناد تصویب و یا سایر امور مربوط را انجام دهد از این پس در معاهدات چندجانبه، هر طرف تصویب‌کننده معاهده، سند تصویب خود را برای امین معاهده ارسال می‌دارد و امین پس از دریافت آن صورت‌مجلس وصول را تهیه و تصاویر آن را به سایر طرف‌های ذینفع ابلاغ می‌کند.

ماهیت حقوقی مبادله یا تودیع اسناد تصویب معاهده

مبادله یا تودیع اسناد تصویب معاهده ضمن اینکه یکی از مراحل انعقاد معاهدات بین‌المللی است یکی از اشکال رضایت کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی به التزام در قبال آن نیز است و این عمل برعکس عمل تصویب، نیاز به تصریح در معاهده و یا نوع دیگر از توافق طرف‌های معاهده ندارد. به بیان دیگر عمل مبادله یا تودیع اسناد تصویب معاهده، خودبه‌خود و بدون ضرورت و هیچ‌گونه توافق قبلی یا بعدی طرف‌های معاهده دلالت بر رضایت آن‌ها به التزام در قبال معاهده دارد.^۱

^۱ محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌الملل، چاپ چهارم، پیشین ص ۷۲.

مواد ۱۳، ۱۴ و ۱۶ کنوانسیون‌های ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ در زمینه حقوق معاهدات تأییدکننده نکات مذکور است. از سوی دیگر درحالی که تصویب، دارای ماهیت و هویتی داخلی است و هرچند یک اقدام بین‌المللی است، که عملاً به شکل اسناد تصویب می‌شود، مبادله یا تودیع اسناد تصویب که همان مبادله یا تودیع معاهده است، دارای ماهیت و هویتی بین‌المللی است و آن نیز یک اقدام بین‌المللی است که البته ورود یک معاهده را به نظام بین‌المللی فراهم می‌سازد.

نحوه مبادله اسناد تصویب معاهده

نحوه مبادله اسناد تصویب معاهده نسبت به نوع معاهدات (که دوجانبه یا چندجانبه است) متفاوت است که ذیلاً نحوه مبادله اسناد تصویب را در معاهدات دوجانبه و چندجانبه طور جداگانه به بحث می‌گیریم:

الف: مبادله یا تودیع اسناد تصویب شده در معاهدات دوجانبه

قبل از اینکه طبق مقررات قانون اساسی، معاهده به تصویب برسد، سندی که حاوی امضای نهایی مقامات صالحه کشور در مورد معاهده است، باید به دولت متعاقد دیگر تسلیم و متقابلاً سند تصویب کشور مقابل دریافت گردد. انجام این مبادله، معمولاً با تنظیم صورت جلسه مبادله اسناد تصویب معاهده که توسط نمایندگان کشورهای متعاقد به امضاء می‌رسد، تحقق می‌یابد. عمل مبادله اسناد تصویب معاهده اکثراً از قبل در متن معاهده پیش‌بینی می‌شود و معمولاً پایتخت یکی از متعاهدین است و در غیر آن پایتخت است که معاهده قبلاً در آنجا امضاء شده است.^۱ البته احتمال دارد مبادله اسناد تصویب معاهده توسط ارسال یادداشت سیاسی نیز صورت گیرد که در این حالت تاریخ وصول یادداشت سیاسی مؤخر تاریخ لازم‌الاجرا شدن معاهده شناخته می‌شود.

^۱ رضا موسی زاده، حقوق معاهدات بین المللی، پیشین ص ۸۷.

قابل ذکر است که امضای صورت جلسه مبادله اسناد تصویب معاهده، توسط نمایندگان در کشور که دارای اختیارنامه می باشند، صورت می گیرد.

ب: مبادله یا تودیع اسناد در معاهدات چندجانبه

در معاهدات چندجانبه، تعیین یک کشور یا یک سازمان نگهدارنده اسناد تصویب ضروری است؛ زیرا کشور یا سازمان نگهدارنده، شبیه دبیرخانه معاهده، کلیه مکاتبات کشورهای عضو را وصول و اقدام به پذیرش و تصدیق اسناد تصویب کشورها می کند. نسخه اصلی معاهده نزد کشور یا سازمان نگهدارنده سپرده می شود و کپی های آن پس از تصدیق به کشورهای عضو یا سازمان های بین المللی ذیربط ارسال می شود. کشورهای که خواهان عضویت در یک معاهده چندجانبه هستند، می بایست، اسناد تصویب معاهده را نزد کشور یا سازمان بین المللی، تحت عنوان امین معاهده، تودیع کنند طبق ماده ۷۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات، تعیین امین می تواند، یک یا چند کشور، یا سازمان بین المللی، یا بالاترین مقام اداری آن سازمان باشد. ماده ۷۶ کنوانسیون مذکور می افزاید: «وظایف امین جنبه بین المللی دارد و امین موظف است در اجرای وظایف خود جانب بی طرفی را رعایت کند، خصوصاً اگر معاهده هنوز بین تعدادی از اعضای آن لازم الاجرا نشده باشد یا اینکه بین یک کشور و نگهدارنده راجع به انجام تکالیف نگهدارنده، اختلافی بروز کند، این امر نباید هیچ تأثیر بر بی طرفی مزبور بگذارد.»

انتخاب امین معاهده

معمولاً کشوری که مذاکرات یا کنفرانس تهیه و تنظیم متن معاهده در قلمرو آن در جریان است، به عنوان امین معاهده انتخاب می شود؛ اما کدام ممانعت در انتخاب روش دیگر وجود ندارد و مخصوصاً که معاهده تحت حمایت یک سازمان بین المللی تهیه و

تنظیم می‌شود، با انتخاب آن سازمان یا دبیر کل آن به‌عنوان امین، نهادینه شدن مقام امین غالباً کامل می‌شود.^۱

معمولاً امین معاهده یک شخص یا نهاد است؛ اما استثناء امکان انتخاب امنای متعدد، برای یک معاهده نیز وجود دارد. در مورد انتخاب امین معاهده کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات چنین احکامی را پیش‌بینی نموده است:

تعیین امین برای معاهده ممکن است، توسط کشوری مذاکره‌کننده در خود معاهده یا به نحوی دیگری صورت گیرد و امین می‌تواند یک یا چند کشور یا سازمان بین‌المللی یا بالاترین مقام اداری سازمان باشد.^۲

در عصر حاضر در معاهداتی که تحت لوای سازمان ملل متحد تهیه و تنظیم می‌گردد، رئیس دارالانشای سازمان ملل متحد، به‌عنوان امین انتخاب می‌شود.

وظایف امین معاهده

وظایف امین معاهده دارای ویژگی و جنبه بین‌المللی است و امین متعهد است، وظایف اش را با بی‌طرفی کامل انجام دهد. مخصوصاً این موضوع که معاهده میان برخی از طرف‌های آن به مرحله اجرا درنیامده یا اینکه اختلافی میان او و یک کشور یا یک سازمان بین‌المللی در مورد اجرای وظایف امین پیش‌آمده، نباید بر این متعهد تأثیر گذارد.^۳

به‌موجب ماده ۷۷ کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات و ماده ۷۶ کنوانسیون ۱۹۸۶ وینا در زمینه حقوق معاهدات، به‌جز در مواردی که معاهده ترتیب

^۱ محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق معاهدات بین الملل، پیشین ص ۷۳.

^۲ کنوانسیون وینا ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات بند ۱ ماده ۷۶ و کنوانسیون وینا ۱۹۸۶ در زمینه حقوق معاهدات بند ۱ ماده ۷۷.

^۳ کنوانسیون وینا ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات بند ۲ ماده ۷۶ و کنوانسیون وینا ۱۹۸۶ در زمینه حقوق معاهدات بند ۲ ماده ۷۷.

دیگری مقرر کند یا کشور یا سازمان بین‌المللی متعاهد یا سازمان بین‌المللی متعاهد به ترتیب دیگری توافق کند، وظایف امین معاهده مخصوصاً مشتمل بر موارد ذیل است:

- ۱- تأمین حفظ متن اصلی معاهده و اختیارنامه‌های که به آن تسلیم می‌شود؛
- ۲- تهیه کپی‌های مصدق برابر با متن اصلی و سایر متون معاهده به زبان‌های دیگر، مورد لزوم طبق معاهده و ابلاغ آن‌ها به طرف‌ها و کشورها و سازمان‌های بین‌المللی که حق (صلاحیت یا اهلیت) طرف معاهده شدن، را دارند؛
- ۳- دریافت کلیه امضاءهای معاهده و دریافت یا تأمین حفظ کلیه اسناد اطلاعیه‌ها و مکاتبات مربوط به آن معاهده؛
- ۴- بررسی این امر که آیا امضای سند (ازجمله سند تصویب)، اطلاعیه یا مکاتبه مربوط به معاهده بایسته و به شکل صحیح است و در صورت نیاز، جلب‌توجه کشور یا سازمان بین‌المللی مربوط به موضوع؛
- ۵- آگاه ساختن طرف‌های معاهده و کشورها و سازمان‌های بین‌المللی که حق (صلاحیت یا اهلیت) طرف معاهده شدن، را دارند، از اینکه از چه زمانی، تعداد امضاءها یا اسناد تصویب معاهده، اسناد مربوط به تأیید سند رسمی، یا اسناد پذیرش، تصدیق یا الحاق به حدنصاب (لازم) برای لازم‌الاجرا شدن رسیده یا تودیع شده است؛
- ۶- ثبت معاهده نزد دارالانشای سازمان ملل متحد؛
- ۷- انجام وظایفی که در سایر مقررات کنوانسیون‌های ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ در زمینه حقوق معاهدات معین شده است.

در صورت بروز هرگونه اختلافی میان یک کشور یا سازمان بین‌المللی و امین در مورد انجام وظایف مذکور، امین باید موضوع را به اطلاع کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی متعاهد یا در صورتی که لازم دانست به اطلاع و آگاهی رکن صلاحیت‌دار سازمان بین‌المللی مربوط برساند، در مقابل وظایف امین معاهده کلیه کشورها و سازمان‌های بین‌المللی متعاهد نیز باید هرگونه اطلاعیه یا مکاتبه مربوط به معاهده را که ارسال آن‌ها در زمره وظایف آن‌ها است، برای امین معاهده ارسال بدارد، این ارسال یا

تسلیم به امین معاهده زمانی انجام شده تلقی می‌شود که امین نیز آن را دریافت کرده باشد.^۱

امین معاهده همچنین موظف است که نه تنها دولت‌های ملتزم به معاهده را، بلکه هر دولت دیگری را که به موجب معاهده دارای حق پیوستن یا الحاق به معاهده است، از تودیع اسناد باخبر بسازد.

امین معاهده همچنان به موجب جزء (ز) ماده ۷۷ کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات، موظف است، معاهده را که نزد وی تودیع شده است در دارالانشای سازمان ملل متحد ثبت نماید.

دبیر کل سازمان ملل متحد در مقام امین معاهده حق اظهارنظر درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت شروط وارد بر معاهده را ندارد وی در این مقام واسطه میان دولت و سایر تابعان متعاقد یا امضاء کننده معاهده است، بنابراین دبیر کل در این مقام در صدر رکن جمعی دولت‌های متعاقد و امضاء کننده، اقتدار ندارد و نمایندگان آن‌ها قلمداد نمی‌شود؛ بلکه عهده‌دار وظیفه بین‌المللی است که باید در کمال بی‌طرفی انجام دهد.^۲ ثبت و انتشار اسناد

یکی از اصول چهارگانه اعلامیه ویلسون در سال ۱۹۱۸ دیپلماسی آشکار و به تبع آن انتشار هرگونه توافق بین‌المللی بین کشورها بود و به همین دلیل برای نخستین بار در میثاق جامعه ملل و پس از آن در منشور ملل متحد، بر علنی بودن معاهدات تأکید صورت گرفته است. به موجب بند ۱ ماده ۱۰۲ منشور در هر معاهده یا موافقت‌نامه بین‌المللی که پس از لازم‌الاجرا شدن این منشور، میان اعضای ملل متحد عقد می‌گردد، باید هر چه زودتر در دبیرخانه ثبت شود تا دبیرخانه آن را منتشر کند.

^۱ کنوانسیون وینا ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات ماده ۷۸ و کنوانسیون وینا ۱۹۸۶ در زمینه حقوق معاهدات ماده ۷۹.

^۲ هدایت الله فلسفی، حقوق بین الملل معاهدات، پیشین صص ۲۲۴ و ۲۲۵.

ماده فوق‌الذکر، دبیرخانه را به ثبت معاهداتی که یکی از طرف‌های آن عضو سازمان ملل متحد باشد، مؤظف کرده است، بنابراین اگر معاهده میان یک دولت عضو ملل متحد و دولت غیر عضو منعقد گردد، دبیرخانه باید آن را به ثبت برساند. تمامی دولت‌های عضو سازمان ملل متحد بر اساس ماده ۱۰۲ و قطعنامه (۲۴۵/۳) به این نکته اشاره نموده که همه دولت‌های عضو، ملزم به ثبت معاهدات شان در دبیرخانه هستند؛ اما دولت‌های غیر عضو مختار اند که معاهدات شان را در دبیرخانه ثبت نمایند یا نه نمایند.^۱

مجمع عمومی سازمان ملل متحد شرایط اجرای ماده (۱۰۲) منشور سازمان ملل متحد را طی قطعنامه ۱۰ فبروری و ۱۴ دسامبر سال ۱۹۴۶ و ۳ نوامبر ۱۹۴۸ مشخص نموده است.

در این قطعنامه تکلیف ثبت معاهدات به نحوی وسیعی مورد تفسیر قرار گرفته است، بدین معنی که کلیه اسناد بین‌المللی یعنی نه تنها معاهدات رسمی؛ بلکه اعلامیه‌های پذیرش صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی عدالت، موافقت‌نامه‌های فنی منعقد بین دولت‌ها یا سازمان بین‌المللی و اعلامیه‌های یک‌جانبه دولت‌ها، راجع به ملغی‌الاثربودن قسمتی از یک معاهده یا لازم‌الاجرا نبودن معاهداتی که قبل از جنگ جهانی دوم با متخاصمان سیاسی منعقد شده بود، باید در دبیرخانه به ثبت برسد و در مجموعه آن سازمان نشر گردد.^۲ بنابراین ماده ۱۰۲ منشور ملل متحد در رابطه به ثبت و انتشار معاهدات، چنین مشعر است:

۱- معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی که پس از لازم‌الاجرا شدن منشور ملل متحد، توسط هر یک از اعضا منعقد می‌گردد، باید هر چه زودتر در دبیرخانه آن سازمان، ثبت و توسط آن منتشر شود؛

^۱ پیشین، ص ۲۰۰.

^۲ رضا موسی زاده، حقوق معاهدات بین‌المللی، پیشین ص ۹۰.

۲- هیچ یک از طرف های معاهدات و میثاق های بین المللی که بر طبق مقررات بند (۱) این ماده به ثبت نرسیده باشد، نمی توانند، در مقابل ارکان ملل متحد به آن معاهده یا موافقت نامه استناد جویند.

و به همین قسم ماده (۸۰) کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات، در رابطه به ثبت و انتشار معاهدات چنین مقرر می دارد.

۱- معاهدات پس از لازم الاجرا شدن به دبیرخانه سازمان ملل متحد ارسال می گردند تا حسب مورد، ثبت دبیرخانه، آرشیف، یا ثبت در سوابق شده و منتشر گردند؛

۲- انتصاب امین وی را مجاز به انجام اقدامات مقرر در بند اخیر می نماید.
مقررات فوق از دو جهت با مقررات منشور ملل متحد متفاوت است، نخست این که ماده ۱۰۲ منشور صرفاً اعضای ملل متحد را مکلف به ثبت معاهدات در دبیرخانه سازمان می نماید.

به عباره دیگر کشورهای غیر عضو سازمان ملل متحد، ملزم به ثبت معاهدات خود نیستند در حالی که کنوانسیون ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات، ثبت معاهدات را قاعده عام دانسته و آن را محدود به اعضای سازمان ملل متحد نمی داند. دیگر اینکه منشور ملل متحد زمان ثبت معاهدات را پیش بینی نکرده و کنوانسیون ۱۹۶۹ وینا در زمینه حقوق معاهدات ثبت معاهدات را پس از لازم الاجرا شدن اعلام می دارد.

نتیجه گیری

معاهده در واقع توافقی است که میان تابعان حقوق بین الملل در موضوعات معین با رضایت کامل آنها منعقد گردیده و حقوق و مکلفیت های را برای طرفین به بار می آورد و معاهدات بین المللی به یکبارگی به میان نیامده بلکه محصول سال های متمادی روابط دولت ها و سازمان های بین المللی است.

برای انجام مذاکرات و عقد معاهدات ایجاب می نماید که نماینده کشور یا سازمان بین المللی دارای سند به نام اختیارنامه باشد یا به موجب نظام حقوقی افغانستان،

اعتبارنامه یا صلاحیت نامه داشته باشند و درواقع مذاکره مرحله اولی و مهم در انعقاد معاهدات بین‌المللی است. معاهدات بین‌المللی به لحاظ اینکه میان تابعان حقوق بین‌الملل انعقاد یافته ارتباط مستقیم با حاکمیت دولت‌ها دارند لذا برخورداری آن‌ها از اعتبار قانونی ملازمه با تصویب قوه مقننه دارد. تا بالای طرفین تأثیرگذار باشد؛ زیرا برخی معاهدات رسمی ایجاب تصویب یا تصدیق مجلس قانون‌گذاری را می‌نماید که باید به تصویب مجلس مذکور برسد که طبق ماده نودم قانون اساسی افغانستان، از صلاحیت‌های شورای ملی است، البته در بسیاری از کشورها مجلس قانون‌گذاری حق مداخله در سیاست خارجی کشور را دارا است و از طریق تصویب معاهدات در این امر مهم دخالت و تأثیرگذاری خود را در سیاست خارجی ثابت و حسب تعهد و تضمین اجرای منشور سازمان ملل متحد در مرحله اجرا قرار گیرد.

منابع و مأخذ

- ۱- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸هـ. ش.
- ۲- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ سی و هشتم تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸هـ. ش.
- ۳- فلسفی، هدایت الله، حقوق بین‌الملل معاهدات، چاپ دوم، تهران: نشر نو، ۱۳۸۳هـ. ش.
- ۴- موسی زاده، رضا، حقوق معاهدات بین‌المللی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان ۱۳۸۹هـ. ش.
- ۵- کنوانسیون ویانا ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات.
- ۶- کنوانسیون ویانا ۱۹۸۶ در زمینه حقوق معاهدات.
- ۷- وزارت عدلیه، قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، جریده رسمی - کابل، شماره: ۱۲۳۶ سال ۱۳۹۵ هـ. ش. وزارت عدلیه، قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی، جریده رسمی - کابل، شماره: ۱۲۴۶ سال ۱۳۹۵ هـ. ش.
- ۸- وزارت عدلیه، تعدیل قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی جریده رسمی - کابل، شماره: ۱۲۶۹ سال ۱۳۹۶هـ. ش.

د مباح په تقييد کې د اولوالامر واک او بېلګې يې

عبدالکریم فضلي

دا چې اولوالامر د دې حق لري چې مباح حکم په رعيت باندې لازم کړي او که نه؟ ايا اولوالامر ددې واک لري چې مباح چاره په ممنوع او په منعې سره تقييد کړي او که نه؟ ايا کله چې اولوالامر يوه مباحه چاره په رعيت لازمه کړي، پر رعيت باندې د اولوالامر اطاعت واجب دی او که نه؟ نو دغو پوښتنو ته به په دغه مقاله کې ځواب وويل شي او د شرعي نصوصو په رڼا کې به د مباح د تقييد په اړه د اولوالامر واک وڅېړل شي.

د اوس وخت اميران له پخوانيو اميرانو سره توپير لري، پخوا به اميران علماء او مجتهدين وو او په اوس وخت کې اميران زياتره داسې اشخاص دي چې په ديني زده کړو تخصص نلري، پخوانيو اميرانو به له قرآن او سنت څخه پخپله احکام راويستل، بله خبره داده چې پخوا مسلمانانو يو واحد قيادت درلود، ټولې اسلامي خاورې تر يو واحد قيادت پورې تړلې وې او د هغه له خوا به اداره کېدلې، دغه اوسني وېشونه چې

مسلمانان بېلابېل هېوادونه لري، شتون نه درلود، مسلمانان يو واحد قيادت نه لري او سني اميران او ولسمشران د پخوانيو په نسبت کمزوري او ضعيف دي، هغوی ته د خليفه او اميرالمومنين القاب کارول کيدل، خو اوسنيو ته د پاچا، ملک، ولسمشر، رئيس جمهور او داسې نور القاب کارول کېږي، نو په واک او قدرت کې هم اوسني اميران له پخوانيو اميرانو سره ډېر توپير لري.

دا چې اولو الامر د مباح د تقيد حق لري او که نه، نو لازمه گڼم چې لومړی مباح ووبشو، مباح په دوه ډوله دی: لومړی منصوصي مباح چې په نص سره يې اباحت راغلي وي، لکه: {فَأَنكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ...} (۲) يا دا آيت شو: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} (۳) يا دا آيت شو: {كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ} (۴) نو داسې ډېر آياتونه شته چې د يوه څيز په اباحت دلالت کوي او همدغه مباح ته منصوصي اباحت وايي چې د شارع له خوا يې د اباحت حکم شوی دی.

دويم ډول عام مباح چې اباحت يې په استصحاب الحال سره ثابت وي، يعنې د يوه څيز اصلي حالت چې په اباحت دلالت کوي او عامو نصوصو څخه يې اباحت معلومېږي، لکه خوراک کول، لباس اغوستل، له يو ځای څخه و بل ځای ته تلل مباح دي، چې په هرې وسيلې سره وي، په هر ځای کې چې څوک اوسېږي د اسلامي خاورې څخه ورته مباح دي.

د اباحت له تشريع څخه د شارع مقصد دادی چې پر بنده گانو باندې اساني او تخفيف راشي، هغوی له حرج سره مخامخ نه شي، اساني او تخفيف د شارع اراده ده، دا ځکه چې انسان کمزوری دی او په اباحت کې په مکلفينو باندې د الله تعالی رحمت دی، هر هغه څيز چې شرعاً له هغه څخه منعه نه وي شوې نو بنده له هغه څخه گټه اخيستلای شي، ځکه اصل په شيانو کې اباحت دی.

د اباحت په تشريع کې چې شارع د بنده گانو لپاره آزاد پرېښودلای، کول او نه کول يې د هغوی اختيار ته پرېښی دی، دا يو سهولت دی، دغه راز د ظروفو او حالاتو په بدلون سره کېدای شي همدغه مباح په منعه او يا الزام سره د اولو الامر په امر مقيد

شي، ظروف او حالت به د مباح د تقیید غوښتونکي وي او تقیید کې به د رعیت مصلحت پروت وي.

هغه مباح چې استصحاب الحال یا عقلي مباح ورته ویل کېږي اولو الامر د تقیید واک لري، ځکه چې اولو الامر د رعیت د مصلحت لپاره دا چاره سرته رسوي او د اولو الامر تصرف په مصلحت پورې تړلی وي، چې کله عامه مصلحت ورپورې تړلی وي، نو د مباح تقیید ټول فقهاء په دغه ډول مباح کې مني او د اولو الامر دغه تصرف د هغوی په نیابت او وکالت سره دی او موجب یې عام مصلحت دی.

اولو الامر ځکه دغه مباح تقیید کولای شي چې کوم منصوبي مباح ندی چې د هغه تقیید وشي بلکې دا مباح د همدې لپاره عام پربښودل شوی، چې ځینې وخت کې الزام او منعې باندې مقیدول د رعیت ګټې رامنځ ته کوي. که څه هم چې په قرآني آیاتونو او نبوي سنتو کې په دې اړه کوم خاص او ځانګړی نص نه دی راغلی چې اولو الامر دې مباح مقید کړي، خو د پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) تصرفات د مباح په ساحه کې او د اصحابو کرامو ((رضي الله عنه)) خصوصاً د راشدو خلفاوو ځینې تصرفات چې مباح یې مقید کړی دی، په دې دلالت کوي چې اولو الامر مباح تقیید کولای شي، چې دلته یې د استدلال لپاره څو بېلګې راوړو:

۱- سَمُرَةُ بْنُ جَنْدَبٍ خُتْمَهُ رَوَيْتَ دى چې وايي: «أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَصَدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ قَالَ وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ قَالَ فَكَانَ سَمُرَةُ يَدْخُلُ إِلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَذَّى بِهِ وَيَشْقُ عَلَيْهِ فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى فَأَتَى النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَطَلَبَ إِلَيْهِ النَّبِيُّ -صلى الله عليه وسلم- أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى. قَالَ فَهَبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا، أَمْراً رَغَبَهُ فِيهِ فَأَبَى فَقَالَ: أَنْتَ مُضَارٌّ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- لِلْأَنْصَارِيِّ، اذْهَبْ فَأَقْلَعْ نَخْلَهُ.» (٥)

سمرة بن جندب د انصاري په باغ کې د خرما يوه ونه درلوده او هغه به دغې ونې ته ورتلو، دده په راتلو سره انصاري ته ډېر تکليف رسېده، ځکه چې له هغه سره په خپل باغ کې د هغه کورنۍ وه، نو دغه انصاري رسول الله (صلی الله علیه وسلم) ته شکايت

و کړ چې سمرة بن جندب څخه ډېر په تنگ يم، ځکه چې هغه باغ ته ننوځي او له ما سره خپله کورنۍ وي، نو رسول الله (صلى الله عليه وسلم) سمرة بن جندب ته نصيحت وکړ چې دغه د خرما ونه په انصاري باندې وپلوري، خو هغه ونه منله، بيا د پرېکولو ورته وويل دا يې هم ونه منله، بيا يې ورته د هېې کولو وويل دا يې هم ونه منله، نو رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ورته وفرمايل: (انت رجل مضار و امر الانصارى بقلع نخله) ته ډېر زيان رسوونکى شخص يې او انصاري ته يې د ونې د ويستلو امر وکړ د استدلال وجه په دې ځاى کې داده چې سمرة بن جندب ته يې د ضرر دفع کولو لپاره د پلورلو، د هېې کولو او قطع کولو حکم وکړ، خو هغه ويل چې دا زما ملکيت دى او له ونې نه تيريده، دا چې انصاري ته ډېر ضرر متوجه کېده او هغه ته يې د ونې د ويستلو حکم وکړ او سمرة بن جندب يې د ونې له گټې اخيستلو څخه منعه کړ.

۲ - په بل حديث کې راځي: «أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجًا لَهُ مِنَ الْعَرِيسِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدٍ بْنِ مُسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تَمْنَعُنِي، وَهُوَ لَكَ مَنفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَلَا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مُحَمَّدَ بْنَ مُسْلَمَةَ فَأَمَرَهُ أَنْ يَخْلِيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقِي بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا وَاللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ» (١) ضحاک بن خليفه غوښتل چې د محمد بن سلمة په ځمکه کې په عريض نومې ځای کې خپلې ځمکې ته د اوبو لپاره وياله بوځي، خو محمد بن سلمة هغه ته اجازه ورنه کړه، ضحاک دغه موضوع عمر فاروق ((رضي الله عنه)) ته وړاندې کړه، محمد بن سلمة يې را وغوښت چې خپل ورور ته د اوبو تېرولو اجازه ورکړي، تاته پکې هم گټه ده، چې له دغو اوبو څخه به يې څښي، خو محمد بن سلمه انکار وکړ، نو عمر فاروق ((رضي الله تعالى عنه)) ورته داسې وويل: (والله ليمرن به ولو على بطنك) قسم په الله چې وياله به تيرېږي ان که ستا په خيټه باندې وي. په دې ځاى کې اولو الامر تصرف کړى، چې د ضرورت په بنا د بل چا

شخصي حق کې اولو الامر تصرف کولای شي، نو له دې څخه معلومېږي چې امام یا اولو الامر د دې حق لري چې د رعیت په شخصي مال کې تصرف وکړي. په دې ځای کې د استدلال وجه دا ده چې عمر فاروق (رضی الله تعالی عنه) د محمد بن سلمه په شخصي ملکیت کې تصرف د دې لپاره وکړ، چې ضرر دفعه شي، نو کله چې په شخصي ملکیت اولو الامر تصرف کولی شي، په مباح کې په طریقه اولی کولی شي، که د ضرورت او مصلحت لپاره اولو الامر وغواړي چې مباح تقیید کړي، هغه مباح مقید کولی شي.

۳ - دغه راز په دې ایت دلیل نیسي: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ} (۷) ای مومنانو د الله اطاعت وکړئ او د رسول اطاعت وکړئ او د خپلو امیرانو چې له تاسو څخه وي اطاعت وکړئ) د شرعي سیاست په رڼا کې اولو الامر کولی شي د مباح کارول کوم چې مفسدې ته مفضي کېږي، هغه منعه کړي او دغه حق اولو الامر ته ورکړل شوی دی. دکتور وهبه الزحیلی وایي: دولت د دې حق لري چې د افرادو په خصوصي ملکیتونو کې مداخله وکړي، ترڅو عام مصلحت رامنځ ته شي او هغه تحقق پیدا کړي (۸) دا چې دولت د افرادو په خصوصي ملکیت کې د مداخلې حق لري، نو د مباح په الزام او منعه کې خو په طریقه اولی مداخله کولی شي او په ملکیت باندې ځینې قیدونه وضع کولی شي څو د عام ضرر مخنیوی وشي. په دغه ایت کې چې د مسلمان امیر په اطاعت حکم شوی د هغه د اطاعت مجال همدغه سیاسي نظام، د مباح تقیید په الزام یا منعې سره، د عدل اقامه د ظلم مخنیوی دی، تر هغه چې له شریعت سره په ټکر کې نه وي، د امیر لپاره د تقنین مجال همدغه مباح دی چې په هغه کې تقنین وکړي، په فقهي قاعده کې راځي: (تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة) (۹) د اولو الامر تصرفات به د رعیت په مصلحت پورې تړلی وي، په بله فقهي قاعده کې داسې راغلي دي: (للامام الحق في تقیید المباح) د مباح تقیید په دې شرطونو پورې تړلی دی: لومړی د امام یا اولو الامر تقیید به دموقت لپاره وي، په دائمه توګه اولو الامر د مباح تقیید نه شي کولی، دویم دا

چې د هغه تقييد به د اباحت نسخ نه شميرل کېږي، درېيم داچې د مباح تقييد د شرعي سياست په ضمن کې به داخل وي، څلورم دا چې د مباح تقييد پورې به عام مصلحت تړلې وي، نه خاص مصلحت، د دغو شرطونو په موجوديت کې امام يا ولي الأمر د مباح تقييد کولی شي.

په هېواد کې چې کوم قوانين توشېح کېږي ډيری د مباحو په سيمه کې دي او د مباح تقييد پکې شتون لري، د مباح تقييد ته په عربي ژبه کې بيلا بيل اصطلاحات کارول کېږي لکه: ايقاف العمل المباح، منع المباح، الامتناع عن المباح او تعطيل المباح، نو اولو الأمر د رعت د مصلحت په بنا مباح تقييد کولی شي چې نفاذي غوښتنه پکې نه وي.

داچې په اوسني وخت کې د مسلمانانو مشران او اميران فقهاء او د شرعي علومو متخصصين نه دي، له نصوصو څخه شرعي احکام نه شي استخراجولی د اجتهاد وړتيا نه لري، نو دوی چې د مباح تقييد کوي بايد له فقهاوو او د شرعي علومو له متخصصينو څخه مشورې واخلي، ترڅو غلط او په تقييد کې خطا نه شي، په واقعيت خو د تقييد او نه تقييد دنده د مجتهد ده، هغه کولای شي د شرعي مقاصدو او مصالحو په رڼا کې مباح تقييد کړي، خو دغه تقييد به اولو الامر تطبيق کوي، ځکه چې د مجتهد فتوی پر ټولو باندې الزامي نه ده، يواځې د اولو الامر تقييد پر ټول رعت الزامي دی او پر ټولو باندې واجب دی چې عمل پرې وکړي، دغه راز د اولو الامر نايب هم کولای شي چې د مباح تقييد وکړي، ځکه د اولو الامر ځای ناستی او نايب ګڼل کېږي.

که څه هم په ځينو هېوادونو کې د قوانينو تصويب د پارلمان دنده ده، ځکه چې د عرف له نظره هر هېواد درې قوې لري، لومړۍ مقننه قوه، ۲- قضايه قوه او ۳- اجرائيه قوه، د قوانينو تصويبول د مقننې قوې له واکونو څخه دي او د مباح تقييد هم دوی کولای شي، خو د اسلامي خليفه ګانو په وخت کې د ټولو قوو واک له خليفه سره وو، خو په ننۍ زمانه کې داسې نه دي. که د راشده خلفاوو حکومتونو ته ښه ژور

فکر وکړو، نو معلومه به شي هغوی ټول واک او قدرت په خپل لاس کې درلود، هو هغوی اهل الشوری، مجتهدین او وزیران درلودل، چې په چارو کې ورسره مرسته وکړي، خو په اوس وخت کې د رعیت د قرار داد په بنسټ کوم چې ألوالأمر سره یې کوي واک څرگندیږي.

د مباح تقييد د اجتهاد له مواردو څخه یو مورد دی، نو ځکه خو د هغه تقييد د مجتهد دنده ده، تنفيذ او تطبيق یې ولي الأمر کوي، ان که بل مجتهد د مباح د تقييد نه غوښتلو، نو په دغه مجتهد باندې هم لازم دي چې د اولو الامر حکم ومني او خپل اجتهاد باندې عمل کول ورته جواز نلري.

په دې اړه اصولین وايي: (اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم) (١٠) اصولین په دې کې یوه خوله دي چې اولو الامر حکم په اجتهادي مسئلو کې د حکم د مصلحت لپاره نه ماتېږي) دغه راز په بل ځای کې وايي: (ان حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا يرد ولا ينقض) (١١) په اجتهادي مسئلو کې د اولو الامر حکم نه نقض کېږي او نه ردېږي) د اولو الامر د حکم نقض هغه وخت جایز دی چې د نص، اجماع او جلي قیاس خلاف وي، د دې لپاره د حاکم یا اولو الامر د حکم نقض درست نه دی چې د هغه د حکم ثقه والی له منځه ځي او شوکت یې ختمیږي.

د منصوبي مباح د تقييد په اړه د علماوو نظريات: په دې اړه دوه نظرونه شته دی چې د هر نظر دلایل په دې ځای کې راوړو:

لومړی نظر: شيخ ابن تیمیه، سلیمان بن القرافی، ابن القيم او احمد خالد الطحان وايي اولو الامر د منصوبي مباح د تقييد واک نه لري، ځکه چې دا خو په نص باندې ثابت شوی مباح دی، نو څه وخت چې هغه مباح په الزام یا منعې سره مقید کړي، نو د شرعي حکم تغیر او بدلون دی، هیچا ته د دې حق نشته چې هغه مقید کړي، په دغه چاره کې د الله تعالی او رسول الله (صلی الله علیه وسلم) د حکم مخالفت راځي او

شرعي حکم ماتېږي، په ټولو شرعي نصوصو کې دا خبره ثابته ده چې د تشرېح حق يواځې د الله تعالى دی او په دغو اياتونو باندې دليل نيسي:

۱- الله تعالى فرمايي: {شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ} (۱) (الله) له دين څخه هغه څه تاسو ته مشروع او روا کړي چې په هغه سره نوح (عليه السلام) ته حکم شوی او هغه څه چې مونږ تا ته وحی کړې او هغه څه چې په هغه سره مونږ ابراهيم، موسی او عیسی (عليهم السلام) ته وحی کړې چې تاسو په پوره معنی سره دين قايم کړئ تاسو په هغه کې اختلاف مه کوئ (په بل ايت کې الله تعالى فرمايي: {أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ} (۳) ايا ددی مشرکینو لپاره شریکان (الله تعالى سره شریکان نيسي) چې د دوی لپاره یې د دين داسې طريقې غوره کړې چې الله د هغې اجازه نه ده کړې) دغه راز په بل ايت کې راځي: {قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ} (۴) څوک دی چې د الله تعالى هغه ښکلا چې د بنده گانو لپاره یې پيدا کړې او پاکه روزې حرامه کړې.

په بل ايت کې الله تعالى فرمايي: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْرُمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ} (۵) ای مومنانو کوم پاک شيان چې الله ستاسې لپاره حلال کړي دي هغه مه حراموئ او له حد نه تیری مه کوئ، تیری کوونکي د الله ډېر بد ايسي) په بل ايت کې راغلي: {إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ} (۶) په څیزونو کې حکم کول د الله تعالى واک دی، حکم یې کړی، چې فقط د الله عبادت وکړئ نه د بل (چا) په بل ايت کې راغلي: {أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ} (۷) ای پیغمبره! دوی ته ووايه تاسې کله په دې فکر کړی دی چې کومه روزي چې الله تاسې ته راکوزه کړې وه له هغې څخه تاسې پنخپله ځینې حرام او ځینې حلال وگرځول! له دوی څخه پوښتنه وکړه، الله تاسې ته د دې اجازه درکړې وه؟ او که تاسې پر الله دروغ تړئ؟

په دغو پورته ایتونو کې دا خبره پرته ده چې د تحلیل او تحریم حکم یواځې د الله تعالی حق دی، د حلالو او حرامو د حکم واک په الله پورې خاص دی، هېڅوک د دې حق نلري له ځانه یو شی حلال او یا یې حرام کړي. څنگه چې بیعه منصوبي اباحت دی، هېڅوک د دې حق نلري چې بیعه په زمانې پورې مقیده کړي، لکه داسې ووايي: چې بیعه دې په فلانۍ ورځ یا په فلانۍ اوونۍ کې وي یا داسې ووايي: چې په فلاني ځای کې به بیعه وي او نورو ځایونو کې به نه وي.

دغه راز د زوجاتو د تعدد مسئله: دغه تعدد په نص سره روا شوی دی او مباح چاره ده، که چیرې په عام ډول د زوجاتو تعدد منعه شي، نو دغه تقيید درست نه دی، دغه راز ولي الأمر د دې حق نلري چې نارینه او بنځینه په نکاح ملزم کړي، ځکه دا داسې الزام او ایجاب دی چې شریعت نه دی لازم کړی.

دوهم نظر: شیخ ابن العثیمین، شیخ عبدالرحمن تاج، شیخ عبدالمحسن العبیکان او شیخ یوسف القرضاوي په دې نظر دي: چې د منصوبي مباح تقيید د ضرورت او مصلحت له کبله جواز لري او په لاندې دلایلو باندې استدلال کوي:

هغوی وایي چې دغه پورته کوم ایتونه چې د منصوبي مباح د تقيید په عدم جواز کې وړاندې شول په دې مورد کې ورباندې استدلال نه کېږي ځکه چې:

۱— په ایتونو کې مراد له اختلاف څخه چې ممنوع ګڼل شوی، په اصولو کې اختلاف دی، په اصولو کې ټول اسماني دینونه ورته والی او یو شان دي او په فرعي مسایلو کې خو اختلاف مذموم نه دی.

۲— دا چې څوک حلال خیز حرام کړي، چې شریعت حلال ګڼلې وی او یو څوک قصداً هغه خیز حرام وګڼي، دا د الله د حکم نقض او له الله تعالی سره مخالفت کول دي، خو د مباح په تقيید د حرام حلالول او د حلال حرامول نشته دي، بلکې

کوم څيز چې په نص سره يا په اصلي حالت باندې مباح وي، دغه څيز د ضرورت له کبله لازمي ګرځي او يا يې منع لازمي ګرځي، فقط تقييد په الزام يا منع باندې راځي، لکه څرنگه چې د مخمصې په حالت کې د مردارې خوراک په نص سره ثابت دی {فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ} (۱۸) په دې ايت کې د ضرورت په بنسټ چې لوړه ده د مردارې غوښه خوړل جواز لري، په حقيقت کې په عادي حالاتو کې د مردارې خوراک حرام دی.

۳- په ايتونو کې د تحريم او تحليل واکدار الله تعالی دی او هر مؤمن بايد په دغه باور وي، که د تحريم او تحليل واکدار بل څوک وګڼي هغه مشرک او کافر دی، په ايت کې مطلب د مباح تقييدول مطلب نه دي او نه هم د مباح په تقييد کې د حلالو تحريم او د حرامو تحليل راځي.

۴- په ايت کې دا منع راغلې چې له ځانه به يو څيز نه حلالو او نه به يې حرام وو، بلکې د اسلامي شريعت په رڼا کې به د تحليل او تحريم حکم لټوو، نو پورته ټول اياتونه د مباح د تقييد په حرمت او عدم جواز باندې دلالت نه کوي.

۵- د (الضرورات تبيح المحظورات) قاعدې له مخې د منصوبي مباح تقييدول جواز لري، څرنگه چې د ضرورت له مخې محظور او ناروا شی روا کيږي، نو د ضرر د مخنيوي او د ضرورت له امله خو د منصوبي مباح تقييدول په الزام يا منع سره ارو مرو جايز دي.

۶- د (درء المفاسد مقدم علی جلب المصالح) قاعدې له امله د منصوبي مباح تقييد جايز دي، که د مفسدې او مصلحت ټکر راشي نو د قاعدې له مخې مفسده تر مصلحت څخه په دفعه کولو کې مخکې ده، دغه راز مباح د مفسدو د مخنيوي او د مصلحت د جلب پر اساس تقييد کيدای شي.

۷- د سدالذرائع، فتح الذرائع او د مرسله مصالحو پر اساس د مباح تقييد په الزام او منعه سره جواز لري، څرنگه چې زيات اجتهادي احكام فقهاوو پر هغو باندې بنا کړي دي.

په اسلامي شريعت کې داسې بېلگې لرو چې منصوبي مباح د اسلام خليفه عمر فاروق ((رضي الله عنه)) تقييد کړی دی، چې څو بېلگې يې دلته راوړو:

لومړی — تسعير (نرخ ټاکل): اولو الأمر او د هغه نايب کولی شي د رعيت د مصلحت په خاطر د ځينو څيزونو لپاره نرخ ټاکل او په معلوم نرخ د هغوی مقيدول جواز لري، که څه هم چې اصل په سوداګري کې حریت او د نرخ او قيمتونو ازادي ده او پر سوداګر باندې اجبار نه کول دي: او په دې اړه حديث شتون لري، چې انس رضي الله عنه وايي: غَلَا السَّعْرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ غَلَا السَّعْرُ فَسَعِّرْ لَنَا، فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ، الْقَابِضُ، الْبَاسِطُ، الرَّازِقُ، إِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ» (۱۹) د رسول الله (صلى الله عليه وسلم) په وخت کې د څيزونو نرخ لوړ شو، خلکو وويل اى د الله تعالى رسوله (صلى الله عليه وسلم) نرخونه لوړ شول، مونږ ته نرخنامه وټاکه، رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وفرمايل: بيشکه الله تعالى نرخ ټاکونکى دى، پراخي او تنګي راولي، او زه دا هيله کوم چې په داسې حالت کې مې د الله تعالى سره ملاقات وشي چې هېڅوک له تاسو څخه پر ما باندې د وينې او مال دعوه ونه کړي) د مصلحت په بنا باندې اولو الامر يا د هغه نايب د څيزونو لپاره نرخ ټاکلى شي، که څه هم چې نبي کریم (صلى الله عليه وسلم) نرخ ټاکل ظلم ګڼلې، ځينې احکام د حالاتو او زمانو په بدلون سره بدلون مومي، د نبي کریم (صلى الله عليه وسلم) زمانه د عدالت، انصاف او اخلاقو زمانه وه، په هغه وخت کې سوداګرو تيرى او ظلم نه کاوه، کېدای شي د څه نورو لاملونو له امله د شيانو نرخ پورته شوى وي، خو که د نرخ لوړوالى کې د سوداګرو لاس وي پرته له شکه ولي الأمر او يا د هغه نايب نرخ ټاکلى شي، که

عليك



د حج په مهال د حج په مهال د حج په مهال



څه هم په دې اړه فقهاء په خپل منځ کې اختلاف لري، چې دغه اختلاف ته په لاندې توګه اشاره کوو:

۱— حنفيان او مالکيان په دې نظر دي چې کله نرخونه لوړ شي او پر رعيت باندې ظلم کېده، ألوالأمر حق لري چې نرخ وټاکي، دغه تقييد عمر (رضی الله عنه) په خپل خلافت کې کړی دی^(۲۰).

۲— حنبلان او شافعيان په دې نظر دي چې نرخ ټاکنه حرامه ده او دليل يې پورتنی حديث دی.^(۲۱)

دويم — په اسلامي فقه کې دا مسئله راغلې، چې د مرګ مرض (مرض الموت) کې که څوک داسې تصرفات وکړي چې وارثانو ته پکې ضرر وي، نو د هغه تصرف درست نه دی، که څه هم چې هرڅوک په خپل مال کې آزاد تصرف کولای شي، خو د مرګ په مرض کې د مريض داسې تصرف چې د وارثانو لپاره ضرر او زيانمن تمامېږي، د مريض دغه تصرف يې مقيد کړی دی، لکه مريض خپل نيمايي مال صدقه کړي داچې په دې تصرف کې د وارثانو تاوان دی، نو د مريض تصرف نادرست او دغه صدقه يې درسته نه ده او د مريض تصرفات مقيد شول^(۲۲) نو په مرض موت کې مريض باندې حجر راځي خو داسې تصرف ونه کړي چې نورو ته يې زيان ورسېږي.

درېيم — پر مفلس باندې حجر: په اسلامي فقه کې دا مسئله راغلې، چې که يو شخص قرضداره وي او قرضداران محاکمې ته راشي چې زمونږ په قرضداره دې له تصرفاتو څخه حجر اعلان شي، چې کوم مال لري هغه له منځه لاړ نه شي او پر هغه باندې محکمه د عدم تصرف حکم کوي او له تصرفاتو څخه يې منعه کوي، که څه هم چې انسان په خپلو تصرفاتو کې حر دی او بايد ازادي يې سلب نه شي، خو پر هغه باندې د دې لپاره د عدم تصرف قيدونه محکمه لګوي، چې د نورو حقونه ضايع نه شي او د داین قرض اداکړي^(۲۳).

خلورم — دغه راز د شفعي د حق تقييد: د ځمکې خاوند نه شي کولای چې د خپل ګاونډي له اجازې پرته ځمکه وپلوري، که ځمکه پلوري، نو لومړی حق د ګاونډي دی، چې هغه يې واخلي، دغه حق اسلامي شريعت د ګاونډي لپاره ثابت کړی او د ځمکې خاوند د دې حق نلري، چې ځمکه د ګاونډي له اجازې پرته په بل چا وپلوري او دغه د شفعي قيد په هغه پورې تړلی دی.

د مباح د تقييد معاصرې بيلګې: د مباح د تقييد لپاره ډېرې داسې پېښې او واقعات شته، چې د منصوبي مباح د تقييد لپاره کافي دي او په دې اړه د مباح د تقييد د مشروعيت لپاره چې مخکې کوم دلايل وړاندې شول کافي دي او يو څو نور ورباندې اضافه کوو:

۱— د حج په فريضه کې ځينې قيدونه: ټولو ته معلومه ده چې حج يو ځل په ټول عمر کې پر هر نارينه او بنځينه باندې چې د لارې د تګ او بېرته راتګ توان ولري، فرض دی، داچې د حج په فرضيه کې ډېر خلک ګډون کوي، نو له همدې امله د حج په مکانونو کې د شريعت په رڼا کې وسعت راځي، ځکه چې د حج وافدين کال په کال زياتېږي او د حجاجو په شمېر کې زياتوالی راځي، داچې دغه ځايونه د حجاجو لپاره کفايت نه کوي، نو فقهاوو په ځينو مواردو کې فتوا ور کړې، فتوی دا ده چې د طواف ځای څو پوره جوړ شي، صفا او مروه څو پوره جوړه شي او د شيطان وېشتو ځای څو پوره جوړ شي، دا په دې خاطر چې د ګڼې ګڼې مخه ونيول شي او د خطر مخنيوی وشي. دغه راز سعوديېان په پنځو کالو کې يو ځل حج کولی شي او هغوی ته د دې اجازه نشته، چې هر کال حج وکړي، دا د دې لپاره چې د خطر مخه ونيول شي او حجاج له ستونزو سره مخامخ نه شي، نو ځکه خو د سعودي دولت تر پنځو کالو پورې چاته د حج اجازه نه ورکوي، حال دا چې حج په قران کریم باندې ثابت دی، الله تعالی فرمايي: {وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلًا} (۲۴) خاص د الله تعالی لپاره پر خلکو باندې د بيت الله حج کول دی چې د لارې د ورتګ او بېرته راتګ

توان ولري) نو دلته مونږ وينو چې د سعودي دولت خپلو اتباعو ته تر پنځو کالو پورې حج ته د تلو اجازه نه ورکوي او دغه تقييد دی، ځکه اصل خو دا دی چې پر حج باندې قيود ونه لگول شي، پر هر چا باندې چې حج لازم شو بايد هغه حج ته لار شي او خپله فريضه ادا کړي او په دې اړه چې سعوديېان يو ځل د حج فريضه ادا کړي، بيا تر پنځو کالو حج ته نه شي تلای، د قرعې او د حجاج شمېر په اړه د هغوی د علماوو فتوا ده: (يقول السائل: ما قولكم في تحديد أعداد الحجاج واتباع القرعة في اختيار من سيحجون ؟

الجواب: تحديد عدد الحجاج من قبل الجهات المختصة أمر جائز شرعاً نظراً لعدم استيعاب المشاعر المقدسة لأعداد الحجاج الهائلة حيث إنه من المعلوم أن المشاعر (مكة ومنى ومزدلفة وعرفة) قدرتها محدودة في استيعاب أعداد الحجاج كما أنهم بحاجة لخدمات صحية وأغذية ومواصلات وسكن وقد يصعب توفيرها للعدد الكبير منهم وخاصة أن عددهم قد يكون بالملايين لذا فإن المصلحة الشرعية تقتضي تحديد الحجاج بأعداد معينة موزعة على حسب كل بلد من بلدان المسلمين ولكن يجب مراعاة عدة أمور في هذا التحديد:

۱. أن يكون التوزيع عادلاً بين جميع أقطار المسلمين.
 ۲. أن يشمل التحديد الحجاج القادمين من داخل السعودية حيث إن ما بين نصف أو ثلث عدد الحجاج في كل عام يكونون من داخل السعودية (٢٥).
- په دغه پورته فتوای کې داخبره پرته ده چې د پوښتنه کوونکي په ځواب کې اوږد ځواب وویل شو چې د حاجیانو په تحديد کې کومه گناه نشته او دغه فتوا د دلایلو په رڼا کې ورکړل شوې.

د ټولو په اتفاق سره حج په ټول عمر کې يو ځل فرض دی، له هغه وروسته تکراري حجونه په ندب باندې حمل کېږي، نو هغه قيد چې په ځينو دولتو کې د تکراري حج لپاره ټاکلی دی کوم د شريعت خلاف عمل نه دی.

۲- د سعودي دولت له خوا د هېوادونو لپاره د حاجیانو تعداد ټاکل: دا هم یو تقیید دی، اصل خو دا دی چې پر هر مسلمان حج فرض شي، باید خپل حج ته لاړ شي او هغه ادا کړي، خو مونږ وینو چې د سعودي حکومت د اسلامي دولت د نفوسو د شمیر په اندازه د فیصدي په بڼه هغوی ته د حجاجو تعداد ټاکي، چې له دې څخه به زیات حاجیان نه راځي او عملاً دغه تقیید د حجاجو په تعداد کې راغلی دی، دا تقیید هم د مصلحت له مخې جواز لري او باید اسلامي هېوادونه د سعودي دولت دا حکم ومنې، ځکه چې سعودیان د حج د مراسمو د تیارولو مسوولیت لري، که دغه تقیید نه وي، نو له هر اسلامي دولت څخه به په زرگونو خلکو د حج په مناسکو کې گډون کاوه، زیاته گڼه گڼه به رامنځ ته کېده، له دغې زیاتې گڼې گڼې څخه به زیاتې خرابۍ او ستونزې راولاړې شوې وای او له دغه واقعیت څخه هېڅوک منکر کېدای نه شي، که څوک وایي چې دا خو د شریعت خلاف چاره ده، د شریعت خلاف چاره نه ده، ځکه بله لاره نه لرو، د ښه رویتیا لپاره په اسلامي شریعت کې د مخمصې په حالت کې مرداره خوړل جواز لري، حال دا چې دغه چاره سرته رسول په اسلامي شریعت کې گناه او د دین خلاف عمل دی، دلته هم د ضرورت او مصلحت له مخې د مباح تقیید شوی دی.

د مباح تقیید په اسلامي شریعت کې د مجتهد دنده ده او پرخلکو یې ادا کول او منل ضروري چاره ده، که د حاجیانو تعداد تعین نه کړي نو څه به کوي.

۳- طلاق باید په محکمه کې د قاضي وړاندې ورکول شي: دا چې د طلاق ورکول مباح عمل دی چې خاوند یې خپلې میرمنې ته ورکوي، خو په ځینو هېوادونو کې د طلاق پېښې ډیرې شوي، نو په هغه هیواد کې په رعیت باندې دا لازمه کړی چې طلاق به په محکمه کې د قاضي په وړاندې ورکول کېږي له هغه پرته طلاق درست نه دی، لکه په مصر کې دا تقیید شوی دی.

۴- په محکمه کې د نکاح د تړون ثبتول: د نکاح عقد چې د اسلامي شریعت له تعلیماتو سره سم وشي د نکاح تړون درست دی او د نکاح ټول اثار پرې مرتبېږي، خو

په ځينو هيوادونو کې په رعيت دا لازمه کړې چې د نکاح تړون به په محکمه کې ثبتوي.

د مباح تقييدول که هغه منصوبي وي او عقلي مباح، دا يو ډول اجتهاد دی که اولو الامر دا اجتهاد جوگه نه وي، نو هغه دې له فقهاوو څخه پوښتنه وکړي او بيا دې مباح په الزام يا منعي سره تقييد کړي، بل دا چې د مباح تقييد د دين له ثوابتو څخه نه دی بلکې د دين له متغيراتو څخه دی، نو د حالاتو او ظروفو په بدلون سره په مباح کې بدلون راتلاى شي، کله به مباح په خپل اصلي حالت (اباحت) باندې پاتې وي، کله به الزام سره مقيد وي او کله به په منعي سره مباح مقيد وي.

عمر فاروق (رضى الله عنه) په اوونۍ کې دوه ځله پر لېسې د غوښو پلورل منعه کړې و، که څه هم چې د غوښو خوړل چې په حلاله طريقه په لاس راوړل شي، مباح چاره ده، خو عمر فاروق رضی الله عنه دا کار ځکه کړی، چې خلکو باندې د غوښو ارزاني وشي او هر څوک غوښه وخوري. (۲۶)

د مباح تقييد دا د اولو الامر په شرعي سياست پورې اړه لري، تر څو د رعيت د گټو ساتنه وکړي او له هغوى څخه ضرر دفعه کړي، پرته له هغه چې د مباح په تقييد کې د رعيت گټه او د مفاسدو دفعه نه وي، نو بيا خو اولو الامر ته د مباح د تقييد جواز نشته، ځکه چې مرتب اثر يې نامعلوم دی، بايد چې مباح په خپل اصلي حالت (اباحت) باندې پريښودل شي.

دا چې د ولي الأمر ټاکنه د دې لپاره وي، چې په رعيت باندې اسلامي شرعي احکام تطبيق کړي، دنيوي سياست د اسلامي شريعت په رڼا کې پر مخ بوځي، هغه بې ځايه احکام او امرونه نه شي صادرولى، د ولي الأمر تصرفات به د رعيت په مصلحت بنا وي، حتى داسې صورتونه شته، چې اولو الامر په فردي حقونو کې هم مداخله کوي، تر څو د ضرر مخه ونیول شي لکه:

۱— که یو شخص د خپل ملکیت په کارولو او استعمال کې نورو ته ضرر رسوي نو په دې صورت کې ولي الامر يا ولسمشر حق لري چې د ضرر د مخنيوی لپاره مداخله وکړي.

۲— که یو شخص له عام مصلحت سره په ټکر کې د خپل فردي مصلحت لپاره چاره سرته رسوي، نو په دې صورت کې ولسمشر حق لري چې مداخله وکړي، ځکه عام مصلحت تر فردي مصلحت څخه غوره دی.

په ټوله کې ویلای شو چې د اولو الامر يا ولسمشر تصرفات، په فردي حق کې مداخله کول، د مباح تقييد په الزام او منعې سره به د اسلامي شريعت په چوکاټ او رڼا کې وي او د اسلامي شريعت له پولو او ضوابطو څخه نه شي وتلای، لکه د عمر فاروق رضی الله عنه پرېکړه او فيصله چې د عراق د ځمکې په هکله یې کړې وه، چې د هغې توزیع او وېش یې پر مجاهدينو باندې بند کړ.

واک يا سلطه د تجربې له مخې دريو ډولونو ته وېشل کېږي، چې هغوی په وار سره د مباح په تقييد کې ونډه لري: ۱) مقننه قوه، ۲) قضايه قوه او ۳) اجرايه قوه.

۱— مقننه قوه: دا له هغو اشخاصو څخه جوړه ده چې پوهان، متخصصين دي، د خلکو لپاره د دوی په ګټه قوانين جوړوي، خو د دوی د مصالحو ساتنه وکړي، نظام په عدل او انصاف ودرېږي، د مقننې قوې غړي بايد زيات مجتهدين وي، چې د قرآن کریم او نبوي ارشاداتو په رڼا کې او د نورو شرعي مصادر و پر بنا قوانين او فتوا ګانې ورکړي.

په اوسنيو نظامونو کې مقننه قوه هغه ده چې قوانين تصويبي، په اسلامي دولت کې مقننه قوې ته څه قيود شته دي، چې په لاندې ډول ورته اشاره کېږي:

الف— د قوانينو په تصويب کې به له شرعي نصوصو استفاده کوي، شرعي نصوص به پلي کوي او د قوانينو هيڅ ماده به له شريعت سره په ټکر کې نه وي.

ب— د رعيت د مصالحو او د هغوی د چارو د تنظيم ساتنه به کوي او د اسلامي شريعت د مباديو په بنسټ به د رعيت د مصالحو جلب او د مفاسدو مخنيوی کوي.

ج- د مقننې قوې غړي به فقهاء، متخصصين چې تقوا ولري او امين اشخاص وي، تر څو د اسلامي شريعت په رڼا کې قوانين جوړ کړي او په ولس باندې يې تطبيق کړي، هغوی به د رعيت مصالح او گټې پيژني د رعيت په گټه به کوم چې عام مصلحت وي احکام راوباسي، د رعيت له عرف څخه به خبر وي د هغوی عادات به ورته معلوم وي.

۲- قضايه قوه: دغه قوه دا دنده لري چې په ټولنه کې عدل قايم کړي د خلکو په منځ کې په عدل او انصاف سره منازعې او دعوگانې فيصله کړي، له ظالمانو څخه د مظلومانو حقونه واخلي، هېڅوک پرېنږدي چې پر نورو ظلم او تېری وکړي او د هغوی پر حقونو خيټې واچوي، راشدو خلفاوو هم شوری درلوده، چې له هغوی څخه به يې د قوانينو او مسئلو په تطبيق کې مشوره اخيستله، تر دې پورې چې عمر فاروق (رضي الله عنه) مشرانو صحابه وو ته، د دې اجازه نه ورکوله، چې له دار الخلافه څخه لرې سفر وکړي، هغوی قاضيان د قضا پر دنده گومارلي و او د خليفه په استازيتوب به يې فيصلې کولې.

۳- اجرايه قوه: د دې قوې دنده داده چې د قاضيانو فيصلې به تطبيق کوي، دغه کسان د پوليسو او ملي امنيت منسوبين دي، په اوسني وخت کې مقننه قوه چې د قوانينو تصويب د هغې دنده ده، نو د مباح تقييد هم په هغو پورې زيات تړاو لري او ډېر واک د مباح په تقييد کې مقننه قوه لري، خو بيا هم دغه دری سره قوې، د مباح په تقييد کې يو ډول نه يو ډول دخيل دي.

په دې مقاله کې دا موضوع ثابتېږي چې د اولوالامر د مصلحت پر بنسټ د مباحو تقييد کولای شي خو دا هم د ځينو شرطونه په رڼا کې چې فقهاوو د مباح د تقييد لپاره اېښودلي دي.

ماخذونه:

- ٢- النساء: ٣ آيت .
- ٣- البقرة: ٢٧٥ ايت.
- ٤- البقرة: ٥٧ ايت.
- ٥- سنن ابي داود: باب القضاء: ٣٦٣٨ حديث.
- ٦- الموطأ: مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، دار القلم دمشق، لومړی چاپ، ١٤١٣هـ ق كال، باب القضاء في المرفق، ١٤٣١ حديث.
- ٧- النساء: ٥٩ ايت.
- ٨- الفقه الاسلامي و ادلته: شپږم جزء، ٢٨٩ مخ.
- ٩- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دويم جزء، ٢٨٩ مخ.
- ١٠- الاحكام في أصول الاحكام للآمدي: خلورم ٢٠٩ مخ
- ١١- انوار البروق في انواع الفروق: درېم جزء، ٣٣٤ مخ .
- ١٢- الشورى: ١٣ ايت .
- ١٣- الشورى: ٢١ ايت .
- ١٤- الاعراف: ٣٢ ايت.
- ١٥- المائدة: ٨٧ ايت .
- ١٦- يوسف: ٤٠ ايت .
- ١٧- يونس: ٥٩ ايت .
- ١٨- البقرة: ١٧٣ ايت
- ١٩- سنن ابن ماجه: بَابُ مَنْ كَرِهَ أَنْ يُسْعَرَ، ٢٢٠٠ حديث. ١٥٠٠ حديث حسن او صحيح دى.
- ٢٠- رد المحتار على " الدر المختار: وويشتم جزء، ١٣ مخ.
- ٢١- الموسوعة الفقهية الكويتية: نهم جز، ٢٧٠ مخ.
- ٢٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لسم جزء، ٢٨٠ مخ.
- ٢٣- البحر الرائق: يو وويشتم جزء ٦٩ مخ .
- ٢٤- آل عمران : ٩٧ ايت .
- ٢٥- فتاوى يسألونك: حسام الدين بن موسى عفانه، دويم چاپ ١٤١٧ هـ ، شپږم جزء ، ١١٩ مخ .
- ٢٦- اجتهاد ولي الأمر في ضوء الواقع المعاصر: عبدالرحمن سليمان الرومي، ٢٠٥ مخ .

تحليل حقوقى اصل برائت

محمد كاشف منيب

چکیده

اصل برائت يکى از اصول مهمى است که عملاً تطبیق آن در تمام عرصه‌های فقهی و حقوقی اعم از قضایای مدنی، تجارتی، احوال شخصیه، حقوق عامه و قضایای جزائی، صورت می‌گیرد. یعنی این اصل علاوه بر اینکه يکى از قواعد مهم و اساسی در فقه محسوب می‌گردد، يکى از اصول اساسی و عمده در عرصه حقوقی بخصوص بخش جزائی بوده و از موضوعات مهم و پذیرفته شده‌ی است که در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی تسجیل گردیده و همچنان از جمله اصول محاکمه عادلانه نیز بشمار می‌رود. این اصل "پرنسپ" در حقیقت با اصل قانونیت جرایم و جزاها در ارتباط است. لذا به اساس این اصل، شخص تا وقتی که به اساس دلایل شرعی و قانونی ملزم قرار نگیرد، به

ذمت او چیزی ثابت نمی‌گردد و برای‌الذمه پنداشته می‌شود. همچنان برای اینکه شخص را محکوم به مجازات نمود، لازم است تا حکم قطعی و یا نهائی محاکم ذیصلاح را در زمینه به دست آورد.

کلید واژگان

اصل براءت، قاعده، قوانین ملی، اسناد بین‌المللی.

مقدمه

اصل براءت که از فقه وارد حقوق گردیده، دربرگیرنده تمام عرصه‌های حقوقی است. درحالی‌که این اصل پس از جنگ جهانی دوم، موردتوجه و عنایت خاص حقوقدانان و قانون‌گذاران قرارگرفته و در اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی و سایر قوانین عادی کشورها تسجیل گردیده، خوشبختانه دین مقدس اسلام از قرن‌ها پیش این حق را برای بشر به رسمیت شناخته است. چنانچه قبلاً تذکار یافت، اصل براءت نه‌تنها در بخش فقه، بلکه یکی از اساسی‌ترین اصولی است که در حقوق نیز کاربرد فراوان دارد و به‌طور مشخص در حقوق جزاء همواره مدنظر بوده و با اصل قانونیت جرایم و جزا‌ها ارتباط ناگسستنی دارد. ازینرو این اصل که می‌توان آن را میراث مشترک همه ملل متمدنی جهان محسوب کرد، در اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد و سایر اسناد و میثاق‌های بین‌المللی مرتبط و قوانین اساسی و سایر اسناد تقنینی کشورها تسجیل گردیده است.

اصل مزبور، علاوه بر این‌که در کلیه قوانین اساسی افغانستان، از نظامنامه اساسی (قانون اساسی مصوب سال ۱۳۰۱ ش. عهد امان‌الله خان) الی قانون اساسی جدید (مصوب سال ۱۳۸۲ ش. دوران زمامداری حامد کرزی) انعکاس یافته، در قوانین عادی (اعم از جزائی و مدنی) کشور ما نیز تصریح و تبیین گردیده است.

بنابر اهمیت موضوع؛ در بحث حاضر، جنبه‌های حقوقی اصل براءت و انعکاس آن را در اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی و سایر قوانین عادی، بخصوص قوانین جزائی کشورما، به بررسی گرفته‌ایم.

در ترتیب و تنظیم این بحث که دارای یک مقدمه و دو فصل اساسی است، فصل‌بندی طوری رعایت شده که در فصل اول آن مفاهیم کلی قاعده اصل براءت که شامل سه مبحث جداگانه تحت عناوین؛ معنی لغوی و اصطلاحی اصل براءت، دلایل مشروعیت اصل براءت و موارد استفاده این اصل، است. در فصل دوم آن رعایت این اصل در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی در دو بخش جداگانه تحت عناوین؛ رعایت اصل براءت در قوانین ملی و رعایت اصل براءت در اسناد بین‌المللی به بحث و بررسی گرفته شده است. در اخیر هم، نتیجه‌گیری مختصری از بحث نموده‌ایم.

فصل اول

مفهوم شناسی

بدون شک قواعد فقهی اصول عام و فراگیری‌اند که هدف آن‌ها جمع کردن مسایل و احکام فقهی پراکنده و شناخت آن‌ها به‌طور آسان است. قواعد فقهی نه‌تنها در بخش عظیمی از فقه کاربرد دارند، بلکه احکام آن‌ها در قوانین وضعی؛ اعم از اسناد تقنینی ملی و اسناد بین‌المللی نیز تسجیل گردیده است. این قواعد، مجتهد، فقیه و حقوق‌دان را در فهم و استنباط حکم شرعی و قوانین وضعی یاری می‌رساند. قواعد فقهی درمجموع دارای خصوصیات‌اند که گویای همان جاودانگی، ژرف‌نگری و دوراندیشی احکام دین اسلام است؛ مسلماً، چون این قواعد و دساتیر برخاسته از عقل محدود بشر نمی‌باشند؛ ازینرو در تمام اعصار و قرون قابل تطبیق و تعمیم می‌باشند. یکی از خصوصیات عمده قواعد فقهی اینست که از چند کلمه موجز و مختصر ترکیب و تشکیل شده‌اند، اما ده‌ها مسایل و فروع فقهی دیگر را شامل

می‌شوند.

قواعد فقهی از منظر شمول و وسعت دایره احکام آن دارای مراتب ذیل است:

- ۱- قواعدی که مورد اتفاق تمام علماء می‌باشند مثل قواعد فقهی خمس کبری.
- ۲- قواعدی که مورد اتفاق تمام علماء می‌باشد و شامل بر فروع فقهی هم بوده اما باعتبار جامع و شامل بودن در مرتبه قسم اول "قواعد فقهی خمس کبری" قرار ندارد.
- ۳- قواعد فقهی که دارای محدوده مضیق است. یعنی فروع فقهی بیشتر را در برنمی‌گیرد و به باب خاص فقهی ارتباط دارد.

اصل برائت از جمله فروع قاعده فقهی "الیقین لایزول بالشک" یعنی یقین با شک زائل نمی‌شود که یکی از قواعد فقهی خمس کبری یا قواعد فقهی پنجگانه بزرگ به حساب می‌رود، است.

مبحث اول- معنی لغوی و اصطلاحی اصل برائت

اصل برائت مرکب از سه کلمه (اصل، برائت و ذمه) بوده و یک قاعده کلی فقهی را احتوا می‌نماید که مبین مفهوم کلی است. یعنی قاعده متذکره برائت را حالت اصلی شخص می‌داند؛ لذا شخص تا وقتی که به اساس دلایل شرعی و قانونی ملزم قرار نگیرد، به ذمت او چیزی ثابت نمی‌گردد. اینک معنی لغوی کلمات تشکیل دهنده قاعده را طور جداگانه ذیلاً به بررسی می‌گیریم.

گفتار اول- معنی لغوی قاعده اصل برائت

الف- اصل: در لغت به معنی دلیل، قاعده، ریشه و منبع چیزی چنانچه فقها می‌گویند که

اصل در وجوب حج کتاب، سنت و اجماع است؛ اما دلیل از کتاب، این فرموده خداوند متعال (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ) است.^۱

وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیه - کویت، الموسوعه الفقهیه، جلد (۵)، صفحه (۵۶).^۱

در اصطلاح، حکم کلی است که تمام جزئیات اش را در برمی گیرد و احکام مربوطه را فروع آن گویند.^۱

ب- براءت: واژه عربی و در لغت به معنی بری بودن از جرم، عیب، تهمت و مانند آن‌ها.^۲ یا براءت عبارت است از آزاد بودن انسان از تحمیلات و تکالیف و تعهدات و واجبات، مگر در حدود مصرحات قانون لازم‌الاتباع.^۳ براءت در اصطلاحات فقهی عبارت از گرایش به طرف نفی الزام قانونی و عدم تعهد و تکلیف و آزادی اراده در موقع برخورد با شک در تکلیف.^۴

در اصطلاح علم حقوق، مراد از براءت؛ اعلام رهائی متهم از انتساب تهمت است که مجرم نبودن فرد را در ارتباط با اتهام منسوبه نشان می‌دهد.^۵ یا به تعبیر دیگر؛ براءت عبارت است از تصمیم قطعی محکمه بر بی‌گناهی و عدم مجرمیت یا مقصرت شخص است که مظنون یا متهم به ارتکاب جرم بوده است. بنابراین دلیل که تقصیر و مجرمیت یا خطا و اهمال وی ثابت نشده باشد.^۶

ج- ذمه: نیز واژه عربی بوده و در لغت به معنی بر عهده گرفتن و تعهد^۷ یا عهد، امان و ضمان و در اصطلاح فقها، "آن‌ها وصف یُصیر الشخص به اهلاً

همان منبع پیشین، صفحه (۵۶).^۱

انوری، دکتر حسن، فرهنگ سخن، جلد (۲)، صفحه (۸۹۳).^۲

جعفری، محمدجعفر، لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، صفحه (۸۳۲).^۳

جعفری، محمدجعفر، لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، صفحه (۱۰۷).^۴

رسولی، محمد اشرف، شرح و توضیح قانون اجراءات جزائی، صفحه (۵۴).^۵

همان منبع پیشین، صفحه (۵۴) به نقل از ایمانی، عباس، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری.^۶

انوری، دکتر حسن، فرهنگ سخن، جلد (۲)، صفحه (۲۵۱۵).^۷

للايجاب له و عليه^۱ یعنی ذمه وصفی است که شخص به اساس آن اهلیت ایجاب را به نفع و یا ضررش پیدا می‌کند.

در اصطلاح علم حقوق نیز؛ ذمه عبارت از وصفی است که به سبب آن انسان اهلیت پیدا می‌کند تا برای او چیزی ثابت شود و یا علیه او چیزی لازم گردد.^۲

گفتار دوم- اصطلاح قاعدة اصل براءت

با در نظر داشت مطالب فوق، می‌توانیم اصل براءت را به‌طور خلاصه این‌طور تعریف نمائیم:

براءت به این مفهوم است که تمام اشخاص به شمول مظنون و متهم؛ بی‌گناه دانسته می‌شوند. زیرا براءت حالت اصلی است و مظنونیت یا اتهام و بعد تثبیت مقصرت نظر به دلایل مؤجه از جمله استثنائات این اصل است. بنا برآن هیچ شخص مکلفیت ندارد تا خود بی‌گناهی خود را ثابت بسازد. هر شخصی که اتهامی را علیه فردی مطرح می‌سازد؛ مکلفیت وی است تا اتهام وارده را با ارائه دلایل ثابت نماید. در اصطلاحات حقوقی، براءت به مفهوم خالی بودن ذمه شخص معین از تعهد را گویند.^۳

به تعبیر دیگر؛ براءت عبارت است از تصمیم قطعی محکمه مبنی بر بی‌گناهی و عدم مجرمیت یا مقصرت شخص است که مظنون یا متهم به ارتکاب جرم بوده است. بنابراین دلیل که تقصیر و مجرمیت یا خطا و اهمال وی ثابت نشده باشد.^۴

وزارت الاوقاف و الشئون الاسلامیه - کویت، الموسوعه الفقهيّه، جلد (۲۱)، صفحۀ (۲۷۴).^۱

قاموس اصطلاحات حقوقی، صفحۀ (۱۳۳).^۲

جعفری، محمدجعفر، لنگرودی، همان منبع پیشین، صفحۀ (۱۰۸).^۳

رسولی، محمد اشرف، همان منبع پیشین، صفحۀ (۵۵) به نقل از ایمانی، عباس، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری.^۴

یا به عبارت دیگر؛ اصل براءت عبارت است از اینکه انسان وقتی تولد می شود ذمه آن خالی از اشغال به حقوق غیر است، ولی مشغول گردیدن عهده شخص به حقی از حقوق خلاف این اصل است. یعنی درجایی که درباره موضوعی دچار تردید شویم و باور نمائیم که به انجام آن مکلف نیستیم، مهم ترین دلیل اصل براءت خواهد بود.^۱

قاعده اصل براءت در ماده (۸) مجله الاحکام العدلیه که اکثریت قواعد فقهی در عرصه قضایی به شیوه مواد قانونی در آن تدوین گردیده است، چنین تسجیل گردیده است:

(الاصل براءت الذمه، فاذا اتلف رجل مال آخر و اختلفا فی مقداره یکون القول للمُتَلِف والینه علی صاحب المال لاثبات الزیاده) یعنی براءت حالت اصلی است، به همین دلیل اگر چیزی از نزد دیگری تلف شد و اختلاف آمد، قول تلف کننده اعتبار دارد و صاحب مال برای اثبات زیادت بایست شاهد بیاورد.^۲

در برابر اصل براءت برخی از مؤلفان اصطلاحاتی چون اصل براءت جزائی، فرض براءت و فرض بی گناهی را نیز به کار برده اند که فرض بی گناهی در حقوق جزائی را واژه مناسبی در مورد می دانند.^۳

مبحث دوم- دلایل مشروعیت اصل براءت

قواعد فقهی به اعتبار منبع، در یک درجه قرار ندارند، بلکه باهم متفاوت اند؛ به این معنی که برخی از قواعد فقهی مستنبط از کتاب الله و سنت رسول الله

نذیر، داد محمد، مبادی علم حقوق، صفحه (۳۲۸).^۱

محمد عثمان، ژوبل، ترجمه دری مجله الاحکام العدلیه، جلد (۱)، انتشارات بهیر، صفحه (۳۲) ماده هشتم، کابل ۱۳۸۱ ش.^۲

جعفری، محمد جعفر، لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، صفحه (۱۰۸).^۳

"ص" بوده و برخی تنها مستنبط از سنت رسول الله "ص" میباشد. برخی دیگر هم به اساس اجماع ثابت شده است و بعضاً هم مصدر قاعده فقهی مجموع آراء و اقوال علماء میباشد.

دلیل شرعی اصل برائت، سنت رسول الله "ص"، بخصوص این حدیث پیامبر "ص" است که ابن عباس رضی الله تعالی عنهما می گوید: پیامبر "ص" فرمودند:

"لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رَجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنْ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ." اگر مردم (بدون شاهد) هر ادعایی کردند به آنها آن چیز را بدهند، گروهی ادعای خون بها و اموال دیگران را می کنند، ولی (برای تبرئه شدن)، متهم باید قسم بخورد. بنابراین اگر شخصی علیه شخص دیگری ادعای حق و یا دینی کند، باید آن را ثابت نماید؛ زیرا مدعی کسی است که خلاف اصل برائت قیام می کند و در غیر آن مطابق این اصل به برائت مدعی علیه حکم کرده می شود و بدین وسیله اصل برائت، دلیل مثبت حق برای مدعی علیه واقع می گردد.^۱ همچنان از نظر علمای حقوق، این که مقنن برائت را اصل می داند، مبنای آن را می توان در موارد زیر سراغ نمود:

اولین مبنا در این مورد اصل اباحه است، به این معنا که تمام افراد جامعه از حقوق و آزادی هایی برخوردار می باشند و می توانند هر چیزی را که بخواهند انجام دهند یا به عبارت دیگر، اصل بر آن است که هر نوع رفتار به ذات خود مباح بوده و افراد می توانند انجام بدهند. اما بعضی از اعمال و رفتار استثناء جرم دانسته شده است.

نذیر، داد محمد، همان منبع پیشین، همان صفحه، به نقل از القشیری، صحیح مسلم، المجلد اثنانی، صفحه (۷۴).^۱

اصل دوم در مورد بار اثبات است که اثبات هر نوع اتهامی که علیه افراد وارد می شود، منوط به شخص و مرجعی است که چنین اتهامی را وارد ساخته است. هیچ کس مجبور نیست تا بی گناهی خود را ثابت سازد. زیرا اباحه و براءت اصل است و درواقع اصل به رعدم چیزی بنا یافته، درحالی که مجرم دانستن شخص یک استثنای این قاعده است. و چون یکی از مبانی اصل براءت، عدم آن است که مطابق آن متهم بی گناه دانسته می شود. اگر ادعایی مبنی بر مجرمیت شخص صورت می گیرد. این امر خلاف اصل بوده، ایجاب می نماید تا در قدم اول باید مسؤولیت شخص تثبیت گردد و بعد فرد مُقصر دانسته شود.^۱

مبحث سوم- موارد استفاده اصل براءت

علمای اصول حکم را به دودسته قرار ذیل تقسیم می نمایند:

- ۱- حُکَم تکلیفی: یعنی حُکمی که یا مُقتضی طلب انجام فعل، یا مُقتضی دست برداشتن از آن و یا مُقتضی تخییر بین انجام و ترک فعل است.
 - ۲- حُکَم وضعی: یعنی حُکمی که مُقتضی قرار دادن یک چیز به عنوان سبب یا شرط یا مانع برای یک چیز دیگر است.^۲
- قابل یادآوری است اصل براءت در مسایل موضوعی استفاده می شود. یعنی هرگاه درباره موضوعی دچار تردید شویم و باور نمائیم که به انجام آن مکلف نیستیم، هر ادعایی را که فاقد دلیل باشد بی مورد دانسته مطابق اصل مذکور عمل می کنیم. اما در مسایل حُکمی استفاده از اصل براءت تکلیف را مرفوع نمی سازد. یعنی اگر مبنی بر امری ندانیم که قانون گذار حُکمی را وضع کرده

رسولی، محمد اشرف، همان منبع پیشین، صفحات (۵۷ و ۵۸).^۱

زیدان، عبدالکریم، الوجیز در اصول فقه، مُترجم دکتر فرزاد پارسا، صفحات (۲۷) و (۲۸).^۲

است یا خیر؟ با استناد با این اصل نمی‌توانیم خود را فارغ‌الذمه بدانیم، بلکه مکلف هستیم تا نظر قانون‌گذار را در زمینه دریابیم. اصل براءت با موجود شدن دلیل خلاف آن قابل اعتبار نخواهد بود.^۱

فصل دوم

رعایت اصل براءت در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی

اصل براءت یکی از اصول مهم محاکمه عادلانه است و چنانچه قبلاً تذکار یافت این اصل نه‌تنها در شریعت اسلامی، بلکه در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی نیز به‌صورت صریح انعکاس یافته است.. به‌موجب این اصل، شخص تازمان یک جرمش ثابت نشده است بی‌گناه شناخته می‌شود. لذا هیچ‌کسی از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در محکمه ذیصلاح ثابت گردد.

در این فصل رعایت اصل براءت را بالترتیب در قوانین ملی (افغانستان) اعم از قوانین اساسی و قوانین عادی و اسناد بین‌المللی، طی دو مبحث جداگانه به بررسی می‌گیریم.

مبحث اول- رعایت اصل براءت در قوانین ملی

در مبحث هذا بالترتیب به بررسی انعکاس اصل براءت در قوانین اساسی و عادی افغانستان، می‌پردازیم.

گفتار اول- رعایت اصل براءت در قوانین اساسی

قانون اساسی منحیث وثیقه ملی؛ مجموعه اصول و قواعدی است که شکل حکومت، سازمان‌ها و نهادهای سیاسی دولت، روابط و وظایف و

نذیر، دادمحمد، همان منبع پیشین، صفحه (۳۲۸).^۱

صلاحیت‌های آن‌ها و همچنان حقوق و وجایب اساسی افراد را که فرد و دولت مکلف به احترام و رعایت آن‌ها است، تعریف و تبیین می‌نماید. تدوین و تصویب قانون اساسی در کشورما در دورهٔ زعامت امیر امان‌الله خان آغاز و تا اکنون قوانین اساسی متعددی داشته‌ایم که در دوره‌های مختلف تدوین و تصویب گردیده‌اند. خوشبختانه اصل برائت نظر به اهمیت آن در کلیه قوانین اساسی افغانستان از نخستین قانون اساسی دورهٔ امان‌الله خان (۱۳۰۱) الی قانون اساسی نافذ فعلی (۱۳۸۲)، تسجیل گردیده که در ذیل به ذکر مختصر هرکدام آن می‌پردازیم.

۱- نظامنامهٔ اساسی دولت علیه افغانستان (قانون اساسی دورهٔ امان‌الله خان، ۱۰ حوت ۱۳۰۱ ش.)

این نظامنامه به‌عنوان اولین قانون اساسی در کشورما، حقوق و آزادی‌های بشری را به رسمیت شناخته و مواد دهم و بیست و چهارم آن در رابطه به اصل برائت چنین احکامی را پیش‌بینی نموده‌اند:

مادهٔ دهم: حریت شخصیه از هرگونه تعرض و مداخلت مصئونست، هیچ‌کس بدون امر شرعی و نظامات مُقننه تحت توقیف گرفته و مُجازات کرده نمی‌شود.

مادهٔ بیست و چهارم: شکنجه و دیگر انواع زجر تماماً موقوف است و خارج احکام شرع شریف و نظامات دولت که موافق احکام شرعی تنظیم یافته برای هیچ‌کس مُجازات داده نمی‌شود.^۱

مواد فوق‌الذکر با رعایت اصل برائت ذمه، گرفتاری، توقیف و مُجازات اشخاص را بدون حُکم شرعی و قوانین وضعی ممنوع قرارداده‌است.

وزارت عدلیه، مجموعه قوانین اساسی افغانستان، صفحات (۱۹) و (۲۳).^۱

۲- اصول اساسی دولت علیه افغانستان (قانون اساسی دوره محمد نادرشاه، ۸ عقرب ۱۳۱۰ ش.)

قانون اساسی مذکور که اکثر احکام آن از نظامنامه اساسی قبلی اقتباس گردیده، اصل برائت در مواد یازدهم و نوزدهم آن چنین تسجیل گردیده است: اصل یازدهم: خُريت شخصیه از هرگونه تعرض مصئونست، هیچ کس بدون امر شرعی و اصول نامه‌های موضوعه توقیف و مُجازات نمی‌شود.

اصل نوزدهم: شکنجه و دیگر انواع زجر تماماً موقوف است و خارج احکام شرع شریف و اصول نامه‌های دولت برای هیچ کس مُجازات داده نمی‌شود.^۱

این مواد نیز با رعایت اصل برائت ذمه، گرفتاری، توقیف و مُجازات اشخاص را بدون حُکم شرعی و قوانین وضعی ممنوع قراردادده است.

۳- قانون اساسی افغانستان (دوره محمدظاهر شاه، ۹ میزان ۱۳۴۳ ش.) در پراگراف‌های دوم الی پنجم ماده بیست و ششم آن، اصل برائت به شکل صریح و واضح چنین تسجیل گردیده است:

ماده بیست و ششم: هیچ عملی جُرم شمرده نمی‌شود مگر به موجب قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد.

هیچ کس را نمی‌توان مُجازات نمود مگر بر طبق حُکم محکمه باصلاحیت که بعد از مُحاکمه علنی و حضوری صادر گردیده باشد.

هیچ کس را نمی‌توان مُجازات نمود مگر بر مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعلِ مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

همان منبع پیشین، صفحات (۵۰) و (۵۲).^۱

هیچ کس را نمی توان تعقیب یا گرفتار نمود مگر بر طبق احکام قانون.
هیچ کس را نمی توان توقیف نمود مگر بر طبق حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانون.

برائت حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود.^۱

۴- قانون اساسی جمهوری افغانستان (دوره محمد داوود خان، ۵ حوت ۱۳۵۵ ش.)

در ماده سی ام این قانون نیز اصل برائت به شکل صریح و واضح حالت اصلی گفته شده و چنین تصریح گردیده است:

ماده سی ام: برائت حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود.

هیچ عملی را نمی توان جرم شمرد مگر به موجب قانون. هیچ کس را نمی توان مجازات نمود مگر بر طبق حکم محکمه باصلاحیت.

هیچ کس را نمی توان مجازات نمود مگر بر مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

هیچ کس را نمی توان تعقیب، گرفتار یا توقیف نمود مگر بر مطابق احکام قانون.

۵- اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان (دوره ببرک کارمل، ۲۵ حمل ۱۳۵۹ ش.)

در ماده سی ام این قانون نیز اصل برائت چنین تسجیل گردیده است:

۲۲ وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، جریده رسمی، شماره مسلسل (۱۲) سال ۱۳۴۳.

ماده سی ام: هیچ کس را نمی توان مُتهم به ارتکاب جرم نمود، مگر مطابق به احکام قانون.

هیچ کس را نمی توان گرفتار و توقیف نمود مگر بر مطابق احکام قانون. هیچ کس را نمی توان مُجازات نمود مگر به حکم محکمه و مطابق به احکام قانون که هنگام ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ باشد. متهم حق دفاع را دارد. مُتهم تا زمانی که به حکم قطعی محکوم نشده است، بی گناه شناخته می شود.^۱

۶- قانون اساسی جمهوری افغانستان (دوره دوکتور نجیب الله، ۹ قوس ۱۳۶۶ ش.)

در پراگراف های سوم الی ششم ماده چهل و یکم این قانون اصل برائت به شکل صریح و واضح چنین تصریح گردیده است:

ماده چهل و یکم: برائت حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه محکوم نشده، بی گناه شناخته می شود.

هیچ عملی را نمی توان جرم شمرد مگر مطابق احکام قانون.

هیچ کس را نمی توان ، مُتهم به ارتکاب جرم نمود، مگر مطابق به احکام قانون.

هیچ کس را نمی توان گرفتار و توقیف نمود، مگر مطابق به احکام قانون.

هیچ کس را نمی توان مُجازات نمود، مگر به حکم محکمه، مطابق به احکام قانون و متناسب به جرمی که مرتکب شده است.^۲

وزارت عدلیه، اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان، جریده رسمی، شماره مسلسل (۴۵۰) سال ۱۳۵۹^۱

وزارت عدلیه، قانون اساسی جمهوری افغانستان، جریده رسمی، شماره مسلسل (۶۶۰) سال ۱۳۶۶.^۲

۷- قانون اساسی جمهوری افغانستان (دوره دوکتور نجیب الله، ۸ جوزای ۱۳۶۹ ش.)

در پراگراف های سوم الی ششم ماده چهل و یکم این قانون نیز اصل براءت مانند قانون اساسی سال ۱۳۶۶ ش. به شکل صریح و واضح چنین تصریح گردیده است:

ماده چهل و یکم: براءت حالت اصلی است متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه محکوم نشده، بی گناه شناخته می شود.

هیچ عملی را نمی توان جرم شمرد، مگر مطابق احکام قانون.

هیچ کس را نمی توان گرفتار و متهم به ارتکاب جرم نمود، مگر مطابق به احکام قانون.

هیچ کس را نمی توان توقیف نمود، مگر به استیذان از محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانون.

هیچ کس را نمی توان مجازات نمود، مگر به حکم محکمه، مطابق به احکام قانون و متناسب به جرمی که مرتکب شده است.^۱

قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان (دوره حامد کرزی، ۶ دلو ۱۳۸۲ ش.)

در مواد بیست و پنجم و بیست و هفتم این قانون اصل براءت به شکل صریح و واضح قرار ذیل تسجیل گردیده است:

ماده بیست و پنجم: براءت حالت اصلی است.

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

وزارت عدلیه، قانون اساسی جمهوری افغانستان، جریده رسمی، شماره مسلسل (۷۲۹) سال ۱۳۶۹.^۱

ماده بیست و هفتم: هیچ عملی جرم شمرده نمی شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد.

هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود، مگر بر طبق احکام قانون.

هیچ شخص را نمی توان مجازات نمود، مگر به حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.^۱

گفتار دوم- رعایت اصل برائت در قوانین عادی

با در نظر داشت اهمیت اصل برائت ذمه، در کنار قوانین اساسی، این اصل در قوانین عادی کشور که رابطه میان فرد و اجتماع را در ساحات مختلف تنظیم می نمایند، نیز تسجیل گردیده است که در ذیل رعایت این اصل را در قوانین مذکور، به طور مختصر بررسی می نماییم.

۱- قانون مدنی مصوب سال ۱۳۵۵ ش.

اصل برائت در ماده (۹۸۵) این قانون که فعلاً نافذ است، قرار ذیل، چنین تسجیل گردیده است:

ماده (۹۸۵): برائت حالت اصلی است.^۲

۲- قانون جزا مصوب سال ۱۳۵۵ ش.

اصل برائت در جزء ۱ ماده چهارم این قانون چنین تسجیل گردیده است:

ماده چهارم: ۱- برائت حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگرفته باشد، بی گناه شناخته می شود.^۳

وزارت عدلیه، قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی، شماره مسلسل (۸۱۸) سال ۱۳۸۲.^۱

وزارت عدلیه، قانون مدنی، جریده رسمی، شماره مسلسل (۳۵۳) سال ۱۳۵۵.^۲

وزارت عدلیه، قانون جزا، جریده رسمی، شماره مسلسل (۳۴۷) سال ۱۳۵۵.^۳

قابل یادآوری است که این قانون با انفاذ کود جزا متشره جریده رسمی شماره مسلسل (۱۲۶۰) سال ۱۳۹۶ ملغی است.

۳- قانون اجراءات جزائی موقت برای محاکم مصوب سال ۱۳۸۲ ش. اصل براءت در ماده چهارم این قانون قرار ذیل چنین تصریح و تبیین گردیده است:

ماده چهارم: از آغاز اقامه دعوی جزائی الی تثبیت مسئولیت جرمی که شخص به حکم نهائی محکمه محکوم علیه قرار می گیرد، بی گناه پنداشته می شود. اگر فیصله باعث سلب و یا محدودیت حقوق بشری شخص می گردد باید استوار به دلایل قانونی بوده که محدود به کشف حقیقت باشد.^۱ لازم به تذکر است که این قانون با انفاذ قانون اجراءات جزائی متشره جریده رسمی شماره مسلسل (۱۱۳۲) سال ۱۳۹۳ ملغی است.

۴- قانون اجراءات جزائی مصوب سال ۱۳۹۲ ش. اصل براءت در ماده پنجم این قانون که فعلاً نافذ است، به متن ذیل چنین تسجیل گردیده است:

ماده پنجم: (۱) براءت حالت اصلی است، متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود. (۲) خائنوال و قاضی نمی توانند دلایل مبهم در قضیه رابه حیث دلایل اثبات علیه مظنون و متهم توجیه و یا ابهام در قانون را به ضرر آنها تعبیر نمایند.^۲

۵- کود جزا مصوب سال ۱۳۹۶ ش.

وزارت عدلیه، قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، جریده رسمی، شماره مسلسل (۸۲۰) سال ۱۳۸۲.^۱

وزارت عدلیه، قانون اجراءات جزائی، جریده رسمی، شماره مسلسل (۱۱۳۲) سال ۱۳۹۲.^۲

این قانون که فعلاً نافذ است، در ماده چهارم آن اصل برائت قرار ذیل چنین تصریح و تبیین گردیده است:

ماده ۵: برائت حالت اصلی است. شخص تا زمانی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگرفته باشد؛ بی گناه شناخته می شود.^۱

مبحث دوم- رعایت اصل برائت در اسناد بین المللی

اصل برائت که خوشبختانه پس از طلوع آفتاب عالمتاب اسلام، از چهارده قرن قبل بدینسو در جوامع اسلامی قابل تعمیم و تطبیق می باشد، مع الوصف خوشبختانه این اصل در قرون معاصر در حقوق جوامع غربی وارد گشته و موجب تحول عمیق در این جوامع گردیده است. که این خود مبین الهی بودن و ژرف نگری و دوراندیشی فقه پویای اسلامی است.

اصل برائت بعد از انقلاب کبیر فرانسه در حقوق غرب و خاصتاً کشورهای اروپائی قرار گرفت، این اصل ابتدا در ماده (۹) اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه انعکاس یافت.

این اصل در قانون اساسی سال ۱۷۹۱م. ایالات متحده امریکا و بعد از آن در سایر کشورهای اروپائی و غیر اروپائی سرایت و مورد اجرا قرار داده شد. بعد از ختم جنگ دوم جهانی و تشکیل سازمان ملل متحد، به خاطر جلوگیری از اتلاف حقوق و آزادی های مردم؛ در سال ۱۹۴۸م. اعلامیه جهانی حقوق بشر تصویب گردید.^۲

اینک در این مبحث، به بررسی رعایت اصل برائت در اسناد بین المللی، می پردازیم.

وزارت عدلیه، قانون جزاء، جریده رسمی، شماره مسلسل (۱۲۶۰) سال ۱۳۹۶.^۱

رسولی، محمد اشرف، همان منبع پیشین، صفحه (۵۵).^۲

۱- اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه مصوب ۲۶- اگست ۱۷۸۹
مجلس مؤسسان فرانسه

این اعلامیه که از صریح‌ترین و جامع‌ترین اسناد در زمینه حقوق و آزادی‌های فردی آن زمان به حساب می‌رود و مبنای قوانین اساسی فرانسه و منشأ الهام نویسندگان قوانین اساسی جوامع غربی است، در ماده نهم آن، اصل برائت به متن ذیل تسجیل گردیده است:
ماده نهم: هرکس بی‌گناه محسوب می‌شود مگر کسی که تقصیر او به ثبوت برسد^۱.

۲- اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ (مطابق ۱۹ قوس ۱۳۲۷ شمسی) مجمع عمومی سازمان ملل متحد

این اعلامیه که سه سال پس از جنگ جهانی دوم، در اجلاس پاریس، بر اساس قطعنامه کمیسیون حقوق بشر، با رأی مثبت ۴۸ دولت از جمله ۵۶ دولت عضو آن زمان سازمان ملل متحد، در یک مقدمه و ۳۰ ماده به تصویب رسید، در ماده یازدهم آن، اصل برائت به متن ذیل تسجیل گردیده است:
ماده یازدهم: ۱- هرکس که به جرمی متهم شده باشد بی‌گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوای عمومی که در آن کلیه تضمین‌های لازم برای دفاع او تامین شده تقصیر او قانوناً محرز گردد.

۲- هیچ کس برای انجام یا عدم انجام عملی که در موقع ارتکاب آن عمل به موجب حقوق ملی یا بین‌المللی جرم شناخته نشود، محکوم نخواهد شد. به همین طریق هیچ مجازاتی شدیدتر از آنچه که در موقع ارتکاب جرم بدان تعلق می‌گرفت، درباره کسی اعمال نخواهد شد.^۲

^۱ کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، مجموعه اسناد حقوق بشری، صفحه (۱۸).

^۲ کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، همان منبع پیشین، صفحه (۴).

۳- میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ میلادی (مطابق با ۲۵/۹/۱۳۴۵ شمسی) مجمع عمومی سازمان ملل متحد

این میثاق دارای ۳۱ ماده بوده که طی قطعنامه ۲۲۰۰ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسیده و سه ماه پس از تصویب در ۲۳ مارس ۱۹۶۷ م. لازم‌الاجرا و خوشبختانه دولت افغانستان به سال ۱۹۸۴ م. به آن الحاق نموده است. میثاق حقوق مدنی و سیاسی که یکی از مهم‌ترین اسناد در زمینه حقوق بشری و به‌ویژه حقوق مدنی و سیاسی محسوب می‌شود، در جزء ۲ ماده چهاردهم آن، اصل برائت به متن ذیل چنین تسجیل گردیده است:

ماده چهاردهم: ۲- هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد، حق دارد بی‌گناه فرض شود تا این که مقصر بودن او بر طبق قانون ظاهر شود.^۱

۴- اعلامیه اسلامی حقوق بشر یا اعلامیه قاهره درباره حقوق بشر در اسلام مصوب ۱۲ محرم ۱۴۱۱ ق. (مطابق ۱۵ اگست ۱۹۹۰ م. و ۱۵ اسد ۱۳۶۹ ش.)

در اجزای (د) و (ه) ماده نوزدهم این اعلامیه، اصل برائت به متن ذیل تسجیل گردیده است:

ماده نوزدهم: د- هیچ جرمی یا مجازاتی نیست مگر به موجب احکام شریعت.

ه- متهم، بی‌گناه است تا این که محکومیت اش از راه محاکمه عادلانه‌ای که همه تضمین‌ها برای دفاع از او فراهم باشد، ثابت گردد.^۲

نتیجه‌گیری:

از آنچه گفته آمدیم، نتیجه می‌گیریم که قاعده فقهی اصل برائت، از جمله مهم‌ترین اصول عملی است که در فقه طرفداران زیادی دارد. اصل برائت که

^۱ <http://www.aihrc.org.af/home/document/747> سایت انترنی تاریخ بازدید ۷/۳/۱۳۹۷

^۲ کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، همان منبع پیشین، صفحه (۱۴).

مشخصاً از فقه وارد حقوق گردیده، دربرگیرنده تمام عرصه‌های حقوقی اعم از مدنی، تجارتی، حقوق عامه و غیره است، مع الوصف به‌طور مشخص در حقوق جزاء همواره مدنظر بوده است. لذا این اصل نه تنها در بخش فقه، بلکه یکی از اساسی‌ترین اصولی است که در حقوق نیز کاربرد فراوان دارد. اصل برائت در حقیقت با اصل قانونیت جرایم و جزاها در ارتباط می‌باشد. ازینروا به اساس این اصل برای اینکه شخص را محکوم به مجازات نمود، لازم است تا حکم قطعی و یا نهائی محاکم ذیصلاح را در زمینه به دست آورد.

بناءً این اصل در اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی و سایر قوانین عادی، بخصوص قوانین جزائی کشورما و سایر کشورها پذیرفته شده است. مهم‌تر از همه، اینکه این اصل در اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد مصوب سال ۱۹۴۸ م. و اعلامیه اسلامی حقوق بشر مصوب سال ۱۹۹۰ م. و میثاق‌های بین‌المللی نیز تسجیل یافته است. درحالی‌که این اصل که می‌توان آن را میراث مشترک همه ملل متمدنی جهان محسوب کرد، در یکی دو قرن اخیر و به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم، مورد اقبال و عنایت خاص حقوق‌دانان و قانون‌گذاران قرار گرفته و در اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی و سایر قوانین عادی کشورها تسجیل گردیده، خوشبختانه دین مقدس اسلام از قرن‌ها پیش این حق را برای بشر شناخته و به محاکم و مجریان قوانین توصیه کرده است که تا زمانی جرم کسی در محکمه ثابت نشود، وی دارای مصئونیت قانونی است و مجازاتی برای او نخواهد بود.

فهرست منابع:

الف- کتب:

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- الموسوعة الفقهية، وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیه - الكويت، سال ۱۴۲۱ هـ. ق.
- ۳- انوری، دکتر حسن، فرهنگ سخن، انتشارات سخن، تهران، سال ۱۳۸۱ ش.
- ۴- جعفری، محمدجعفر، لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، نشر کتابخانه گنج دانش، چاپ شانزدهم، تهران، سال ۱۳۸۵ ش.

۵- جعفری، محمدجعفر، لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، نشر کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، تهران، سال ۱۳۸۱ ش.

۶- رسولی، محمد اشرف، شرح و توضیح قانون اجراءات جزائی، نشر وزارت عدلیه، کابل، ۱۳۹۴ ش.

۷- زیدان، عبدالکریم، الوجیز در اصول فقه، مترجم دکتر فرزاد پارسا، انتشارات کردستان، تهران، ۱۳۸۹ ش.

۸- زویل، محمد عثمان، ترجمه دری مجله الاحکام العدلیه، جلد (۱)، انتشارات بهیر، کابل ۱۳۸۱ ش.

۹- قاموس اصطلاحات حقوقی، ناشر فاکولته حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل، کابل، سال ۱۳۸۷ ش.

۱۰- نذیر، دادمحمد، مبادی علم حقوق، ناشر انتشارات رسالت، کابل، سال ۱۳۹۲ ش.

ب- قوانین:

۱- اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان، جریده رسمی، شماره فوق العاده (۴۵۰)، کابل، ۱۳۵۹ ش.

۲- قانون اساسی افغانستان، جریده رسمی، شماره مسلسل (۱۲)، کابل، ۱۳۴۳ ش.

۳- قانون اساسی دولت جمهوری افغانستان، جریده رسمی، شماره مسلسل (۳۶۰)، کابل، سال ۱۳۵۵ ش.

۴- قانون اساسی جمهوری افغانستان، جریده رسمی، شماره فوق العاده (۶۶۰)، کابل، سال ۱۳۶۶ ش.

۵- قانون اساسی جمهوری افغانستان، جریده رسمی، شماره فوق العاده (۷۲۹)، کابل، سال ۱۳۶۹ ش.

۶- قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی، شماره فوق العاده (۸۱۸)، کابل، سال ۱۳۸۲ ش.

۷- قانون مدنی، جریده رسمی، شماره مسلط (۳۵۳)، کابل، سال ۱۳۵۵ ش.

۸- قانون جزا، جریده رسمی، شماره مسلط (۳۴۷)، کابل، سال ۱۳۵۵ ش.

۹- قانون اجراءات جزائی موقت برای محاکم، جریده رسمی، شماره مسلط (۸۲۰)، کابل، سال ۱۳۸۲ ش.

۱۰- قانون اجراءات جزائی، جریده رسمی، شماره مسلط (۱۱۳۲)، کابل، سال ۱۳۹۲ ش.

۱۱- کود جزا، جریده رسمی، شماره مسلط (۱۲۶۰)، کابل، سال ۱۳۹۶ ش.

۱۲- مجموعه قوانین اساسی افغانستان، ناشر وزارت عدلیه، کابل، سال ۱۳۹۲ ش.

بررسی جرم سرقت در فقه حنفی و کود جزا

مارینا حقشناس

چکیده:

سرقت یکی از قدیمی‌ترین و مهم‌ترین جرایم علیه اموال و مالکیت اشخاص است که می‌توان گفت پیشینه آن شاید از همان ابتدای پیدایش مفهوم مالکیت در جوامع بشری بوده و از زمانی که زندگی بشر در مسیر نظم و قانون قرار گرفته، سرقت در زمره رفتارهای قبیح و ناپسند قرار داشته و باوجودی که در ادیان و جوامع مختلف مجازات سختی هم برای مرتکبین آن پیش‌بینی شده است، این جرم به دلایل مختلف چون سهل‌تر بودن ارتکاب آن و محسوس بودن منفعت حاصله از آن نسبت به سایر جرایم بخش اعظم جرایم ارتكابی در کشورهای مختلف را تشکیل می‌دهد و بنا بر میزان بلند جرم

سرقت در همه جوامع، ایجاب می‌نماید تا قوانین طوری تنظیم گردند که حداکثر عاری از خلا باشد و عدالت را به شکل بهتر تامین نموده بتواند، طی این مقاله رسیدگی به جرم سرقت را در کود جزای کشور ما در مقایسه به فقه حنفی شریعت اسلام به بررسی می‌گیریم.

واژگان کلیدی:

سرقت، مال، حد، تعزیر، شهادت، اقرار.

مبحث اول- مفاهیم:

به منظور درک بهتر محتوای این مقاله برای خوانندگان ایجاب می‌نماید تا این مبحث را به تعریف مفاهیم اصطلاحاتی که بیشترین کاربرد را در این مقاله دارا بوده یا به عبارت دیگر اصطلاحات کلیدی این مقاله است، اختصاص داده شود.

گفتار اول- تعریف سرقت:

هرچند در قانون جزای ۱۳۵۵ قانون‌گذار از سرقت تعریفی به عمل نیاورده بود و تنها به تعریف شخص سارق اکتفا نموده بود، « شخصی که مال منقول و متقوم ملکیت غیر را طور خفیه بگیرد سارق شمرده می‌شود».^۱ اما کود جزا این خلاء قانونی را پر نموده است، چنانچه کود جزا سرقت را چنین تعریف می‌نماید: « سرقت عبارت است از گرفتن مال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت به مقصد تملک».^۲

گفتار دوم- انواع سرقت: سرقت بدو نوع تقسیم شده می‌تواند، که عبارت از سرقت

حدی و سرقت تعزیری.

^۱ وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ۳۴۷، قانون جزا، سال ۱۳۵۵، ماده ۴۵۴.

^۲ وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶، کود جزا، ماده ۶۹۹.

باید تذکر داد که کلیه سرقت‌ها اعم از سرقت‌های موجب حد و سرقت‌های تعزیری بدون توجه به میزان مجازات آن عموماً از نظر عناصر تشکیل‌دهنده مادی و روانی با یکدیگر مشترک‌اند، منتها هر یک از آن‌ها با توجه به شرایط مخصوص به خود و یا محل وقوع جرم و کیفیت عمل سارق از حیث شدت و خفت، نوع و میزان مجازات با یکدیگر متفاوت‌اند.

الف- سرقت حدی و انواع آن:

سرقت حدی عبارت از سرقتی است که برای آن مجازات حد تعیین گردیده، حد عبارت از مجازاتی است که مقدار و کیفیت آن در شرع تعیین شده است و دارای ویژگی‌های ذیل است:

- ۱- جزای حد مجازاتی است بدنی که نسبت به جسم و جان مرتکب اجراء می‌شود.
 - ۲- میزان جزای حد برخلاف مجازات سالب آزادی، فاقد حداقل و حداکثر است.
 - ۳- در صورت وجود شرایط تخفیف یا تشدید مجازات، قاضی و محکمه حق دخل و تصرف در میزان مقرر جزای حد را ندارند.^۱
- از آن جایکه مجازات آن در بار اول قطع چهار انگشت دست راست سارق خواهد بود، این مجازات در زمره مجازات ترذیلی و ترهیبی است.
- بدین لحاظ صاحب‌نظران و فقها اجرای این مجازات را در باره سارق به وجود شرایط بخصوصی موکول کرده‌اند.
- پیش‌بینی و اجرای مجازات حد قطع در باره سارق از نظر اسلام متکی به تصریح قرآن مجید در آیات ۴۳ و ۴۴ از سوره مائده است.

^۱ ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، جلد اول، انتشارات امیرکبیر، تهران، سال ۱۳۸۴، ص ۳۳۸.

و السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ.^۱

ترجمه: دست‌های مرد و زن دزد را به جزای دزدی قطع کنید و این عقوبتی است که از جانب خداوند تعیین شده و خداوند توانای بی‌همتا است.

فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ.^۲

ترجمه: هرکس بعد از ظلم و تعدی خود توبه کند و عمل نیکو انجام دهد، خداوند توبه‌اش را می‌پذیرد زیرا خداوند آمرزنده و مهربان است.

ب- سرقت تعزیری:

عبارت از سرقتی است که مجازات آن از طرف شارع تعیین نشده، بلکه از طرف الوالمر تعیین می‌گردد.

مبحث دوم

عناصر تشکیل‌دهنده جرم سرقت به اساس کود جزا و فقه حنفی

هرچند عناصر متشکله جرم سرقت در کود جزا و فقه حنفی از هم خیلی متفاوت نیستند اما در این قسمت عناصر متشکله جرم سرقت را طی دو گفتار جداگانه مختصراً به بحث می‌گیریم.

گفتار اول- عناصر متشکله جرم سرقت به اساس فقه حنفی:

همانطوریکه قبلاً نیز متذکر گردیدیم سرقت عبارت از اخذ مال غیر به‌طور خفیه است بناءً نظر به تعریف فوق‌الذکر عناصر متشکله این جرم عبارت‌اند از:

^۱ قرآن‌گزیک، سوره مائده، آیت ۳۸.

^۲ قرآن‌گزیک، سوره مائده، آیت ۳۹.

- ۱- اخذ باید خفیه باشد.
 - ۲- ماخوذ باید مال باشد.
 - ۳- مال باید مملوک غیر باشد.
 - ۴- مال باید متقوم باشد.
 - ۵- قصد جرمی موجود باشد.
- که هر یک از عناصر فوق را به شکل جداگانه مختصراً به بررسی می گیریم:

الف- اخذ باید خفیه باشد:

اخذ باید خفیه باشد، بدان معنی است که اخذ باید بدون علم مجنی علیه و بدون رضایت وی صورت گرفته باشد مثلاً گرفتن مال متاع از خانه شخص درحالی که وی غائب و یا در خواب باشد، اگر اخذ در حضور مجنی علیه صورت گیرد وصف دیگری را خواهد داشت. به همین ترتیب هرگاه اخذ بدون علم مجنی علیه ولی به رضایت وی صورت گرفته باشد فعل مذکور جرم محسوب نمی گردد.^۱

(لَيْسَ عَلَى الطَّرَارِ وَالْمُخْتَلِسِ قَطْعٌ، لَأَنَّهَا دَغَارَةٌ مُعَلَّنَةٌ، وَ لَكِنْ يُقَطَّعُ مَنْ يَأْخُذُ وَيُخْفِي)

جیب بر و اختلاس کننده، قطع دست ندارند؛ چون کار آن‌ها ربودن علنی است. کسی دستش قطع می شود که در خفا بدزدد.^۲

ب- ماخوذ باید مال باشد:

برای اینکه فعل سرقت تلقی گردد شرط است تا شی که به شکل خفیه اخذ گردیده مال باشد.

^۱ معتصم، محمد هارون، همان منبع، صص ۳.

^۲ اهل البیت الاسلام، <http://ahlolbait.com>، دزدی از نظر احادیث، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۷/۵/۸.

مال عبارت است از چیزی که ارزش اقتصادی داشته و قابل تقویم به پول باشد و در اصطلاح حقوقی هر چیزی که انسان می‌تواند از آن استفاده کند و قابل تملک هم باشد، مال است.^۱

مال عبارت است از عین و یا حقی که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد.^۲
مال چیزی است که طبیعت انسان به طرف آن تمایل داشته و دارای ارزش در بازار باشد.

مال اخذشده باید واجد شرایط سه‌گانه ذیل باشد، تا مستوجب مجازات حد بر سارق گردد: ۱- منقول باشد.

۲- متقوم باشد.

۳- نصاب شرعی را تکمیل نموده باشد.^۳

ج - مال باید مملوک غیر باشد:

مالی که از طرف سارق به سرقت برده می‌شود باید مملوک خود سارق نبوده و مملوک غیر باشد، زیرا اگر مال از خود سارق باشد فعل مذکور سرقت تلقی نمی‌گردد، ولو که سارق آن را طور خفیه اخذ نموده باشد.

اگر مال مسروقه در ملکیت سارق بوده، اما قبل از اجرای فعل سرقت از ملکیت وی خارج شده باشد شخص مذکور مسئول بوده و در صورت موجودیت عناصر متشکله قطع ید لازم می‌گردد، اما اگر مال در ملکیت سارق نبوده اما دراثنای سرقت در ملکیت وی داخل گردد در این صورت قطع ید لازم نمی‌گردد، همچنان از نظر سایر فقها شرط است تا مال مذکور باید قبل از خارج شدن از حرز در ملکیت سارق داخل شده باشد،

^۱ باشگاه خبرنگاران جوان، <http://www.yjc.ir/fa/news>، اموال منقول چیست، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۵/۱۲/۲۲.

^۲ قانون مدنی، وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ۳۵۳، سال ۱۳۵۵، ماده ۴۷۲.

^۳ معتمد، محمد هارون، حقوق جزای اختصاصی (۲)، چتر درسی، سال ۱۳۸۸، فوتوکاپی پیام عصر، ص ۵.

چون اگر بعد از خارج شدن مال از حرز مال مذکور در ملکیت سارق داخل گردد شخص از مسئولیت بری شده نمی‌تواند. اما از نظر امام اعظم ابوحنیفه (رح) اگر مال بعد از حکم و قبل از امضا در ملکیت سارق داخل گردد، قطع ید ساقط می‌گردد، ولی به نظر امام ابو یوسف تملک بعد از حکم مانع قطع ید نیست و دلیل امام مذکور همان سرقت چادر صفوان بود که سارق را نزد نبی کریم (ص) بردند و نبی کریم حکم قطع را صادر نمود در این اثنا صفوان گفت که من آن‌ها نمی‌خواهم و برایش صدقه نمودم و آن حضرت رسول علیه‌السلام فرمودند: آیا قبل از آنکه نزد من بیایی این کار را کرده بودی.^۱

د- مال باید متقوم باشد:

مال متقوم عبارت از مالی است که دارای قیمت مطلق بوده و در صورتی که از طرف متجاوز اتلاف شود، قابل تضمین است.^۲

مال دارای دو نوع قیمت است، قیمت مطلق و قیمت نسبی، برای اینکه سرقت مال باعث قطع ید گردد شرط است تا مال مذکور دارای قیمت مطلق باشد، نه نسبی و هر آن مالی که دارای قیمت نسبی باشد در آن قطع ید نیست مثلاً گوشت خنزیر و شراب دارای قیمت نسبی است، نه مطلق چون نزد مسلمانان قیمت ندارد، ولی در نزد غیرمسلمانان دارای قیمت است.

همچنان به نظر امام اعظم ابوحنیفه در سرقت مالی که کم‌ارزش باشد قطع ید واجب نیست، مانند سرقت خاک، ریگ، خشت و غیره در این مورد نظر امام مذکور آن است تا قضیه را تابع عرف بدانیم و ببینیم که عرف آن‌ها بی‌ارزش می‌داند یا ارزش می‌دهد.^۳

^۱. معتصم، محمد هارون، همان اثر، ص ۷.

^۲. قاموس اصطلاحات حقوقی، پوهنتون کابل، سال ۱۳۸۷، ص ۲۰۹.

^۳. معتصم، محمد هارون، همان منبع، ص ۶.

سرقت مالی که اصل آن مباح و مشترک است، مانند انواع ماهی‌های دودی و نمک‌زده و غیر آن و مانند انواع پرندگان از قبیله مرغ و کبوتر و مرغابی و غیر آن مادام که محرز و در حرز نباشند مجازات دزدی آن‌ها قطع ید نیست. و اگر در حرز و محرز باشند علما درباره مجازات دزدی آن‌ها اختلاف دارند. مذهب مالکیه و شافعیه آنست که در این صورت مجازات دزد قطع ید است چون سارق به سرقت مالی پرداخت که دارای قیمت است و در حرز می‌باشند.

حنفیه و حنابله می‌گویند مجازات قطع ید ندارد، زیرا از پیامبر (ص) روایت شده که گفت: «الصید لمن أخذه» «شکار از آن کسی است که آن را می‌گیرد». پس این حدیث ایجاد شبهه می‌کند و شبهه موجب سقوط حد است.

عبدالله بن یسار گفته است: «مردی را پیش عمر بن عبدالعزیز آوردند که مرغی دزدیده بود. عمر خواست دست او را قطع کند که سالم بن عبدالرحمن به وی گفت: عثمان بن عفان گفت: مجازات قطع ید برای پرنده دزد نیست.»

در روایتی آمده است که عمر بن عبدالعزیز از سائب بن یزید استفتاء کرد، او گفت: من کسی را ندیده‌ام که درباره پرنده دزدی، مجازات قطع ید اعمال کرده باشد پس مجازات این شخص که مرغ دزدیده است قطع ید نیست که عمر او را رها کرد. بعضی از فقها گفته‌اند: طیر و پرنده‌ای که مباح است پرنده شکاری است، نه مرغ خانگی و مرغابی اهلی چون این‌ها وحشی نیستند، پس مجازات دزدی آن‌ها نیز قطع ید است.^۱

ه- قصد جرمی:

تا زمانی که نزد سارق قصد جنایی موجود نباشد اخذ خفیه سرقت شمرده نمی‌شود.

^۱ سید سابق، همان منبع، ص ۱۶۹۲.

قصد جنایی زمانی تحقق می‌یابد که جانی مالی را اخذ می‌نماید باوجوداینکه می‌داند که این اخذ او شرعاً و قانوناً حرام است و همچنان جانی مال مذکور را به قصد تملک برای خود بدون علم و رضایت مجنی علیه اخذ نماید، بناءً زمانی که شخص مالی را بدون آنکه قصد تملک آن را داشته باشد اخذ نماید و یا هم مال مذکور را در مکان آن از بین می‌برد سارق شمرده نمی‌شود.

حدیث: مَنْ أَصَابَ بِغِيهِ مِنْ ذِي حَاجَةٍ غَيْرَ مُتَّخِذٍ خُبْنَةً. حدیث فلا شئیء علیہ. ترجمه: نیازمندی که (از مال دیگران برای رفع گرسنگی) چیزی بخورد، اما با خود چیزی پنهانی نبرد، مجازاتی ندارد^۱.

قابل ذکر است که هرگاه مجنون، معتوه و صغیر غیر ممیز مال غیر را به قصد تملک طور خفیه اخذ نماید مستوجب مجازات قطع ید نمی‌گردد. همچنان در اکراه مادی و معنوی و در حالت اضطرار که تحت آن جانی مرتکب فعل سرقت گردد مستوجب مجازات نیست.

گفتار دوم- عناصر متشکله جرم سرقت در کود جزا

الف- عنصر قانونی جرم سرقت:

سرقت از جمله اعمالی است که در تمام کشورها و در تمام زمان‌ها جرم بوده و است، در کود جزا در ماده ۶۹۹ آن آمده است که: « (۱) سرقت عبارت است از گرفتن مال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت به مقصد تملک. (۲) هرگاه در جرم سرقت شرایط اقامه حد تکمیل نگردد یا به نحوی از انحا جزای حد سرقت ساقط شود، مرتکب تعزیراً مطابق احکام این فصل، مجازات می‌گردد.»^۲

^۱. اهل البیت الاسلام، <http://ahlolbait.com>، دزدی از نظر احادیث، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۷/۵/۸.

^۲. وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶، کود جزا، ماده ۶۹۹.

از ماده ۶۹۹ الی ماده ۷۱۰ کود جزا به تعریف جرم سرقت، مجازات سرقت، حالات مشدده آن و ارتکاب آن در اثر اکراه، اختصاص یافته است.

ب- عنصر مادی جرم سرقت:

رفتار مجرمانه: از ماده ۶۹۹ کود جزا « سرقت عبارت است از گرفتن مال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت به مقصد تملک».^۱ به وضاحت می توان گفت که رفتار مجرمانه در جرم سرقت عبارت از گرفتن مال منقول ملکیت غیر است.

موضوع جرم: از ماده فوق می توان استنباط کرد که موضوع جرم سرقت مال است. چنانچه میدانیم مال به دو نوع است مال منقول و مال غیرمنقول. موضوع جرم سرقت را مال منقول تشکیل می دهد و مال غیرمنقول شامل آن نیست.

نتیجه: از آنجایی که جرایم از لحاظ نتیجه مجرمانه به جرایم مطلق و مقید تقسیم می گردد، باید گفت جرم سرقت نظر به حکم ماده ۶۹۹ کود جزا جرم مقید به نتیجه بوده و زمانی جرم سرقت تحقق می یابد که شخص مال دیگری را اخذ و از ملکیت مالک خارج و به ملکیت خود داخل نماید.

رابطه علیت و سببیت: چون سرقت یک جرم مقید به نتیجه است، پس به منظور تحقق آن باید بین نتیجه و رفتار مجرمانه رابطه علیت و سببیت موجود باشد.

ج- عنصر معنوی جرم سرقت:

قسمی که دیدیم در ماده فوق الذکر آمده است که (به مقصد تملک) پس از آن استنباط می گردد که سرقت از جمله جرایم عمدی است و به منظور تحقق آن باید نزد مرتکب آن قصد جرمی موجود باشد.

^۱. وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶، کود جزا، ماده ۶۹۹.

گفتار سوم- صفات و شرایطی که اعتبار آنها در سرقت حدی واجب است:

برای اینکه اخذ مال به طور خفیه سرقت تلقی شده و مجازات حد (قطع ید) بالای مرتکب آن اجراء شود، یک سلسله صفات و شرایطی است که باید موجود باشد، که هر یک ذیلاً به بررسی گرفته شده است:

الف: صفات و شرایط مربوط به سارق:

اساسی ترین شرط اجرای حد قطع درباره سارق مکلف بودن اوست و برای اینکه انسان به انجام تکلیف خاصی مکف شود تحقق شرایط دیگری نیز لازم است که عبارت اند از:

۱- سارق باید هنگام سرقت بالغ و عاقل باشد:

شخصی که مرتکب دزدی شده باشد باید مکلف باشد یعنی بالغ و عاقل باشد. بنا براین اگر کودک نابالغ یا دیوانه مرتکب دزدی شدند، حد سرقت درباره آنها اجراء نمی گردد. البته کودک را تادیب و تعزیر می نمایند.^۱

۲- سارق باید هنگام سرقت مختار باشد:

برای اینکه شخص مستوجب حد سرقت شناخته شود شرط است تا با اختیار و اراده خویش سرقت کند. پس اگر کسی او را به اجبار و اکراه به سرقت وادارد او دزد و سارق به حساب نمی آید، چون اکراه و اجبار اختیار را سلب می کند و سلب اختیار موجب سقوط تکلیف است پس چنین شخصی مکلف نیست.^۲

^۱. سید سابق، همان منبع، ص ۱۶۸۶.

^۲. سید سابق، همان منبع، ص ۱۶۸۶.

حضرت رسول اکرم (ص) فرموده است: «از امت من نه چیز برداشته شده است: خطا، فراموشی، وادار شدن به انجام یا ترک کار، آنچه را که نمی‌دانند، آنچه را که طاقت ندارند، آنچه را که از روی ناچاری انجام دهند، فال بد، حسد و رشک، و مجرد اندیشیدن و وسوسه سوء.»^۱

۳- نباید برای سارق در مال مسروقه شبهه ملکیت باشد:

چون اگر شبهه‌ای برای او تصور باشد، مجازات قطع ید اعمال نمی‌گردد. لذا اگر پدر یا مادر، مال فرزندشان را بدزدند، مجازات دزدی درباره آنان اعمال نمی‌گردد، چون پیامبرص خطاب به کسی گفت: «أنت و مالک لبیک»^۲ «تو و مالت از آن پدرت می‌باشی».

اگر پسر هم مال پدر یا مادر یا مال هر دو را بدزدد، این مجازات درباره او اعمال نمی‌شود. چون عادتاً و معمولاً فرزند در مال پدر و مادرش دستش باز است، جد پدری یا جد مادری هم حکم پدر را دارد، نیاکان و اجداد و به همین ترتیب فرزندان و فرزندان فرزندان، نیز همین حکم را دارند. و بقول ابوحنیفه و ثوری مجازات قطع ید درباره هیچیک از ذوی الارحام نیز اعمال نمی‌شود، مانند عمه، و خاله و خواهر و عمو و دایی و برادر. چون قطع ید موجب قطع صله‌رحم می‌شود و خداوند دستور داده است که صله‌رحم بجای آورده شود. و بعلاوه این گروه حق ورود به منزل شخصی خویشاوند خویش را دارند، بنابراین به‌منزله صاحب‌خانه می‌باشند و خانه نسبت به آنان حرز نیست و او مانند مهمانی است که اجازه ورود به خانه را یافته است، پس اگر دزدی کردند مجازات قطع ید درباره آنها اعمال نمی‌شود. امام مالک و شافعی و احمد و اسحق می‌گویند اگر ذوی الارحام مرتکب دزدی شوند، چون شبهه مالی درباره آنان

^۱ ولیدی، محمد صالح، همان اثر، ص ۳۲۸.

^۲ آیت‌الله محمدی گیلانی، محمد، حقوق کیفری در اسلام، تهران، المهدی، سال ۱۳۶۱، ص ۱۹۹.

وجود ندارد، مجازات قطع ید درباره آنان اعمال می‌شود. لیکن اگر یکی از زوجین از دیگری دزدی کرد، چون شبهه اختلاط و آمیزش و شبهه مالی باهم دارند، پس حرز درباره آنان اعمال نمی‌شود، چون هم شبهه مالی وجود دارد و هم حرز کامل نیست و این مذهب ابوحنیفه و مقتضای یکی از دو قول شافعی و احمد است.^۱

ب- صفات و شرایط مربوط به مال مسروقه:

طوری که قبلاً متذکر گردیدیم برای اینکه اخذ مال سرقت تلقی گردد شی اخذشده باید مال باشد و علاوهً مال مذکور واجد شرایط ذیل نیز باشد تا مستوجب مجازات حد گردد در غیر آن مرتکب تعزیراً مجازات می‌گردد.

۱- مال باید منقول باشد:

مال از چندین لحاظ به انواع مختلف تقسیم شده است که از لحاظ استقرار به منقول و غیرمنقول تقسیم شده است.

عقار اشیایی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن غیرممکن باشد. اشیائی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول پنداشته می‌شود.^۲

در مورد اموال منقول و غیرمنقول دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه احناف: هر آن چیزی که نقل و انتقال آن ممکن باشد خواه شکل ظاهری آن تغییر کند یا نکند و اموال غیرمنقول آن است که انتقال آن اصلاً ممکن نباشد. اما از دیدگاه فقهای مالکی منقول به مالی گفته می‌شود که انتقال آن با حفظ شکل ظاهری آن ممکن باشد و غیرمنقول مالی است که اصلاً انتقال آن ممکن نبوده و یا در صورت انتقال شکل ظاهری آن تغییر کند.^۳

^۱ سید سابق، همان منبع، ص ۱۶۸۶.

^۲ قانون مدنی، وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ۳۵۳، سال ۱۳۵۵، ماده ۴۷۸.

^۳ معتصم، محمد هارون، همان منبع، ص ۶.

قانون مدنی کشور ما نیز نظر فقه مالکی را پذیرفته است.

برای اینکه سرقت تحقق پیدا کند مال اخذ شده باید منقول باشد، زیرا سرقت مقتضی انتقال و اخراج شی از محل محرز و اخراج آن از حیازت مجنی علیه و آوردن آن تحت حیازت جانی است، که این عملیه در غیر از منقولات ناممکن است، و هر مالی که قابلیت انتقال را داشته باشد منقول بوده و شرط نیست که ذاتاً منقول باشد، بلکه کافی است که با فعل شخص سارق منقول گردد، مثلاً کشیدن کلکین و یا دروازه خانه دیگری و انتقال آن سرقت پنداشته می شود. البته همین شرط منقول بودن مال خود می رساند که مال مذکور از جمله اموال منقول مادی باشد نه معنوی. چون مال معنوی قابلیت نقل و انتقال را ندارد خواه حقوق شخصی باشد یا عینی.

۲- مال مسروقه بالغ به نصاب شرعی گردد:

احادیث زیادی از جانب رسول الله (ص) وجود دارد که دال بر این است که مال مسروقه باید نصاب شرعی را پوره نماید.

جمهور علماء گویند: مقدار مال دزدیده شده وقتی موجب قطع ید است، که ارزش آن یک چهارم دینار طلا - یک چهارم مثقال شرعی طلای خالص سکه دار یا سه درهم نقره باشد یا قیمت آن برابر آن ها باشد. فلسفه تعیین این مقدار آشکار است. زیرا هزینه روزانه یک شخص مقتصد و خانواده اش این مقدار است و این مقدار برای چنین شخصی در یک روز کفایت می کند و کفایت هزینه یک روز شخصی و خانواده تحت تکفلش برای اغلب مردم دارای اهمیت است. زیرا از عایشه (رض) روایت شده است که پیامبر (ص) برای یک چهارم دینار و بیشتر از آن دست سارق را قطع می کرد.^۱

^۱ سید سابق، ترجمه: محمود، ابراهیمی، فقه السنه، ص ۱۶۹۴.

همچنان ابن عمر (رض) از رسول الله (ص) روایت نموده‌اند که جنابشان فرموده‌اند: در شمشیر که قیمت آن سه درهم باشد قطع حکم می‌شود.^۱

ابوحنیفه و یارانش می‌گویند نصابی که موجب قطع ید است ده درهم یا یک دینار است یا کالاهائی که ارزش و قیمت آنها همین اندازه یا بیشتر باشد و برای کمتر از آن مجازات قطع ید نیست. زیرا قیمت یک سپر در زمان پیامبر ص بنا به روایت عمرو بن شعیب از پدرش و جدش ده درهم بوده است. و این مقدار قیمت و بهای یک سپر جنگی از ابن عباس نیز روایت شده و بیشتر به احتیاط نزدیک است. بنابراین برای مقدار کمتر از ده درهم این روایت ایجاد شبهه می‌کند و شبهه موجب سقوط حد است.^۲

و دلیل دیگر در مذهب امام ابوحنیفه (رح) همانا اجماع امت است که در ده درهم شرعی قطع ید را لازم می‌دانند.

۳- مال مسروقه از جمله اموال وقفی یا دولتی نباشد:

هرگاه مال دزدیده شده یا سرقت شده از اموال وقفی اعم از وقف عام یا اموال دولتی باشد، چون این قبیل اموال ذاتاً برای مصارف عمومی مانند وقف بر دانشگاه یا فقرا و نیازمندان و یا برای رفع نیازمندی‌های عمومی مردم تخصیص داده می‌شود و دارای مالک خاص نیستند، لذا سرقت آنها موجب حد کیفر نخواهد شد.

۵- سرقت مواد غذایی در زمان قحطی موجب حد نیست:

سرقت مواد غذایی از قبیل گندم، برنج، حبوبات و سایر مواد غذایی در زمان قحطی موجب مجازات حد نخواهد شد، بلکه موجب مجازات تعزیری خواهد بود.

^۱ معتصم، محمد هارون، همان منبع، ص ۶.

^۲ سید سابق، همان منبع، ص ۱۶۹۵.

ج- صفات و شرایط مربوط به محل سرقت:

شرط اساسی در محل سرقت این است که آن محل دارای حرز باشد و حرز جائی است که مال را به جهت نگهداری در آن حفظ کنند. مانند خانه و منزل و دکان و طویله حیوانات و خوابگاه حیوانات و جای نگهداری میوه خشک و امثال آن، برحسب عرف و عادت و ضابطه شرعی برای حرز نداریم، بلکه حرز بودن و حرز نبودن را عرف و عادت مردم هر محل تعیین می‌کند، و شریعت اسلامی بدین جهت حرز را معتبر دانسته است، که حرز دلیل بر عنایت و توجه صاحب مال بدان است و می‌خواهد آن را از تباهی و ضایع شدن حفظ کند و از آن نگهداری کند و دلیل شرط بودن حرز روایتی است که عمرو بن شعیب از پدرش و از جدش روایت کرده است که از پیامبرص شنیده است که مردی از او سوال کرد که درباره حیوانی که در مزرعه می‌چرد و نگهبان دارد، نظرت چیست؟ اگر کسی آن را بدزدد.

پیامبرص گفت بایستی دزد دو برابر بهای آن را بپردازد و به کیفر عمل زشتی که انجام داده است، مورد ضرب قرار گیرد تا رسوا شود، و حیوانی که از اصطبل و آغل دزدیده شود اگر قیمت آن به حدنصاب یعنی بهای یک سپهرسد، کیفر آن قطع ید است. پس مشاهده می‌شود که پیامبرص برای کسیکه گوسفند را از چراگاه می‌دزد مجازات قطع ید را از او ساقط کرده است ولی اگر آن را از خوابگاه و آغل بدزدد که حرز آن است مجازاتش قطع ید است آن مرد سوال کرد: ای رسول خدا اگر کسی میوه را قبل از چیدن از درخت و پاک کردن و گندم را قبل از خرمن دزدید چگونه است؟

پیامبرص فرمود: «من أخذ بفيه ولم يتخذ خبئة فليس عليه شيء، ومن احتمل فعلیه ثمنه مرتین وضرب نکال، وما أخذ من أجرانه ففیه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلک ثمن المجن»^۱. «کسی که چیزی (ظاهراً از میوه) بدزدد و بخورد و دامن خویش را از آن پر

^۱ برای روشن شدن معنی این حدیث مناسب می‌دانم حدیثی را در تفسیر الوصول ج ۲/۱۴-۱۵ آمده است نقل کنم. «از عبدالله بن عمرو عاص روایت است که درباره میوه سر درختی پیش از چیدن آن از درخت، از پیامبرص سوال شد،

نسازد و فقط به اندازه نیازش از آن خورده باشد مجازاتی بر وی نیست و هرکس چیزی از آن (ظاهراً از باغ) با خود برد باید دو برابرهای آن را بپردازد و به عنوان کیفر آن عمل زشت او را تعزیر نمود و مورد ضرب قرار داد. چیزی که از خرمن یا جای خشک کردن میوه دزدیده شود چنانچه به اندازه بهای یک سپر باشد یعنی یک چهارم مثقال طلا، مجازات آن قطع ید است.^۱

این روایت را احمد و نسائی و حاکم ذکر کرده و ترمذی آن را صحیح و حسن دانسته است.

عمرو بن شعیب از پدرش و از جدش از پیامبرص روایت کرده است که پیامبرص گفت: «لا قطع فی تمر^۲ معلق ولا فی حریسه الجبل، فإذا أواه المراح أو الجرین فالقطع فیما بلغ ثمن المجن» «دزدی خرمای روی درخت و دزدی گوسفندی که شب فرا می رسد و هنوز به خوابگاه خود نرسیده است، مجازاتش قطع ید نیست ولی هرگاه گوسفند به خوابگاه و محل نگهداری رسید و میوه درخت به محل خشک کردن و نگهداری رسید، مجازات دزدی آن ها قطع ید است اگر بهای آن ها به حدنصاب برسد».^۳ از این دو حدیث برمی آید که حرز و محل امن کالا معتبر است تا مجازات قطع ید اعمال گردد.

او گفت: هرکس به اندازه نیاز خود از آن بخورد و چیزی با خود نبرد و دامنی از آن پر نکرد، چیزی بر او نیست. و هرکس چیزی را از باغ با خود بیرون برد باید یک برابر یا دو برابر آن تاوان بدهد و عقوبت گردد. و هرکس بعد از آنکه میوه در میدان خشک کردن جمع شده بود از آن چیزی دزدید، و به حدنصاب می رسید مجازاتش قطع ید است و اگر کمتر از حدنصاب باشد باید غرامت آن را بپردازد و تنبیه گردد و هرکس گوسفندی را در کوه بدزدد پیش از آنکه به خوابگاه و آغل برسد، مجازاتش قطع ید نیست ولی اگر به محل خوابگاه و حرز برسد، چنانچه به حدنصاب برسد مجازاتش قطع ید است» (سید سابق، فقه السنه، ترجمه: محمود، ابراهیمی ص ۱۶۹۸)

^۱ سید سابق، ترجمه: محمود، ابراهیمی، فقه السنه، ص ۱۶۹۸.

^۲ در بعضی از کتب حدیث بجای تمر معلق ثمر معلق آمده است.

^۳ محمد هارون، معتصم، همان منبع، ص ۶.

مبحث سوم

دلایل اثبات در جرم سرقت و مجازات آن

ادله اثبات جرایم بسیار زیاد است و جرم سرقت نیز چون سایر جرایم به اساس دلایل مختلف قابل اثبات است اما باید متذکر شد که جرم سرقت زمانی مستوجب تطبیق حد قطع ید شناخته می شود که به اساس شهادت شهود و یا اقرار خود متهم ثابت شده باشد. در غیر آن مستوجب حد شناخته نشده بلکه مجازات تعزیری تطبیق می گردد.

گفتار اول - شهادت:

شهادت در دین اسلام به عنوان تکلیف قبول شده است، هر مسلمان مکلف است تا از وقایع و حوادثی که به وقوع می پیوندد و موصوف از آن آگاهی و اطلاع دارد در صورت لزوم به ادای شهادت بپردازد، معمولاً شهادت به لفظ اشهدوا که متضمن سوگند به نام خداوند (ج) است، اجرا می گردد.

شهادت در اسلام برای اثبات جرایم حدود از ارزش فوق العاده برخوردار است و دلیل آن نیز واضح است. زیرا در اسلام برای شاهد شرایط سختی گذاشته شده است و هم این امر بیشتر بستگی بر امور معنوی و اخلاقی دارد که معتقدین به دین بیشتر تابع این اصول بوده و کمتر مجال آن واقع خواهد شد تا شهادت کذب را ادا نمایند.

اگر به سابقه تاریخی شهادت مراجعه کنیم در ازمنه قدیمه شهادت دارای ارزش و اعتبار غیر محدود بوده و هر دعوی را با استناد به این دلیل مطرح کرده و آن را اثبات می کردند.

پس از پیدایش خط و متداول شدن آن رفته رفته برای انجام معاملات تنظیم سند مرسوم گردید و به تدریج که سند عمومیت می یافت از ارزش شهادت کاسته می شد زیرا هرچه نوشته می شود محفوظ می ماند مگر اینکه در آن دست ببرند.

در صدر اسلام شارع مقدس دلیل کتبی را تجویز فرموده چنانچه خداوند (ج)

می فرماید:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۚ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۚ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۚ وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۚ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ ۖ أَلَّا تَرْتَابُوا ۚ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۚ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ۚ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)^۱

ترجمه: ای اهل ایمان، چون به قرض و نسیه معامله کنید تا زمانی معین، سند و نوشته در میان باشد، و بایست نویسنده درستکاری معامله میان شما را بنویسد، و نباید کاتب از نوشتن خودداری کند، که خدا به وی نوشتن آموخته پس باید بنویسد، و مدیون باید مطالب را املاء کند، و از خدا بترسد و از آنچه مقرر شده چیزی نکاهد، و اگر مدیون سفیه یا ناتوان (صغیر) است و صلاحیت املا ندارد ولی او به عدل و درستی املا کند و دو تن از مردان خود (از مسلمانان عادل) گواه آرید، و اگر دو مرد نیابید یک

^۱ قرآن کریم، سوره بقره، آیت ۲۸۲.

مرد و دو زن، از هر که (به عدالت) قبول دارید گواه گیرید تا اگر یک نفر از آن دو زن فراموش کند دیگری به خاطرش آورد، و هرگاه شهود را (به محکمه) بخوانند امتناع از رفتن نکنند، و در نوشتن آن تا تاریخ معین مسامحه نکنید چه معامله کوچک و چه بزرگ باشد. این عادلانه‌تر است نزد خدا و محکم‌تر برای شهادت و نزدیک‌تر به اینکه شک و ریبی در معامله پیش نیاید (که موجب نزاع شود) مگر آنکه معامله نقد حاضر باشد که دست‌به‌دست میان شما برود، در این صورت باکی نیست که ننویسید، و گواه گیرید هرگاه معامله کنید، و نایست به نویسنده و گواه ضرری رسد (و بی‌اجر مانند)، و اگر چنین کنید نافرمانی کرده‌اید. و از خدا بترسید و خداوند هم به شما تعلیم مصالح امور می‌کند و خدا به همه چیز داناست.

الف- تعریف شهادت:

شهادت عبارت است از اخبار صحیح وقوع امر مشخصی به‌منظور ثبوت آن در برابر محکمه.^۱ شهادت اخبار به وجود حق یا سبب آن، به نفع یکی و به ضرر دیگری است.^۲ در قانون اصول محکّمات مدنی افغانستان شهادت چنین تعریف شده است: شهادت شهود عبارت است از اخبار به‌حق در مجلس قضاء به لفظ اشهاد.^۳ در قانون اجراءات جزایی شهادت چنین تعریف گردیده است: شهادت اظهاراتی است که شخص در جریان بررسی قضیه آنچه را در خصوص واقعه موردبحث با دیدن یا شنیدن درک نموده است در پیشگاه محکمه باصلاحیت با ادای سوگند بیان نماید.^۴

^۱ گلدوزیان، ایرج، ادله اثبات جرم، ص ۳۴۵.

^۲ اسماعیل حکیم، ادله اثبات دعوی، انتشارات مقصودی، کابل، سال ۱۳۹۳، ص ۷۱.

^۳ قانون اصول محاکمات مدنی، وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ، سال ، ماده ۳۲۱ فقره ۱.

^۴ قانون اجراءات جزایی، وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ۱۱۳۲، سال ۱۳۹۳، ماده ۴.

ب- شرایط شهادت:

در دین اسلام شاهد باید دارای مواصفات ذیل باشد:

- ۱- عاقل بودن و داشتن شعور و اراده.
- ۲- بالغ بودن یا اكمال سن رشد.
- ۳- داشتن صفت عدالت.
- ۴- گواه عینی بودن قضیه.
- ۵- نبود رابطه قرابت میان شاهد و شخص ذینفع.^۱
- ۶- مسلمان بودن.
- ۷- طهارت.^۲

ج- شهادت بر شهادت و رجوع از شهادت:

شهادت بر شهادت آن است که فردی آنچه را که از کسی در خارج از دادگاه شنیده است در محضر دادگاه نسبت به آن شهادت دهد. اصلاً شهادت بر شهادت مسموع نیست مگر در موردی که شاهد اصل فوت شده یا اگر زنده است به واسطه موانعی از قبیل بیماری، سفر حبس و غیره نتواند در جلسه دادگاه حضور یابد. رجوع از شهادت موجب می شود که محکمه به شهادت ترتیب اثر ندهد. رجوع از شهادت اگر قبل از صدور حکم باشد، شهادت از جمله دلایل اثبات خارج می شود، اگر بعد از صدور حکم قطعی محکمه باشد حکم قاضی نقض نمی گردد ولی متضرر از حکم می تواند علیه گواهانی که از شهادت خود رجوع کرده اند اقامه دعوی نموده و مطالبه زیان وارده را نمایند.^۳

^۱ محمد اشرف، رسولی، شرح و توضیح قانون اجراءات جزایی، سال ۱۳۹۴، ص ۱۱۴-۱۱۵.

^۲ امیر حسین، شیخ نیا، ادله اثبات دعوی، تهران، سال ۱۳۷۳، صص ۱۱۹-۱۲۰.

^۳ امیر حسین، شیخ نیا، همان اثر، ص ۱۲۴.

د- تزکیه شاهد:

پس از شهادت اگر مدعی علیه شهادت را قبول کند و اعتراض ننماید، قاضی مطابق شهادت حکم می‌نماید، اما اگر مدعی علیه شهادت را قبول نکند و بگوید شهادت به ناحق بوده و شاهدان عادل نیستند و قاضی شاهدان را عادل نشناسد، محکمه بعد از تزکیه و اثبات عدالت شاهدان حکم صادر می‌نماید. پس تزکیه یا جرح و تعدیل از حقوق مشهود علیه است ولی توسط قاضی انجام می‌شود.

گفتار دوم- اقرار:

سرقت به اقرار مقرر ثابت می‌گردد ولو بعد از گذشت مدت زمان از ارتکاب این جرم باشد زیرا تقادم یا مرور زمان بر اقرار هیچ اثری ندارد.

الف- تعریف اقرار:

اقرار واژه عربی است و به معنی قراردادن چیزی در محل خود است، یا ثابت کردن چیزی که متردد میان ثبوت و انکار است. اقرار در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی یا کسی درجایی است.^۱ اقرار عبارت است از اعتراف خصم نسبت به حق غیر، بالای خودش در محکمه.^۲ قانون اجراءات جزایی اقرار را چنین تعریف نموده است: اقرار اعتراف به ارتکاب جرم است، بدون اکراه با رضایت کامل و در حالت صحت عقل در حضور محکمه باصلاحیت.^۳

^۱ اسماعیل، حکیم، همان اثر، ص ۵۴.

^۲ قانون مدنی، وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ۳۵۳، سال ۱۳۵۵، ماده ۱۰۰۱.

^۳ قانون اجراءات جزایی، وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ۱۱۳۲، سال ۱۳۹۳، ماده .

ب- تعداد اقرار:

در مورد تعداد اقرار در میان فقها اختلاف نظر موجود است، امام اعظم ابوحنیفه (رح) امام مالک (رح) و امام شافعی (رح) به یک مرتبه اقرار اکتفا نموده‌اند، ولی امام ابو یوسف (رح) و امام احمد حنبل (رح) نظر دارند که اقرار باید دو مرتبه صورت گیرد و دلیل ایشان این روایت نبی کریم (ص) است ایشان دست سارقین را تا زمانی که دو یا سه مرتبه اقرار نمی‌کردند قطع نمی‌نمود.

ج- اقرار در صورت عدم موجودیت مدعی:

در مورد اینکه اگر شخص اقرار نماید ولی مدعی موجود نباشد نیز بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، چنانچه امام ابوحنیفه (رح) امام شافعی (رح) و امام احمد (رح) موجودیت مدعی را با اقرار شرط می‌دانند، بناءً در صورتی که اقرار به سرقت مال مجهول و یا غائب باشد قطع ید لازم نمی‌گردد، اما برعکس امام ابو یوسف در حالت اقرار خصومت یا دعوی را شرط ندانسته و در صورتی که سرقت از مال مجهول و یا غائب صورت گیرد و به اثبات برسد بدون آنکه کدام ضرورت به دعوی باشد قطع ید را لازم می‌داند و دلیل امام مذکور این است که مقرر، به اقرار خود متهم نمی‌گردد. در حالی که دلیل امام ابوحنیفه این است که زمانی که سمره به سرقت شتر اقرار نمود رسول الله (ص) شخصی را نزد مجنی علیه فرست تا پرسان کند آن‌ها گفتند که در فلان شب یک شتر ما مفقود گردیده است بناءً دست سارق را قطع نمودند.^۱

ج- رجوع از اقرار:

هرگاه سارق اقرار نماید و بعداً از اقرار خویش رجوع نماید قطع ید صورت نمی‌گیرد زیرا عدول، شبهه در صحت اقرار است، اما به اساس اقرارش قابل مجازات

^۱ معتصم، محمد هارون، همان منبع، ص ۱۱.

تعزیری است و حکم به ضمان مال مسروقه بالایش صادر می‌گردد، ولی هرگاه متهم از اقرار خود عدول نماید ولی جرم مذکور توسط شهادت شهود به اثبات رسیده باشد قطع ید در این حالت لازم است. اما امام شافعی به این نظر است که هرگاه جرم اولاً به اقرار ثابت شده باشد و بعداً به شهادت شهود ثابت شود در این حالت هرگاه متهم از اقرار خویش عدول نماید قطع ید ساقط می‌شود.^۱

گفتار سوم - یمین:

در مذهب امام شافعی (رح) چنین رایی وجود دارد که جرم سرقت به یمین مردوده ثابت می‌گردد،^۲ در صورتی که این جرم از طریق یمین مردوده به اثبات برسد قطع ید لازمی است، زیرا به نظر ایشان یمین مردوده مانند اقرار و شهادت یکی از وسایل اثبات بوده و چون به هر کدام آن‌ها قطع ید لازم می‌گردد بناءً به یمین مردوده نیز قطع ید لازم است، ولی رای راجح این است که یمین مردوده باعث اثبات مال مسروقه شده می‌تواند اما نه قطع ید، که این رای با مذهب امام مالک (رح)، امام ابوحنیفه (رح) و امام احمد (رح) موافق است زیرا ایشان نیز یمین مردوده را تنها وسیله برای اثبات مال مسروقه می‌دانند و حکم قطع ید سارق به آن شده نمی‌تواند.^۳

گفتار چهارم - مجازات سرقت:

الف - مجازات سرقت حدی:

مجازات سرقت در اسلام به چهار نوع (قطع ید، قطع رجل، حبس و قتل) است که هر یک را طی این مبحث به شکل مختصر مطالعه می‌نماییم.

^۱ معتصم، محمد هارون، همان منبع، ص ۱۱.

^۲ یمین مردوده آنست که هرگاه مجنی علیه سرقت را به متهم منسوب سازد و وی از ادای یمین انکار ورزد و در این حالت خود شخص مجنی علیه ادای حلف نماید.

^۳ معتصم، محمد هارون، همان منبع، ص ۱۲.

مجازات سارق در صورت تکمیل نمودن شرایط تطبیق حد در قدم اول قطع ید است، اصل عمومی در این مورد همانا قول خداوند (ج) است که می‌فرماید: (وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)^۱ ترجمه: و مرد و زن دزد پس ببرید دست‌های ایشان را جزای آنچه به عمل آورده‌اند عبرتی است از جانب خدا.

باید یادآور شد هیچ‌کس نه صاحب‌مال مسروقه و نه حاکم حق ندارد، که سارق را عفو کند و مجازات را درباره او اجرا نکند. همان‌گونه که جایز نیست مجازات قطع ید را به مجازات خفیف‌تری تبدیل کنند، یا اجرای آن را به تاخیر اندازند، یا آن را تعطیل کند، برخلاف مذهب شیعه که می‌گویند اگر صاحب‌مال مسروقه، سارق را عفو کند، مجازات قطع ید ساقط می‌گردد و می‌گویند: حاکم می‌تواند برای مصلحت، مجازات واجب قطع ید را از بعضی مردم ساقط کند یا به تاخیر اندازد و این رای مخالف اهل سنت است که از پیامبر (ص)^۲ روایت می‌کنند که گفت: «تجافوا العقوبه بینکم، فاذا انتهى بها الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا» «درباره عقوبت و حدود در میان خودتان سخت‌گیری کنید و چون مجازات و عقوبت به حاکم و امام رسید، اگر او را عفو کند خداوند او را عفو نکند».^۲

حال سوال مطرح می‌گردد که آیا قبل از اسلام نیز آیا قطع دست سارق صورت گرفته است یا خیر؟ یا به عبارت دیگر آیا قطع ید سارق حکم امضائی است یا تأسیسی؟ در جواب باید گفت که قطع ید در زمان جاهلیت عرب نیز معمول بود که اسلام آن‌ها با زیادت شروط دیگر پذیرفت و گویند اولین کسیکه حکم قطع را در زمان جاهلیت عرب صادر نمود ولید بن مغیره بود، در زمان پیامبر (ص) اولین سارقیکه ید او را آن

^۱ قرآن کریم، سوره مائده، آیت ۳۸.

^۲ سید سابق، فقه السنه، ترجمه: محمود ابراهیمی، ص ۱۷۰۶.

حضرت(ص) در اسلام برید از مردان خیار بن عدی بن نوفل بن عبدالمناف و از زنان مره بنت سمعان بن عبدالاسد از بنی مخزوم بود.^۱

هرگاه سارق برای بار دوم مرتکب جرم سرقت گردد، پای چپ وی قطع می‌گردد، اما در مورد اینکه در صورت ارتکاب جرم سرقت برای بار سوم مجازات مرتکب چه خواهد بود، فقها تا حد زیادی اختلاف نموده‌اند و اساس اختلاف ایشان همانا تأویل این قول خداوند(ج) است که می‌فرماید: (فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) و این حدیث پیامبر (ص) که فرموده است: (ان السارق اذا سرق قطعت يده في السرقة الاولى ولا قطع بعد ذلك ان عاد للسرقة). به نظر امام اعظم ابوحنیفه محل قطع عبارت از دست راست و پای چپ است، به این معنی که در مرتبه اول قطع دست راست سارق است و اگر برای بار دوم مرتکب جرم سرقت گردد پای چپ سارق قطع گردد و اگر برای بار سوم مرتکب جرم سرقت گردد قطع نیست بلکه حبس است برای مدت غیر معین تا آنکه بمیرد و یا توبه نماید.^۲

اما نزد امام مالک و امام شافعی محل قطع هردو دست و هردو پای سارق است، یعنی در مرتبه اول دست راست، در مرتبه دوم پای چپ، در مرتبه سوم دست چپ و در مرتبه چهارم پای راست سارق قطع می‌گردد و اگر برای بار پنجم مرتکب جرم سرقت گردد حبس گردد تا بمیرد و یا توبه نماید.^۳

۱- فلسفه سخت‌گیری در مجازات سرقت:

درباره اینکه چرا خداوند در مجازات سرقت اموال، سخت‌گیری کرده است ولی در تجاوزهای دیگر به اموال به‌اندازه سرقت سخت‌گیری نشده است، در شرح نووی بر

^۱ السید سابق، حدود و تعزیرات از فقه السنه، ترجمه: محمد موسی نهمت، سال ۱۳۷۴، ص ۱۸۸.

^۲ معتصم، محمد هارون، همان منبع، ص ۱۵.

^۳ سید سابق، فقه السنه، ترجمه: محمود ابراهیمی، ص ۱۷۰۶.

مسلم آمده است که قاضی عیاض گفت: با واجب کردن بریدن دست دزد، خداوند اموال مردم را مصون و محفوظ داشت، و برای غیر سرقت مانند اختلاس^(۱) و انتهاب^(۲) و غصب، این مجازات را تعیین نکرده است چون این موارد به نسبت دزدی (سرقت) کمتر هستند و دزدی (سرقت) فراوان است و فراوان پیش می‌آید و در اختلاس و انتهاب و غصب امکان دارد، به کمک اولیای امور اموال را برگرداند و اقامه بینه و گواه گرفتن، بر آن آسان است به خلاف سرقت که گواه گرفتن بر آن آسان نیست و کمتر گواه بر آن پیدا می‌شود، پس شخص سارق برای جامعه بسیار خطرناک است، لذا مجازات سرقت بسیار شدید است تا مردم از آن خودداری کنند.^۳

۲- موضع قطع:

مفسران و شارحان اسلامی در مورد موضع قطع دست و پا یا به عبارت دیگر در مورد اینکه دست سارق از کجا قطع شود نظریات گوناگونی ابراز کرده‌اند، چنانچه شارحان و صاحب نظران اهل سنت محل قطع دست سارق را در اولین مرحله که مرتکب سرقت می‌شود مفصل زند یا بند دست بیان کرده‌اند و در توجیه این نظر استدلال کرده‌اند، چون سارق سرقت را با کف دست انجام می‌دهد و ساعد و بازو سارق او را در حمل مال مسروقه کمک می‌کنند و به علاوه مجازات باید به عضو مباشر تعلق پیدا کند و آن دست سارق تا مفصل است و علت این که دست راست سارق قطع شود این است که غالباً کارها با دست راست صورت می‌گیرد و انجام کار با دست چپ از افراد قلیلی واقع می‌شود، به علاوه شیوه رسول اکرم در اقامه حد، قطع دست بر اساس حدیث صحیح منقول از عبدالله بن مسعود بدین گونه است و در مورد سارقی

^۱ - مالی را از محل غیر حرز و غیر امن بطور مخفی ربودن.

^۲ - مالی را بقهر و غلبه گرفتن و غارت کردن.

^۳ سید سابق، فقه السنه، ترجمه: محمود، ابراهیمی، ص ۱۶۸۰.

که برای دومین بار مرتکب سرقت از درجه سرقت‌های که موجب حد هستند می‌شود پای چپ سارق از مفصل بریده می‌شود.^۱

نزد ائمه اربعه موضع قطع همانا مفصل بند دست است، و موضع قطع پا مفصل شتالنگ است و دلیل آن‌ها در این مورد آن است که کمترین چیزی که بالایش اطلاق دست می‌شود همانا کف و انگشتان آن است، همچنان در عهد رسول‌الله (ص) قطع بر همین دو مفصل جاری بود.^۲

۳- داغ کردن دست سارق بعد از بریدن آن:

بطور کامل بریدن و داغ کردن دست سارق، بعد از بریدن، لازم است تا خون آن قطع گردد و سارق تلف و هلاک نشود. البته هر وسیله‌ای که مانع خونریزی و جلوگیری از تلف شدن او گردد کفایت می‌کند.

از ابوهریره روایت شده است که دزدی را پیش پیامبرص آوردند که عبائی را دزدیده بود گفتند: ای رسول خدا این دزد است و دزدی کرده است.

پیامبرص گفت: گمان نکنم دزدی کرده باشد. سارق گفت: چرا دزدی کرده‌ام. پیامبرص گفت: «اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه، ثم اتونی به» «او را ببرید و دستش را ببرید سپس از خونریزی وی جلوگیری کنید سپس او را پیش من بیاورید». دست او را بردند و او را پیش پیامبرص آوردند پیامبرص به وی گفت: در پیشگاه خداوند توبه کن. او نیز گفت: تبت الی الله (توبه کردم و پشیمان شدم). پیامبرص گفت: خداوند توبه‌ات را بپذیرد. دارقطنی و حاکم بیهقی آن را روایت کرده‌اند و ابن القطان آن را صحیح دانسته است.^۳

^۱ محمد صالح، ولیدی، همان اثر، ص ۳۳۹.

^۲ محمد هارون، معتصم، همان منبع، ص ۱۶.

^۳ السید سابق، ترجمه: محمد موسی نهمت، حدود و تعزیرات از فقه السنه، سال ۱۳۷۴، ص ۱۸۸-۱۸۹.

ب- مجازات سرقت تعزیری:

در ماده ۶۹۹ کود جزا آمده است « هرگاه در جرم سرقت شرایط اقامه حد تکمیل نگردد یا به نحوی از انحا جزای حد سرقت ساقط شود، مرتکب تعزیراً مطابق احکام این فصل، مجازات می‌گردد.»^۱

شخصی که با داخل شدن به محل مسکونی یا محلی که برای سکونت آماده شده یا به یکی از ملحقات آن، مرتکب جرم سرقت گردد، به حبس متوسط، محکوم می‌گردد.»^۲ در سرقت حدی حالات مشدده و مخففه در نظر گرفته نشده است، چنانچه بخاری و مسلم از ابوهریره روایت کرده‌اند که پیامبر (ص) گفت: (لعن الله السارق، يسرق البيضة فتقطع يده، و يسرق الجمل فتقطع يده) خداوند لعنت کند سارق را که یک تخم مرغ می‌دزدد و دستش قطع می‌شود و یک شتر می‌دزدد و دستش قطع می‌شود)^۳ اما در کود جزا برای سرقت تعزیر حالات مشدده و مخففه آن در نظر گرفته شده است، چنانچه در حالات ذیل سارق به مجازات شدیدتر محکوم می‌گردد:

۱- در صورتی که سرقت بین غروب و طلوع آفتاب صورت گرفته باشد.

۲- در صورتی که سرقت توسط دو شخص یا بیشتر از آن صورت گرفته باشد.

۳- در صورتی که سرقت با حمل سلاح صورت گرفته باشد.

۴- در صورتی که سرقت با داخل شدن به محل مسکونی یا محلی که برای سکونت آماده شده یا به یکی از ملحقات آن به وسیله بالا شدن از دیوار یا سوراخ کردن دیوار یا شکستادن دروازه یا پنجره، یا با استعمال کلیدهای ساخته‌گی یا هر شکل دیگری صورت گرفته باشد.

^۱. وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶، کود جزا، ماده ۶۹۹، فقره (۲).

^۲. وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶، کود جزا، ماده ۷۰۰.

^۳. سید سابق، همان اثر، ص ۱۶۹۴.

۵- در صورتی که سرقت با استفاده از لباس نظامی یا لباس سایر موظفین خدمات عامه یا به وسیله امر تزویر شده به ادعای این که از طرف مقامات باصلاحیت دولت صادر شده، یا با وسیله سازی یکی از ساکنین محل یا با استعمال سایر وسایل حيله آمیز صورت گرفته باشد.

۶- در صورتی که سرقت توسط کارگر به قصد وارد نمودن ضرر به کارفرما صورت گرفته باشد.^۱

و در صورتی که حالات فوق که از جمله حالات مشدده جرم سرقت پیش بینی شده است در جرم سرقت موجود نباشد، حالت مخففه جرم سرقت بوده و جزای آن خفیف تر است.

« هرگاه در جرم سرقت هیچ یکی از احوال مشدده مندرج این فصل موجود نگردد یا قیمت مال مسروقه کمتر از پنج هزار افغانی باشد، مرتکب به حبس قصیر، یا جزای نقدی از ده هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می گردد.»^۲

ج- رد مال مسروقه:

به اساس مذهب امام اعظم ابوحنیفه اگر مال مسروقه تلف شده باشد، سارق نباید غرامت آن را بپردازد، زیرا غرامت با مجازات قطع ید جمع نمی شود چون خداوند تنها از قطع ید سخن گفته است نه از غرامت.^۳

کود جزا در مورد رد مال مسروقه به صاحب آن چنین صراحت دارد: «در تمام حالات مندرج این فصل محکمه سارق را علاوه بر جزای پیش بینی شده به رد مال مسروقه، مثل یا قیمت آن، به نرخ روز، نیز محکوم می نماید.»^۴

^۱. وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶، کود جزا، ماده ۷۰۲.

^۲. وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶، کود جزا، ماده ۷۰۹.

^۳. سید سابق، همان اثر، ص ۱۷۰۸.

^۴. وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶، کود جزا، ماده ۷۱۰.

نتیجه‌گیری:

در اخیر به‌طور خلاصه می‌توان گفت سرقت حدی از جمله جرایمی است که جزای آن از جانب خداوند^(ج) مقرر گردیده و از جمله جرایم حدود بوده و مرتکب آن مستوجب قصاص است. اما سرقت همیشه حد نبوده بلکه تعزیر نیز است و آن در حالتی است که شرایط تطبیق حد را تکمیل نکند، که مجازات سرقت حدی از طرف اولوالأمر تعیین می‌گردد. در صورت تکمیل شرایط تطبیق حد در مرحله اول مجازات قطع ید بالای مرتکب آن جاری می‌گردد و در موارد بعدی قطع رجل و حبس تا مرگ. جرم سرقت به‌وسیله اقرار مرتکب آن یا شهادت ثابت می‌گردد. دلیل سخت‌گیری خداوند^(ج) در مجازات جرم سرقت نیز تامین مصونیت اموال افراد است، چون سرقت جرمی است که امکان تحقق آن نسبت به اختلاس و انتهاب و غیره بیشتر بوده و امکان اثبات آن نیز کمتر است به این اساس خداوند^(ج) خواسته است تا با گذاشتن مجازات شدید بر مرتکب آن جلو این جرم را بگیرد.

همچنان واضح گردید، برای اینکه اخذ چیزی سرقت دانسته شود، باید اخذ خفیه باشد و مآخوذ مال بوده و در ملکیت غیر باشد و نزد گیرنده قصد سرقت موجود باشد.

منابع و مأخذ:

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- سید سابق، فقه السنه، ترجمه: محمود، ابراهیمی، داندود شده از سایت کتابخانه عقیده.
- ۳- آیت‌الله محمدی گیلانی، محمد، حقوق کیفری در اسلام، تهران، المهدی، سال ۱۳۶۱.
- ۴- وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ۳۴۷، قانون جزا، سال ۱۳۵۵
- ۵- ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، جلد اول، انتشارات امیرکبیر، تهران، سال ۱۳۸۴
- ۶- <http://www.vjc.ir/fa/news> ، باشگاه خبرنگاران جوان، اموال منقول چیست، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۵/۱۲/۲۲
- ۷- قانون مدنی، وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره ۳۵۳، سال ۱۳۵۵.
- ۸- معتمد، محمد هارون، حقوق جزای اختصاصی (۲)، چپتر درسی، سال ۱۳۸۸، فوتوکاپی پیام عصر.
- ۹- السید سابق، حدود و تعزیرات از فقه السنه، ترجمه: محمد موسی نهمت، سال ۱۳۷۴.

- ۱۰- شیخ نیا، امیر حسین، ادله اثبات دعوی، تهران، سال ۱۳۷۳.
- ۱۱- رسولی، محمد اشرف، شرح و توضیح قانون اجراءات جزایی، سال ۱۳۹۴.
- ۱۲- اهل البیت الاسلام، <http://ahlolbait.com>، دزدی از نظر احادیث، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۷/۵/۸.



قاچاق مهاجران

(مفهوم، ماهیت و وجوه اشتراک و افتراق آن با مفاهیم مشابه)

محمد میرزایی^۱

چکیده

قاچاق مهاجران یکی از جرائم سازمان یافته فراملی است که با تصویب پروتکل الحاقی کنوانسیون پالرمو در سال ۲۰۰۰ میلادی در سطح بین المللی به عنوان یک جرم مستقل از سایر مفاهیم مشابه مطرح گردید؛ هرچند که قاچاق مهاجران قبل از تصویب پروتکل مذکور وجود داشت و در بعضی از اسناد بین المللی تذکر داده شده بود، لکن با

۱- وکیل مدافع

تصویب پروتکل مبارزه با قاجاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا، قاجاق مهاجران تعریف و از کشورهای عضو پروتکل خواسته شده در قوانین داخلی شان قاجاق مهاجران را جرم انگاری نمایند. دولت جمهوری اسلامی افغانستان در سال ۱۳۹۵ قاجاق مهاجران را در قانون مبارزه با قاجاق انسان و قاجاق مهاجران جرم انگاری نموده است. بعد از قانون مذکور در «کود جزا» ۱۳۹۵ نیز قاجاق مهاجران جرائم سازمان یافته جرم انگاری گردید است.

با آنکه قاجاق مهاجران تاریخچه طولانی دارد، لکن از جرم انگاری آن مدت زیادی نمی گذرد؛ طوری که ذکر شد در افغانستان حدود دو سال است که جرم قاجاق مهاجران وارد نظام حقوقی جزایی این کشور شده است. به همین دلیل مفهوم و ماهیت جرم قاجاق مهاجران و وجوه اشتراک و افتراق آن با مفاهیم مشابه مانند قاجاق انسان و مهاجر قاجاق دریایی ناشناخته است.

واژه های کلیدی: قاجاق، مهاجر، سازمان یافته، قاجاق انسان.

مبحث اول- مفهوم جرم قاجاق مهاجران و عوامل مهاجرت

از مهاجر، مهاجرت و قاجاق مهاجران در اسناد بین المللی و کتاب های حقوقی تعاریف مختلفی ارائه گردیده است که به طور مختصر این تعاریف را بیان می نمایم. از سوی دیگر مهاجرت عوامل گوناگونی دارد که برای فهم بهتر پدیده ی مهاجرت عوامل آن را بحث خواهیم.

گفتار اول- تعریف لغوی و اصطلاحی قاجاق مهاجران

برای فهم بهتر قاجاق مهاجران اولاً مفهوم قاجاق، مهاجر و مهاجرت و بعد از آن تعریف قاجاق مهاجران مطابق قوانین افغانستان و پروتکل مبارزه با قاجاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا ارائه می گردد.

الف. مفهوم قاچاق

کلمه قاچاق از مصدر «قاچماق» اصطلاحی ترکی به معنی (برده) و (ربوده) و آنچه ربودن آن به کشور یا معامله آن از طرف دولت ممنوع است، کاری برخلاف قانون که مخفیانه انجام شود یا متاعی که معامله و ورود آن به کشور ممنوع است.^۱

« قاچاق کردن یعنی متاعی را مخفیانه وارد کشور کردن و نپرداختن عوارض گمرکی آن یا فراری دادن از گمرک، مال التجاره را به نهایی از عشار یا راهی غیر مملوک تا ادا باج و گمرک نکند، به هر درجه که باشد».^۲

ب. تعریف مهاجر^۳

ازلحاظ لغوی مهاجر اسم است، به معنی کسی که برای زندگی به جای دیگری مسافرت می کند.^۴ مهاجر شخصی است که عمل مهاجرت کردن را کامل کرده باشد.^۵

ازلحاظ حقوقی مهاجر به فردی گفته می شود که اقدام به تغییر محل اقامت خود ضمن عبور از مرزهای سیاسی، برای مدت نسبتاً طولانی به جهت ملاحظات سیاسی، اقتصادی، جمعیتی، مذهبی، نژادی و یا معیشتی با رعایت تشریفات قانونی می نماید و کشور خود را به قصد مهاجرت به کشور مهاجرپذیر ترک می کند.^۶

^۱ - دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، جلد دهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۵۲۵۲.

^۲ - لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۱۵.

^۳ - Migrant

^۴ - صدری افشاری، غلامحسین، حکمی، نسرين و حکمی، نسترن، فرهنگ معاصر فارسی، یک جلدی، چاپ سوم، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۲۱.

^۵ - Immigrant: the person who completes the previously described action (immigration), an alien. Pinedo, Moises, Illegal immigration (a study of Hispanic ministries in the United States and the responsibility of Christians to government), (Apologetics Press), Montgomery, Alabama, 2009, p.2.

^۶ - غفاری نمین، سپیده، حقوق مهاجرت، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۸۹، ص ۱۱.

ج. تعریف مهاجرت

کلمه مهاجرت که در آیات و روایات معادل آن هجرت است از لحاظ معنی با هم فرق ندارد.^۱ مهاجرت در لغت به معنی عمل یا فرایند رفتن از جایی به جای دیگر، برای زندگی کردن در آنجا است.^۲ مهاجرت به عنوان عمل مهاجرت کردن از کلمه لاتین (immigrare) به معنی انتقال، رفتن یا آمدن در یک کشور، سرزمین یا محیط جدید است.^۳ و در مفهوم حقوقی مهاجرت، رفتن از محلی به محل دیگر است، برای مدت طولانی خواه این مدت محدود و یا نامحدود باشد. البته این اقدام متضمن عملی با آزادی انتخاب بوده و اساساً متفاوت از اعمالی از قبیل تبعید یا بردگی است.^۴ در تعریفی که از مهاجر دربند ب این گفتار گردید، در آن قید تشریفات قانونی آمده است، که شامل مهاجرت‌های غیرقانونی و قاچاق مهاجران نمی‌شود. در حالی که در حال حاضر ارقام مهاجرت‌های غیرقانونی خیلی بالا است. از این لحاظ تعریف مزبور یک تعریف جامع نیست.

د- مفهوم قاچاق مهاجران

برای فهم بهتر مطلب، اولاً تعریف قاچاق مهاجران را در قوانین افغانستان و بعد در اسناد بین‌المللی مورد بحث قرار می‌دهیم.

^۱ - احمدزاده، محمد عالم، واکاوی مفاهیم مهاجرت در: فصلنامه فرهنگی، اجتماعی، تحلیلی و معلوماتی عودت کابل، شماره سوم، زمستان ۱۳۹۵، ص ۴.

^۲ - صدری افشاری، غلامحسین، حکمی، نسرین و حکمی، نسترن، پیشین، ص ۱۲۲۲.

^۳ - Immigration as the act of immigrating from (immigrare) to go or remove in to... to come into a new country, region, or environment, Pinendo, Moises, Ibid.

^۴ - غفاری نمین، سپیده، پیشین، ص ۱۱ و ۱۲.

۱. تعريف قاچاق مهاجران در حقوق افغانستان

بر اساس فقره ۳ ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران افغانستان مصوب ۱۳۹۵/۹/۲۲ «فراهم نمودن زمینه ورود غيرقانونی برای تبعه دولت خارجی یا شخص بدون تابعیت به کشور یا فراهم نمودن زمینه خروج برای تبعه کشور یا شخص بدون تابعیت یا تبعه دولت خارجی از افغانستان به کشور دیگر، بدون اسناد مسافرتی یا با اسناد تزویر شده مسافرت به منظور دریافت پول یا منفعت است». طبق این تعریف فراهم نمودن زمینه هرگونه ورود غيرقانونی یا خروج غيرقانونی اشخاص قاچاق مهاجران است. درواقع این تعریف شکل مفصل تر از همان تعریف قاچاق مهاجران در پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران در خشکی، دریا و هوا است با این تفاوت که در پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران قید منافع مادی آمده اما در قانون افغانستان مطلق منفعت بیان گردید که می تواند شامل منفعت مادی و غیرمادی باشد. «کود جزا» افغانستان مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ در فقره ۱ ماده ۵۲۱ عین تعریف مذکور در قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران را آورده است.

۲. تعريف قاچاق مهاجران در پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و

هوا

بند الف ماد ۳ پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا، قاچاق مهاجران را «فراهم کردن امکان ورود غيرقانونی شخص به کشوری که آن شخص شهروند یا مقیم دائم آن کشور نیست به منظور کسب مستقیم یا غیرمستقیم سود مالی یا سود مادی دیگر تعریف نموده است»^۱.

¹ - "Smuggling of migrants" shall mean procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a state party of which the person is not a national or a permanent resident, (Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air, supplementing the united

چند نکته در تعاریف فوق قابل بحث هستند:

۱. به منظور این تعریف هرگونه رفتاری که زمینه ساز وارد شدن غیرقانونی فردی به کشور دیگر شود، جرم قاچاق مهاجران است. رفتار زمینه ساز ورود غیرقانونی افراد، می تواند تهیه مدارک شناسایی یا مسافرتی، تهیه وسایط نقلیه برای انتقال مهاجران مانند ماشین، کشتی یا هواپیما و اجازه عبور از مرز توسط مأموران مرزی کشورها بدون رعایت قواعد و مقررات مقتضی کشورها باشد.

۲. شخص مهاجر نباید شهروند یا مقیم دائم کشور مقصد باشد. از ظاهر تعریف معلوم می شود، اگر شخصی زمینه ورود غیرقانونی شخصی را که به هر دلیلی به طور غیرقانونی از کشور متبوعش خارج شده است، را به کشورش فراهم نماید مرتکب جرم قاچاق مهاجران نگردیده است، به دلیل اینکه شخصی که زمینه ورود او فراهم گردیده، شهروند آن کشور است. تعریف مذکور در مورد افرادی که زمینه اقامت اشخاصی غیر شهروند کشور را با مدارک تزویری یا به هر نحوی دیگر فراهم می کند ساکت است.

۳. هدف تمام اقدامات مذکور سود مالی یا سود مادی دیگر است. سود مادی دیگر لفظ عام و مبهم است که می تواند دامنه شمول سود مادی را گسترده نماید؛ اما این را باید توجه داشت منظور از سود دیگر هرچه باشد شامل موارد که بهره کشی از شخص تلقی گردد نمی شود، به این دلیل که اگر بهره کشی از شخص قاچاق شده، مطرح گردد وصف مجرمانه عمل تغییر نموده فرد مرتکب قاچاق انسان است، نه مرتکب قاچاق مهاجران؛ بهره کشی از اشخاص ویژگی جرم قاچاق انسان است.^۱ ذکر منفعت مالی در

nations convention against transnational organized crime General Assembly resolution 25/55 November 2000, article 3a).

^۱ - در مورد قاچاق انسان و ویژگی های آن بنگرید به گلدوزیان، ایرج و پور ابراهیم، احمد، قاچاق انسان با رویکردی به حقوق داخلی و اسناد بین المللی، چاپ دوم، نشر انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴؛ ناظمی، ناز آفرین، قاچاق انسان و نقض حقوق بشر در آیین اسناد بین الملل و منطقه ای، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.

تعریف بیانگر این است که قاچاق مهاجران شامل گروه‌های می‌شود که به‌منظور کسب منافع مالی چنین اعمالی را انجام می‌دهند. گروه‌های که به دلایل خویشاوندی یا عوامل بشردوستانه عمل می‌کنند از دایره شمول تعریف خارج هستند.^۱ منظور از لفظ (ورود غیرقانونی) بر اساس بند (ب) ماده ۳ پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران، عبوری از مرز کشورها بدون رعایت قواعد و مقررات ضروری کشورها است.^۲ در فقره ۱ ماده ۶ پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا از کشورهای عضو می‌خواهد تا علاوه بر قاچاق مهاجران، تسهیل قاچاق مهاجران، تهیه نمودن اسناد سفر یا شناسایی تزویری، تهیه و فراهم نمودن یا ارائه چنین اسناد را نیز جرم انگاری نمایند. فقره ۲ ماده مذکور از کشورهای عضو می‌خواهد موارد را که مطابق نظام حقوق داخلی‌شان مرتبط با فقره ۱ این ماده می‌باشند و همین‌طور مشارکت اشخاص در چنین موارد را جرم انگاری نمایند و رفتار شخصی را که اشخاص دیگر را سازمان‌دهی یا هدایت به ارتکاب جرم قاچاق مهاجران می‌کنند، نیز جرم انگاری کنند.

گفتار دوم. عوامل مهاجرت

برای مهاجرت دلایل و عوامل متفاوتی بیان گردیده است که امکان دارد دلیل مهاجرت یک مهاجر یک عامل یا چند عامل توأم باشند. به‌طور عموم می‌توان گفت علت مهاجرت عوامل دافعه کشور مهاجر فرست و جذابیت‌های کشور مقصد است. تمام عوامل در کنار هم انگیزه مهاجرت را در افراد به وجود آورده و عوامل چون عدم دسترسی به راه‌های قانونی مهاجرت یا محدود و عدم سیاست جنایی درست برای مبارزه با قاچاقچیان، باعث مهاجرت‌های غیرقانونی می‌گردد. دلایل مهاجرت عموماً به

^۱ - اسعدی، سید حسین، جرائم سازمان‌یافته‌ی فراملی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶، ص ۲۶۲.

^۲ - Article 3(b) "Illegal entry" shall mean crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving state.

عوامل اقتصادی (بیکاری و فقر)، کمبود وسایل رفاهی،^۱ جنگ و ناامنی،^۲ تصفیه نژادی، زورگویی و ارباب، مسائل مذهبی، آموزش^۳، نبود برابری اجتماعی و وجود تبعیض جنسی، وقوع حوادث طبیعی و غیرطبیعی، رشد و تسهیل وسایل حمل و نقل^۴ می‌باشند. تفکیک این که کدام عوامل باعث مهاجرت‌های قانونی می‌گردد و کدام عوامل سبب مهاجرت‌های غیرقانونی، مشکل است؛ به این علت که عوامل و انگیزه مهاجرت و میزان تأثیرگذاری عوامل بر افراد برابر نیستند. اما عواملی که اراده شخص را از بین می‌برند، بیشتر می‌توانند تحریک‌کننده افراد به مهاجرت‌های غیرقانونی؛ مانند حوادث طبیعی، جنگ و ناامنی کشورها و سایر عوامل مشابه می‌باشند.

مبحث دوم- تاریخچه مهاجرت و جرم انگاری قاجاق مهاجران

مهاجرت قاجاقی تاریخ طولانی دارد و در قرن اخیر فاصله اقتصادی بین کشورها و رشد ناامنی در جهان از یک سو باعث افزایش روزافزون مهاجرت گردیده است. از سوی دیگر محدودیت‌های موجود برای عبور قانونی از مرزهای سیاسی کشورها سبب شده تا قاجاق مهاجران به عنوان یک جرم سازمان‌یافته‌ی فراملی به یک منبع پردرآمد برای قاچاقچیان مبدل گردد. بنابراین قاجاق مهاجران مبارزه همه جانب جامعه بین‌المللی را می‌طلبد و سازمان ملل متحد با درک این ضرورت پروتکل مبارزه با قاجاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا را در سال ۲۰۰۰ میلادی تصویب و در ماده ۶

^۱ - رستم علیزاده، ولی‌الله و قاسمی اردهانی، علی، آثار و پیامدهای جمعیتی- اجتماعی مهاجرت‌های جنگ تحمیلی در جامعه ایران، پژوهشنامه دفاع مقدس، سال اول، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۱، ص ۶۰.

^۲ - وحدت آزاد، فرشاد، بررسی علل سیاسی اجتماعی مهاجرت افغان‌ها به ایران (پس از انقلاب اسلامی ایران)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۱، ص ۵۳.

^۳ - صادقی، فرزانه، بررسی نظام حقوقی بین‌المللی حاکم بر حمایت از مهاجران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۰، ص ۱۶.

^۴ - غفاری، نمین، پیشین، صص ۱۴۴، ۱۴۵ و ۱۴۶.

آن از کشورهای عضو تقاضای نمود، قاچاق مهاجران را در قوانین داخلی‌شان جرم انگاری نمایند.

گفتار اول- تاریخچه مهاجرت

در این گفتار سابقه مهاجرت را در جهان و افغانستان به‌طور مختصر و گذرا مورد بحث قرار گرفته است.

الف. تاریخچه مهاجرت در جهان

مهاجرت پدیده‌ای است که قدمت آن به قدمت خلقت انسان برمی‌گردد. پدیده مهاجرت بر اساس عوامل و دلایل گوناگون چون دسترسی به غذای کافی، منازعات مسلحانه و عدم امنیت، فقر و بیکاری، کسب علم و عوامل دیگر انجام می‌گردد.^۱ تاریخ مهاجرت را می‌توان از لحاظ زمانی به دوره قبل مدرنیته و دوره مدرنیته تقسیم نمود: «دوره مهاجرت‌های مدرن از قرن هجدهم آغاز می‌شود اما اولین مهاجرت تاریخی حدود هفت صد هزار سال قبل از میلاد مسیح با حرکت قبائل هومو ارتوکس^۲ از آفریقا به سمت آسیا و اروپا آغاز شد. ۱۵۰۰۰ تا ۲۰۰۰۰ سال پیش مهاجرت به آمریکا روی داد»^۳. مهاجرت مردم چین جنوبی در عصر باستان به تایوان، مهاجرت هندوآریایی‌ها از طریق رود سند به سمت دشت رودخانه گنگ در عهد برنز، شروع مستعمرات یونانی‌ها در مناطق دیگر مانند سیسیل و مارسیل^۴ نمونه‌های از مهاجرت‌های تاریخ بشریت هستند که انجام‌شده‌اند. حرکت جمعیتی بعدی به‌ویژه شامل انقلاب

^۱ - حسینی، سید مظفر و هاشمی، محمدرضا، مهاجرت، فرصت‌ها و تهدیدات در: مجموعه مقالات مهاجرت، فرصت‌ها و چالش‌ها، چاپ اول، کابل، نشر موسسه انتشارات اقبال، ۱۳۹۴، صص ۱۳۴ و ۱۳۵.

^۲ - homo erectus

^۳ - صادقی، فرزانه، پیشین، ص ۱۵.

^۴ - همان.

نئولیتیک بود. توسعه هندواروپایی و مهاجرت‌های قرون‌وسطایی در این برهه رخ داد. بیشتر جابجایی‌های جمعیتی شامل دوران نوسنگی، دوران آریایی‌ها و مهاجرت‌های بزرگ دوره قرون‌وسطایی بود. در برخی کشورها به دنبال مهاجرت جمعیت کوچکی از نخبگان تغییرات فرهنگی اساسی روی داد که از جمله می‌توان به ترکیه و آذربایجان اشاره کرد.^۱

در تاریخ دین اسلام هجرت مسلمان‌ها به حبشه به امر پیامبر اسلام (ص) به دلیل ظلم و ستم کفار مکه و هجرت مسلمان‌ها و پیامبر (ص) به مدینه یکی از اتفاقات بسیار مهم تاریخ اسلام و جهان است.^۲ در قرن بیستم میلادی سیاست کشورها و دو جنگ جهانی عامل مهاجرت‌های زیادی گردید، در جنگ جهانی اول مسلمان‌ها از بالکان به ترکیه و در جنگ جهانی دوم یهودی‌ها از اروپا به خاورمیانه مهاجرت نمودند.

مهاجرت‌ها از لحاظ مقصد مهاجران در طول تاریخ به شکل داخلی و بین‌المللی (مهاجرت برون از مرزهای کشورها) انجام می‌گردید؛ مهاجرت سرخپوستان از قاره آسیا به قاره آمریکا، مهاجرت اروپاییان به قاره آمریکا، آفریقا و شرق دور، مهاجرت تامیلی‌ها از هند به سریلانکا، مهاجرت آسیایی‌ها و آفریقایی‌ها به اروپا در قرن بیستم و مهاجرت ویتنامی‌ها به نقاط مختلف جهان، مهاجرت اتباع بنگلادش به هند و سرانجام مهاجرت افغان‌ها به ایران و پاکستان در دهه‌های اخیر نمونه‌هایی از مهاجرت بین‌المللی به شمار می‌روند.^۳

^۱ - همان.

^۲ - شهیدی، سید جعفر، تاریخ تحلیلی اسلام تا پایان امویان، چاپ ۳۸، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۵، صص ۵۱ و ۵۵.

^۳ - حسینی، سید مظفر و هاشمی، محمدرضا، پیشین.

ب. تاریخچه مهاجرت اتباع افغانستان

بیشترین مهاجرت افغان‌ها به بیرون از افغانستان به دو کشور همسایه افغانستان در شرق پاکستان و در غرب ایران بوده و این مهاجرت‌ها در زمان‌های مختلف به صورت رفت و برگشت انجام شده‌اند.

افغان‌های شیعه‌مذهب در قرون متمادی به خاطر زیارت به ایران می‌رفتند. اولین مهاجرت تعداد ۵۰۰ خانواده افغان به ایران در دهه ۱۸۵۰ است و بعد از آن ۱۶۸۰۰۰ تن افغان طی سال‌های ۱۸۸۰ تا ۱۹۰۳ میلادی در تربت‌جام استان خراسان مستقر شدند.^۱ در سال‌های ۱۲۷۰ و ۱۲۷۱ هـ ش هزارها نفر از مردم افغانستان به علت ظلم عبدالرحمن خان مهاجرت اجباری کردند.^۲ مهاجرت عمده افغان‌ها به ایران در طی سال‌های ۱۳۵۸ تا ۱۳۶۸ هجری با اثر اشغال افغانستان توسط شوروی سابق انجام شد که علت اصلی این مهاجرت فرار از ناآرامی عنوان شده است. با خروج شوروی بسیاری افغان‌ها به افغانستان بازگشتند و بعد از سقوط دولت مرکزی کمونیستی افغانستان توسط مجاهدین در ۱۳۷۱ به تعداد ۱,۴ میلیون افغان از ایران به افغانستان عودت نمودند. موج بعدی مهاجرت‌ها در زمان طالبان در سال‌های ۱۳۷۳ تا ۱۳۸۰ انجام شده است.^۳ کشور افغانستان در سال‌های اخیر نیز یکی از بزرگ‌ترین کشورهای مهاجرت فرست بوده و بیش از هفت میلیون تن از اتباع این کشور مهاجر می‌باشند. طبق گزارش

^۱ - محمودآبادی، زهرا، بررسی مؤلفه‌های کیفیت زندگی شهری مهاجران افغان مقیم ایران در: مجموعه مقالات فرصت‌ها و چالش‌ها، سومین سمینار علمی مهاجرت وزارت امور مهاجرین و عودت کنندگان، معینت امور پناهندگان، ریاست تحقیق و معلومات، آمریت تحقیق پیرامون مهاجرین، چاپ اول، کابل، خزان ۱۳۹۶، ص ۳۶؛ و وحدت آزاد، فرشاد، پیشین، ص ۱۰۱.

^۲ - بنگرید به: غبار، میر غلام محمد، افغانستان در مسیر تاریخ، چاپ ۴، مرکز نشر انقلاب به همکاری جمهوری، بهار ۱۳۶۸، ص ۶۷۰ و باقرمصباح زاده، سید محمد، تاریخ سیاسی مختصر افغانستان، چاپ اول، نشر مرکز پژوهش‌های آفتاب، ۱۳۸۸، ص ۷۷.

^۳ - وحدت آزاد، فرشاد، پیشین، ص ۱۰۲.

وزارت امور مهاجرین و عودت کنندگان افغانستان در سال ۲۰۱۵ میلادی حدود ۲۵۰ هزار تن افغانستان را به مقصد اروپا ترک نمودند و در حال حاضر هفت میلیون افغان در کشورهای همسایه و دیگر کشورها مهاجر هستند که از جمله حدود سه میلیون در پاکستان، دو میلیون و چهارصد هزار به ایران، ۶۰۰ هزار به کشورهای منطقه و ۳۵۴ هزار تن در کشورهای اروپایی، آمریکایی و استرالیا به سر می‌برند.^۱

در سال‌های آخر مهاجرت نه تنها در افغانستان بلکه در تمام جهان رو به رشد بوده است. بر اساس گزارش (سویمی) در پاریس که در چارچوب سازمان همکاری‌های اقتصادی و توسعه اروپا در زمینه مهاجرت فعالیت می‌کند، این موضوع اذعان شده است که ورود مهاجران در بسیاری از کشورها تا سال ۱۹۹۲ میلادی، مرتباً در حال افزایش بود، در سال ۱۹۹۳ میلادی دگرگونی شدیدی در این روند پدیدار گشت و از آن‌پس سیل مهاجران رو به کاهش رفت ولی اکنون این سیلاب در سراسر دنیا بسیار آرام‌تر از آنچه افراد بدبین پیش‌بینی کرده بودند و از آن هراس داشتند، در حال جریان است و بر اساس بسیاری از نشانه‌ها روند صعودی پدیده مهاجرت را می‌تواند در سال‌های آینده انتظار داشت.^۲

در نیمه دوم قرن بیست میلادی مهاجرت‌ها به دلایل جدید توأم با پارادوکس‌های تازه انجام می‌گردد. زیاده‌شدن فاصله اقتصادی کشورها و ناامنی در جهان در سال‌های اخیر باعث افزایش مهاجرت‌های غیرقانونی و درخواست پناهندگی گردیده که خود

^۱ - گزارش وزارت امور مهاجرین و عودت کنندگان افغانستان، قابل‌دسترس در سایت (m.dw.com).

^۲ - غفاری نمین، سپیده، شیوه‌های مهاجرت از منظر حقوق بین‌الملل مهاجرت؛ با تأکید بر کشور کانادا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور، مرکز تهران، ۱۳۸۸، صص ۷ و ۸.

باعث به وجود آمدن مشکل در تمایز مهاجرت غیرقانونی و درخواست پناهندگی گردیده است.^۱

افزایش مهاجرت و محدودیت‌های موجود برای مهاجرت قانونی باعث گردیده مهاجران متوسل به راه‌های غیرقانونی شوند که این موضوع باعث به وجود آمدن جرم قاچاق مهاجران گردیده است. جرم قاچاق مهاجران و قاچاق انسان از جرائم پرمنفعت بعد از قاچاق اسلحه و مواد مخدر در جهان است. این موضوع از گزارشی که در مورد قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و میزان درآمد قاچاقچیان در همایش (منع برده‌داری نوین) که به مناسبت دوم دسامبر روز جهانی لغوی برده‌داری ۵ دی‌ماه ۱۳۹۶، نشر گردیده به‌خوبی واضح می‌گردد. در این گزارش آمده است که اشکال جدید بردگی به‌صورت قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، امروز درآمد ۳۵ میلیارد دلاری دارد.^۲ به‌این‌ترتیب قاچاق انسان و قاچاق مهاجران سومین جرم پردرآمد بعد از قاچاق اسلحه و مواد مخدر است.

گفتار دوم- تاریخچه جرم انگاری قاچاق مهاجران در افغانستان و اسناد بین‌المللی از تصویب پروتکل الحاقی مبارزه علیه قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوای کنوانسیون پالرمو هنوز دو دهه سپری نشده است. قبل از این پروتکل اسناد بین‌المللی مشخصی در زمینه جرم انگاری قاچاق مهاجران وجود نداشت. دولت جمهوری اسلامی افغانستان نیز بعد از الحاق به پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران در سال ۱۳۹۵ قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران را تصویب نمود. برای درک بهتر موضوع

^۱ - رضوی فرد، بهزاد و سالاری، اطهره، مبانی و ضرورت جرم انگاری جرم قاچاق مهاجران در حقوق کیفری ایران در: قاچاق افراد و مهاجران (مجموعه مقالات و سخنرانی‌های ارائه شده در کارگاه آموزشی، مهرماه ۱۳۹۳)، چاپ اول، تهران، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۴، ص ۱۴۷.

^۲ - قابل‌دسترس در: (درآمد ۳۵ میلیارد دلاری قاچاقیان انسان - روزنامه دنیای اقتصاد - donya-e-eqtesad.com).

تاریخچه جرم انگاری قاجاق مهاجران را در اسناد بین‌المللی و قوانین افغانستان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف. تاریخچه جرم انگاری قاجاق مهاجران در اسناد بین‌المللی

قاجاق مهاجران در سال ۲۰۰۰ میلادی در پروتکل الحاقی کنوانسیون پالرمو یعنی پروتکل علیه قاجاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا به‌عنوان یک جرم سازمان‌یافته فراملی در سطح بین‌المللی معرفی گردید و قبل از این پروتکل سند بین‌المللی مشخص در مورد قاجاق مهاجران وجود ندارد.

پیش از پروتکل مزبور در برخی مقررات بین‌المللی، به شکل غیرمستقیم، اشاراتی به موضوع قاجاق مهاجران صورت گرفته بود. طبق ماده ۲۱ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای^۱ سازمان ملل متحد، دولت‌های ساحلی می‌توانند قوانین و مقرراتی را در مورد عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی خود به‌منظور جلوگیری از هر نوع نقض قوانین و مقررات مهاجرتی تصویب نمایند و دولت‌هایی که کشتی‌هایشان از چنین حقی استفاده می‌کنند باید قوانین و مقررات را رعایت کنند.^۲ بر اساس ماده ۲۷ کنوانسیون مذکور کشور ساحلی در بعضی حالات می‌تواند بر کشتی‌ای که از آب‌های ساحلی‌اش عبور می‌کند و سرنشینان آن کشتی اعمال صلاحیت کند؛ ازجمله در حالتی که وقایع رخ داده در کشتی اثر سوئی بر سرزمین دولت ساحلی به وجود بیاورد یا مخل صلح کشور یا نظم دریای سرزمین گردد، که یکی از این موارد می‌تواند قاجاق مهاجران باشد. بنابراین

^۱ - United Nation Convention on the Law of the Sea, General Assembly Resolution, 10. Dec 1982.

^۲ - Article 21 (1) the coastal state may adopt laws and regulations, in conformity with the provisions of this Convention and other rules of international law, relating to innocent passage through the territorial sea, in respect of all or any of the following:...(h) the prevention of infringement of the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations.

دولت ساحلی می‌تواند بر اساس کنوانسیون مزبور در قبال کشتی‌های حامل مهاجران غیرقانونی اعمال صلاحیت کیفری نماید.^۱

ب. تاریخچه جرم انگاری قاچاق مهاجران در افغانستان

نظام حقوقی افغانستان نیز تا پیش از تصویب قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران در سال ۱۳۹۵، قاچاق مهاجران را تحت این عنوان جرم انگاری ننموده بود. لکن بعضی از جرائم در ارتباط با قاچاق مهاجران و مصادیقی از آن را به‌طور پراکنده در بعضی از قوانین جرم انگاری نموده بود.

یکی از جرائمی که زمینه قاچاق مهاجران را فراهم می‌نماید و در فقره ب بند ۱ ماده ۶ پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران به جرم انگاری آن تأکید گردیده، تزویر اسناد مسافرتی و اسناد شناسایی است که در قوانین افغانستان پیش از قانون مبارزه با قاچاق مهاجران و قاچاق انسان جرم انگاری شده بود.

مواد ۳۰۹ تا ۳۲۹ قانون جزای ۱۳۵۵ افغانستان در مورد تزویر اسناد است و در آن به تزویر مدارک شناسایی یا مسافرتی اشاره صریح نشده است، مگر اینکه تزویر این مدارک تحت عنوان اسناد رسمی دولتی یا تزویر مهر و امضاء مورد رسیدگی قرار می‌گرفت.

ماده ۳۴ قانون ثبت‌احوال نفوس مصوب ۱۳۹۳ تزویر تذکره (سند هویتی) و گرفتن تذکره با اطلاعات نادرست را جرم انگاری نموده است. ماده ۳۳ قانون پاسپورت افغانستان مصوب ۱۳۹۴ عبور و مرور بدون پاسپورت یا سند مسافرتی از مرزهای افغانستان را جرم انگاری و قابل مجازات دانسته است. طبق این ماده فرق نمی‌کند شخص که بدون گذرنامه از مرز عبور می‌نماید تبعه افغانستان باشد یا شخص غیر تبعه

^۱ - ممتاز، جمشید، مختاری امین، مرتضی و هاشمی، کامران، جرائم ارتكابی در دریا، فصلنامه سیاست خارجی، سال ۱۶، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۱، ص ۴۵۱.

افغانستان؛ درحالی که طبق تعریفی که در کنوانسیون پالمو از قاچاق مهاجران گردیده است ورود اتباع یک کشور از مرز آن کشور قاچاق مهاجران نیست. ماده ۳۵ قانون مذکور ارائه اسناد خلاف واقعیت برای دریافت گذرنامه برای خود یا شخص دیگر، استفاده از گذرنامه شخص دیگر برای ورود یا خروج از کشور، استفاده از گذرنامه باطل شده یا در اختیار قرار دادن گذرنامه به دیگری و تهیه گذرنامه از طریق تقلب را جرم و مرتکب آن‌ها را مجرم می‌داند. ماده ۳۶ قانون مذکور مساعد نمودن زمینه عبور و مرور غیرقانونی اشخاص را تحت عنوان سوءاستفاده از صلاحیت وظیفوی (اداری) جرم انگاری نموده است. احکام قانون پاسپورت (گذرنامه) در مورد عبور و مرور غیرقانونی و تزویر سند مسافرتی عام هستند؛ مواردی را که خود فرد به‌طور غیرقانونی از مرز عبور می‌کند یا اقدام به تزویر پاسپورت می‌نماید یا افراد توسط قاچاقچیان از مرز عبور داده می‌شوند یا گذرنامه به‌منظور قاچاق مهاجران تزویر می‌گردد را شامل می‌شود.

فراهم نمودن زمینه عبور و مرور که در ماده ۳۶ تحت عنوان سوءاستفاده از صلاحیت وظیفوی (اداری) آمده تنها مربوط به مأمورین سرحدی یا افراد مسئول دیگر می‌گردد نه قاچاقچیان مهاجران به دلیل این که سوءاستفاده از صلاحیت‌های وظیفوی (اداری) در مورد شخصی که قانوناً وظیفه‌ای ندارد، مطرح نمی‌شود، مگر اینکه خود شخص مسئول اقدام به قاچاق مهاجران نماید؛ بنابراین نتیجه این می‌شود که قانون‌گذار افغانستان جرم انگاری قاچاق مهاجران موردنظرش نبوده است.

جمهوری اسلامی افغانستان در ۱۴ دسامبر ۲۰۰۰ کنوانسیون پالمو و پروتکل‌های الحاقی آن را امضاء نمود و در سال ۱۳۹۵ برای مبارزه با قاچاق مهاجران اول قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران را به تصویب رسانید. در همین سال قاچاق مهاجران را در «کود جزا» نیز جرم انگاری و مجازات شدیدتر از قانون قبلی برای مرتکبین آن مقرر نمود است.

مبحث سوم- انواع مهاجرت و طرق قاچاق مهاجران

مهاجرت را می‌توان به اساس معیارهای مختلف تقسیم‌بندی نمود؛ بر اساس تعداد افراد (مهاجرت فردی و گروهی) یا بر اساس رضایت و عدم رضایت فرد مهاجر (مهاجرت اختیاری و مهاجرت اجباری) یا بر اساس عبور و عدم عبور از مرزها (مهاجرت داخلی و مهاجرت خارجی (بین‌المللی)) و یا ملاک‌های دیگر تقسیم‌بندی نمود که همه این انواع مهاجرت‌ها یا به‌طور قانونی انجام می‌شود یا غیرقانونی و بالاخره به اساس مسیر که مهاجران یا قاچاقچیان مهاجران انتخاب می‌کنند به مهاجرت از طریق خشکی، دریا و هوا تقسیم می‌شوند.

گفتار اول- انواع مهاجرت

در این گفتار انواع مهاجرت را به‌طور مختصر مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

الف. مهاجرت فردی و جمعی

مهاجرت فردی به مهاجرت گفته می‌شود که شخص به مسئولیت و ابتکار خود بدون فشار و همکاری شخص دیگر مهاجرت می‌نماید.^۱ منظور از مهاجرت فردی این نیست که فرد مهاجر به‌تنهایی مهاجرت می‌کند بلکه در حالتی که وی خانواده خویش را با خود می‌برد مهاجرت فردی اطلاق می‌گردد. ویژگی این مهاجرت عدم همکاری و فشار فرد دیگر است. مهاجرت‌های گروهی پس از وقایع و حوادثی که در اجتماع اتفاق می‌افتد انجام می‌شود طوری که اگر آن شرایط اتفاق نمی‌افتاد مهاجران اقدام به مهاجرت نمی‌کردند.

^۱ - غفاری نمین، سپیده، پیشین، ص ۱۲.

ب. مهاجرت اجباری و غیراجباری

معیار این تقسیم‌بندی قدرت تصمیم‌گیری مهاجر است، در صورت عدم توان تصمیم‌گیری برای مهاجرت، سفر وی مهاجرت اجباری خواهد بود. مهاجرت اجباری به اساس دلایلی انجام می‌شود که شخص مجبور به ترک محل زندگی خود می‌گردد. این عوامل شامل حوادث زیست‌محیطی، شیمیایی یا اتمی، فقر شدید، منازعات مسلحانه^۱ و عوامل مشابه دیگر می‌شود. بر اساس گزارش BBC در سال ۲۰۱۵ بیش از یک میلیون مهاجر وارد اروپا گردیده است که ادامه جنگ سوریه یکی از عوامل اصلی مهاجرت بوده و درگیری‌های مسلحانه در افغانستان و عراق از عوامل دیگر افزایش مهاجرت عنوان گردید است. وزیر امور مهاجرین و عودت کنندگان افغانستان در ۲۳ آذر ۱۳۹۴ اعلام نمود که از نیمه دوم این سال حدود ۱۵۰ هزار نفر از اتباع افغانستان مهاجرت نموده‌اند. افغانستان یکی از ده کشوری است که بیشترین مهاجران را دارد.^۲ مهاجرت پناهندگان سیاسی نیز نوعی از مهاجرت اجباری است هرچند آن‌ها به اراده خود مهاجرت می‌نمایند، اما در واقعیت مهاجرت آن‌ها برای فرار از اذیت و آزار و خطرات موجود است.^۳

در کنار مهاجرت‌های اجباری مهاجرت‌های غیراجباری هم رشد نموده است. در مهاجرت‌های غیراجباری مهاجران با اراده خود تصمیم به مهاجرت می‌گیرند.



^۱ - زرقانی، سید هادی و موسوی، سیده زهرا، مهاجرت‌های بین‌المللی و امنیت ملی، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۵۹، ۱۳۹۲، ص ۱۲.

^۲ - گزارش ۲۳ آذر ۱۳۹۴ (BBC) از سخنانی عالمی بلخی وزیر امور مهاجرین کشور افغانستان در آستانه روز جهانی مهاجرت و احصائیه سازمان بین‌المللی مهاجر در مورد قاجاق انسان در افغانستان؛ قابل دریافت (www.bbc.com/afghanistan/.../151214_k02-afg-human-traffickin).

^۳ - احمدزاده، محمد عالم، انواع و علل مهاجرت در فصلنامه تحلیلی، معلوماتی و اجتماعی عودت، کابل، وزارت امور مهاجرین و عودت کنندگان، شماره چهارم، بهار ۱۳۹۶، ص ۱۳.

مهاجرت‌های غیراجباری برای یافتن زندگی بهتر، کار، تحصیل، تجارت و ... انجام می‌شوند.

ج. مهاجرت داخلی و بین‌المللی

طبق مقصدی که مهاجران برای مهاجرت انتخاب می‌کنند، مهاجرت‌ها به مهاجرت داخلی و مهاجرت بین‌المللی تقسیم می‌گردد. مهاجرت بین‌المللی مستلزم عبور از مرزهای سیاسی دو یا چند کشور است تا به محل یا کشور مقصد برسد. در مهاجرت‌های داخلی عبور از مرز کشور صورت نگرفته مهاجران در محدوده داخلی کشور از یک مکان به مکان دیگر مهاجرت می‌نمایند. مهاجرت مورد بحث ما در این تحقیق مهاجرت‌های بین‌المللی هستند.

عبور از مرزهای کشورها که تحت عنوان مهاجرت بین‌المللی^۱ قرار می‌گیرد می‌تواند به دلیل کار، جنگ و منازعه در کشور متبوع افراد، حوادث طبیعی که جان افراد را تهدید می‌کند و قاچاق انسان به قصد اقامت دائمی یا موقت انجام شود.^۲ به گزارش سازمان بین‌المللی مهاجرت در سال ۲۰۱۵ میلادی (۲۹۸۴۸۱۸) تن در افغانستان مهاجرت نمودند که این مهاجرت‌ها عمدتاً بیرون از مرزهای افغانستان بوده و طبق گزارش‌ها در همین سال حدود ۱۵۰ هزار نفر از طریق قاچاق از افغانستان به اروپا رفته و درخواست پناهندگی داده‌اند^۳ که عامل اصلی این مهاجرت‌ها جنگ و ناامنی در افغانستان است.

^۱ - International migration

^۲ - معتمدی، هادی و مستوفی فر، فرزانه، قاچاق انسان، چالش‌ها و راهکارهای پیشگیری، چاپ اول، تهران، نشر

موسسه انتشاراتی کمیل، ۱۳۸۸، ص ۳۲.

^۳ - گزارش پیشین (BBC).

د. مهاجرت قانونی و غیرقانونی^۱

مهاجرت‌های قانونی، مهاجرت‌های هستند که در آن‌ها عبور فرد یا افراد از مرزهای یک کشور با رعایت قوانین و مقررات عبور از مرزها و وارد شدن به یک کشور دیگر، انجام داده می‌شوند. در مهاجرت‌های غیرقانونی مقررات و قوانین مرزی کشورها نقض گردیده فرد مهاجر بدون این‌که آن مقررات را رعایت نماید وارد کشور دیگر می‌گردد.

هـ. مهاجرت غیرمترعارف^۲

این نوع مهاجرت برخلاف قواعد و مقررات کشور مبدأ، کشور یا کشورهای مسیر مهاجرت و کشور مقصد انجام می‌شود^۳ که شامل قاجاق انسان و قاجاق مهاجران است. در مهاجرت غیرمترعارف افراد بعد از رسیدن به کشور مقصد نیز تحت استثمار و بهره‌برداری باقی می‌مانند.^۴ این نوع مهاجرت هم نوعی مهاجرت غیرقانونی است با این تفاوت که در مهاجرت غیرمترعارف نوع سازمان‌یافتگی و انتقال افراد توسط قاجاقچیان مطرح است.

گفتار دوم- طرق قاجاق مهاجران

قاجاقچیان برای انتقال مهاجران به کشورهای مقصد ناگزیر یکی از راه‌های خشکی، آبی یا هوایی را انتخاب می‌کنند. ممکن است در انتقال مهاجران از دو ویا سه شیوه مذکور نظر به شرایط توأمان استفاده نمایند. استفاده از راه‌های آبی در کشورهایی ممکن است که مرزهای آبی داشته باشند. قاجاق مهاجران از مسیرهای خشکی و دریای برای

^۱ - Migration smuggling

^۲ - Irregular migration

^۳ - معتمدی، هادی و مستوفی فر، فرزانه، پیشین، ص ۳۳.

^۴ - افروغ، عبدالحمید و زارعی، مصطفی، بررسی پدیده قاجاق انسان در قوانین ایران و حقوق بین‌الملل و تأثیر متقابل مهاجرت بر آن، فصلنامه علمی- ترویجی مطالعات بین‌المللی پلیس؛ سال ششم، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۹۴، ص ۹۰.

انتقال مهاجران نسبت به هوا معمول‌تر است. مهاجران قاچاق شده از افغانستان به کشورهای همسایه از خشکی انجام می‌شود به این دلیل که افغانستان کشور محاط به خشک است. پروتکل که برای مبارزه با قاچاق مهاجران در سال ۲۰۰۰ تصویب گردیده است، قاچاق مهاجران را از مسیرهای مذکور تفکیک نموده و نام آن پروتکل را، پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا گذاشته‌اند. هدف پروتکل، مبارزه با قاچاق مهاجران از هر سه طریق است؛ لکن قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و «کود جزا» ۱۳۹۵ افغانستان در مورد شیوه‌های مهاجرت ماده‌ای را نیاورده است. از این سکوت قانون‌گذار افغانستان استنباط می‌شود که برای او نفس قاچاق نمودن مهاجران مهم بوده، فرق ندارد قاچاق از راه خشکی، راه دریایی یا هوایی انجام می‌شود. شاید دلیل عدم تفکیک طرق مهاجرت، نداشتن مرزهای آبی افغانستان با کشورهای دیگر باشد.

الف. قاچاق مهاجران از طریق دریا

بیشتر مهاجران به قاره امریکا یا استرالیا یا اروپا توسط کشتی‌ها انتقال داده می‌شوند (مفهوم مشابه قاچاق مهاجران از طریق دریا «مسافر قاچاق دریایی» است که در مبحث بعدی آن را بررسی نموده‌ایم). مهاجران در مخفیگاه‌های کشتی و یا کانتینرهای جاسازی‌شده در کشتی باری، قرار داده می‌شوند. تعداد مهاجران نظر به کشتی انتقال‌دهنده آن‌ها تا چند صد نفر می‌رسد و در طول مسیر به‌ندرت اجازه بیرون شدن از مخفی گاه را دارند. انتقال مهاجران قاچاق شده در شرایط غیربهداشتی و ناسالم انجام می‌گردد. با مهاجران برخورد بد می‌شود، بیماران گاهی به دریا انداخته‌شده و زنان مورد تجاوز جنسی قرار می‌گیرند.^۱

^۱ - بیابانی، غلامحسین و عصار، محمدتقی، وضعیت مهاجرت‌های غیرقانونی در جهان، فصلنامه جمعیت، شماره ۶۱ و ۶۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، ص ۵۲.

پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا توجه خاص به قاچاق مهاجران از طریق دریا، نموده است؛ شاید علت آن خطرات زیاد دریا و عدم رعایت استانداردهای لازم برای سفر دریایی توسط قاچاقچیان باشد که منجر به صدمه و مرگ مهاجران زیادی می‌گردد. اگر به آمارها توجه شود واضح می‌شود که راه‌های دریای تا چه اندازه خطرناک است. به گزارش سازمان بین‌المللی مهاجرت در سال ۲۰۱۶ حدود چهار هزار (۴۰۰۰) مهاجر در دریای مدیترانه غرق شده^۱ و در دو ماه اول سال ۲۰۱۷، ۵۲۵ مهاجر در دریای مدیترانه غرق گردیده‌اند.^۲

ماده ۷ پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا، از کشورهای عضو حداکثر همکاری ممکن برای جلوگیری قاچاق مهاجران را می‌خواهد. ماده ۸ پروتکل مذکور در مورد مقررات و اقدامات مبارزه با قاچاق مهاجران از طریق دریا است. طبق بند ۱ ماده ۸ کشوری که به اساس دلایل معقول شک کند کشتی که با پرچم آن حرکت می‌کند یا مدعی است که در آن کشور ثبت شده، بدون ملیت است یا پرچم خارجی دارد وازنشان دادن پرچم امتناع می‌کند، درواقع دارای ملیت کشور طرف مربوطه است؛ در قاچاق مهاجران فعالیت دارد می‌تواند برای جلوگیری از آن کشتی خواهان همکاری کشورهای طرف دیگر شود. کشورهای متقاضی عنه باید تا حد توان با کشور متقاضی همکاری نمایند. بر اساس بندهای ۲، ۳، ۴ و ۵ ماده ۸ پروتکل مزبور کشورها در زمینه اطلاع‌رسانی در مورد کشتی مشکوک به قاچاق مهاجران، به کشور صاحب‌پرچم و بالمقابل اجازه کشور صاحب‌پرچم به ورود کشور اطلاع دهنده به آن کشتی به‌منظور پیشگیری از قاچاق مهاجران همکاری می‌کنند. اگر کشوری شک نماید که کشتی بدون

^۱ - قابل دریافت در (m.dw.com/fa-af).

^۲ - غرق شدن ۵۲۵ مهاجر در دو ماه ابتدای سال ۲۰۱۷ در دریای مدیترانه، قابل دریافت در خبرگزاری مهر (www.mehrnews.com).

ملیت مهاجران قاچاق شده را حمل می‌کند، می‌تواند وارد آن شده و آن کشتی را تفتیش کند.

ب. قاچاق مهاجران از طریق خشکی

برای عبور از مرزهای سیاسی کشورها به‌طور مخفیانه قاچاقچیان غالباً از کامیون، اتوبوس و ... استفاده می‌کنند. مهاجران قاچاقی از افغانستان به کشورهای همسایه به دلیل عدم موجودیت راه‌های آبی از مسیرهای خشکی انتقال داده می‌شوند. مهاجران قاچاق شده برای عبور از مرزهای کشورهای مذکور و رسیدن به مقصد با پای پیاده برای مخفی ماندن از دید مرزبانان مسیرهای صعب‌العبور را معمولاً در تاریکی شب پشت سر می‌گذارند که با خطرات جدی همراه است. در جاهایی که از ماشین استفاده می‌کنند، به‌طور غیراستاندارد تعداد زیادی مهاجران را در فضای بسیار کم قرار می‌دهند. در تاریخ ۲۰۰۰/۶/۱۹ از تعداد ۵۸ مهاجر چینی که در کامیون سردخانه دار حمل می‌گردیدند دو نفر مرد نجات‌یافته و بقیه جان باختند. برای اینکه سگ‌های پلیس نتوانند حضور مهاجران را در داخل کامیون احساس کنند از پوشش برزنتی روی کامیون‌ها استفاده نکردند. در صورت خاموش بودن سیستم تهویه کامیون سردخانه دار سگ‌ها قادر به کشف مهاجران داخل کامیون نمی‌باشند. قاچاقچیان از هر وسیله برای جابجایی مهاجران استفاده می‌نمایند. در سال ۱۹۹۹، مهاجران غیرقانونی در واگن‌های قطار باربری که بدون پوشش برزنتی بود کشف گردید که این مهاجران قرار بود در پایانه ساحل انگلستان از سوراخی که در سقف قطار ایجاد شده بود پیاده‌گردند.^۱ طبق گزارش‌ها و خاطرات مهاجران کشورهای آسیایی به اروپا و مهاجران که از کشور ترکیه برای رسیدن به اروپا عبور می‌کنند هم مسیر خشکی و هم مسیر آبی را طی می‌کنند. در

^۱ - بیابانی، غلامحسین و عصار، محمدتقی، پیشین، صص ۵۴ و ۵۵.

مسیر خشکی با مشکلات چون گذشتن از کوه‌ها در شب و سختگیری مرزبانان و منتظر ماندن پشت مرزهای یونان روبرو می‌شوند.^۱

ج. قاچاق مهاجران از طریق هوا

یکی از شیوه‌های که قاچاق مهاجران انجام می‌شود، قاچاق هوایی است. پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا، از کشورها می‌خواهد با قاچاق مهاجران از هر سه طریق مبارزه و همکاری نمایند. قاچاق مهاجران از طریق هوا نسبت به دو مورد قبل کم است. امکان دارد مهاجران قسمتی از راه را به‌طور قانونی با هواپیما سفر کنند و بعد از پیاده شدن به کشور مقصد هواپیما به کشورهای دیگر قاچاقی بروند.



مبحث چهارم - مفهوم قاچاق انسان و وجوه اشتراک و افتراق قاچاق مهاجران با مفاهیم مشابه

برای اینکه قاچاق مهاجران با مفاهیم مشابه چون قاچاق انسان و مسافر قاچاق دریایی مشتبه نگردد و به‌درستی مفهوم قاچاق مهاجران را درک نمایم، لازم است تفاوت‌ها و شباهت‌های آن را با دو مفهوم مذکور بررسی نمایم. این بحث از جهت تشخیص قربانیان قاچاق انسان از مهاجران قاچاق شده که با رضایت خویش حاضر به سفر قاچاقی می‌شوند از یکسو و از سوی دیگر برای تفکیک مسئولیت کیفری، مسئولین کشتی حامل مهاجران قاچاق شده و مسئولیت، مسئولین کشتی حامل مسافر قاچاق دریایی بااهمیت است.

^۱ - روایت از مسافرت قاچاقی از مرز زمینی ترکیه تا کمپ‌های پناهندگی - خبر آنلاین
(www.khaberonline.ir).

گفتار اول - مفهوم قاچاق انسان^۱

موضوع قاچاق انسان معمولاً برحسب قاچاق زنان و کودکان یا قاچاق انسان برای بهره‌کشی جنسی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. پدیده قاچاق انسان تأثیر بسیار شدیدی بر انسان‌های قاچاق شده به‌خصوص زنان، دختران و کودکان دارد و به گستردگی انجام داده می‌شود.

بااهمیت و گستردگی روزافزون قاچاق انسان و به وجود آمدن اشکال جدید آن، باید مبارزه جدی و همه‌جانبه با آن شود. بااین حال تا قبل از تصویب کنوانسیون پالرمو و پروتکل الحاقی قاچاق انسان یک تعریف که مورد اتفاق همگان باشد، وجود نداشت. تعاریف گوناگونی از قاچاق انسان ارائه گردیده بود که مبارزه با قاچاق انسان را با مشکل مواجه می‌کرد. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ قاچاق انسان را چنین تعریف نمود: «قاچاق انسان جابجا کردن غیرقانونی و پنهانی افراد در سراسر مرزهای داخلی، بیشتر از کشورهای در حال رشد و کشورهای دارای اقتصاد در حال گذار باهدف نهایی وادار ساختن اشخاص به بهره‌کشی جنسی و جسمی و فعالیت‌های مرتبط به قاچاق مانند اجبار به کار خانگی، ازدواج اجباری، استخدام پنهانی و فرزند خانوادگی به هدف نفع بردن استفاده‌کنندگان، قاچاقچیان و سازمان‌های جنایتکار است».^۲ تا قبل از تعریف قاچاق انسان در پروتکل قاچاق انسان در سال ۲۰۰۰ میلادی تعریف مذکور بیشترین استفاده را داشت تا اینکه قاچاق انسان در بند الف ماده ۳ پروتکل قاچاق انسان چنین تعریف گردید: استخدام، حمل‌ونقل، انتقال، پناه دادن یا دریافت اشخاص با تهدید یا اعمال زور یا دیگر شکل‌های اجباری، آدم‌ربایی، دسیسه،

^۱ - Human Trafficking

^۲ - به نقل از: ذاقلی، عباس، قاچاق انسان در سیاست جنایی ایران و اسناد بین‌المللی، چاپ دوم، تهران، نشر بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴ ص ۳۰ و بهنیا، الهام و مهربان، الهه، نگاهی بر قاچاق انسان و مبارزه مؤثر با آن در پرتو راهکارهای پیشگیری، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره ۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵.

فریب، سوءاستفاده از قدرت یا موقعیت آسیب‌پذیری یا از رهگذر دادوستد پول یا منافع برای به دست آوردن رضایت فردی که بر شخص دیگری کنترل دارد به‌منظور بهره‌کشی.^۱ از این تعریف و کلمات به‌کاررفته در آن «مانند دیگر شکل‌های اجباری» واضح است که مصادیق ذکرشده در تعریف جنبه تمثیلی دارد نه جنبه حصری. با گستردگی روش‌های قاچاق انسان و اشکال گوناگون بهره‌برداری چنین تعریف موسعی، منطقی به نظر می‌رسد.

فقره ۲ ماده ۳ قانون مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۷ جمهوری اسلامی افغانستان تعریف مشابهی را از قاچاق انسان ارائه نموده است؛ «قاچاق انسان: انتقال، حمل‌ونقل (ترانزیت)، استخدام، نگهداری یا در اختیار گرفتن شخص است به مقصد بهره‌برداری با استفاده از ضعف اقتصادی یا حالت اجبار از طریق پرداخت یا دریافت پول یا منفعت و یا سایر روش‌های فریب‌دهنده جهت کسب رضایت مجنی علیه یا شخصی که سرپرستی وی را به عهده دارد». طبق این تعریف قاچاق انسان منحصر به عبور دادن اشخاص از مرزهای کشورها به‌منظور بهره‌برداری^۲ نیست، بلکه استخدام یا نگهداری... اشخاص به‌منظور بهره‌برداری بدون نقل‌وانتقال آن‌ها نیز قاچاق انسان

^۱ - Article (3) "Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of the power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. (Protocol to prevent, Suppress and punish trafficking in persons especially women and children, supplementing the United Nation convention against transnational organized crime General Assembly resolution 55/25 November 2000).

^۲ - فقره ۲ ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران ۱۳۹۵ افغانستان: «بهره‌کشی: کسب منفعت از محنی علیه از طریق خرید، فروش، بهره‌کشی جنسی، رقصاندن، خدمت گرفتن در تهیه تصاویر یا فیلم‌های منافی اخلاق (پورنو گرافی)، بردگی، گماشتن به کار اجباری، گدایی، جنگ مسلحانه، برداشت عضو یا انساج بدن، آزمایش‌ها طبی یا وادار نمودن به سایر فعالیت‌های غیرقانونی است».

محسوب می‌شود؛ لکن در قاچاق مهاجران عبور از مرزهای ملی کشور شرط قاچاق مهاجران است. افغانستان به‌عنوان عضو پروتکل الحاقی قاچاق انسان مصوب سال ۲۰۰۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد^۱ عین تعریف ماده ۳ کنوانسیون را اولاً در فقره ۱ ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران مصوب ۱۳۹۵/۹/۲۲ و بعد در فقره ۱ ماده ۵۱۰ «کود جزا»، مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ آورده و تحت تسلط قرار دادن اطفال را به‌منظور بهره‌کشی بدون استفاده از روش‌های که در مورد قاچاق افراد بزرگ سال استفاده می‌شود، قاچاق دانسته است؛ درواقع قانون‌گذار افغانستان با اعمال سیاست جنایی افتراقی نسبت به اطفال به دنبال حمایت از آنان بوده است.

گفتار دوم- وجوه اشتراک و افتراق قاچاق مهاجران با قاچاق انسان

بررسی تفاوت‌ها و شباهت‌های قاچاق مهاجران و قاچاق انسان از یک‌سو برای شناخت مهاجران قاچاق شده و قربانیان قاچاق انسان حائز اهمیت است و از سوی دیگر دولت‌ها باید یک سیاست متفاوت در برابر اشخاصی که بر اساس اجبار یا فریب قاچاق می‌شوند، نسبت به اشخاصی که با رضایت بدون مدارک مسافرتی وارد خاکشان می‌گردند، اتخاذ نمایند. در این گفتار اول تفاوت‌های قاچاق مهاجران با قاچاق انسان و بعد شباهت این دو عنوان مجرمانه را موردبحث قرار خواهیم داد.

قابل‌ذکر است، مواردی که در ذیل به‌عنوان شباهت‌ها و تفاوت‌های جرم قاچاق مهاجران با قاچاق انسان بیان می‌گردند، همه موارد حقوقی نیستند، لکن بررسی آن‌ها برای وضاحت بیشتر موضوع مفید است.

^۱ - افغانستان در ۱۴ دسامبر ۲۰۰۰ کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه جرائم سازمان‌یافته فراملی و پروتکل‌های آن علیه قاچاق مهاجرین از در طریق خشکی، دریا و هوا و جلوگیری، ممنوعیت و مجازات قاچاقی، به‌ویژه برای زنان و کودکان را امضاء نموده است.

الف. تفاوت‌های قاچاق انسان و قاچاق مهاجران

۱- قاچاق مهاجران همیشه بعد فراملی دارد و با عبور از مرزهای سیاسی حداقل دو کشور ارتکاب می‌یابد، اما در قاچاق انسان چنین نیستند، امکان دارد قاچاق انسان بدون عبور از مرز کشوری ارتکاب یابد. طبق فقره ۲ ماده ۳ قانون مبارزه با اختطاف و قاچاق انسان مصوبه سال ۱۳۸۷، ماده ۵۱۰ «کود جزا» ۱۳۹۵ و فقره ۱ ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران ۱۳۹۵ افغانستان، استخدام، تحت تسلط قرار دادن یا به‌کارگیری اشخاص با استفاده از زور، اکراه و ... بدون عبور از مرزهای افغانستان قاچاق انسان است.

۲- در قاچاق مهاجران افراد خاص هدف قاچاقچیان نیست، معمولاً مردان و پسران جوان برای کار، فرار از ناامنی و ... رسیدن به یک زندگی بهتر مهاجرت می‌نمایند اما قاچاق انسان بیشتر علیه اطفال و زنان ارتکاب می‌یابد.^۱ معمولاً از اطفال برای کار، تکدی‌گری، فرزندخواندگی و کار استفاده می‌گردد و از زنان به‌منظور کار در رستوران‌ها و بهره‌برداری جنسی استفاده می‌کنند.

۳- در قاچاق مهاجران جابجایی مهاجران قاچاق شده با رضایت خودشان انجام می‌شود لکن در قاچاق انسان رضایت شخص قاچاق شده وجود ندارد؛ اگر رضایت آن‌ها گرفته شده باشد، توأم با اجبار، اکراه، فریب و تطمیع است که رضایت واقعی نیست. در مورد اطفال می‌توان گفت رضایت آن‌ها به دلیل عدم رشد عقلی اعتبار ندارد، رضایت آن‌ها در همه حالات به معنی عدم داشتن رضایت است.

۴- مهاجر قاچاق شده بزه دیده جرم قاچاق مهاجران نیست بلکه خود او به دلیل اینکه بدون رعایت قوانین و مقررات لازم وارد کشور دیگر شده است مجرم^۲ است.

^۱ - در مورد قاچاق زنان و کودکان بنگرید به: سلیمی، صادق، قاچاق انسان و مبارزه با آن در حقوق کیفری ایران، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، سال هفتم، شماره ۲۶، پاییز ۱۳۸۶، ۲۶۶.

^۲ - ذاقلی، عباس، پیشین، ص ۳۴.

امکان دارد بزه دیده جرم قاچاق مهاجران دولتهایی باشند که قوانین و مقرراتشان توسط ارتکاب قاچاق مهاجران نقض گردیده است، لکن در قاچاق انسان شخص قاچاق شده بزه دیده و قربانی قاچاق است؛ به همین دلیل قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران ۱۳۹۵ افغانستان در فقره‌های ۵ و ۶ ماده ۳ در مورد شخص قاچاق شده‌ی، قاچاق انسان کلمه مجنی علیه را به‌کاربرده اما در مورد مهاجر قاچاق شده این کلمه را استعمال ننموده است.

۵- مهاجران قاچاق شده با عبور از مرز و رسیدن به کشور مقصد آزاد می‌باشند و دیگر ارتباطی با قاچاقچی انتقال‌دهنده‌شان ندارند، قاچاقچی پول از قبل توافق شده را از مهاجر می‌گیرد، لکن در قاچاق انسان عبور از مرزهای کشور مقصد و رسیدن به آنجا آغاز جنایات بعدی است. قاچاقچیان از مجنی علیه پولی به دست نمی‌آورد بلکه از بهره‌برداری که درآیند از او می‌کنند، منفعت می‌برند.^۱

۶- بزه دیدگان قاچاق انسان امکان دارد به‌طوری قانونی وارد کشور مقصد شوند و در آنجا مورد بهره‌برداری قرار بگیرند، اما اشخاص قاچاق شده در قاچاق مهاجران به‌صورت غیرقانونی جابجا می‌شوند.^۲

۷- قاچاق انسان به هدف بهره‌کشی از اشخاص است؛ بهره‌کشی امکان دارد بهره‌کشی جنسی یا مادی باشد، اما قاچاق مهاجران در مقابل پول تعیین شده بین مهاجر و قاچاقچی انجام داده می‌شود.^۳ مهاجران قاچاق شده با عبور از مرزها آزاد هستند و امکان دارد باکار کردن در کشور مقصد مزد کمتری به دست بیاورند، لکن

^۱ - رسولی، اعظم، بررسی جرم شناختی و حقوقی قاچاق مهاجران در ایران با رویکردی به اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۹۵، ص ۳۴؛ و موسوی، سید فضل‌الله و مسلمی بید هندی، فرشته، مهاجرت غیرقانونی از طریق دریا در پرتوی حقوق بین‌الملل، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۲، ص ۱۸۸.

^۲ - رسولی، اعظم، پیشین، ص ۳۵.

^۳ - بنگرید به تعریف قاچاق مهاجرین و قاچاق انسان در همین نوشته.

بزه دیده قاچاق انسان اصلاً مزدی در مقابل خدمات ارائه شده‌اش به دست نمی‌آورد بلکه مورد استثمار قرار دارد.^۱

۸- هر دو جرم عناصر متفاوت دارند و در پروتکل‌های جداگانه به تصویب رسیده‌اند.

ب. مشابهت‌های قاچاق مهاجران و قاچاق انسان

۱. موضوع هر دو جرم اشخاص حقیقی هستند؛

۲. هر دو به هدف کسب منافع مادی غیر مشروع ارتکاب می‌یابند؛^۲

۳. بعضاً تفکیک قاچاق مهاجران از قاچاق انسان مشکل است؛ امکان دارد افرادی که با رضایت مهاجرت نموده بعد به علت عدم توان پرداخت پول یا سایر عوامل به چنگ قاچاقچیان انسان افتاده و مورد بهره‌برداری قرار بگیرند. چنانچه بعضاً دختران با عبور از مرزها با لیست مفصلی از پول کرایه ماشین، پول غذا و غیره از سوی قاچاقچیان مواجه شدند و به دلیل عدم توان پرداخت آن مجبور به کار یا بهره‌کشی جنسی شده‌اند،^۳ یا ممکن است در اول مهاجرت مهاجران با رضایت کامل باشند، اما بعد متوجه شوند که فریب‌خورده‌اند و یا به دلیل اجبار قربانی قاچاق انسان شده‌اند؛^۴

۴. هر دو جرم بعد فراملی و سازمان‌یافته دارند؛ در مورد این ویژگی قاچاق مهاجران تحت عنوان ماهیت جرم قاچاق مهاجران بحث خواهیم نمود تا مشخصات و ماهیت این جرم دقیقاً واضح گردد.

^۱ - ذاقلی، عباسی، پیشین، ص ۳۵.

^۲ - معتمدی، هادی و مستوفی فر، فرزانه، پیشین، ص ۳۹.

^۳ - خالقی، علی، جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل، چاپ چهارم، تهران، نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۱۷.

^۴ - سلطانی موسی، بررسی ماهیت جرم قاچاق مهاجرین نخستین همایش ملی علوم اسلامی، حقوق و مدیریت قم- دانشگاه علمی کاربردی استانداری قم- اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۵، ص ۵.

۵. بر اساس ماده ۵۲۱ «کود جزا» افغانستان و ماده ۳ پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا مهاجران قاچاق شده و مجنی علیه قاچاق انسان از مسئولیت کیفر معاف هستند.

گفتار سوم- تفاوت های جرم قاچاق مهاجران و مسافر قاچاق دریایی

مسافر قاچاق دریایی مشابهت های با قاچاق مهاجران از طریق دریا دارد نه با قاچاق مهاجران از طریق خشکی و هوا. اسناد بین المللی که به مسافر قاچاق دریایی پرداخته عبارت از کنوانسیون بین المللی مسافر قاچاق دریایی، کنوانسیون بروکسل، دستورالعمل اجرایی سازمان بین المللی دریانوردی در خصوص تخصیص مسئولیت های اطراف ذی ربط جهت حل و فصل موفقیت آمیز موارد مربوط به مسافر قاچاق دریایی و کنوانسیون تسهیل ترافیک دریایی می باشند. در کنوانسیون اول مسافر قاچاق دریایی چنین تعریف گردیده است: «شخصی که در بندر یا هر جایی دیگر در مجاورت آن خود را بدون اجازه مالک کشتی، فرمانده کشتی یا هر شخص دیگری که مسئولیت کشتی را بر عهده دارد مخفی کرده و پس از عزیمت کشتی در عرشه یافت می شود»^۱ طبق این تعریف مسافر قاچاق دریایی کسی است که خودش را در کشتی مخفی می نماید تا از این طریق به کشور مقصد برسد. برای فهم بهتر قاچاق مهاجران از طریق دریا، بحث روی تفاوت آن با مسافر قاچاق دریایی ضروری به نظر می رسد، چون این دو مفهوم دارای شرایط و ماهیت متفاوت از هم می باشند.

الف. کشتی یا هر وسیله دیگری را که مهاجران قاچاق شده استفاده می کنند به طور کامل غیرقانونی است و درگیر در فعالیتهای غیرقانونی است اما کشتی را که مسافر

^۱ - هاشمی، سید مصطفی، وضعیت حقوقی مسافر قاچاق دریایی در حقوق بین الملل، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور، شهریور ۱۳۹۱، ص ۲۵.

قاچاق دریایی برای رسیدن به مقصد انتخاب می‌کند مشغول حمل و نقل عادی قانونی است.

ب. در مورد مهاجران قاچاقی از طریق دریا، مسئول وسیله حمل مهاجران خود آن‌ها را در کشتی جا داده و اقدام به عمل غیرقانونی انتقال مهاجران می‌نماید اما در مسافر قاچاق دریایی شخص مسئول کشتی از ورود مسافر قاچاقی و اختفای او عملاً بی‌خبر است.^۱

ج. یک تفاوت غیرحقوقی قاچاق مهاجران از طریق دریا با مهاجران قاچاق دریایی این است که قاچاق مهاجران از طریق دریا به‌طور گسترده و زیاد انجام می‌شود اما مسافر قاچاق دریایی محدود است به این دلیل که طرح‌های امنیتی کشتی ورود به آن را دشوار می‌نماید.

د. قاچاق مسافری دریایی در حوزه فعالیت‌های سازمان بین‌المللی دریانوردی است درحالی‌که قاچاق مهاجران در حوزه صلاحیت این سازمان نیست.^۲
هـ. در قاچاق مهاجران مسئول انتقال مهاجران توسط کشتی، خود شریک جرم است اما مسئول کشتی در مسافر قاچاق دریایی مسئولیت قصور در انجام وظیفه خود را دارد، یعنی مسئولیت آن دو متفاوت می‌باشند.^۳

مبحث پنجم- مراحل و ماهیت جرم قاچاق مهاجران

قاچاق مهاجران جرمی است که از آغاز تا کامل شدن آن مراحل مختلفی را طی می‌نماید؛ این مراحل از پیدا نمودن یا جذب مهاجران مایل به سفر قاچاقی و بعضاً تهیه مدارک تزویری برای سفر شروع تا گذشتن از مرزهای دو یا چندین کشور را دربرمی

^۱ - همان، ص ۲۷.

^۲ - همان، ص ۲۸.

^۳ - همان.

گیرد. تمام این مراحل را قاچاقچیان با همکاری یکدیگر و مدیریت دقیق انجام می دهند تا موفق به جابجایی مهاجران شوند. طی مراحل مختلف برای قاچاق مهاجران و خطرات مسیر راه طی شده تا مقصد، نیاز به یک نظم و سازمان یافتگی دارد که ماهیت این جرم را از جرائم عادی متمایز می نماید. برای روشن شدن موضوع مراحل و ماهیت جرم قاچاق مهاجران را به طور جداگانه بررسی می نمایم.

گفتار اول- ماهیت جرم قاچاق مهاجران

برای فهم بهتر جرم قاچاق مهاجران نیاز به مطالعه ماهیت آن داریم. قاچاق مهاجران یکی از جرائم سازمان یافته فراملی است که این ویژگی آن را در ردیف جرائم قاچاق مواد مخدر، قاچاق اسلحه و قاچاق انسان قرار می دهد.

الف. جرم سازمان یافته

«کود جزا» ۱۳۹۵ افغانستان جرم قاچاق مهاجران را در باب ششم، کتاب دوم تحت عنوان جرائم سازمان یافته قرار داده است؛ لکن جرم سازمان یافته را تعریف ننموده است. در اسناد بین المللی نیز تعریفی از جرم سازمان یافته ارائه نگردیده اما حقوقدانان تعاریف متعددی را از جرم سازمان یافته نموده اند: «جرم سازمان یافته عبارت است از یک سری معاملات غیرقانونی که توسط مجرمان متعدد برای یک دوره مستمر صورت می گیرد و هدف از این معاملات کسب امتیازات اقتصادی و قدرت سیاسی است در صورتی که برای کسب قدرت اقتصادی لازم باشد»^۱ یا به عبارت دیگر، «جنایت سازمان یافته پدیده ای است غیر ایدئولوژیک مرکب از تعداد افراد با روابط متقابل که بر مبنای سلسله مراتب شکل گرفته است و حداقل سه رده متمایز در آن وجود دارند که هدف آن جلب منفعت

^۱ - شمس، محمدابراهیم، جرائم سازمان یافته، مجله فقه و حقوق، سال اول، تابستان ۱۳۸۳، ص ۱۱۰؛ و میلانی، علیرضا، باقری، نفیسه و شیرازی مقدم، محمد مهدی، عملکرد نظام حقوقی ایران در مواجهه با جرائم سازمان یافته، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵، صص ۲ و ۳.

و قدرت با اشتغال به فعالیت‌های مشروع و نامشروع است. مسئولیت‌های کلیدی ممکن است برحسب روابط خویشاوندی یا دوستی و یا صرفاً به اساس مهارت تقسیم شود. مسئولیت‌ها در هیچ برهه زمانی خاصی قائم به دارندگان آن‌ها نیست. اعضاء آن را دائمی می‌دانند و سعی به حفظ یکپارچگی و فعال بودن آن در جهت نیل به اهدافش دارند. تمایل به استفاده از خشونت و یا رشوه برای رسیدن به اهداف یا حفظ انسجام زیاد است. عضوگیری محدود است؛ هرچند از افراد غیر عضو ممکن است به‌طور موردی استفاده شود. آنان قواعد صریح مکتوب یا شفاهی دارند که با ضمانت اجراهای شدیدی، ازجمله مرگ اعمال می‌شوند.^۱ به‌منظور این تعاریف جرائم سازمان‌یافته، اعمال غیرقانونی هستند که توسط بیش از یک نفر با مدیریت و برنامه برای کسب منافع مالی انجام می‌شوند، مانند قاچاق اسلحه، قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان ... و قاچاق مهاجران؛ در تعریف دوم بیشتر به خصوصیات یک گروه سازمان‌یافته مجرمانه پرداخت شده تا جرائم سازمان‌یافته. به‌طور خلاصه از تعاریف مذکور ویژگی‌های ذیل را برای جرائم سازمان‌یافته می‌توان برشمرد:

- ۱- هدف به دست آوردن منافع اقتصادی و مالی؛
- ۲- وجود سازمان و مدیریت در ارتکاب جرائم و اعضاء دارای سلسله‌مراتب و تقسیم‌کار می‌باشند؛
- ۳- وجود استمرار جرائم ارتكابی و عدم محدودیت زمانی؛
- ۴- وفاداری اعضا به مقررات گروه؛
- ۵- انجام جرائم شدید که تأثیر جدی بر امنیت عمومی دارند؛
- ۶- انجام فعالیت به‌صورت سری؛

¹ -Howard abadinsky, Organized Crime, 4th ed, Chicago, 1994, p6.

به نقل از: سلیمی، صادق، جنایت سازمان‌یافته فراملی در کنوانسیون پالرمو و آثار آن، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۹، پاییز ۱۳۸۲، ص ۱۷۴.

۷- تطهیر پول یا پول شویی،

۸- دارای خصلت فراملی می باشند.^۱

ب. جرم فراملی

جرم قاچاق مهاجران، بر اساس تعریف قاچاق مهاجران در ماده ۳ پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا و ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان، قاچاق مهاجران و «کود جزا» ۱۳۹۵ جمهوری اسلامی افغانستان، زمانی ارتکاب می یابد که هدف قاچاقچی عبور مهاجران قاچاق شده از مرزهای سیاسی مشترک دو کشور عبور باشد، بعضاً امکان دارد عبور از مرزهای چندین کشور صورت بگیرد، لکن همین که قصد قاچاقچی از فراهم سازی زمینه عبور مهاجران از مرزهای دو کشور باشد جرم قاچاق مهاجران محقق می شود. بر اساس عرف قاچاق مهاجران به انتقال از یک کشور به کشور دیگر گفته می شود؛ در غیر این حالات اگر هدف عبور مهاجران از مرز یک کشور به کشور دیگر نباشد، جرم تام قاچاق مهاجران تحقق پیدا نمی کند. خاصیت فراملی بودن جرم قاچاق مهاجران، مبارزه با آن را مشکل نموده است. محو و نابودی قاچاق مهاجران یا حداقل کاهش آن علاوه بر سایر اقدامات همکاری جدی کشورها را می طلبد. سازمان ملل متحد با درک این واقعیت در ماده ۷ پروتکل مذکور از کشورها می خواهد تا در زمینه های مختلف برای جلوگیری از قاچاق مهاجران باهم همکاری نمایند.

ج. خصوصیات عملیات قاچاق

قاچاق مهاجران، با رضایت اشخاص قاچاق شده ارتکاب می یابد و برای قاچاق شدن به قاچاقچیان پول می پردازند. لکن قاچاق مهاجران می تواند برای مهاجران

^۱ - حاجیانی، ابراهیم، تحلیل شبکه ای جرائم سازمان یافته، فصلنامه دانش انتظامی، سال یازدهم، شماره ۳، ۱۳۸۹، ۱۱۱.

خطرناک باشد و در مسیر راه قاچاقچیان به مهاجران صدمه بزنند یا تبدیل به قاچاق انسان گردد. یک عملیات قاچاق بیشتر اوصاف ذیل را دارد:

۱. دسترسی وسیع فراملی؛
۲. شبکه‌ای از خدمات دهندگان که در مراحل مختلف عملیات کمک می‌کنند؛
۳. نفوذ بر مسئولان دولتی در سطوح مختلف؛
۴. دسترسی به مقادیر بسیار زیاد پول در بسیاری از مواقع؛
۵. ارتباط داشتن به دیگر کسب‌وکارهای جنایی؛
۶. توان تغییر حوزه عملیات خود طبق شرایط بازار؛
۷. همراهی و ارتباط با افرادی که مستعد اعمال خشونت در درون شبکه‌های خود هستند.^۱

گفتار دوم- مراحل قاچاق مهاجران

یکی از مصادیق جرم قاچاق مهاجران انتقال مهاجر از یک کشور به کشور دیگر است. در صورتی که مهاجران قاچاقی با قاچاقچیان بر سر انتقالشان از کشور مبدأ به کشور مقصد توافق نموده باشند، عملیات قاچاق مهاجران از آغاز تا انجام مراحل را طی می‌نماید که بدون سپری نمودن این مراحل جرم قاچاق مهاجران تحقق پیدا نمی‌کند.

الف. جذب و شناسایی مهاجران

قاچاق مهاجران با شناسایی و جذب مهاجران مایل به سفر قاچاقی^۱، در کشورهای مهاجر فرست آغاز و با قاچاقچیان معرفی می‌گردند و یا افراد که وظیفه جذب مهاجران را به عهده دارند این کار را انجام می‌دهند.

^۱ - سلطانی، موسی، پیشین، ص ۳؛ معتمدی، هادی و مستوفی فر، فرزانه، پیشین، ص ۳۷ و سلیمی، صادق، قاچاق اشخاص به عنوان یک جنایت سازمان یافته فراملی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران شماره ۶۴، ۱۳۸۳، صص ۳۸ و ۳۹.

ب. انجام دادن کارهای مقدماتی

انجام کارهای مقدماتی در کشور مبدأ برای جابجایی مهاجران که شامل تهیه وسایط نقلیه... و گاهی تهیه مدارک تزویری سفر است، (بر اساس تعریف ارائه شده از قاچاق مهاجران که در فصل دوم مفصلاً بحث گردیده است این مرحله به تنهایی می تواند جرم قاچاق مهاجران باشد).

ج. عبور از مرزها

بر اساس بند الف و ب ماده ۳ پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا و قوانین افغانستان هدف قاچاق مهاجران عبور از مرز دو یا چند کشور است؛ بنابراین مرحله سوم قاچاق مهاجران عبور از مرز کشور مبدأ است. قاچاق مهاجران زمانی تحقق پیدا می کند که هدف مهاجر و قاچاقچی ورود غیرقانونی مهاجران به کشور دیگر باشد. مهاجران برای رسیدن به کشور مقصد امکان دارد، از مرز چندین کشور به طوری غیرقانونی عبور نمایند؛ مانند مهاجران افغانستان که به اروپا قاچاق می شوند معمولاً از کشورهای ایران و ترکیه عبور می کنند.

د. انتقال مخفیانه به کشور مقصد

انتقال مخفیانه به کشور مقصد^۱ یعنی مهاجران قاچاقی از مرزی کشور مبدأ مهاجرت تا عبور از مرز کشور دوم را به طوری مخفیانه طی می نمایند.

^۱ - بیابانی، غلامحسین و عصار، محمدتقی، پیشین، ص ۵۷.

^۲ - همان.

هـ تسویه حساب

تسویه حساب نهایی قاچاقچی با مهاجر قاچاق شده؛^۱ یعنی زمانی که مهاجر قاچاق شده به مقصد رسید پول مورد توافق را به قاچاقچی می‌پردازد.

نتیجه‌گیری

مهاجرت و قاچاق مهاجران بر اساس عوامل مختلف از سال‌های طولانی وجود داشته و امروز قاچاق مهاجران به معضل جهانی تبدیل شده است. بنابراین سازمان ملل متحد اولین قدم را در راستای مبارزه قضایی با قاچاق مهاجران در سال ۲۰۰۰ میلادی با تصویب پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا برداشته است. در پروتکل مذکور از کشورهای عضو خواسته شد که قاچاق مهاجران را در قوانین داخلی‌شان جرم انگاری نمایند. دولت جمهوری اسلامی افغانستان در سال ۱۳۹۵ قاچاق مهاجران را جرم انگاری نموده است.

قاچاق مهاجران یکی از جرائم سازمان‌یافته فراملی است که از لحاظ گردش مالی در ردیف قاچاق اسلحه و قاچاق انسان قرار دارد. با این اهمیت، هنوز قاچاق مهاجران در تعدادی از کشورها به عنوان یک جرم مستقل جرم انگار نگردیده است؛ به طور مثال کشور جمهوری اسلامی ایران که بعد از کشور جمهوری اسلامی پاکستان بیشترین مهاجران افغانستانی را در خود جای داده است و مهاجران قاچاقی افغانستان از طریق آن کشور وارد ترکیه و سپس به اروپا می‌روند هنوز قاچاق مهاجران را مطابق به پروتکل مبارزه با قاچاق مهاجران از خشکی، دریا و هوا جرم انگاری نه نموده است. دولت افغانستان حدود دو سال است که قاچاق مهاجران را جرم انگاری و تعریف نموده است؛ لکن تعریف مذکور یک تعریف مبهم است که نمی‌تواند مصادیق قاچاق

^۱ - همان.

مهاجران را به درستی بیان نماید، که این ابهام زمینه سوءاستفاده و پراکندگی آرای قضایی را مساعد نموده و اصل قانونی بودن، جرم را خدشه دار می نماید.

قاچاق مهاجران از لحاظ مفهوم و ماهیت با مفاهیم مشابه مانند قاچاق انسان و مهاجر قاچاق دریایی وجوه اشتراک و افتراق دارد که بدون فهم درست آن ها درک قاچاق مهاجران و شناخت مصادیق آن مشکل است.

فهرست منابع

الف. کتاب ها

- ۱- ایرج، گلدوزیان، ایرج و احمد، پور ابراهیم، قاچاق انسان با رویکردی به حقوق داخلی و اسناد بین المللی، چاپ دوم، نشر انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴.
- ۲- باقر مصباح زاده، سید محمد، تاریخ سیاسی مختصر افغانستان، چاپ اول، نشر مرکز پژوهش های آفتاب، ۱۳۸۸.
- ۳- بهزاد رضوی فرد و اطهره سالاری، مبانی و ضرورت جرم انگاری جرم قاچاق مهاجران در حقوق کیفری ایران در: قاچاق افراد و مهاجران (مجموعه مقالات و سخنرانی های ارائه شده در کارگاه آموزشی، مهرماه ۱۳۹۳)، چاپ اول، تهران، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۴.
- ۴- سید جعفر شهیدی، تاریخ تحلیلی اسلام تا پایان امویان، چاپ ۳۸، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۵.
- ۵- سپیده، غفاری نمین، حقوق مهاجرت، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۸۹.
- ۶- علی خالقی، جستارهایی از حقوق جزای بین الملل، چاپ چهارم، تهران، نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.
- ۷- عباس، ذاقلی، قاچاق انسان در سیاست جنایی ایران و اسناد بین المللی، چاپ دوم، تهران، نشر بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴.
- ۸- علی اکبر، دهخدا، لغت نامه دهخدا، جلد دهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- ۹- غلام حسین، صدری افشاری، نسرین، حکمی و نسترین، حکمی، فرهنگ معاصر فارسی، یک جلدی، چاپ سوم، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۱.
- ۱۰- میر غلام محمد، غبار، افغانستان در مسیر تاریخ، چاپ ۴، مرکز نشر انقلاب به همکاری جمهوری، بهار ۱۳۶۸.
- ۱۱- محمد جعفر، لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰.
- ۱۲- ناز آفرین، ناظمی، قاچاق انسان و نقض حقوق بشر در آیین اسناد بین الملل و منطقه ای، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.

۱۳- هادی، معتمدی، هادی و فرزانه، مستوفی فر، قاچاق انسان، چالش‌ها و راهکارهای پیشگیری، چاپ اول، تهران، نشر موسسه انتشاراتی کمیل، ۱۳۸۸.

ب. مقالات و پایان‌نامه‌ها

۱۴- الهام، بهنیا، و الهه، مهربان، نگاهی بر قاچاق انسان و مبارزه مؤثر با آن در پرتو راهکارهای پیشگیری، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره ۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵.

۱۵- ابراهیم، حاجیانی، تحلیل شبکه‌ای جرائم سازمان‌یافته، فصلنامه دانش انتظامی، سال یازدهم، شماره ۳، ۱۳۸۹.

۱۶- اعظم، رسولی، بررسی جرم شناختی و حقوقی قاچاق مهاجران در ایران با رویکردی به اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.

۱۷- بهزاد، رضوی فرد و اطهره، سالاری، مبانی و ضرورت جرم انگاری جرم قاچاق مهاجران در حقوق کیفری ایران در: قاچاق افراد و مهاجران (مجموعه مقالات و سخنرانی‌های ارائه‌شده در کارگاه آموزشی، همراه ۱۳۹۳)، چاپ اول، تهران، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۴.

۱۸- جمشید، ممتاز، مرتضی، مختاری امین و کامران، هاشمی، جرائم ارتكابی در دریا، فصلنامه سیاست خارجی، سال ۱۶، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۱.

۱۹- زهرا، محمودآبادی، بررسی مؤلفه‌های کیفیت زندگی شهری مهاجران افغان مقیم ایران در: مجموعه مقالات فرصت‌ها و چالش‌ها، سومین سمینار علمی مهاجرت وزارت امور مهاجرین و عودت کنندگان، معینت امور پناهندگان، ریاست تحقیق و معلومات، آمریت تحقیق پیرامون مهاجرین، چاپ اول، کابل، خزان ۱۳۹۶.

۲۰- سیدمظفر، حسینی و محمدرضا، هاشمی، مهاجرت، فرصت‌ها و تهدیدات در: مجموعه مقالات مهاجرت، فرصت‌ها و چالش‌ها، چاپ اول، کابل، نشر موسسه انتشارات اقبال.

۲۱- سید هادی، زرقانی و سیده زهرا، موسوی، مهاجرت‌های بین‌المللی و امنیت ملی، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۵۹، ۱۳۹۲.

۲۲- سید فضل‌الله، موسوی، و فرشته، مسلمی بید هندی، مهاجرت غیرقانونی از طریق دریا در پرتوی حقوق بین‌الملل، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۲.

۲۳- سپیده، غفاری نمین، شیوه‌های مهاجرت از منظر حقوق بین‌الملل مهاجرت؛ با تأکید بر کشور کانادا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور، مرکز تهران، ۱۳۸۸.

۲۴- سید مصطفی، هاشمی، وضعیت حقوقی مسافر قاچاق دریایی در حقوق بین‌الملل، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور، شهرپور ۱۳۹۱.

۲۵- صادق، سلیمی، قاچاق انسان و مبارزه با آن در حقوق کیفری ایران، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، سال هفتم، شماره ۲۶، پاییز ۱۳۸۶.

- ۲۶- ، جنایت سازمان‌یافته فراملی در کنوانسیون پالمو و آثار آن، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۹، پاییز ۱۳۸۲.
- ۲۷- قاچاق اشخاص به‌عنوان یک جنایت سازمان‌یافته فراملی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران شماره ۶۴، ۱۳۸۳.
- ۲۸- عبدالحمید، افروغ و مصطفی، زارعی، بررسی پدیده قاچاق انسان در قوانین ایران و حقوق بین‌الملل و تأثیر متقابل مهاجرت بر آن، فصلنامه علمی- ترویجی مطالعات بین‌المللی پلیس؛ سال ششم، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۹۴.
- ۲۹- علیرضا، میلانی، نفیسه، باقری و محمدمهدی، شیرازی مقدم، عملکرد نظام حقوقی ایران در مواجهه با جرائم سازمان‌یافته، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵.
- ۳۰- غلامحسین، بیابانی و محمدتقی، عصار، وضعیت مهاجرت‌های غیرقانونی در جهان، فصلنامه جمعیت، شماره ۶۱ و ۶۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۶.
- ۳۱- فرشاد، وحدت آزاد، بررسی علل سیاسی اجتماعی مهاجرت افغان‌ها به ایران (پس از انقلاب اسلامی ایران)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۱.
- ۳۲- محمد عالم، احمدزاده، انواع و علل مهاجرت در فصلنامه تحلیلی، معلوماتی و اجتماعی عودت، کابل، وزارت امور مهاجرین و عودت کنندگان، شماره چهارم، بهار ۱۳۹۶.
- ۳۳- موسی، سلطانی، بررسی ماهیت جرم قاچاق مهاجرین نخستین همایش ملی علوم اسلامی، حقوق و مدیریت قم- دانشگاه علمی کاربردی استانداری قم- اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۵.
- ۳۴- محمدابراهیم، شمس، جرائم سازمان‌یافته، مجله فقه و حقوق، سال اول، تابستان ۱۳۸۳.
- ۳۵- فرزانه، صادقی، بررسی نظام حقوقی بین‌المللی حاکم بر حمایت از مهاجران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۰.
- ۳۶- ولی‌الله، رستم علیزاده و علی، قاسمی اردهائی آثار و پیامدهای جمعیتی- اجتماعی مهاجرت‌های جنگ تحمیلی در جامعه ایران، پژوهشنامه دفاع مقدس، سال اول، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۱.

ج. گزارش‌ها و سایت‌ها

- ۳۷- گزارش وزارت امور مهاجرین و عودت کنندگان افغانستان، قابل‌دسترس در سایت (m.dw.com).
- ۳۸- گزارش ۲۳ آذر ۱۳۹۴ (BBC) از سخنرانی عالمی بلخی وزیر امور مهاجرین کشور افغانستان در آستانه روز جهانی مهاجرت و احصائیه سازمان بین‌المللی مهاجر در مورد قاچاق انسان در افغانستان؛ قابل دریافت (www.bbc.com/.../afghanistan/.../151214_k02-afg-human-trafficking).
- ۳۹- درآمد ۳۵ میلیارد دلاری قاچاقیان انسان - روزنامه دنیای اقتصاد- donya-e-eqtasad.com.

۴۰- روایت از مسافرت قاچاقی از مرز زمینی ترکیه تا کمپ‌های پناهندگی - خبر آنلاین
(www.khaberonline.ir).

۴۱- (m.dw.com /fa-af/).

۴۲- غرق شدن ۵۲۵ مهاجر در دو ماه ابتدای سال ۲۰۱۷ در دریای مدیترانه، قابل دریافت در خبرگزاری
مهر (www.mehrnews.com).

منابع انگلیسی

43- Howard abadinsky, Organized Crime, 4th ed, Chicago, 1994, p6.

44- Protocol to prevent, Suppress and punish trafficking in persons especially women and children, supplementing the United Nation convention against transnational organized crime General Assembly resolution 55/25 November 2000.

45- Pinedo, Moises, Illegal immigration (a study of Hispanic ministries in the United States and the responsibility of Christians to government),(Apologetics Press), Montgomery, Alabama, 2009, p.2.

46- United Nation Convention on the Law of the Sea, General Assembly Resolution, 10. Dec 1982.



معرفی دکتر زکیه عادلۃ به عنوان معین امور اجتماعی وزارت عدلیه



۳ اسد ۱۳۹۷

در مراسمی که به این منظور در وزارت عدلیه برگزار گردید، جلالتمآب دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدلیه ج.ا.ا، محترم حمید الله فاروقی رئیس پوهنتون کابل، دکتر

محبیب الرحمن رحیمی سخنگوی ریاست اجراییه ج.ا.ا، نماینده دفتر بانوی اول، مهمانان از معاونیت دوم ریاست جمهوری، معین مالی و اداری وزارت عدلیه، معین وزارت مخابرات، استادان پوهنتون کابل و سایر دوستان و همکاران دکتر زکيه عادل، حضور داشتند.

وزیر عدلیه ج.ا.ا، حضور مهمانان را خوش آمدید گفته، تزئید بست معینیت امور اجتماعی را در وزارت عدلیه یک ضرورت مبرم دانست و از منظوری تزئید این بست توسط رئیس جمهور اسلامی افغانستان، ابراز سپاس و امتنان نمود. وی، گزینش دکتر زکيه عادل را به عنوان معین امور اجتماعی وزارت عدلیه، یک اقدام بجا دانسته و ابراز امیدواری نمود که با آمدن ایشان کارهای مربوط به امور اجتماعی این وزارت به شکل بهتر آن به پیش خواهد رفت. وزیر عدلیه، کامیابی‌های بیشتر را برای معین امور اجتماعی این وزارت، آرزو نموده و ابراز امیدواری کرد که با حضور ایشان، زمینه ارتباط و هماهنگی با نهادهای علمی و دانشگاهی، بیشتر گردد.

خانم عزیزه عدالتخواه رئیس عمومی ریاست مساعدت‌های حقوقی وزارت عدلیه، حکم مقام عالی ریاست جمهوری را به خوانش گرفته و در کنار آن، سوانح تحصیلی خانم عادل را نیز بیان کرد.

در ادامه، آقای فاروقی رئیس پوهنتون کابل، تقرر خانم عادل را به عنوان معین امور اجتماعی وزارت عدلیه تبریک گفته و راجع به کارکردها و توانایی‌های ایشان در پوهنتون کابل صحبت نمود. وی همچنان از دستاوردهای وزارت عدلیه در عرصه قانون‌گذاری سخن گفته و ابراز امیدواری نمود که با آمدن خانم عادل در وزارت عدلیه، کامیابی‌های بیشتری را در این وزارت شاهد خواهیم بود.

با این همه، دکتر عادل از اعتماد رهبران حکومت وحدت ملی و وزیر عدلیه سپاس‌گزاری نموده و تعهد سپرد که به منظور پیشبرد کارها به گونه مؤثر، از هیچ گونه سعی و تلاش دریغ نخواهد ورزید.

در پایان، دکتر عادل‌ی از سوی وزیر عدلیه و سایر همراهان، به دفتر کاری‌اش
رهنمایی گردید.

گفتنی است که دکتر زکیه عادل‌ی دکترای تخصصی علوم سیاسی داشته و در حال
حاضر، رئیس دانشکده علوم سیاسی دانشگاه کاتب، استاد پوهنتون کابل و برخی از
دانشگاه‌ها خصوصی می‌باشد. از ایشان تاکنون دو کتاب و حدود ۱۵ مقاله علمی و
پژوهشی نشر گردیده است.

منبع: آمریت مطبوعات

برگزاری مسابقه کتاب خوانی، حفظ و تلاوت قرآن کریم در مرکز اصلاح و تربیت اطفال کابل



چهارشنبه ۱۷ اسد ۱۳۹۷

در مراسمی که به همین مناسبت در مرکز اصلاح و تربیت اطفال ولایت کابل برگزار
گرفته بود، به برندگان مقام اول، دوم و سوم این مسابقه، جوایزی چون: دستار، کلاه و
لباس از طرف مقام وزارت عدلیه در نظر گرفته شده بود، توزیع گردید. در این مسابقه

اطفال مظنون، متهم و محکوم به تخلف از قانون و به ویژه اطفالی که مظنون، متهم و یا محکوم به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی اند، اشتراک کرده بودند. محمد قاسم حلیمی، معین مسلکی وزارت عدلیه ج.ا.ا، در این مراسم روی فضیلت قرآن کریم صحبت نموده و اطفال این مرکز را به آموزش قرآن کریم و تعلیم دینی و معاصر تشویق کرد. از آن‌ها خواست تا رفتار و اخلاق شان را مطابق به قرآن و تعلیم دینی عیار نمایند تا نمونه‌ی اخلاق در میان این اطفال و جامعه باشند. معین وزارت عدلیه، تجدید تربیت اطفال متخلف از قانون را مسؤولیت این وزارت دانسته گفت که ما مسؤولیت داریم تا این اطفال را تجدید تربیت نموده و به عنوان افراد صالح به جامعه تقدیم نماییم. وی وعده نمود که به زودی مسابقات دیگری را نیز به منظور بهبود وضعیت آموزشی اطفال متخلف از قانون، برگزار خواهد کرد.



میرفیاض الدین امینی، رییس مرکز اصلاح و تربیت اطفال ولایت کابل، هدف از ایجاد این مرکز را تجدید تربیت اطفال مظنون، متهم و یا محکوم به تخلف از قانون و تقدیم افراد صالح به جامعه بیان نموده، گفت: این مرکز خدمات تعلیمی، تربیتی، ورزشی/تفریحی، حرفوی، مذهبی، حقوقی، صحتی و فرهنگی را برای اطفال به همکاری ادارات و نهاد های ذیربط فراهم کرده است.

در این مراسم، برخی از نمایندگان نهادهای عضوی شورای عالی مراکز اصلاح و تربیت اطفال سخنرانی نموده و از برگزاری این چنین مسابقات در میان اطفال متخلف از قانون، استقبال نمودند.

همچنان، یک تن از اطفال به نمایندگی از اطفال این مرکز از برگزاری همچون مسابقات ابراز سپاس و قدردانی نموده و خواهان ادامه‌ی این مسابقات گردید. وی ابراز امیدواری کرد که به وضعیت تعلیم و تربیت شان توجه بیشتر صورت بگیرد.

گفتنی است که به اساس آخرین گزارشات، ۵۶۹ طفل مظنون، متهم و یا محکوم به تخلف از قانون در مراکز اصلاح و تربیت اطفال در سراسر افغانستان به سر می‌برند. این آمار در مقایسه با ماه‌های گذشته، کاهش چشمگیری را نشان می‌دهد. از این میان ۱۲۱ تن مظنون، متهم و یا محکوم به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی اند. در حال حاضر در مرکز اصلاح و تربیت اطفال کابل، ۱۶۴ طفل با تخلف مختلف از قانون، به سر می‌برند؛ در این میان، ۲۶ تن از آنان، مظنون، متهم و یا محکوم به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی اند.

منبع: آمریت مطبوعات

دیدار معین امور اجتماعی وزارت عدلیه با افسر عدلی و قضایی بخش حاکمیت قانون یوناما



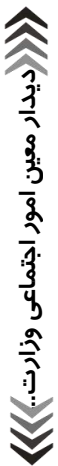
۱۰ اسد ۱۳۹۷

دکتر زکیه عادل، معین امور اجتماعی وزارت عدلیه ج.ا.ا با میکائیل لکنر، افسر عدلی و قضایی بخش حاکمیت قانون یوناما، در دفتر کارش ملاقات تعارفی نمود. آقای لکنر از همکاری‌های قبلی یوناما با وزارت عدلیه یاد نموده گفت که این نهاد با ریاست عمومی مساعدت‌های حقوقی وزارت عدلیه همکاری دارد. وی افزود که

سال آینده در راستای محو فساد نیز برنامه‌های را روی دست خواهند گرفت. وی بر ادامه همکاری‌های‌شان با این وزارت وعده نمود.

معین امور اجتماعی وزارت عدلیه از همکاری‌های یوناما با وزارت عدلیه ابراز سپاس و امتنان نموده و خواهان همکاری‌های بیشترشان با این وزارت گردید.

عبدالله



دیدار معین امور اجتماعی وزارت عدلیه با رئیس پروگرام ساحوی (IDLO)



۱۰ اسد ۱۳۹۷

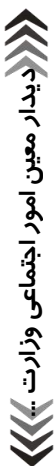
دکتر زکیه عادل، معین امور اجتماعی وزارت عدلیه ج.ا.ا با کولین واز، رئیس پروگرام ساحوی سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق (IDLO) و هیئت همراهشان در دفتر کارش ملاقات تعارفی نمود.

آقای کولین واز، از همکاری‌های سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق (IDLO) با وزارت عدلیه یاد نموده گفت که این نهاد با ریاست عمومی مساعدت‌های حقوقی

وزارت عدلیه در قسمت برگزاری برنامه‌های آموزشی کودکان، ارتقای نصاب و مواد آموزشی، ارتقای ظرفیت مساعدين حقوقی و وکلای مدافع، همکاری دارد. آقای کولین، ارتقای ظرفیت وکلای مدافع و مساعدين حقوقی را نهایت مهم و ضروری دانسته گفت که فعلاً پنج برنامه آموزشی زیر کار است. وی بر ادامه همکاری‌های‌شان با این وزارت وعده نمود.

معین امور اجتماعی وزارت عدلیه از همکاری‌های سازمان بین المللی انکشاف حقوق (IDLO) با وزارت عدلیه ابراز سپاس و امتنان نموده و خواهان همکاری‌های بیشترشان با این وزارت گردید.

عدلیه



محاسبه سه ساله کار وزارت عدلیه

گزارش از امان ریاضت

وزارت عدلیه یکی از کلیدی‌ترین نهادهای مرکزی حکومت است. این وزارت در سه سال کار حکومت وحدت ملی، نقش مهم و مسوولانه‌ای در روند اصلاحات حکومت و انجام تعهدات افغانستان در برابر جامعه‌ی بین‌المللی داشته است. وزارت عدلیه نه یک نهاد قانون‌ساز است، نه نهاد تطبیق‌کننده‌ی قانون، بلکه این وزارت به عنوان یکی از نهادهای عدلی و قضایی مسوولیت‌های مشخصی دارد: تدقیق و طی مراحل اسناد تقنینی به ویژه در مطابقت با کنوانسیون‌هایی که افغانستان به آن پیوسته است، اصلاح و تربیت اطفالی که از قانون تخلف کرده‌اند، رسیدگی به عرایض و دوسیه‌های حقوقی شهروندان در قضایای املاکی، قرض، مدنی و خانوادگی و تطبیق فیصله‌های نهایی محاکم در این موارد، جلوگیری از غصب زمین و منافع مالی دولت، عرضه‌ی خدمات رایگان حقوقی برای متهم‌های بی‌بضاعت، آگاهی‌دهی حقوقی، بررسی و طی مراحل درخواست‌های ترک

تابعیت و کسب تابعیت و ثبت احزاب سیاسی، نهادهای اجتماعی و رهنمای معاملات از شمار مسوولیت‌های مشخصی است که وزارت عدلیه با توجه به امکانات و حد صلاحیت‌های قانونی‌اش بر عهده دارد.

هرچند همه می‌دانیم در کشورهای رو به انکشاف، دسترسی همگان به عدالت و حاکمیت سراسری قانون هنوز هم یک آرمان است؛ فساد اداری و این میراث سیستماتیک، دولت و اصلاحاتش را تهدید می‌کند، بی‌خبری از قوانین به ویژه در دوردست‌ها سبب نفوذ ایدیولوژی گروه‌های تروریستی می‌شود و ناامنی و جنگ موجود مانع ارایه‌ی خدمات بهتر و بیشتر حقوقی می‌گردد، اما با توجه به مشکلاتی که به نحوی دامن‌گیر هر دولت در حال گذار و رو به انکشاف است، وزارت عدلیه در برخی از موارد، فعالیت‌های بهتر و چشم‌گیری انجام داده است.

وزارت عدلیه در دوره‌ی حکومت وحدت ملی دست به اصلاحات مهمی زده و در راستای اجرای مسوولیت‌هایش، به ویژه در عرصه‌ی قانون‌گذاری، بی‌درنگ گام‌های اساسی‌ای برداشته است. هرچند دوره‌ی شاه امان‌الله خان را یکی از شگوفاترین دوره‌های قانون‌گذاری در تاریخ کشور می‌گویند، اما قانون‌گذاری در دوره‌ی حکومت وحدت ملی با توجه به روند شش مرحله‌ای قانون‌گذاری (طرح، تدقیق، تأیید، تصویب، توشیح و نشر) بی‌پیشینه بوده است. وزارت عدلیه با درک ضرورت قانون‌گذاری و به عنوان نهادی دارای مسوولیت‌های کلیدی و ویژه، ۳۰۰ سند تقنینی را در برخی موارد طرح، تدقیق و طی مراحل کرده است؛ قوانینی که از ضرورت‌های مهم دولت و جامعه می‌باشد.

کد جزا، قانون منع شکنجه، قانون مشارکت عامه و خصوصی، قانون منع آزار و اذیت زنان، قانون منع استخدام اطفال در قطعات نظامی، قانون مراسم عروسی و بسیاری از قوانین و اسناد تقنینی دیگری که از ضرورت‌های اساسی دولت و جامعه است، از سوی وزارت عدلیه در سه سال حکومت وحدت ملی تدقیق و

طی مراحل شده است. در بسیاری از نشست‌های کابینه حتمی روی یک، دو و یا چندین سند تقنینی بحث و رای‌گیری می‌شود. با درک ضرورت قانون‌گذاری به گونه‌ی مسلکی و معیاری، وزارت عدلیه ستاژ تقنینی‌ای را به منظور آموزش مسلکی قانون‌گذاری ایجاد کرد که در این مدت، دور نخست دانشجویان قانون‌گذاری را فارغ داده است.

وزیر عدلیه در برنامه‌ی صد روز نخست خویش اعلام کرده بود که ۵۶ درصد از کارکنان وزارت عدلیه تحصیلاتی در سطح بکلوریا دارند، این یکی از چالش‌های جدی وزارت عدلیه در آغاز و برای پیش‌برد اصلاحات بود، اما در سه سال حکومت وحدت ملی این رقم به ۴۳ درصد کاهش داده شد. در این مدت، حدود ۱۰۰ تن به برنامه‌های آموزشی داخل خدمت در مقاطع لیسانس و ماستری معرفی شدند. در کنار این، ۴۶۲ تن از دانش‌آموختگان مسلکی در بست‌های کمبود پس از رقابت آزاد استخدام شدند. بیش از سه هزار و پنج‌صد تن از کارکنان وزارت به گونه‌ی نوبتی به آموزش‌های کوتاه‌مدت در داخل و خارج از کشور معرفی شدند. این‌ها، نمونه‌های بزرگی از تعهد وزارت عدلیه در راستای مسلکی‌سازی کارکنان این اداره است.

در سه سال گذشته، نمایندگی سیاسی سازمان ملل متحد در افغانستان (یوناما) برای نخستین بار پس از نظارت همه‌جانبه بر وضعیت اطفال متخلف از قانون، از کارکردهای وزارت عدلیه ابراز رضایت کرد؛ در این مدت، بیشتر از ۱۰ هزار طفل متخلف از قانون در مراکز اصلاح، مورد اصلاح و تربیت مجدد قرار گرفتند و برای نخستین بار ۱۱ روان‌شناس به منظور ارایه‌ی خدمات روان‌درمانی به این اطفال استخدام شدند. رسانه‌های داخلی و خارجی بیشتر در این دوره اجازه یافتند تا مرکز اصلاح کابل و وضعیت اطفال متخلف از قانون را به تصویر بکشند.

در سه سال گذشته، طرح بهبود وضعیت اداره‌های حقوق و قضایای دولت تهیه و به تطبیق گذاشته شد؛ کار حجم زیادی از دوسیه‌های حقوقی‌ای که از گذشته‌های دور تا کنون به‌جا مانده بود، آغاز شد، به ده‌ها هزار عرایض و دوسیه‌های حقوقی شهروندان رسیدگی صورت گرفت؛ برای نخستین بار مرکز مشوره‌دهی حقوقی تلفونی ایجاد و فعال شد، از غصب هزاران جریب زمین و میلیون‌ها افغانی و میلیون‌ها دالر جلوگیری شد؛ به عنوان نمونه پس از تطبیق حکم مقام ریاست جمهوری مبنی بر استرداد زمین‌های دولتی، از غصب بیش از ۳۸ هزار جریب زمین در بلخ، جلوگیری و سیستم ثبت عرایض حقوقی (CMS) به گونه‌ای الکترونیکی در سراسر کشور گسترش داده شد. سهولت شرایط قوانین در ثبت احزاب، نهادهای اجتماعی، رهنمای معاملات و نبود قاطعیت و حوصله‌ی نظارت از فعالیت‌های‌شان سبب شده بود تا این نهادها افزایش شگفتی‌انگیزی داشته و سطح کارایی و شفافیت‌شان قناعت‌بخش نباشد، اما وزارت عدلیه با اتخاذ یک‌سری روی‌کردهای اصلاحی و قانونی، زمینه‌های موثریت این نهادها را افزایش داد.

این در حالی است که پیش از این، وزارت عدلیه در یک وضعیت نه‌چندان مناسب بود، سطح تدقیق و طی مراحل اسناد تقنینی در یک سال، از ۳۰ تا ۵۰ سند بود، در حالی است که در دوره‌ی حکومت وحدت ملی از ۷۰ تا ۱۰۰ سند در سال تدقیق و نهایی شد. سهولت‌های تعلیمی و معیشتی برای اطفال متخلف از قانون قناعت‌بخش نبود، ظرفیت تشکیلاتی اداره‌های حقوق و قضایای دولت پایین بود، حجم دوسیه‌های به‌جا مانده از پیش بیشتر بود، روند ارایه‌ی خدمات و آگاهی‌های حقوقی قناعت‌بخش نبود، با درک این مشکل در این مدت، مرکز خدمات حقوقی تلفونی فعال شد؛ مرکزی که روزانه به ده‌ها تن مشوره رایگان حقوقی می‌دهد.

باور ما این است که مردم حق دارند تا درباره‌ی مسوولیت و صلاحیت‌های وزارت عدلیه بدانند و مبتنی بر آن، فعالیت‌های وزارت عدلیه را با درک امکانات و شرایط موجود، به محاسبه بگیرند.

هرچند تمرکز اصلی ما در این نوشته، بررسی کارکردهای این وزارت در عرصه‌ی قانون‌گذاری بود، اما با توجه به اطلاعات موجود، رسیدگی به مسوولیت‌های دیگر این وزارت نیز تا جایی توضیح داده شد. باید مردم احساس کنند که وزارت عدلیه با توجه به محدوده‌ی کاری‌اش، با آوردن اصلاحات در قوانین، عدالت را تأمین می‌کند. وزارت عدلیه به منظور جلب هرچه بیشتر و بهتر اعتماد مردم و دسترسی همگان به عدالت، ظرفیت‌ها، امکانات و سیستم‌های خود را بازنگری و اصلاح کرده است و به اصلاحات ادامه می‌دهد.

وزارت عدلیه با تمام توان متعهد به تأمین عدالت و مبارزه با فساد است. این وزارت در چند عرصه اهداف راهبردی خویش را با شاخص‌های واضح و عملی تعقیب می‌کند؛ اصلاحات تقنینی و ساختاری، ارایه‌ی خدمات بهتر حقوقی، مبارزه با فساد اداری، شفافیت و پاسخ‌گویی، بلند بردن توانایی‌های اداری، تخنیک‌ی و تجربی کارکنان از اهداف راهبردی و مورد تعقیب وزارت عدلیه در چند سال آینده خواهد بود.

وزارت عدلیه سعی می‌کند تا با انجام مسوولیت‌های خویش اداره‌ی مسوول، پاسخ‌گو و قابل اعتماد باشد.