

حکم قتل عمد اضطراری با رویکردی بر حالت تزام در فقه و حقوق ایران

دکتر امیررضا محمودی

استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان، گیلان، ایران

amirreza.mahmodi@gmail.com

سیده مهشید میری بالاچوری

کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان، گیلان، ایران

mahshid.miri.id@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۰۸.۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۲.۲۰

چکیده

یکی از قواعد فقهی که هم در امور مدنی و هم در امور کیفری کاربرد فراوانی دارد، قاعده اضطرار می‌باشد، به طوری که اعمال این قاعده موجب انطباق احکام شرعی با اوضاع و احوال شده و مسیر اجرای عدالت هموار می‌گردد. به موجب احکام قرآن و سنت (حدیث رفع) و عقل، در فقه اسلام اضطرار مانعی برای مسئولیت کیفری است و در رابطه با جرایم بر علیه اشخاص دارای اهمیت زیادی می‌باشد. اما در مورد تعرضات نسبت به جان بویژه قتل این قاعده محل بحث اندکی بوده است. از آنجایی که در رابطه با اضطرار در قتل قوانین جزایی ایران دارای اجمال می‌باشد و در رابطه با موضوع با حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی به فتاوی و منابع معتبر فقهی مراجعه می‌شود، لذا ناگزیر از مطالعه فقهی موضوع می‌باشیم، هر چند که موضوع در فقه نیز صرفاً در لابلای مباحث فقهی فقها به صورت پراکنده مورد بحث و تدقیق قرار گرفته است و غالب مباحث هم این است که اضطرار مجوزی برای قتل عمدی ن می‌باشد و دلیل این امر نیز وجود قاعده فقهی لاتقیه فی الدماء می‌باشد. اما با این وجود نیز استثنایی بر این حکم وارد شده است که هر کدام نیازمند شرایط عمومی می‌باشد.

واژگان کلیدی: قتل، قتل عمد، قتل عمد اضطراری، حالت التزام.

مقدمه

در سیستم حقوقی اسلامی که بر پایه وحی استوار است، قوانین و احکام در راستای رشد و تکامل افراد و اجتماع تنظیم شده اند به طوری که متناسب با زمان و شرایط مکانی موجبات استقرار عدالت را در اجتماع فراهم می آورند. قاعده اضطرار یکی از قواعد مهم و ریشه دار نظام حقوقی شرع اسلام است. قاعده مزبور یکی از قواعد مهم امضایی می باشد که شرع مقدس اسلام آن را در جهت برقراری انصاف و انسانیت امضا نموده و به موجب آن به حمایت از شخص مضطر در لابلای قوانین عادی پرداخته است. قاعده اضطرار عناوین ثانویه و رفع کننده احکام اولیه می باشد. به عبارتی دیگر هر زمان که مضطر ناچار به ارتکاب فعل حرام و یا ترک فعل واجبی گردد به موجب قاعده اضطرار فعل حرام مزبور و ترک واجب بر وی جایز شده و تبدیل به واجب می شود. همچنین فرد مضطر با ارتکاب فعل اضطراری در ضمن اینکه از مجازات های کیفری مصون می باشد از مجازات های اخروی نیز مصون می باشد و صرفا مسئولیت مدنی بر ذمه شخص مضطر باقی می ماند و قوانین عادی نیز در همین راستا می باشد.

با توضیحات فوق مشخص است که قاعده اضطرار در زندگی و سرنوشت نوع بشر تا چه حد موثر بوده و لذا مطالعه آن در قالب های اختصاصی ضرورت دارد.

۱- قتل عمد

از بعد لغوی قتل در معنای کشتن و خارج کردن روح از بدن می باشد، حال اگر خارج کردن روح از بدن بواسطه عمل دیگری باشد، قتل واقع شده است و اگر خارج شدن روح از بدن بدون سبب و بخودی خود باشد موت اتفاق می افتد. (معین، ۱۳۷۸، ۲۳۶) ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بدون ارائه تعریفی از قتل مقرر کرده بود که: "مجازات مرتکب قتل عمد اعدام است مگر در مواردی که قانونا استثنا شده باشد". این قانون همچنین در موارد ۲۰۵ و ۲۰۶ به بیان مجازات ها و جهاتی که عمل را تبدیل به قتل عمد می کند بحث کرده است.

قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ نیز تعریفی از قتل عمد ارائه نداده است و فقط در ماده ۲۹۰ صرفا در بیان موارد جنایات عمدی مستوجب قصاص بوده است. همچنین این قانون در ماده ۲۹۶ بیان داشته است که: "اگر کسی عمدا جنایتی را بر عضو فردی وارد سازد و او به سبب سرایت جنایت فوت کند، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، قتل عمدی محسوب

می‌شود، در غیر این صورت، قتل شبه عمدی است و مرتکب علاوه بر قصاص عضو به پرداخت دیه نفس نیز محکوم می‌شود".

با توجه به عرف حقوقدانان و فقها می‌توان قتل عمد را به این صورت تعریف کرد: قتل عمدی عبارت است از سلب عمدی حیات از دیگری بر خلاف قانون. (آقایی نیا، ۱۳۸۴، ۱۸-۱۹)

۲- اضطرار

اضطرار مصدر باب افتعال و به معنای محتاج بودن، ناچار بودن و مجبور شدن است. فقها و اصولین تعاریف متعددی از اضطرار ارائه کرده‌اند و اکثراً در این مورد که اضطرار چیزی است که تحمل آن ممکن نباشد مشترکند. در تعریفی کلی بیان شده است که اضطرار وضعیتی است که در آن تهدیدی خارجی موجود نیست، ولی شرایط جهت انجام عملی به نوعی است که شخص با وجود عدم رضایت بدان، با توجه به اوضاع احوال، آن کار را بر خلاف میل باطنی انجام می‌دهد. (حکیم، بی تا، ۱۹۱) پس اضطرار آن است که انسان از جانب دیگری مورد تهدید قرار نمی‌گیرد، بلکه این خود شخص است که انتخاب می‌نماید، به طوری که چنین انتخابی به واسطه شرایط سختی باشد که واقع شده است، به عنوان نمونه، کسی که در بیابان در وضعیتی است که جز مردار غذایی برای رفع گرسنگی و زنده ماندن ندارد. بنابراین در این شرایط تکلیف حرمت استعمال مردار ساقط می‌باشد.

شهید اول در لمعه می‌فرماید: به هنگام ضرورت و ناچاری خوردن محرّمات (مردار، شراب و...) جایز است همچنین به هنگام ترسیدن از تلف شدن و بیماری و... (شهید اول، بی تا، ۱۸۹-۲۲۱)

از منظر حقوقدانان نیز اضطرار به اشکال مختلفی تعریف شده است. به عنوان نمونه گفته شده است که حالت اضطرار عبارت است از ایجاد وضعیتی است که نگهداری حق و یا مالی ملازمه با آسیب رساندن به مال غیر و به تبع اولی ارتکاب جرم دارد. (علی آبادی، ۱۳۵۳، ۲۱۵) همچنین در باب اضطرار گفته شده است که: وقتی شخصی در خطر شدید قرار گیرد که او را شخصاً تهدید کند، ممکن است به حکم ضرورت عمداً مرتکب عمل مجرمانه‌ای شود که یا خود از این خطر رهایی یابد و یا دیگری را از آن نجات دهد. (نوربها، ۱۳۹۰، ۳۱۰)

همچنین در تعریفی دقیق‌تر بیان شده است که: اضطرار حالت شخصی هست که خطر شدیدی جان یا مال او یا دیگری را تهدید می‌کند و برای رفع خطر ناگزیر است که عمداً دست به کاری

بزند که در شرایط عادی جرم یا گناه است . (ولیدی، ۱۳۷۳، ۲۶۳) در تعریفی دیگر گفته شده اضطراب وضعیت کسی است که می‌داند ناگزیر از اختیار میان دو امر است، که یکی از آن دو ارتکاب جرم می‌باشد. (بهری، بی تا، ۲۶۳) همچنین در باب اضطراب گفته شده است که اضطراب واقع شدن شخص تحت شرایط و موقعیت تهدیدآمیز است که رهایی از آن مستلزم ارتکاب جرمی است. در حالت کلی عوامل تهدید طبیعی هستند و عوامل انسانی را شامل فنی گردد. بنابراین با چنین شرایطی اضطراب از اکراه متفاوت می باشد، چرا که در اکراه منشا تهدید عامل انسانی می‌باشد. با تعریف‌های متعددی که از اضطراب وجود دارد، بایس تی اشاره شود که اضطراب نه بر شرایط و موقعیت تهدید آمیز قابل اطلاق است و نه بر صرف وجود شخص در آن شرایط و موقعیت، بلکه اضطراب صفتی است که در اثر قرار گرفتن شخص در آن شرایط بر او عارض می‌گردد. به بیانی دیگر اضطراب فشاری است که شخص در جهت رهایی از آن لاجرم ع ملی را انجام می‌دهد بی آنکه شخص دیگری او را به این عمل مجبور سازد . در این حالت مضطر در اختیار بین دو امر حادث مجبور به انتخاب یکی از آن دو است که جرم می‌باشد، چرا که با اینکه شخص به میل و اراده دست به انجام کاری می‌زند ولی به علت فشاری که از درون بر فرد وارد می‌شود بر سر دوراهی قرار می‌گیرد و یا بایستی مقاومت کرده و از جان گذشتگی به خرج دهد و یا برای فرار از فشار فعل مجرمانه را انجام دهد.

قانونگذار ایران در باب اضطراب در ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی مقرر کرده است: "هر کس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود قابل مجازات نیست، مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب برای دفع آن ضرورت داشقباشد."

۳- قتل عمد اضطرابی در حالت تزاحم

قتل عمد ممکن است به صورت فعل یا ترک فعل تحقق یابد . ترک فعل زمانی است که شخص فعلی را که برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است را ترک کند و به سبب آن جنایتی واقع شود . مثل زمانی که مامور نجات غریق فرد در حال غرق شدن را عمداً نجات ندهد.

در قتل با ترک فعل مواردی وجود دارد که اضطراب مجوز ارتکاب قتل است و این جواز صرفاً زمانی وجود دارد که قتل با ترک فعل صورت بگیرد . از جمله این موارد ارتکاب قتل به هنگام

وقوع وظایف متزاحم است. مثلاً اگر دو نفر در حال غرق شدن باشند و نجات غریق نتواند هر دو شخص را نجات دهد، یک نفر را نجات می‌دهد و با فوت نفر دیگر در واقع وی با ترک فعل در نجات مرتکب قتل عمد شده است اما چون اضطرار در تزاحم مجوز قتل است پس بنابراین مجازات نفی شود. این رافعیّت مسئولیت در اضطرار فقط با ترک فعل تحقق می‌یابد و با انجام فعل مسئولیت همچنان باقی است. مثلاً اگر یک پزشک بخواهد دوقلو به هم چسبیده را نجات دهد نباید جان یکی را بگیرد تا دیگری نجات یابد اما چنانچه در همین وضعیت اقدام می‌نکند در حالی که وظیفه اقدام داشته باشد تا یکی فوت کند مستوجب عقوبت نیست که البته این نظر فقهای است که ارتکاب قتل در اضطرار را در حالت کلی نپذیرفته‌اند. اما فقهای همچون امام خمینی در این مورد قرعه را جاری می‌داند. (کلانتری، جلیل زاده، ۱۳۹۲، ۱۵۸) در حالت تزاحم هنگامی‌تخیر جاری می‌باشد که دو وظیفه با هم برابر باشند اما اگر جان یکی اهم و جان دیگری مهم باشد باید نسبت به حفظ جان اهم اقدام نماید و در این شرایط نسبت به جان شخص غیرمهم مسئولیت نخواهد داشت. پس در مواردی مثل سقط جنین پس از دمیده شدن روح یا در جایی که حیاط فرد محتمل البقاء باشد، حیات مادر و فرد مقطوع الحیات از استقلال بیشتری دارد و عقل هم بین حفظ زندگی موجود مستقل و موجود غیر مستقل حفظ زندگی موجود مستقل را مقدم می‌شمارد. اگرچه نجات مضطر و قتل دیگری هر دو دارای قبح اخلاقی هستند ولی در شرایطی که فقط می‌توان یک نفر را نجات داد به حکم عقل آن شخص که ضرر کمتری دارد انتخاب می‌شود. این سوال مطرح می‌شود که آیه قرآن که می‌فرماید: "لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"^۱؛ "نکشید نفسی را که خداوند قتل آن را حرام کرده است مگر به حق" و یا آیه دیگری که می‌فرماید: "مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءُ لَهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعْنَهُ وَاعْدَ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا"^۲؛ "هر کس انسان مؤمنی را از روی عمد بکشد جزای او دوزخ است و همیشه آنجا خواهد بود و خشم و لعنت خدا بر او باد و خداوند برای وی عذابی بزرگ فراهم کرده است" چه باید گفت؟ آیا جان شخص غیر مضطر محترم نیست؟ آیا مشمول آیه‌های یاد شده قرار نفی گیرد؟

ممکن است گفته شود هر دو آیه به موردی اشاره می‌کند که کسی در ابتدا بدون وجود شرایط تعارض و از سر کینه و انگیزه‌های غیر انسانی دیگری را به قتل برساند به خصوص در آیه دوم که وعده‌های عذاب سنگینی داده شده است. به عبارت دیگر می‌توان گفت که آیه ذکر شده شامل

^۱ اسراء آیه ۳۳^۲ نساء آیه ۹۳

موردی نمی‌شود که تعارض میان حفظ جان دو نفر در میان باشد و مرگ یکی در پیش خواهد بود و هیچ گونه انگیزه جنایت کارانه هم وجود ندارد که در چنین شرایطی عقل سلیم حکم می‌کند به رغم بد دانستن قتل یکی، اراده بشری دخالت کند و حداقل جان یکی از آنها که ضرر کمتری را در پی دارد نجات دهد.

۱-۳- انتخاب بین یکی از دو نفر

دو حالت در انتخاب برای حفظ جان یکی از دو نفر وجود دارد. در حالت اول جان خود مرتکب در خطر است و در صورت عدم ارتکاب قتل فرد دیگر توسط مضطر، مرگ خود مضطر قطعی می‌باشد؛ اما در حالت دوم جان هر دو نفر در خطر است و عدم اقدام به قتل یکی از سوی دیگری مرگ هر دو شخص حاصل می‌شود.

۱-۳-۱- حالت اول

با توجه به ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی هرگونه اظهار نظر مبنی بر غیر قابل پذیرش بودن دفاع اضطرار در قتل عمدی ناصحیح می‌باشد؛ چون این ماده به طور واضح بر قابلیت استماع این دفاع در محاکم دلالت می‌کند، اما در فقه طبق حدیث رفع، مسئولیت از شخص مضطر برداشته شده است اما اکثر فقها با بیان اینکه "همانا تقیه برای جلوگیری از خونریزی تشریع شده است پس اگر تقیه به خونریزی منجر شود جایز نیست" و یا اینکه "هر امر ضرورت می‌شناسد، مگر موارد مربوط به جان انسان‌ها" اضطرار در قتل را به دلیل نقض غرض شارع و اینکه خلاف قاعده امتنان است نپذیرفته‌اند. از یک طرف بنظر می‌رسد که بخاطر مساوی بودن ارزش جان انسان‌ها جواز ارتکاب چنین قتلی را نتوان پذیرفت، چون طبق این اصل جان هیچ کس بر جان دیگری رجحان ندارد و هرگونه تعرض به حیات دیگران در چنین موقعیتی قابل مجازات است، از طرف دیگر چون حکم خاصی در این خصوص از سوی مقنن تعیین نشده است پس می‌توان گفت که به عقیده‌ی قانونگذار اسلامی ایران وقتی دفاع «اکراه در قتل» پذیرفته نیست به تبع آن دفاع "اضطرار در قتل" نیز قابل پذیرش نخواهد بود، زیرا چه اکراه را اشد از اضطرار بدانیم و چه مساوی با آن امکان فراتر رفتن حکم مضطر از حکم تعیین شده برای مکره وجود ندارد. بنابراین قاتل مضطر باید مثل قاتل مکره به قصاص محکوم شود. (صادقی، ۱۳۸۲، ۱۳۱)

استدلال دیگر این است، شخص مضطر، جرمی که ناچار است انجام دهد اگر کمتر از قتل باشد اجازه ندارد مرتکب قتل شود و حتی اگر آن جرم، جرم قتل هم باشد شخص ن می‌تواند برای

نجات جان خود مرتکب قتل شخص بی گناه دیگری شود. بنابراین همانگونه که شهید ثانی در مسالک گفته است اگر دو نفر در شرایط سختی قرار بگیرند اقدام یکی به قتل دیگری به منظور سد جوع و رفع گرسنگی با استفاده از گوشت وی بلاوجه و نامشروع بوده، جانی محکوم قصاص می‌شود. به همین ترتیب اگر دوران امر بین کشته شدن دو نفر باشد، هیچکدام بر دیگری ترجیح ندارد و نفی تواند اقدام به قتل دیگری کند و عمل اضطراری باید به منظور دفع خطر شدیدتر باشد نه خطر برابر. بنابراین مجوزی برای ارتکاب قتل نیست.

برای استدلال مخالف می‌توان استناد نمود به اطلاق مواد مربوط به اضطرار با توجه به نوع جرم ارتكابی در قانون ایران و همینطور اشاره نکردن قانونگذار به حکم قتل اضطرار ی در کتاب قصاص قانون مجازات اسلام و وجود نداشتن حکمی خاص و متفاوت از حکم عام مندرج در ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلام به معنای این است که قانونگذار حکم قتل اضطراری را تابع عمومات می‌داند. چون اگر شخصی که مرتکب قتل عمد اضطراری شده دارای مجازات یکسان با مجازات مجرمی که دارای اراده و قصد مجرمانه است باشد با عدالت و انصاف همخوانی ندارد و چون شخص مضطر در ارتکاب جرمش رضایت ندارد عمل او از دید جامعه دارای قبح کمتری می‌باشد. در واقع در اینجا جواز اخلاقی قتل دیگری برای نجات خود مطرح نیست بلکه موضوع بر سر این می‌باشد که چنین قاتلی نباید مثل یک قاتل عادی مجازات گردد، همانگونه که اگر شخص مجنون، صغیر یا مجنون مرتکب قتل شوند جامعه مجازات کردن آنها را منصفانه نمی‌داند. (شاکری، علیپور، ۱۳۹۱، ۱۰۹) به همین دلیل برخی پیشنهاد داده اند بجای عامل رافعیت مجازات دانستن اضطرار و اکراه آنها را به عنوان جهات مخففه مدنظر قرار داد تا اینگونه با مدنظر قرار دادن تمام عوامل دخیل در موضوع میزان مجازات مرتکب را بتوان تعیین نمود و از این طریق از اجرای یک مجازات ثابت مثل قصاص در صورت نبودن یکی از شرایط تحقق اضطرار بتوان جلوگیری کرد تا با عدالت و انصاف همخوانی بیشتری داشته باشد. (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۳، ۷۶)

۲-۱-۳- حالت دوم

این حالت را با یک مثال مطرح می‌کنیم. دو دریانورد در دریا گرفتار شدند و به یک تکه چوب که فقط می‌تواند وزن یک شخص را تحمل کند چنگ انداخته اند. یکی از آنها برای حفظ جان خودش، دیگری را هل می‌دهد و باعث می‌شود آن شخص غرق شود. در چنین شرایطی عدم ارتکاب قتل توسط یکی از دو نفر باعث مرگ هر دوی آنها می‌شد. در اینجا نمی‌توان به دلایل ذکر شده در فوق مبنی بر قابل پذیرش نبودن دفاع اضطرار استناد کرد. در چنین شرایطی شاید

منطقی بنظر برسد که یک شخص با کنار زدن شخص دیگر، تکه چوب را تصاحب نماید. عقل هم حفظ جان یک نفر را بر مرگ هر دو نفر ترجیح می‌دهد. بنابراین در بسیاری از موارد اضطرار مانند مثال گفته شده، اگر مرتکب اقدام به قتل دیگری نکند هر دو جان خود را از دست می‌دهند بنابراین کلیت حکم ممنوعیت قتل غیر برای نجات جان خود در شرایط اضطراری مورد تردید است. (شمس ناتری، عبدالله یار، ۱۳۹۰، ۷۱)

۲-۳- انتخاب بین دو نفر از سوی ثالث

در این حالت، مرتکب برای انتخاب بین نجات دادن جان دو نفر که یک موقعیت اضطراری، جان هر دو نفر را به خطر انداخته است مردد است و البته خطری متوجه جان خود او نیست. در این حالت، اضطراری دانستن فعل ارتكابی از سوی مرتکب به دلیل این است که قانونگذار در ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی از قید "نفس یا مال خود یا دیگری" استفاده کرده است. پس علاوه بر زمانی که خطر متوجه جان یا مال خود شخص است زمانی هم که خطر متوجه غیر باشد هم مرتکب به دلیل وجود داشتن شرایط اضطراری مجاز به اقدام می‌باشد. مثلاً دو کوهنورد پس از لغزش توسط یک طناب که فقط می‌تواند یک نفر را تحمل کند بین زمین و هوا معلق هستند. شخص ثالثی که شاهد این موقعیت است می‌تواند جانی یکی از این دو نفر را نجات دهد بدین شکل که با شلیک کردن به یکی از آنها با مرگ و سقوط او، کوهنورد دیگر بتواند از طناب برای نجات جان خود استفاده کند. بنابراین اگر شخصی برای نجات دادن جان یکی از دو نفر مرتکب قتل دیگری گردد با توجه به این که با اقدام نکردن او هر دو نفر جان خود را از دست می‌دهند، با استناد به قاعده احسان و با توجه به اینکه مرتکب بدون هیچ گونه انگیزه شروانه ای در راه منافع جامعه قدم برداشته است، پس نمی‌توان وی را مجازات کرد. (محمدی، ۱۳۸۰، ۳۴۵)

۴- ملاک‌های تقدیم اهم بر مهم

اهم و مهم در اصطلاح به معنی تقدم حکم مهم‌تر در جایی است که بین دو حکم مهم و مهم‌تر در مقام عمل تراحم وجود دارد؛ بنابراین هرگاه بین دو عمل تراحم باشد، در مقام رفع تراحم، چنانچه یکی اهمیت بیشتری داشته باشد مقدم است و باید به اهم عمل شود. (جمعی از محققان، ۱۳۸۹، ۶۱۳) مثلاً زمانی که دو نفر در حال غرق شدن باشند و فقط امکان نجات دادن یک نفر وجود داشته باشد، چنانچه یکی از آن‌ها دانشمند (اهم) و دیگری یک فرد معمولی (مهم) باشد باید فرد

دانشمن را نجات داد. مرحوم مظفر در اصول فقه ده معیار برای تشخیص اهم و مهم بیان کرده است: هرگاه یک طرف تراحم، اساس اسلام باشد که در خطر است، آن مقدم می‌شود.

حقوق الناس بر تکالیف مشخصه مقدم است. آنچه مربوط به نفس و ناموس است، بر غیر آن مقدم است. آنچه در عبادت رکن است، در صورت تراحم بر غیر رکن مقدم است. دروغ مصلحت دار، بر راست فتنه انگیز مقدم است. واجبی که بدلی ندارد، بر آنچه بدلی دارد مقدم است. واجب مضیق بر واجب مؤسّع مقدم است. واجبی که وقت مخصوص دارد، بر آنچه چنین نیست، مقدم است. واجبی که مشروط به قدرت شرعی است، مؤخر از واجبی است که چنین نیست. واجبی که به حسب زمان بر دیگری تقدم دارد. (مظفر، ۱۳۸۴، ۱۲۷-۱۲۵)

همچنین در خصوص چگونگی تشخیص جان شخص اهم از مهم، فقها، افضل بودن، مقطوع الحیات بودن و مساله حفظ جان‌های بیشتر را بیان نموده اند.

۵- افضل بودن

اگر جان شخصی افضل باشد می‌تواند در شرایط اضطراری جان فرد دیگر را برای زنده ماندن خود بگیرد. این افضل بودن جان مضطر به چند شکل می‌باشد. یا به دلیل مقطوع الحیات بودن و یا به دلیل تعداد افراد مضطر نسبت به اشخاصی که باید فدا شوند و یا حفظ منفعت و دفع مفسده بیشتر است.

۱-۵- مقطوع الحیات بودن

در شرایطی که جان یکی از دونفر با اقدام به نجات مقطوع باشد و جان شخص دیگر محتمل باشد در این صورت جان شخص مقطوع الحیات اهم خواهد بود. در مثال غرق شدن دو نفر، اگر غریق نجات با یکی از دو نفر در حال غرق شدن فاصله کمتری داشته باشد و با شخص دیگر فاصله بسیار بیشتری داشته باشد باید جان انسان نزدیک تر را نجات دهد. چون با اقدام به نجات فرد نزدیک‌تر وی حتماً زنده خواهد ماند ولی با اقدام به نجات فرد دورتر وی احتمال دارد که زنده بماند. به عبارت دیگر می‌توان گفت فردی که درصد نجات بیشتری دارد نجاتش اف ضل است. (کلاتری، جلیل زاده، ۱۳۹۲، ۱۵۹)

۲-۵- حفظ جان‌های بیشتر (بیشتر بودن انسان‌ها)

اگر در یک سمت عده بیشتر و در سمت دیگر عده کمتری در معرض خطر باشند، شخص موظف است نسبت به حفظ جان عده بیشتر اقدام کند. در چنین شرایطی که مرتکب مهم را فدای اهم کرده است در صورت وجود سایر شرایط لازم، صحیح آن است که وی را قابل کیفر ندانیم. همانطور که برخی از فقها نیز بیان کرده اند مضطر می تواند برای جلوگیری از تلف دو نفس یا بیشتر اقدام به جنایت بر یک تن نماید. این اقدام در نزد عقلا مرجح خواهد بود. عقلا حکم وجوب نجات عده بیشتر در برابر حرمت قتل عده کمتر را ترجیح می دهند. (آصفی، ۱۳۸۱، ۳۷) برای مثال زمانی که شخصی در حال رانندگی است و موقعیتی پیش می آید که وی به انسان ها برخورد می کند و امکان توقف هم ندارد و چاره ای جز هدایت ماشین به سمت افراد بیشتر یا افراد کمتر ندارد، در چنین شرایطی شخص باید قتل افراد کمتر را انتخاب کند. فردی که مهم را فدای اهم کرده است در واقع طبق انتظارات شرع و قانون عمل کرده و مجازاتی نخواهد داشت.

۶- شرایط عمومی ارتکاب قتل در حالت اضطراری

برای ارتکاب قتل در شرایط اضطراری شرایط عمو می لازم می باشد که رعایت آنها لازم است و اگر این شرایط رعایت نشود ارتکاب قتل مجوزی نخواهد داشت. یکی از این شرایط یقین و ظن به هلاکت مضطر و دیگری باغی و عادی نبودن مضطر می باشد.

۱-۶- یقین و ظن به هلاکت مضطر

در شرایط اضطرار اجازه قتل در صورتی می باشد که حفظ جان انسان از هلاکت یقی نی یا از هلاکت ظنی و احتمالی باشد. پس صرف وجود ترس از هلاکت مجوزی برای قتل عمد نخواهد بود و باید این آگاهی از هلاکت به درجه ظن و یقین برسد. (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴، ۲۷۸) مثلاً سقط جنین از موارد جواز قتل در شرایط اضطراری می باشد، اما فقط در صورتی این اجازه وجود دارد که به طور قطع و یقین و یا حداقل به طور ظنی این آگاهی وجود داشته باشد که اگر سقط جنین انجام نشود مادر تلف خواهد شد.

۲-۶- مضطر باغی و عادی نباشد

شخص مضطر نباید «باغی» و «عادی» باشد. باغی به کسی گفته می شود که علیه امام حق خروج کرده است. بنابراین شخص باغی حتی در شرایط اضطراری اجازه ندارد مرتکب قتل شود، چون حفظ جان چنین شخصی عقلاً جایز نیست و او خود قتل اش مباح است. (زین الدین، ۱۴۱۳، ۶،

۳۷۸) منظور از «غیر عاد» این است که شخص مضطر به مقداری که نیاز او برطرف شود اجازه دارد حرامی را انجام دهد و بیشتر از حد نیاز برای او جایز نیست. (خاوری، ۱۳۸۳، ۱۰۸ و ۱۰۹) پس عادی به کسی گفته می‌شود که از حد ضرورت تجاوز کند. بنابراین اگر کسی در شرایط اضطراری قرار بگیرد فقط می‌تواند به اندازه ضرورت مرتکب قتل شود و فراتر از آن قتل عمد تلقی می‌گردد. از این مهم به «الضرورات تنقذر بقدرها» تعبیر می‌شود.

نتیجه

فقه‌ها در بحث اضطرار در قتل دو دسته می‌باشند. اکثر فقها در مبحث اضطرار ذیل باب «فی جنس المستباح» جواز ارتکاب قتل در حالت اضطراری را نداده‌اند و دلیل آنها روایت «لا تقیه فی الدماء» است. برخی فقها نیز همچون آیت الله خویی و امام خمینی اجازه قتل در حالت اضطراری را داده‌اند.

اما بصورت کلی اضطرار مجوز قتل نیست ولی به این قاعده کلی استثنائاتی وارد می‌شود که عبارت است از چنانچه یکی از دو نفر مقطوع البقاء و دیگری محتمل البقاء باشد، مقطوع البقاء برای حفظ جان خود می‌تواند اقدام به قتل محتمل البقاء کند و همچنین اجازه سقط جنین برای حفظ جان مادر. از دیگر استثنائات می‌توان اشاره کرد به اجازه قتل هنگامی که اکراه مجوز قتل باشد پس به تبع اولی اضطرار هم دارای این جواز است.

همچنین در هنگام وقوع وظایف متراحم چنانچه شخص مضطر با ترک فعل مرتکب قتل شود اضطرار مجوز قتل است و نیز در مواردی که جان مضطر از جان کسی که به قتل می‌رسد افضل باشد. البته اجازه قتل در شرایط اضطراری نیازمند رعایت شرایط عمو می‌است که از جمله آن می‌توان به قطعی بودن یا ظنی بودن فوت مضطر، عادی و باغی نبودن مضطر اشاره کرد. زمانی که مضطر برای جلوگیری از ایجاد ضرر بزرگتر اقدام به ارتکاب ضرر کوچک تر می‌کند دارای مسئولیت کیفری نمی‌باشد چون هم به حکم اضطرار ناچار به انجام آن بوده و هم به حکم شریعت عمل نموده است. طبق ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی کلیه جرایمی که در حالت اضطرار ارتکاب می‌یابد مرتکب را از مجازات معاف می‌کند، این ماده قتل عمد را از شمول آن خارج نکرده و فقط از مرتکب سلب مسئولیت می‌کند؛ بنابراین در این موارد با پرداخت دیه، بر تاثیر حالت اضطراری در از بین بردن قصاص را تصریح کرده است. پرداخت دیه در این موارد از باب مسئولیت مدنی و جبران خسارت است، چون خون مسلم نباید هدر رود.

منابع

- قرآن کریم
- ۱: منابع فارسی
- الف: کتب
- آقایی رطل حسینی، جرائم علیه اشخاص، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- باهری، محمد، تقریبات حقوق جزای عمومی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۴۱.
- جمعی از محققان، فرهنگ نامه اصول فقه، جلد دو، چاپ اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- خاوری، یعقوب، قواعد فقه جزایی، انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۸۳.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم، علی، سرچ عبدالله، حالت ضرورت و دفاع مشروع (مطالعه تطبیقی ادله، مباری و شرایع)، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۰.
- صادقی، محمدهادی، جرائم علیه اشخاص، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد یک، چاپ اول، تهران، بانک ملی ایران، ۱۳۵۳.
- محمدی، ابوالحسن، مباری استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و نهم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
- ولایتی، محمد صالح، حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران، نشر داد، ۱۳۷۳.
- ب: فرهنگ
- معینی، محمد معینی، فرهنگ فارسی معینی، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات منشاء دانش، ۱۳۸۷.
- پ: قانون
- قانون مجازات اسلامی
- ت: مقالات
- آصفی، محمد مهدی، «بهند اعضای مردگان مغزی»، مجله فقه اهل بیت، شماره سری و یکم، ۱۳۸۱.
- شاکری، ابوالحسن، علی پور، عادل، «حکم قتل عمدی ناشی از اضطرار در حقوق ایران و استرالیا»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره چهارم، سال هشتم، ۱۳۹۱.
- کلانتری، کهرم، جلالی زاده، مرتضی، «قتل عمد اضطراری در فقه شیعه»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره سری و یکم، ۱۳۹۲.
- می محمد صادقی، حسینی، «اکراه و اضطرار در اساسنامه دادگاه کیفری بی المللی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره چهل و ششم، ۱۳۸۳.
- ب: منابع عربی
- حکیم، سرچ محسن، نهج الفقاهه، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
- زی الدین، شیخ محمد امین، کلمه التقوی، جلد دوم، چاپ سوم، قم، ناشر سرچ جواد وداعی، ۱۴۱۳.
- شهید اول، اللمعه الدمشقی، جلد دو، بیوت، دار العالم الاسلامی، بی تا.
- مظفر، محمدرضا، اصول فقه، ترجمه محسن غروطنی و علی شهبازی، قم، نشر دار الفکر، ۱۳۸۴.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذنان، جلد چهاردهم، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳.



بررسی فقهی قاعده‌ی ارشاد جاهل و نقش آن در تربیت فرزند

محمد حسن گلی شیردار

استاد تمام گروه فقه و حقوق، دانشگاه امام صادق، تهران، ایران

mhgolshardar1964@gmail.com

امین سلگی

کارشناسی ارشد فقه و حقوق، دانشگاه امام صادق، تهران، ایران

amirghaedi64@gmail.com

۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۰۵.۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹.۱۲.۲۵

چکیده

قاعده ارشاد جاهل یکی از قواعد عام فقهی است که در فقه کاربرد دارد. براساس این قاعده، ارشاد کسانی که در اصول دین و احکام شریعت جاهل هستند، بر عالمان واجب است. برای اثبات وجوب ارشاد جاهل، ادله دینی و عقلی متعددی وجود دارد که فقهاء به آن استناد کرده‌اند. ارشاد جاهل به دو قسم تقسیم می‌شود: ارشاد در احکام و ارشاد در موضوعات. سوال اصلی این پژوهش آن است که قلمرو قاعده ارشاد کجاست و این قاعده در حوزه احکام و موضوعات، چه تکلیفی برای عالمان، نسبت به جاهلان ایجاد می‌کند و چه نقشی در حکم تربیت فرزندان دارد؟ روش تحقیق این پژوهش براساس نحوه اجرا، توصیفی-تحلیلی می‌باشد و براساس روش گردآوری اطلاعات، از طریق مراجعه به کتب فقهاء و بررسی آیات و روایات صورت گرفته است. ارشاد جاهل در احکام واجب است اما در وجوب ارشاد در موضوعات نمی‌توان حکم کلی به وجوب کرد مگر موضوعاتی که در خط ابات شرعی توجه ویژه ای به آن‌ها شده است. امور مهمی مانند جان، آبرو و اموال خطیر که خداوند نسبت به آن‌ها اهتمام ورزیده است. یکی از کاربردهای مهم قاعده ارشاد جاهل، در موضوع خانواده و تربیت فرزندان می‌باشد که براساس آن ارشاد فرزندان پس از بلوغ برعهده والدین واجب می‌باشد. اما استفاده از این قاعده قبل از بلوغ، محل تردید است و صرفاً نسبت به احکام و موضوعاتی که برای تأدیب و هدایت فرزندان لازم است، می‌توان حکم وجوب را محقق دانست. همچنین شمولیت قاعده فقط ناظر به والدین نیست بلکه بقیه نهادهای جامعه نسبت به تعلیم کودکان وظیفه دارند. تعلیم بعضی احکام و موضوعاتی که برای تأدیب و هدایت فرزندان در سن قبل از بلوغ لازم است، مورد توجه خداوند قرار گرفته است و با توجه به ادله فقهی، وجوب ارشاد آن‌ها فهمیده می‌گردد.

واژگان کلیدی: قاعده ارشاد، تربیت، فرزند، جاهل، فقه و حقوق.

مقدمه

اصلی‌ترین منبع استنباط احکام شرعی قرآن و سنت می باشد. قواعد فقهی به عنوان ضوابط و اصول استنباط احکام، از قرآن و سنت به طور مستقیم (قواعد مأثوره) و یا به صورت غیر مستقیم و با جمع بین ادله متعدد (قواعد اصطیادی) اخذ شده‌اند. قواعد فقهی همواره در استنباط احکام شرعی به عنوان قواعد عام فوقانی مورد توجه فقهاء بوده‌اند. برخی از این قواعد اختصاص به ابواب خاصی دارند و در همه ی ابواب کاربرد ندارد و برخی قواعد نیز عام هستند و در همه ی ابواب فقهی جریان پیدا می کنند. علمای اهل تسنن به خاطر عدم ارتباط با مع صوم پس از پیامبر، اولین اثر در علم قواعد فقه را در قرن چهارم قمری تالیف کردند و شهید اول در بین علمای شیعه نخست کتاب «القوائد والفوائد» را به تحریر درآورد. برخی از قواعد فقهی در طول تاریخ در آثار فقهاء بررسی نشده است و یا امروزه با توجه به توسعه مسائل و م موضوعات فقهی، ابعاد برخی از قواعد فقهی به صورت کامل منقح نشده است.

ارشاد جاهل یکی از قواعد فقهی اصطیادی است که در طول تاریخ فقهاء توجه کم تری به این قاعده نموده‌اند و همین امر باعث شده است ابعاد این قاعده به خوبی منقح نگردد. لذا با توجه به شمولیت قاعده ارشاد و جریان آن در عموم ابواب فقهی باید محل توجه قرار گرفته و ضمن بررسی ادله آن، قلمرو و کاربرد این قاعده در فقه تبیین گردد. اهمیت این قاعده زمانی مضاعف می شود که بدانیم امروزه به اقتضای زمان، در حوزه مسائل سیاسی، فرهنگی و تربیتی موضوعاتی به وجود آمده است که قاعده ارشاد جاهل می تواند در جهت پاسخگویی به آن ها راهگشا بوده و نگاهی نو در استفاده از قواعد فقهی در مسیر استنباط احکام در مسائل مستحدثه ایجاد کند. با بررسی نصوص مربوط به قاعده ارشاد پی می بریم که نه تنها نگاه اسلام به این قاعده صرفاً از زاویه احکام فردی نبوده است بلکه از منظر اجتماعی و کلان به این قاعده توجه نموده است. یکی از مهم ترین مسائلی که امروزه با آن مواجه هستیم مسأله تربیت فرزند و نقش چهار نهاد تربیتی حکومت، خانواده، علماء و جامعه است که تبیین حکم ارشاد جاهل نسبت به آن ها تحول جدی در حوزه فقه روابط اجتماعی مسلمین ایجاد می کند.

مفهوم ارشاد

رشد در لغت به معنای هدایت یافتن و ارشاد به معنای هدایت کردن است (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۳: ص ۵۰). برخی نیز آن را نقیض غیّ معنا کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳: ص ۱۷۵) همچنین

تعدادی از لغویون رشد را هدایت در امور دنیوی و اخروی دانسته اند (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۴۵۳). محمود عبدالرحمان به نقل از موسوعه الفقهیه معنای اصطلاحی ارشاد را اینگونه ذکر کرده است: فقهاء ارشاد را به معنای راهنمایی به خیر و مصلحت به کار می‌برند، خواه خیر و صلاح دنیوی و خواه اخروی باشد و ارشاد به تبیین نیز اطلاق می‌شود (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۱: ص ۱۳۳).

معنای ارشاد در علم فقه با معنای لغوی آن اندکی متفاوت است. این واژه در فقه بیشتر با ترکیب «ارشاد الجاهل» به کار رفته است و به معنای راهنمایی کردن، تعلیم دادن و اعلام کردن می‌باشد. تعبیر «اعلام الجاهل» نیز به جای آن به کار رفته است که مقصود از هر دو تعلیم دادن و مطلع کردن جاهل نسبت به حکم یا موضوع شرعی است. در فقه، واژه ارشاد به معنای رشد نیست و در اینجا رشد هیچ موضوعیتی ندارد. مراد از ارشاد اعم از اعلام و تعلیم است. اعلام، صرف خبر دادن است و تعلیم، آموزش دادن است. لذا در موضوعات، اعلام و در احکام، تعلیم اطلاق می‌شود.

مفهوم جاهل

لغویون جاهل را نقیض علم دانسته‌اند (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۴: ۱۶۶۳). جاهل در نزد اصولیون عبارت است از اعتقاد جز می‌به چیزی درحالی که آن اعتقاد مخالف با واقع باشد (ابوجیب، ۱۴۰۸، ۷۲). جاهل از لحاظ معذور بودن جاهل به دو قسم تقسیم می‌گردد:

۱. جاهل باطل که جاهل معذور نیست.

۲. جاهل صحیح که عذر در آن صحیح است و جاهل مستحق عقاب نیست (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۱: ۵۴۴).

استعمال لفظ جاهل گاهی برای ذم مخاطب به کار می‌رود و گاهی استعمال آن برای ذم نیست و متکلم می‌خواهد عدم علم مخاطب به مسأله ای را بیان کند (راغب، ۱۴۱۲، ۲۰۹). در بیان معنای اصطلاحی جاهل باید گفت فقهاء و اصولیون این واژه را در معنای لغوی آن استعمال می‌کنند که عبارت است از عدم علم برای کسی که توانایی حصول علم برای او وجود دارد (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۳۶: ۹۴). جاهل به یک اعتبار تقسیم می‌شود به جاهل تصوری و جاهل تصدیقی؛ جاهل تصوری عبارت است از عدم حضور صورت شیء نزد عقل و جاهل تصدیقی عدم حضور صورت و حکم شیء نزد عقل است (مظفر، ۱۳۷۹، ج ۱: ۱۹).

جهل به لحاظ دیگر به دو قسم جهل بسیط و مرکب تقسیم می گردد. جهل بسیط آن است که انسان نسبت به چیزی جاهل باشد و به این جهل خود التفات داشته باشد. جهل مرکب آن است که انسان نسبت به چیزی جاهل باشد اما به این جهل خود علم نداشته باشد و به عالم بودن خود جزم داشته باشد (مظفر، ۱۳۷۹، ج ۱: ۱۹).

تقسیم بندی دیگری نیز برای جهل از جهت علت و منشأ آن شکل گرفته است که عبارت است از جهل تقصیری و جهل قصوری. جهل تقصیری عبارت است از این که اسباب رفع جهل در اختیار شخص باشد اما نسبت به رفع آن اهتمام نداشته باشد و در جهل خود باقی بماند. مراد از جهل قصوری این است که علت جهل شخص، موانع خارجی باشد که از اختیار مکلف خارج است و موجب غفلت یا عجز شخص، در از بین بردن جهل می شود (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۳۶: ۹۶).

تقسیم دیگری در کتب فقهی از حیث مشترک بودن جاهل و عالم در احکام وجود دارد که به موجب آن مکلفین به دو دسته تقسیم می شوند. کسانی که به حکم شرعی علم دارند و کسانی که جاهل به حکم شرعی هستند. طبق نظر امامیه، احکام خداوند همه ی مکلفین اعم از جاهل و عالم به احکام را دربرمی گیرد. احکام شرعی بر موضوعات حمل می شوند، نه بر علم مکلف به تکلیف. درواقع بر همه ی مکلفین واجب است که اوامر شارع را امتثال کنند، خواه علم به تکلیف داشته باشند و خواه علم نداشته باشند. در حقیقت علم به تکلیف فقط در تنجّز حکم تکلیفی دخالت دارد و اگر مکلف بخاطر جهل به حکم شرعی با آن مخالفت نماید، مستحقّ عقاب نخواهد بود مگر اینکه جاهل مقصّر باشد چونکه به اختیار خود و به سبب سستی در تعلّم، از انجام تکلیف سرباز زده است.

باتوجه به تعاریف و کاربردهای جهل باید گفت منظور از جاهل کسی است که نسبت به مسأله ای علم نداشته باشد و تفاوتی ندارد که جهل شخص جاهل، قصوری یا تقصیری، معذور یا غیر معذور و تصویری یا تصدیقی باشد. لذا همه احکام شرعی که برای مکلفین واجب شده است برعهده جاهل نیز آمده است.

مفهوم تربیت

تربیت در زبان فارسی به معنای «پروردن، آداب و اخلاق را به کسی یاد دادن و آموختن» به کار رفته است. در زبان عربی واژه «التربیه» مصدر باب تفعیل است و از ریشه «رَبَّ» یا «رَبَّو» سرچشمه گرفته است. ریشه «رَب» به معانی گوناگونی مانند «حضانت، سرپرستی، اصلاح و

برعهده گرفتن کاری و همراهی با آن و ایجاد چیزی و به تدریج تکامل بخشیدن آن « به کار رفته است. ریشه «ربو» نیز در معانی مانند «زیادت، رشد و نمو» به کار می‌رود (اعرافی، ۱۳۹۳، ج ۱: ۱۱۸-۱۲۰).

برای تربیت معانی متعددی ذکر شده است و رسیدن به یک معنای واحد کمی دشوار است. اما آن چیزی که در تمام معانی تربیت مشترک است «ایجاد تغییر و تحول» در شخص متربی است. باتوجه به کاربرد و تعاریفی که برای این واژه شده است معنای اصطلاحی تربیت عبارت است از: تعلیم متربی برای ایجاد تغییر و تحول در یکی از ابعاد جسمی و روحی که به منظور دستیابی وی به کمال انسانی یا بازدارندگی و اصلاح رفتارهایش صورت می‌گیرد.

ارشاد، قاعده فقهی یا مسأله فقهی

تفاوت مسأله فقهی با قاعده فقهی در این است که مسائل فقهی عبارت است از مسائلی که از احکام عملیه و موضوعات شرعیه بحث می‌کند. و قاعده فقهی عبارت است از احکام عامه فقهی‌ای که در ابواب مختلف جریان پیدا می‌کنند. موضوع قواعد فقهی اخص از مسائل اصولی و اعم از مسائل فقهی است. در واقع قواعد فقهی برزخ بین مسائل اصولی و فقهی است؛ لذا وجه تمایز بین قواعد فقهی با مسائل فقهی این است که موضوع قواعد فقهی عام و موضوع مسائل فقهی خاص است. مثلاً «الصلاة واجبة» یک مسأله فقهی است و اختصاص به موضوع صلاة دارد اما «کل شیء لک طاهر حتی تعلم بانه نجس» قاعده فقهی است و موضوع آن عام است و جنبه شمولیت برای موضوعات متعدد دارد. (مکارم، ۱۴۱۱، ج ۱: ۲۳-۲۴).

برخی از فقهاء ارشاد جاهل را یک مسأله فقهی می‌دانند؛ به این دلیل که در مسأله فقهی حکم صریح وجود دارد اما در قاعده فقهی، حکم صریحی وجود ندارد بلکه منتهی به حکم صریح می‌شود. لذا ارشاد جاهل را نباید قاعده فقهی دانست (سایت مدرسه فقاها، ۱۴۰۰).

اکثر کتب قواعد فقه نیز مسأله ارشاد جاهل را ذکر نکرده اند. اگرچه در معدودی از کتب قواعد فقه، قاعده ارشاد جاهل ذکر شده است و آن را یک قاعده فقهی دانسته‌اند (مائه قاعده فقهیه، ۱۴۲۱، ۳۴) اما ظاهراً مشهور فقهاء آن را یک قاعده فقهی دانسته و در ضمن بحث های خود از آن به عنوان قاعده فقهی تعبیر نموده‌اند.

قاعده ارشاد جاهل به عنوان یک قاعده فقهی عامّ در ابواب فقهی جاری می شود. برخی از قواعد یک شمول و سریانی در ابواب فقه دارد مثل «لاضرر» و «لاخرج». قاعده ارشاد جاهل از این نوع قواعد است که در جاهای مختلف می توان تسری و جریان داد؛ چون جاهل به حکم، شامل همه ابواب فقهی می شود و جاهل به موضوع همه موضوعات را در بر می گیرد (سایت مدرسه فقاها، ۱۴۰۰)

مستندات ارشاد جاهل

در غالب کتب قواعد فقهی، به مسأله ارشاد جاهل پرداخته نشده است و فقهاء به صورت استطرادی در مباحث فقهی به آن پرداخته اند. شیخ انصاری مسأله ارشاد جاهل را در ضمن بحث بیع دهن متنجس مطرح کرده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱: ۷۳-۷۸) و سید یزدی نیز در ضمن مساله تبدل رأی مجتهد به آن پرداخته است (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۲۵). برای بررسی مستندات قاعده ارشاد جاهل می توان به ادله زیر پرداخت.

ادله قرآنی

آیه نفر: «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ» (توبه: ۱۲۲) یکی از صریح ترین آیات در وجوب تعلیم جاهل آیه نفر است. نفر با توجه به کاربردهای آن در قرآن به معنای «کنده شدن از چیزی به چیز دیگر و یا از جایی به جای دیگر» است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۸۱۷). نفر یا برای جهاد و قتال فی سبیل الله است و یا برای جهاد علمی و تفقه در دین است. از ظاهر آیه مشخص است که منظور، نفر برای تفقه است، نه برای قتال و هدف از این تفقه نیز باید ارشاد قوم و تعلیم علماء به جهال باشد فلذا آیه فوق بر وجوب تعلیم احکام به کسانی که جهل دارند دلالت می کند و غایت این وجوب هم انذار و ارشاد ذکر شده است. امام خمینی در بحث جواز تقلید از مجتهد مفضول، بعد از اثبات وجوب نفر می فرماید غایت نفر دو امر است: ۱. تفقه در دین و فهم احکام دینی ۲. انذار قوم و موعظه آنها. سپس می فرماید مراد این است که انذار قوم بر فقیه واجب است. (خمینی، ۱۴۱۸، ۹۲) در مورد وجوب تعلیم و انذار این نکته قابل توجه است که انذار جز با بیان احکام الزامی (وجوب و حرمت) محقق نمی شود. به عبارت دیگر انذار در احکام ترخیصی (استحباب، کراهت و اباحه) نیست بلکه صرفاً نسبت به احکام الزامی است (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۲۹: ۱۹۲)

آیه سوال

«فَسْئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نحل: ۴۳) در اینکه مراد از اهل ذکر در آیه مبارکه چه کسانی هستند، بین علما اختلاف نظر وجود دارد. برخی مصداق اهل ذکر دانسته اند. روایتی از امام باقر (ع) نقل شده است که فرمودند: «إِنَّ مَنْ عَزَّ نَدْنًا يَزْعُمُونَ أَنَّ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَسْئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ أَنَّهُمُ الْيَهُودُ وَ النَّصَارَى قَالَ إِذَا يَدْعُونَكُمْ إِلَى دِينِهِمْ قَالَ قَالَ بَيْدَهُ إِلَى صَدْرِهِ نَحْنُ أَهْلُ الذِّكْرِ وَ نَحْنُ الْمَسْئُولُونَ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱: ۲۱۱) از سخن امام علیه السلام استفاده می گردد که در همان زمان کسانی وجود داشتند که معتقد بودند منظور از اهل ذکر، علمای اهل کتاب هستند اما امام ضمن رد نمودن این تصور، ائمه علیهم السلام را مصداق این آیه معرفی می فرمایند که به اعتقاد شیعه در زمان غیبت امام معصوم، علمای مذهب و وظیفه پاسخگویی به سوالات و تبلیغ احکام را برعهده دارند.

آیه مذکور در فقه در باب اجتهاد و تقلید و در اصول فقه در مسأله حجیت خبر واحد مورد استناد واقع شده است. برخی نیز برای جواز بقاء بر تقلید مجتهد میت به این آیه استدلال کرده اند؛ زیرا عمل به قول اهل ذکر، به زنده بودن آنها مقید نشده است. مفاد آیه مبارکه این است که وجوب تعلّم، مقدمه عمل است فلذا برای اینکه وجوب تعلّم محقق شود و لغو نباشد، تعلیم نیز برای عالمان باید واجب باشد. آیه مبارکه دلالت بر وجوب سوال در هنگام جهل دارد و شکی نیست که سوال، مقدمه عمل است. پس معنای آیه شریفه این است که از اهل ذکر سوال کنید برای اینکه براساس آن جواب عمل کنید، نه اینکه مقصود اصلی، سوال فی نفسه باشد بدون اثر عملی. بنابراین دلالت آیه بر وجوب رجوع جاهل به عالم و سوال کردن از وی و عمل کردن براساس جواب اهل ذکر است و غایت این وجوب سوال، عمل کردن براساس آن است، نه صرف سوال کردن و علم پیدا کردن به پاسخ آن و مناقشه ای بر دلالت آیه از این جهت نیست (خویی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۶۷-۶۸). وجوب تعلیم و ارشاد جاهل از وجوب تعلّم و سوال از اهل ذکر فهمی ده می شود. درواقع بین وجوب مراجعه به عالم و سوال از اهل ذکر و وجوب پاسخ به جاهل و ارشاد وی ملازمه وجود دارد وگرنه وجوب سوال از اهل ذکر لغو و بیهوده خواهد بود

عرفی بین وجوب سوال با وجوب قبول و حرمت ردّ ملازمه عرفی برقرار است؛ چراکه باید قبول و جواب لازم باشد تا اینکه وجوب سوال لغو نباشد همانطور که در استدلال شهید به حرمت کتمان «ما فی الارحام» بر وجوب قبول قول زنان وجود دارد (انصاری، بی تا، ۲۶۲). در مورد آیه

سوال و مسأله وجوب ارشاد جاهل ذکر یک نکته لازم است. در روایتی از امام باقر(ع) سوال شده است که منظور از «اهل الذکر» در آیه سوال چه کسانی هستند؟ امام در جواب فرمودند: «نحن» سپس سوال کردند: «علینا أن نسألکم» امام پاسخ دادند: «نعم» و سپس در جواب سائل که پرسیدند: «علیکم أن تجیبونا» فرمودند «ذاک إلینا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱: ۲۱۱). در نگاه اول ممکن است این روایت با حکم وجوب تعلیم جاهل تناقض داشته باشد که این کلام امام که فرمودند بر ما واجب نیست که سوال سائلین را پاسخ بدهیم و تشخیص آن برعهده خود ماست، دلالت بر عدم وجوب ارشاد جاهل دارد. اما توجه به اینکه برخی مواقع ائمه (ع) بخاطر تقیه سوالات را جواب نمی دادند و یا اینکه در پاسخ ندادن آنها مصلحتی وجود داشت که بخاطر آن سوال شیعیان را بی جواب می گذاشتند، تنافی ظاهری بین این دو مسأله را حل می کند و به عبارت بهتر اساساً تنافی وجود ندارد. علت عدم وجوب پاسخ به هر سوالی از ناحیه معصوم این است که گاهی برخی از سائلین منکر مقام و فضل ائمه بودند و ائمه ترک جواب را اولی از جواب میدانستند. همچنین گاهی ممکن بود بخاطر تقیه امام سوالی را پاسخ ندهد و یا اینکه در پاسخ ندادن سوال و مجهول ماندن موضوع، مصلحتی باشد؛ مانند عدم تعیین شب قدر که علی رغم سوالات مکرر از ائمه، مصلحت را بر عدم تعیین آن دانستند (مازندرانی، ۱۳۸۲، ج ۵: ۳۲۱). مؤید این کلام روایتی دیگر از امام باقر(ع) است که فرمودند مردی نزد سلمان فارسی آمد و گفت: «حادثتی». سلمان سکوت کرد و سائل مجدداً درخواست خود را تکرار کرد و باز سلمان سکوت کرد. سپس مرد از نزد سلمان رفت در حالی که این آیه از قرآن را تلاوت می کرد: «إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ». آنگاه سلمان گفت: «أَقْبِلْ إِنَّا لَوْ وَجَدْنَا أَمِينًا لَاحْدَثْنَا» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲: ۷۶). سلمان فارسی که تربیت شده ی پیامبر و امیرالمومنین علیه السلام است، هر سوالی را جواب نمی دهد و در پاسخ به سائل می گوید ما اگر کسانی را پیدا کنیم که امین باشند، روایات را برای آنها نقل می کنیم. بنابراین وجوب ارشاد جاهل با اینکه در مواردی بنا بر مصلحت سوال افراد پاسخ داده نشود تناقضی ندارد.

آیه کتمان

در قرآن کریم چند آیه در مورد مسأله کتمان آمده است که از جمله آن آیه ۱۵۹ سوره مبارکه بقره می باشد. «إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَى مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ» (بقره: ۱۵۹) کتمان در لغت در مقابل اعلان است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۵۰۶) همچنین راغب با توجه به موارد کتمان در قرآن معنای آن را «ستر الحدیث» ذکر کرده

است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۷۰۲). آیه مبارکه دلالت بر وجوب اظهار و حرمت کتمان دارد که ملازم با وجوب قبول و پاسخ به سوال است (انصاری، بی‌تا، ۲۶۲).

آنچه که از آیه کتمان استفاده می‌شود، حرمت کتمان است نسبت به هرآنچه که خداوند نازل کرده است در صورتی که در معرض وصول به مردم باشد. حکم حرمت کتمان به شکلی است که اگر کتمان عالمین به آن نباشد، مردم نسبت به آن امور علم پیدا می‌کنند. تبلیغ نیز همانند وجوب اظهار، واجب است حتی اگر قول مخبر برای سامع حجت نباشد؛ چونکه بین حرمت کتمان و حجیت اخبار مخبر ملازمه نیست. فلذا بر هر مسلمانی واجب است که احکام ضروری یا هرآنچه که به منزله احکام ضروری است را به جاهل ابلاغ کند. (خویی، ۱۴۱۱، ۲۵۳) لذا هرآنچه که جاهل توسط اخبار عده ای به آن علم پیدا کند، تبلیغ و اظهار آن واجب است حتی اگر حکم ظاهری باشد. از مفاد آیه اینگونه برداشت می‌شود که وجوب تبلیغ، مشروط به سوال از طرف جاهل نیست بلکه تبلیغ مطلقاً واجب است همانطور که آیه در مورد کتمان مقام و نبوت پیامبر توسط علمای یهود و نصاری است. آیه‌ی دیگری که در مورد کتمان آمده است، آیه ۳۷ سوره مبارکه نساء می‌باشد. «الَّذِينَ يَبِخُلُونَ وَيَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبُخْلِ وَ يَكْتُمُونَ مَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ أَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُهِينًا». در این آیه خداوند کسانی را که آنچه از سوی خداوند آمده است کتمان می‌کنند را مورد مذمت قرار داده است. منظور از «ما آتاهمُ الله مِنْ فَضْلِهِ»، غنی و علم می‌باشد که آن را کتمان می‌کنند در صورتی که وظیفه آن‌ها اظهار آن است (فیض کاشانی، ۱۴۱۵، ج ۱: ۴۵۰).

ادله روایی

روایات دال بر بذل علم: از دیگر ادله‌ای که می‌توان برای اثبات وجوب ارشاد جاهل به آن تمسک کرد، روایاتی است که در مورد بذل علم و وظیفه‌ی تعلیم علم بیان شده است. بذل تقریباً مترادف اظهار است و در مقابل «منع» قرار دارد (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۱: ۵۰). همچنین اعطاء کردن با طیب نفس و رضایت کامل را نیز بذل می‌گویند (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۴: ۴۸).

روایت اول روایتی است که امام صادق (ع) بذل علم را به عنوان عهده‌ی بیان می‌کنند که خداوند از علماء گرفته است و می‌فرماید خداوند قبل از اینکه از جهال عهد به طلب علم بگیرد، از علماء نسبت به بذل علم عهد گرفته است. «قُرأت فی کتاب علی علیه السلام أَنَّ اللَّهَ لَمْ يَأْخُذْ عَلَى الْجَهْلَالِ عَهْدًا يَطْلُبُ الْعِلْمَ حَتَّى أَخَذَ عَلَى الْعُلَمَاءِ عَهْدًا يَبْذِلُ الْعِلْمَ لِلْجَهْلَالِ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ كَانَ قَبْلَ الْجَهْلِ» (کافی، ج ۱: ۴۱).

روایت دوم نیز از امام صادق (ع) نقل شده است که علّت هلاکت مردم را، سوال نکردن و به عبارت دیگر طلب نکردن علم است. «إِنَّمَا يَهْلِكُ النَّاسُ لِأَنَّهُمْ لَا يَسْأَلُونَ» (کلینی، ج ۱: ۴۰). همان طور که سوال کردن بر مردم برای اینکه در هلاکت نیفتند لازم شمرده شده است، قبول و پاسخ به سوالات بر علماء نیز به نحو ملازمه عرفی واجب است. روایت سوم از امام باقر (ع) است که فرمودند: «لَا يَسَعُ النَّاسَ حَتَّى يَسْأَلُوا وَ يَتَفَقَّهُوا...» (کلینی، ج ۱: ۴۰).

دسته‌ای از روایات که زکات علم را، تعلیم آن دانسته اند (کلینی، ج ۱: ۴۱). اگرچه ممکن است روایات زکات علم، دلالت شان بر وجوب ارشاد جاهل واضح نباشد، اما با توجه به تعدد روایاتی که در مورد ارشاد جاهل وجود دارد، این دسته از روایات نیز در بحث ما قابل استناد هستند.

روایات دالّ بر وجوب نصیحت مؤمن

نصیحت عبارت است از انجام قول یا فعلی که صلاح صاحبش در آن باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۸۰۸). روایات متعددی در باب وجوب نصیحت مؤمن وجود دارد که از لحاظ دلالت، صراحت در این مسأله دارند.

۱. روایت امام صادق(ع): «يَجِبُ لِلْمُؤْمِنِ عَلَى الْمُؤْمِنِ أَنْ يَنْصَحَهُ» (کلینی، ج ۲: ۲۰۸).

۲. روایت امام باقر(ع): «يَجِبُ لِلْمُؤْمِنِ عَلَى الْمُؤْمِنِ النَّصِيحَةُ» (کلینی، ج ۲: ۲۰۸).

۳. روایت امیرالمؤمنین(ع): «وَامْحَضْ أَخَاكَ النَّصِيحَةَ حَسَنَةً كَانَتْ أَوْ قَبِيحَةً...» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۷۱: ۱۶۸). باتوجه به معنای نصیحت، تبلیغ احکام و تعلیم معارف شریعت به صلاح هر انسان و جامعه‌ای است که بر شاکله ایمان شکل گرفته است. لذا وجوب ارشاد جاهل حتی در صورت عدم سوال به دلیل اطلاق روایات، به راحتی از این اخبار قابل فهم است.

روایات دالّ بر وجوب بیان و تبلیغ احکام شرعی

کثرت روایات در مورد تبلیغ دین و نشر علوم اهل بیت(ع) نشان از اهمیت این مساله دارد. علاوه برآن دلالت اکثر این روایات بر وجوب تبلیغ دین برای حفظ اسلام از اندراس و اضمحلال مشخص است. پیامبر (ص) فرمودند: «أَرْبَعٌ يَلْزَمُنَ كُلَّ ذِي حِجْبٍ وَعَقْلٍ مِنْ أُمَّتِي قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا هُنَّ قَالَ اسْتِمَاعُ الْعِلْمِ وَ حِفْظُهُ وَ نَشْرُهُ عِنْدَ أَهْلِهِ وَ الْعَمَلُ بِهِ» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۶۸). پیامبر هم استماع(تعلّم) علم و هم حفظ و نشر آن و در پایان عمل به علم را چهار وظیفه ی هر انسان

صاحب عقلی دانسته اند. در صورتی که مکلف جاهل به حکم باشد و جاهل وی رافع حرمت حقیقی نباشد (مانند زمانی که مکلف غافل یا ناسی است) ارشاد از حیث وجوب بیان و تبلیغ احکام شرعیه و حفظ احکام از انطماس و اندراس واجب می گردد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۳۷۹). شکی در وجوب تبلیغ احکام شرعیه برای ابقاء شریعت نیست. این مساله از ضروریات است (مصطفوی، ۱۴۲۱، ۳۵).

شیخ انصاری نیز ارشاد جاهل را از حیث وجوب تبلیغ تکالیف واجب دانسته و می فرماید: «نعم وجب ذلک فیما إذا کان الجهل بالحکم لکنه من حیث وجوب تبلیغ التکالیف لیستمر التکالیف إلی آخر الأبد بتبلیغ الشاهد الغائب فالعالم فی الحقیقه مبلغ عن الله لیتم الحجّه علی الجاهل» (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۴۲) همچنین امام باقر علیه السلام می فرماید: «فتعلّموا العلم من حملة العلم، وعلّموه إخوانکم كما علّمکموه العلماء» یعنی بر متعلّمین علم واجب است که همان گونه که علماء، علم را به آنان تعلیم دادند، آنان نیز علم را به دیگران بیاموزند. آنچه که در کلام امام (ع) قابل توجه است، توجه حضرت نسبت به تبادل علم بین مسلمانان و ایجاد جریان علم آموزی و تعلیم علم می باشد که حفظ احکام الهی و رشد جامعه اسلامی در گرو آن است.

تعلیم علوم و فنونی که بنیان جامعه اسلامی و حفظ عزت اسلام و مسلمین به آن وابسته است، برهمگان واجب است همان طور که تعلیم احکام کلی و واجبات عینی به جاهل بر علمای دین واجب گشته است (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۲۹: ۱۹۱).

حفظ نظام اسلامی نیز از ادله مه می است که ارشاد جاهل متوقف بر آن است. غایت تشکیل نظام اسلامی، اقامه حدود و احکام شریعت اسلام است. احکامی که بقاء آن در گرو تعلیم و ارشاد است و ترک ارشاد موجب اندراس و از بین رفتن آن ها می گردد. فلذا ارشاد و تعلیم احکام الزامی، برای حفظ نظام لازم و حیاتی است. به طور کلی تعلیم تمام واجبات عینی و کفایی که نظام دینی و دنیوی متوقف بر آن است، واجب می باشد.

فلذا بر مؤمنین واجب است نظام تعلیم را به قدر کفایت اقامه کنند و این وجوب بر همه مؤمنین متعین است و همچنین بر حکومت اسلامی واجب است (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۲۹: ۱۹۳).

روایت کفالت ایتم آل محمد (ص)

عهده‌دار شدن علمای دین نسبت به وظایف تشریعی ائمه (ع) که در زمان غیبت معصوم این مسئولیت بر دوش علما، و فقهاء می‌باشد از مسلمات فقه شیعه است. این مسأله در برخی از روایات به کفالت ایتم آل محمد (ص) تعبیر شده است. امام حسن عسکری علیه السلام روایتی را از پیامبر (ص) نقل می‌کند که می‌فرماید:

«أَشَدُّ مِنْ يَتِيمٍ الْيَتِيمِ الَّذِي انْقَطَعَ عَنْ أُمِّهِ وَأَبِيهِ يَتِيمٌ انْقَطَعَ عَنْ إِمَامِهِ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْوُصُولِ إِلَيْهِ وَلَا يَدْرِي كَيْفَ حُكْمُهُ فِيمَا يُتَبَكَّلَى بِهِ مِنْ شَرَائِعِ دِينِهِ أَلَا فَمَنْ كَانَ مِنْ شِيعَتِنَا عَالِمًا بِغُلُومِنَا وَهَذَا الْجَاهِلُ بِشَرِيعَتِنَا- الْمُتَقَطِّعُ عَنْ مُشَاهَدَتِنَا يَتِيمٌ فِي حَجَرِهِ أَلَا فَمَنْ هَذَا وَارْشُدَهُ وَعَلِمَهُ شَرِيعَتَنَا كَانَ مَعَنَا فِي الرَّفِيقِ الْأَعْلَى» (طبرسی، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۶) ابن اثیر در معنای «کافل» در ضمن روایت «أنا و کافل الیتیم کهاتین فی الجنه، له و لغيره» می‌گوید: «الكافل: القائم بأمر الیتیم المربی له». لذا کفالت ایتم آل محمد (ص) همان طور که از صدر روایت نیز مشخص است به معنای عهده‌دار شدن امر هدایت، تعلیم و ارشاد شیعیان در زمان غیبت امام معصوم علیه السلام است که بر عهده کسانی است که از احکام و علوم دینی اطلاع دارند.

روایت ذیل آیه ۱۴۹ سوره مبارکه انعام

مسعده بن زیاد از امام صادق (ع) نقل می‌کند که از ایشان در مورد «فَلِلَّهِ الْحُجَّةُ الْبَالِغَةُ» سوال شد. امام فرمودند: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ لِلْعَبْدِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: عَبْدِي أَ كُنْتَ عَالِمًا فَإِنْ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ لَهُ: أَوْ فَلَا عَمِلْتَ بِمَا عَلِمْتَ وَإِنْ قَالَ: كُنْتُ جَاهِلًا، قَالَ لَهُ: أَوْ فَلَا تَعَلَّمْتَ حَتَّى تَعْمَلَ فَيُخْصِمَهُ، فَيُلْكَ الْحُجَّةُ الْبَالِغَةُ» (الطوسی، ۱۴۱۴، ۹) با توجه به روایت حضرت و مواخذة خداوند نسبت به بنده جاهل، وجوب تعلّم مشخص می‌شود؛ چونکه اگر تمسک عبد به برائت تکلیف جایز بود، احتجاج وجهی نداشت. عبارت «أَفَلَا تَعَلَّمْتَ حَتَّى تَعْمَلَ» افزون بر اینکه دلالتش بر وجوب تعلّم واضح است، نشان می‌دهد قدر متیقن از مواردی که خداوند بر مکلفان حجت بالغه دارد، احکامی است که در حال یا آینده احتمالاً یا قطعاً مورد ابتلای وی است. از عبارت «حتى تعمل» نیز به خوبی به دست می‌آید وجوب یادگیری، خود موضوعیت ندارد؛ بلکه وجوب آن طریقی است. بنابراین دلالت این روایت بر مدعا (یادگیری احکام مبتلا به) تمام است (اعراف، ۱۳۹۳، ج ۲: ۲۰۰-۲۰۱)

ادله عقلی

قاعده وجوب دفع ضرر محتمل: براساس قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، هرگاه احتمال ضرری بواسطه عملی وجود داشته باشد، دفع آن ضرر واجب است و مراد از ضرر در این قاعده، ضرر

اخروی است. فقه‌اء در بحث وجوب تقلید، به قاعده وجوب دفع ضرر محتمل به عنوان یک قاعده عقلی تمسک کرده‌اند (صدر، ۱۴۱۵، ۲۱۹). مرحوم خوئی در ضمن ردّ نظر برخی فقه‌اء در مورد استحباب تفقّه در دین می فرمایند تفقّه در دین مستحب نیست بلکه از واجباتی است که آیات و روایات ما بر آن تأکید کرده‌اند. تعلّم احکام شرعی بر همه به نحو وجوب کفایی واجب است و این وجوب مختص همه ی احکام است که با تعلّم آن باید از اندراس در امان بماند و از آن صیانت شود و هرکس که تعلّم احکام را ترک کند در حرام واقعی افتاده است. ادله اثبات این قاعده نقلی و عقلی است. بلتوجه به قاعده وجوب دفع ضرر محتمل در این مسأله مشخص است که مکلفین باید احکام و مسائلی را که احتمال ابتلاء آن در طول عمر برایشان وجود دارد یاد بگیرند و بر دیگران واجب است که این مسائل را بیاموزند (خوئی، ۱۳۶۸، ج ۵: ۴۷۴-۴۷۷). لذا براساس این قاعده، هر مکلفی نسبت به عقائد و احکامی که یقین دارد و یا احتمال می دهد به آن مبتلا می شود وظیفه دارد آن را فراگیرد و این وجوب از باب مقدمه عل می نیز فهمیده می شود همان طور که همه اصولیون وجوب مقدمه را از باب عقل پذیرفته‌اند. وجوب تعلّم برخی عقائد به واسطه عقل و همچنین از بلب احتمال ضرر ترک آن فهمیده می شود؛ مانند معرفت به خدا و انبیاء و ائمه و هرآنچه که شرع وجوب معرفت به آن را بیان کرده است (خراسانی، ۱۴۳۱، ۳۲۹-۳۳۰). عقل به خاطر وجوب دفع ضرر محتمل و نیز منجز بودن علم اجمالی، از باب مقدمه عل می به وجوب یادگیری احکام مبتلا به دستور می دهد و شناخت احکام، از باب مقدمه عل می واجب است (اعرافی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۹۵).

قاعده وجوب شکر منعم

قاعده وجوب شکر منعم دومین دلیل عقلی است که برای وجوب ارشاد جاهل به آن تمسک می‌کنیم. خداوند نعمت‌های بی‌شماری را در اختیار انسان قرار داده است که انسان طبق فطرت و حکم عقل باید شکرگزار این نعمات باشد. شکر منعم یک جنبه‌ی عملی دارد که انسان باید آن را اظهار کند. شناخت خداوند و کسب معرفت نسبت به شریعت و احکام الهی، لازمه ی شکر منعم است. انسان باید نسبت به خداوند و معصومین شناخت پیدا کند تا بفهمد در چه جایگاهی قرار دارد و خالق وی چه مسیر و مقصدی را برای رسیدن به سعادت اخروی او تعیین کرده است. رابطه بین «شکر منعم» و «شناخت» منعم باید به خوبی تقریر شود؛ زیرا بنیاد دلیل، بر همین نکته است. این رابطه حداقل به دو صورت قابل تصویر است:

۱. اینکه «شناخت منعم» و تلاش برای تأمین رضایت وی، یکی از مقدمات و ملزومات «شکر منعم» است. براساس این تصویر، این استدلال از با ب مقدمه پی جویی دین، شناخت منعم را واجب می‌شمارد.

۲. با دقت در معنای «شکر» درمی‌یابیم جزء جدانشدنی شکر، «معرفت و اطاعت» است؛ به این ترتیب که «شکر منعم» بدون «شناخت» منعم کامل نیست و «شناخت منعم» نوعی سپاسگزاری و مصداقی از شکر عملی به شمار می‌آید (اعرافی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۱۶).

اجماع

وجوب ارشاد جاهل در احکام کلی مساله ای اجماعی است (عراقی، ۱۴۱۵، ۱۳) مصطفوی در کتاب قواعد فقهی خود نسبت به مساله ارشاد جاهل ادعای تسالم فقهی می‌کند (مصطفوی، ۱۴۲۱، ۳۵) تفاوت بین اجماع و تسالم: تسالم بالاتر از اجماع است؛ تسالم به این معنا است که مسأله ای به عنوان مطلب مسلم بین کل فقهاء ثابت شده است و همه ی فقهاء از گذشته تاکنون آن را به عنوان مساله ای که هیچ اختلافی در آن نیست مطرح کرده اند. به عبارت دیگر اختلاف بین فقهاء عادتاً ناممکن است. تسالم در فقه از ضرورات فقهی است و در مواجهه با موضوع آن نیازی به تحقیق نیست. اما اجماع در موضوعاتی است که فقهایی که در آن موضوع اظهار نظر کرده اند، نظرشان موافق یکدیگر بوده است لذا ممکن است همه فقهاء در یک مسأله فتوا نداده باشند و همچنین حجیت اجماع تغدی است و برای اجماع باید قول معصوم را کشف کنیم اما در تسالم اینگونه نیست و حجیت تسالم با حجیت مذهب گره خورده است.

قلمرو قاعده ارشاد جاهل

ارشاد جاهل در دو حوزه احکام شرعی و موضوعات شرعی محل بحث فقهاء قرار گرفته است. عموماً به مساله ارشاد جاهل به صورت مستقل پرداخته نشده است و فقهاء استطراداً ذیل بحث اجتهاد و تقلید، بحث اعلام نجاست در بیع دهن متنجس به مشتری و جواز اخذ اجرت در مقابل واجبات، مسأله ارشاد جاهل را مطرح کرده اند. ارشاد جاهل گاهی در اصول عقائد و معارف دینی و احکام شرعیه است که از آن به تبلیغ و تعلیم تعبیر می‌شود و گاهی در موضوعات خارجیه است که فقهاء آن را اعلام می‌نامند.

ارشاد جاهل در احکام

فقهاء در وجوب ارشاد جاهل در احکام، اتفاق نظر دارند و ارشاد مردم به معارف الهی و تعلیم اصول عقیده و مسائل شرعیه به جاهل را واجب می‌دانند (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۱۰: ۱۰۵).

برخی از فقهاء نیز وجوب ارشاد جاهل در احکام را بالاتر از اتفاق نظر می‌دانند و قائل به اجماع در این مسأله هستند (عراقی، ۱۴۱۵، ۱۳).

همچنین فقهاء در ضمن بحث اخذ اجرت در برابر تعلیم احکام واجب، به عدم جواز اخذ اجرت برای تعلیم تکالیف و ارشاد معارف دینی حکم کرده‌اند و ارشاد جاهل را واجب دانسته‌اند: شهید اول در دروس می‌فرماید اخذ اجرت در برابر واجباتی همچون تعلیم قرآن، فقه و ارشاد به معارف دینی حرام است (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۷۲) از فقهای معاصر نیز ضمن بحث جواز اخذ اجرت در مقابل واجبات، به طور کلی تعلیم همه مسائل حلال و حرام را واجب و اخذ اجرت به ازای آن را حرام می‌دانند (خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۴۹۹).

ارشاد در موضوعات

در باب وجوب ارشاد جاهل در موضوعات دو قول وجود دارد:

۱. وجوب ارشاد و اعلام جاهل در موضوعات؛ برخی از فقهاء همچون علامه حلی قائل به وجوب ارشاد جاهل در موضوعات هستند. علامه در پاسخ به سوال شخصی که پرسید آیا اگر کسی ببیند وضو گیرنده با آب نجس وضو می‌گیرد یا در لباس نجس نماز می‌خواند، اعلام و ارشاد وی واجب است؟ فرمودند ارشاد وی واجب است به خاطر وجوب امر به معروف و نهی از منکر (علامه حلی، ۱۴۰۱، ۴۸ - ۴۹). البته علامه در برخی کتب خود قول عدم وجوب ارشاد در موضوعات را اختیار کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۳۸۹). صاحب معالم پس از انتساب این قول به برخی از اصحاب که اعلام و ارشاد را بخاطر وجوب اجتناب از تنجس، واجب می‌دانند و اینکه وجوب اجتناب از تنجس متوقف بر اعلام و اخبار است، این قول را رد می‌کند و می‌فرماید اجتناب زمانی واجب است که مکلف نسبت به نجاست علم داشته باشد؛ لذا زمانی که علم به نجاست نداشته باشد، پس تکلیف از غافل ساقط است و وجوب اجتناب نیز منتفی است فلذا ارشاد جاهل واجب نیست (جمال الدین عاملی، ج ۲: ۵۷۹).

۲. قول دوم عدم وجوب اعلام است. این قول مطابق قول مشهور می‌باشد (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۳۶: ۱۰۵). استدلال قائلین به این قول این است که اولاً دلیلی بر وجوب ارشاد جاهل وجود

ندارد. ثانیاً ادله امر به معروف و نهی از منکر اختصاص به صورتی دارد که مکلف مرتکب منکر شود و علم به حرام بودن فعل داشته باشد اما در ارشاد جاهل، فرض مسأله این است که شخص اساساً نسبت به موضوع علم ندارد. دلیل دیگر این دسته قول مشهور است که ادله وجوب ارشاد شامل احکام کلیه می‌شوند؛ چراکه احکام کلیه جزئی از شریعت هستند، نه موضوعات (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۳۶: ۱۰۶).

فقه‌های دسته اول که قائل به عدم وجوب ارشاد در موضوعات هستند، مواردی را از این حکم استثناء کرده‌اند. برخی فقهاء در ارشاد جاهل نسبت به مأكول و مشروب و غیر آن قائل به تفصیل شده‌اند و به صحیحہ معاویہ بن وهب از امام صادق (ع) استناد کرده‌اند. «فی جرد مات فی زیت ما تقول فی بیع ذلک فقال: «بعه وینه لمن اشتراه لیستصبح به» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷: ۹۸). موضوع روایت مورد استناد درباره فروش روغن نجس است اما با قرینه تعلیل محمول له ارتکاز عرفی، فقهاء از زیت به مأكول و مشروب تعدی کرده‌اند و این حکم را برای همه مأكولات و مشروبات محقق دانسته‌اند (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۳۶: ۱۰۶). اما تفصیل دیگری که غالب فقهاء در ارشاد جاهل پذیرفته‌اند این است که در موضوعات می‌می که شارع به آنها اهتمام دارد و راضی به تحقق آنها حتی از غیر مکلفین نیست (مانند ارتکاب صبی به لواط) ارشاد جاهل واجب است و آن سه مورد نفوس، اعراض و اموال قابل توجه و خطیر است. شیخ انصاری در بررسی مسأله وجوب ترک سکوت برای دفع حرام، می‌فرماید نمی‌توان وجوب ارشاد جاهل را اثبات کرد مگر اینکه توسط ادله دیگر بدانیم در صورت عدم دفع، فساد به وجود می‌آید و ارشاد جاهل برای دفع این فساد واجب است؛ مانند وجوب دفع حرام در قتل، اعراض و ضرر مالی. در این سه مورد دلیل بر وجوب دفع حرام وجود دارد اما در غیر این سه مورد از حقوق الله، وجوب دفع حرام مشکل است؛ چونکه ادله نهی از منکر، وجوب ردع از معصیت را می‌رسانند و دلالت بر وجوب اعلام جاهل از حیث معصیت بودن ندارند (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۴۲). اعلام جاهل واجب نیست مگر در موضوعات عامه مؤیده که موجب سرایت ضرر به دیگران و شیوع منکر می‌شود؛ مانند غناء و زنا و لواط و قتل نفس و... که تعلیم جاهل در احکام شرعی واجب است بخاطر وجوب علم و تعلیم و تعلم؛ و اگر واجب نبود، انبیاء مبعوث نمی‌شدند و کتب آسمانی نازل نمی‌گردیدند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۴۰۸).

قاعده ارشاد جاهل در تربیت فرزندان

تا اینجا مشخص شد که قاعده ارشاد جاهل در احکام الزامی، واجب است و در موضوعاتی نیز که برای شارع مهم است و راضی به ارتکاب برخی اعمال نیست، این وجوب جریان دارد. قاعده ارشاد جاهل به عنوان یک قاعده فقهی عام در همه ابواب فقهی جریان دارد. یکی از مسائلی که نقش این قاعده در آن پررنگ است، حوزه خانواده و تربیت فرزند می باشد. شکی نیست که اعضای خانواده نسبت به رشد و هدایت یکدیگر وظیفه دارند. برخی فقهاء تعلیم احکام به زوجه را بر زوج، حتی بدون طلب زوجه واجب می دانند (خوئی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۳۲۰). یکی از مهم ترین تکالیف در خانواده، وظیفه والدین نسبت به تعلیم احکام به فرزندان خود بعد از بلوغ و مکلف شدن به تکالیف الهی است. در حوزه موضوعات نیز چنانچه شارع نسبت به عملی اهتمام داشته باشد اعلام فرزندان واجب است. اما مسأله این است که آیا ارشاد جاهل و تعلیم واجبات و محرمات قبل از بلوغ به فرزندان چه حکمی دارد؟ در بحث از این مسأله دو قول بین فقهاء وجود دارد: ۱. وجوب ارشاد در سن تمیز؛ بر والدین واجب است که از هفت یا هشت سالگی او را تادیب کنند و ولی او وظیفه دارد که نماز و روزه را به او تعلیم دهد و هرگاه به سن ده سالگی رسید، او را برای انجام واجبات بزند بخاطر روایت پیامبر (ص) که فرمود فرزندان تان را از هفت سالگی به نماز امر کنید و در ده سالگی برای نماز بنزید (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱: ۳۰۵). علامه حلی نیز قائل به وجوب ارشاد فرزندان از سن هفت سالگی است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۳۳۵). همچنین برخی از فقهای معاصر این قول را اختیار کرده اند که آیت الله شاهرودی اقوال آنان را در موسوعه الفقه الاسلامی نقل کرده اند (شاهرودی، ۱۳۸۱، ج ۲۹: ۱۹۳).

۲. استحباب ارشاد تا سن بلوغ؛ برخی از فقهاء نیز همچون صاحب جواهر تعلیم فرزندان را در باب آداب مستحب ذکر کرده اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲: ۴۶۶) و مرحوم خوئی نیز با ایشان هم نظر شده اند (خوئی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۲۶۴).

با توجه به آنچه که از نظرات فقهاء گفته شد، حتی در صورتی که تعلیم فرزندان تا قبل از سن بلوغ را واجب ندانیم اما قدر متیقن در جایی که ترک بیان حکم یا موضوع، موجب مهوریت معارف الهی یا ارتکاب حرام غیر منجز توسط مکلف جاهل شود، می توان حکم به وجوب ارشاد فرزند در سن تمیز داد؛ زیرا همان طور که در موضوعات مهمه به خاطر اهتمام شارع قائل به وجوب شدیم، بالتبع در احکامی که ارتکاب صبی ممیز موجب مهوریت دین شود نیز باید وجوب ارشاد را اختیار کنیم مضاف بر اینکه روایاتی که در باب تعلیم نماز و روزه و قرآن به صبی ممیز داریم و حتی زدن در سن ده سالگی برای جلوگیری از انحراف را جایز دانسته اند (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۸۵: ۱۳۳) نشان از اهتمام شارع و عدم رضایت وی نسبت به ترک این احکام دارد. علاوه

بر این، مسائلی همچون تربیت جنسی، تربیت جسمانی، تربیت عبادی و... که تعلیم آن‌ها از آغاز کودکی برایشان و هدایت فرزندان لازم است. دوران پیش از بلوغ زمانی بسیار مهم در تربیت فرزندان است که در روایات ما نیز بر آن تأکید شده است و ائمه (ع) زمان تعلیم برخی معارف الهی مانند توحید، امامت و عبودیت را در این زمان دانسته اند. لذا اگرچه فرزندان در این زمان مکلف نیستند اما تکلیف محوری و هدایت آنان در بازه پس از بلوغ، به تربیت و تعلیم دوران کودکی وابسته است و با استفاده از قاعده هدایت و از باب مقدمه واجب نیز می‌توان به وجوب تعلیم در دوره قبل از بلوغ پی برد.

نتیجه گیری

در بیان فقهاء ارشاد در احکام، تعلیم جاهل و ارشاد در موضوعات، اعلام جاهل تعبیر شده است. از جمع بندی ادله ارشاد جاهل اینگونه نتیجه گیری می‌شود که ارشاد جاهل در احکام بر عالم واجب است. منظور از عالم نیز صرفاً علمای قوم نیستند. بلکه هر کسی که نسبت به اصول و عقائد دین و احکام شریعت علم داشته باشد، بر وی واجب است که جهل را تعلیم دهد و تفاوتی ندارد که جاهل قاصر باشد یا مقصر. ادله و مستندات قاعده ارشاد اعم از ادله نقلی و عقلی هستند. در ادله نقلی آیات و روایات دال بر این قاعده وجود دارند. آیه نفر و سوال که عموم فقهاء دلالت آن بر وجوب ارشاد را پذیرفته اند و آیه کتمان که غالب فقهاء از ظاهر آن در اثبات وجوب ارشاد استفاده کرده‌اند. همچنین روایات کثیری همچون روایات دال بر حرمت کتمان و روایاتی که دلالت بر وجوب نصیحت و دعوت به خیر و وجوب بیان و تبلیغ احکام و بذل علم دارند. برخی از ادله نقلی دلالت بر وجوب تعلیم علم و احکام دارد که با ملازمه عرفی بین وجوب تعلیم و وجوب قبول، استفاده‌ی از آن‌ها در اثبات وجوب ارشاد ممکن می‌گردد. از ادله عقلی وجوب ارشاد نیز قاعده وجوب شکر منعم و قاعده وجوب دفع ضرر محتمل است که فقهاء به استناد آن‌ها حکم عقل را بر وجوب ارشاد تمام می‌دانند. اجماع فقهاء در وجوب ارشاد جاهل نیز دلیل دیگری است که وجوب ارشاد را اثبات می‌کند. برخی از فقهاء نیز در مورد این قاعده ادعای تسالم فقهی نموده‌اند و حجیت آن را از باب حجیت مذهب دانسته‌اند. بنابراین در وجوب ارشاد جاهل در احکام و عقائد دینی اختلافی بین فقهاء نیست. اما آنچه که مورد اختلاف نظر واقع شده است، ارشاد جاهل در موضوعات است که مشهور فقهاء ادله وجوب آن را تمام ندانسته و ارشاد در موضوعات را بالجمله واجب نمی‌دانند و معدودی از فقهاء نیز ارشاد در موضوعات را واجب دانسته‌اند. اگرچه برخی از آنان در دیگر آثار فقهی خود از این نظر عدول کرده و با مشهور همراه شده‌اند. ضمن اینکه مشهور فقهاء قائل به تفصیل گردیده‌اند و ارشاد جاهل در موضوعات مهم را

واجب دانسته‌اند. موضوعاتی مانند نفوس، اعراض و اموال خطیره از حکم اخیر مستثنی شده‌اند. علت این استثناء نیز آن است که شارع نسبت به برخی موضوعات اهتمام ورزیده و راضی به تعدی در هیچ کدام نشده است حتی نسبت به مکلفین غیرممنجز و کسانی که تکلیف از آن‌ها ساقط است.

در حوزه خانواده این قاعده بسیار کاربرد دارد. ولایت در خانواده مختص پدر است اما تأدیب غیر از ولایت است و وظیفه والدین می باشد. با در نظر گرفتن قاعده ارشاد جاهل والدین نسبت به تربیت و تعلیم فرزندان خود وظیفه دارند. چه در حوزه تعلیم احکام و چه در حوزه موضوعات اهم و مسائلی که امروزه جزء مسائل اصلی تربیت قرار گرفته است؛ همچون تربیت جنسی و آموزش سواد رسانه ای که تربیت صحیح فرزندان در سنین بالاتر منوط به تعلیم این مسائل در سنین کودکی و خردسالی است. با توجه به اهمیّت موضوع و غایت قاعده ارشاد و عنایت به مصادیق مفهوم عالم، پی می‌بریم که حکم الزام در این قاعده صرفاً متوجه والدین نیست و دیگر نهادهای تربیتی جامعه همچون حکومت و علماء نسبت به ارشاد جاهل و خصوصاً تعلیم و هدایت فرزندان وظیفه دارند و هر کسی که از نعمت علم، بهره‌مند باشد باید در حد توان، تکالیف رفعی و دفعی خود را نسبت به تعلیم فرزندان انجام دهد.

منابع

- کتب عربی
- قرآن کریم
- آخوند خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۳۱.
- ابن شعبه حرانی، حسن بن علی، تحف العقول، قم، جامعه مدرّسین، ۱۳۶۳.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۳، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴.
- ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۸.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، ج ۱، قم، منشورات دارالذخائر، ۱۴۱۱.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، مکاسب المحرمه، قم، تراث شیخ الأعظم، ۱۴۱۵.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، الاجتهاد و التقليد (مطالع الانظار)، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۴، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰.
- حائری یزدی، مرتضی، شرح العروة الوثقی، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۶.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، أجوبة المسائل المهنائیه، قم، مطبعة الخیام، ۱۴۰۱.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، ج ۴، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، نهایة الاحکام فی معرفة الاحکام، ج ۱، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۹.
- خمینی، سید روح الله موسوی، الاجتهاد و التقليد، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۸.
- خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، ج ۱، قم، موسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، صراط النجاة، ج ۱ و ۳، قم، مکتب نشر المنتخب، ۱۴۱۶.

- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، موسوعة الامام الخوئی، قم، موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۳ (الطهارة)، قم، تحت اشراف لطفی، ۱۴۱۸.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، فقه الشیعه-الاجتهاد و التقليد، قم، بی نا، ۱۴۱۱.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهة، قم، بی نا، ۱۳۶۸.
- زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۴ و ۱۴، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴.
- راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان، دارالعلم، ۱۴۱۲.
- شاهرودی، سید محمود هاشمی، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام، ج ۳۹ و ۳۶، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۸۱.
- صدر، سید رضا، الاجتهاد و التقليد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۵.
- طبرسی، احمد بن علی، الاحتجاج علی اهل اللجاج، ج ۱، مشهد، نشر مرتضی، ۱۴۰۳.
- طریخی، فخرالدین، مجمع البحرین، ج ۳، تهران، بی نا، ۱۴۱۶.
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷.
- طوسی، محمد بن حسن، الامالی، قم، دارالتقافة، ۱۴۱۴.
- عاملی (جمال الدین)، حسن بن زین الدین، معالم الدین و ملاذ المجتهدین (قسم الفقه)، ج ۲، قم، موسسه الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۱۸.
- عاملی (حر)، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱۷، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷.
- عبدالرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیة، بی نا.
- عراقی، آقا ضیاء الدین، تعلیقه استدلالیة علی العروة الوثقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵.
- فیض کاشانی، محمد محسن، تفسیر الصافی، تهران، کتبه الصدر، ۱۴۱۵.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، أنوار الفقاهة (کتاب الطهارة)، نجف، موسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷.
- مازندرانی، محمد صالح، شرح الکافی، تهران، المکتبة الاسلامیة، ۱۳۸۲.
- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، ج ۱، ۲، ۷۱ و ۸۵، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳.
- مصطفوی، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱.
- مظفر، محمد رضا، المنطق، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۹.
- مکارم، ناصر، القواعد الفقهیة، قم، مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، بیروت، موسسه الاعلی للمطبوعات، ۱۴۰۹.

کتاب فارسی

- اعرافی، علیرضا، فقه تربیتی، ج ۱ و ۲، قم، موسسه فرهنگي هنري اشراق و عرفان، ۱۳۹۳.

درس خارج

- اعرافی، علیرضا، درس خارج فقه تربیتی، تاریخ جلسه: ۹۱/۱/۱۷. آخرین مراجعه: ۱۴۰۰/۱/۲۵.
www.eshia.ir/feqh/archive/text/arafi/tarbiat/91/91062966
- مکارم، ناصر، درس خارج فقه امریه معروف و نهی از منکر، تاریخ جلسه: ۱۳۹۹/۶/۲۲. آخرین مراجعه: ۱۴۰۰/۱/۲۸. (www.taghrir.ismc.ir/taghrir/68541)



نقش وکیل در تقلیل دعاوی و حل و فصل مسالمت آمیز به طریق داوری

حیدریاقری اصل

استادیار گروه حقوق دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

bagheriasl@tabrizu.ac.ir

علیرضا اسماعیلی

مدرس حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تبریز، ایران

alireza.esmaili58@gmail.com

۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۱۰.۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۱۰.۲۱

چکیده

عوامل متعددی نظیر نقش ساختار قضایی، نقش قوانین موضوعه، نقش قاضی رسیدگی کننده، نقش کارمندان دادگستری و ضابطان قضایی در افزایش یا کاهش روزانه طرح دعاوی و حجم تعداد پرونده های محاکم و طرح دعاوی موثر است. یکی از عوامل تورم دعاوی، نبود وکیل دادگستری در دعاوی است و در صورت مشاوره با وکیل قبل از انجام هرگونه عمل حقوقی و بهره گیری از نظرات تخصصی وکیل در کاهش ورودی پرونده ها و دعاوی تاثیر خواهد گذاشت. بنابراین، راهکارهای مختلفی برای کاهش تورم دعاوی نظیر توجه به نقش وکیل دادگستری در کاهش دعاوی و حل و فصل دعاوی به صورت دوستانه مطرح است. سؤال اصلی این است که نقش وکیل در کاهش پرونده های دادگستری چیست. یافته های این تحقیق در ریشه یابی تورم دعاوی در ایران و راهکارهای محلی و منطقه ای مربوط به آن نشان می دهد که وکیل نقش مهمی در کاهش و افزایش پرونده های دادگستری دارد، به طوری که وجود وکیل موجب کاهش و نبود او موجب افزایش پرونده های دادگستری است. از این رو، تحقیق حاضر به عنوان راهکار کاهش تورم دعاوی پیشنهاد داده است که حضور وکیل در پرونده های حقوقی و کیفری اجباری شود و در کنار آن، وکیل خانواده طراحی گردد و نیز جایگاه وکیل در جامعه ارتقا یابد و ح رفه وکالت تخصصی شود که مقاله حاضر به روش توصیفی-تحلیلی و مطالعه کتابخانه ای نگارش شده است.

واژگان کلیدی: وکیل، دادگاه، تورم، دعاوی، دوستانه.

مقدمه

مطابق قوانین و مقررات حاکم در ایران از جمله قانون اساسی و قانون دادرسی مدنی و دادرسی کیفری دخالت وکیل در پیوندهای قضایی و دعاوی دادگستری امری اختیاری می باشد و این هم برای وکیل مقرر شده است که بتواند مطابق اصل آزادی قراردادها با هر کسی مبادرت به انعقاد عقد وکالت نماید و این غیر از ارجاع پرونده های وکالت معاضدتی است که استثناء می باشد و هم برای اصحاب دعوا طرح دعوا و مراجعه به دادگاه ها به صورت اصیل یعنی بدون وکیل امری پذیرفته است و جایگاه وکالت در جامعه کنونی ایران در بین ملت و حاکمیت به صورت ناشناخته باقی مانده است این در حالی است که تأثیر وکالت در نیل به توسعه عدالت قضایی یک امری نهفته می باشد.

دستگاه قضایی و دستگاه قانون گذاری می توانند در دسترسی احاد افراد جامعه به خدمات حقوقی گام بردارند و الزامی شدن وکیل در جهت تحقق دادرسی عادلانه در دنیای امروزی از ضروریات جامعه می باشد و این نقش وکیل است که به قوانین و حسن اجرای آن ها تسلط دارد نه اصحاب دعوا که اکنون چرا نقش وکیل در تورم دعاوی به خوبی تبیین نمی شود. اطلاع دادرسی در محاکم و دعاوی دادگستری است که در اغلب موارد به علت نبود وکیل از سوی متداعین است . یکی از سوالاتی که در مقاله حاضر باید رفع ابهام گردد این است که وکیل با شرکت در محاکمه چه نوع اقداماتی در جهت جلوگیری از اطلاع دادرسی می تواند انجام دهد و چه نقشی در کاهش دعاوی از طریق حل و فصل مسالمت آمیز و دوستانه به طریق داوری خواهد داشت. بدون تردید انگیزه افراد در انتخاب وکیل، اعطای نمایندگی به او به منظور دفاع از حقوق خویش است و چون حق دفاع از حقوق مربوط به شخصیت و آزادی انسان در جامعه است، بنابراین همانگونه که نمی توان آن را اسقاط نمود، امکان واگذاری این نمایندگی به غیر نیز، به طوری که موکل هرگز نتواند این حق را مجدداً به خود برگرداند یا شخصاً اعمال کند، منتفی خواهد بود و شاید یکی از جهات توجیهی آزادی موکل در عزل وکیل خود، همین نکته باشد . زیرا استناد به جایز بودن عقد وکالت، برای تبیین آزادی موکل در عزل وکیل خود، از استحکام کافی برخوردار نیست، چه در برخی موارد علی رغم جایز بودن عقد وکالت، استعفای وکیل از وکالت، منشأ اثر قانونی نمی باشد. (ماده ۳۶ قانون وکالت) تسری آثار واحکام عقد وکالت به حرفه وکالت در دعاوی و تشبیه این دو نهاد با هم، ریشه در حقوق رم قدیم دارد. (السنهوری، بی تا، ۱۷) زیرا از آنجایی که در حقوق رم، رابطه دارندگان مشاغل حرفه ای با مشتریان خود، در قالب عقد اجاره اشخاص تبیین می گردید، برای حفظ حرمت مشاغل فکری مانند پزشکی و وکالت و مهندسی که از اهمیت ویژه ای برخوردار

بوده‌اند، آن‌ها را از شمول عقد اجاره اشخاص خارج ساخته بودند و روابط بین دارندگان این مشاغل را با مشتریان خود، تابع عقد وکالت قرار می‌دادند. منظور از نهاد وکالت بدون شک کمک به اجرای صحیح عدالت می‌باشد و هدف از عدالت نیز به نوبه خود پاسخ‌گویی به یک نیاز فطری و اجتماعی انسان‌ها در جهت تأمین منفعت عامه می‌باشد و همانطوری که از اصول پنج‌گانه دین مبین اسلام، یکی به نام عدل که از اساساً می‌پروردگار متعال می‌باشد. (ریاضی، ۱۳۹۲) نکته قابل توجه آن که، حقوق دانان ما در تألیفات حقوقی خود، به طور تلویحی وکالت در دعاوی را تابع مقررات عقد وکالت قانون مدنی دانسته و آن را از مصادیق وکالت خاص شمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۱۵۸) و به این ترتیب وصف ادنی بودن وکالت را در این چهره خاص نیز حفظ کرده‌اند. در این نظر، تعهد وکیل به انجام امور وکالت و تعهد موکل به پرداخت حق الوکاله، نتیجه اجرای مفاد نمایندگی است که نسبت به عقد اصلی جنبه فرعی و تبعی دارد. (همان، ۱۰۲) عده‌ای از حقوق دانان دیگر نیز، تحت تأثیر تحولات این نهاد در همه نظام‌های حقوقی، وکالت در دعاوی را، عقدی مختلط از وکالت و عقد و اجاره دانسته‌اند که در نهایت با تقویت عنصر عقد وکالت در آن، آن را همچنان مشمول مقررات عقد وکالت می‌دانند. (السهنوری، پیشین، ۲۱) از سوی دیگر هم اکنون در همه کشورها وکالت در دعاوی و انجام مشاوره‌های حقوقی، به عنوان یک شغل مطرح می‌باشد و دفاتر وکلا در کلیه کشورهای به صورت یک مؤسسه درآمده است که بعضاً تخصص‌های مختلف حقوقی را در رشته‌های گوناگون در خود جمع کرده و به محل عرضه خدمات حقوقی تبدیل شده است. بنابراین در شرایطی که حتی دانش فنی، مورد خرید و فروش واقع می‌شود، قالب عقد وکالت برای تبیین همه ابعاد حقوقی رابطه وکیل با مراجعین دفتر وی گنجایش کافی نخواهد داشت. به همین جهت مشابهت‌های این نهاد حقوقی با اجاره خدمات نیز قابل بررسی است.

۲- لزوم تسلط وکیل متخصص در جلوگیری از طرح دعاوی بی‌اثر

در هر موضوعی تسلط داشتن مهارت باعث بازده عالی و ارتقاء کیفیت کار می‌شود. متأسفانه در خصوص دعاوی دادگستری مسائلی پیش می‌آید که بیشتر وقت‌ها ناشی از کمبود تخصص بوده و بروز تورم دعاوی را در پی دارد مثل اینکه در پرونده‌ای که ریشه کاملاً قراردادی داشته و تمام اوصاف حاکم بر آن حقوقی می‌باشد وکیل پرونده یا در اثر تحریک موکل و یا نداشتن تخصص کافی اقدام به طرح دعوی می‌نمایند که به جای تقدیم دعوی حقوقی اقدام به طرح شکوائیه کیفری می‌نمایند. امروزه در بیشتر کشورها حرفه وکالت مثل سایر مشاغل به تخصص‌های متعدد تقسیم شده است و هر رشته‌ای نیز در دوره‌های زمانی معین بازآموزی می‌شوند تا میزان اثرگذاری بالا

رود چرا که با گسترش سایر علوم و افزایش جمعیت رفته رفته رشته‌های علم حقوق و طرح دعاوی نیز پیچیده تر می شود. برای نمونه بارها مشاهده شده است که شکوائیه کلاهر داری به جای دادخواست ناشی از قراردادهای پیش فروش آپارتمان در نظام قضایی ایران تقدیم محاکم گردیده است و سپس قرار منع تعقیب صادر و مجددا اقدام به طرح دعوی حقوقی مثلاً فسخ یا دعاوی مشابه شده است که این چنین موارد بارها تکرار و منجر به تورم دعاوی یا به عبارتی سده ترافیش ورودی پرونده‌ها شده است.

۳- علل تورم دعاوی

علل گوناگونی نظیر مشکلات ریشه ای، مشکلات ناشی از قوانین، ساختار قضایی و عوامل و نیروی انسانی وجود دارد که به بررسی مختصر آنها می پردازیم.

۳-۱- ریشه‌های تورم دعاوی در ایران

یکی از علل تورم، ریشه ای می باشد. دادرسی با توجه به کتاب ترمینولوژی حقوق دکتر لنگرودی به معنای اعم رشته ای از علم حقوق است که هدف آن تعیین مقررات راجع به اقسام دعاوی و اجراء تصمیمات دادگاهها می باشد که در فقه به آن علم القضاء گویند و به معنای خاص مجموعه عملیاتی است که به مقصود پیدا کردن یک راه حل قضایی به کار می رود و تورم دعاوی به معنای افزایش پرونده‌ها در مراجع قضایی است.

در حقیقت به مانند آینه ای کاستی های ریشه دار در پیکره نظام قضایی را منعکس می کند. این موضوع به خاطر تضییع حقوق عمو می باعث نا رضایتی عمومی، کاهش اعتماد به دستگاه قضایی، کاهش عدالت و امنیت در سطح کشور، تراکم پرونده ها در مراجع قضایی، کاهش اقتدار قوه قضاییه و مهم تر از همه، به خاطر ایجاد فاصله بین کیفر و عمل مجرمانه اثر باز دارندگی مجازات را کاهش می دهد.

بعد از انقلاب اقدام هایی برای دستیابی به یک سیستم نوین که متفاوت با سیستم دادرسی گذشته، پاسخگوی نیازهای جامعه و متناسب با شریعت اسلام باشد احساس می شد ولی این هدف تحقق نیافت و افزایش پرونده بدتر از گذشته ادامه یافت.

سرانجام بالا گرفتن انتقادهای حقوقدانان از نحوه دادرسی در سیستم جدید، مسئولان قوه قضاییه را بر آن داشت که سیستم مذکور را اصلاح کنند.

بدین منظور اقداماتی از جانب آنان صورت گرفت ولی مشکل افزایش پرونده به جای خود باقی ماند. یکی از دلایل مهم آن کثرت قضات کم سابقه و جوان و کثرت پرونده‌ها بود که خود به معنای کاهش کیفیت دادرسی و بالا رفتن تخلفات قضایی بود. تورم دعاوی تنها به کمبود امکانات یعنی قاضی و کارمند مربوط نشده و نیازمند اقدامات در سطح گسترده‌تر و در زمینه‌های متفاوت می‌باشد. (جلیلونند، ۱۳۸۴، ۲۳)

۲-۳- علل تورم دعاوی ناشی از قوانین

عدم رعایت دقیق فنون قانونگذاری : شامل استفاده نکردن از جملات اخباری، تکرار جملات، استفاده از کلمات هیجانی، استفاده از اصطلاحات خارج از حدود علمی، عدم استفاده از اصول و زبان حقوقی در تدوین قانون و ... عدم توجه به تدوین و گردآوری علمی قوانین: کثرت متن‌های قانونی به حدی رسیده که اصل (جهل به قانون رافع مسئولیت نیست) زیر سؤال می‌رود؟ به طوری که امروزه حتی اصحاب قانون در تسلط به متن قانون دچار مشکل می‌شوند تا چه رسد به مردم عادی. ولی همه واقفیم در مواردی عدالت فدای حفظ نظم در جامعه می‌شود. تعدد مراجع تقنین: با وجود این که طبق قانون فقط قوه مقننه حق وضع قانون را دارند. گاهی به بعضی مراجع و سازمان‌ها اختیار قانونگذاری داده می‌شود. مشکلات ناشی از قوانین ماهوی کثرت عناوین مجرمانه در قوانین جزایی و حقوقی باعث عدم ثبات این قوانین، از بین بردن ابهت قانون در ذهن مردم و ایجاد مشکلات فراوان برای جامعه و قضات و وکلا شده است. یکی از دلایل پر حجم شدن قوانین جزایی این است که هر دستگاه به فکر منافع خودش است. برای هر عملی که منافع آنان را به خطر می‌اندازد جرم مشخص کرده است. متأسفانه این از نبود یک سیاست جنایی که دارای پایه و اساس محکمی باشد ناشی می‌شود. مشکلات ناشی از قوانین شکلی از آن جایی که هدف از وضع قانون برقراری نظم و آسایش است مشکلات ناشی از قوانین شکلی با اطلاع ی دادرسی ارتباط مستقیم دارد. (همان، ۲۹)

۳-۳- علل ناشی از ساختار قضایی

الف) عدم گسترش و توسعه ی کمی و کیفی امکانات: با وجود وظایف مهم و حساس قوه قضاییه، این قوه دارای ضعف مالی و فاقد امکانات لازم است.

ب) ضعف و نواقص موجود در امر بازرسی: متأسفانه امروز با وجود مراجع متعددی که این امر را بر عهده گرفته اند، این شیوه کارایی لازم را ندارد چون این نظارت ها مستمر نیست و از نظام تشویق در آن خبری نیست که باعث دلسردی قضات موفق و فاضل می شود.

ج) فقدان ضابطین کار آمد: ضابطین دادگستری باید شرایطی داشته باشند از جمله به وسیله قانون معرفی شوند، اقدامات آنها در چهارچوب قانون و تحت نظارت مقام قضایی باشد تا عملکرد مناسب تری داشته باشند.

۴-۳- علل ناشی از عوامل و نیروی انسانی

نقش عملکرد قضات: تعجیل مراجع گزینش در انتخاب قاضی، داشتن تحصیلات پلیس با توجه به تنوع علم حقوق (امروزه دیگر مدرک لیسانس برای قاضی کفایت نمی کند)، ندادن استقلال به قاضی که باعث تزلزل موقعیت او می شود و عدم توجه به وضعیت رفاهی و معیشتی قاضی.

نقش عملکرد کارمندان مراجع قضایی: ۱. تاخیر در انجام دستورات ۲. انجام دستورات به نحو اشتباه ۳. ارسال با تاخیر پرونده ها به دوائر اجرای احکام

۴. کوتاهی در تهیه و ارسال پاسخ مکاتبات و پرونده های مطالبه شده.

۵. عدم دقت در ثبت به موقع و دقیق لوایح و دادخواست ها

۶. کوتاهی در بایگانی اوراق پرونده ها و گم شدن آنها.

۴-۴- راهکارهای کاهش دعاوی توسط سیستم قضایی

در این مبحث در دو گفتار با موضوع راهکارهای کلان و راهکارهای محلی در خصوص کاهش تورم دعاوی مطالبی بیان شده است.

۴-۱-۴- راهکارهای کلان کاهش دعاوی

۱- رفع کمبود امکانات: قوه قضاییه، قوه ای است که وظایف بسیار مهم و سنگینی بر عهده دارد و باید امکانات متناسب با وظایف محول شده باشد. امروزه با وجود این که بهبود امکانات سیر صعودی دارد. اما این مشکل آن قدر عمیق است که نتوانسته است این خلا را پر کند و هنوز بعضی از مراکز استان ها فاقد ساختمان اداری مناسب هستند.

۲- تامین نیروی انسانی : در این قوه عموماً کارها توسط نیروی انسانی انجام می شود و کمبود کارکنان موجب تحلیل رفتن توان جس می و روحی کارکنان دیگر می شود. البته بعد از انقلاب شاخص تعداد مراجع قضایی و قاضی و زمان رسیدگی به پرونده ها نسبت به جمعیت رشد داشته اما راهکار اصلی مقابله با اطاله دادرسی در استخدام نیروی انسانی نیست.

۳- حذف قوانینی که موجب اطاله ی دادرسی اند: الف) قوانینی که موجب افزایش آمار و پرونده های محاکم قضایی می شود مثل وصف کیفری صدور چک بلا محل که باعث شده حدود یک سوم زندانیان را صادر کنندگان چک بلا محل تشکیل بدهند در حالی که این موضوع در بسیاری از کشورها جرم نیست . البته به نظر بنده حقیر بلا تکلیف گذاشتن این موضوع موجب توسل مردم به شرخرها می شود که خود به نوعی دیگر باعث افزایش جرم در سطح جامعه می شود. ب) حذف قوانینی که موجب کندی یا توقف جریان دادرسی است . ج) حذف قوانین دارای ابهام و اجمال که باعث تفاسیر نا درست و سیل فراوان سؤالات به سوی مراجع قضایی می شود.

۴- صلاحیت نیروی انسانی: انتخاب افراد با صلاحیت، افرادی که به منافع جامعه و مردم و تحقق عدالت فکر کنند، به دنبال فساد و رشوه خواری نباشند نقش اساسی در روند کار قضایی دارد . گزینش نه تنها در مرحله ورود بلکه بعد از آن هم باید به صورت نظارت وجود داشته باشد . ولی متأسفانه در مرحله گزینش بیشتر به تدین و اعتقاد قاضی توجه می شود البته شم قضایی او.

۵- بالا بردن سطح آگاهی از طریق آم وزش نیروی انسانی و آموزش همگانی : توجه و تلاش قوه قضاییه در این مورد بسیار اندک و ناچیز است.

۶- ارتقای سطح زندگی قضات و کارکنان: این موضوع باعث افزایش آرامش روانی و تمرکز فکر آنها برای ایفای وظایف خود و داشتن فرصت و تمرکز کافی برای مطالعه و رسیدگی به پرونده ها.

۷- استفاده از تکنولوژی: در ثبت و بایگانی و ارسال مراسلات استفاده از تکنولوژی باعث تسریع دادرسی می شود.

۸- تشکیل پلیس قضایی: پلیس قضایی باید از پلیس انتظامی تفکیک شود و دستگاه قضایی نیازمند نیروی مسلح و تعلیم یافته ای است که دستورهای قضایی را به نحو احسن و در کوتاهترین زمان انجام دهد. دکتر بهشتی بعد از انقلاب این نهاد را ایجاد کرد که مدتی بعد از فوت ایشان به علت عدم درک اهمیت این نیرو منحل شد. در زمان ریاست آقای یزدی به علت مخالفت های زیادی که

با این طرح شد و دخالت‌های خارج از قلمرو ماموران پلیس در کار قضا منحل شد. لایحه‌های مجدد آن در سال ۸۸ دوباره مطرح شده است و آیت‌الله لاریجانی ایجاد دوباره آن را از سیاست‌های اصولی و جدی قوه قضاییه اعلام کرده اند و گفتند مشابه این پلیس در بسیاری از کشورهای جهان در حال انجام وظیفه است و امیدواریم مجلس در این زمینه همکاری لازم را با ما داشته باشد.

۹- نظارت صحیح و دقیق: واحدهای نظارتی در کشور ما زیاد است ولی کارایی لازم را ندارند. نظارت صحیح و درست قطعاً به رفع مشکل تورم دعاوی کمک می‌کند. (جلیلوند، پیشین، ۳۲)

۲-۴- راهکارهای منطقه‌ای و محلی کاهش دعاوی

شیوه‌هایی از جمله توزیع عادلانه امکانات، استقرار نظم اداری، اجرای برنامه‌های آموزشی، رفاهی، نظارتی و اصلاح جریان دادرسی و شیوه ابلاغ اوراق قضایی از روش‌های هستند که می‌توانند راهکارهای مناسبی باشند.

در خصوص اصلاح جریان دادرسی باید در نظر داشت که تشکیل پرونده باید با رعایت اصول نگارش صحیح صورت گیرد. حتی در صدی از شکایات و درخواست‌هایی که توسط وکلای دادگستری ارائه می‌شود دارای اشکالات نگارشی است. یکی از راه‌حل‌های مناسب سازماندهی عریضه نویسان است که شامل یک دوره از جمله ثبت و شناسایی آنها، گزینش درست، ایجاد دوره‌های آموزشی برای آنها، تعیین محل مناسب، تعیین حق‌التحریر، آموزش عمومی به مردم از طریق رسانه‌های عمومی، کنترل شکایات و دادخواست قبل از ارجاع توسط یک کارمند مطلع برای رفع نواقص احتمالی در آن.

در خصوص ارجاع، ۱. عدم ارجاع اولیه به مراجع انتظار می‌آید. ۲. رعایت عدالت در ارجاع بسیار مهم است، یعنی با توجه به توانایی قاضی پرونده‌ها به آنها ارجاع شود تا از تراکم پرونده‌ها جلوگیری شود. میتوان با تخصصی کردن شعب دادگاه‌ها با توجه سبکی و سنگینی پرونده‌ها و تفکیک بین پرونده‌های حقوقی و کیفری روند اداری را سرعت بخشید. اولین اقدام دادگاه بعد از ارجاع پرونده‌ها اهمیت زیادی دارد، می‌شود با تفکیک پرونده‌ها با توجه به وضعیت و موضوع آنها کاهش تورم دعاوی کمک زیادی کرد. اصلاح دستورهای قضایی: بعضی قضات عادت به صدور دستورهای کلیشه‌ای دارند که از سالیان گذشته بوده و به شکل رویه در آمده است و احتمال

نهی دهند که شاید این دستور ها اشتباه باشد بدین دلیل باید در دوره های کار آموزی دوره هایی برای بررسی و اصلاح دستورهای قضایی گذاشت، تا کار آموزان منفعل نمانند.

اجرای سریع دستور توسط ضابطین: که نیازمندی اقدامات اساسی از جمله آموزش ضابطین، تعیین ضرب الاجل، سرکشی به ضابطین، برخورد با ضابطین سهل انگار و برقراری جلسات هماهنگی است. اجرای دستور توسط دفتر دادگاه: که عموماً با تاخیر صورت می گیرد ولی می توان با صدور بخشنامه زمانی برای آن معین کرد مثلاً مشخص کنند ۲۴ ساعت پس از زمان وصول باید آن را به طور کامل اجرا کنند. ارسال پرونده ها و نامه ها: که باید با سرعت و دقت صورت گیرد و نیازمند بازرسی و نظارت مداوم برای اطمینان از روند کار است تا اگر مانعی به وجود آمد به سرعت برای رفع آن اقدام شود.

ابلاغ ناصحیح یا عدم ابلاغ اوراق قضایی نیز جریان دادرسی را مخدوش می کند. برای جلوگیری از این موضوع می توان بر واحد ابلاغ نظارت داشت و مامورین ابلاغ را آموزش داد. به کار گرفتن قضات تحقیق در دادگاه ها که نباید نقش قضات تحقیق را انکار کرد ولی از آنجا که داری اختیارات لازم نیست و باز جویی و تحقیق از جانب آنها باید نزد قاضی تکرار شود باعث اطاله ی دادرسی می شود پس بهتر است برای پرونده هایی مثل قتل و سرقت مسلحانه قضات تحقیق باشند ولی برای سایر پرونده ها از این کار خود داری شود تا این کار از صرف زمان و وقت جلوگیری کند. در خصوص دادگله تجدید نظر نیز بهتر است از تجدید زیاد دادگاه خودداری شود و غیبت قاضی فقط با دلایل موجه پذیرفته شود. در جریان دادرسی ممکن است ابهامات و سؤالاتی فرا روی قاضی قرار گیرد که قاضی مجبور به تجدید جلسات شود که باید تعدادی قضات با سابقه برای این منظور پیش بینی شود تا به سؤالات آنها پاسخ دهد. امروزه گامهای موثری به این منظور برداشته شده است. همچنین در خصوص تنظیم اوقات دادرسی، قانون مشخصی برای تعیین اوقات دادرسی و تعداد پرونده هایی که در هر روز باید رسیدگی شود وجود ندارد و تصمیم در این باره بر عهده ی قاضی است.

۵- ارتباط وکیل و موکل و نقش تبادل اوراق قضایی در کاهش دعاوی

وکیل دادگستری به واسطه اقتضای شغلی همواره مورد توجه بوده و اعمال و رفتار وی از سوی اشخاص تحت نظر می باشد. اعمال دقت در جمع آوری و ارائه مدارک از سوی موکل، مذاکره کامل در خصوص دعوی مورد نظر با موکل جهت اخذ توضیح، یادداشت برداری و خلاصه نویسی مطالب، وقت شناسی در روابط با موکل، باخبر ساختن موکل از روند و سیر پرونده از جمله

وظایف اخلاقی یک وکیل متعهد است. در این راستا وکیل آگاه با دقت و درایت تمام موکل خود را با واقعیات موجود آشنا ساخته و نتیجه احتمالی پرونده را تا حد امکان برای موکل خود منعکس می‌سازد و قبل از طرح دعوی یا شروع به دفاع نکات لازم و سیر پرونده را برای ایشان تشریح کرده و از نتیجه احتمالی آن موکلش را با خبر می‌سازد. طبق ماده ۴۵ قانون وکالت وکلا باید اثر قانونی عدم پیشرفت دعوی موکل را در امری که نسبت به آن قبول وکالت می‌نمایند اعم از امور حقوقی و جزایی مخصوصاً در اقامه دعوی جزایی و دعاوی جعل و اعسار قبل از تنظیم قرارداد حق الوکاله به موکل خاطر نشان نماید و این امری است که بایستی از ناحیه وکیل دادگستری مراعات شده و در دستور کار وی قرار گیرد و وکالت دعوائی را که احتمال موفقیت در آن بسیار ضعیف یا اندک است با صحنه سازی و ایجاد اطمینان به موکل، نپذیرد چراکه موکل تحت تأثیر وکیل قطعاً به چنین امری تن خواهد داد در حالی که تحمیل چنین دعوائی به موکل که آثار بد و نامطلوبی را در بر خواهد داشت به دور از اخلاق و عدالت است. بدین سان وکیل دادگستری با رعایت چنین مواردی از آرامش لازم بهره برده و ضمن تقویت روحی خود، اعتبار و حسن شهرت لازم را کسب خواهد کرد و با مرور زمان ضمن کسب شهرت از قدر و منزلت خوب برخوردار خواهد بود که این مهم لازمه یک وکیل متعهد و موفق است. (قانون وکالت ایران)

۶- نقش وکیل در حل و فصل دوستانه دعوا

شیوه‌ای از حل اختلافات و دعاوی که از قدیم الایام مرسوم می‌باشد شیوه کدخدا منشی وریش سفیدانه بوده است. (کشاورز، ۱۳۹۲، ۱۳۷) روش فوق بدون هزینه مالی و بیشتر متکی بر شخصیت‌های معنوی و بزرگواری ویژه افراد تکیه دارد. به همین دلیل شورای حل اختلاف باتاسی از این روش تاسیس گردیده و هدف آن نیز برقراری صلح و سازش بوده که در مقام عمل هر چند اقدام به صدور رای می‌نماید. لذا برای اینکه بتوان از به جریان افتادن و ورودی و تورم دعاوی جلوگیری نمود شیوه متداول و مناسب بهره‌گیری از حل و فصل دوستانه دعوی است.

۱-۶- نقش وکیل در پرونده‌های حقوقی

برخی از نکات قابل ملاحظه و توجه در خصوص رابطه وکیل و موکل، در پرونده های مدنی و کیفری مشترک و یکسان و بعضی دیگر مختص هر یک از این دو است که در ذیل این عنوان ملاحظات کلی در پرونده‌های حقوقی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۶- ملاحظات کلی در پرونده‌های مدنی

پرونده‌های مدنی در دعاوی دادگستری در نحوه طرح دعوی ساختار و ساز و کار ویژه‌ای دارند که از جمله ارسال اظهارنامه و یا شیوه طرح دادخواست به نحوی که نتیجه مورد نظر حاصل گردد باید به موکل تفهیم شود. اگر اظهارنامه‌ای را برای ابلاغ آوردند، پس از قرائت متن و آگاهی از هویت ارسال کننده از دریافت آن خودداری کند و یا با گرفتن نسخه ثانی در نسخه اول و سوم، در ستون پاسخ، فقط بنویسد: "تکذیب می‌شود" و یا اصلاً چیزی ننویسد. به طریق اولی باید به موکل تفهیم شود از ارسال اظهارنامه برای طرف دعوا یا مذاکره با او بدون آگاهی و حضور وکیل اکیداً خودداری کند. موکل باید بداند اگر فرد یا افرادی برای "تأمین دلیل" و نه تأمین خواسته یا اجرای دستور موقت، به محل کار و یا منزل او مراجعه کردند، از هر نوع همکاری با آن ها خودداری و از ورودشان ممانعت کند و فوراً با وکیل تماس بگیرد. هر چند این مسئله در صورت جلسه پذیرش دعوا منعکس می‌شود اما لازم است وکیل با پرس و جوی دقیق از وجود یا عدم دعاوی مرتبط مطروح یا غیر مطروح آگاه شود و با توجه به این آگاهی در خصوص نحوه طرح دعوا و خواسته آن اتخاذ تصمیم کند. برای موکل روشن شود پرداخت هزینه های دادرسی و دستمزد کارشناس و امثال این ها تأخیربردار نیست و در این موارد چانه هم نمی‌شود زد و تأخیر و تعلل ممکن است باعث از بین رفتن اصل و کل حق شود. ایضاً به او توجه داده شود اگر قرار است حق الوکاله را قسطی بپردازد، ن باید در پرداخت اقساط تأخیر کند و الا چه بسا با استعفای وکیل و عواقب غیرقابل پیش بینی آن مواجه خواهد شد. نشانی دقیق و مشخصات طرف دعوا (نام، نام خانوادگی، نام پدر و شغل) باید بر مبنای اظهار و اعلام موکل دقیقاً در صورت جلسه پذیرش دعوا یا جداگانه نوشته شود و موکل آن را امضاء کند. تأکید می‌کنیم همواره پیش از جلسه اول رسیدگی، خواه موکل مهاجم باشد یا مدافع، باید به او تصریح و تفهیم شود اصول اسناد را همراه بیاورد. بدیهی است این تصریح و تفهیم باید مکتوب و طی صورت جلسه باشد. در دعاوی مدنی (حقوقی) هم ممکن است موکل مدعی داشتن امکانات یا ارتباطات مؤثر در نتیجه کار بشود یا برای انجام اقداماتی برای تسریع یا تضمین نتیجه اعلام آمادگی کند. در این موارد وکیل باید به موکل بگوید این بار این مطلب را نشنیده می‌گیرد اما موکل دیگر نباید در خصوص این مسائل با او سخن بگوید. درعین حال وکیل باید تصریح کند که اثباتاً یا نفیاً در این گونه موضوعات اظهار نظری نمی‌کند. قسمت اخیر برای احتراز از "طلب کار شدن موکل" است. بدیهی است حکم طرف دیگر سکه متفاوت است. یعنی اگر موکل با ارائه شواهد و مدارک و ادله ای مدعی وجود انحراف و اعوجاجی در جریان رسیدگی شد و به طریقی قادر به اثبات ادعای خود بود، وکیل در راهنمایی او به دادرسی انتظار می‌قضات و حراست قوه قضائیه و خلاصه کلیه مراجع نظارتی و امنیتی نباید تردید کند. این عذر که "اشباه و نظایر ومانندهای چیزی- مثلاً چنان زیاد شده است که

کاری نمی‌شود کرد" یا "باید هم رنگ جماعت شد" و مانند این‌ها از وکیل قابل پذیرش نیست. (همان، ۱۳۴) در خصوص صلح و سازش باید توجه داشت:

اولاً- پیش از این گفته شد حق صلح و سازش را در وکالت نامه موکلین ناآشنا نباید گنجانند. در مورد موکلین قدیمی و آشنا هم، مجوز جداگانه کتبی در هر مورد باید اخذ شود و با این همه بهتر است در نهایت سند صلح و گزارش اصلاحی به امضای شخص موکل برسد.

ثانیاً- "در خواست سازش" موضوع مواد ۱۷۸ تا ۱۹۳ قانون آئین دادرسی مدنی، ابزار و روشی است که چندان شناخته شده نیست و وکلا کمتر از آن استفاده می‌کنند. اما در برخی موارد می‌تواند مفید باشد. وقتی، بنا به اظهار و با توجه به دلایل و مدارک موکل، بین او و طرف دعوا، نوعی تعادل و تساوی قوا وجود دارد، مکانیسم سازش می‌تواند مؤثر باشد. البته مشروط به این که، طرف دعوا و وکیل او هم به همین نتیجه (یعنی وجود تعادل و تساوی بین ادله طرفین)، رسیده باشند.

ثالثاً- مذاکرات اصلاحی باید با حضور موکل و طرف دعوا و وکیلش و بودن حضور و دخالت هیچ فرد دیگر انجام شود. بهتر است طرفین و وکلا تلفن‌های همراه و سایر ابزارهایی را که ممکن است برای ضبط به کار رود با خود به جلسه نیاورند و در آغاز جلسه این توافق اخلاقی بین حضار صورت گیرد که آنچه در این جلسه گفته شود در صورت عدم حصول سازش، قابل استناد نخواهد بود و چنانچه مطرح شود، منتسب الیه آن را انکار خواهد کرد. این به خاطر آن است که ممکن است مثلاً پس از جلسه یکی از طرفین وکیل خود را عزل یا وکیل استعفا کند و سپس موکل سابق به اطلاعات وکیل سابق خود استناد نماید (بگذریم که بعید است وکیلی حاضر به ایفای نقشی چنین غیر اخلاقی و غیر حرفه‌ای شود).

رابعاً- گزارش اصلاحی که قرار است بعداً در صورت جلسه دادگاه وارد شود باید با کسب نظر موکل و طرف و با رعایت کلیه خواسته‌ها و امکانات آن‌ها تنظیم شود و متن کاملاً روشن و خالی از ابهام باشد ولو اینکه مفصل شود. از به کار بردن صفت و قید مبهم اکیداً خودداری شود. همه دعاوی و ادعاها را در برگرد و این نکته در متن تصریح شود. ضمانت اجرا، جریمه تخلف و روش اجرا به نحوی پیش‌بینی شود که کاملاً روشن و عم‌لی باشد و اگر صدور اجراییه لازم شد، اشکالی پیش نیاید. دقت شود مفاد سازش نامه با حقوق اشخاص ثالث معارضه پیدا نکند. سازش نامه مغایر محتویات دفتر املاک نباشد. اگر اجرای مفاد سازش نامه مستلزم انجام امور و تهیه مقدماتی است، این امور در صورت تخلف، از طریق اجرای دادگاه قابل عمل باشد. در سازش نامه مطالبی که "شرط مجهول" یا "شرط غیر قابل اجرا" تلقی شود، نباید زیرا هر چند دادگاه تنظیم

کننده گزارش اصلاحی متن را ممیزی و تنقیح خواهد کرد ولی ممکن است به منظور ختم کار، یا به علت شتاب، موردی را نادیده بگیرد یا متوجه نشود. هر چند در مقام اجرا، در چنین حالتی دادگاه و دایره اجرا هم گرفتار خواهند شد، اما گرفتاری اصلی به اصحاب دعا و طرفین سازش نامه برمی گردد. (کشاوری، ۱۳۹۲، ۱۳۷)

۷- نقش وکیل در درج شرط داوری در قراردادهای و ترویج آن

قرارداد نوعی از روشهای معاملات مرسوم جامعه می باشد که امروزه انواعی دارد مثل قراردادهای پیش فروش آپارتمان، قراردادهای مدنی مثل بیع، اجاره، قراردادهای تجاری بین المللی و قراردادهای بازرگانی به علت نجات از گرفتار شدن در پیچ و خم های دادگستری شرط داوری درج و اختلافات حل و فصل می شود. در خصوص ترویج داوری می توان گفت: مشاوران حقوقی می توانند نهاد داوری را معرفی کنند. اما نقش عمده معرفی داوری را قوه قضاییه بر عهده دارد و می تواند در تبلیغ و تثبیت و توسعه داوری، نقشی خطیر ایفا کند. با توجه به این امر که در تمام دنیا از نهاد داوری به خصوص در زمینه بازرگانی استفاده می شود، در کشور ایران، نهاد داوری در تجارت بین الملل بیشتر کاربرد دارد. زیرا ارجاع مسایل تجاری به رویه های قضایی باعث گذر زمان و در نتیجه کاهش سود تجار و بازرگانان می شود. به همین دلیل طرفین با انتخاب یک هیئت داوری، رسیدگی به اختلافات خود را با روندی آسان تر پیگیری کرده و از این طریق از پیچیدگی دادرسی بین الملل جلوگیری می شود.

۷-۱- ترویج صلح و سازش با توسعه نهاد داوری

با وجود گذشت بیش از سه دهه از ایجاد تحول در نظام قضایی کشور و افزایش انتظارات مردم از دستگاه قضایی برای تحقق عدالت در جامعه، قوه قضاییه همچنان با مشکلاتی مانند اطاله دادرسی، حجم بالای ورودی پرونده به دستگاه قضایی (تورم دعاوی)، پایین بودن آگاهی های حقوقی مردم و ... مواجه است.

کاهش روند رسیدگی به اختلافات در نظام قضایی ایران همواره یکی از دغدغه های مسئولان دستگاه قضایی بوده است. ترویج صلح و سازش با استفاده از یک پتانسیل قانونی و البته کاملاً عقلایی با عنوان «داوری» یکی از راهکارهایی است که می تواند دستگاه قضا را بیش از پیش در پیمودن این مسیر یاری دهد.

۷-۲- موارد ارجاع به داوری

داوری به این معنی است که طرفین اختلاف بدون مراجعه به دادگاه شخصی را برای رسیدگی به اختلاف بالفعل یا بالقوه خود انتخاب کنند. در نظام حقوقی ایران، بعضی مقررات راجع به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی ذکر شده است که مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ را شامل می‌شود، همچنین در برخی متون دیگر نظیر موردی که یک طرف داوری اشخاص خارجی هستند، قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب سال ۷۶، تدوین شده است. همچنین داوری در بورس و قانون پیش فروش آپارتمان‌ها نیز دارای قوانین خاص خود هستند. با بیان این که داوری در مواردی که اختلاف طرفین به صورت خصوصی است کاربرد دارد، اما در جایی که موضوع دارای جنبه کیفری و نظم عمومی است و یا حتی در مواردی که دعوی اگرچه خصوصی است، دارای منزلت و ویژگی خاصی است؛ مانند ورشکستگی، یا اصل طلاق و مواردی از این قبیل را نمی‌توان به داوری ارجاع داد. همچنین اصل ۱۳۹ می‌گوید: صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی نیز ارجاع به داوری باید به تصویب مجلس برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند. این مباحث تحت عنوان موضوعات داوری پذیر به بحث گذارده می‌شود.

۷-۳- جای خالی نهاد میانجی‌گری

در حقوق ایران جای نهادهای میانجی‌گری که یک مرحله قبل از داوری انجام می‌شود خالی است، ادامه می‌دهد: اشخاص باید الزام داشته باشند که اختلافات خود را حل کنند و تمام سعی خود را برای صلح و سازش انجام دهند. باید به این نکته نیز توجه داشت که به عقیده بسیاری از حقوقدانان، الزام به داوری در قانون با ذات داوری در تعارض است. زیرا داوری در نهاد خود، حقی انتخابی برای افراد است و الزام قانونی بدان، با اما واگرایی مواجه خواهد بود.

۷-۴- نقش مشاوره‌ای وکیل در جلوگیری از تورم دعاوی

فرض ما این است که موکل به وکیل برای طرح یا تعقیب یا پاسخ‌گویی یک دعاوی مدنی یا کیفری وکالت داده است و نه مثلاً برای حضور در جلسات مذاکره جهت تنظیم قرارداد مشارکت و امثال این‌ها. وکیل پس از پایان جلسه مشاوره و مصاحبه و قبول وکالت از موکل به بازنگری موضوع خواهد پرداخت. ممکن است نظر و قضاوت او در این بازنگری (نسبت به آنچه بلافاصله

به ذهنش متبادر شده) دگرگون شود. همچنین ممکن است برای مشکل موکل راه حل های مختلفی به نظرش برسد. مثلاً برای برخورد با معضل موکل هم راه حل مدنی و هم کیفری وجود داشته و یا مثلاً امکان طرح دعاوی خلع ید و رفع تصرف عدوانی (هر دو) موجود باشد. این که وکیل پیش از اتخاذ تصمیم نهایی مطالعه و مشورت کافی بکند، بسیار خوب است و اصولاً وکیلی که از مطالعه و مشورت گریزان است، وکیل نیست. اما این بررسی و تحقیق نباید خیلی طولانی شود و در عین حال نباید به مرحله وسواس برسد. موکلی که وکالت نامه را امضا کرده و پیش پرداخت حق الوکاله را داده، انتظار اقدام سریع دارد. اگر موضوع وکالت پاسخ گویی به دعوا یا حضور همراه با موکل در بازپرسی و دادیاری باشد، مطالعه و مشورت ناچار و به خودی خود مقید به زمان (یعنی وقت رسیدگی یا زمان حضور در دادسرا) خواهد شد. وکیل باید دیدگاه یا دیدگاه های خود را در خصوص موضوع در قالب دادخواست، شکوائیه و لایحه دفاعیه برحسب مورد بریزد و درست همان چیزی را که می خواهد به مرجع قضایی بدهد، با ذکر ادله و ارائه مستندات، مکتوب کند. سپس به ارزیابی موارد (اگر راه حل های متعدد باشد) بپردازد و موارد مختلف را به ترتیب اولویت مرتب کند. در این اولویت سنجی میزان امکان موفقیت، هزینه هایی که تحمیل می شود، احتمال طرح دعاوی افترا از جانب طرف (در دعاوی کیفری) و خلاصه همه عوامل مرثر در قضیه را در نظر بگیرد. وقتی وکیل نسبت به همه ابعاد قضیه اشرف و احاطه کامل پیدا کرد، موکل را برای مذاکره و تصمیم گیری نهایی درباره اقدامات عملی قضایی، دعوت خواهد کرد. ممکن است بررسی ها و مشورت های وکیل او را به این نتیجه برساند که احتمال پیشرفت کار، در حدی که در ابتدا پنداشته بود، نیست. یا به عبارت دیگر در صد احتمال پیشرفت آنقدر کم است که موضوع را در زمره مواردی که وکیل معمولاً آن ها را نمی پذیرد قرار دهد. همچنین ممکن است بعد از قبول وکالت موکل کارهایی بکند و حرکاتی از او صادر شود و یا درباره او اطلاعاتی به وکیل برسد که او را از گروه موکلینی که وکیل حاضر به پذیرش کار آنهاست خارج کند. در این حالت وکیل نباید در احضار موکل و اعلام استعفا و معذوریت خود به او کوچکترین تأخیری روا دارد. بدیهی است این اقدام باید به نحوی صورت گیرد که امکان تعیین وکیل دیگر را از موکل سلب نکند. پس از حضور موکل در دفتر وکیل (همیشه با تعیین وقت قبلی و رعایت دقیق وقت تعیین شده) این حالات ممکن است پیش بیاید:

۱- اگر موکل خواهان یا شاکی و راه حل و نحوه اقدام هم فقط یکی است دادخواست یا شکوائیه برای او خوانده و به سؤالات و ابهامات او پاسخ داده می شود. اگر در مورد یا مواردی بین آنچه

وکیل فهمیده یا نوشته است با آنچه موکل در این جلسه می گوید تفاوتی وجود داشته باشد، متن تنظیمی با توجه به آنچه موکل می گوید اصلاح می شود.

۲- اگر موکل خواهان یا شاکی و راه حل و نحوه برخورد با موضوع متعدد است و یا با مشکل موکل از طرق مدنی و کیفری (هر دو) می توان برخورد کرد، همه راه حل ها یک به یک و با تصریح به محاسن و معایب هر یک و تفاوت هزینه ها و طول مدت کار، برای موکل تشریح و نظر او خواسته می شود. ممکن است نتیجه این جلسه و انتخابی که موکل می کند با آنچه در صورت مجلس پذیرش دعوا منعکس شده متفاوت باشد. در این حالت، مراتب در صورت جلسه دیگری منعکس خواهد شد.

۳- اگر موکل طرف شکایت کیفری و متهم باشد، وکیل باید پیش بینی خود را درباره میزان قوت ادله و احتمالات آتی به او تفهیم و او را برای پاسخ گویی به سؤالات احتمالی آماده کند

۴- ممکن است پس از بررسی های انجام شده وکیل به این نتیجه رسیده باشد که حق الوکاله تعیینی با حجم و گرفتاری و عواقب کار متناسب نیست. در این حالت باید موضوع با موکل مطرح و در صورت موافقت او قرارداد جدید یا متمم قرارداد حق الوکاله نوشته شود. اگر در این مورد توافقی حاصل نشود، وکیل باید استعفا و اسناد و مدارک و پیش پرداخت دریافتی از موکل را مسترد کند. (کشاورز، ۱۳۹۲، ۱۱۱) وکیل پس از تفهیم راه کارهای گوناگون به موکل و تصریح به عدم امکان تضمین نتیجه مثبت کار، بالاخره نظر او را در مورد نحوه اقدام در صورت جلسه منعکس می کند و از موکل امضا می گیرد. اما همواره باید به یاد داشته باشد که مسئولیت درستی اقدام و نحوه طرح دعوا و خلاصه جنبه های قانونی و فنی کار بر عهده وکیل است و بنابراین اگر بین آنچه او به انجام آن اعتقاد دارد و آنچه موکل می گوید و می خواهد و اصرار دارد تعارض جدی وجود داشته باشد، روش صحیح استعفا از وکالت است چون در صورت خراب شدن کار و استناد وکیل به صورت جلسه و امضای موکل، قطعاً این توجیه و دفاع مطرح خواهد شد که "من که وکیل نیستم و این چیزها را نمی دانم. اگر شما حکم اعدام مرا هم جلوی من گذاشته بودید به لحاظ اطمینانی که به شما داشتم امضاء می کردم." این که دادخواست یا شکوائیه یا لایحه حسب موارد به امضای موکل هم برسد (هر چند تا حدی غیر معمول است) اما گمان می رود منافع این کار از معایبش بیشتر باشد.

۸- راهکارهای ترویج داوری از طریق وکلای دادگستری

با بیان این که کمبود آشنایی مردم باعث مراجعه کمتر به این نهاد شده است، هر چند داوری وسعت زیادی دارد، اما رویه قضایی استحکام مشخصی در مورد داوری پیدا نکرده و همین امر باعث شده تا دادگاه‌ها در مورد نهاد داوری به اختلاف افتند و برای رفع این گونه مشکلات می‌توان دو راهکار پیشنهاد کرد. اولین راهکار رفع این مشکل را این گونه تشریح می‌کنیم: اول این که مقررات داوری را باید شفاف کنیم. به طور مثال در مورد آیین دادرسی مدنی صدها ماده قانونی وجود دارد. در صورتی که برای داوری با کمبود قانون مواجه هستیم و همین امر باعث شده بعضی دادگاه‌ها نظرشان به سمتی حرکت کند که امکان حل اختلافات را فقط از طریق مراجعه به دادگاه‌ها متصور شوند. آشنایی مردم با نهاد داوری را دومین راهکار ترویج نهاد داوری می‌دانیم. این که مردم را باید با نهاد داوری آشنا کرد و مراجعه به این نهاد را از طریق معرفی فواید این نهاد ترویج کرد و به آنها با روش‌های جذاب تبلیغاتی گفت که رجوع به داوری باعث کاهش هزینه، کوتاهی رسیدگی به دعوا و رسیدگی بهتر توسط متخصصان منتخب طرفین دعوا که مورد اعتماد آنان هستند، خواهد شد. با این حال الزام به داوری را راهکار مناسبی برای ترویج این نهاد نمی‌باشد به دلیل این که داوری نهادی است که دارای جنبه نیرومند خصوصی است و افراد آزادانه به داوری در قراردادهای خصوصی مراجعه می‌کنند. در قراردادهای خصوصی به صورت کلی نفی توان افراد را ملزم به مراجعه به داوری کرد؛ زیرا این عمل دخالت در حقوق قراردادی طرفین خواهد بود. یکی از مشکلات موجود در سیستم قضایی کشور که شاید سر منشای اصلی افزایش حجم پرونده‌های ورودی به دستگاه قضایی و حتی عامل تورم دعاوی باشد، پایین بودن فرهنگ حقوقی و قضایی مردم است؛ به طوری که امروزه در میان مردم جامعه عادت شده است که برای حل کوچکترین مساله‌ای که اتفاق می‌افتد به محاکم قضایی مراجعه می‌کنند. هر چند توسل مردم به محاکم قضایی برای حل مشکلات و احقاق حقوق از دست رفته شان حقی طبیعی است، اما اگر مردم عادت کنند که مشکلات کوچک خود را با میانجیگری بزرگان فامیل خود یا محله شان برطرف کنند، به طور قطع دستگاه قضایی نیز با دقت بیشتری به پرونده‌های مهم رسیدگی می‌کند. همچنین ترویج صلح و سازش با استفاده از یک پتانسیل قانونی با عنوان «داوری» یکی از راهکارهایی است که می‌تواند دستگاه قضا را در پیمودن این مسیر یاری دهد. اما اشخاص در چه زمانی می‌توانند موضوعات خود را به داوری ارجاع دهند؟ نظر به اینکه تعیین داور برای حل اختلاف طرفین است با استناد به مواد ۴۵۴، ۴۵۵ و ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی اشخاص می‌توانند با تراضی، اختلافات خود را چنانچه در دادگاه طرح شده باشد یا نشده باشد در هر مرحله‌ای به داوری ارجاع نمایند. علاوه بر مورد مذکور متعاملین در ضمن معامله، یا به موجب قرارداد جداگانه، نیز می‌توانند تراضی نموده که در صورت بروز اختلاف به داور مراجعه نمایند.

البته برابر تبصره ماده ۴۵۶ قانون آئین دادرسی مدنی، در کلیه موارد رجوع به داور طرفین می‌تواند انتخاب داور یا داوران را به شخص ثالث یا دادگاه واگذار کنند. به استناد ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، ارجاع داورى راجع به اموال دولتی و عمو می‌به داورى پس از تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی، صورت می‌گیرد و در مواردی که طرف دعوا خارجی یا موضوع دعوی از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم بداند تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است. بنابراین محدودیت زمانی در خصوص تعیین داور وجود ندارد، چه اینکه دعوی در دادگاه مطرح شده باشد و یا نشده باشد. به استناد ماده ۴۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی در هر مورد که تعیین داور می‌شود باید موضوع و مدت داورى و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران به طوری که رافع اشتباه باشد، تعیین گردد. در صورتی که تعیین داور بعد از بروز اختلاف باشد، موضوع اختلاف که به داورى ارجاع شده باشد بطور روشن مشخص و مراتب به داوران ابلاغ می‌گردد. بعضاً مشاهده شده که برخی علیرغم تعیین نهاد داورى در قرارداد اسامی داور یا داوران را مشخص نکرده‌اند و حال سؤال این است که در اینگونه موارد چه باید کرد؟ قانونگذار در ماده ۴۵۹ قانون آئین دادرسی مدنی رفع مشکل نموده و اعلام داشته چنانچه طرفین معامله یا قرارداد متعهد به معرفی داور هستند و یا داور یا داوران خود را معین نکرده باشند و یا در موقع بروز اختلاف نخواهند و یا نتوانند در معرفی داور اختصاصی خود اقدام و یا در تعیین داور ثالث تراضی کند و از طرفی تعیین داور به دادگاه یا شخص ثالث محول نشده باشد، یک طرف می‌تواند داور خود را معین کرده و بوسیله اظهارنامه رسمی به طرف مقابل معرفی و درخواست تعیین داور کند و یا نسبت به تعیین داور ثالث تراضی کند. در این صورت طرف مقابل مکلف است ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه داور خود را معرفی و یا در تعیین داور ثالث تراضی نماید. هرگاه تا انقضای مدت یاد شده اقدام نشود، ذینفع می‌تواند حسب مورد برای تعیین داور به دادگاه مراجعه نماید. با دقت در مفاد ماده ۴۵۹ و جلوگیری از اطاله زمان در تعیین داور، شایسته است چنانچه افراد در قراردادها قصد ارجاع اختلاف به داور یا داوران را دارند، در همان قرارداد داور یا داوران خود را معرفی کنند در غیر این صورت تشریفات قانونی ماده ۴۵۹ باید رعایت شود.

۹- راهکارهای کاهش تورم دعاوی

ابداع شیوه‌های محلی در جهت کاهش تورم دعاوی یک روش های مرسوم و استفاده از وکلای محلی و متخصص در پرونده‌ها و همچنین دوره‌های بازآموزی وکلا جهت ایفای نقش وکیل در کاهش تورم دعاوی از ابزارهای مناسب می‌باشد.

۹-۱- تخصصی شدن حرفه وکالت

تخصصی کردن امور حقوقی همانند سایر علوم و فنون بنا به مقتضیات جهان امروز و پیچیدگی روابط و پویایی جوامع گسترده از ضرورت‌های کاربرد دقیق و مفید آن است، این که افزایش میزان دعاوی اعم از مدنی و جزایی ناشی از کدام عوامل است نیاز به بررسی ژرف با شرکت متخصصین امر اعم از حقوق‌دان، جامعه شناس، اقتصاددان و غیره دارد تا روشن شود چرا دعاوی با انواع خاص آن در بعضی از جوامع روز افزون است و آیا قوه قضائیه یا هر نهاد دیگری به تنهایی می‌تواند این معضل اجتماعی را حل کند، آیا ادعای پیش‌گیری از جرایم می‌تواند علت‌ها را از معلول سازی باز دارد و قوانین مرتبط به زنجیره علت و معلولی را خنثی نماید و آیا صرف خواستن بدون تألیف لوازم عین توانستن است. بدون تردید این‌ها مسائلی است که نیاز به بررسی لازم و کافی در یک چهارچوب بر نامه عملی و سیستم سازی با مدیریت توانا و آگاه دارد، اگر پدیده‌های اجتماعی را آرمان گرایانه و تنها از یک منظر نگاه کنیم از علت بروز کلیت پدیده غافل می‌مانیم و احياناً راه کارهایی ارائه می‌دهیم که وضع موجود را بدتر کند. اگر پزشک مرض را تشخیص ندهد و داروی اش تباه تجویز کند نه تنها درمان نکرده بلکه به احتمال زیاد دردی به دردها افزوده است با این تأکید که تجویز داروی اشتباهی برای درمان دردهای اجتماعی به مراتب مهلک‌تر از کار پزشک است و کاری است بس صعب و هولناک، وقتی اثرات مخرب برنامه های نامناسب در جامعه پدیدار شد به حکم عقل مسبب نباید از مسئولیت مبرا باشد به عبارت دیگر حسن نیت لازم است اما کافی نیست و پایه اصلی کاردانی است یکی از رخدادهای مهمی که در سال‌های اخیر در جامعه ما اتفاق افتاد تصویب قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۵ تیر ماه سال ۱۳۷۳ بوده و در ماده یک آن مقرر می‌داشت: "به منظور رسیدگی و حل و فصل کلیه دعاوی و مراجعه مستقیم به قاضی و ایجاد مراجع قضایی واحد دادگاه هایی با صلاحیت عام به شرح آتیه تشکیل می‌شود". در این ماده اصل عام بودن صلاحیت پذیرفته شد و در مواد بعدی به استثنائات اشاره گردید، با عملیاتی شدن این قانون و در مرحله آزمون در عرصه اجتماع، اثرات منفی آن بروز کرد و معلوم گردید که خطا است و عملکردها و قوانین در معرض نقد قرار گرفت تا این که ریاست محترم قوه قضائیه در جلسه روز پنج شنبه ۶ آبان ماه سال ۱۳۷۸ اعلام داشته: "به رغم زحماتی که در دوران ۱۰ ساله گذشته برای بهبود وضعیت قوه قضائیه کشیده شده است، اینک ما وارث یک خرابه و ویرانه در بخش مالی، اداری، قضای و قوانین این قوه هستیم". روزگاری بود که فلسفه جامع علوم تلقی می‌شد و کسانی می‌توانستند ادعا کنند که جامع العلوم هستند اما هر قدر جامعه پیشرفت کرد و پیچیده تر گردید معلوم شد که حتی برای حوزه

کوچکتری از علوم تخصص لازم است تا شخص بتواند بر آن احاطه پیدا کند و همه چیز را همگان دانند، باری به جای تخصصی کردن، عمومی کردن را گذاشتیم و بار دیگر محرز گردید که آزموده را آزمودن خطاست و بنا به مثل عربی "مَنْ جُرِّبَ ال مُجْرِبُ حَلَّتْ بِهِ النِّدَامَةُ" به هر حال در این مورد قوه مقننه چرخش سریعی به سوی تخصصی کردن نمود^۳ چنانچه قانون مقرر داشت است: "هر حوزه قضایی که دارای بیش از یک شعبه باشد آن شعب به حقوقی و جزایی تقسیم می‌شود، دادگاه‌های حقوقی صرفاً به امور حقوقی و دادگاه‌های جزایی فقط به امور کیفری رسیدگی خواهند نمود، تخصیص شعبی از دادگاه‌های حقوقی و کیفری برای رسیدگی به دعوی حقوقی یا جزایی خاص مانند امور خانواده و جرائم اطفال با رعایت مصالح و مقتضیات از وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه است. در صورت ضرورت ممکن است به شعبه جزایی پرونده حقوقی و یا به شعبه حقوقی پرونده جزایی ارجاع شود". با این اصلاح صلاحیت عام به صورت صلاحیت خاص در آمد و اصل تقسیم کار بر مبنای تخصیص و تخصص که حاصل تجربه قرن‌ها بود مجدداً پذیرفته شد و آنچه که در فاصله کوتاه میان حاکمیت دو قانون برجای ماند خسران و زیان بود که موضوع بحث‌های زیادی شد و صدمات زیان بار آن هنوز التیام نیافته است، مثال بارز فوق نشانگر آن است که در صورت عدم اعتناء یا کم بها دادن به تخصص، اشتباه رخ می‌دهد، و به ویژه اگر مسامحه‌ای نیز در کار باشد ضریب خطر افزایش پیدا می‌کند، آیا می‌توان تضمین کرد که این آخرین اشتباهی بود که رخ داده و دیگر قانون، آئین نامه و یا مقرراتی که نهایتاً موجب پشیمانی می‌شود به تصویب نخواهد رسید؟ برای این موضوع در کشورهای مختلف نظریاتی داده شده است. از جمله سوزوکی حقوق دان ژاپنی در مقاله‌ای تحت عنوان وکالت اشارتی به این مهم دارد و می‌گوید که یکی از نقش‌های وکیل در جامعه نوین امکان فعالیت او در زمینه‌های تقنینی و اجرایی است و از آن جایی که وکلاء مجالس دارای دانش‌های مختلف هستند و همگی دارای دانش حقوقی نیستند اگر یک وکیل مجرب مشاور چنین وکیل مجلسی باشد قانون‌هایی از مجلس خواهد گذشت که با واقعیت‌های جامعه سازگاری بیشتری دارد. به هر حال جوامع از نظر دین، اقتصاد و غیره با همدیگر متفاوت است اما اگر در هر جامعه ای قانون‌های وکلاء منزله و مستقلاً وجود داشته باشد و امکان تعامل و تعاون و مشاوره پیش از تصویب قانون و نامه‌ها و مقررات را به آن بدهند به راستی اثر گذار خواهد بود. رئیس کانون وکلاء بین المللی^۴ اعلام داشته است "وکیل می‌تواند شمع باشد (نسبت به اشکالات قوانین روشنگری کند) یا آئینه باشد و صرفاً به

^۳- ماده ۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱.

^۴- اجلاس IBA۲۰۰۳.

قوانین استناد کند، اما توصیه درست این است که وکیل هر دو صفت را داشته باشد و درعین اطاعت از قوانین و استناد " به آنها، ایرادات را هم بگوید و رفع آنها را هم بخواهد".

۲-۹- تشویق نظام حقوقی و نظام قضایی برای مشارکت در کاهش تورم دعاوی

هر کاری را با داشتن ابزارهای کامل و مناسب و آموزش ها و آگاهی های کافی می توان به خوبی انجام داد. ابزار کار وکیل کلمه و جمله و کلام است که از این ابزارها برای اثبات مدعی و اثبات حق یا بی حق استفاده می شود. استفاده از این ابزارها بایستی توأم با علم و آگاهی کامل باشد. این ابزارها به صورت گفتار و نوشتار توسط وکیل به کار گرفته می شود بنابراین باید چیزهایی در اختیار داشته باشد که گفتار و نوشتارش را رسا و مؤثر و منطقی و زیبا کند. مواردی که همه وکلا صرف نظر از تخصص شان به آنها نیاز دارند عبارتند از: ۱- تسلط به زبان مادری ۲- تسلط به دستور زبان فارسی ۳- ذخیره ذهنی تعداد بالای لغات فعال حقوقی (به لحاظ تمایز حقوق دانان در جامعه و می توان داشتن ذخیره لغات برای یک وکیل را به وضعیت تیر اندازی تشبیه کرد که سلاح های متعدد و فشنگ های بی شمار در اختیار دارد). تسلط به ادبیات زبان فارسی: از قدیم الایام قضاوت و وکالت با ادبیات آمیخته بود و بعضی قضات و وکلا ادیب بودند که با طبیعت کار همه سازگاری بیشتری دارند. هر وکیل دادگستری فی حد نفسه بایستی وضعیت و موقعیت خود را در این زمینه مرتباً بهبود بخشد. ابزار دیگر استدلال می باشد که به شرح مواردی است که بیشتر در متون قانونی موجود و مورد استناد طرفین هستند، مانند ۱- منطق ۲- اصول فقه ۳- قواعد فقه ۴- آگاهی از آخرین تحولات قانون گذاری و آئین نامه و تعمیمات لازم الاجرای جدید. ابزارهای کمکی دیگر: مانند کتب نگارش ابزار حاکمیتی: این قسمت از بحث اشاره به پرونده هایی دارد که مراجع قضایی ۱- تفکیک ابتدایی نسبت به شکایات مطروحه حقوقی و کیفری ارائه شده توسط اشخاص فاقد وکیل انجام و ارشاد با استفاده از وکیل نمایند. ۲- برچیدن عریضه نویسی که متأسفانه در طرح جامع رفع اطاله دادرسی شماره ۱۰ مورخ ۱۳۸۴/۷/۳۰ در بند ۷ فصل اول به ساماندهی و آموزش عریضه نویسان اشاره شده است که زیر بنای اولیه پرونده را کج می نهند. ۳- آخرین ابزار که بایستی هر ساله توسط نظام قضایی و قوه قضائیه برای برجسته نمودن وکلای فعال و سهیم در پرونده های سازش را نمود، تشویق آنان در سطح ملی و ارتقاء انگیزه سایر وکلا جهت مشارکت در کاهش تورم دعاوی خواهد بود.

۳-۹- اجباری نمودن وکیل خانواده

مباحث این گفتار هر از چند گاهی در محافل خبری نیز شنیده شده است ولی تا کنون جامه عمل به خود نگرفته است. در دنیای پیچیده امروز هر کس برای انجام کارهایش با مشکلاتی روبه رو می‌شود. در این میان راهی که عقل پیش روی ما قرار می‌دهد این است که برای مقابله با مشکلات و رفع نواقص و گرفتاری‌ها، باید با افراد خبره مشورت کنیم. وکیل، مشاور، امین و مدافع حق مردم است. حق دفاع متهم یک حق مشروع و قانونی است که اقدام به انجام آن توسط وکیل، رضایت خاطر و آرامش وجدان را برای متهم در پی دارد. مثل معروفی است که می‌گوید: دفاع اولین قانون طبیعت است و هیچ فردی بی نیاز از دفاع نیست و مزایای انتخاب وکیل این است که قاضی به وکیل بیشتر اعتماد دارد تا موکل، چرا که وکیل را اهل فن می‌داند و با قانون آشناست و می‌تواند دادگاه را در اجرای بهتر عدالت یاری کند.

۴-۹- مبنای قانونی الزامی شدن دخالت وکیل در دعاوی

ماده ۳۲ ق. اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۲۵ خرداد ۱۳۵۶ مقرر می‌داشت: "در نقاطی که وزارت دادگستری اعلام کند اقامه تمام یا بعضی از دعاوی حقوقی و نیز شکایت از آرا و دفاع از آن‌ها در دادگاه‌های دادگستری با دخالت وکیل دادگستری خواهد بود، کانون وکلای دادگستری مکلف به تأمین وکیل معاضدتی برای اشخاص بی بضاعت یا کسانی است که قادر به تأدیه حق الوکاله در موقع انتخاب وکیل نیستند. تشخیص عدم بضاعت یا عدم توانایی اشخاص برای تأدیه حق الوکاله با دادگاه مرجع رسیدگی به دعوی و در مورد شکایت فرجا می‌با دادگاهی می‌باشد که رأی مورد شکایت فرجا می‌را صادر کرده است، هرگاه پس از ابلاغ تصمیم وزارت دادگستری به الزامی بودن دخالت وکیل، امکان تعیین وکیل معاضدتی در محل محدود گشته و یا به علت افزایش دعاوی مکانات مذکور با میزان احتیاجات محل هماهنگ نباشد، وزارت دادگستری می‌تواند لتأمین امکانات متناسب اجرای تصمیم مزبور را موقوف سازد". ماده مرقوم زمینه تنظیم نامه اجرایی فعلی تلقی می‌گردد و مبنای قانونی آن به شمار می‌رود.

۱۰- نتیجه‌گیری

در خصوص کاهش تورم دعاوی قوه قضاییه اقداماتی انجام داده است که چشم پوشی از آنها به دور از انصاف است. علاوه بر اقدامات عامی که برای کاهش زمان رسیدگی به پرونده‌ها انجام داده

است (همچون احیاء دادرسا و...) دستورالعمل‌هایی را برای رفع کاستی‌های موجود در نظام قضایی سرلوحه‌ی کار خود قرار داده، که به شرح ذیل است.

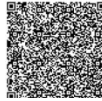
۱. اصلاح روندها، فرم‌ها و رویه‌ها ۲. جبران نواقص ۳. اصلاح تشکیلات ۴. افزایش تعاملات و ارتباطات درون سازمانی و برون سازمانی ۵. تمرکز گرایی در امور مرتبط با دادرسی ۶. تکریم ارباب رجوع و حفظ حقوق شهروندی در طول مدت دادرسی ۷. ایجاد تغییر در نظام تشویقات و تنبیهات در جهت تسریع در روند دادرسی ۸. تشکیل اداره‌ی ارشاد و معاضدت قضایی به منظور راهنمایی و ارشاد مراجعین در اقامه‌ی دعا و پیگیری آن و همچنین بهره‌گیری از وکلای معاضدتی برای مراجعین بی بضاعت ۹. ایجاد مرکز مشاوره تلفنی در هر حوزه‌ای که تعداد مراجع زیاد باشد ۱۰. ایجاد قانون کارشناسان رسمی دادگستری به منظور ایجاد هماهنگی با مقامات قضایی و رفع اشکالات موجود. قوه قضاییه یکی از نهادهای مهم در کشورمان است و نیازمند همکاری جدی قوه مجریه و مقننه برای عملکرد بهتر است. به دلیل حساسیت زیادی که بر کار این قوه است سیر انتقادات به سوی آن روانه می‌شود و کوچکترین کاستی از نگاه نکته‌سنجان دورن می‌ماند، بدین منظور از مسئولین انتظار می‌رود تا ضعف‌های موجود را به حداقل برسانند. اصلاح و تغییر در روند قضایی به منظور رسیدن به کم‌ال مطلوب همواره وجود داشته است و این آرمان یعنی توسعه قضایی تحقق نمی‌یابد، مگر با مساعدت و کلا و قضا فاضل تا با بررسی نظام فعلی و گوش سپردن به انتقادات و پیشنهادها گام‌های موثری در رفع این مشکل بردارند. تخصیصی کردن امور حقوقی با توجه به گستردگی آن مانند سایر علوم و فنون بنا به مقتضیات و پویایی جوامع گسترده از ضروریات کاربرد دقیق و مفید آن است و نگرش آرمان‌گرایانه نمی‌تواند علت‌ها را از معلول سازی باز دارد و صرف خواستن بدون تألیف لوازم عین توانستن نیست. امروزه حتی برای حوزه کوچکتری از علوم تخصص لازم است تا بازدهی مطلوب به دست آید، علم حقوق با کاربرد وسیع آن به هیچ وجه نمی‌تواند مستثنی از آن باشد. تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۵ تیر ماه سال ۱۳۷۳ و تصویب قانون اصلاحی آن در سال ۱۳۸۱ بار دیگر مشخص نمود که آزموده را آزمون خطا است و سخنان رئیس محترم قوه قضائیه در جلسه روز پنج‌شنبه ۶ آبان ماه سال ۱۳۷۸ مؤید آن است. ورود وکیل در جهت کاهش تورم دعاوی دادگستری تا اندازه‌ای قدرت تصمیم‌گیری محاکم را تسهیل می‌بخشد که با ورود وی هم در طرح دعوی و جلسات دادرسی و ارائه لوایح باعث یاری رساندن به قضا محاکم در درک و فهم کامل موضوع و نوع خواسته یا شکوائیه به لحاظ هم‌زبانی حقوقی هم‌دیگر می‌باشد. نقشی که وکیل در جلوگیری و پیش‌گیری از تورم دعاوی بی‌اثر می‌نماید، سعی و تلاش خودشان و نیز ارشاد

موکلین برای عدم طرح دعاوی کیفری که کاملاً و یا به نوعی ریشه حقوقی دارند که متأسفانه بعضی مواقع به علت هزینه تمبر پایین این گونه شکوائیه‌ها از سوی اشخاص فاقد تحصیلات و یا عموم مردم ارائه می‌شود که جز دو نتیجه منفی ندارد که یکی بی نتیجه و بی اثر بودن پرونده، و دیگری تورم پرونده‌ها در محاکم است. اما با نقش آفرینی وکیل این مسائل کاهش یافته و به حداقل می‌رسد. همچنین نقش دیگر وکیل در جلوگیری از پرونده بی اثر توسط مشاوره‌های حقوقی وی است که با القا به موکل مبنی بر این که هیچ وقت فی البداهه و بدون تفکر اقدام به طرح دعوی ننماید بلکه از سایر روش های سازشی، مصالحه، داوری و سایر طرق بهره گیرد و یا در صورت پذیرش مشاوره تأثیر معسر بودن طرف دعوی را بر نتیجه پرونده به موکل گوشزد نماید. سالم سازی و توسعه قضایی دادگستری از دعاوی بی اساس با همکاری تنگاتنگ وکیل و قاضی رسیدگی کننده محقق می‌گردد، البته وکیل با استدلال‌های صحیح و عدم استفاده از طرق خدعه آمیز و مثل تطویل جریان رسیدگی و سعی در متوجه نمودن تمام مراجعین به آثار دعاوی بی اساس می‌تواند ایفای نقش کند. دادرسی عادلانه و منصفانه نیز به نوعی از نقش وکیل تأثیر پذیر است چرا که حضور به موقع در جلسات دادرسی و رعایت برخی آداب به چنین امری کمک می نماید. از جمله: ۱- رعایت ظاهر و رفتار ۲- پرهیز از لوايح طولانی و افزایش صفحات پرونده که باعث سختی کار قضاوت و اتلاف وقت می‌گردد. ۳- در دفاعیات شفاهی و کتبی با حسن نیت و صداقت رفتار نموده و برخلاف حقیقت حرکت نکند. نتیجه این که حل و فصل مسالمت آمیز و دوستانه اختلافات و دعاوی بسیار مهم می‌نماید که اکنون با تصویب آیین دادرسی کیفری جدید و مواد برگرفته از آن، دفاتر خدمات الکترو نیک قضایی بسیاری از موارد را تسهیل، تنظیم و سرعت بخشیده است و امر میانجیگری نیز در مراحل ابتدایی راه اندازی بوده که امید است با تصویب و اجرایی شدن نهاد داوری هدف نویسنده محقق گردد.

منابع و مأخذ

- الف) کتب
- کتب فارسی
- ۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰.
- ۲- ریاضی، علی اکبر، فن وکالت، چاپ اول، انتشارات فروزش، ۱۳۹۲.
- ۳- شمس، عبدالله، آئین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ دهم، نشر دراک، ۱۳۸۶.
- ۴- قهرمانی، نصرالله، مسئولیت مدنی وکیل دادگستری، چاپ نخست، نشر گندم، پاییز ۱۳۷۷.
- ۵- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- ۶- ----- دوره عقود معین ۳، عقود/ذنی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.
- ۷- ----- قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ پنجاه و دوم، نشر میزان، ۱۳۹۶.
- ۸- کشاورز، بهمن، آداب و شگردهای وکالت در دادگستری، چاپ دوم، تهران، نشر کشاورز، ۱۳۹۲.

- ۹- مجموعه کامل مقررات وکالت، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۵۸.
- ۱۰- منصور، جهانگیر، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ چهل و هشتم، نشر آگاه، ۱۳۸۵.
- ۱۱- قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ سی و یکم، نشر دیدار، ۱۳۸۷.
- ۱۲- نظری، فرزانه، مجموعه قوانین و مقررات وکالت، چاپ سوم، ریاست جمهوری، تابستان ۱۳۸۳.
- ۱۳- نوری، سید فاضل، وکالت در دعاوی، چاپ دوم، معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۹.
- ۱۴- واحدی، قدرت الله، آیین دادرسی مدنی، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- ۱۵- یدالله بازیگر، تشریفات آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، فردوسی، ۱۳۸۱.
- کتب عربی
- ۱۶- السنهوری، عبدالرزاق، الوسيط، جلد هفتم، بی تا.
- (ب) مقالات
- ۱۷- جلیوند، یحیی، ریشه یابی تراکم دعاوی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۱۹۰



اعتلای جایگاه حقوق بشری زنان با تأکید بر نظام حقوقی

پیمان حکیم زاده خونی

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، ایران

p_hakimzade@iaut.ac.ir

آرام رجب زاده

کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، ایران

aram.rajabzadeh1374@yahoo.com

شهلا ستوده

کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، ایران

shahlasotode99@gmail.com

۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۱۱.۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۱.۲۵

چکیده

بدون شک، در جهان امروز یکی از شاخص های مهم توسعه انسانی، میزان حضور زنان و نحوه ایفای نقش آنان در عرصه های گوناگون است و از سوی دیگر، در عصر جهانی شدن علایق و حقوق افراد حتی در محدوده قلمرو سرزمین خودشان نیز با ملاحظات بین المللی گره خورده است. این امر مقوله حقوق زنان را به روابط بین المللی کشانده و ورود حقوق زنان به عرصه بین المللی، سبب شکل گیری روابط پرفراز و نشیب کشورها با سازمان های بین المللی فعال در حوضه حقوق بشر شده است. هم چنین، مسأله حقوق و آزادی های اساسی نوع بشر در طول قرون و اعصار گذشته، انگیزه اصلی مبارزات علیه ظلم و بی عدالتی را تشکیل داده است که یکی از برجستگی های حقوق بین الملل در نیمه ی اول قرن حاضر توسعه ی فراوان آن در زمینه حقوق بشر و زنان می باشد. اگرچه زنان از قرن ها پیش برای به دست آوردن حقوق خود مبارزه می کرده اند اما مبارزه برای رعایت حقوق بشر زنان توسط جنبش بین المللی، مبارزه ای تازه است. کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان از دستاوردهای مهم جهت اعتلای حقوق بشری زنان می باشد حال آنکه به سبب وجود برخی تعارض ها با شرع مقدس اسلام، دولت ایران این کنوانسیون مهم را تصویب نکرده است. لکن به جهت بررسی اعتلای جایگاه حقوق بشری زنان با تأکید بر نظام حقوقی ایران نگارندگان نوشتار حاضر سعی دارند بر اساس روش توصیفی - تحلیلی و مستند به منابع معتبر و تفاسیر اسناد و رویه های حقوق بین الملل موضوع مورد بحث را بررسی نمایند.

واژگان کلیدی: حقوق بشر، حقوق زنان، برابری، کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان، نظام حقوقی ایران.

مقدمه

قرن‌هاست که زنان مورد ظلم و تعدی‌های فراوان هستند و کمتر از یک قرن است که اندیشه دفاع از حقوق زنان در جامعه بین‌المللی ظهور یافته و با تأسیس سازمان ملل متحد، موضوع حمایت از حقوق زنان مورد توجه جدی قرار گرفته است. ظهور حقوق زنان در عرصه سیاست بین‌المللی، سبب شکل‌گیری روابط پر فراز و نشیب کشورها با سازمان‌های بین‌المللی حقوق بشری شده است که این امر منجر به تصویب اسناد متعدد و ایجاد نهادها و تشکیلات کنفرانس‌های بین‌المللی متعددی شده است. از جمله حقوقی که تحولی اساسی را در عرصه حقوق زنان بوجود آورده حق بر شناسایی حقوقی است که عقایدی را که زن را جنس درجه دوم تلقی می‌کردند، انکار می‌نماید. این حق که متضمن شناسایی حقوقی برابر برای زنان و مردان است مقارنت ویژه‌ای با حق زنان بر برابری دارد. در این میان، دیدگاه‌های غیرعادلانه‌ای که از گذشته‌های دور نسبت به مسائل زنان وجود داشته، افراط و تفریط‌های زیادی را نسبت به زنان رقم زده و ظلم و ستم‌های فراوانی را نسبت به ایشان روا داشته است. در حال حاضر رژیم‌های بین‌المللی حقوق بشر در خصوص حقوق زنان بر اصل برابری بنا شده‌اند؛ چرا که بر اساس حق افراد به برابری در مقابل قانون، همه افراد در برابر قانون برابرند و حق دارند بدون هیچ تبعیضی به تساوی از حمایت قانون برخوردار باشند. هم‌چنین، نابرابری جنسی در فمینیسم به معنای تبعیض و محرومیت از حقوق انسانی بوده و امری اکتسابی است که در هر دوره از تاریخ بشر بوده است. نابرابری‌های جنسی، پنهان و آشکار، در خانواده و اجتماع از موضوعاتی است که توجه بسیاری از پژوهشگران را به خود معطوف کرده است. آنچه در اقدامات و اسناد بین‌المللی برای حمایت از حقوق زنان مشاهده می‌شود تأکید و پیگیری مفهوم تساوی جنسیتی است که از حمایت‌های برابر برخوردار باشند. نظام مردسالاری در قوانین موضوعه ایران به طور صریح و آشکار مشهود است بدیهی است که با حمایت از برابری جنسیتی، زنان قادر خواهند بود با فاصله گرفتن از فقر و فحشا و ترس از آینده با احساس شأن انسانی و شخصیت اجتماعی به ایفای نقش واقعی خود در جامعه بین‌المللی مبادرت ورزند.

۲- رویکرد حقوق بشری به موضوع حقوق زنان

در بین اسناد متعدد حقوق بشری، مواردی وجود دارد که با بحث حقوق زنان ارتباط مستقیم دارد. منشور ملل متحد، نخستین سند بین‌المللی الزام‌آور است که از برابری زن و مرد سخن گفته است و قبل از این سند هیچ سندی در این باره در مورد تساوی انسان‌ها سخنی نگفته است و در مقدمه

منشور، به تساوی حقوق بین زن و مرد و تشریک مساعی تأکید شده است. همچنین، در سال ۱۹۴۸، اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز صریحاً به برابری زن و مرد پرداخته و از بین ۳۰ ماده این اعلامیه که می‌توان گفت با نگاه لیبرالی تدوین یافته، ۱۰ ماده صریحاً مفهوم تساوی همه افراد را از لحاظ حقوقی بیان نموده است. در این اعلامیه، حیثیت ذاتی و حقوق برابر و انتقال ناپذیر همه خانواده بشری شالوده آزادی، عدالت و صلح در جهان معرفی شده است. مضافاً اینکه دو میثاق حقوق مدنی، سیاسی و میثاق حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی به عنوان اسناد الزام آوری هستند که در زمینه حقوق بشر، گام‌هایی برداشته‌اند. میثاق حقوق مدنی، سیاسی در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ به تصویب مجمع عمومی رسید و در سال ۱۹۷۶ با تودیع سی و پنجمین سرند تصویب و بر طبق ماده ۴۹ لازم‌الاجرا شد. در خصوص سایر اسناد مربوطه نیز لازم به ذکر است که از سال ۱۹۳۳ تلاش‌هایی به طور ویژه در زمینه حقوق زن شروع شده بود و در سال ۱۹۶۳ مجمع عمومی سازمان ملل از کمیسیون مقام زن درخواست کرد تا پیش نویس اعلامیه رفع تبعیض علی‌ه زنان را تهیه کند که این اعلامیه در سال ۱۹۶۷ توسط مجمع عمومی با ۱۱ ماده به تصویب رسید. همچنین، کنوانسیون دیگری که به زنان مربوط می‌شود کنوانسیون منع و مجازات کشتار دسته جمعی (ژنوساید) است که متعاقباً جزء صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری قرار گرفت. در رابطه با کمیسیون مقام زن با توجه به جایگاه ویژه این کمیسیون در ارتباط با حقوق زنان، طرح چند مطلب ضروری می‌باشد از جمله: شرح وظایف که بیانگر اهمیت جایگاه این کمیسیون می‌باشد. توصیه و ارائه گزارش‌هایی در خصوص ارتقاء و بهبود وضعیت زنان و احقاق حقوق آنان در عرصه‌های مختلف به شورای اقتصادی اجتماعی ملل متحد، توصیه به شورا در مواردی که نیاز به توجه فوری دارد و نظارت بر اجرای اسناد بین‌المللی مربوط به زنان، از مهمترین وظایف این کمیسیون است. (افروز، ۱۳۹۶: ۹۸-۹۲)

تبعیض جنسیتی و تمام اشکال دیگر تبعیض به ویژه نژادپرستی و تبعیض نژادی، بیگانه ستیزی و نابردباری‌های مربوط به آن تهدیدی برای برخورداری زنان از حقوق انسانی و آزادی‌های بنیادی خود محسوب می‌شود. در بسیاری از کشورها خصوصاً در شهرهای کوچک و روستاها زنان دسترسی کافی به حمایت‌های قانونی ندارند که این امر ناشی از بی‌سوادی، نداشتن سواد حقوقی، اطلاعات و منابع، عدم حساسیت و تعصب جنسیتی و عدم آگاهی مأموران نیروهای انتظامی و قضایی نسبت به حقوق انسانی زنان و در بسیاری از موارد عدم رعایت احترام به حقوق انسانی زنان و شأن و ارزش انسان توسط ایشان است. برخی از زنان در راه برخورداری از عدالت و حقوق انسانی به سبب عواملی نظیر نژاد، زبان، قومیت، فرهنگ، مذهب، معلولیت، طبقه اجتماعی

و اقتصادی و یا مهاجر بودن که از آن جمله می‌توان به زنان کارگر مهاجر، زنان آواره یا پناهنده اشاره کرد؛ روبرو هستند. (ملاوردی، ۱۳۹۳: ۷۱۰)

اندیشه لزوم تساوی حقوقی به این برمی‌گردد که چون زن و مرد در انسانیت مشترک هستند، باید از حقوق یکسان نیز برخوردار باشند که این نکته نیز در برابری حقوق زن و مرد محوریت دارد که گرچه افراد از نظر فیزیکی تفاوت‌هایی دارند ولی این حالت نباید منجر به تفاوت برابری حقوق آنان شود. برای برابری حقوق زن و مرد بایستی نخست زنان حقوق یکدیگر را محترم بشمارند و برای حفظ حقوقشان رفتارهای غیرانسانی را کنار گذاشته و در راستای برابری حقوقشان در قبال مردان ایستادگی کنند، تا حقوقشان حفظ شود.

۱-۲- تحولات نسل‌های حقوق بشر در زمینه حقوق زنان

محتوا و مصادق حقوق بشر را در قالب نسل‌های مختلف حق بیان شده است. علاوه بر نسل اول و دوم، حقوق نسل سوم به میان آمده است که بر ادعای برادری و همبستگی بنا می‌شوند. برای اولین بار مفهوم حق نسل سوم را واساک در امتداد و ارتباط متقابل با سایر نسل‌های حق مطرح کرد. از نظر وی، حق نسل‌های اول و دوم حقوق بشر، فردی هستند و حق نسل‌های سوم گروهی و جمعی هستند که در پاسخ به تعاملات و وابستگی متقابل جهانی شکل گرفته اند. در واقع، در مقابل حق‌های نسل اول و دوم، که بر مصالح و منافع فردی تکیه دارند، حق‌های نسل سوم بر مصالح جمعی اصرار می‌ورزند. همچنین، مفهوم حقوق بشر همواره سیر تکاملی داشته است و تصویب اسناد بین‌المللی حقوق بشر و فزونی آن نشانگر تکامل انسانیت است. تعامل‌های پیچیده سیاسی و اقتصادی، با چالش‌های جدید پویایی قابل تأملی را در جهت اقدامات مؤثر و تحقق حقوق بشر نشان می‌دهد. آد미ان به دنبال اصول مشترک می‌روند تا مرزهای ملی را با ایجاد جامعه مدنی جهانی پیوند بزنند و در محدوده غیر سرزمینی فعالیت کنند و برابری فرصت‌ها را ایجاد کنند تا از این طریق عدالت ممکن نیز تأمین شود. مضافاً اینکه، برخی بر این باورند که مردم، صاحبان حق نسل سوم‌اند و دولت‌ها صاحب تکلیف ملازم با آن. البته برخی از محققان نسل چهارمی را هم بر این سه نسل حقوق بشر افزوده اند که نسل چهارم مربوط به مهندسی ژنتیک حقوقی می‌باشد. در تاثیر تحولات نسل‌های حقوق بشر بر حقوق زنان چنین بیان می‌شود که جنبش زنان چشم اندازهایی را برای گفتمان حقوق بشر برای سال‌ها فراهم کرده است. مکاتب فمینیستی ۵ معاصر به دنبال نقد لیبرالیسم بوده است به گونه ای که مفهوم برابری شکلی در حقوق بین‌الملل بشر در

شماری از زمینه‌ها منحرف شده است. برای بسیاری از نظریه پردازان لیبرال، جنبش زنان موج اول، اصلی‌ترین راه برای رسیدن به برابری جنسی، استفاده از ابزارهای قانونی مانند تعلیم و تربیت، حقوق کار و دیگر ابزارهاست. ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر از حق ازدواج آزاد و آگاهانه زن و مرد بالغ و حق آنها برای تشکیل خانواده بدون در نظر داشتن نژاد، ملیت یا مذهب دفاع می‌کند. همچنین، بند ۳ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر خانواده را به عنوان واحد طبیعی و بنیادین جامعه تلقی کرده و خواهان حمایت جامعه و دولت از این واحد است. در کنفرانس پکن، مسئله جنسیت، گرایش‌های جنسی و تعریف خانواده به شدت مورد مناقشه قرار گرفت و به کار بردن جنسیت به شدت از سوی گروه‌های محافظه‌کار مورد هدف قرار گرفت و بیان داشتند که رهیافت اجتماعی در تعریف این واژه را به سبب حذف کردن گرایش‌های جنسی رد می‌کنند. به سخن دیگر، کشف رابطه بین لیبرالیسم و حقوق زنان تغییر اساسی در بسیاری از طرفداران حقوق زنان به وجود آورد و به این واقعیت رسیدند که تأکید بر یکسان بودن با مردان محدود به استفاده از آن است. نابرابری‌های جنسی جدای از طبقه، نژاد، اقلیت، سن و بی‌عدالتی جنسی نیست. از دیگر حقوقی که بویژه در نسل سوم برای زنان در نظر گرفته شده است حق توسعه و صلح است. برابری، صلح و توسعه از موضوعات اصلی سازمان ملل برای زنان بوده است. در نظام سازمان ملل متحد، جنسیت معادل جنس (sex) و معادل زن تلقی می‌شود. حتی رهیافت جنسیت محور در تفسیر کنوانسیون از بین بردن تمامی اشکال تبعیض علیه زنان دیده می‌شود. واژه سکس (جنس) به تفاوت‌های بیولوژیک میان مرد و زن اشاره دارد. واژه جنسیت (Gender) به هویت‌های جامعه ساخت، نتایج و نقش‌های زنان و مردان و معنی فرهنگی و اجتماعی این تفاوت‌های بیولوژیک در روابط سلسله مراتبی میان زنان و مردان و در توزیع قدرت و حقوق مردان اشاره دارد. در عین حال، حقوق زنان با رهایی از تبعیض سکس محور یکی از اصول بنیادین ملل متحد است و این امر ایجاب می‌کند که در سطح دولت‌ها تلاش‌های زیادی برای این امر صورت گیرد. علاوه بر این، اعلامیه هزاره ملل متحد نیز بر اهمیت توانمندسازی زنان با ایجاد ارتباط بین اهداف توسعه و اهمیت برابری جنسیتی تأکید می‌کند و هدف این اعلامیه این است که دولت‌ها باید برابری جنسیتی را فراهم کرده و آنرا توانمند سازند. (شریفی، طاهری، ۱۳۹۸: ۱۴-۲)

۲-۲- تأثیر حقوق بشر در بهداشت و سلامت زنان

یکی از مسائل حقوق بشر، سلامت زنان است و حق زیستن یک حق اساسی بشر به شمار می‌آید. میزان بالای مرگ و میر مادران تنها یک مشکل مختص به زنان نیست بلکه پایین بودن سطح بهداشت و سلامت مادران که بی‌شک به دنبال خود پایین بودن سطح بهداشت و سلامت نوزادان و

کودکان را دارد، همگان را تحت تأثیر قرار می دهد. زنان ستون‌های اصلی خانواده، آموزگاران اول و اصلی کودکان، تأمین کنندگان بهداشت و سلامت و مراقبت کنندگان از جوانان و سالمندان می - باشند. جامعه‌ای که از مساعدت های زنان محروم باشد، دچار رکود اقتصادی، اجتماعی، فقر فرهنگی و محدودیت در قابلیت های رشد و توسعه خواهد گشت . همچنین، دولت ها موظف هستند تا خدمات بهداشتی و دیگر لوازم لازم برای ایجاد خانواده و لذت بردن از زندگی خانوادگی را برای زنان فراهم سازند. (عنصری، ۱۳۷۹: ۴۵-۴۴)

ماده ۱۰ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مقرر می‌دارد: «مراقبت‌های ویژه باید در نظر گرفته شود برای مادران در حین مدت متعارف قبل و بعد از وضع حمل . در طول این مدت برای مادران کارگر یا کارمند باید مرخصی با حقوق مرخصی یا مزایای تامین اجتماعی کافی در نظر گرفته شود». این حق، حق مشروطی است زیرا تنها در زمانی قابل اعمال است که کسی باردار شود یا وضع حمل کند اما این یک حق بشری جهانی نیست که برای همه قابل اعمال باشد، این یک حق ویژه است که فقط مادران از آن برخوردار هستند و اینگونه نیست که برای مردان نیز قابل اعمال باشد. (ولمن، ۱۳۹۸: ۱۹۸)

سالانه تعداد زیادی از مرگ و میر مادران تخمین زده می‌شود که به دلیل تصادف و حادثه نیست بلکه در حین بارداری و پس از آن به دلیل تأخیر در جستجوی مراقبت های پزشکی مناسب، تأخیر در رسیدن به یک مرکز بهداشتی مناسب و تأخیر در دریافت مراقبت های مناسب در یک مرکز است که از نظر حقوق بشر نگران کننده می‌باشد. برخی از زنان و دختران منابع کمتری دارند و تحصیلات کمتری برای دسترسی به خدمات بهداشتی و درمانی دارند. زنانی که خشونت در خانه را تجربه می کنند کمتر ممکن است برای بارداری یا صدماتی که در اثر خشونت خانگی متحمل شدند به دنبال خدمات بهداشتی بروند. ازدواج زودرس که به طور نامتناسب بر روی دختران تأثیر می‌گذارد، احتمال باردار شدن آنها قبل از آمادگی را افزایش می‌دهد. همچنین زنان روستایی و زنان آواره یا پناهنده مورد تبعیض قرار می‌گیرند که کمبود خدمات مراقبت های ویژه زنان و زایمان یا انکار سقط جنین اغلب منجر به مرگ و میر آنان می‌شود. Monitoring and Protecting the Human Rights of Women, 2011: 50 لازم به ذکر است که عمل به آموزه های فمینیسم دارای یکسری پیامدهای منفی می‌باشد از جمله تزلزل نهاد خانواده، تزلزل اخلاق جنسی و افراط در غرایز جنسی، رشد آمار فحشا و روسپیگری، آسیب پذیری فراوان زنان در روابط آزاد زنان و مردان، آبستنی های ناخواسته در ارتباطات آزاد جنسی، سقط جنین در ارتباطات جنسی آزاد و خطرات جسمی و روانی

آن برای زنان، موالید نامشروع و مشکلات روانی کودکان، بحران ها و انحرافات اجتماعی و گسترش بیماری‌های مراقبتی. (مهدوی زادگان و همکاران، ۱۳۸۳: ۶۱)

زنان بابت مسائل متعددی خواستار تصویب قانون سقط جنین شده اند و حق آنان است که بخواهند از ناخواسته مادر شدن خویش جلوگیری به عمل آورند ولی این خواسته از سوی دولت ایران مورد قبول واقع نمی‌شود. تصویب این قانون در جهت ارتقاء حقوق زنان ضروری به نظر می‌رسد و تا حدودی بر آسیب‌های اجتماعی و مرگ و میر ناشی از سقط جنین غیرقانونی که در اغلب موارد غیر بهداشتی می‌باشد تاثیر خواهد شد. مضافاً اینکه، باورهای سنتی تأثیرات گوناگونی بر نظام خانواده دارد که اکثراً منفی بوده است که از جمله « خشونت خانگی که در آن یکی از زوجها در رابطه‌ی خانوادگی رفتارهای تهاجمی، خشن و تخریبی نسبت به دیگران اعمال کند که معمولاً خشونت از جانب مرد است و زنان قربانیان اصلی این رفتار می باشند. خشونت خانگی عیله زنان ضربه های جبران ناپذیری به خانواده و جامعه وارد می کند، که علاوه بر آسیب های جسمی و روانی بر زنان، تأثیر منفی بر کودکان می گذارد. خشونت علیه زنان همواره به عوارض جسمی و روانی مانند افسردگی، اضطراب، مصرف الکل و مواد مخدر، اقدام به خودکشی و تأثیرات دراز مدت منفی بر خانواده و نسل های بعدی منجر شده است. همچنین، بسیاری از زنان، بعد از ازدواج از لبرابری های جنسیتی آگاه می شوند و این گونه مواجه شدن با نابرابری ها، می تواند زنان را نسبت به عدم تساوی که در ازدواجشان وجود دارد، حساس تر سازد. (احتشام زاده، ۱۳۸۹: ۵۵-۵۸)

انواع شایع خشونت خانگی نسبت به زنان عبارت است از : کتک خوردن زنان، اسیدپاشی مردان نسبت به زنان، محبوس کردن زنان در منزل، شکنجه ی جسمی و روانی زنان، تجاوز پدران یا ناپدری ها و برادران به دختران خانواده، سوء استفاده های جنسی از دختران و زنان به ویژه دختران نابالغ، قتل های ناموسی^۶ دخترانی که مورد تجاوز واقع شده اند، ختنه زنان و دختران^۷، سوزاندن عروس در برخی قبایل بو می به خاطر عدم کفایت جهیزیه ی آنها، ندادن غذای کافی به کودکان دختر و زنان و به طور کلی تبعیض جنسیتی و جنسیت گزینی^۸ در برخی جوامع و قبایل و در نهایت ضرب و شتم زنان در دوران بارداری برای اجبار آنها به سقط جنین . بسیاری از این موارد

^۶ . Honour Killings

^۷ . ختنه شامل تمام رویه‌هایی است که طی آن تمام یا بخشی از آلت تناسلی دختر یا اعضای مربوط به فعالیت جنسی نابود می‌شود نظیر سینه‌ها و لایبا وزن اعم از اینکه دلیل فرهنگی یا درمانی وجود داشته باشد که نمادی از خشونت جنسی سنتی است.

^۸ . Sex selection

مربوط به آداب و رسوم سنتی می شود که در برخی جوامع و قبایل سنتی و بو می هنوز پابرجا مانده‌اند و بر علیه زنان مورد استفاده قرار می‌گیرند. (حضرت پور، محمدی، ۱۳۹۷: ۸۶)

هم‌چنین، خشونت علیه زنان به مانند نقض حق حیات^۹ می‌تواند باشد. انسان فاقد حیات یعنی انسان فاقد شعور و عقل و اختیار انسانی، به همین جهت باید حیات را به لحاظ اخلاقی، اساسی ترین و بنیادی ترین عنصر ارزش انسانی دانست. حیات در این نگاه به ظاهر سر منشاء و خاستگاه دیگر ارزش هاست و حق حیات به مفهوم حق بنیادی انسان برای زندگی کردن دامنه وسیعی در ادبیات حقوق بین الملل معاصر دارد. از آنجایی که بهره‌مندی از حقوق بشر پیش از هر چیز منوط به زنده بودن بشر است که حق حیات بر سایر حقوق اولویت دارد. (کرمی، توحیدی، ۱۳۹۹: ۷۳) از جمله مواردی که در حقوق سلامت جسمی زنان می‌تواند موثر باشد از جمله: حق برخورداری از سلامت جسمی و روانی در زندگی فردی، حق بهره‌مندی از بهداشت، حق آگاهی و مشارکت زنان در تصمیم‌گیری‌های مربوط به کنترل باروری و تنظیم خانواده، زایمان سالم، حق بهره‌مندی دختران بی سرپرست، زنان مطلقه و سالخورده، حق آزادی تن، حق انتخاب همسر، حق تساوی بین زنان و مردان، است. هم‌چنین، در دوران جاهلیت وقتی مادری دختری را به دنیا می‌آورد دختر به دنیا آمده را زنده به گور می‌کردند و برای دختران ارزشی قائل نمی شدند و حقوق زن را بی ارزش تلقی می‌کردند. حتی امروزه در بسیاری از کشورها، علی‌الخصوص در کشورهای اسلام‌محور، بکارت دختران مطرح می‌شود ناخودآگاه دختران دچار استرس و اضطراب می شوند و این امر سبب خودکشی خیلی از دختران و یا ازدواج نکردن آنان می شود که منجر به آسیب به جامعه و خود فرد شده و بر سلامت روحی و روانی آنها تأثیر می‌گذارد؛ لذا باید حق آزادی تن را همانند دیگر حقوق محترم شمرد.

این مسئله در کشورهای اسلامی بیشتر به چشم می‌خورد زمانی که در حین ازدواج برای تشخیص باکره بودن دختر را نزد پزشک می‌برند تا اطمینان داشته باشند از باکره بودن وی، که این نقض حقوق بشر و حقوق زن می‌باشد زیرا این یک مسئله فردی می‌باشد ولی چون این حقوق را نادیده می‌گیرند در نتیجه سبب خودکشی و افسردگی بیشتر دختران جامعه می‌شوند و این مساله بر سلامت جسمی و روحی روانی آنها تأثیر می‌گذارد. هم‌چنین، بردگی جنسی^{۱۰}، فحش‌های اجباری،

^۹. Right to life

^{۱۰}. اعمال کلیه اختیارات ناشی از حق مالکیت بر یک شخص و اعمال قدرت در جریان دادوستد اشخاص به خصوص زنان و کودکان

بارداری اجباری^{۱۱}، ازدواج اجباری، عقیم سازی اجباری^{۱۲} و قاچاق زنان از اشکال خشونت جنسی جنسی می‌باشند که نقض حقوق بشر است.

۳-۲- کاربرد تضمینات معاهدات حقوق بشری بر شهروندی زنان

با وارد شدن محتوای میثاقین به نظام های قانونگذاری ملی در چارچوب قوانین که دولت‌ها برای اجرای تعهدات بین‌المللی خود نسبت به میثاقین تصویب می‌کنند، الگوی واحدی از استانداردهای حداقلی حقوق اساسی بشر برای شهروندان هر کشور فراهم شده که زنان را همانند مردان تحت حمایت قرار می‌دهد. جمهوری اسلامی ایران نیز به کنوانسیون های بین‌المللی حقوق بشر که دسته‌های خاصی از حقوق و آزادی‌ها را مورد حمایت قرار داده اند هم رسماً پایبند است که هر یک از اسناد حقوق بشری تعهدات ویژه ای را برای دولت های عضو در ارتباط با بعضی از جنبه‌های خاص حقوق بنیادین و اساسی زنان که در رابطه بین دولت و شهروندان مد نظر باشند فراهم می‌آورد و منجر به احترام به حقوق بنیادین شهروندی به طور عام و حقوق شهروندی زنان به طور خاص می‌شود، اما مسئله عدم پذیرش کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان توسط ایران چالش پذیر است. طرح شهروندی زنانه در ذیل نظام جامع حقوق شهروندی در ایران تنها با توجه به لایه‌های منابع قانونی از جمله قانون اساسی و قوانین عادی، اسناد و معاهدات بین‌المللی و با توجه به پیوستگی و ارتباط مفاهیم و شهروندی و حقوق بشر و با توجه به سنت های شهروندی در جوامع انسانی امکان پذیر است. در نظام حقوقی ایران با توجه به اهمیتی که نهاد خانواده دارد بهتر است از حقوق مدنی به حقوق شخصی و حقوق خانوادگی شکافته شود و هم حقوق و آزادی های زنان و حقوق و آزادی های مردان باید به نحوی صورت بندی گردد که پاسداری از قداست خانواده و استواری روابط خانوادگی را تضمین و حمایت کند.

دسته‌ای از این تضمینات نهادی و شکلی (مانند پیکربندی مجلس شورای ملی، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام) و دسته‌ای از این تضمینات ماهوی و محتوایی (مانند اصول مندرج در فصل حقوق ملت) می‌باشند که اگر اسلامیت قانون اساسی به لحاظ شکل و محتوا فرض باشد، قطعاً انطباق فصل حقوق ملت در ذیل آن با اسلام نیز قطعی است و تقدم قانون اساسی بر قوانین عادی یا در حکم قانون بودن معاهدات بین‌المللی پس از تصویب مجلس و امضای دولت، تعارضی با اصول اسلامی ندارد. (میرشکاری و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۰)

^{۱۱} حبس غیرقانونی یک زن یا دختر برای اجبار او به باردار شدن که معمولاً تجاوز به عنف است.

^{۱۲} این امر معمولاً راهکاری پزشکی است که توانایی یک فرد را برای بچه دار شدن از بین می‌برد. در جنگ جهانی دوم در اروپا زنان را با تزریق یا جراحی با برق عقیم می‌کردند اما در آسیا عقیم سازی پیامد فحشای اجباری و آزارهای جنسی بود.

البته علاوه بر این تضمینات، احتمالاً در هر زمانی حسب شرایط و احوال تضمینات خاصی برای شناسایی، احترام، اجرا، حمایت و تضمین حقوق و آزادی‌های زنان یا گروه‌های خاصی از شهروندان زن باید اولویت بندی شود.

۴-۲- رسیدگی به گزارشات و مکاتبات نقض حقوق زنان

اشخاص و یا سازمان‌های غیردولتی مجازند موارد نقض حقوق بشر را از طریق مکاتبه به ارگان‌های ذیربط سازمان ملل اطلاع دهند و از آنها تقاضای رسیدگی به شکایت‌شان را بکنند. سالانه هزاران شکایت‌نامه از سراسر دنیا به دبیرخانه حقوق بشر سازمان ملل می‌رسد. سازمان ملل نیز به مکاتبات دربرگیرنده ادعاهای نقض حقوق بشر رسیدگی می‌کند. کمیسیون حقوق بشر، از همان ابتدا و در اولین جلسه خود در صدد برآمد تا رویه واحدی را برای رسیدگی به شکایت‌نامه‌ها برگزیند. رویه‌ای که در سال ۱۹۴۷ اتخاذ گردید رفته رفته تکمیل شد. شورای اقتصادی و اجتماعی در سال ۱۹۵۹ تصمیم گرفت که هر سال لیست محرمانه‌ای از مکاتبات مدعی نقض حقوق بشر را تنظیم و در کمیسیون حقوق بشر و کمیسیون فرعی جلوگیری از تبعیض علیه اقلیت‌ها و حمایت از آنها توزیع نماید. جالب توجه اینکه هیچگاه نام و مشخصات ارسال‌کنندگان نامه‌ها در این لیست ذکر نمی‌شود مگر آن که خود آنها نسبت به عدم افشای نام خود اعتراض داشته باشند. دولت‌هایی که این مکاتبات، آنها را مورد اشاره و اعتراض قرار داده است، نسخه‌ای از آن را دریافت کرده و می‌توانند نظرات و پاسخ‌های خود را راجع به این ادعاها به کمیسیون حقوق بشر و کمیسیون فرعی آن ارسال کنند. علاوه بر این، شورای اقتصادی و اجتماعی در سال ۱۹۶۷ به کمیسیون حقوق بشر و کمیسیون فرعی اجازه داده تا اطلاعات مربوط به نقض فاحش حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را در تمامی کشورها مورد بررسی قرار دهند و شورا به کمیسیون این اختیار را تفهیم کرد که موارد مقتضی، مطالعه‌ای همه‌جانبه از موارد وسیع و مستمر نقض حقوق بشر انجام دهد و سپس گزارشی را درباره این نقض‌ها، به همراه توصیه‌های مربوط، به شورا ارائه دهد. (موسوی، ۱۳۹۵: ۱۱)

کنفرانس توسعه پایدار سازمان ملل ریو ۲۰۰۱^{۱۳} یا اجلاس سران زمین در سال ۲۰۱۲ منجر شد تا کشورها تعهد سیاسی خود را برای توسعه پایدار تجدید کنند و سند مهمی در رابطه با حقوق زنان و حقوق بشر ایجاد شد که بر تعهد دولت‌ها در مورد حقوق برابر زنان، دسترسی و فرصت‌های مشارکت و رهبری در اقتصاد، جامعه و تصمیم‌گیری سیاسی تأکید می‌کرد و شامل اشارات صریح

¹³ . United Nations Conference on Sustainable Development Rio+20, Earth Summit 2012

به تسریع در اجرای تعهدات در کنوانسیون مربوط به از بین بردن همه اشکال تبعیض علیه زنان بود. این سند همچنین اعلام می‌کرد که برابری جنسیتی و مشارکت موثر زنان برای اقدامات موثر در همه جنبه‌های توسعه پایدار مهم است و خواستار لغو قوانین تبعیض آمیز برای دسترسی زنان برای عدالت می‌باشد. (Women's Rights are Human Rights, 2014: 16) این سازمان‌ها در کشورهای غربی بلباستقبال و حمایت گسترده از سوی مراجع مختلف مواجه شده است و از همین رو است که مقر اصلی بیشتر سازمان‌های مربوط به حمایت از حقوق زنان در کشورهای غربی قرار دارد. این سازمان‌ها نقش مهمی در توسعه حقوق بشر در سطح کشورها و جهان را دارند ولی در کشورهای جهان سوم دیدگاه‌هایی همراه با تردید نسبت به عملکرد و ماهیت این سازمان‌ها وجود دارد. علاوه بر این موارد در رابطه با گزارشات ملی ایران لازم به ذکر است که، نخستین گزارش ملی جمهوری اسلامی ایران به گروه کاری یو پی آر در هفتمین نشست ساز و کار بررسی دوره ای جهانی حقوق بشر در تاریخ ۱۵ فوریه ۲۰۱۰ در خصوص وضعیت حقوق بشر کشور ارائه و تحت بررسی قرار گرفت. از سویی برخی از دولت‌ها نقاط مثبتی در مورد بهبود وضعیت حقوق بشر در ایران مطرح کردند که عبارت بودند از: برنامه‌های رفاهی و تحلیلی، نقش فرهنگ و تمدن ایرانی در فرهنگ و حقوق بشر، تلاش برای ریشه کنی فقر و بهبود امکانات بهداشتی و درمانی، حاکمیت قانون در جلسات عمو می‌دادرسی در دستگاه قضایی دولت ایران و افزایش حضور زنان در عرصه‌های مختلف سیاسی و اجتماعی اقتصادی و فرهنگی و ایجاد نهاد حقوق بشر ملی و در نهایت همکاری با مکانیزم‌هایی بین المللی حقوق بشری که در طی سال‌های اخیر ایران اقدامات زیادی را برای بهبود وضعیت آن‌ها به انجام رسانده است و سبب تحسین سایر کشورها شد. اما از جمله مهمترین مطالبی که در گزارش ایران برجسته گردیده بود فعالیت‌های صورت گرفته در زمینه ارتقاء و حمایت از حقوق بشر و حمایت از گروه‌های آسیب پذیر نظیر زنان و کودکان، حقوق اقلیت‌ها و معلولان بود. مهم ترین محورهای مطرح در توصیه‌های مربوط به موضوع زنان عبارتند از:

الف- از مجموعه ۱۲۳ توصیه ای که مورد پذیرش ایران واقع شد، تعداد ۸ توصیه به موضوع زنان اختصاص داشت که از سوی کشورهای ویتنام: (تلاش مضاعف برای ارتقاء حقوق گروه‌های آسیب‌پذیر نظیر زنان)، برزیل: (توسعه چارچوبی برای ارتقاء حقوق زنان)، شیلی: (تضمین برابری بر اساس قانون)، اتریش: (تضمین برخورد عادلانه با زنان و دختران در قانون و عمل)، بنگلادش: (همزمان با پیشرفت در آموزش زنان، تلاش مضاعف برای تقویت مشارکت زنان در تمام زمینه‌های اجتماعی و اقتصادی)، اندونزی: (بهبود مستمر سیاست‌ها و برنامه‌ها جهت پیشرفت زنان

و دختران)، آلمان: (اعمال سیاست تحمل صفر در رابطه با قاچاق زنان و دختران، استثمار جنسی)، بنگلادش: (تداوم برنامه پیشبرد آموزش و مراقبت های بهداشتی با توجه ویژه به زنان و دختران) ارائه گردید.

ب- از میان ۲۳ توصیه ای که جمهوری اسلام می ایران قول بررسی آنها را داد، تعداد ۳ توصیه مربوط به موضوع زنان بود که از سوی کشورهای بلژیک: (درخواست اجازه بازدید از کشور برای گزارشگر ویژه خشونت علیه زنان)، ایرلند: (حقوق برابر برای زنان در ازدواج و دسترسی به عدالت قضایی)، استونی: (عمل به توصیه گزارشگر ویژه خشونت علیه زنان) مطرح گردید.

ج- در مجموع ۱ از ۴۵ توصیه ای که مورد پذیرش ایران واقع نشد، ۹ مورد به موضوع زنان اختصاص داشت که جهت مغایرت با قانون اساسی و موازین دینی رد شد، از جمله درخواست پیوستن ایران به کنوانسیون امحای کلیه اشکال تبعیض علیه زنان که از سوی کشورهای اسپانیا، لوکزامبورگ، استونی، بلژیک، هلند و شیلی مطرح گردید. توصیه این کشورها در زمینه الحاق ایران به (CEDAW)^{۱۴} مورد پذیرش ایران نگردید. فسخ یا اصلاح قوانین تبعیض آمیز علیه زنان و دختران که توسط رژیم اسرائیل و لوکزامبورگ طرح شده بود مورد پذیرش واقع نشد و درخواست اتخاذ سیاست هایی برای امحای خشونت های جنسی توسط اسلوواکی نیز مورد پذیرش واقع نگردید. (شریفی صدر، ۱۳۹۷: ۵۷) توصیه های پذیرفته شده در حوزه زنان عمدتاً مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بوده و بر تقویت مشارکت زنان در این زمینه ها تاکید داشت و توصیه هایی که قرار شد مورد بررسی قرار بگیرند در رابطه با گزارشگر ویژه خشونت علیه زنان، عمدتاً در حوزه تصمیم گیری دولتی بود و توصیه هایی که با عدم پذیرش ایران مواجه شد عمدتاً حاوی درخواست برای الحاق به کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان و یا مربوط به فسخ و اصلاح قوانین تبعیض آمیز علیه زنان بود که مورد پذیرش قرار نگرفت چرا که قوانین ایران نشأت گرفته از دین اسلام هست و از آن جایی که تفسیر حقوق بشر توسط کشورها متفاوت می باشد، پذیرش بعضی از قوانین با شرع مقدس اسلام سازگار نیست.

طرح پیشگیری از آسیب های اجتماعی و مبارزه با فساد و ظلم علیه زنان و برگزاری نمایشگاه ها، کارگاه های آموزشی، همایش ها و نشست های علمی برای بانوان و در مدارس برای دختران به منظور ارتقاء سطح آگاهی آنان نسبت به تهدیدات اجتماعی و راه های مقابله با آن و نیز اطلاع رسانی نسبت به بیماری های واگیردار و غیر واگیر از جمله فعالیت های مهمی است که به عمل آمده

¹⁴ Convention on Elimination of all Discriminations Against Women

و همچنین اجرای طرح پیشگیری از آسیب های اجتماعی بانوان از سال ۱۳۸۹ در زمینه رفتارهای مخاطره آمیز و پروژه ناجا با عنوان عملیات مشترک ارتقاء اجتماعی با هدف از بین بردن و خشونت و تبعیض علیه زنان و برخورد با عاملان ایجاد شده است. علاوه بر این کمیسیون حقوق بشر طی قطعنامه ۴۵-۱۹۹۴ گزارشگر ویژه ای در مورد خشونت علیه زنان منصوب کرد که ماموریت های گزارشگر ویژه، جستجو و دریافت اطلاعات در مورد خشونت علیه زنان و عوامل و نتایج آن از دولت ها، ارکان معاهده ای، آژانس های تخصصی، سایر گزارشگران ویژه در مورد مسائل مختلف حقوق بشری و سازمان های دولتی و غیردولتی بود که شامل سازمان های زنان می شود و باید به طور موثری پاسخگو باشند. اقدامات پیشنهادی در سطح ملی و منطقه ای و بین المللی برای منع خشونت علیه زنان و عوامل آن و جبران نتایج حاصل از خشونت و همکاری نزدیک با دیگر گزارشگران ویژه و گروه های کاری و کارشناسان مستقل کمیسیون حقوق بشر و نهادهای معاهده ای و همکاری نزدیک با کمیسیون مقام زن در راستای تحقق اهداف و وظایف نیز صورت گرفت. (موسوی، پیشین، ۱۱) دومین گزارش ملی ایران به نشست بیستم گروه کاری یو پی آر در ۳۱ اکتبر ۲۰۱۴ ارائه گردید و توصیه های مربوط به کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، ایجاد فرصت های برابر در حوزه های مختلف آموزشی، اشتغال و حمایت از حقوق و توانمندی زنان، برابری جنسیتی و رفع تبعیض از زنان، مبارزه با خشونت علیه زنان و اصلاح سن ازدواج به ویژه دختران و افزایش آن در قانون مطرح شد. توصیه های مورد پذیرش ۲۶ مورد بود که مربوط به درخواست های پیرامون حقوق سیاسی و اجتماعی و اقتصادی زنان و درخواست برای برخورداری زنان از این حقوق و فراهم نمودن فرصت مشارکت آنها در این زمینه ها می باشد و برخی نیز برای مقابله با خشونت علیه زنان است. از میان ۵۹ توصیه ای که بخشی از آنها مورد پذیرش ایران قرار گرفت ۱۹ توصیه به زنان مربوط است که مربوط به ازدواج اجباری و ازدواج دختران زیر ۱۸ سال می باشد و برخی دیگر نیز در زمینه ارتقاء حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بود. همچنین از ۱۱۰ توصیه ای که با عدم پذیرش ایران مواجه شد تعداد ۱۵ توصیه به حوزه زنان اختصاص دارد که ۷ توصیه مربوط به درخواست جهت عضویت ایران در کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان می باشد و همانند دوره اول یو پی آر از سوی ایران مورد پذی رش واقع نگردید و سایر موارد نیز در زمینه برابری جنسیتی و رفع تبعیض می باشد که به جهت تناقض با قانون اساسی و موازین شرعی از سوی جمهوری اسلامی ایران رد شد. (قانع، ۱۳۹۵: ۲۶۷) طبق گزارش دبیر کل ملل متحد در جلسه هفتاد و چهارم در خصوص قطعنامه مجمع عمو می به شماره ۷۳/۱۸۱، وضعیت حقوق بشر را در جمهوری اسلامی ایران به همراه پیشنهادهایی برای بهبود اجرای قطعنامه مورد رسیدگی قرار دادند که طبق اطلاعات واصله از گزارشات گزارشگران ویژه

شورای حقوق بشر تبعیض علیه زنان و دختران مشهود است و با آنان به عنوان شهروند درجه دو رفتار می‌شود.

سومین گزارش جمهوری اسلامی ایران به ساز و کار بررسی دوره های جهانی بر اساس بند ۵ قطعنامه ۲۱/۱۶ شورای حقوق بشر، بر اساس برنامه زمانی تعیین شده ۸ نوامبر ۲۰۱۹ برابر با ۱۷ آبان ۱۳۹۸ ارائه داده شد. در نشست فوق نمایندگان تشکلات و سازمان های مردم نهاد از جمله سازمان دفاع از قربانیان خشونت، انجمن معلولین توانا، انجمن وکلای دادگستری و انجمن زنان ایرانی حامی توسعه پایدار محیط زیست و تعاونی خدمات پژوهشی آموزشی راهبرد پوشش، سخنرانی داشته و طی سخنان ارائه شده خواستار پایان بخشی از تحریم های یکجانبه علیه ملت ایران شدند و نسبت به آثار سوء آن بر سلامت و وضعیت معیشتی مردم هشدار دادند و در نهایت گزارش ملی ایران به صورت اجماعی و بدون رای مخالف در ۲۲ اسفند ۱۳۹۸ به تصویب شورای حقوق بشر رسید.

چهارمین گزارش ملی ایران نیز سال ۱۴۰۳ ارائه خواهد شد. با توجه به عدم ارائه رای مخالف، این نشست بزرگترین دستاورد برای جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر در ماران چهل و سومین نشست شورای حقوق بشر محسوب می شود. نماینده ایران در این نشست ادعا کرد که حقوق بشر توسط بازیگران بین المللی قربانی سیاست های بین المللی شده است که به ارتقاء حقوق بشر هیچ کمکی نکرده و اجرای قوانین حقوق بشر بین الملل در سطح ملی و بین المللی را تضعیف کرده است. تصویب ۲۰ قانون، ارائه ۵ لایحه مانند لایحه حمایت از زنان در برابر خشونت، لایحه اصلاحیه قانون تعیین تابعیت این کشور و تابعیت فرزندان زنان ایرانی که با مردان خارجی ازدواج کرده اند و ۴ طرح جهت ارتقا و حمایت از حقوق بشر مانند قانون بازنشستگی زنان شاغل با ۲۰ سال سابقه کار، قانون کاهش ساعات کار زنان با شرایط خاص، حضور بانوان ایرانی در رشته های مختلف ورزشی، حضور چشمگیر زنان در دانشگاه ها، پیشرفت های بهداشتی و درمانی، آموزش حقوق بشر در بین قضات، نیروهای پلیس، تصویب منشور حقوق شهروندی ۱۳۹۵، نمونه هایی از تحولات بزرگ و اساسی ایران طی چهار سال اخیر بود.

بر اساس ماده ۱۰۱ برنامه ششم توسعه ملی در مورد توانمند سازی بنیان خانواده و ارتقاء جایگاه زنان در همه امور زنان شناسایی شاخص های توازن جنسیتی و روند مشارکت زنان در آموزش عالی در کشور صعودی است. تعداد دانشجویان زن در دانشگاه ها افزایش یافته و سهم زنان شاغل در دانشگاه ها ۲۴ درصد است که ۸ درصد رشد کرده است و میزان اشتغال زنان در بخش دولتی از

سال ۲۰۱۴ افزایش یافته است و بیش از ۴۰۰۰ زن فعال وجود دارد ۲۲۳ مرکز در سراسر کشور تاسیس شده و حدود ۲۰ درصد آنها توسط زنان کارآفرین اداره می‌شود. حضور زنان در موقعیت‌های تصمیم‌گیری و مشارکت سیاسی ۱۴ درصد در سال ۲۰۱۷ و ۱۸ درصد در سال ۲۰۱۸ افزایش یافته است و از سال ۲۰۱۱ تا ۲۰۱۷ بیش از یکصد و هفتاد قاضی زن در دادگستری کار می‌کنند. ۱۴ حزب توسط زنان تاسیس شده و مجوز دریافت کرده اند و تعداد اعضای زن احزاب و گروه‌های سیاسی بیش از ۱۵ هزار نفر است. همچنین بر اساس آخرین تحولات مطابق با اجرای ماده ۸۰ قانون برنامه ششم توسعه ملی، گروه ویژه ملی در توانمندسازی زنان سرپرست خانوار در زمینه توسعه اشتغال و کار آفرینی ایجاد شده است. تدوین دستورالعمل برای مداخلات تخصصی برای محافظت از دختران در معرض آسیب های اجتماعی و راه اندازی خطوط تلفنی طلاق برای پشتیبانی روانی اجتماعی زنان مطلقه و فرزند دان آنان در استان ها و مراکزهایی برای حمایت روانی و اجتماعی از دختران از جمله اقدامات ایران در زمینه حقوق بشر طی سال های اخیر می‌باشد. علاوه بر این جرم انگاری خشونت علیه زنان در قانون مجازات اسلام می و قانون حمایت از خانواده، لایحه حمایت از زنان علیه خشونت از جمله قوانینی بود که مراحل تصویب را گذرانده است. طی سال‌های ۲۰۱۵ تا ۲۰۱۸ به طور متوسط ۱۵۰۰ زن، قربانی خشونت خانگی و فرزندان آنها سالانه در ۲۸ خانه امن، خدمات تخصصی دریافت می‌کنند. منع ازدواج اجباری و زودرس دختران و پسران توسط ماده ۵۰ قانون حمایت از خانواده ایجاد شده و تغییرات فرهنگی و اجتماعی در کشور و افزایش سطح تحصیلات دختران و زنان افزایش یافته و حداقل سن ازدواج نیز به تبع آن افزایش یافته است. (سایت شورای حقوق بشر، گزارش ملی ایران، تاریخ رؤیت ۳ بهمن ۱۳۹۹) با این حال شورای حقوق بشر خواستار تصویب کنوانسیون رفع انواع تبعیض علیه زنان و پروتکل های اختیاری میثاق بین المللی شد. ه و بیان کرده که زنان در قوانین خانواده و کیفری با تبعیض بنیادی مواجه هستند و سیستم حقوقی ایران زنان را نسبت به مردان در وضعیت تبعی قرار می‌دهد، ارزش شهادت یک زن نصف شهادت مرد است و مسئولیت کیفری برای دختران نه سال قمری تعیین شده است ولی برای پسران ۱۵ سال قمری است و طبق قانون مدنی به ویژه در امور مربوط به ازدواج و طلاق و حضانت فرزند و وراثت نیز این کشور نتوانسته است برابری را رعایت کرده و خشونت جنسیتی را جرم انگاری کند. همچنین دخترانی که با سن ۹ سال و بدون روسری در انظار عمو می‌دیده می‌شوند به مجازات محکوم می‌شوند. علاوه بر این نسبت به اطلاعات مربوط به زن کشی به ویژه در موارد قتل ناموسی توسط سرپرستان دختران زیر سن قانونی و تامین سرپناه کافی برای زنان قربانی خشونت ابراز نگرانی کرده که در این خصوص توصیه‌هایی به ایران کردند و انجمن بهداشت خانواده ایران متذکر شد که بهزیستی، سازمان

خدمات و مشارکت های شهرداری تهران در سال های اخیر پناهگاه هایی برای حمایت از زنان و دختران بد سرپرست و آسیب پذیر ایجاد کرده است. علاوه بر این شورای حقوق بشر خاطر نشان کرد که زنان کارگر ایرانی از حمایت قانونی کمتری برخوردار هستند و جامعه زنان ایران در سوئد توصیه کردند که دولت از حق زن کار و ارتقا و حمایت از آنان و امکان مشارکت زنان در امور سیاسی و همچنین رفع محدودیت ها اقداماتی انجام دهند. با این حال، با وجود کم و کاستی ها و خلأ های موجود، نسبت به سال های اخیر پیشرفت هایی در خصوص وضعیت حقوق بشر در ایران مشاهده می شود و امید است که در سال های آینده وضعیت بهتری مشهود باشد و گزارش چهارم بهتری پیش رو داشته باشیم.

همچنین طبق ماده ۱۸ قانون گذرنامه ایران، زنان متاهل برای دریافت گذرنامه و خروج از کشور به اجازه همسر خود نیاز دارند. البته در موارد اضطراری، دادستان یا مقام قضایی محلی نیز می تواند مجوز خروج از کشور را صادر نماید. در ۲۳ نوامبر ۲۰۱۵ گزارش شده که خانم اردلان توانست با دریافت مجوز از دادستان تهران و بدون رضایت همسر خویش برای همراهی با تیم فوتسال در بازی های گواتمالا از کشور خارج شود. در پاسخ به این مورد دولت ایران ادعا کرده که این محدودیت ها برای خروج زنان از کشور را برای حفاظت از ایشان روا می دارد و همچنین اشاره کرد که زنان از آزادی گسترده در آموزش و اشتغال، بهداشت و حقوق اجتماعی از جمله مسافرت برخوردار هستند. علاوه بر این خانم عاصمه جهانگیر گزارشگر سابق شورای حقوق بشر، در راستای گزارشات خود در خصوص حقوق زنان و منشور حقوق شهروندی معتقد است که منشور بر اساس قانون اساسی تدوین شده اما در مورد مسائل مهمی مانند حقوق زنان و حقوق اقلیت های قومی و مذهبی تقریباً هیچ ضمانت حقوقی جدیدی تعریف نکرده است. ایشان ضمن استقبال از سخنان آقای روحانی در جهت ارتقای موقعیت زنان به عضویت سه زن در کابینه، نسبت به کاهش ظرفیت سمن ها برای حمایت از زنان، ممنوعیت زنان از تماشای رویدادهای ورزشی در استادیوم و وضعیت اقلیت های قومی ابراز نگرانی می نماید. البته پاسخ ایران در مورد این گزارش این است که گزارش بدون توجه به اصول مندرج در قطعنامه شماره ۵/۲ شورای حقوق بشر و با انگیزه سیاسی تهیه شده و ایران متعهد به همکاری با مکانیسم بررسی دوره جهانی و همه نهادهای معاهده ای و دفتر کمیسر عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد است. (خسروی، رضوانی، ۱۳۹۷: ۲۵) با این حال، تمامی افراد بشر صرف نظر از جنس، قوم، نژاد و مذهب به لحاظ کرامت والای انسانی و به صرف انسان بودن باید از حقوق یکسان و برابر برخوردار باشند. لذا امید است که دولت ایران با اصلاح قوانین در خصوص زنان وضعیت مطلوبتری را در اختیار آنها قرار داده و

قوانین داخلی را به معیارهای بین المللی نزدیکتر گردانند تا از مشکلات بسیاری که در جامعه به علت کمبود برخی از حقوق احساس می شود جلوگیری به عمل آمده و از ایجاد مسئولیت بین المللی احتراز گردد.

۳- اقدامات ملی کشورها در اجرای مقررات حقوق بشری زنان

در خصوص رعایت قواعد حقوق بشری زنان در سطح ملی، بعضی کشورها همچون بلژیک، بلیز، کلمبیا، کرواسی، یونان، گینه، لوکزامبورگ و صربستان به قانونگذاری و اصلاح قوانین ملی در جهت تضمین تساوی بین زن و مرد و ممنوعیت تبعیض مبتنی بر جنسیت اقدام نموده اند. به عنوان مثال کلمبیا و اکوادور مقرراتی را برای حمایت از زنان به قانون اساسی خود افزود. ه اند و تانزانیا در اصلاحیه قانون اساسی خود مقرر کرد ده است که حداقل ۳۰ درصد تعداد نمایندگان پارلمان باید زن باشند و رواندا نیز اعلام کرد ده است که حداقل ۳۰ درصد پست ها و ارگان های مدیریتی بر عهده زنان خواهد بود. در اقدامات پارلمانی سال ۲۰۰۸ رواندا ۵۶ درصد، سودان ۴۷ درصد، کوبا ۴۳ درصد، فنلاند ۴۱ درصد و آرژانتین ۴۰ درصد کرسی های پارلمان را در اختیار زنان قرار دادند. جنبش بین المللی زنان نیز توسط سازمان های بین المللی دولتی و غیر دولتی شکل گرفته است که برای دستیابی به تساوی حقوق در واقعیت عملی و در قانون اقداماتی انجام می دهند. (توحیدی، ۱۳۹۱: ۳۷) اقدامات ایران براساس یو پی آر شورای حقوق بشر در حوزه حقوق زنان شامل توصیه های شماره ۶۴، ۶۰، ۴۵، ۳۶، ۳۴، ۳۳، ۳۲، ۳۱، ۷ می باشد.

علاوه بر ارتقاء جایگاه مرکز امور زنان و خانواده ریاست جمهوری از مقام مشاورت به معاونت رئیس جمهور که عضو کابینه نیز می باشد، ایجاد پست مشاور امور بانوان در کلیه وزارتخانه ها و نهادهای دولتی برای کمک به پیشرفت و حمایت از زنان شاغل از دیگر اقدامات در این زمینه می باشد. ارتقاء نقش کمیسیون امور خانواده، زنان و جوانان و فراکسیون زنان در مجلس شورای اسلامی، ارتقاء نقش شورای فرهنگ اجتماعی زنان در شورای انقلاب فرهنگی، ایجاد دفتر حمایت از زنان و کودکان در قوه قضاییه، تعیین پست مشاور زن در دادگاه خانواده به موجب قانون حمایت خانواده و ارتقاء نقش پلیس زن در ساختار نیروی انتظامی از جمله ساز و کارهای ارتقاء حقوق زنان طبق توصیه ۳۶ اندوئوی می باشد. علاوه بر این قانون جدید آیین دادرسی کیفری در جهت تسهیل بیشتر روند دادرسی در سال ۱۳۹۳ تصویب شد و لزوم بازجویی از زنان و اطفال توسط ضابطان آموزش دیده زن و به رسمیت شناختن حضور سازمان های مردم نهاد حقوق بشری در مراحل دادرسی کیفری از جمله موارد ذکر شده در این قانون می باشد. همچنین

قانون ساماندهی حمایت از مشاغل خانگی، قانون اصلاح مواد ۱ و ۷ قانون نحوه اجرای قانون مربوط به خدمت نیمه وقت بانوان، تهیه و تدوین پیش نویس لایحه تامین امنیت زنان در برابر خشونت و تصویب و اجرایی شدن قانون حمایت خانواده از ج مله قوانین نشأت یافته از توصیه‌های ۳۲ برزیل، ۳۳ شیلی و ۳۴ اتریش می‌باشد. طبق توصیه شماره ۶۴ بنگلادش نیز، ارتقاء سلامت و بهداشت زنان در خانواده، مراکز بهداشتی و درمانی روستاها و شهرها، بیمارستان‌ها و خدمات بیمارستانی دانشگاهی و فوق تخصصی مد نظر گرفت و کمیته پیشگیری و کنترل ایدز، باشگاه مثبت ویژه زنان و مراکز مشاوره، مراقبت و درمان ویژه زنان آسیب پذیر و مبتلایان به اچ آی وی و خانواده آنها در راستای این حمایت‌ها تشکیل یافته است. علاوه بر این مشارکت سیاسی زنان طبق توصیه‌های ۳۲ و ۳۳ برزیل و شیلی مربوط به حقوق برابر می‌باشد. عضویت زنان در مجلس شورای اسلامی و افزایش تصدی پست‌ها و مناصب مهم سیاسی و تصمیم گیری در سطوح مختلف مدیریتی را در بر داشته است. است طبق توصیه ۴۵ آلمان نیز ایران در زمینه مبارزه با قاچاق زنان و دختران با اینترنت همکاری موثری داشته است و قانون مبارزه با قاچاق انسان به دنبال تحولات بین المللی و الحاق ایران به کنوانسیون مبارزه با قاچاق زنان و کودکان به تصویب رسیده است. (شریفی صدر، ۱۳۹۷: ۶۶-۶۳)

۱-۳- رویکرد و جایگاه قانونی الحاق ایران به کنوانسیون منع تبعیض زنان

کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان، یک دستاورد مهم جامعه بین المللی در جهت احیای مقام و موقعیت زن و زدودن تبعیض و تحقیر و بی عدالتی از او و دادن نقش فعال به او در ساختار توسعه جامعه بشری تلقی می‌گردد و در بند ۳۹ بخش دوم اعلامیه کنفرانس جهانی حقوق بشر وین ۱۹۹۳ آمده است که سازمان ملل باید دولت‌ها را به پذیرش کنوانسیون تشویق کند. جمهوری اسلامی ایران تاکنون به این کنوانسیون نپیوسته و فعلاً بحث تصویب و الحاق به آن مطرح می‌باشد. در خصوص قوانین مبتنی بر احکام انعطاف پذیر شرعی که در برگرفته مسائل مربوط به حضانت، ولایت، قضاوت، طلاق و ارث است، اصلاح و تغییر آنها در صورتی که لازم و مصلحت باشد مغایر با احکام شرعی نخواهد بود. تساوی در زندگی سیاسی و عمومی در سطح ملی و بین المللی، تساوی در حقوق مربوط به تابعیت، تساوی در آموزش، تساوی در اشتغال و حقوق کار، تساوی در دستیابی به تسهیلات بهداشتی، امنیت اقتصادی و اجتماعی، تساوی در مسائل قانونی و مدنی و تساوی در حقوق خانواده از موارد مندرج در کمیسیون رفع تبعیض علیه زنان می‌باشد. (مهرپور، ۱۳۹۵: ۲۵۴-۲۴۲) بین مقررات کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان و مقررات جاری در قوانین

جمهوری اسلامی ایران اختلاف‌هایی وجود دارد که در صورت الحاق بی قید و شرط به کنوانسیون، طبق ماده ۲، دولت مکلف به اصلاح یا لغو آنها می‌شود. در خصوص نکاح و حقوق خانوادگی، حق ارث، صدور گذرنامه، شهادت، قصاص و دیه اختلافاتی در قانون ایران با کنوانسیون وجود دارد. اگر دولت ایران، کنوانسیون را چنانکه خواسته کنفرانس جهانی حقوق بشر وین و کمیته رفع تبعیض علیه زنان و کمیسر عالی حقوق بشر است، بدون قید و شرط تصویب کند، با تحسین و استقبال ارگان‌های مربوطه سازمان ملل مواجه می‌شود و گام مثبتی در پرونده همکاری ایران با سازمان ملل در زمینه حقوق بشر به حساب می‌آید که در این صورت دولت باید نسبت به تغییر رفتار و اصلاح و نسخ قوانین خود در انطباق با مقررات کنوانسیون اقدام کند. امروزه مجمع عمومی ملل متحد و شورای حقوق بشر قطعنامه‌هایی علیه ایران در خصوص نقض حقوق بشر خصوصاً نقض حقوق زنان و روا داشتن تبعیض در مورد آنها صادر می‌کنند. از سوی دیگر اگر قرار باشد ایران با حق شرط بدان ملحق شود یا باید ضمن تصویب گفته شود هر مورد که با قوانین داخلی یا مقررات شرعی مغایر باشد، دولت تعهدی به اجرای آن ندارد همانطور که در کنوانسیون حقوق کودک چنین کرده است که در این صورت با اعتراض دولت‌های دیگر مواجه خواهد شد و یا دولت موادی از معاهده را که با مصالح و منافع ملی و یا مبانی حقوقی نظام خود سازگار نمی‌بیند و یا به هر دلیل موجه دیگر، آمادگی اجرای آن را ندارد، مشخص کند و عدم التزام و تعهد خود نسبت به آنها را اعلام دارد. (رجب زاده، ۱۳۹۹: ۱۳۸)

کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان باید به تصویب مقامات ذیصلاح کشورها برسد. مطابق با حقوق بین‌الملل و ماده ۱۹ معاهده ۱۹۶۹ حقوق معاهدات وین، اصولاً کشورها می‌توانند از حق شرط استفاده نمایند مگر اینکه خود معاهده اعمال هرگونه شرط را ممنوع کرده باشد یا شرط مورد نظر جزء شروط خاص اجازه داده نشده نباشد و یا با ذات و هدف معاهده سازگار نباشد. ایران می‌تواند با استفاده از این حق به کنوانسیون ملحق شود ولی شروط آن نباید از نظر ماهیت مخالف با ذات کنوانسیون باشد. بنابراین هرگونه تبعیض علیه زنان که موجب عدم تساوی زن و مرد باشد فاقد آثار حقوقی خواهد بود. (جلالی، ۱۳۸۳: ۱۲۸)

همانطور که گفته شد از جمله دغدغه‌های کشورهای مسلمان نسبت به تصویب این کنوانسیون، تعارضات این کنوانسیون با فقه و حقوق اسلام است. به عنوان مثال تعارضات کنوانسیون با فقه اسلامی در حیات فردی زنان شامل بلوغ، حرمت تبرج و تبیین زنان می‌باشد و تعارضات کنوانسیون با فقه اسلام در حیات خانوادگی زنان در مواردی از قبیل قوامیت مرد در خانواده و ازدواج، خصوصاً چند همسری و طلاق که خود شامل حق طلاق، عده و رجوع است و از سوی

دیگر تبعیض در خصوص ارث. همچنین تعارضات کنوانسیون با فقه اسلامی در حیات اجتماعی زنان شامل حجاب و پوشش و قوانین جزایی از قبیل شهادت زن و ذی حق بودن وی و از سوی دیگر اشتغال آنان نیز می‌باشد. (علاسوند، ۱۳۸۲: ۹۷-۴۵) هر چند که به اعتقاد کشورهای مسلمان این کنوانسیون مغایر با شرع می‌باشد و در خصوص تابعیت، نکاح و تساوی در برابر قانون شرط وارد نموده اند با این حال همین عدم الحاق به کنوانسیون خود تبعیض علیه زنان محسوب می‌شود و می‌تواند مبنای تبعیض، خشونت، نادیده گرفتن حقوق، عدم تساوی، نظام مردسالاری و برتر نشان دادن جنس مرد باشد.

۲-۳- جایگاه امور زنان و خانواده در سند افق چشم انداز بیست ساله آینده کشور

تقویت جایگاه زن در نهاد خانواده و در صحنه های اجتماعی در هر عصر وجود داشته است. ماده ۱۱۱ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران هر ۵ سال یکبار قابل تغییر می‌باشد، که طبق آن دولت موظف است با هدف تقویت نقش زنان در جامعه و گسترش مشارکت آنها در کشور، برنامه جامع توسعه مشارکت زنان مشتمل بر بازنگری قوانین و مقررات به ویژه قانون مدنی را تصویب و اجرا نماید. تقویت مهارت‌های زنان متناسب با نیازهای جامعه و تحولات فناوری را شناسایی کرده و ساختارهای سرمایه گذاری در فرصت‌های اشتغال را افزایش دهد. همچنین به ترکیب جنسیتی نیروی کار و ارتقای کیفیت زندگی زنان و همچنین افزایش باورهای عمومی نسبت به شایستگی آنان را مورد توجه قرار دهد. از سوی دیگر تنظیم و ارائه لوایح مربوط به تحکیم خانواده جهت تصویب در مراجع ذیصلاح و انجام اقدام‌های لازم از جمله تهیه برنامه های پیشگیرانه و تمهیدات قانونی به منظور رفع خشونت علیه زنان و تقدیم لایحه حمایت از ایجاد و گسترش سازمان های غیر دولتی، نهادهای مدنی و تشکل های زنان در مجلس شورای اسلامی از جمله اهداف و اقدامات این سند می‌باشد. (الله وردی زاده، ۱۳۹۱: ۱۶)

۳-۳- حق آموزش زنان در نظام حقوقی ایران به دور از تبعیض

حق آموزش و تحصیل از حقوق اساسی انسان محسوب می‌شود. در دین اسلام نیز در رابطه با اختصاص حق آموزش به زن یا مرد شرطی وجود ندارد و تحصیل علم را بر همه واجب می‌داند لیکن از نظر برخی از فقها اذن پدر و مادر خصوصاً وقتی که آن علم در شهر محل سکونت فرد نباشد شرط می‌باشد. همچنین اذن شوهر برای زنان متأهل واجب است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۲۰ مقرر می‌دارد که همه افراد ملت اعم از زن و مرد به صورت یکسان در

حمایت قانون قرار دارند و دولت موظف است وسایل آموزش و پرورش رایگان را برای همه ملت تا یک دوره مشخص فراهم سازد در منشور حقوق و مسئولیت زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز مسائل آموزش زنان مطرح شده است که در راستای تحقق اصول ۲۰ و ۲۱ قانون اساسی و سند چشم انداز جمهوری اسلامی ایران می باشد که شامل حقوق و مسئولیت رشد علمی، معنوی و اخلاقی با همکاری و حمایت اعضای خانواده، حق بهره مندی از اطلاعات و آموزش های مورد نیاز، حق تبادل اطلاعات و ارتباطات فرهنگی در ابعاد ملی و بین المللی، حق سواد آموزی عمومی و حق مشارکت در مراکز آموزشی و مجامع فرهنگی علمی با رعایت شئونات اسلامی می باشد. یکی از مهمترین چالش های پیش روی کشورهای اسلامی از جمله ایران در جهت تحقق آموزش، کمبود منابع دولتی و بالا بودن سطح بی سوادی در میان جوامع روستایی می باشد و با در نظر گرفتن شرایط بد اقتصادی، کاهش سازمان های بین المللی وابسته به سازمان ملل متحد در این راستا ضروری می باشد در غیر این صورت شاهد رشد ناهماهنگی در دستیابی به امکانات و تسهیلات آموزشی در جامعه خواهیم بود. (بیگدلی، حسینی الموسوی، ۱۳۹۱: ۵۷) طبق آمار منتشر شده از سوی یونسکو، در بین ۷۹۶ میلیون بزرگسال بیسواد در جهان، از هر سه نفر، دو نفر آنان زن هستند. در آسیای جنوبی، تقریباً از هر ۵ زن، سه نفر و در آفریقا، نی می از جمعیت زنان از آموزش محروم می باشند. بر اساس برآوردهای بانک جهانی نیز ۱۱۳ میلیون نفر از کودکان ۶ تا ۱۱ ساله ای که به مدرسه نفی روند، دختر می باشند که طی تحقیقات انجام شده ۶۰ درصد جوانانی که در مدرسه حضور ندارند دختر هستند. (حضرت پور، محمدی، ۱۳۹۷: ۹۴) سند پکن در محور حقوق بشر مربوط به زنان به امر آموزش در محور حقوق در ابعاد جامعه جهانی توجه می کند و مکانیزمی را طراحی کرده است که از وضعیت حقوق زنان در کشورها اطلاع کسب نماید و همچنین از دولت ها می خواهد که یک برنامه جامع آموزشی حقوق بشر را طراحی نمایند که تمهید یک برنامه جامع آموزش حقوق بشر در راستای ارتقاء آگاهی زنان از حقوق بشر مربوط به خود و ارتقاء آگاهی دیگران از حقوق بشر مربوط به زنان در بهبود وضعیت آنها موثر خواهد بود. همچنین در این سند در تمام مراحل به تلاش موثر گروه های فمینیستی اشاره شده است. (علاسوند، پیشین، ۱۹۴) بر اساس قوانین و شرع اسلام حق آموزش جنسیت پذیر نمی باشد و در مورد زنان و مردان یکسان است اما یکی از آن مواردی که این حق را از قواعد حقوق بشری مغایر ساخته است اذن شوهر برای آموزش زن شوهردار است. به عبارتی در صورت ازدواج یک زن با مرد ایرانی اذن حق آموزش زن برعهده مرد خواهد بود مگر اینکه در شروط ضمن عقد نکاح ذکر شود. این یک نوع محدودیت و تبعیض محسوب می شود و نقض حقوق بشر و زنان است و در

جامعه نیز شاهد مواردی هستیم که زنان و دختران با مخالفت پدر و مادر یا شوهر رو به رو شده اند و از حق تحصیل و آموزش محروم مانده‌اند.

۴-۳- جایگاه حقوق بشری زنان در قانون حمایت خانواده

در قانون اساسی، زن و خانواده در اصول متعددی مورد توجه قرار گرفته است و دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلام می‌تعیین نماید. همچنین قانون عاقله مندی مصوب ۱۳۷۰، قانون تامین حقوق زنان و کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۷۱ و ۱۳۷۴، امکان طلاق از جانب زن با شرط ضمن عقد طبق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، ممنوعیت اجرای کارهای سخت و زیان آور به زنان طبق ماده ۷۵ قانون کار مصوب ۱۳۶۹، ممنوعیت کار شب برای زنان و ممنوعیت کار برای زنان باردار از شش هفته قبل از زایمان تا چهار هفته بعد از آن طبق قانون مذکور، از جمله قوانین موضوعه می‌باشند که به حقوق زنان توجه کرده اند. (الله وردی زاده، پیشین، ۱۸)

یکی از مواردی که در قانون حمایت از خانواده وجود دارد بحث تبعیض جنسیتی می‌باشد که به منزله نقض حقوق بشر و از جمله عوامل اعمال تبعیض علیه زنان می‌باشد. تغییر قوانین در زمره حقوق خانواده باید انجام گیرد و نباید با طرح مسائلی همچون مباحث دینی از انجام این فرایند اصلاحی جلوگیری گردد چراکه باید توجه داشت که چنین بحث‌های حاکی از تفاوت و تبعیض در تأثیر قرآن و روایات نیز آمده است و اگر امروزه تبعیضی بین زن و مرد دیده می‌شود بیشتر به علت تعصبات کورکورانه و بحث‌های فرهنگی است. تجویز همسر دوم گزینی در قانون جدید یکی از موارد تبعیض علیه زنان در قانون حمایت از خانواده می‌باشد و در خصوص حق طلاق نیز تبعیضی علیه زنان اعمال می‌شود که چرا حق طلاق باید متعلق به مرد باشد و در صورتی متعلق به زن خواهد بود که مشروط بر شرایطی باشد. توجیهی که برخی از عالمان به این مسئله دارند این است که زنان دارای احساسات بیشتری نسبت به مردان می‌باشند و امکان تصمیم‌گیری غلط وجود دارد که صرفاً یکسری توجیهات غیر قابل قبول می‌باشد. حقوق همه افراد بشر باید به نحو احسن و به صورت یکسان رعایت شود نه اینکه مقام زن را حتی خارج از مقام انسان بودن تلقی کنند و مرد به عنوان جنس برتر تلقی شود. از جمله مشکلاتی که خانواده‌ها از آن رنج می‌برند خشونت پنهان و آشکار نسبت به جنس مونث اعم از شوهر و یا فرزندان و سایر مردان خانواده نسبت به آنها است که ناشی از الگوهای غلط فرهنگی و سنتی می‌باشد. قانون حمایت از خانواده نیز چاره‌ای برای رهایی از این معضل نیاندیشیده است به عنوان مثال چرا قانون اجازه می‌دهد تا

پدر دخترش را در هر سنی به ازدواج در بیاورد و قانونگذار تنها اگر به او در اثر رفتار جنسی آسیب برسد برخورد می‌کند و خشونت‌ی که دامن چنین کودکانی را خواهد گرفت را نمی‌بیند و از سنت غلطی همچون ازدواج کالایی پیروی می‌نماید؟ (صابرنژاد و همکاران، ۱۳۹۶: ۲۲۲)

مطلب دیگر بحث سن ازدواج است که طبق قواعد حقوق بشر و کنوانسیون حقوق کودک افراد زیر ۱۸ سال کودک بوده و ازدواج قبل از ۱۸ سالگی ممنوع می‌باشد ولی از آنجایی که ایران به دلیل عدم مغایرت مواد کنوانسیون با شرع اسلام به این کنوانسیون به صورت مشروط پیوسته است برخی از این ماده ها را از جمله سن ازدواج را اجرا نمی کنند هر چند که در قانون حمایت از خانواده نیز این موضوع مطرح شده است اما امروزه خانواده‌هایی وجود دارند که حتی پیش از به بلوغ رسیدن دختر، موجبات ازدواج آن را فراهم می‌کنند. جالب است که شخص تا قبل از ۱۸ سالگی اهلیت انجام برخی امور از قبیل افتتاح حساب بانکی را ندارد ولی در سن ۱۳ سالگی و حتی کمتر از آن با اجازه ولی یا حکم دادگاه می‌تواند ازدواج کند. اصلاً چرا ازدواج یک دختر باید با اذن پدر باشد؟ چرا که همه ما به لحاظ انسان بودن باید دارای کرامت انسانی برابر و به تبع آن حقوق برابر باشیم و از آزادی عمل برخوردار باشیم. اگر به معنای آزادی رجوع کنیم در می‌یابیم که آزادی به انجام هر گونه عملی گفته می‌شود که به دیگری لطمه ای وارد نسازد. ما در هر مسئله ای یک استثنا به آزادی انسان وارد می‌کنیم که مغایر با نظام لیبرال و فردگرایی و آزادی های فردی می‌باشد. ازدواج کودکان در ایران خصوصاً دختران از مسائل نگران کننده می‌باشد که باید آسیب شناسی اجتماعی آن نیز در نظر گرفته شود از سوی دیگر باید همانطور که قبلاً هم ذکر شد، لزوم دریافت گواهی سلامت بکارت قبل از ازدواج برای دختران باکره که در برخی از خانواده‌ها مرسوم می‌باشد خلاف قواعد حقوق بشری و آزادی های تن می‌باشد زیرا که بدن هر شخص مخصوص خود آن شخص بوده و شخص دیگری حق دخالت در آن را ندارد.

۴- نتیجه گیری

موضوع حقوق زنان با وجود دلسردی ها و عدم نتیجه گیری درست، مسیر دشواری را طی کرده است به طوری که نزدیک به ۴۸ سال طول کشید تا جامعه بین المللی به این نتیجه برسد که حقوق زنان، حقوق بشر می‌باشد. توجه به حقوق زنان باعث شده است تا حقوق بشر به صورت جامع مورد بررسی قرار گیرد اما نمی توان با قاطعیت اظهار کرد که در عمل نیز وضعیت زنان بهبود یافته باشد چرا که در گزارشات نهادهای مختلف سازمان ملل، نقض حقوق بشری زنان مشهود است به طوری که زنان به صورت آشکار با تبعیض و به حاشیه راندگی در جامعه مواجه

هستند و حقوق انسانی آنان نادیده گرفته می‌شود. مبانی فکری کشورهای غربی و سازمان‌های بین المللی مبتنی بر اومانیسم و لیبرالیسم می‌باشد و به تبع آن مواد کنوانسیون ها نیز بر اساس همین طرز تفکر نگاشته شده است از این رو با اصول مندرج در کشورهای اسلام می‌مطابقت ندارد. به عنوان مثال تساوی زنان با مردان که از مبانی فکری اعلامیه جهانی حقوق بشر و کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان می‌باشد با ارزش های دین اسلام متفاوت است. ایران دارای دیدگاه منحصر به فردی در موضوع تفسیر و مغایرت اصول حقوق بشر با فرهنگ بومی، ملی و مذهبی خویش است و از آنجایی که بر پایه نظریه نسبیت گرایی فرهنگی، قواعد حقوق بشر بر پایه تعارضات فرهنگی ملت‌ها قابل تفسیر است، همین تعارضات فرهنگی مانع جهانشمولی قواعد حقوق بشر می‌شود. ساز و کار بررسی دوره ای جهانی گام بلندی برای مقابله با نقض حقوق بشر به شمار می‌آید ولی نه گامی قاطع و به نوعی انگیزه ای برای اعضای شورای حقوق بشر و جامعه بین المللی در جهت بهبود رویه‌های حقوق بشری می‌باشد و توصیه‌ها معمولاً منجر می‌شود تا دولت برای اجرای هر چه بهتر حقوق بشر تشویق شود. دولت ایران به عنوان یکی از اعضای شورای حقوق بشر موظف به ارائه گزارش ملی خود در چارچوب زمانی مشخص به شورا می‌باشد و گزارش ملی خود را در تطبیق با قطعنامه ۱/۵ تهیه کرده و به شورا تقدیم نمود که در زمینه ارتقا و حمایت از حقوق بشر و حمایت از گروه‌های آسیب پذیر زنان بود. فرایند بهبود و ارتقاء وضعیت زنان تابع متغیر واحدی نیست و یو پی آر صرفاً یکی از عوامل تاثیر گذار می‌باشد اگر چه لازم است که دولت در زمینه پیوستن به کنوانسیون بین المللی منع شکنجه و کنوانسیون بین المللی امحای هرگونه تبعیض علیه زنان زمینه‌های لازم را هرچه زودتر فراهم کند و برای رفع قوانین باقیمانده تبعیض آمیز نسبت به زنان مقرراتی تدوین کند و دقت بیشتری در جهت حمایت و ارتقاء حق آزادی بیان بپردازد.

زنان ایرانی در زمینه‌های مختلف از جمله ازدواج، طلاق، آموزش، اشتغال و فرهنگ محدود شده‌اند و یا نیاز به اجازه همسر یا پدر خود دارند که موجب سلب استقلال و حیثیت ذاتی انسانی آنها شده است که این قبیل مسائل باید در قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران اصلاح شود چرا که طبق گزارش گزارشگران ویژه شورای حقوق بشر، با برخی از زنان در جامعه ایرانی مانند شهروند درجه دو رفتار می‌شود. همچنین لازم است که سن ازدواج بازنگری شود. برابری در مقابل قانون از اصول نظام دموکراسی است البته که کشوری وجود ندارد که حقوق بشر خصوصاً حقوق زنان را نقض نکرده باشد اما کمتر کشوری پیدا می‌شود که به صورت صریح در قوانین خود این حجم از تبعیض را گنجانده باشد هرچند که برای رعایت حقوق زنان وجود بستر و فرهنگ ضرورت دارد. در راستای تایید آرمان‌های فمینیستی ذکر این نکته لازم است که گزارش‌ها

و پندارهای سنتی در خانواده و جامعه باید کنار گذاشته شود و تقسیم کار، احترام، عدم تبعیض و حقوق برابر لحاظ شود. همه افراد بشر با هم برابر هستند و نه مرد به زن برتری دارد و نه زن به مرد. به جای محدود کردن زن ها و دختران باید به مردان و پسران نیز رفتار صحیح آموزش داده شده و جامعه امنی را برای زنان فراهم نمود. همچنین زنان نباید علیه هم باشند تا زمانی که زنان به حقوق همدیگر احترام گذاشته و باورهای سنتی و قدی می را کنار بگذارند و زن دوم مردی نشوند و برخی از مسائل را قبول نکنند قطعاً اصلاح قوانین نیز امکان پذیر خواهد بود چرا که تغییر را ابتدا باید از خودمان شروع کنیم سپس از دیگران انتظار داشته باشیم. دنیایی که برای زنان جای بهتری باشد برای مردها هم جای بهتری خواهد بود و اینکه زن یک انسانی است که برای ساده ترین حقوقش می جنگد و باید به آنها احترام گذاشت، نه به عنوان مادر یا خواهر بلکه به عنوان یک انسان. هر چن -د که امید است که در سال های آینده همه موانع و مشکلات برای همه مردم جهان رفع گردد. باید در نظر داشت که ما زنان قدرت تغییر و ایجاد جهان بهتری را به دور از تبعیض داریم.

منابع و مآخذ

- منابع فارسی
- الف) کتابها
- ۱- حضرت پور، محبوبه؛ محمدی، عادل (۱۳۹۷)، نقش زنان در فرایند صلح و امنیت بین المللی، چاپ اول، تهران: خرسندی
- ۲- عباسوند، فریبا (۱۳۸۲)، زنان و حقوق برابر: نقد و بررسی کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان و سند پکن، چاپ اول، تهران: شورای فرهنگی اجتماعی زنان
- ۳- قانع، محسن (۱۳۹۵)، سازوکار بررسی دوره ای جهانی حقوق بشر (یو.بی.آر) شورای حقوق بشر سازمان ملل و دومین نشست یو.بی.آر جمهوری اسلامی ایران، مرکز آموزش و پژوهش های بین المللی وزارت امور خارجه، تهران: وزارت امور خارجه، اداره نشر
- ۴- مولاوردی، شهیندخت (۱۳۹۳)، موازین بین المللی حقوق زنان: کنوانسیون ها، میثاق ها، قطعنامه ها، پروتکل ها، اعلامیه ها، بیانیه ها، توصیه نامه ها، مقاله نامه ها و اسناد مصوب کنفرانس های جهانی و اجلاس های ویژه، چاپ اول، تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران
- ۵- مهدوی زادگان، داود؛ داعی نژاد، سید محمدعلی؛ طاهری، معصومه (۱۳۸۳)، حقوق زنان: نقد و بررسی کنوانسیون رفع انواع تبعیض علیه زنان، چاپ اول، تهران: شورای فرهنگی اجتماعی زنان
- ۶- مهرپور، حسین (۱۳۹۵)، حقوق بشر در اسناد بین المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، تهران: انتشارات اطلاعات (ب) مقاله ها
- ۷- احتشام زاده، پروین (۱۳۸۹)، تحول نقش های جنسیتی زنان و سلامت روانی خانواده، نشریه زن و فرهنگ، دوره اول، شماره ۳، بهار، صص ۶۵-۵۱
- ۸- افروز، ریحانه (۱۳۹۶)، ارزیابی و تحلیل حقوقی جایگاه زنان در قانون جدید حمایت از خانواده با رویکرد حقوق بشو نشریه پژوهش نامه حقوق بشری، شماره ۷، بهار، صص ۱۰۲-۵۷

- ۹- الله وردی زاده، حمید (۱۳۹۱)، بررسی تطبیقی حقوق زن "در حقوق جمهوری اسلامی ایران و سایر کشورها"، همایش ملی حقوق بین الملل در آینه علوم روز، صص ۲۱-۱
- ۱۰- بیگدلی، سعید؛ حسینی الموسوی، سید مجتبی (۱۳۹۱)، بررسی عملکرد کشورهای اسلامی عضو در کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان (از منظر گزارش‌های منع تبعیض علیه زنان سازمان ملل متحد)، نشریه فروغ وحدت، سال هشتم، شماره ۲۹، صص ۶۳-۵۲
- ۱۱- توحیدی، احمدرضا (۱۳۹۱)، تحول حقوق زنان و خانواده در اسناد بین المللی، منطقه‌ای و حقوق ملی، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، سال پانزدهم، شماره ۵۷، پاییز، صص ۵۲-۷
- ۱۲- جلالی، محمود (۱۳۸۳)، حقوق بشر زنان در حقوق بین الملل و وضعیت ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، زمستان، صص ۱۴۳-۱۱۵
- ۱۳- خسروی، حسن؛ رضوانی، سیدحسین (۱۳۹۷)، تحلیل رویه‌های ویژه شورای حقوق بشر سازمان ملل و بررسی رویکرد گزارشگران ویژه وضعیت حقوق بشر در ایران، دوفصلنامه حقوق اساسی، سال پانزدهم، پاییز و زمستان، صص ۳۱-۱
- ۱۴- شریفی، ارکان؛ طاهری، محمد سلمان (۱۳۹۸)، تحولات حقوق زنان در پرتو نسل‌های حقوق بشر با تأکید بر زنان شاغل، مجله حقوق بین الملل، دوره ۱۶، شماره ۲۲، پاییز و زمستان، صص ۳۵-۱۳
- ۱۵- شریفی صدر، منصوره (۱۳۹۷)، بررسی دوره ای جهانی شورای حقوق بشر و وضعیت زنان در ایران، فصلنامه مطالعات بین المللی، سال پانزدهم، شماره ۵۸، پاییز، صص ۷۴-۴۹
- ۱۶- صابرنژاد، علی؛ مستانه، محمدعلی؛ حسین پور، پری (۱۳۹۶)، چالش‌های فراروی قانون حمایت از خانواده در رویکرد نظام بین المللی حقوق بشر، فصلنامه حقوق ملل، شماره ۲۵، بهار، صص ۲۳۵-۲۱۵
- ۱۷- عنصری، لایلا (۱۳۷۹)، حقوق بشر و سلامت زنان باردار، نشریه حقوق زنان، شماره ۱۷، تابستان، صص ۴۴-۴۷
- ۱۸- کریمی، موسی؛ توحیدی، احمدرضا (۱۳۹۹)، حمایت از زنان در برابر خشونت در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر؛ با اشاره به رویکرد نظام حقوقی ایران، فصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، سال بیست و پنجم، شماره ۷۳، پاییز و زمستان، صص ۳۴۱-۲۱۷
- ۱۹- موسوی، سیدمحمد (۱۳۹۵)، سازمان ملل و اسناد بین المللی حقوق زنان "بررسی عملکرد سازمان ملل در قلمرو حقوق زنان"، فصلنامه پژوهشنامه حقوق بشری، دوره ۱، شماره ۳، صص ۱۳-۳
- ۲۰- میرشکاری، عباس؛ مختاری، مرضیه؛ فراهانی، سیدجواد (۱۳۹۶)، پیوند قانون اساسی و معاهدات حقوق بشری در افق‌های شهروندی زنان، دو فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال ششم، شماره ۱۲، بهار و تابستان، صص ۱۵۶-۷۹
- ۲۱- ولمن، کارل (۱۳۹۸)، آیا حقوق زنان می‌تواند حقوق بشر باشد؟، دوفصلنامه حقوق بشر، سال چهاردهم، شماره ۱، بهار و تابستان، صص ۲۰۳-۱۸۹
- ج) پایان نامه‌ها
- ۲۲- رجب زاده، آرام (۱۳۹۹)، جایگاه حقوقی اتباع بیگانه از منظر برخورداری از حقوق شهروندی در نظام حقوقی ایران و اسناد بین المللی، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی-تبریز
- منابع انگلیسی

A) Books

- 23- Monitoring and Protecting the Human Rights of Women (2011), Published by the Geneva Office of the High Commissioner for Human Rights, New York and
- 24- Women's Rights are Human Rights (2014), Published by the Office of the High Commissioner for Human Rights, New York and Geneva

پایگاه‌های اینترنتی

<https://www.unchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/IRindex.aspx>



جرم‌شناسی بالینی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران

سید عباس جزایری

استادیار گروه حقوق واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد، ایران

Abbas.jazaeri@gmail.com

امیر قائدی (نویسنده مسئول)

دانشجوی مقطع دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی شهرکرد ایران

amirghaedi64@gmail.com



تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۰۹.۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۲.۲۶

چکیده

جرم‌شناسی بالینی، یکی از مهم‌ترین نحل‌های تفکر جرم‌شناختی در دوران معاصر است که به‌ویژه با پیدایش مکتب تحقیقی، به مباحث و محافل جرم‌شناسی راه یافت. این گرایش فکری نوظهور، انقلابی در آموزه‌ها و تعالیم راجع به مسئولیت کیفری بزه‌کاران پدید آورد. به‌نحوی که معیارهای به‌کار گرفته‌شده با گرایش‌های فکری پیش از خود برای تعیین مسئولیت کیفری بزه‌کاران پی‌شهاد نمود. جرم‌شناسی بالینی، با تکیه بر مفهوم حالت خطرناک، سعی می‌کند عناصر تشکیل‌دهنده مسئولیت کیفری را با جستجو در شخصیت بزه‌کار تعیین نماید. حالت خطرناک و شخصیت بزه‌کار، از مهم‌ترین مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده جرم‌شناسی بالینی هستند و بر این اساس، خطرناکی بزه‌کار، شخصیت خاصی از وی می‌سازد. این شخصیت، مهم‌ترین موضوع راهبردهای تعیین مسئولیت کیفری است که به‌نحوی، تحت تأثیر آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی هستند. در پژوهش حاضر، سعی شده است مفهوم و مؤلفه‌های جرم‌شناسی بالینی و نیز تأثیر آموزه‌های مطرح در این گرایش فکری نوپدید در دانش جرم‌شناسی بر تعیین مسئولیت کیفری بزه‌کاران، موردبحث و بررسی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: جرم‌شناسی بالینی، حالت خطرناک، شخصیت بزه‌کار، مکتب تحقیقی، مسئولیت کیفری.

۱- مقدمه

حقوق کیفری علمی با عنوان حقوق جزای کلاسیک اوایل سده نوزدهم میلادی در یک فضای فکری جرم مدارانه متولد شد. این فضای فکری که بیش از یک قرن بر سیاست کیفری کشورها حاکم بود، مسئولیت اخلاقی و مجرمیت بزهکار را مبنای تعیین کیفر می دانست. با ظهور مکتب تحقیقی در اواخر سده نوزدهم میلادی مفهوم متداول حقوق جزای کلاسیک و نحوه اقدام قضات در تعیین کیفر با انتقادات اساسی روبه‌رو شد. از دیدگاه مکتب تحقیقی ابتدای عمل جنایی بر اختیار یا نظریه جبر علمی، مطابقت ندارد و محدود کردن کیفر به سزای، ایفای وظیفه سود بخشی آن را بی‌اثر می‌سازد. نحوه نگرش علمی این مکتب به جرم، زمینه‌ساز پیدایش رشته جدیدی در علوم جنایی گردید که بعدها جرم‌شناسی نام گرفت. رسالت این علم در یافتن علل بزهکاری است تا از طریق از بین بردن زمینه‌ها و علل تکوین جرم روند رو به رشد آن را مهار کند. یکی از شاخه‌های این علم، جرم‌شناسی بالینی می‌باشد که در این فصل به پیدایش و شکل‌گیری و رسالت آن در پیشگیری و مهار جرم پرداخته می‌شود. جرم‌شناسی که از رشته‌های علوم مرکب است، شاخه‌ای از علوم تفسیری جنایی می‌باشد که به مطالعه علل و عوامل جرم را می‌پردازد و دارای دو بعد است بعد نظری و بعد کاربردی. (Sprack, 2013, 191) قدیمی‌ترین شاخه کاربردی این علم، جرم‌شناسی بالینی است که درواقع مهم‌ترین بستر عملی شدن یافته‌های جرم‌شناسی به حساب می‌رود. در یک تعریف کلی، این شاخه از جرم‌شناسی به مطالعه چندبعدی شخصیت مجرم می‌پردازد تا از تکرار مجدد جرم وی پیشگیری شود. طبیعتاً این نوع مطالعه از سوی جرم‌شناس، چندبعدی است، به این معنا که جرم‌شناسی بالینی، دانشی علمی- ترکیبی است که با استفاده از نتایج مطالعات علوم جرم‌شناسی عمومی و اختصاصی به بررسی فرد و ویژگی‌های او پرداخته و با آگاهی از درجه خطرناک بودن و قدرت سازگاری و هماهنگ کردن وی با ضوابط و معیارهای اجتماعی به ارائه درمان‌های ضروری پرداخته و هدف دور کردن بزهکار از تکرار جرم را پی‌گیری می‌نماید. به عبارت دیگر یکی از اهم وظایف یا محور فعالیت علم جرم‌شناسی بالینی را باید در تعیین و ارائه طرق معالجه بزهکاران بر مبنای ویژگی‌های روانی و روحی و درجه‌ی ابتلای آنان به بیماری بزهکاری و دیگر معیارهای اجتماعی دانست. هدف از مطالعه شخصیت بزهکار، اصلاح و درمان او است تا با سازگار نمودن بزهکار با هنجارها و قواعد اجتماعی، از وقوع مجدد جرم پیشگیری شود؛ لذا جایگاه شخصیت بزهکار را باید در اندیشه‌های جرم‌شناسی بالینی جست‌وجو کرد. بر این اساس جرم‌شناسان بالینی از گذشته تاکنون روش‌ها و تدابیر مختلفی را در برخورد با بزهکاران در پیش گرفته‌اند. (مؤذن زادگان، ۱۳۸۹، ۱۳۳) با مذاقه در مف‌هوم و ویژگی‌های

جرم‌شناسی بالینی، می‌توان تأثیرگذاری آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی در تعیین مسئولیت کیفری بزه‌کاران را مشاهده نمود. در پژوهش حاضر، ضمن بررسی چیستی و ماهیت جرم‌شناسی بالینی، سعی می‌شود این تأثیرگذاری مورد مطالعه قرار گیرد.

مبحث اول: چیستی و ماهیت جرم‌شناسی بالینی

حقوق جزای نوین با ظهور مکتب کلاسیک متولد شد و اندیشمندان این مکتب بر این باور بودند که اشخاص بزه‌کار دارای اراده آزاد هستند و باید با آنان به شدت برخورد شود. به اعتقاد آنان جرم مخل نظم و امنیت اجتماعی بوده و بزه‌کار مستحق مجازات‌های قطعی و شدید می‌باشد. بر اساس اصول حاکمیت مکتب کلاسیک، مجازات زمانی معنا دارد که کارکرد ارعابی داشته باشد و اگر چنین کارکردی برای آن متصور نباشد، اعمال آن فایده‌ای ندارد. با ظهور مکتب تحقیقی در اواخر قرن نوزدهم در ایتالیا که به‌پان‌گذاران آن سزار لمبروزو، انریکو فری و گاروفالو بودند، بهره‌مندی این مکتب از دستاوردهای علوم می‌همانند جامعه‌شناسی، پزشکی، روان‌شناسی، دیدگاه‌ها و نظریات متفاوتی در خصوص افراد و جامعه مطرح شد که در نتیجه این اندیشه‌ها نقش سزاده‌ی کیفرها، مورد انتقاد واقع شد؛ زیرا از نظر آنان محدود کردن هدف مجازات به سزاده‌ی، وظیفه سود بخشی آن را بی‌اثر می‌سازد.

همچنین این مکتب به بررسی نقش عوامل زیستی و محیطی در ارتکاب جرم پرداخت و بیان نمود که بزه ارتكابی تحت تأثیر ائ عوامل به وقوع می‌پیوندد؛ لذا اراده آزاد انسان را در ارتكاب جرم که مکتب کلاسیک بر آن بنانهاده شده بود، نفی نمود. مطالعه شخصیت بزه‌کار منجر به پیدایش رشته جدیدی به نام جرم‌شناسی گردید. (آشوری و عظیم زاده، ۱۳۹۳، ۷۱) جرم‌شناسی که از یافته‌های علوم دیگر استفاده می‌کند، علمی مرکب است که دارای دو بعد نظری و کاربردی است که در بعد کاربردی از نظریات به دست آمده حاصل از مطالعات میدانی برای اصلاح و درمان بزه‌کاران و پیشگیری از جرم استفاده می‌شود.

قدیمی‌ترین و مهم‌ترین شاخه کاربردی جرم‌شناسی، جرم‌شناسی بالینی است که بر مبنای اندیشه‌های به‌پان‌گذاران مکتب تحقیقی شکل گرفت که به مطالعه چندبعدی فرد مجرم می‌پردازد تا به اصلاح او بپردازد و از این طریق بتواند از جرائم آینده وی پیشگیری نماید.

در این مبحث ابتدا به بیان نحوه عملکرد جرم‌شناسی بالینی و تشکیل پرونده شخصیت برای بزهکاران که اساس کار جرم شناسان است، پرداخته می شود و سپس روش ها و تدابیری که جرم‌شناسان در خصوص برخورد با بزهکاران به کار می‌گیرند، مورد اشاره قرار می‌گیرد.

گفتار اول: شخصیت بزهکار

جرم‌شناسی بالینی به مطالعه ی ویژگی‌ها و خصوصیات شخص بزهکار می پردازد تا بتواند او را اصلاح و درمان نماید و از این طریق از وقوع مجدد جرم توسط او در آینده جلوگیری نماید ؛ بنابراین هدف نهایی جرم‌شناس بالینی، اصلاح و بازپروری کامل بزهکار است . این نوع نگرش جرم‌شناسی به شخصیت بزهکار تا حدی مشا به نگرش پزشکی به بیمار است و به همین جهت جرم‌شناسی بالینی در مطالعات خود از مدل‌های پزشکی الگو می‌گیرد. جرم‌شناس بالینی به بسترها و عوامل ارتکاب جرم توجه دارد و در مورد کسی که مرتکب جرم شده است به علت‌یابی می‌پردازد چراکه اگر بزهکار علی‌رغم ارتکاب جرم اول و تحمل مجازات آن بازهم تمایل به تکرار جرم داشته باشد و به عبارتی دارای حالت خطرناک باشد، جرم‌شناس بالینی بتواند راهکارهای مناسب و مؤثری در برخورد با آن ارائه دهد. به عبارتی هسته اصلی و اولیه این علم شناخت شخصیت مجرم است، چراکه لازم است قاضی کیفری از خصوصیات متهم اطلاع کافی داشته باشد تا بتواند در کنار پرونده ی جنایی به بررسی پرونده ی شخصیت بپردازد و حکم متناسب صادر نماید. بر این اساس جرم شناسی بالینی هم درمانگاه جرم‌شناسی و هم تحقیقات بالینی را در برمی‌گیرد. درمانگاه جرم‌شناسی عمدتاً عمل‌گرا بوده و مبتنی بر کیفیت گفتگویی است که متخصص بالینی با مجرم انجام می دهد. تحقیقات بالینی از نظر کیفیت در سطح بالایی صورت می‌گیرد. ولی باید گفت این دو به ساخت یک مدل ، که درمانگاه جرم‌شناسی به‌عنوان ابزار کار از آن استفاده خواهد کرد گام برمی‌دارند. از این‌رو جایگاه شخصیت مجرمانه را باید در حوزه کاری جرم‌شناسی بالینی جستجو کرد. (نجفی ابرندآبادی و هاشم بیگی، ۱۳۹۵، ۴۵)

بند اول: تعریف شخصیت مجرمانه

برای شخصیت مجرمانه نمی‌توان تعریف خاصی را عنوان کرد و نمی‌توان گفت جنایتکار، نمونه انسان مخصوصی است ، چون شخص بزهکار هم انسانی است مثل سایر انسان‌ها و بزهکاری به‌طورکلی پدیده‌ای است اجتماعی و تعریف آن به همان اندازه مشکل است که تعریف یک شخص سالم، زیرا پیدا کردن صفات روانی که معرف شخصیت مجرمانه باشد از نظر اینکه این

صفات و خصلت‌ها درجات شدت و ضعف دارند غیرممکن است. از سوی دیگر کشف تعامل کلیه صفات در تشکل و ارکان شخصیت مجرمانه بسیار قابل بحث است و در نتیجه وجود شخصیت مجرمانه به علت ناستواری و سستی نتایج و اشتراکات روانی در مورد بزهکاران مختلف منتفی است. آنچه عموماً بین بزهکاران شخصیت‌های جنایی تا حدودی مشخص است به شرح زیر است: خود ماجراجویی، استقبال از خطر، بی‌پروایی در تصمیم‌گیری به عمل مجرمانه، میل به انهدام و تخریب، میل به اذیت و آزار دیگران، روحیه پرخاشگری و قدرت‌نمایی. (هدایتی، ۱۳۸۵، ۴۴)

بند دوم: اهمیت شناخت شخصیت مجرمان

هدف جرم‌شناسی بالینی در درجه‌ی نخست، ارزیابی بزهکار مورد مطالعه از جهات مختلف از جمله آگاهی از تشخیص حالت خطرناک و قابلیت انطباق اجتماعی، پیش‌بینی رفتار و اعمال فرد در آینده، قدرت سازگاری او، برنامه‌ریزی به منظور اندازه‌گیری‌های احتمالی مقدورات برای دور کردن بزهکار از تکوار جرم است. برای به تحقق درآوردن این امر یک سری اصول بیان شده است: ۱- مطالعه روی فرد بزهکار و رفتار او از کلیه جنبه‌ها با استفاده از یک معاینه پزشکی و روان‌شناختی و اجتماعی که ماهیتاً چندبعدی است. ۲- ارزیابی شخصیت بزهکار و حالت خطرناک او. ۳- به فرمول درآوردن احتمالی برنامه اصلاح و درمان که باید در مورد وی اجرا شود. ۴- دنبال کردن برنامه اصلاح و درمان و کنترل نتایج آن. (رایجیان اصلی، ۱۳۹۸، ۴۱) بنابراین جرم‌شناسی بالینی، به شیوه‌ی پزشکی سازماندهی شده است و در چهارراه علوم واقع شده، دارای جنبه‌های فنی - تخصصی است که به لحاظ اجرای عملی آن‌ها مفهوم پیدا کرده، مستمراً از جمع به فرد و از فرد به جمع می‌رود. هم با مفاهیم علمی مانند (شخصیت) کار می‌کند و هم با مفاهیمی که بیانگر داروهای ارزشی و حکمی است (حالت خطرناک) و بالاخره دارای یک هدف اخلاقی مستقل است. همچنین شناخت شخصیت بزهکار برای قاضی دارای اهمیت مخصوص است. به همین جهت قاضی بایستی آگاهی کامل به اصول روان‌شناسی و انگیزه‌های ارتکاب جرم و عوامل عاطفی و هوشی و کرداری مجرم طبق موازین علمی داشته باشد و آگاهی به موارد فوق، اثرات عمیق در تصمیم‌گیری او دارد. به عبارت دیگر آشنایی قاضی به عوامل سازنده‌ی شخصیت برای او در تشخیص علت وقوع جرائم و صدور حکم شایسته برای پیش‌گیری و معالجه، راهنمای خوبی است.

گفتار دوم: راهبردها و تدابیر اصلاح بزهکاران

با شکل‌گیری جرم‌شناسی بالینی، جرم‌شناسان به ارائه راهکارها و تدابیری پرداختند که از طریق اعمال این راهبردها بازسازی شخصیت بزهکار محقق گردد و از وقوع مجدد جرم پیشگیری شود. در این خصوص برخی جرم‌شناسان بر این باور هستند که اصلاح بزهکار مستلزم تغییر در نگرش اخلاقی بزهکار است. این نگرش عمدتاً بر ارزش‌های اخلاقی و دینی استوار است. به همین جهت گروهی از جرم‌شناسان این نوع نگرش را قبول نداشته و از بازسازی اجتماعی بزهکاران سخن به میان می‌آورند. به اعتقاد آنان زمانی می‌توان امید به اصلاح بزهکار داشت که از اقدامات و تدابیری استفاده شود که بزهکار را به وضعیتی از رفتار اجتماعی مناسب و بهتر بازگرداند. همچنین اگر شخص بزهکار قبل از ارتکاب بزه، از یک زندگی سالم بی‌بهره بوده است، علاوه بر بازپروری در معرض فرآیند پرورش نیز قرار می‌گیرد. این بازپروری و پرورش هر دو اقدامات و تدابیر ویژه با ماهیت آموزشی و حرفه‌ای است که عمدتاً از طریق حبس انجام می‌شود. به همین جهت بنا به اعتقاد برخی جرم‌شناسان بالینی بازپروری به معنای بازگرداندن بزهکار محکوم به حبس به جایگاه اجتماعی مفروض خود در جامعه از طریق اشکال آموزشی یا درمانی است. از دید جرم‌شناسان بالینی مفهوم اصلاح و درمان بزهکاران بر این مبنا استوار است که بزهکاران، افراد ضروری نیستند بلکه افرادی بیمار هستند که رفتارهای نابهنجار و ضداجتماعی آنان بیانگر مشکلات شخصیتی و یا اختلالات روانی است. از این رو آنان باید تحت مداوا و معالجه قرار گیرند تا امکان سازش‌پذیری اجتماعی آنان محقق شود. (کاتینگهام، ۱۳۸۶، ۷۳) نظر به دیدگاه‌های متفاوت جرم‌شناسان بالینی، روش‌ها و تدابیر مختلفی برای بازپروری و اصلاح بزهکاران به کار گرفته می‌شود که در بندهای زیر این راهبردها مورد اشاره واقع می‌شود.

بند اول: اصلاح بزهکاران از طریق مجازات کردن

از جمله اهدافی که برای مجازات‌ها بیان می‌شود، هدف اصلاح و تربیت بزهکاران است. به اعتقاد برخی از جرم‌شناسان بالینی تعیین مجازات مناسب با توجه به شخصیت بزهکار می‌تواند زمینه‌ساز بازپروری و اصلاح او شود. برخی دیگر نیز بر این باور هستند که مجازات از طریق کارکرد نظمی و تهدیدی، خود می‌تواند بزهکاران را اصلاح نماید. حقوقدانان کیفری نیز معتقد هستند که حتی اگر هدف اصلی و عمده مجازات، اصلاح و درمان بزهکار نباشد، به عنوان هدف فرعی و جانبی در وضع قوانین کیفری باید مدنظر قانون‌گذاران قرار گیرد؛ زیرا نادیده گرفتن این امر می‌تواند مجریان عدالت کیفری را به سمت ابعاد تنبیهی و انتقام جویانه بکشاند. (کلارکسون، ۱۳۸۹، ۳۹)

به جهت اهمیت کارکرد اصلاحی مجازات‌ها در بازپروری بزهکاران، همواره این امر باید مدنظر قانون‌گذاران کیفری قرار گیرد تا عدالت کیفری محقق شود و بهترین راه تعیین مجازات مناسب که بازپروری بزهکار را محقق گرداند، تشکیل پرونده شخصیت برای بزهکاران قبل از صدور حکم محکومیت می‌باشد؛ لذا تشکیل این پرونده در تعیین مسئولیت کیفری بزهکار و نوع و میزان مجازاتی که به آن محکوم می‌شود، نقش اساسی ایفاء می‌کند.

بند دوم: اصلاح بزهکاران از طریق تدابیر همراه مجازات حبس

حفظ نظم و امنیت اجتماعی از مهم‌ترین وظایف دولت‌ها است. عدم مجازات بزهکاران می‌تواند منجر به تقویت روحیه انتقام‌جویی شود که خود سبب بی‌نظمی بیشتر اجتماع می‌شود. از سویی به دلیل پیامدهای منفی و زیان‌باری که نهاد زندان می‌تواند داشته باشد لذا جرم‌شناسان بالینی تدابیر آموزشی و فرهنگی را در کنار نهاد حبس پیشنهاد داده‌اند. بنابراین اگرچه استفاده از مجازات حبس بیشتر در جهت حمایت از جامعه و تأمین نظم و امنیت عموماً می‌باشد ولی با به‌کارگیری برنامه‌های درمانی و اصلاحی ضمن مجازات حبس برای بزهکاران با در نظر گرفتن ویژگی‌های شخصیتی آنان، می‌توان امید بیشتری به اصلاح و درمان بزهکاران داشت.

بند سوم: اصلاح بزهکاران با اعمال تدابیر غیر کیفری

نظر به این‌که تعیین مجازات مناسب برای بزهکار، نیازمند تشکیل پرونده شخصیت است و حضور مجدد بزهکاران در جامعه بدون تحمل مجازات تهدیدی برای نظم و امنیت اجتماعی به شمار نمی‌رود، لذا جرم‌شناسان نظر به ویژگی‌های شخصیتی آنان از تدابیر و اقدامات غیر کیفری برای بازپروری آنان استفاده می‌کنند که از این طریق هم جمعیت زندان‌ها کاهش می‌یابد و هم از اثرات مخربی که زندان بر بزهکاران می‌تواند داشته باشد، جلوگیری می‌شود. این شیوه‌های غیر کیفری امروزه در جرم‌شناسی بالینی اهمیت به‌سزایی یافته است و در اکثر قوانین کشورها به چشم می‌خورد که از جمله این تدابیر می‌توان به مجازات‌های جایگزین حبس و تعویق صدور حکم اشاره کرد.

مبحث دوم: نقش جرم‌شناسی بالینی در تعیین مسئولیت کیفری بزهکار

مقابله مؤثر با تکرار جرم که غایت جرم‌شناسی بالینی است مستلزم شناخت حالات مختلف شخصیتی بزهکار و مؤلفه‌های آن است. بررسی شخصیت بزهکار و تحلیل مؤلفه‌های آن در

جرم‌شناسی بالینی هنگامی که طرفداران نظریه جبریت جرم در جست‌وجوی یافتن ضابطه کیفری جدیدی بودند، منجر به درک حالتی شد که گاروفالو که یکی از بنیان‌گذاران مکتب تحقیقی بود، آن را حالت خطرناک نامید. با مطرح‌شدن این مفهوم حالت خطرناک و تبیین آن به‌وسیله گاروفالو، جرم‌شناسی بالینی توسعه و تکامل یافت. مفهوم حالت خطرناک در چارچوب جرم‌شناسی بالینی در اندیشه کیفری معاصر جایگاه خاصی پیدا کرده است و در قانون‌گذاری کیفری کشورهای مختلف به شکل قواعد جزایی و مقررات حاکم بر مجازات‌ها انعکاس یافته است که از جمله موارد آن می‌توان به معالجات پزشکی و روانی قبل از محاکمه، نگهداری مجرمین م‌خ‌تل‌المشاعر در مکان‌های خاص، توسعه تدابیر بازدارنده، جرم‌انگاری حالت‌هایی مانند ولگردی، تكدی‌گری تحت عنوان جرائم مانع، ناشی از تأثیر این مفهوم در سیاست جنایی تقنینی کشورها است؛ بنابراین مفهوم حالت خطرناک محوری‌ترین بحث در جرم‌شناسی بالینی است و به عبارتی هسته مرکزی مطالعات آن محسوب می‌شود که تأثیرات مهم و عمیقی بر حقوق کیفری دارد و حقوق کیفری با استفاده از دستاوردهای آن به وضع قانون و اصلاح مقررات خود می‌پردازد. در این مبحث به بیان تعریف این مفهوم و درجات و حالات و مؤلفه‌های آن پرداخته می‌شود و سپس تغییر و تحولاتی که این مفهوم از زمان شکل‌گیری پشت سر گذاشته است، موردبررسی قرار می‌گیرد.

گفتار اول: تعریف حالت خطرناک

مفهوم حالت خطرناک برای بزه‌کاران را اولین بار افلاطون در جهت حمایت از جامعه در مقابل مجرمان خطرناک به‌کاربرده بود. از دید افلاطون مجرمین خطرناک که اصلاح‌ناپذیر هستند باید در بیابانی خارج از منطقه مسکونی نگه‌داری شوند. (حسینی نژاد، ۱۳۷۰، ۸) در حقوق کیفری نوین در مکتب کلاسیک، بنیام مفهوم اعلام‌خطر را در برخورد با خطر اجتماعی بعضی از بزه‌کاران به کار گرفت که مفهوم مشابه حالت خطرناک است. (گسن، ۱۳۹۳، ۵۱) طرح علمی مفهوم حالت خطرناک بر اساس نظریات و اندیشه‌های مکتب تحقیقی شکل گرفت و گاروفالو که یکی از بنیان‌گذاران این مکتب بود به این مفهوم جنبه علمی بخشید و بیان نمود که این حالت به شیوه رفتار خاصی اشاره دارد که نشانگر تمایل دائم و مستمر فرد به انجام اعمال خشونت‌بار در آینده است. در این تعریف ملاک تعیین حالت خطرناک فرد تمایلات دائمی در انجام اعمال خشونت‌بار است اما لزوماً این تمایلات در فرد همیشگی و دائمی نمی‌باشد. با ارائه این مفهوم، جرم‌شناسی بالینی به رشد و تکامل رسید و مرکز و هسته اصلی مطالعات خود را بر پایه این مفهوم بنا نهاد. در طول حیات جرم‌شناسی بالینی، تعاریف متعددی از مفهوم حالت خطرناک ارائه شده است. برخی از جرم‌شناسان، حالت خطرناک را حالتی می‌دانند که بر اثر اقتران عوامل جرم‌زا در شخص خاص، وی را

در مظان ارتکاب جرم قرار می‌دهد. همچنین به وسوسه‌ی احتمالی که در فرد بزه‌کار وجود دارد تا او را به‌سوی جرم بکشاند نیز حالت خطرناک گفته می‌شود. این تعریف اخیر صرفاً مربوط به شخصی می‌شود که قبلاً مرتکب جرم شده است و لذا اشخاصی که هنوز جر می‌مرتکب نشده‌اند، مشمول این تعریف نخواهند بود. (آنسل، ۱۳۹۱، ۱۳۲) برخی دیگر از جرم‌شناسان بیان می‌کنند که حالت خطرناک، حالتی است در شخص که نشان از ارتکاب جرائم آتی دارد و احتمال ارتکاب جرائم در آینده در بعضی حالات قوی و در حالات دیگر ضعیف است. آنچه برای تحقق حالت خطرناک لازم است احتمال ارتکاب جرم است و نه امکان ارتکاب جرم؛ زیرا احتمال درجه بالایی از امکان بوده و در عین حال از حتمیت و قطعیت کمتری برخوردار است و این احتمال ارتکاب جرم قاضی را وادار می‌کند که عوامل ایجادکننده این حالت را در نظر گرفته و نقش هر یک را در وقوع این حالت مورد ارزیابی قرار دهد. در تعریف این مفهوم میزان تهدیدی که شخص می‌تواند برای خود یا دیگران ایجاد نماید، مدنظر قرار داده شده است؛ بنابراین تعریف، مفهوم حالت خطرناک به شخص خاصی اشاره دارد و جهت‌گیری آن ناظر به آینده بزه‌کار است و نه گذشته او. با توجه به تعاریف جدید از حالت خطرناک می‌توان بیان نمود که در حال حاضر حالت خطرناک از مفهوم سنتی خود که گاروفالو مطرح کرده بود، فاصله گرفته است. از سویی دیگر از آنجایی که عمده‌تاً در این تعاریف حالت خطرناک به عنوان تظاهر رفتارهای خشونت‌بار و شدید در شخص تعبیر می‌شود، باید در نظر گرفت که ارتکاب جرائم شدید همیشه نشانگر حالت خطرناک در فرد نیست؛ چراکه ممکن است فرد با ارتکاب یک جرم شدید از نظر روانی تخلیه شده و در آینده دیگر مرتکب جرم نشود، ضمن این که شرایط خاصی ممکن است که ارتکاب جرائم خشونت‌بار و شدید را فراهم نموده باشد که با فقدان آن، دیگر موجبی برای بروز جرائم خشونت‌بار فراهم نشود. همچنین در این تعاریف آینده افراد را مدنظر قرار می‌دهد و به گذشته آنان نمی‌پردازد. به همین دلیل باید در تعریف مفهوم حالت خطرناک اوضاع و شرایط روانی - زیستی که شخص در آن قرار دارد که منجر به بروز و پیدایش این رفتارهای خطرناک می‌شود، مدنظر قرار گیرد و نه صرفاً حالت‌های خطرناک بالفعل، بلکه حالت‌های خطرناک بالقوه موجود بر اساس این شرایط لحاظ شود. یک مقوله مهم در تبیین مفهوم حالت خطرناک، «خطر» است. خطر یک واقعیت ملموس و عینی نیست بلکه مبتنی بر یک معیار ذهنی هست. این معیار ذهنی همان ارزیابی ریسک می‌باشد که گویای احتمال وقوع نوعی رفتار محسوب می‌شود، براین، خطر، ریسکی است که موجب احتمال بالای وقوع نتیجه زیان‌بار و یا ماهیت صدمه و خسارت موردنظر شده و یا ترکیبی از احتمال وقوع نتیجه و ماهیت شدید و زیان‌بار صدمه است. در بسیاری از موارد ماهیت زیان‌بار صدمه ممکن است از احتمال بالای وقوع آن مهم تر باشد و به همین جهت سه عامل اساسی که

نقش مهمی در راستای تلقی حالت خطرناک دارند، تعیین شده است: ۱- آیا نتیجه حاصل از ایجاد صدمه قابل جبران است یا خیر؟ بدیهی است که غیرقابل جبران بودن صدمه ی محتمل الوقوع، معیاری در اندازه گیری حالت خطرناک تلقی می شود. ۲- ریسک موجود در رفتار خاص، قابلیت مقابله دارد یا خیر؟ غیرقابل مقابله بودن ریسک معیار دیگر خطرناکی است. ۳- ایجاد ریسک عمدی است یا غیرعمدی؟ عمدی بودن ایجاد ریسک نشان از حالت خطرناک فاعل دارد و عنصر نیت در قضاوت و ارزیابی حالت خطرناک بسیار مهم است. (Kathleen, 2011, 123). بنابراین با توجه به سه عامل فوق می توان بیان نمود که خطرناکی رفتار مرتکب بستگی به ترس مترتب بر ریسک دارد به همین جهت احتمال وقوع جرائمی مانند قتل یا ایراد ضرب و شتم از سوی اشخاص خطرناک از انجام بالفعل این جرائم به مراتب خطرناک تر است؛ زیرا ترس مترتب بر احتمال وقوع جرم از ترس وقوع بالفعل جرم بیشتر است و از سوی دیگر عنصر قصد و نیت در ارزشیابی قضایی در مواجهه با اشخاص خطرناک، ملاک بسیار مهم و اساسی به شمار می آید؛ بنابراین امر، رفتار اشخاص غیرمسئول به دلیل داشتن ماهیت مخاطره آمیز، صرفاً در مقام اتخاذ تدابیر قضایی با افراد مسئول خطرناک، متفاوت خواهد بود. (Young, 2007, 42)

گفتار دوم: خصوصیات حالت خطرناک

مفهوم حالت خطرناک دارای خصوصیتی است که بارزترین آن‌ها عبارت‌اند از: نسیت و بالقوگی.

بند اول: نسیت

احتمال وقوع جرم یا احتمال ایجاد صدمه ممنوعه با توجه به شخصی که مرتکب جرم خواهد شد و دارای حالت خطرناک است متفاوت است. هیچ‌گاه به قطع و یقین نمی توان شرایطی را تعیین کرد و اذعان نمود که هر فرد دیگری نیز در آن شرایط تعیین شده، خطرآفرین خواهد بود. ممکن است در شرایط یکسان، فردی خطرناک تلقی گردد ولی شخص دیگر خطرناک نباشد؛ بنابراین حالت خطرناک دارای خصوصیات مشخص و از پیش تعیین شده و دارای چهارچوب خاص که قابل انطباق بر همه ی افراد جامعه باشد، نیست. (صفاری، ۱۳۹۴، ۷۳) جرم‌شناسی بالینی با توجه به خصوصیت نسبی بودن خطرناکی هر فرد در ارزیابی این حالت، خصوصیات فردی را نیز در نظر می‌گیرد لذا برخی اشخاص وقتی در شرایط خاص یا به شیوه خاصی مورد استفاده قرار بگیرند، خطرناک تلقی می شوند این‌گونه افراد که در شرایط خاصی خطرناک تلقی می شوند، در شرایط کاملاً عادی از سوی آنان هیچ خطری احساس نمی‌شود و بر همین اساس شدت جرائم

ارتكابی یا گستردگی صدمه و خسارت را نمی تواند معیار مطمئنی برای خط رناک بودن تمامی اشخاص محسوب شود.

بند دوم: بالقوگی

اساس حالت خطرناک، بالقوگی است؛ زیرا تمام ارزیابی ها و قضاوت های مربوط به حالت خطرناک ناظر به آینده است. زمانی که صحبت از خطر می شود منظور گذشته یا حال نیست بلکه مقصود صدمه ای است که در آینده رخ می دهد. همچنین زمانی که از اشخاص دارای حالت خطرناک صحبت می شود آنچه مدنظر است این است که فرد در برهه ای از زمان آینده نوعی آسیب و صدمه را ایجاد می کند. به همین جهت حالت خطرناک خصوصیتی در افراد است که نشان می دهد این خصوصیت در آینده منشأ رفتارهای مخاطره آمیز خواهد بود. این خصوصیت بالقوه بودن حالت خطرناک، مشکلات فراوانی را در زمینه قابلیت پیش بینی این حالت و همچنین امکان قطعی تعیین حالت خطرناک را به همراه دارد زیرا غیرقابل پیش بینی بودن حالت خطرناک به ناشناخته بودن آن انجامیده است. (Pratt, 2019, 113) از این جهت، این بالقوگی حالت خطرناک، مبحث بسیار مه می در جرم شناسی بالینی محسوب می شود. بر اساس این مفهوم جرم شناس سعی می نماید میزان درجه خطرناکی بزهکار را پیش بینی و از این طریق از وقوع جرم جلوگیری نماید.

گفتار سوم: مؤلفه های حالت خطرناک

ارتكاب جرم دارای عوامل سازنده بسیاری است که پس از ترکیب و تأییدگذاری بر روی هم شخص را در آستانه بزهکاری قرار می دهد. بعضی از این عوامل بیرونی و بعضی دیگر درونی هستند. جرم شناسان عوامل بیرونی را به سه دسته تقسیم می کنند: ۱- عوامل انگیزه شناسی و شناخت علت ارتكاب جرم از منظر شناسایی افراد ناسازگار مانند بیماران روانی و افراد ناسازگار. ۲- عواملی که به وسیله آن می توان خصوصیات بزهکاران حرفه ای را شناخت و پی به دوام بزهکاری آنان برد. ۳- عوامل اتفاقی که به کمک آن، تشخیص بزهکاران اتفاقی آسان می گردد و از سویی دیگر با علم به این شرایط می توان تا حدی جرائم بسیار شدید را که از سوی بعضی از افراد در صورت قرار گرفتن در شرایط خاص، اتفاق می افتد، پیش بینی نمود. عوامل درونی عبارتند از عوامل ارثی، عوامل وابسته به انگیزه ها و عوامل وابسته به دوام و ارتكاب عملی که مشخص کننده بزهکاران هیجانی است. (غلامی، ۱۳۹۳، ۱۳۱) گاروفالو زمانی که مفهوم حالت خطرناک را مطرح نمود صرفاً به یک مؤلفه حالت خطرناک توجه نمود که ظرفیت جنایی یا استعداد مجرمانه نامیده

می‌شد. این مؤلفه حاکی از خطر احتمالی موجود در فرد است. او سپس به گسترش دامنه این اصطلاح دست زد و بیان نمود که حالت خطرناک معنای سازگاری را نیز در خود دارد و نباید تنها نشانه حالت خطرناک تلقی شود، بلکه باید در موارد مختلف به قدرت تطابق و حالت سازگاری بزهکار با زندگی اجتماعی نیز توجه شود. بر همین مبنا باید امکانات سازگاری و تطابق بزهکار با شرایط که در آن می‌توان حدس زد بزهکار قادر خواهد بود حالت عادی خود را به دست آورد و دیگر خطرناک نباشد، به‌طور دقیق بررسی گردد. (گودرزی و مقدادی، ۱۳۹۳، ۴۱) برخی دیگر از جرم‌شناسان نیز بر این باورند که حالت خطرناک ظرفیت بارز انسان در تحریک به ارتکاب عمل مجرمانه است و به همین جهت

حالت خطرناک در تعیین مجازات‌ها باید مبنا قرار گیرد. بر این اساس می‌توان بیان نمود که مؤلفه‌های حالت خطرناک عبارت‌اند از: ظرفیت جنایی و امکان سازگاری با اجتماع.

گفتار چهارم: درجات و حالات بالینی

بر اساس دو مؤلفه ظرفیت جنایی و قابلیت انطباق اجتماعی، می‌توان بیان نمود زمانی که این دو مفهوم همگام و همقدم با یکدیگر باش (د)، شخص بهنجار و سازگار با قواعد جامعه است ولی زمانی که تعادل این دو بر هم می‌خورد، ناسازگاری در فرد شکل می‌گیرد. ناسازگاری که دارای درجات و حالات متفاوتی است، می‌تواند شخص را به سمت ارتکاب جرم سوق دهد که در بندهای زیر انواع درجات و حالات خطرناک مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

بند اول: درجات بالینی مرتبط با حالت خطرناک

ظرفیت جنایی در کنار قابلیت انطباق با محیط در عین حال که تشکیل‌دهنده حالت خطرناک است همواره به موازات یکدیگر تغییر نمی‌یابند بلکه می‌توانند مستقل از یکدیگر نوسان داشته باشند، بنابراین برای حالت خطرناک چهار وضعیت را می‌توان در نظر گرفت: ۱- ظرفیت جنایی و قابلیت انطباق اجتماعی بزهکار بسیار بالا است. این گونه از بزهکاران مرتکب اعمال مجرمانه زیادی می‌شوند بدون اینکه لزوماً توسط مقامات قضایی مورد تعقیب قرار گیرند، مانند بزهکاران یقه‌سفید. ۲- ظرفیت جنایی بالا است ولی قدرت انطباق اجتماعی بسیار ضعیف است. ناسازگاری این دسته از بزهکاران توجه عدالت کیفری را به خود جلب می‌کند و معمولاً بعد از ارتکاب جرم دستگیر می‌شوند مانند بزهکاران حرفه‌ای. هم‌چنین در کنار بزهکاران حرفه‌ای دسته دیگری از بزهکاران قرار دارند که به آن‌ها بزهکاران در حاشیه گفته می‌شود. استعداد عقلی این دسته از

بزهکاران ضعیف‌تر از استعداد عقلی بزهکاران حرفه‌ای است و به همین جهت دست به جرائم خفیف‌تر می‌زنند ولی به جهت فقدان قابلیت انطباق اجتماعی بلافاصله از سوی دستگاه عدالت کیفری دستگیر می‌شوند. (نجفی تواله ۱۳۹۲، ۵۰) ۳- ظرفیت جنایی اندکی بالا است ولی قابلیت انطباق اجتماعی بسیار ضعیف است. بزهکاران این گروه خطر کمتری نسبت به دو گروه قبل دارند و در بین آنان بزهکارانی هستند که فاقد تعادل روانی می‌باشند.

آنان معمولاً بر اثر اوضاع و احوال و ناهنجاری‌های روانی مرتکب جرم می‌شوند مانند بزهکاران به عادت. ۴- ظرفیت جنایی ضعیف ولی قابلیت انطباق اجتماعی بسیار بالا است. این دسته از بزهکاران اساساً خطرناک نیستند؛ زیرا ارتکاب جرم از سوی آنان در شرایط و اوضاع و احوال خاصی صورت می‌گیرد و در شرایط عادی هیچ‌گونه تهدیدی از جانب آنان نسبت به شهروندان وجود ندارد مانند بزهکاران هیجانی و بزهکاران اتفاقی.

بند دوم: حالات بالینی

اصطلاح حالت خطرناک از مفاهیم حقوقی محسوب نمی‌شود بلکه ناشی از مشاهده رفتار است به همین خاطر از نظر بالینی حالت خطرناک به دو صورت مشاهده می‌شود: حالت قریب‌الوقوع و حالت مزمن و دائمی.

الف) حالت قریب‌الوقوع

تمامی بزهکاران قبل از این که عمل خود را به فعلیت برسانند، یک حالت بحرانی را پشت سر می‌گذارند. این حالت، حالت خطرناکی است که قبل از وقوع جرم در مرحله اتخاذ تصمیم به وجود می‌آید. از این حالت به حالت خطرناک قریب‌الوقوع حادث تعبیر می‌شود که با واکنش شخصیت فرد رابطه مستقیم دارد که به دو صورت است، یا فرد بلافاصله پس از به وجود آمدن این حالت مرتکب جرم می‌شود یا فوراً واکنش نشان نداده و منتظر فرصت مناسبی می‌شود. آبراهامسن روان‌پزشک آمریکایی به‌جای استفاده از عبارت حالت خطرناک اصطلاح مجرمین حاد را به‌کاربرده است و با توجه به معیارهای پزشکی و روان‌شناسی مجرمین حاد را شامل بزهکاران اتفاقی، وضعی و معاشرتی می‌داند که این بزهکاران یک یا دو بار مرتکب جرائم کوچک می‌شوند و دارای خصوصیت ضداجتماعی بارزی نیستند. بزهکاران وضعی از نظر او بر اساس موقعیت و نیاز عمل می‌کنند و بزهکاران معاشرتی تحت تأثیر الگوهای ضداجتماعی محیط اطرافشان مانند دوستان ناباب قرار می‌گیرند و شرایط خاصی موجب تقویت تمایلات مجرمانه ایشان می‌گردد.

بزهکاران اتفاقی نیز به طور کاملاً تصادفی یا از روی اشتباه به عمل مجرمانه دست می‌زنند. (وایت و هینس، ۱۳۹۴، ۸۴)

ب) حالت مزمن

حالت مزمن یا خطرناک به یک وضعیت یا کیفیت روان‌شناختی و اخلاقی که دارای خصوصیات ضداجتماعی است، اطلاق می‌شود. این اصطلاح حالت خطرناک در اینجا در معنای ثابت و دوام است و وضع روانی و اخلاقی فرد که منجر به ناسازگاری اجتماعی گردیده ثابت و دائمی است، به همین جهت بزهکاران حرفه‌ای که ارتکاب جرائم از سوی آنان به مثابه عملی روزمره تلقی می‌شود، دچار این حالت هستند. این نوع حالت در بین بزهکاران برحسب شدت، جهت و بیداری حالت خطرناک متفاوت است. از نظر شدت خطرناکی بین بزهکاران حرفه‌ای و مرتکبین تکرار جرم عادی تفاوت وجود دارد و در بین بزهکاران حرفه‌ای نیز عده‌ای دارای تشکیلات و سازمان‌دهی خاص برای ارتکاب جرم می‌باشند. عده‌ای دیگر فعال و ضداجتماعی بوده ولی فاقد هرگونه سازمان‌دهی‌اند. همچنین برخی از بزهکاران پس از رسیدن به مرحله‌ای از حرفه جنایی خود مرتکب همان یک نوع جرم شده و در آن تخصص پیدا می‌کنند ولی برخی دیگر به موازات تغییر شرایط و اوضاع و احوال مرتکب جرم می‌گردند. باید در نظر گرفت که درجه بیداری که همان نشو و نمای حالت خطرناک به درجه کمال است و از قوه به فعل درمی‌آید، در بین بزهکاران یکسان نیست و آستانه بزهکاری برخی از بزهکاران، بسیار زودتر از دیگران است. (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۸، ۷۴)

گفتار پنجم: تدابیر مؤثر بر حالت خطرناک

با گسترش و پیشرفت نظریات پیشگیری از جرم نخستین، جرم شناسان بالینی کوشیدند که این مفاهیم و تدابیر پیشگیرانه از جرم نخستین را با مفاهیم جرم‌شناسی بالینی تطبیق داده و از این طریق به اصلاح و درمان اشخاصی که خصوصیات و تمایلات مجرمانه در آن‌ها وجود دارد، بپردازند. مفهوم پیشگیری از جرم را اولین بار انریکو فری تحت عنوان جانشین‌های کیفری مطرح نمود. به اعتقاد او نظام‌های کیفری به تنهایی نمی‌تواند برای مبارزه با بزهکار موفق باشد و بنابراین باید از مداخله‌های پیش از وقوع جرم استفاده نمود، لذا از دیدگاه او تدابیر پیشگیرانه جرم دربرگیرنده تدابیر و اقداماتی است که جنبه قهرآمیز کیفری ندارند. (نیازپور ۱۳۸۲، ۱۳۵) ریموند گسن جرم‌شناس فرانسوی، پیشگیری را مجموعه تدابیری به جزء تدابیر کیفری می‌داند که هدف

آن منحصرأ محدود کردن دامنه ارتکاب جرم، غیرممکن کردن، مشکل کردن و کاستن احتمال وقوع جرم است. بر اساس این تعریف، پیشگیری باید در خارج از نظام کیفری قرار بگیرد. همچنین نظر به عقیده برخی دیگر، پیشگیری، به اجرای مجموعه اقدامات غیر قهرآمیز اطلاق می‌شود که هدف آن‌ها، کاهش احتمال وقوع جرم است. (عبداللهی، ۱۳۹۰، ۴۹) بر این اساس تدابیر پیشگیرانه باید بر موقعیت و محیط تأثیرگذار بوده باشد و یا بر شخصیت فرد اثر گذارد و از هم‌پن‌جا است که جرم‌شناسی بالینی با مفهوم پیشگیری رابطه پیدا می‌کند، به این جهت که موضوع اصلی مطالعه شخصیت انسان است و علاوه بر عوامل محیطی خارج از اراده انسان، برخی رفتارهای اشخاص مستقماً با موقعیت‌های مجرمانه در ارتباط است، بنابراین با دو نوع پیشگیری مواجه می‌شویم؛ پیشگیری فرد مدار و پیشگیری وضعیت مدار که دربندهای زیر به آن‌ها پرداخته می‌شود.

الف) پیشگیری فرد مدار

در این نوع پیشگیری، اقداماتی که به‌فرد تأثیر گذاشته و خلأهای شخصیتی او را پر می‌کند، به کار گرفته می‌شوند این خلأهای شخصیتی می‌تواند یا در طول رشد شخص شکل گرفته باشد یا تحت تأثیر محیط او به وجود آمده باشد؛ زیرا با توجه به نظریات زیستی - روانی - اجتماعی، شخصیت فرد تحت تأثیر این عوامل هست که خود زمینه‌ساز ارتکاب جرم را فراهم می‌کنند. بر این اساس این نوع از پیشگیری خود دارای دو بخش است: پیشگیری رشد مدار و پیشگیری جامعه مدار.

پیشگیری رشد مدار

در این نوع از پیشگیری، با اتخاذ تدابیر در طول رشد فرد سعی بر این می‌شود که شخص را از ابتدای دوران کودکی در مقابل وسوسه‌های مجرمانه، مقاوم نماید. پیشگیری رشد مدار توجه اصلی خود را بر خانواده و مدرسه کودک گذاشته و هدف آن برطرف نمودن اختلالات روانی و رفتاری کودک است. آموزش‌های اجتماعی و مهارت‌های رفتاری در کودکان از معیارهای اصلی این نوع از پیشگیری است که نظر به این مهارت‌ها، کودک می‌آموزد که چگونه پرخاشگری و عصبانیت خود را که یکی از مؤلفه‌های حالت خطرناک است، کنترل کند. پیشگیری رشد مدار سعی دارد چنانچه یک کودک به هر دلیلی از خود رفتارهای خطرناک بروز داد، با مداخله زودرس در وی و محیط پیرامون او، از مزمن شدن این حالت و بزهکاری او در آینده جلوگیری کند. پیشگیری زودرس، یعنی مداخله روان‌شناختی - اجتماعی زودرس در فرآیند رشد کودکان، برای جلوگیری از عوامل

خطر سازی که احتمال پذیرش و تقلید رفتار مجرمانه پدیدار را از سوی آن‌ها در آینده افزایش می‌دهد. عوامل خطر در این پیشگیری مجموعه‌ای از شرایط فردی و اجتماعی است که پدیداری، پیوستگی و پایداری رفتارهای مجرمانه آینده را در کودکان و نوجوانان به همراه دارد. این نوع پیشگیری ویژگی‌هایی دارد که عبارت‌اند از: تربیت مدار بودن، فرد مدار بودن، عام بودن و ره‌یافت‌های آن شامل: شناسایی عوامل خطر فردی و اجتماعی و به دنبال آن به‌کارگیری عوامل حمایتی از طریق مداخلات روان‌شناختی - اجتماعی زود هنگام در سطوح مدرسه، خانواده و محیط اجتماعی می‌باشد و بر این اندیشه استوار است که مداخله زود هنگام نسبت به کسانی که به دلیل وضعیت‌های خاص در معرض ارتکاب جرم هستند، می‌تواند جلوی بزهکاری و تداوم گرایش‌های بزهکارانه آن‌ها را بگیرد.

پیشگیری جامعه مدار

این نوع پیشگیری شامل آن دسته از تدابیر و اقدام‌هایی است که با مداخله در فرآیند رشد افراد، بهبود شرایط زندگی آن‌ها و سالم‌سازی محیط اجتماعی و طبیعی، به دنبال حذف یا کاهش علل جرم‌زا و در نتیجه پیشگیری از بزهکاری است. این نوع پیشگیری حاصل تجربیات پیشگیری مددکاران اجتماعی بدون مداخله پلیس و دادگستری و معطوف به مبارزه ناسازگاری جوانان بزهکار و محیط رشد آنان است. یکی از اهداف این نوع پیشگیری، کاهش یا از بین بردن علل جرم‌زا در محیط اجتماعی است و اصولاً برای تغییر شرایطی که به وقوع بزهکاری در اجتماعات محلی و مسکونی کمک می‌کند، طراحی شده است. تأسیس مکان‌های تفریحی و پارک‌ها برای تفریح، تأسیس مراکز آموزشی، پرورشی، فرهنگی، ایجاد درآمدزایی و اشتغال‌زایی در محله‌ها، تقویت باورهای دینی از طریق فعال کردن مؤثر و مناسب مراکز مذهبی محلی، تشکیل پلیس محلی، گسترش تجهیزات و تدابیری چون باشگاه‌های ورزشی جوانان و پروژه‌های مبتنی بر فعالیت‌ها در جهت منصرف کردن مجرمان بالفعل و بالقوه از خطاهای آینده از مصادیق این نوع پیشگیری می‌باشد. (عاجی، ۱۳۸۷، ۵۹) هدف دیگر در پیشگیری اجتماعی، هماهنگ‌سازی اعضای جامعه با قواعد اجتماعی بوده و محور اقدامات این پیشگیری نیز فرد می‌باشد. به‌ییلن دیگر پیشگیری اجتماعی همانند پیشگیری کیفری، مجرم مدار و فرد مدار است و از طریق آموزش، ترغیب، تربیت و تنبیه درصدد آن است تا معیار شناخت اعمال خوب و بد را به فرد القاء کند و قدرت ارزش‌یابی عملکرد خویش را به او بدهد.

ب) پیشگیری وضعیت مدار

پیشگیری وضعیت مدار که در چند دهه اخیر مورد استقبال جرم‌شناسان قرار گرفته است، با تغییر در وضعیت و شرایط قبل از ارتکاب جرم سعی می‌نماید از وقوع آن جلوگیری نماید. به عبارتی در این نوع پیشگیری، کنترل و ابتکار جای مجازات و انفعال را می‌گیرد و با اتخاذ اقدامات متعدد و متناسب با هر هدفی که ممکن است آماج جرم قرار گیرد، سعی می‌شود که از وقوع جرم نخستین جلوگیری شود (نوبهار و اصغر زاده، ۱۳۹۳، ۱۱۶). این نوع از پیشگیری نوعی مداخله در آستانه بزهکاری است، زیرا شخصیت افراد که یکی از مؤلفه‌های آستانه بزهکاری است، به آن توجه نشده و در عوض بر تغییرات محیطی و عوامل وضعی تأکید می‌شود. در حقیقت در این نوع از پیشگیری، با اتخاذ اقدامات متعدد و متناسب با هر هدفی که ممکن است آماج جرم قرار گیرد، سعی می‌شود از وقوع جرم جلوگیری به عمل آید. پیشگیری وضعیت مدار سه ویژگی اصلی دارد که آن را از سایر پیشگیری‌ها متمایز می‌کند: ۱- هر اقدام پیشگیرانه وضعی ناظر به جرائم خاص است و لذا نمی‌توان اقدام پیشگیری وضعی را در تمام جرائم یکسان دانست. ۲- هدف تدابیر وضعی، شرایط پیرامونی جرم است و بنابراین این نوع از پیشگیری بیشتر بزه دیده مدار است چراکه به دنبال مصون‌سازی آماج جرم است. ۳- پیشگیری وضعی به دنبال پرهیز یا پرخاطر کردن اقدام بزهکاران است همانند استقرار پلیس. پیشگیری وضعی گرچه در سال‌های اخیر به‌شدت مورد توجه جرم‌شناسان و حقوقدانان کیفری قرار گرفته است ولی یک ایراد اساسی و مهم در آن به چشم می‌خورد و آن جابه‌جایی جرم است. جابه‌جایی جرم بدین معنا است که شخصی که دارای تمایلات بزهکارانه است، با مشاهده آماج محافظت‌شده، یا زمان و مکان ارتکاب جرم را تغییر می‌دهد یا به سراغ آماج‌های ضعیف‌تر رفته و یا از وقوع آن جرم صرف‌نظر کرده و آماج دیگری را مدنظر خود قرار می‌دهد که در این صورت گفته می‌شود جابه‌جایی در نوع جرم اتفاق افتاده است. (نیازپور، ۱۳۸۸، ۱۵۲) بر این اساس به نظر می‌رسد، بر مبنای ویژگی‌های فوق می‌توان بیان نمود که این نوع پیشگیری با استفاده از ایجاد مانع سعی بر آن دارد که از وقوع جرم جلوگیری نماید و لذا پیشگیری وضعی کاملاً به نفع بزه دیده گام برداشته است و به اصلاح و بازپروری بزهکاران اعتنایی ندارد، چرا که گذاشتن مانع و دشوار نمودن شرایط ارتکاب جرم، تنها بزهکاری را که دارای حالت خطرناک است، در ارتکاب جرم جری‌تر نموده و شخص اگر نتواند این موانع را بردارد، حالت پرخاشگری او تشدید شده و ممکن است جرائم خطرناک‌تری را انجام دهد و بنابراین با این نوع پیشگیری نمی‌توان گرایش‌ات و تمایلات بزهکار یا شخص دارای حالت خطرناک را از بین برد. به همین جهت جرم‌شناسی بالینی به این نوع از پیشگیری توجه خاصی نشان نداده است و در مقررات جزایی خود از این دستاورد استفاده ننموده است؛ چراکه این پیشگیری با بازپروری و اصلاح بزهکاران که هدف نهایی جرم‌شناسی بالینی است، در تضاد است.

البته به نظر می‌رسد آماج برهم زنده جرم در پیشگیری وضعی اگر اصولی و صحیح باشد، می‌تواند سبب گسترش فرهنگ رفتارهای بهنجار و بالابردن جامعه‌پذیری اشخاص گردد. از این رو این نوع پیشگیری با جرم‌شناسی بالینی ارتباط می‌یابد و ضمن جلوگیری از وقوع جرم، منجر به اصلاح رفتارهای نادرست اشخاص می‌گردد.

مبحث سوم: تبلور اندیشه جرم‌شناسی بالینی در تعیین مسئولیت کیفری

نظر به آموزه های جرم‌شناسی بالینی و مفهوم حالت خطرناک و تدابیر و اقداماتی که برای پیشگیری از وقوع جرم به کار می‌رود، جرم‌شناسان بالینی سعی نمودند که از طریق این تدابیر قبل از ارتکاب جرم، موقعیت‌های خطرناک را جرم‌انگاری نمایند. همچنین سعی بر آن نمودند که با شناسایی و اصلاح اشخاص دارای حالت خطرناک، از وقوع ارتکاب جرم نیز پیشگیری نمایند؛ چراکه چنین اشخاصی از حالت عادی خارج شده و در قلمرو بیماری قرار گرفته‌اند. اگر این اشخاص درمان نشوند، این حالت در آنان تقویت شده و در آینده با ارتکاب جرم نظم و امنیت عمومی جامعه را به خطر می‌اندازند. تشخیص حالت خطرناک قبل از ارتکاب جرم بسیار دشوار است و جز در مواردی خاص نمی‌توان تشخیص قطعی در این خصوص داد. درجه خطرناکی شخص باید به حدی باشد که نمود ظاهری داشته باشد و لذا نمی‌توان هر رفتار ضداجتماعی را جرم تلقی کرد و مرتکب آن را بزهکاری دانست که برای جامعه می‌تواند تهدیدی بالقوه به شمار آید. به همین دلیل قانون‌گذاران کیفری تنها در مواردی محدود برخی رفتارها را جرم‌انگاری نموده و شخص مرتکب این رفتارها را دارای حالت خطرناک می‌دانند که باید با آن‌ها برخورد شود. (نیازپور، ۱۳۹۴، ۸۴) اندیشمندان مکتب عدالت کلاسیک بر این باور بودند که اشخاص با اراده آزاد خود مرتکب جرم می‌شوند و لذا برای مجازات کارکرد سزادهی و اربابی قائل بودند. بر اساس اصول حاکمیت این مکتب، مجازات‌ها باید قطعی و شدید باشد تا موجب ارعاب دیگر اشخاص جامعه شده و آنان را از وقوع جرم برحذر دارد. این دیدگاه به‌خصوص در جرائم شدید و خشونت‌بار همانند ایراد ضرب و شتم و قتل عمدی بسیار مورد مقبولیت حقوقدانان کیفری قرار گرفت. به‌مرور زمان آمار جرائم نشان داد که نه تنها نرخ جرائم کاهش نیافته است بلکه نرخ تکرار جرم نیز افزایش داشته است و بزهکاری که با مجازات‌های فوری و متناسب پیش‌بینی شده در قوانین کیفری روبه‌رو بودند، جرائم بیشتری را مرتکب می‌شدند. مشکلات ناشی از افزایش جرم و نرخ تکرار آن سبب شد که اصول این مکتب در خصوص اهداف مجازات‌ها و پیشگیری از جرم از سوی حقوقدانان مورد شک و تردید واقع شود. (هدایتی، ۱۳۸۵، ۵۹) با ظهور مکتب تحقیقی که جرم‌شناسی بالینی از دل آن برخاست، بنیانگذاران این مکتب بیان نمودند که شخص لزوماً در همه

موارد با اراده آزاد خود مرتکب عمل مجرمانه نمی‌شود و لذا به‌جای توجه به جرم که مبنای اصول مکتب کلاسیک بود، باید به بزه‌کار و شخصیت او توجه نمود. اندیشمندان مکتب تحقیقی مسئولیت اخلاقی بزه‌کار را نفی کردند و بیان نمودند که مسئولیت کیفری بزه‌کار را باید بر مبنای مسئولیت اجتماعی استوار دانست؛ زیرا نظم و امنیت جامعه به سبب جرم ارتكابی خدشه دار شده است، درواقع انسان بدین‌جهت که در جامعه زندگی می‌کند از نظر کیفری مسئول است. بر اساس اندیشه‌های مکتب تحقیقی اشخاصی که از عرف و هنجارهای جامعه پیروی نمی‌کنند، ممکن است دارای مشکلات فردی ناشی از عوامل زیستی، اختلالات روانی یا جامعه شناختی باشند و بنابراین باید با مطالعه خصوصیت و ویژگی‌های شخص، منشأ رفتارهای نابهنجار او را شناسایی کرده و با وضع تدابیر و اقدامات مناسب به درمان و اصلاح او پرداخت. (Peyton, 2007, 119) با مطرح‌شدن مفهوم حالت خطرناک از سوی گاروفالو، جرم‌شناسان بالینی نظریاتی در خصوص عوامل مؤثر بر این حالت ارائه کردند و به همین جهت برای مجازات کارکرد اصلاحی و بازپرورانه در نظر گرفتند، زیرا از دید این جرم‌شناسان مجازات باید به‌گونه‌ای باشد که حالت خطرناک بزه‌کار را از بین ببرد و بنابراین با اصلاح و درمان او از وقوع مجدد جرم پیشگیری می‌شود. ازاین‌رو جرم‌شناسان سعی نمودند که تغییر و تحولاتی در ساختار مجازات‌ها پدید آورند به‌نحوی که بیشتر از این که مجازات‌ها خاصیت اعرابی و سزا دهنده داشته باشند، جنبه اصلاحی و بازپرورانه داشته باشند. این دیدگاه اصلاحی - درمانی مورد استقبال حقوقدانان کیفری قرار گرفت و مقررات کیفری بر مبنای آن دستخوش تغییر و تحول گردید. (Lamperti, 2019, 131)

نتیجه‌گیری

اصلاح و درمان بزه‌کاران به‌عنوان نتیجه دستاوردهای جرم‌شناسی بالینی، اهمیت وافری در حقوق کیفری نوین دارد. این امر منجر به شکل‌گیری سیاست اصلاح و درمان بزه‌کاران شده است. این سیاست از حفظ و نگه‌داری بزه‌کار در جامعه، تحت درمان قرار دادن او و حذف الگوهای کیفر مدار و تنبیهی سخن به میان می‌آورد.

اگرچه در عصر حاضر انتقادات فراوانی از سوی حقوقدانان کیفری به سیاست اصلاح و درمان وارد شده است ولی بازپروری بزه‌کاران همچنان جایگاه خود را در عرصه سیاست کیفری حفظ نموده است و یکی از موضوعات اصلی سیاست جنایی در عرصه بین‌المللی و ملی به شمار می‌رود. امروزه سیاست جنایی با به رسمیت شناختن تخفیف و ارفاق و توجه به همه ظرفیت‌های اجتماعی و انسانی سعی می‌کند پاسخ مناسبی برای بزه ارتكابی پیدا کند. این امر سبب می‌شود که

نهادها و تدابیر کیفری متنوعی شکل بگیرد و از سوی دیگر مجازات های حبس کاهش یابد . سیاست جنایی ایران نیز در چند دهه اخیر تحت تأثیر این آموزه‌ها، به سمت بهره‌گیری از الگوهای اصلاحی - درمانی گام برداشته است . در قانون مجازات اسلامی جدید تبلور مفاهیم و اندیشه‌های سیاست اصلاح و درمان بزهکاران به‌خوبی قابل مشاهده می‌باشد. در این قانون سعی شده است که متناسب با مقتضای وضعیت بزهکار به او پاسخ داده شود که این امر خود زمینه ساز گسترش دامنه فردی سازی مجازات ها می باشد. از مهم ترین مفاهیم اصلی جرم شناسی بالینی مفهوم حالت خطرناک است که بیانگر حالات بالینی شخصی است که به دلیل قرار گرفتن در وضعیت خاص در معرض ارتکاب جرم می باشد. چنین برداشتی از این مفهوم، آموزه های جرم شناسی بالینی را با جرم‌شناسی پیشگیری پیوند می دهد. به همین جهت امروزه در سیاست اصلاح و درمان علاوه بر راهبردها و اقدامات مؤثر بر بازپووری بزهکاران، تدابیر پیشگیرانه نیز به چشم می خورد. قانون‌گذاران کیفری ایران نیز در تدوین قانون مجازات اسلا می‌از این تدابیر پیشگیرانه بهره جسته‌اند و با تعیین معیارهایی به شناسایی افراد دارای حالت خطرناک و مرتکب رفتارهای منحرفانه پرداخته‌اند.

نظر به مواد قانونی در این خصوص می توان بیان نمود که مقنن به‌خوبی نتوانسته است آموزه‌های اصلاحی و پیشگیرانه را در خصوص بازپروری افراد مستعد حالت خطرناک به کار برد و عملکرد موفق و مطلوبی نداشته است؛ زیرا از به کار بردن تدابیر و اقدامات غیر کیفری در خصوص بازپروری این دسته از بزهکاران غافل شده است و صرفاً به تدابیر کیفری اکتفا نموده است. این در حالی است که مطالعات امروزی جرم‌شناسی بالینی نشان می‌دهد که در برخورد با بزهکاران دارای حداقل درجه خطرناکی بهتر است از تدابیر بازپروانه غیر کیفری استفاده نمود تا تدابیر قهرآمیز کیفری؛ زیرا تدابیر بازپروانه غیر کیفری در خصوص جامعه‌پذیری بزهکارانی که کمترین میزان درجه خطرناکی را دارند، کارآیی و تأثیر بیشتری خواهد داشت. اگرچه با اعمال مجازات های جایگزین حبس می‌توان به روند بهبودی و اصلاح رفتارهای منحرفانه این دسته از بزهکاران چشم امید داشت. در عصر حاضر در مقابله با حالت خطرناک از نظر جرم‌شناسان، اتخاذ تدابیر پیشگیری وضعی در درجه اول قرار دارد ولی قانون‌گذار کیفری ایران، به استفاده از این تدابیر در مقررات جزایی بی‌اعتنا بوده است و تنها در برخی موارد محدود نظارت الکترونیکی و تعلیق مراقبتی از این تدابیر استفاده نموده است. این امر خود نسبت به قوانین جزایی سابق، تحولی مثبت و حائز اهمیت به شمار می‌رود، گرچه به دلیل پرهزینه بودن نظارت الکترونیکی چنین تدابیری هنوز فراگیر نشده است.

در حقیقت به نظر می‌رسد این نوع مجازات در حقوق کیفری ایران فعلاً جنبه تزئینی دارد. ازاین‌رو بهتر بود اول شرایط اجرای آن محقق می‌گشت و سپس مقررات مربوط به آن وضع می‌گردید، بنابراین بهتر است قانون گذار کیفری ایران نسبت به اجرا شدن آن در خصوص آن دسته از بزه‌کاران که خواستار نظارت الکترونیکی هستند، کوشا باشد و تمهیداتی را برای اجرای آن فراهم آورد. علیرغم برخی تردیدها در خصوص ناهماهنگی کیفرهای شرعی با اهداف بازپروانه، به‌ویژه در حوزه حدود، قانون‌گذار کیفری ایران در این خصوص با توجه به اندیشه‌ها و آموزه‌های سیاست اصلاح و درمان بزه‌کار رویه منعطفانه‌تری نسبت به قوانین قبلی در پیش‌گرفته و با درج شروطی برای اثبات جرائم تعزیری، اجرای این مجازات‌ها را نسبت به قوانین قبلی سخت‌تر نموده است و از این طریق موجبات اصلاح و بازپروری بزه‌کاران این جرائم را فراهم کرده است. کیفرهای سالب آزادی در هر جامعه‌ای از مهم‌ترین مجازات‌ها محسوب می‌شوند و بخش عمده‌ای از مطالعات جرم‌شناسان بالینی به چگونگی اصلاح و بازپروری بزه‌کاران از طریق این مجازات‌ها اختصاص داده شده است. مجریان سیاست جنایی ایران با الهام گرفتن از آموزه‌ها و اندیشه‌های جرم‌شناسی بالینی تلاش نموده‌اند که کیفر زندان جنبه اصلاحی - درمانی به خود گیرد. اگرچه به‌طور رسمی از تشکیل پرونده شخصیت برای بزه‌کاران در قانون مجازات اسلامی ذکر می‌شود، اما در میان نیامده است ولی مقنن به‌طور ضمنی تشکیل این پرونده را برای صدور حکم مناسب با توجه به خصوصیات بزه‌کار پذیرفته است و تشکیل این پرونده را به قضات دادگاه واگذار کرده است. عدم دستور صریح قانون‌گذار به تشکیل پرونده شخصیتی برای بزه‌کاران که از مهم‌ترین دستاوردهای جرم‌شناسی بالینی است، از بارزترین نقاط ضعف این قانون در بهره‌گیری از آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی به شمار می‌رود و نشان می‌دهد که قانون‌گذار در اجرای سیاست اصلاح و درمان بزه‌کاران در خصوص کیفر حبس موفق عمل ننموده است. هرچند در خصوص تشکیل پرونده شخصیت برای بزه‌کاران می‌توان از مقررات آیین دادرسی کیفری بهره جست که برای جرائم شدید و بزه‌کاران دارای درجه خطرناکی بالا، دستور به تشکیل این پرونده داده است. نظام عدالت کیفری برای رسیدن به اهداف خود باید سرمایه‌گذاری کند و هزینه‌هایی صرف نماید و هنگامی این سرمایه‌گذاری مفید تلقی می‌شود که از تعداد بزه‌کاران کاسته شود در غیر این صورت تنها هزینه‌های دستگاه عدالت کیفری افزایش می‌یابد بدون اینکه نفعی عاید جامعه شود. ازاین‌رو جرم‌شناسان بالینی با تغییر الگوهای خود رویکردها، تدابیر و اقدامات نوین جدیدی را وضع نموده‌اند که منجر به کاهش هزینه‌های اجرای مجازات گردد و هم موجبات بازپروری بزه‌کاران را فراهم آورد. به‌موجب این تدابیر نوین نقش کیفر زندان کم‌رنگ شده و از آثار مخرب و زیان‌باری که این نهاد می‌تواند بر بزه‌کاران و تکرار جرم داشته باشد، پیشگیری می‌شود. این

تدابیر در سیاست جنایی اصلاح و درمان بزهکاران نقش مهمی ایفاء می‌کند که بهره‌گیری و استفاده مناسب از آن می‌تواند کاهش نرخ بزهکاری و تکرار جرم را به همراه داشته باشد. این تدابیر که غالباً در آن‌ها هم جنبه و کارکرد سزا دهی مجازات‌ها نیز به چشم می‌خورد، در قانون مجازات اسلامی جدید بخش قابل توجهی از مجازات‌ها را به خود اختصاص داده است. این موضوع از برجستگی‌ها و ویژگی‌های حائز اهمیت قانون جدید است که آن را از قوانین جزایی سابق متمایز می‌نماید. این تأسیسات کیفری نوین در حقوق جزایی ایران، از بارزترین تغییرات مثبت این قانون به شمار می‌روند که وضع چنین نهادهای کیفری جدید و نوینی باهدف علمی ساختن سیاست کاهش جمعیت کیفری یا حبس زدایی مبتنی بر اصلاح و بازپروری بزه کاران بوده است که در چند دهه اخیر به شدت موردعلاقه سیاست‌گذاران جنایی قرار گرفته است. استفاده قضات از چنین مجازات‌هایی سبب می‌شود که از شدت علاقه مردم جامعه مبنی بر حبس نمودن بزهکاران کاسته شود و فرهنگ حبس زدایی در بین اعضای جامعه گسترش یابد. با به کارگیری این تدابیر می‌توان امید داشت که علاوه بر این که جمعیت کیفری زندان‌ها کاهش می‌یابد، در هزینه های سیستم عدالت کیفری نیز صرفه جویی می‌شود و از صدمات جسمانی، آسیب های روانی، بیماری های واگیردار و اعتیاد میان زندانیان کاسته خواهد شد. همچنین قانون‌گذار با وضع دستورات و تدابیری در قانون مجازات اسلامی همانند الزام به تحصیل و یادگیری حرفه و شغل معین موجبات بازپروری فرهنگی بزهکاران را فراهم کرده است. از جنبه های مثبت و تحسین برانگیز قانون مجازات اسلامی جدید، باید به نحوه مجازات های اطفال و نوجوانان اشاره نمود. قانون‌گذار در خصوص جرائم این گروه، رویه بسیار متفاوتی نسبت به قوانین قبلی از خود نشان داده است. بارزترین و مهم‌ترین این تغییرات، تغییر سن مسئولیت کیفری از سال قمری به شمسی می‌باشد. در این قانون در خصوص اطفال بزهکار زیر نه تا دوازده سال شمسی از تدابیر جرم شناسی بالینی استفاده نموده و بر حسب این تدابیر سعی نموده است که ناسازگاری و رفتارهای نابهنجار این دسته از اطفال را با بهره‌گیری از تدابیر پیشگیری فرد مدار اصلاح نماید. همچنین در خصوص اطفال دوازده تا پانزده سال تمام شمسی در خصوص جرائم تعزیری این اطفال نسبت به قانون قبل، قانون‌گذار نرمش و انعطاف بیشتری به خرج داده است و بیشتر به نقش آموزش و یادگیری و همکاری طفل با مراکز مشاوره ای و مددکاران اجتماعی تأکید داشته است تا اعمال مجازات های تعزیری در خصوص آنان. علاوه بر این تشکیل پرونده شخصیتی برای اطفال و نوجوانان بزهکار که به موجب قانون آیین دادرسی کیفری نوین ضروری دانسته شده است، بهره گیری روزافزون قانون‌گذار کیفری ایران از آموزه های جرم‌شناسی بالینی را نشان می‌دهد که سبب می‌شود بهترین تدابیر و پاسخ های درمانی برای این دسته از بزهکاران به کار گرفته شود. به‌طورکلی می‌توان در

ارزیابی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان نمود که علی‌رغم ایرادات و نقاط ضعفی که در آن به چشم می‌خورد، از قوانین مترقی فعلی محسوب می‌شود. وضع و تدوین نهادهای کیفری نوین سبب شده است که حقوق کیفری ایران همخوانی بیشتری با حقوق کیفری بین‌المللی پیدا نماید و جنبه واقع‌گرایانه‌تری به آن بخشیده است. قانون‌گذار در وضع قوانین به آزادی انسان توجه ویژه‌ای نشان داده است و تصمیم نداشته است که به هر بهانه ای آن را محدود نماید. ازاین‌رو در قانون جدید شخصیت بزهکار بسیار موردتوجه قرار گرفته است که این امر روند بازپروری بزهکاران، به‌خصوص بزهکارانی که ظرفیت اصلاح را دارند را تسریع می‌نماید. گرچه رویه غالب در قانون مجازات اسلامی می‌درجایم تعزیری همچنان رویه واکنشی شدید و تنبیهی می‌باشد ولی نظر به نوآوری‌ها و دستاوردهای جدید این قانون و تحولات و تغییرات صورت گرفته در آن نسبت به قوانین جزایی پیش می‌توان ادعا نمود که این قانون از حیث بهره‌گیری از آموزه‌ها و دستاوردهای جرم‌شناسی بالینی، بهترین قانون مجازات نسبت به قوانین قبلی دانست. بخش عمده‌ای از مجازات‌های این قانون صرف‌نظر از مجازات‌های شرعی، به‌خصوص مقررات مخصوص اطفال و نوجوانان، دارای کارکردها و جنبه‌های اصلاحی - درمانی هستند. هدف قانون‌گذار کیفری از وضع این مجازات‌ها بیشتر از این که ناظر به جنبه سزا دهی مجازات‌ها باشد، ناظر بر بازپروری بزهکاران، رفع حالت خطرناک آنان و پیشگیری از تکرار جرم که غایت جرم‌شناسی بالینی می‌باشد، بوده است. در بستر این آموزه‌های جرم‌شناسی بالینی، حداقل‌گرایی کیفری و اصل فردی‌سازی مجازات‌ها تحقق می‌یابد که از ویژگی‌های مثبت قانون مجازات اسلامی جدید به شمار می‌رود.

منابع

- آشوری، محمد و شادی عظیم زاده، جایگاه پرونده شخصیت در فرایند پیشگیری از پایدار شدن بزهکاری جوانان، فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره جدید، شماره ۸۷، ۱۳۹۳.
- آنسل، مارک، اصول دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۱.
- حاجی ده‌آبادی، محمدعلی، اصلاح مجرمان در سیاست جنایی تقنینی ایران، فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸.
- حسینی نژاد، حسینقلی، دفاع اجتماعی با نظری کوتاه درباره حقوق کیفری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹، ۱۳۷۰.
- رایجیان اصلی، مهرداد، درآمدی بر جرم‌شناسی، انتشارات سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۸.
- صفاری، علی، مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، انتشارات جنگل، چاپ ششم، ۱۳۹۴.
- عباچی، مریم، پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۷، تابستان ۱۳۸۷.
- عبدالهی، افشین، توجه به حالت بزهکار برای مدیریت و کنترل بزهکاری، مجله تعالی حقوق، شماره ۱۳ و ۱۴، آذر و دی ۱۳۹۰.
- غلامی، حسین، تکرار جرم در پرتو مطالعات حقوقی - جرم‌شناختی، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۹۳.
- کاتینگهام، جان، فلسفه مجازات، ترجمه ابراهیم باطنی و محسن برهانی، مجله فقه و حقوق، شماره ۴، ۱۳۸۶.

- کلارکسون، سی.ام.وی، تحلیل مبانی حقوق جزا، ترجمه حسین میر محمدصادقی، انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، چاپ ششم، ۱۳۸۹.
- گسن، ریمون، جرم‌شناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات میزان، چاپ ششم، ۱۳۹۳.
- گودرزی بروجردی، محمدرضا و لیلا مقدادی، کیفرشناسی نوین یا کیفرهای اجتماعی، انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۹۳.
- مؤذن زادگان، حسنعلی، پرونده شخصیت متهمان و ضرورت تشکیل آن در مرحله تحقیقات مقدماتی دادرسی کیفری، فصلنامه پژوهش حقوق، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۸۹.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمیدهاشم بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۵.
- نجفی توالی علی، جرم‌شناسی، انتشارات کمالان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۲.
- نوبهار، زهرا و سمیه اصغر زاده، سیاست جنایی ایران در مسئولیت کیفری اطفال و نوجوانان، فصلنامه پژوهش‌های اجتماعی - انتظامی زنان خانواده، پاییز و زمستان ۱۳۹۳.
- نیازپور، امیرحسین، پیشگیری از بزهکاری در قانون اساسی ایران و لایحه قانون پیشگیری از وقوع جرم، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، زمستان ۱۳۸۲.
- نیازپور، امیرحسین، تعامل آیین دادرسی کیفری و جرم‌شناسی بالینی: با تأکید بر لایحه رسیدگی به جرائم اطفال و نوجوان، فصلنامه خانواده پژوهی، شماره ۱۸/۱، تابستان ۱۳۸۸.
- نیازپور، امیرحسین، حقوقی سازی یافته‌های جرم‌شناسانه در کتاب اول قانون مجازات ۱۳۹۲، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۲، زمستان ۱۳۹۴.
- هدایتی، فرخ، شناخت شخصیت مجرمانه و راه‌های درمان آن، مجله دادرسی، شماره ۵۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۵.
- هدایتی، فرخ، شناخت شخصیت مجرمانه و راه‌های درمان آن، مجله دادرسی، شماره ۵۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۵.
- وایت، راب و فیونا هینس، درآمدی بر جرم و جرم‌شناسی، ترجمه میرروح الله صدیق بطحایی اصل، نشر دادگستر، چاپ هشتم، ۱۳۹۴.
- Kathleen, Aurehan, Dangerousness and Incapacitation, California, 2011.
- Lamperti, John, Does Capital Punishment Deter Murder, Dartmouth College, Hanover, March 2013
- Criminology, Journal of Criminal Law and Peyton, David C. Material of Clinical Research in the Field of Issue 2, 2007.Criminology, Volume 6
- Pratt, John, Governing the dangerous and dangerousness, Sydney, Federation Press, 2013
- 2013.,Sprack, John, A Practical Approach to Criminal Procedure, Oxford University Press
- Young, Jock, The Failure of Criminology, London, 2007.



تبعیت دادگاه رسیدگی کننده به جرایم مطبوعاتی از نظر هیئت منصفه

دکتر میثم تارم

استادیار گروه الهیات، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران

taram@uk.ac.ir

فرزانه مددی زاده

کارآموز وکالت و عضو مرکز وکلای قوه قضاییه، دانش آموخته کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران

Farzanehmdidi@gmail.com

۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۰۹.۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۱.۰۵

چکیده

در حقوق ایران ضرورت تشکیل هیئت منصفه در جرایم سیاسی و مطبوعاتی در اصل ۱۶۸ قانون اساسی مورد تصویب قرار گرفته است اما ادبیات حقوقی چندانی در خصوص لزوم تبعیت یا عدم تبعیت دادگاه رسیدگی کننده از نظراین نهاد یافت نمیشود. از این رو بر آن شده که به اختصار به روش توصیفی-تحلیلی، به بررسی نهاد هیئت منصفه در تعامل با قضات در جرایم مطبوعاتی و جایگاه آن را در نظام حقوقی کشورمان پرداخته شود. نتایج گویای آن است که ۱- پیش بینی نهاد هیئت منصفه از منظر حقوق اساسی از دو وجه قابل توجیه است: الف. امکان مشارکت مردم در فرایند دادرسی به ویژه در جرایم سیاسی و مطبوعاتی که جنبه عمومی دارند را فراهم مینماید. ب. از آنجا که قوه قضائیه ممکن است تحت تأثیر قوه مجریه قرار گیرد، بیطرفی نهاد رسیدگی کننده را تضمین مینماید. ۲- دادگاه بر براءت ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه است زیرا از نظر هیئت منصفه بر اساس اصل براءت است. اما از نظر مجرمیت ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه نیست، زیرا در اینجا دادگاه باید از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها تبعیت کند. بنابراین، در صورتی که نظر هیئت منصفه مبنی بر مجرمیت باشد دادگاه میتواند بنا بر اصل قانونی بودن جرایم، رای بر براءت دهد، زیرا نسبت به قانون متعهد است.

واژگان کلیدی: هیئت منصفه، جرائم مطبوعاتی، لازم الاتباع بودن، قانون اساسی، آیین دادرسی کیفری.

مقدمه

بر اساس قانون اساسی نظام مقدس جمهوری اسلام می‌ایران در اصل ۱۶۸ رسیدگی به جرائم مطبوعاتی علنی است و با حضور هیئت منصفه در محاکم دادگستری در رسیدگی به جرائم سیاسی و مطبوعاتی صورت می‌گیرد. نحوه انتخاب، شرایط، اختیارات هیئت منصفه و تعریف آن را قانون بر اساس موازین اسلامی معین می‌کند.

همچنین در آیین دادرسی کیفری به حضور هیئت منصفه در رسیدگی به جرائم سیاسی و مطبوعاتی اشاره شده است. هیئت منصفه مطبوعات از صنوف مختلف تشکیل می‌شود که پس از پیروزی انقلاب اسلامی تا به امروز فراز و فرودهای بسی‌اری را پشت سر گذاشته‌اند این افراد با حضور در دادگاه نقش مشاور را برای قضات ایفا می‌کنند و نظر کتبی خود را درباره اینکه آیا متهم بزهکار است؟ و در صورت بزهکاری آیا مستحق تخفیف مجازات است یا نه؟ اعلام می‌دارند.

در این مورد که نظر این هیئت تا چه اندازه برای دادگاه رسیدگی کننده به جرائم مطبوعاتی لازم الاتباع است نیاز به بررسی مفهوم هیئت منصفه، فلسفه وجودی آن و حدود اختیار قضات در تبعیت و عدم تبعیت از نظر این نهاد است که در این مقاله سعی شده به این موارد پاسخ داده شود.

هیئت منصفه

الف- هیئت منصفه تعدادی از مردان و زنان هستند که مطابق قانون انتخاب شده و متعهد می‌شوند، واقعیت را احراز و بر اساس دلایلی که پیش رو دارند، حقیقت را اعلام کنند. (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۰، ص ۱۵۴)

بر این اساس هیئت منصفه در واقع گروهی از افراد جامعه هستند که مطابق قانون انتخاب می‌شوند، و وظیفه اصلی آنها این است که با توجه به دلایل و مدارکی که ارائه می‌شود، واقعیت امر را کشف کرده و درباره برائت یا مجرمیت متهم اظهار نظر کنند.

ب- اصطلاح مناسب و رسایی است که حقوق ایران در برابر لفظ jury انتخاب کرده است که عبارت است از گروهی از صنوف و اقشار مختلف جامعه که به عنوان نماینده افکار عمومی و انتظارات مردم از دستگاه قضایی در رسیدگی به برخی جرائم تحت شرایط خاص با دادرسان دادگاه‌های کیفری همکاری می‌کنند (www.yasa.co/).

فلسفه وجود هیئت منصفه در جرایم مطبوعاتی

ناشی از این تفکر است که مرتکبین این نوع جرائم، به نوعی متولی انعکاس افکار عمو می هستند، لذا جامعه حقوقی برای جرم انگاری چنین فعل مجرمانه، ملاحظات جامعه را در نظر گرفته و از حیث تفاوت ماهیت جرم مطبوعاتی (از نظر مفهومی، جرم ناشی از انتشار یا انعکاس در مطبوعات و رسانه های مرتب انتشار واقع می شود جرم مطبوعاتی نامیده می شود. (www.yasa.co)) با جرائم عادی به لحاظ اینکه جرم عادی عاری از هرگونه انگیزه شرافتمندانه است جرم مطبوعاتی را واجد انگیزه شرافتمندانه دانسته و امتیاز حضور هیئت منصفه را در جلسات دادگاه الزا می نموده است. در خصوص مبنای جامعه شناسختی و فلسفی این نهاد، بحث فراوان است.

برخی هیئت منصفه را به مثابه یک کارشناس خبره که به نمایندگی از افکار عمو می می تواند حسن و قبح عمل متهم را تشخیص دهد، دانستند. (عمید زنجانی، ۱۳۶۸، ص ۳۷۳). برخی برای هیئت منصفه نقشی هم ردیف شاهد قائل شده اند (خامنه ای، بیتا، ص ۱۱۳). برخی از حقوقدانان نیز نهاد هیئت منصفه را از منظر "تضمین حقوق متهمین" بررسی کرده اند. (آخوندی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۹).

در نظر حقوقدانان اساسی، هیئت منصفه در واقع مجموعه ای از افراد عادی جامعه به شمار می روند که به عنوان نماینده افکار عمومی همکاری می نمایند. (هاشمی، ۱۳۸۸، ص ۴۵۷).

پیش بینی نهاد هیئت منصفه از منظر حقوق اساسی: از یک طرف امکان مشارکت مردم در فرایند دادرسی به ویژه در جرایم سیاسی و مطبوعاتی را که جنبه عمو می دارند فراهم می نماید. از طرف دیگر از آنجا که قوه قضائیه ممکن است تحت تاثیر قوه مجریه و ابزارهای آن به صورت مستقیم یا غیر مستقیم قرار گیرد استقلال و بی طرفی نهاد رسیدگی کننده را تضمین می کند.

در قانون اساسی برخی از کشورها از جمله ایران، نهاد هیئت منصفه به مثابه یکی از عناصر دادرسی های کیفری مورد شناسایی قرار گرفته است. (مشهدی، انصاری، فورچی بیگی، بیتا، صص ۴۱-۴۲).

سابقه وجود هیئت منصفه

سرآغاز انتخاب هیئت منصفه در نظام حقوقی ایران به سال ۱۳۱۰ برمی گردد که طی ماده ۱ قانون انتخاب هیئت منصفه در آن سال مقرر شده بود: "رسیدگی به جرم های مطبوعاتی در دیوان جنایی و با حضور هیئت منصفه به عمل خواهد آمد" بعد از آن و همزمان با تصویب قانون اساسی و

اصل ۱۶۸ تکلیف همگان را در خصوص رسیدگی به جرایم مطبوعاتی روشن کرده و موضوع حضور هیئت منصفه در دادگاه بر اساس قانون هیئت منصفه مصوب ۱۳۸۲ همانند اصل ۱۶۸ قانون اساسی با تصویب قانون ۱۵ ماده ای، در ماده، یکبار دیگر اذعان شده است که "رسیدگی به جرائم مطبوعاتی علنی است و با حضور هیئت منصفه در دادگاه صالح صورت می گیرد."

هیئت منصفه در حقوق ایران

با توجه به اینکه در سیستم حقوقی برخی کشورها نهاد هیئت منصفه وجود دارد و این هیئت از میان اقشار مختلف مردم انتخاب می شود و در پاره ای از رسیدگی های قضایی شرکت می کند و احراز مجرمیت متهم را که در حقیقت احراز موضوع است به نمایندگی از جامعه بر عهده دارد، علما نیز نظراتی را ارائه کرده اند از جمله؛ آیت الله بهجت: "در رابطه با نهاد هیئت منصفه و تکلیف قاضی از تبعیت یا عدم تبعیت می فرمایند احراز مجرمیت متهم یا برائت آن باید در نزد شخص قاضی شرعی از طرق شرعی آن باشد و الله اعلم". (روح بخش، ۱۳۹۳، ص ۱).

آیت الله مکارم شیرازی می فرماید: "هیئت منصفه می تواند به دو صورت عمل کند: یکی، به صورت گروه مشاور و رای نهایی به نظر قاضی باشد؛ دوم، در مسائلی که کارشناسی موضوعی لازم دارد و احتیاج به تخصص در این کارشناسی است چنانچه افراد خبره بقیه کارشناسی کنند نظر آنها برای قاضی در موضوعات محترم است." (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ص ۱۴۵).

آیت الله خامنه ای در همین موضوع نظر مشابه نظرات فوق را دارد: "پاسخ به این سوال در حد یک استفتاء نیست و در هر صورت میزان در این گونه امور، قوانین و مقررات احکام اسلامی می باشد." (روح بخش، ۱۳۹۳، ص ۱). بر اساس ماده ۴۳ قانون مطبوعات پس از اعلام ختم رسیدگی بلافاصله اعضای هیئت منصفه به شور پرداخته و نظر کتبی خود را در دو مورد زیر، به دادگاه اعلام می دارند:

الف- متهم نهکار است یا خیر؟

ب- در صورت نهکاری آیا مستحق تخفیف است یا نه؟

بر اساس تبصره یک ماده مذکور نیز پس از اعلام نظر هیئت منصفه دادگاه در خصوص مجرمیت یا برائت متهم اتخاذ تصمیم نموده و طبق قانون مبادرت به صدور رای می نماید. زمان جلب نظر هیئت منصفه پس از اعلام ختم دادرسی و قبل از آن است که اعضا یا محکمه برای صدور رای به

شور پردازند. چنانچه هیئت قبل از اظهار نظر انجام تحقیقی را لازم بدانند باید قبل از اعلام ختم رسیدگی با تسلیم یا دداشتی انجام آن را از دادگاه خواستار شود. چنانچه دادگاه ختم رسیدگی را اعلام کرد، دیگر نمی توان به تقاضای هیئت منصفه، دوباره تحقیق را شروع کرد (ماده ۴۳ قانون مطبوعات). ملاک اعتبار نظریه هیئت، برای اتخاذ تصمیم، رای اکثریت آلمان است، لذا در صورت تساوی آرای اعضای هیئت به گونه ای که شماره معینی از آنها معتقد به براءت متهم و شمار دیگری با همان نصاب معتقد به مجرمیت او باشند، دادگاه حکم براءت متهم را صادر می کند. هیئت باید از ابتدای ج لسه دادگاه تا پایان آن حضور داشته باشد لیکن در تحقیقات مقدماتی و هنگام اخذ تامین حضور آنها پیش بینی نشده است.

پس از اعلام ختم دادرسی، هیئت نظر خود را در یکی از قالب های اعلام بزه کاری یا بی گناهی متهم بیان می کند. (تبصره های ۱-۳ ماده ۴۳ قانون مطبوعات). در صورت اعلام بزه کاری متهم، دادگاه ملزم به تبعیت از نظر هیئت نیست و طبق تبصره ۲ ماده ۴۳ قانون مطبوعات میتواند حکم براءت متهم را صادر کند، اما در صورت اعلام بی گناهی متهم توسط هیئت منصفه دادگاه ضمن تبعیت از نظر هیئت، اگر متهم بازداشت باشد فوراً او را از زندان آزاد می کند.

چنانچه هیئت معتقد به بزه کاری باشد باید اعلام کند که آیا متهم استحقاق تخفیف را دارد یا خیر؟ اگر دادگاه با توجه به نظر هیئت منصفه حکم به مجرمیت و محکومیت صادر کند، این حکم قابل تجدیدنظرخواهی است. البقدر رسیدگی دوباره در مرحله تجدید نظر نیازی به حضور هیئت منصفه نیست و دادگاه تجدید نظر با توجه به اوراق پرونده و نظر هیئت منصفه به پرونده رسیدگی می کند همچنین بر اساس قانون جدید آیین دادرسی کیفری، تنها در جلسات محاکمه جرایم مطبوعاتی و سیاسی حضور هیئت منصفه الزامی است و در مرحله دادرسی و تحقیقات مقدماتی و صدور قرارهای قانونی، نیازی به حضور هیئت منصفه نیست. (احمدی، ۱۳۹۹، www.irna.ir) همچنین در اصل ۱۶۸ قانون اساسی آمده است: رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی علنی است و با حضور هیئت منصفه در محاکم دادگستری صورت می گیرد.

نحوه انتخاب، شرایط، اختیارات هیئت منصفه و تعریف جرم سیاسی را قانون بر اساس موازین اسلامی معین می کند. ماده ۳۰۵ آیین دادرسی کیفری: به جرائم سیاسی و مطبوعاتی با رعایت ماده ۳۵۲ این قانون به طور علنی در دادگاه کیفری یک مرکز استان محل وقوع جرم با حضور هیأت منصفه رسیدگی می شود. تبصره- احکام و ترتیبات هیئت منصفه، مطابق قانون مطبوعات و آیین نامه اجرایی آن است.

لازم‌الاتباع بودن نظر هیئت منصفه برای دادگاه

پای هیئت منصفه در رسیدگی به جرایم مطبوعاتی در نظام حقوقی ایران دو کارکرد می‌توان ذکر کرد. ابتدا هیئت منصفه نقش تعیین کننده در اعلام نظر دادگاه داشت.

طبق ماده ۳۸ لایحه قانون مطبوعات سال ۱۳۵۸ که تا سال ۱۳۷۹ به طور کامل نسخ نشده بود، دادگاه از هیئت منصفه می‌خواست به این دو سوال پاسخ دهد که، اولاً، آیا متهم بزهکار است یا خیر؟ ثانیاً در صورت بزه‌کاری مستحق تخفیف می‌باشد یا نه؟ و در ادامه تصریح شده بود که دادگاه بر اساس تصمیم مذکور رای صادر می‌کند. (خالقی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۷).

اما رویکرد دوم با تصویب قانون اصلاح قانون مطبوعات ۱۳۷۹ نمایان می‌شود در این قانون رئیس دادگاه باید بعد از اتمام جلسه دادگاه طبق ماده ۴۳ از هیئت منصفه بخواهد که به این پرسش جواب ده که آیا متهم بزهکار است یا خیر؟ و در صورت بزهکاری مستحق تخفیف است یا نه؟ اعضای هیئت منصفه بر اساس ماده ۳۵ آیین نامه اجرایی قانون مطبوعات مصوبه ۱۳۶۴ و اصلاحات بعدی آن در سال ۱۳۸۱، به شور و اتخاذ تصمیم می‌پردازند و نظر خود را به صورت کتبی به قاضی ارائه می‌دهند. بر اساس این ماده جلسات شور و اتخاذ تصمیم هیئت منصفه، بدون حضور رئیس دادگاه برگزار خواهد شد.

اما در صورتی که برای تصمیم‌گیری در مورد موضوعی خاص حضور رئیس دادگاه ضروری باشد، اعضای هیئت منصفه از رئیس دادگاه برای حضور در جلسه دعوت به عمل می‌آورند. رئیس دادگاه پس از حضور فقط می‌تواند در مورد موضوعی که برای مشورت درباره آن فراخوانده شده است، اظهار اظهار نظر نماید.

تبصره ماده ۳۵ آیین نامه اجرایی قانون مطبوعات: در صورتی که بنا به تصمیم اکثریت اعضای هیئت منصفه حضور رئیس دادگاه برای رسیدگی به برخی از موارد ضروری باشد، رئیس دادگاه صرفاً برای همان موضوع در جلسه حاضر خواهد شد. دادگاه پس از اینکه نظر هیئت منصفه را دریافت کرد، در نحوه تصمیم‌گیری آزاد است و میتواند بر اساس نظر هیئت منصفه رای دهد. این امر از تبصره یک ماده ۴۳ استنباط می‌شود که آمده است "پس از اعلام نظر هیئت منصفه، دادگاه در خصوص مجرمیت یا برائت متهم اتخاذ تصمیم نموده و طبق قانون مبادرت به صدور رای می‌نماید." و همچنین تبصره ۲ این ماده صراحتاً به لازم‌الاتباع نبودن رای هیئت منصفه در تصمیم‌گیری دادگاه اشاره دارد.

بر اساس این تبصره "در صورتی که تصمیم هیئت منصفه بر بزهکاری باشد دادگاه می تواند پس از رسیدگی رای بر برائت صادر کند." از دیدگاه برخی، دادگاه بر برائت ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه است زیرا نظر هیئت منصفه بر اساس اصل برائت است. اما از نظر مجرمیت ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه نیست. زیرا در اینجا دادگاه باید از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها تبعیت کند. بنابراین، در صورتی که نظر هیئت منصفه مبنی بر مجرمیت باشد دادگاه می تواند بنابر اصل قانونی بودن جرایم، رای بر برائت دهد، زیرا نسبت به قانون متعهد است. (الهام، بیتا؛ شماره ۳۶).

برخی راه حل های دیگری ارائه کرده که عبارتند از: الف- ماهیت مشورتی داشتن نظر هیئت منصفه برای دادگاه که در این صورت دادگاه ملزم به تبعیت از نظر آن نیست مانند نظرات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه که دادگاه ملزم به تبعیت از آن نیست. بنابراین، دادگاه اعم از اینکه رای هیئت منصفه مبنی بر برائت یا مجرمیت متهم باشد، لازم نیست از آن تبعیت کند. ب- رای هیئت منصفه دارای اعتبار قضایی باشد و این اعتبار را ریاست قوه قضاییه تنفیذ کند، بهین معنا که اعتبار رای هیئت منصفه مشروط به تایید رئیس قوه قضاییه باشد. (صبری، ۱۳۸۴، ص ۱۴۵).

دیدگاهی که دادگاه را ملزم به تبعیت از رای برائت هیئت منصفه میدانند با موازین قانونی مطابقت بیشتری داشته باشد، زیرا از یک سو در جایی که دادگاه مطابق با نظر هیئت منصفه رای به برائت متهم می دهد مطابق با اصل احتیاط در رسیدگی به جرائم مطبوعاتی و سیاسی رفتار کرده است. از سوی دیگر، در جایی که رای هیأت منصفه مبنی بر مجرمیت است باز، دادگاه مکلف است بر اساس اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها حکم صادر کند.

بنابراین، اگر قانون رفتاری را جرم ندانسته باشد، قاضی موظف است که حکم به برائت متهم بدهد در غیر این صورت از اصل قانونی بودن جرایم تخلف کرده است. (مشهدی، انصاری، قورچی بیگی، بیتا، ص ۵۶). در رویه قضایی نیز در برخی موارد دادگاه خود را ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه میدانند و در مواردی از نظر هیئت منصفه تبعیت نکرده است.

دادنامه ۹۷۴ دادگاه کیفری تهران که در آن آمده است "هیئت محترم منصفه پس از استماع دفاعیات متهم، وی را در مورد هر دو اتهام مجرم ندارد"، ولی در نهایت، دادگاه با این استدلال مبادرت به صدور رای می کند؛ "دادگاه با توجه به تبصره یک ماده ۴۳ قانون مطبوعات که پس از اعلام نظر هیئت منصفه دادگاه در خصوص مجرمیت یا برائت متهم اتخاذ تصمیم می نماید و طبق قانون مبادرت به صدور رای می نماید و نیز با عنایت به قانون اساسی و اصل استقلال قاضی

صدور رای، خود را ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه نمی‌داند، انتساب اتهامات را به متهم محرز می‌داند". متهم از رای دادگاه کیفری استان مبنی بر عدم توجه به نظر هیئت منصفه درباره برائت در دیوان عالی کشور تجدیدنظرخواهی می‌کند اما شعبه ۱۳ دیوانعالی کشور با رد ادعای متهم از ماده ۳۸ قانون مطبوعات دایر بر اینکه "اگر هیئت منصفه عقیده بر برائت داشت دادگاه نمی‌تواند رای به مجرمیت و مجازات بدهد، زیرا در تبصره یک الحاقی ۱۳۷۹.۱.۳۰ ماده ۴۳ قانون مطبوعات تصریح شده: پس از اعلام نظر هیئت منصفه، دادگاه در خصوص مجرمیت یا برائت اتخاذ تصمیم نموده و طبق قانون مبادرت به صدور رای می‌نماید"، نظر دادگاه کیفری استان را در زمینه استقلال قاضی در صدور رای برخلاف نظر هیئت منصفه را تایید می‌کند.

در برخی موارد نیز دادگاه از نظریه هیئت منصفه در زمینه برائت متهم تبعیت کرده است؛ دادگاه کیفری تهران در دادنامه شماره ۹۱۲ با پذیرش نظر هیئت منصفه اقدام به صدور رای کرده است در این دادنامه آمده است: "هیئت منصفه پس از استماع اظهارات طرفین، متهم موصوف را در هیچ یک از موارد اتهامی نه‌کار تشخیص نداد و دادگاه نیز با عنایت به نظر هیئت منصفه و استفاده از مفهوم مخالف تبصره ۲ ماده ۴۳ قانون مطبوعات مبنی بر اینکه دادگاه در خصوص نظریه هیئت منصفه مبنی بر بیگناهی متهم، مکلف به تبعیت از نظریه هیئت منصفه و صدور رای بر برائت است. فلذا مستنداً به بند الف ماده ۱۷۷ قانون دادرسی کیفری رای به برائت متهم صادر می‌نماید.

نتایج

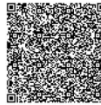
هیئت منصفه به عنوان نهادی که نقش اساسی در تضمین حقوق و آزادی‌های افراد دارد، در قوانین اساسی بسیاری از کشورها به رسمیت شناخته شده است. هدف از تشکیل هیئت منصفه از یک سو مشارکت دادن مردم در فرایند دادرسی به ویژه در جرائم سیاسی و مطبوعاتی که جنبه عمومی دارند می‌باشد و از سوی دیگر تضمین استقلال و بی‌طرفی نهاد رسیدگی‌کننده است تا مبادا تحت تأثیر قوه مجریه و ابزارهای آن به صورت مستقیم یا غیر مستقیم قرار گیرند. در نظام حقوقی کشور ما نیز نهاد هیئت منصفه در اصل ۱۶۸ قانون اساسی به رسمیت شناخته شده است اما تشکیل هیئت منصفه محدود بر رسیدگی به جرائم مطبوعاتی و سیاسی شده است. دادگاه بر برائت ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه است زیرا نظر هیئت منصفه براساس اصل برائت است. اما از نظر مجرمیت ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه نیست، زیرا در اینجا دادگاه باید از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تبعیت کند. بنابراین، در صورتی که نظر هیئت منصفه مبنی بر مجرمیت باشد دادگاه می‌تواند بنا بر اصل قانونی بودن جرایم، رای بر برائت دهد، زیرا نسبت به قانون متعهد است.

هیئت منصفه در واقع گروهی از افراد جامعه هستند که مطابق قانون انتخاب می‌شوند، و وظیفه اصلی آنها این است که با توجه به دلایل و مدارکی که ارائه می‌شود، واقعیت امر را کشف کرده و درباره براءت یا مجرمیت متهم اظهار نظر کنند. ملاک اعتبار نظریه هیئت، برای اتخاذ تصمیم، رای اکثریت آلان است، لذا در صورت تساوی آرای اعضای هیئت به گونه ای که شماره معینی از آنها معتقد به براءت متهم و شمار دیگری با همان نصاب معتقد به مجرمیت او باشند، دادگاه حکم براءت متهم را صادر می‌کند.

در رویه قضایی نیز در برخی موارد دادگاه خود را ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه می‌داند و در مواردی از نظر هیئت منصفه تبعیت نکرده است.

منابع

- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۲، چاپ ۱۱، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۳۸۸.
- احمدی، مهدی، درباره هیئت منصفه مطبوعات / فراز و فرودهای سیاسی، تهران، ایرنا.
- الهام، غلامحسین، جایگاه هیئت منصفه در حقوق ایران، نشریه معرفت حقوقی، موسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، شماره ۳۶، بیتا.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ ۲، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۷.
- خامنه‌ای، مهیندخت، هیئت منصفه در دادگاه‌های کشورهای متحده آمریکای شمالی، مجله کانون و کلا، سال ۱۵، شماره ۶۸.
- روح بخش، مریم، علوم سیاسی آیین رسیدگی به جرایم مطبوعاتی، اختیارات هیئت منصفه (بخش پنجم)، شماره ۲۶۰، ۱۳۹۳.
- شیخ الاسلامی، عباس، جرایم مطبوعاتی بررسی تطبیقی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران و انگلستان، مشهد، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- صبری، نورمحمد، هیئت منصفه (مطالعه تطبیقی)، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۶۸.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
- قانون مطبوعات.
- مشهدی، علی، انصاری، اسماعیل، قورچی بیگی، مجید، مطالعه تطبیقی جایگاه هیئت منصفه در حقوق ایران و سایر کشورها، بیتا.
- مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، ج ۳، چاپ ۲، قم، مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، ۱۴۲۷.
- هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی، ج ۲، چاپ ۱۸، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- سایت ایرنا، ۱۳۹۹ (www.irna.ir/news/83488516).
- سایت یاسا، ۱۳۹۹ (www.yasa.co/blog/what-is-the-jury/).



بررسی شهادت متکدی

مر تفضی رحیمی

دانشیار گروه الهیات، دانشکده الهیات، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

mrahimi@shirazu.ac.ir

علی محمودی کاکولی

دانش آموخته رشته فقه، دانشکده الهیات، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

ali780mahmoodi@gmail.com



تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۴.۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۲.۰۵

چکیده

تبصره ۲ ماده ۱۳۱۳ ق.م مانند مشهور فقهاء، شهادت متکدیانی، که تکدی گری را حرفه خود قرار داده اند، نپذیرفته است؛ اما برخی از فقهاء شهادت متکدی که کارش با حرام همراه نیست را پذیرفته اند، از پژوهش حاضر که با روش توصیفی و تحلیلی انجام شده است، بر می آید که، عوامل چندی موجب اختلاف در پذیرش و عدم پذیرش شهادت متکدی شده است، از جمله: (۱) - اختلاف در تفسیر «السائل الذی بکفّه» که در روایات به عدم پذیرش شهادت وی اشاره شده است. (۲) - اختلاف در حرام بودن تکدی گری و عدم آن. (۳) - بر فرض حرام نبودن تکدی گری، چرا شهادت متکدی پذیرفته نیست؟ این امر موجب آن شده که برخی از فقهاء و حقوقدانان، عدم تکدی گری را شرط مستقلى در برابر عدالت بدانند. (۴) - فقدان ضابطه ای که همه موارد «در معرض اتهام بودن شاهد» را شامل شود. شروط «عدالت» و «در مظان اتهام نبودن» موجب عدم پذیرش شهادت متکدی شده است. حال آن که تکدی گری به خودی خود موجب سلب عدالت نمی شود، مگر آن که با کارهای حرامی، همچون: دروغ، تدلیس و... همراه باشد. از سویی «در مظان اتهام بودن» در همه جا، موجب عدم پذیرش شهادت نیست.

واژگان کلیدی: شهادت، متکدی، سائل به کف، در مظان اتهام بودن.

مقدمه

شهادت همواره به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا مورد استفاده بوده است؛ تبصره ۲ ماده ۱۳۱۳ق.م شهادت متکدی که تکدی گری را حرفه خود قرار داده است، نپذیرفته است. از جمله دلایلی که موجب شده که فقهاء و حقوقدانان درباره شهادت متکدی و پذیرش و عدم پذیرش شهادت وی سخن بگویند، سخن پیامبر (ص) است که در آن فرموده‌اند: «شَهَادَةُ السَّائِلِ الَّذِي يَسْأَلُ فِي كَفِّهِ لَا تُقْبَلُ». (طوسی شیخ، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص: ۲۴۴) شهادت سائل (متکدی) به کف پذیرفته نمی‌شود. امام باقر (ع) در توجیه آن فرموده‌اند: «زیرا شهادت متکدی مورد اعتماد نیست، چون هرگاه به او چیزی دهند خوشحال می‌شود و هرگاه چیزی به او ندهند، خشمگین می‌شود.» (طوسی شیخ، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص: ۲۴۴) حدیث مزبور را «حدیث معتبره» تعبیر نموده‌اند. (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص: ۱۲۰) برخی از فقهاء بر این باورند که شخص متکدی چون چشم به کمک مالی دیگران دارد، شاید شهادت وی به نفع مشهود له به خاطر دریافت مالی از او باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص: ۱۹۹) لذا شهادت متکدی به دلیل آن که شهادتش در مظان اتهام است پذیرفته نمی‌شود. برخی از فقهاء شرط متکدی نبودن شاهد را زیر مجموعه شرط «عدم خوارگی نفس» قرار داده‌اند. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص: ۵۱)

برخی از ایشان، «متکدی نبودن شاهد» را به عنوان یک شرط مستقل، ذکر نموده و آن را زیر مجموعه شرط «متهم نبودن» و «عادل بودن» قرار نداده‌اند. (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص: ۱۴۲-۱۵۰)

چگونگی تکدی گری و انواع مختلف آن نیز از جمله عوامل اختلاف در پذیرش شهادت متکدی است، لذا بحث از شهادت متکدی ضروری می‌نماید.

درباره پیشینه تحقیق باید گفت درباره عدم پذیرش شه ادت متکدی تحقیق و بررسی مستقلی صورت نگرفته است.

اما در منابع معتبر فقهی و حقوقی ب صورت پراکنده در مباحث بررسی شرایط شاهد، نکاتی درباره آن مورد اشاره قرار گرفته‌اند، از این رو پژوهش پیش رو که با روش توصیفی و تحلیلی صورت گرفته است به پرسش هایی در این باره، همچون: «آیا عدم تگدی گری شاهد یک شرط مستقل است؟»، «شهادت متکدی به خاطر فقدان کدام شرط مورد پذیرش قرار نگرفته است؟» و مانند اینها پاسخ می‌گوید.

۲- مفهوم شناسی

۱.۲- شهادت

شهادت در لغت یا از «شهد» به معنای «حضر» است، مانند «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ» (البقره: ۲۸۵) یا از «شهد» به معنای «علم» می‌باشد. در لغت شهادت به معنای خبر قطعی و گواهی دادن آمده است. (مرتضی زبیدی، بی تا، ج، ص ۵: ۴۵؛ معلوف، ۱۳۸۸، ج، ص ۱: ۷۵) شهادت در معنای سوگند خوردن نیز به کار رفته است. (ابن منظور مصری، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص: ۲۴۰)

در اصطلاح، شهادت عبارت است از «خبر دادن همراه با قطع و جزم است از وجود حقی که برای دیگری لازم می‌باشد و توسط غیر قاضی انجام می‌شود». (نجفی، ۱۳۹۶ق، ج ۴۱، ص: ۷) یا «شهادت خبر دادن از علم خبر دهنده است بر این که حقی برای دیگری ثابت می‌باشد یا آن که حقی از دیگری نفی می‌شود، مشروط به آن که خبر مزبور به گونه ادعا نباشد». (سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص: ۲۸۳)

۲.۲- تکدی:

برخی به نادرستی تصریح نموده اند که کلمه «تکدی» یک کلمه غیر عربی است که فقهاء آن را معرب نموده اند و در کتب لغت عربی چنین کلمه ای موجود نیست، حال آن که کلمه مزبور یک واژه عربی صحیح می‌باشد و از همین ریشه کلمه «مکلی» به معنای سائل (گدا) به کار رفته و حریری در معنای آن گفته است: مکلی کسی را گویند که زیاد درخواست می‌کند. (خفاجی، بی تا: ۲۷۰) در متون عربی پیشین از تکدی گری به عنوان «سؤال» (فتح الله، ۱۴۱۵، ص: ۲۲۱) و در نوشته‌های جدید از آن به عنوان «تسول» (حمیری، بی تا، ج ۶، ص: ۳۷۰۸) و «استجداء» (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص: ۲۸۳) تعبیر شده است.

کلمات «سائل» (ابن منظور ۱۴۰۵ق، ج ۱۱، ص: ۳۱۸) و «متسول» (حمیری، بی تا، ج ۶، ص: ۳۷۰۸) به معنای متکلی به کار می‌روند.

در فارسی کلمه «تکلی» به معنای گدایی کردن، در یوزگی، تکلف در سؤال و حاجت خواهی از دیگران در کوی و برزن آمده است. تکدی از ریشه (ک د ی) و در لغت به معنای صلابت و منع و بخل ورزیدن هم آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۴، ص: ۶۰۴۸). تکدی از

ریشه (ک دی) و در لغت به معنای صلابت آمده است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص: ۳۹۵ و ۳۹۶)

فقهاء برای تکدی گوی مفهوم اصطلاحی بیان نکرده‌اند و تنها به اقسامی از آن بسنده نموده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۲۸۳) اما عالمان دیگر در تعریف اصطلاحی آن گفته‌اند: « فراگردی است که به موجب آن، فرد متکدی از دسترنج دیگران بهره‌مند می‌شود و زندگی می‌گذراند. هر یک از افراد جامعه را که نه صاحب حرفه (در مفهوم اقتصادی آن) هستند و نه در تولید اجتماعی، مشارکتی دارند و همواره با شیوه‌ها و شگردهای متنوع، طفیلی و زایده اجتماعی هستند، متکدی می‌گویند....» (مرادی، ۱۳۷۰ش، ش ۱۱۰، ص: ۵)

۳.۲- سائل به کف:

چنان که گذشت در روایتی از پیامبر (ص) آمده است: « شَهَادَةُ السَّائِلِ الَّذِي يَسْأَلُ فِي كَفِّهِ لَا تُقْبَلُ. » (طوسی شیخ، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص: ۲۴۴) واژه «سائل به کف» در این روایت، مورد توجه فقهاء و دیگر دانشمندان اسلامی قرار گرفته و تعاریفی از آن به صورت زیر ارائه شده است:

(۱)- «سائل به کف» ترکیب وصفی است که در تداول فارسی زبانان به تخفیف (فا) رایج است: گدایی که از تنگدستی کاسه گدایی هم نداشته باشد، گدا، دریوزه (دهخدا، ۱۳۷۷ش، ج ۹، ص: ۱۳۱۸۱، حرف سین)

(۲)- سائل به کف کسی را گویند که تکدی گری را حرفه و شغل خویش قرار داده باشد، زیرا لفظ مزبور به همین معنی انصراف دارد، لذا شامل فردی که به خاطر ضرورت اقدام به تکدی گری می‌کند نمی‌شود. (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص: ۱۲۰)

(۳)- سائل به کف فردی است که خودش بدون واسطه از دیگران درخواست می‌کند، به گونه‌ای که این نوع درخواست حرفه وی شده و چیزی را می‌گیرد، گرچه میزان آن اندک باشد، لذا شامل کسی که با واسطه اقدام به درخواست می‌کند و نیز کسی که گاهی به خاطر ضرورت اقدام به درخواست می‌کند، نمی‌شود. (تبریزی، بی تا، ص: ۴۸۰)

در تعریف یاد شده قیود «درخواست بدون واسطه» و «حرفه خویش قرار دادن درخواست بدون واسطه» در تحقق «سائل به کف» نقش دارند.

(۴) - هر کس که به طور مکرر از دیگران درخواست کند و اظهار نیاز به دیگران نماید و با دست خودش از دیگران چیزی را بگیرد و این کار را شغل خویش قرار داده باشد، یا به آن در بین مردم معروف شده باشد، سائل به کف خواهد بود. (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص: ۳۵۶)

در این تعریف علاوه بر قیود «درخواست بدون واسطه» و «حرفه خود قرار دادن این نوع درخواست» دو قید دیگر به صورت اختیاری در تحقق «سائل به کف» نقش دارند، که عبارتند از: «به طور مکرر از دیگران درخواست شود» و «در بین مردم به عنوان مزبور معروف و مشهور باش» در قید دوم تکرار نقش ندارد، همان طور که برای تحقق قید اول، معروف و مشهور بودن به عنوان مزبور مورد نیاز نیست.

(۵) - «سائلی است که در کوچه و بازار به گدایی می پردازد و تکدی را شغل و پیشه خود قرار داده است و از این راه امرار معاش می کند.» (خمینی، ۱۳۷۴ش، ج ۲، ص: ۴۴۳)

(۶) - سائل به کف عنوان کنایی است برای فردی که درب خانه ها و دنبال مردم می گردد، یا در راهها و بازارها از مردم درخواست می کند تا از آنها چینی کھی، همچون نان یا یک درهم بگیرد. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص: ۴۹۰)

۴.۲- سائل طفیلی

نسبت آن به طفیل از فرزندان عبدالله بن عطفان از اهالی کوفه است که داخل ولیمه عروسی می شده بی آنکه به آن دعوت شده باشد از همین رو به هرکس این کار را انجام می داده است طفیلی گفته می شود.

عرب به هر کسی که به غذایی وارد می شوند که به آن دعوت نشده بود وارث می گفتند و هرکس که به نوشیدنی وارد می شود که به آن دعوت نشده بود واغل می گفتند. طفیلی کسی است که که حاضر می شود در طعام و مهمانی دیگری بدون دعوت (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص: ۲۸۳)

برخی از فقهاء تصریح نموده اند که چنین فردی حکم سائل به کف را دارد، لذا شهادتش مورد پذیرش نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص: ۲۵۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص: ۱۹۹) برخلاف دیدگاه مزبور طفیلی حکم سائل به کف را ندارد، زیرا ممکن است فردی بدون دعوت صاحبخانه سر سفره وی حاضر شود، و صاحبخانه از حضور وی خوشحال شود و حتی به خاطر حضورش از وی سپاسگزاری کند.

۳- اقسام متکدی

- (۱)- فردی که تکدی گری را حرفه خود قرار می دهد.
- (۲)- متکدی که در منازل و در بازارها و دور مردم می چرخد و از مردم درخواست می کند و به اندازه اندکی که به وی می دهند راضی و قانع می شود.
- (۳)- متکدی که ضرورت در زندگی موجب آن می شود که به طور موقت به تکدی گری روی بیاورد. در این فرض چه بسا تأخیر در پرداخت حقوق ماهیانه که از شهر متکدی به دستش می رسد یا حادثه ای شکننده، که جز با تکدی گری ن می تواند از آن کمر راست کند، وی را به سوی تکدی گری سوق می دهد.
- (۴)- متکدی که با حفظ وقار و شرف و عزت نفس و بی آن که آبرویش برود با دیگران گفتگو می کند و از ایشان درخواست کمک و یاری می نماید.
- (۵)- متکدی که شخصاً از دیگران درخواست ن می کند، بلکه گروهی از مردم برای رساندن اموال به او، وی را یاری می کنند.
- (۶)- طفیلی که بدون دعوت، سر سفره غذای دیگران حاضر می شود. (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص: ۲۸۳)

۴- شرایط شاهد

با توجه به عدم پذیرش شهادت متکدی که در فقه و قانون مدنی به آن تصریح شده است، باید روشن شود که وی فاقد کدامیک از شرایط شاهد است و آیا واقعاً وی یکی از شرایط لازم شهادت را دارا نمی باشد، از این رو باید شرایط شاهد مورد اشاره و بررسی قرار گیرند، شاهد باید شرایطی به شکل زیر را دارا باشد:

- (۱)- بلوغ: با توجه به این شرط، گواهی کودکی که به سن بلوغ نرسیده است، پذیرفته نمی شود مگر گواهی پسر ده ساله، در مورد جرح و قتل که با شرایطی پذیرفته می شود.
- (۲)- عقل: لذا گواهی دیوانه پذیرفته نمی شود.
- (۳)- اسلام: لذا شهادت غیر مسلمان پذیرفته نمی شود.

(۴)-عدالت: شاهد باید عادل باشد ، کسی عادل است که امین بوده و عملاً به احکام دین خویش ملتزم و پای بند باشد.

(۵)-طهارت مولد: شاهد باید حلال زاده باشد ، لذا کسی که زنا زاده باشد اگرچه عادل باشد، شهادتش پذیرفته نمی شود.

(۶)- قدرت تحفظ داشتن : بر اساس این شرط، شاهد باید آنچه را که به آن شهادت می دهد در ذهن و حافظه اش باشد ، لذا شهادت فردی که غالباً دچار غلط و اشتباه می شود ، پذیرفته نمی شود، همچنین شهادت فرد غافل که بلاهت بر وی غلبه دارد ، پذیرفته نمی شود ، زیرا شهادت آن ها قابل اعتماد نیست.

(۷)- عدم دشمنی : تحقق این شرط تنها در فرضی ضروری است که شاهد بخواهد علیه فردی شهادت دهد، در این صورت اگر بین مشهود علیه و شاهد دشمنی وجود داشته باشد ، شهادت شاهد پذیرفته نمی شود، اما در فرض عادل بودن شاهد، شهادت او به نفع دشمن خویش پذیرفته می شود . (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص: ۱۴۲- ۱۵۰)

(۸)-انتفای ابوت : بر اساس این شرط، شهادت فرزند به زیان پدرش به قولی پذیرفته نمی شود.(خمینی امام، ۱۳۸۴ش، ج ۲، ص: ۸۵۳)

(۹)- شهادت شاهد موجب جلب منفعت یا دفع زیان خود نباشد:

از این شرط به عنوان « متهم نبودن شاهد » نیز تعبیر می شود ، که گذشته از اجماع ، نصوص مستفیضه ای از جمله چهار روایت صحیح بر آن دلالت دارند (نراقی ، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص: ۲۲۳)، از جمله آنها روایتی است که در آن از امام صادق (ع) درباره افرادی که شهادت ایشان رد می شود، پرسش شده است، حضرت در پاسخ آن فرموده اند: «الظنین و المتهم و الخصم » (صدوق قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص: ۴۰) در روایات مزبور منظور از متهم فردی است که عدالت وی ثابت نشده باشد و شهادت وی در معرض دروغ باشد . (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص: ۱۱۳) با توجه به قید «الظنین» در این روایات ، ظنین و متهم معانی متفاوتی دارند، زیرا منظور از «متهم» شخصی است که به وی فعل و کار بدی نسبت داده می شود، اما «ظنین» شخصی است که در حق وی گمان بد پیدا کنند، مانند خائن، فاسق ، هر چند که او را به آنچه درباره اش گمان نموده است، متهم نکند . (مدنی کاشانی ، ۱۴۱۰ق، ص: ۱۳۵) شرط «متهم نبودن شاهد» در دو قسمت جلب منفعت و دفع ضرر به صورت هایی، از جمله صور زیر قابل تصور می باشد:

الف- شهادت شاهد موجب جلب منفعت شاهد باشد:

برای این فرض می‌توان مثال‌هایی به صورت زیر ذکر نمود:

(۱)- شهادت شریک برای شریک خود در مورد آنچه که با وی شریک است.

(۲)- شهادت شریک در مورد این که شریکش سهم خویش را فروخته، زیرا شهادت مزبور مستلزم اثبات حق شفعه برای شاهد است. اما اگر شهادت مزبور موجب اثبات حق شفعه نباشد، شهادت شاهد پذیرفته می‌شود.

(۳)- شهادت دادن طلبکار به این که فردی که به وی بدهکار است و مفلس و محجور می‌باشد، دارای فلان مال می‌باشد.

(۴)- شهادت دادن وکیل برای موکل خود در باره مالی که وکالت آن را بر عهده دارد

(۵)- شهادت دادن ولی در باره مالی برای فردی که بر وی ولایت دارد.

(۶)- شهادت دادن وصی در مورد مالی که به خاطر وصیت بر آن تصرف دارد. (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص: ۱۴۲-۱۵۰)

(۷)- شهادت متکدی: برخی از فقهاء بر این باورند که شخص متکدی چون چشم به کمک مالی دیگران دارد، شاید شهادت وی به نفع مشهود له به خاطر دریافت مالی از وی باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص: ۱۹۹) چنان که خواهیم دید برداشت مزبور خالی از اشکال نیست.

ب- شهادت شاهد موجب دفع زیان وی باشد:

برای این فرض نیز می‌توان به نمونه‌های زیر اشاره نمود:

(۱)- بیع شهادت دهند به این که فلان شخص، زید را از روی خطا، نه از روی عمد، کشته است، آن گاه یکی از خویشان قاتل که دیه آن مقتول بر عهده اش است، به فسق و عدم عدالت آن بینه شهادت دهد. (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص: ۱۵۰)

(۲) - شاهد به خاطر عداوت و دشمنی دنیوی، علیه دیگری شهادت دهد. (خمینی امام، ۱۴۰۴ق، ص: ۲۲۸) گرچه شهادت مزبور موجب فسق شاهد نشود. (قطان حلی، ۱۴۲۴ق، ص: ۳۹۰)

(۳) - شهادت وکیل به جرح و فسق شهودی که علیه موکل وی شهادت داده اند. (فیض کاشانی، بی تا، ج ۳، ص: ۲۷۸)

برخی از فقها، «متکدی نبودن شاهد» را به عنوان یک شرط مستقل، ذکر نموده و آن را زیر مجموعه شرط «متهم نبودن» و «عادل بودن» قرار نداده اند. (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص: ۱۴۲-۱۵۰) در ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی تحت عنوان «ولگرد و متکدی نبودن» به صورت مستقل و در کنار شرطهایی، همچون «معروف نبودن به فساد اخلاق»، «نداشتن نفع شخصی در دعوا» و مانند آن ذکر شده است. برخی از فقهاء شرط متکدی نبودن شاهد را زیر مجموعه شرط «عدم خواری نفس» قرار داده اند. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص: ۵۱) کاربردهای متفاوت شرط «متکدی نبودن شاهد» نشانگر آن است که فقهایی که به ع دم پذیرش شهادت متکدی باور دارند، در علت عدم پذیرش شهادت متکدی اختلاف دارند، مثلاً برخی شهادت وی را به دلیل فقدان شرط «متهم نبودن» و برخی شهادت او را به دلیل «عادل نبودن» فعی پذیرند، برخی نیز از دلایل دیگری سخن گفته اند.

۴- حکم تکلیفی تکدی گری

با توجه به رابطه عدم پذیرش شهادت متکدی با شرط «عادل بودن شاهد» باید ثابت شود که تکدی گری حرام است، به همین سبب وی شرط عدالت را ندارد. برای روشن شدن چگونگی امر باید گفت که درباره حکم تکلیفی تکدی گری اقوال و فرض های زیر حایز اهمیت و توجه هستند:

الف- اگر همراه با دروغ و فریب نباشد، مکروه است، اما حرام نیست. (خمینی امام، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص: ۴۵) با این حال اگر مستلزم دروغ و تدلیس و فریب باشد حرام می باشد. (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص: ۲۸۶) نصوص و فتاوی فقهاء نشانگر آن هستند که تکدی گوی به خودی خود حرام نیست. (نجفی، ۱۳۹۶ق، ج ۴۱، ص: ۸۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۲، ص: ۱۳۰؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص: ۴۸۱) امام خمینی در پاسخ پرسشی درباره حکم تکدی گری فرموده اند: «اگر

همراه با دروغ و فریب نباشد حرام نیست اگر چه مکروه است. (خمینی امام، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص: ۴۵)

ب- در فرض عدم نیاز، حرام است و کسانی که به آن اقدام می کنند، باید توسط حاکمیت اسلامی تعزیر شوند. (حسینی تهرانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص: ۲۱۷)

ج- در فرض عدم نیاز و عدم اضطرار و حتی در فرض نیاز حرام است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص: ۴۹۱)

د- اگر تکدی گری موجب از بین رفتن آبروی فرد شود حرام است، زیرا حفظ آبرو همانند حفظ جان و مال واجب است. (نجفی، ۱۳۹۶ق، ج ۳۱، ص: ۳۷۴)

پاره‌ای از روایات درخواست از دیگران را به گونه شدید و سختگیرانه نکوهش نموده اند، از جمله: (۱)-عنبسه بن مصعب: «عن أبي عبد الله (ع) قال: من سأل الناس و عنده قوت ثلاثة أيام لقي الله يوم يلقاه و ليس على وجهه لحم» (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۹۳، ص: ۱۵۴). (۲)-عده الداعی «عن الصادق (ع) قال: من سأل من غیر فقر فکأنما يأکل الجمر» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص: ۴۳۷). (۳)-العباشی عن محمد بن الحلبي: «قال أبو عبد الله (ع): ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة و لا يزكهم و لهم عذاب أليم: الديوث من الرجل و الفاحش المتفحش، و الذي يسأل الناس و في يده ظهر غني» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص: ۴۳۸) این نوع روایات درخواست از دیگران را نکوهش نموده اند و به کسانی که از دیگران درخواست می کنند، وعده عذاب و کیفر الهی داده اند، بی تردید ظاهر این نوع روایات نشانگر حرام بودن تکدی گری می باشد. با این حال در فرض نیاز فرد به درخواست از دیگران، تکدی گری و درخ واست از دیگران مکروه می باشد؛ همچنین اگر تکدی گری مستلزم کارهای حرام می، همچون: دروغ، تدلیس و مانند آن باشد حرام است.

۵- آیا تکدی گری جرم است؟

بر اساس ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می شود.» از سویی در ماده ۷۱۲ قانون مجازات اسلامی آمده است: «هر کس تکدی یا کلاشی را پیشه خود قرار داده باشد و از این راه امرار معاش نماید یا ولگردی نماید به حبس از یک تا سه ماه محکوم خواهد شد و چنانچه با وجود توان مالی

مرتکب عمل فوق شود علاوه بر مجازات مذکور کلیه اموالی که از طریق تکدی و کلاشی بدست آورده است مصادره خواهد شد.» گذشته از مجازات زندان که ماده مزبور به آن اشاره دارد، یکی از مجازات های تکدی گری محرومیت از ادای شهادت در محضر حاکم شرع و محکمه قضاوت است؛ بدین معنا که عده ای ح ق ندارند در دعاوی قضایی به نفی یا اثبات چیزی شهادت بدهند و در صورت اقدام به چنین کاری، گواهی شان پذیرفته نمی شود، از سویی محرومیت از حق ادای شهادت، به عنوان یکی از مصادیق حقوق اجتماعی افراد مطرح است که در مواردی، شخص از این حق مسلم خود محروم می گردد، از جمله این افراد سائل به کف است. (دانش پژوه، ۱۳۷۸ش، ۹، ص: ۱۸۱-۲۱۴)

۶- حکم وضعی تکدی گری

صرف نظر از حکم تکلیفی تکدی گری ، که به آن اشاره رفت ، حکم وضعی آن ، یعنی ضمان مورد اشاره برخی از فقهاء قرار گرفته ، که تصریح نموده اند در صورتی که نیاز نداشته باشد تکدی گری حرام است و تصرف در این پول جایز نیست و سفر برای این کار سفر حرام محسوب می شود و باید وجوه حاصله رابه صاحبانش بدهد و اگر نشناسد به افراد نیازمند - بپردازد.(مکارم شیرازی ، www.noitsequ/evihcra/af/ten.tseuqmalis.spth :۲۵۴۸۳) آیت الله منتظری نیز در پاسخ پرسش «کسانی که استحقاق مالی ندارند، ولی از راه نشان دادن افراد وابسته به خود در گذرگاه ها وجوهی را کسب کنند، مالک می شوند یا ضامن هستند؟» گفته اند: «در فرض سؤال نشانندگان افراد در گذرگاهها مالک وجوه جمع آوری شده نمی شوند، و اگر افرادی که در گذرگاهها نشسته اند استحقاق داشته باشند، مالک وجوه می شوند. ولی اگر آنها هم استحقاق نداشته باشند، وجوه جمع آوری شده تابع قصد دهندگان است، پس اگر قصد آنان مقید به استحقاق باشد، مالک نمی شوند و اگر مقید به استحقاق آنه نیست، مالک می شوند.» (منتظری، ۱۳۷۵ش، ص: ۱۸۵) از جمله احکام وضعی شهادت متکدی ، عدم صحت و پذیرش شهادت وی در برخی شرایط و صحت و پذیرش شهادت وی در شرایطی دیگر است.

۷-شهادت متکدی

درباره پذیرش یا عدم پذیرش شهادت متکدی، فروض و دیدگاههای مختلفی متصور است، که می‌توان آن‌ها را در دو قسمت «پذیرش شهادت متکدی» و «عدم پذیرش شهادت متکدی» مورد اشاره و بررسی قرار داد:

۱.۷- عدم پذیرش عدم شهادت متکدی

مشهور فقهاء به عدم پذیرش شهادت سائل (متکدی) حکم نموده اند، از این بالاتر ادعا شده که در حکم مزبور اختلافی نیست و اجماعی است. (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۱، ص: ۱۲۰؛ گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص: ۱۷۳)، قانون مدنی نیز از همین دیدگاه پیروی کرده و شهادت متکدی را نپذیرفته است. برای این دیدگاه به دلایل چندی استناد شده است، مهم ترین آنها عبارتند از:

(۱)- آیه «لَا يَسْتَأْذِنُ الْإِنْسَانُ إِلَّا حَفَا» (البقره: ۲۷۳) برخی از مفسران با استناد به این آیه، تکدی گری را مکروه و چه بسا حرام دانسته اند. (طیب، ۱۳۷۸ش، ج ۱۲، ص: ۲۷۰) برداشت حکم یاد شده مبتنی بر آن است که جمله خبری مزبور معنای انشاء و نهی را برساند. گرچه از این آیه بر عدم پذیرش شهادت متکدی استناد نشده است، اما بر فرض که تکدی گری را حرام بدانیم، شرط «عدالت» شاهد با مشکل مواجه خواهد شد.

(۲)-روایت منقول از پیامبر (ص) که در آن فرموده اند: «شهادت سائل به کف پذیرفته نمی شود». امام باقر (ع) در تفسیر این سخن پیامبر (ص) فرموده اند: «زیرا به شهادت او اطمینان نداریم، چون اگر چیزی که به او داده شود، خشنود می شود و اگر چیزی به وی داده نشود، خشمگین می گردد»^{۱۵} (طوسی شیخ، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص: ۲۴۳). مشهور فقهاء با استناد به این روایت شهادت متکدی که تکدی گری را حرفه خود قرار داده است، نپذیرفته اند. (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۲، ص: ۱۲۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص: ۵۰۲) تبصره ۲ ماده ۱۳۱۳ ق.م نیز گفته است: شهادت متکدی زمانی که حرفه خود قرار داده باشد قبول نیست.

(۳)- عادل نبودن متکدی:

با توجه به نهی از تکدی گری این پیش فرض بوجود می آید که متکدی فعل حرام انجام میدهد از این رو عدالتش ساقط می گردد و به همین سبب شرط لازم شاهد را ندارد. دلیل مزبور در فرضی قابل استناد است که، ویژگی متکدی که در روایت به آن تصریح شده، یعنی «اگر چیزی که به او داده شود، خشنود می شود و اگر چیزی به وی داده نشود، خشمگین می گردد». را موجب سلب عدالت متکدی بدانیم. (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ص: ۳۷۱) اگر تکدی گری با تدلیس همراه باشد،

^{۱۵} - عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «رَدَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ شَهَادَةَ السَّائِلِ الَّذِي يَسْأَلُ فِي كَفِّهِ» قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا تَلْزَمُ عَلَى الشَّهَادَةِ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنْ أُعْطِيَ رَضِيَ، وَإِنْ مَنَعَ سَخِطَ».

تدلیس نیز موجب سلب عدالت خواهد بود . (گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص: ۱۷۹) لذا متکدی یکی از شروط ضروری پذیرش شهادت را نخواهد داشت ، همراه شدن تکدی گری با دروغ نیز موجب سلب عدالت می شود.

(۴) - متهم بودن متکدی:

چنان که گذشت ، با استفاده از روایاتی ، متکدی در معرض اتهام می باشد. (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص: ۲۲۳) از این رو شرط « انتفای تهمت » را دارا نمی باشد. با توجه به این دلیل ، شخص متکدی چون چشم به کمک مالی دیگران دارد، شاید شهادت متکدی به نفع مشهود له به خاطر آن باشد که از وی مالی دریافت کند . (شهید ثانی عاملی، ۱۴۱۳ق، ۱۴، ص: ۱۹۹) منظور از شرط « متهم نبودن شاهد » یا « انتفای تهمت » آن است که شهادت شاهد موجب جلب نفع وی یا دفع ضرر از او نباشد. اتهام در این نوع گرچه موجب سلب عدالت نمی شود ، با این حال به صورت مستقل می تواند یکی از شرایط ضروری شاهد باشد . ممکن است که منظور از « متهم بودن » آن باشد که درباره فردی احتمال داده شود یا گمان آن رود که وی کار زشتی ، همچون فسق، دروغ ، معصیت و مانند این ها انجام داده است، گرچه این نوع تهمت ، با عدالت منافات دارد ، اما در فرض عادل بودن شاهد، تهمت مزبور مشکلی برای پذیرش شهادت ایجاد نمی کند. (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص: ۲۸۰)

(۵) - تکدی گری موجب خواری نفس است:

تکدی گری موجب خواری نفس و از بین رفتن عزت نفس بوده و حرام می باشد ، لذا شهادت متکدی پذیرفته نمی شود ، چنان که محقق حلی گفته است: «شهادت سائل به کفّ پذیرفته نمی شود، زیرا موجب خواری نفس است، لذا از نیرنگ چنین فردی ایمنی نیست .» (آبی فاضل، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص: ۵۲۱ ، محقق حلی ، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص: ۲۸۷) دلیل مزبور نشانگر آن است که داشتن مروت و مردانگی از جمله شرایط پذیرش شهادت شاهد دانسته شده است . (اردبیلی مقدس، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص: ۴۰۲ ؛ عاملی ، ۱۴۱۹ق، ج ۸، ص: ۲۷۵) شرط بودن «مروءه» در شاهد مبتنی بر آن است که آن را شرط تحقق عدالت بدانیم ، چنان که برخی در تعریف عدالت گفته اند : « عدالت هیأت راسخه ای است که از ملازمت تقوا و مروت ایجاد می گردد.» (بیارجمندی، بی تا ، ج ۱: ۹۵) برخی از فقهاء نیز روایاتی همچون « لا دین لمن لا مروءه له، و لا مروءه لمن لا عقل له .» (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۹۳) و مانند آن را از دلائل احتمالی عدم

پذیرش شهادت متکدی دانسته اند. (نجفی، ۱۳۹۶ق، ج ۴۱، ص: ۳۲) حال آن که بسیاری از فقهاء برای تحقق عدالت، «مروءه» را شرط ندانسته اند، چنان که مغنیه در تعریف عدالت گفته است: «عادل کسی است که امین بوده و عملاً - نه در مقام نظر - به احکام دین خویش ملتزم و پای بند باشد.» (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص: ۱۴۵)

(۶) - احتمال دروغگویی متکدی در شهادت خویش

این دلیل را می توان از عبارت « فلا یؤمن فی خدعه فی شهادته .» که برخی از فقهاء به آن تصریح نموده اند. (حائری، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص: ۳۹۳) نتیجه گرفت، بر اساس این دلیل احتمال دارد که متکدی به خاطر نداشتن عزت نفس، به دروغ شهادت داده باشد، از این رو شهادت وی پذیرفته نمی شود.

(۷) - اجماع بر عدم پذیرش شهادت سائل به کف. (گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص ۱۷۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص: ۳۵)

(۸) - شهرت فتوایی بر عدم پذیرش شهادت متکدی: (نجفی، ۱۳۹۶ق، ج ۴۱، ص: ۳۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص: ۳۵)

۲.۷. پذیرش شهادت متکدی

شهادت متکدی صور مختلفی به شکل زیر دارد:

الف- در فرض اضطرار و ضرورت تکدی گری، شهادت متکدی پذیرفته می شود. (سبزواری، بی تا، ۲، ص: ۷۵۹)

ب- در فرضی که تکدی گری به صورت حرفه در نیامده باشد، شهادت وی پذیرفته می شود. (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص: ۱۲۲) چنان که گذشت، این فرض مورد پذیرش قانون مدنی قرار گرفته است.

ج- اگر تکدی گری همراه با حفظ کرامت و عزت نفس متکدی باشد، شهادت وی پذیرفته می شود. (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص: ۱۸۵)

د- در فرضی که تکدی گری همراه تدلیس و دروغ و دیگر کارهای حرام نباشد، شهادت متکدی پذیرفته می‌شود. اگر با تدلیس و دیگر کارهای حرام باشد، موجب فسق شاهد می‌شود و از هم‌پن روی شهادت وی پذیرفته نمی‌شود. (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص: ۲۸۶) این فرض بهترین است، زیرا شامل فرض های « همراه بودن تکدی گری با عزت نفس »، « تکدی گری در حال اضطرار » و « تکدی گری که به صورت حرفه فرد در نیامده باشد » و موارد دیگری می‌باشد و با دلایل چندی از جمله موارد زیر قابل اثبات است:

(۱)- عموم ادله شهادت: ادله شهادت، از جمله آیاتی، همچون: «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (البقره: ۲۸۲) و مانند آن عام هستند و شامل متکدی نیز می‌شوند.

(۲)- قاعده فقهی اضطرار: بر اساس این قاعده، که ادله ای همچون « فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ » (البقره: ۱۷۳) و ... آن را تأیید می‌کنند، بر فرض که تکدی گری حرام باشد، در موارد ضرورت تکدی گری جایز است، پس امکان شهادت وی وجود دارد. (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص: ۱۷۸) این دلیل تنها بر پذیرش شهادت متکدی در فرض اضطرار دلالت دارد، لذا برای اثبات پذیرش شهادت متکدی در فرض های دیگر به ادله دیگر، از جمله عمومات ادله شهادت و مانند آن باید رجوع نمود. مشهور فقهاء در فرض ضرورت تکدی گری، شهادت متکدی را پذیرفته اند. (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص: ۱۲۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص: ۱۹۹)

(۳)- چنان که گذشت و با بیان دیگری به تفصیل نیز خواهد آمد، برخی از ادله عدم پذیرش شهادت متکدی، همچون لزوم رعایت مروءت و جوانمردی و مانند آن خالی از اشکال نیستند و بر عدم پذیرش شهادت متکدی در فرض هایی که تکدی گوی مستلزم کار حرامی، همچون تدلیس، دروغ و مانند آن نفی باشد، دلالت ندارند.

(۴)- اصل صحت: بر اساس این دلایل بر فرض عدم پذیرش شهادت متکدی، که مشهور فقهاء به آن باور دارند، هر متکدی، سائل به کف نیست، لذا به صرف متکدی بودن شخصی، نفی توان به «سائل به کف بودن» وی حکم نمود و شهادت وی را نپذیرفت، زیرا در فرض شک در «سائل به کف بودن» با توجه به اصل صحت، به صحت کار وی حکم می‌کنیم. (نجفی، ۱۳۹۶ق، ج ۴۱، ص: ۸۲)

(۵)- حصول ضرر در فرض عدم پذیرش شهادت متکدی: در مواردی که متکدی تنها شاهد می‌باشد، عدم پذیرش شهادت وی ممکن است موجب زیان مشهود له باشد.

۳.۷. جمع بندی و نظر

با توجه به آنچه گذشت، مخالفان پذیرش شهادت متکدی بر موارد چندنی تکیه داشتند، که عبارتند از: «آیات»، «روایات دال بر عدم پذیرش شهادت متکدی»، «عادل نبودن متکدی»، «در مظان اتهام بودن متکدی»، «سبب خواری نفس بودن تکدی گری»، «احتمال دروغگویی متکدی در شهادت خویش»، «اجماع بر عدم پذیرش شهادت متکدی» و «شهرت فتوایی بر عدم پذیرش شهادت متکدی».

آیه «لَا يَسْتَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا» (البقره: ۲۷۳) گرچه کاربرد جمله خبری در مع نای انشایی و نهی در آن ممکن است، اما نهایت مذموم بودن درخواست از دیگران یا کراهت آن را در فرض اصرار و مداومت نتیجه می دهد، لذا بر عدم پذیرش شهادت متکدی دلالت ندارد. درباره روایاتی که برای عدم پذیرش شهادت متکدی مورد استناد قرار گرفته اند باید گفت که: (۱)- روایات مزبور از عدم پذیرش شهادت نوع خاصی از متکدیان، یعنی آنان که تکدی گری را شغل خویش قرار می دهند، سخن می گوید، لذا شهادت متکدی که به خاطر ضرورت گدایی می کند و دیگر متکدیان پذیرفته می شود. از سویی صرف درخواست از دیگران و تکدی گری دلیل آن نیست که «سؤال به کف» تحقق یافته است (۲)- روایات از یکی از مراتب اولیاء، یعنی غناء و بی نیازی از مردم و لزوم تکیه نمودن به خداوند سخن می گویند. (لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص: ۴۹۱) (۳)- روایات مزبور به فرض خاصی از تکدی گری، که در آن متکدی اقدام به تدلیس می کند و به دروغ خود را نیازمند می داند، سخن می گویند. درباره دلیل «عادل نبودن متکدی» باید گفت که صرف تکدی گری موجب فسق متکدی نمی شود و باید فرض را بر عدالت او بگیریم، زیرا با توجه به اصل صحت، مسلمان کارهایش را درست انجام می دهد (نجفی، ۱۳۹۶، ج ۴۱، ص: ۸۳) از سوی دیگر عادل نبودن متکدی مبتنی بر آن است که تکدی گری را حرام بدانیم، حال آن که تکدی گری به خودی خود حرام نیست، بلکه تنها در فرضی که همراه با تدلیس، دروغ و کارهای حرام دیگر باشد، عدالت متکدی از بین می رود. درباره دلیلی «متهم بودن متکدی» باید گفت که، گرچه درباره عدم پذیرش شهادت متهم ادعای اجماع شده است. (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص: ۲۷۸): (۱)- درباره ویژگی «متهم نبودن» ضابطه خاصی وجود ندارد، از همین رو مصادیق محدودی در فقه برای آن بیان شده است. (۲)- بر اساس تصریح فقهاء، همه جا «تهمت» موجب عدم پذیرش شهادت شاهد نیست، زیرا شهادت برخی از افراد متهم، مانند خویشان، دوستان و ... پذیرفته می شود، چنان که شهید اول گفته اند: «اجماعاً هر تهمتی موجب رد شهادت نیست». (شهید اول عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص: ۱۲۷) (۳)- در مواردی، همچون شریک، وصی و مانند آنها، تهمت

محقق نیست و تنها به خاطر نصوص خاصی که درباره آنها داریم، به عدم پذیرش شهادت آنها حکم شده است. (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص: ۲۷۹) (۴) - با توجه به آن که شهادت برخی از افراد تهمت پذیرفته می‌شود، اثبات آن که شهادت کدامیک از افراد متهم پذیرفته نمی‌شود، توسط عقل، نقل و اجماع امکان پذیر است. (اردبیلی مقدس، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص: ۳۸۸) (۵) - ممکن است که منظور از «متهم» فردی باشد که احتمال داده شود یا گمان آن رود که وی کار زشتی، همچون فسق، دروغ، معصیت و مانند اینها را انجام داده است، (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص: ۲۸۰) بدیهی است که با توجه به حکم تکلیفی که برای تکدی گری بیان شد، متهم به این معنی الزاماً بر متکدی صادق نیست.

درخصوص دلیل «خواری نفس» درباره عدم پذیرش شهادت متکدی، که به آن اشاره رفت باید گفت که منشأ این دلیل رابطه «مروت» با تحقق عدالت می‌باشد، زیرا برخی از فقهاء داشتن مروت را شرط تحقق عدالت دانسته و از همین رو در تعریف عدالت گفته اند: «عدالت عبارت از هیأت راسخه‌ای است که از ملازمت تقوا و مروت ایجاد می‌گردد.» (بیارجمندی، بی تا، ج ۱، ص: ۹۵) مروت با عبارات مختلفی تعریف شده است،

مثلاً: «صاحب مروت کسی است که نفس خویش را از آلودگی‌ها حفظ می‌کند و در پیش مردم آن را خوار نمی‌سازد. یا صاحب مروت کسی است که از آنچه که به خاطر آن مورد مسخره و خنده دیگران قرار می‌گیرد دوری می‌کند؛ یا کسی است که به شیوه افراد مشابه این مکان‌ها و زمان‌ها عمل می‌کند.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص: ۱۶۹) با توجه به تعریف مزبور شهادت کسانی که فاقد مروت هستند مردود دانسته شده است.

در نقد نقش «مروت» در تحقق عدالت باید گفت که به تصریح بسیاری از فقهای متأخر دلیلی بر اعتبار مروت در تحقق عدالت وجود ندارد. (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰، ص: ۱۶)

از همین رو انجام منافیات مروت، از جمله تکدی گری موجب سلب عدالت نمی‌شود مگر آن که ارتکاب منافای مروت موجب خواری نفس و از بین رفتن کرامت انسانی شود، در این صورت به دلیل خواری نفس و از بین رفتن کرامت انسانی موجب سلب عدالت می‌شود.

چنان که گذشت، دلیل «احتمال دروغ بودن شهادت متکدی» از سویی به دلیل «خواری نفس» بازگشت دارد، از سویی به دلیل اصل صحت، احتمال دروغ‌گویی متکدی نفی می‌شود و در فرض محرز و مشهور بودن عدالت وی پیش از تکدی گری، عدالت وی پس از تکدی گری استصحاب

می‌شود. در نقد دلیل «شهرت فتوائی بر رد شهادت متکدی» باید گفت شهرت فتوائی فاقد اعتبار است. (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق، ص: ۳۹؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۵ق، ص: ۳۳۳) از این رو بر رد شهادت متکدی دلالت ندارد. در نقد دلیل اجماع بر عدم پذیرش شهادت سائل به کف، (گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص: ۱۷۳)،

باید گفت که با توجه به روایات مورد اشاره، اجماع مدرکی بوده و از این رو معتبر نمی‌باشد. از مقایسه دلایل عدم پذیرش شهادت متکدی و دلایل پذیرش شهادت وی نتیجه گرفته می‌شود که عدم پذیرش شهادت متکدی به موارد خاصی محدود است، که عدالت متکدی سلب شود، مثل آن که تکدی گری وی همراه با دروغ و تدلیس و دیگر حرام‌ها باشد. دلیل «نفی اتهام» گرچه با عدالت قابل جمع می‌باشد، با این حال تکدی گری مصداق «اتهام» نیست.

۸- نتیجه گیری

۱- اختلاف در پذیرش و عدم پذیرش شهادت متکدی از عوامل چندی ناشی شده است، از جمله: (۱)- اختلاف در تفسیر «السائل الذی بکفه» که در برخی روایات به آن تصریح شده است، به گونه که برخی آن را به فردی که تکدی گری را حرفه خویش قرار داده تفسیر نموده اند و برخی آن را به متکدی که مستقیماً و بدون واسطه از دیگران درخواست کمک می‌کند، تفسیر کرده اند و برخی دیگر آن را به گونه‌های دیگری معنی نموده اند، بدیهی است که برداشت‌های مزبور، در مصادیق متکدیانی که شهادت ایشان مورد تأیید قرار می‌گیرد، تفاوت ایجاد می‌کند. (۲)- اختلاف در حرام بودن تکدی گری و عدم آن، بدیهی است که اگر حرام باشد، موجب فسق متکدی و سلب عدالت او و عدم پذیرش شهادتش می‌گردد. اما اگر تکدی گری حرام نباشد، مشکلی برای عدالت وی و پذیرش شهادتش ایجاد نمی‌شود، همین امر باعث شده که فقهاء و حقوقدانان، عدم تکدی گری را شرط مستقلاً در برابر عدالت بدانند. (۳)- فقدان ضابطه‌ای که بتوان با آن همه موارد متهم بودن که برای پذیرش شهادت مشکل ایجاد می‌کنند را در یک جا نمود. (۴)- گونه‌ها و اشکال و حالات مختلف تکدی گری، به گونه‌ای که برخی از آن‌ها مجاز هستند و برخی ممنوع می‌باشند.

۲- چنان که تکدی گری با کارهایی حرامی، همچون : دروغ ، تدلیس و... همراه باشد، بی تردید به دلیل تحقق فسق و سلب عدالت، شهادت متکدی پذیرفته نمی شود.

۳- ضامن بودن متکدی در فرضی که به تکدی گری نیاز ندارد، نشانگر آن است که از نگاه اسلام افراد باید با کار و کوشش و تلاش خود برای خود و دیگران مفید باشند.

۴- حقوق موضوعه ایران به تبعیت از فقه همه موارد تکدی گری را جرم ندانسته ، بلکه در موارد خاصی ، همچون «شغل قرار دادن تکدی گری» و.. آن را جرم دانسته است. در مواردی که تکدی گری از نگاه فقهی حرام است و از نگاه قانون جرم می باشد، متکدی ، گذشته از مجازات تعزیر ، که در فقه و قانون به آن تصریح شده است، از حقوق اجتماعی پذیرش شهادت نیز محروم می شود.

۵- بی تردید در مواردی که تکدی گری با کار حرامی ، همچون تدلیس ، دروغ و .. همراه نیست و نیز در مواردی که متکدی به خاطر ضرورت و اضطرار اقدام به تکدی گری می کند ، شهادتش پذیرفته می شود.

۶- در مواردی که متکدی تنها شاهد است، عدم پذیرش شهادت وی موجب زیان به مشهود له می باشد.

منابع

- قرآن کریم
- ابی فاضل، حسن بن ابی طالب ، (۱۴۱۷ق)، کشف الرموز فی مختصر النافع ، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم .
- ابن ادریس حلی ، محمد ، (۱۴۱۰ق) ، السرائر الحاوی ، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن منظور مصری ، محمد ، (۱۴۱۴ق) ، لسان العرب ، بیروت: دار صادر .
- اردبیلی ، احمد ، (۱۴۰۳ق) ، مجمع الفایده و البرهان ، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بحرانی ، یوسف (۱۴۰۵ق) ، الحقائق الناضرة ، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم .
- تبریزی ، جواد ، (بی تا) ، اسس القضاء و الشهادة ، قم: دفتر مؤلف .
- بیارجمندی خراسانی ، یوسف ، (بی تا) ، مدار العروة ، نجف اشرف: مطبعة النعمان .
- حائری حسینی ، سید کاظم ، (۱۴۱۵ق) ، القضاء فی الفقه الاسلامی ، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
- حائری حسینی ، سید علی ، (۱۴۰۹ق) ، الشرح الصغير فی شرح المختصر النافع ، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی.
- حر عاملی ، محمد بن حسن ، (۱۴۰۹ق) ، وسائل الشیعة ، قم: مؤسسه آل البيت (ع) .
- خفاجی ، احمد بن محمد ، (بی تا) ، شفاء الغلیل فی کلام العرب من الدخیل ، بیروت دار الکتب العلمیه .
- حسینی نهرانی ، محمد حسین ، (۱۴۱۸)، ولایت الفقیه فی حکومت الاسلام ، لبنان: دارالمحجة البيضاء .
- حمیری ، نشوان بن سعید ، (بی تا) ، شمس العلوم ، دمشق: دار الکتب العلمیه.

- خمینی امام، روح الله، (۱۴۰۴ق)، زبدة الاحکام، سازمان تبلیغات اسلامی.
- خمینی امام، روح الله، (۱۳۸۴ش)، تحریر الوسیلة، تهران: مؤسسه آثار امام خمینی .
- خمینی امام، روح الله، (۱۴۲۲ق)، استفتانات جدید، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خوانساری، سید احمد، (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، ابو القاسم، (۱۴۲۲ق) مبانی تکرمة المنهاج، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- خویی، ابو القاسم، (۱۴۱۸ق)، موسوعة الامام الخویی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- دانش پژوه وهاب، (۱۳۷۸ش)، «محرزیت از حقوق اجتماعی و حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، شماره ۹، صص ۱۸۱-۲۱۴.
- دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷ش)، فرهنگ دهخدا، تهران: انتشارات مؤسسه دهخدا.
- روحانی قهی، محمد صادق، (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق (ع)، قم: مدرسه الامام الصادق(ع).
- سبحانی، جعفر، (۱۴۱۸ق)، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الفراء، قم: مؤسسه امام صادق(ع) .
- سبزواری، عبد الاعلی، (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام، قم: مؤسسه المنار.
- سبزواری، محمد باقر، (بی تا)، کفایة الاحکام، اصفهان: انتشارات مهدوی.
- سیوری حلی، فاضل بن مقداد، (۱۴۰۴ق)، التنبیخ الرائع لمختصر الشرائع، قم: کتابروش آیة الله مرعشی .
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، تهذیب الاحکام، قم: دار الکتب الاسلامیة.
- شهید اول عاملی، محمد بن مکی، (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم .
- شهید ثانی، زین الدین محمد، (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- صدوق قهی، محمد بن علی، (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم .
- طیب، سید عبد الحسین، (۱۳۷۸ش)، اطیب البیان فی تفسیر القرآن، تهران: انتشارات اسلام .
- طباطبایی، سید علی، (۱۴۱۲ق)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابع لجماعة المدرسین .
- طباطبایی قهی، تقی، (۱۴۲۳ق)، الانوار البهیة فی القواعد الفقهیة، قم: انتشارات محلاتی .
- طباطبایی قهی، تقی، (۱۴۲۵ق)، هداية الاعلام الى مدارک شرايع الاسلام، قم: انتشارات محلاتی .
- عاملی، جواد، (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع) .
- فتح الله، احمد، (۱۴۱۵ق)، معجم الفاظ الفقه الجعفری، الدمام، بی جا: بی نا.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۰۹ق)، کتاب العین، قم: نشر هجرت.
- فیض کاشانی، محسن، (بی تا)، مفاتیح الشرائع، قم: کتابخانه آیة الله مرعشی .
- فیض کاشانی، محسن، (۱۴۰۶ق)، الوافی، ج ۵، اصفهان: کتابخانه امیر المؤمنین(ع).
- قطان حلی، شمس الدین محمد، (۱۴۲۴ق)، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم: مؤسسه امام صادق(ع) .
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، (۱۴۲۲ق)، انوار الفقاهة - کتاب الشهادات، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء .
- کاشف الغطاء، جعفر، (۱۴۲۲)، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، قم: بوستان کتاب.
- کاشف الغطاء، احمد بن علی، (۱۴۲۳ق)، سفینه النجاة و مشکاة الهدی، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- گلباگانی، محمدرضا، (۱۴۰۵ق)، کتاب الشهادات، قم: دارالقرآن الکریم .
- لنکرانی، محمد فاضل، (۱۳۲۰ق)، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، القضاء و الشهادات، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) .
- مجلسی، محمد باقر، (۱۴۱۰ق)، بحار الانوار، بیروت: مؤسسه الطبع و النشر .
- محقق حلی، جعفر بن حسن، (المختصر النافع) (۱۴۱۸ق)، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
- مدنی کاشانی، آقا رضا، (۱۴۱۰ق)، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مرادی، علی رضا، (۱۳۷۰ش)، «بررسی تکریدی در ایران»، مجله حکمت نامه مفاخر، ش ۱۱۰
- مرتضی زبیدی، محمد، (بی تا)، تاج العروس، بیروت: دار الفکر.
- ملوف، لویس، (۱۳۸۸ش)، المنجد، تهران: نشر اسلام.
- مکرم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۹ق) توضیح المسائل، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین (ع) .
- مکرم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷ق)، الفتاوی الجدیدة، قم: انتشارات مدرسه امام امیر المؤمنین(ع) .
- مکرم شیرازی، ناصر، www.notisueg/evihcra/af/ten.tseugmalsi.www/sptth، ۲۵۴۲، ۹۹/۱۱/۸ ساعت ۸
- مفنیة، محمد جواد (۱۴۲۱)، فقه الامام الصادق علیه السلام، قم: مؤسسه انصاریان .

- منتظری ، حسینعلی ، (۱۳۷۵ش) ، استفتائات مسائل ضمان، قم: دفتر آیت الله منتظری .
- نجفی ، محمد حسن(۱۳۹۶ق) ، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ، بیروت: دار احیاء التراث العربی .
- نراقی ، احمد ، (۱۴۱۵ق) ، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت (ع) .
- نراقی ، احمد، (۱۴۲۲ق) ، رسائل و مسائل نراقی، قم: کنگره نراقیین.



بررسی نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا در قبال مجازات اعدام

حسین جعفری

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی دکتری دانشگاه آزاد مشهد و مدرس دانشگاه
h.jafari0@yahoo.com

نفیسه حاتم پوری

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی دکتری دانشگاه آزاد مشهد و مدرس دانشگاه
n.hatam65@gmail.com



تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۴.۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹.۱۲.۲۵

چکیده

یکی از مجازات‌هایی که نام آن در قوانین کشور ایالات متحده آمریکا به چشم می‌خورد، مجازات اعدام است. در این مقاله با مطالعه‌ی توصیفی و تحلیلی به بررسی نظام حقوقی آمریکا در قبال کیفر اعدام پرداخته شده است. مطالعات و بررسی‌ها به طور کلی نشان می‌دهند که جرائم مستوجب اعدام در قوانین ایالتی، فدرال و ارتش مستقل می‌باشند و نیز این جرائم علاوه بر کثرت آن‌ها در قوانین، به سه دسته‌ی جرائم مرتبط با قتل، جرائم غیر مرتبط با قتل، معاونت، شرکت و مشورت در قتل؛ تقسیم می‌شوند.

بر طبق آمار اعدام در ایالات متحده آمریکا، به نظر می‌رسد که رویکرد قانون‌گذار در قبال مجازات اعدام با افزودن به موارد مستوجب اعدام، رو به افزایش است. اما تعداد حکم‌های اعدام از سال ۱۹۹۹ تا سال جاری (۲۰۱۸) به طور سالانه کاهش چشم‌گیری داشته است.

بنابراین ایالات متحده آمریکا به عنوان یک کشور توسعه یافته صنعتی همچنان به بقای این کیفر در سیستم قضائی خود تمرکز دارد، اما در اعمال و اجرای آن جنبه احتیاط را پیش گرفته است.

واژگان کلیدی: اعدام، آمریکا، ایالات، ارتش، فدرال، کیفر.

مقدمه

مجازات اعدام به دلیل سالب حیات بودن در همه ادوار تاریخ مورد بحث و مناقشه بوده و می‌باشد و جنبش‌های فراوانی را در جهت لغو، کاهش و افزایش به دنبال داشته است. آمریکا از جمله کشورهایی است که در سیر تاریخی خود بارها به اجرای منع اعدام بسیار نزدیک شده است، اما در آخرین قدم ناکام مانده است و همچنان به ابقاء این مجازات در سیستم قضائی خود تمرکز دارد.

در قوانین ایالات متحده آمریکا جرائم متعددی مشاهده می‌شود، مانند قتل عمد، خیانت به کشور، جاسوسی، تروریسم و ... که برای آن‌ها کیفر اعدام تعیین شده است. ضمن این که باید گفت آمریکا تنها کشور دموکرات صنعتی نیست که هم‌چنان مجازات اعدام را اجرا می‌کند (در ژاپن نیز اعدام اجرا می‌شود) و در عین حال بزرگ‌ترین کشوری نیست که از ابقای آن حمایت می‌کند (هند و چین هر دو حامی این مجازات هستند). لیکن نگارنده در این مقاله، در پی بررسی مجازات اعدام در کشور آمریکا به عنوان یک کشور توسعه یافته صنعتی با سیستم حقوقی پیچیده است که همچنان کیفر اعدام را در سیستم قضائی خود نگه داشته است. مسائلی مانند اینکه قانون‌گذار آمریکا برای چه جرائمی و در چه قوانینی و به چه علت مجازات اعدام را لحاظ کرده است و رویکرد این کشور نسبت به این مجازات چه می‌باشد؟ به همین جهت برای رسیدن به این حقایق باید به بررسی این مطالب می‌پردازیم:

اول: مجازات اعدام در این کشور در ادوار تاریخ به چه صورت بوده است؟

دوم: در چه شرایطی و برای چه جرائمی حکم اعدام وجود دارد؟

سوم: آیا در املاک مختلف، این جرائم و شرایط متفاوتند؟

چهارم: آیا علاوه بر قوانین ایالات، در قوانین دیگر نیز مجازات اعدام وجود دارد؟

پنجم: آمار محکومیت به اعدام و اجرای آن، در این کشور به چه صورت است؟

ششم: رویکرد قانون‌گذار و مجریان این کیفر، در قبال این مجازات به چه صورت است؟ آیا رو به افزایش است یا کاهش، و یا این که متغیر است؟

هفتم: به چه مبانی برای مجازات اعدام استناد می‌کنند؟ این سوالات در قالب مطالب زیر پاسخ داده می‌شوند لیکن قبل از پاسخ به سوالات مذکور به طور مختصر به بیان نظام حقوقی آمریکا می‌پردازیم:

۱- بیان مفهیم و اصطلاحات حقوقی

۱-۱- نظام حقوقی آمریکا

ایالات متحده آمریکا، از سال ۱۷۸۱ تا ۱۷۸۷ براساس نظام کنفدرال اداره می‌شدند. اما در کنفرانس فیلادلفیا در سال ۱۷۸۷ به دلیل ضعف این نظام شکل فدرال (دولت-کشور) برای اولین بار توسط آمریکاییان ایجاد شد. فدرال یک مفهوم سیاسی است جهت توصیف یک سیستم حکومتی که در آن گروهی از واحدها (ایالات، استان‌ها، کشورها و...) به یکدیگر متعهد شده‌اند و به نمایندگی از یک حکومت مرکزی وجود دارد. به عبارتی حق مالکیت بر طبق قانون اساسی کشورهایی که نظام فدرال دارند بین حکومت مرکزی و واحدهای سیاسی تشکیل دهنده آن تقسیم شده است.

قانون اساسی آمریکا از قدیمی‌ترین قانون‌های موجود در جهان است و در طول بیش از ۲۲۰ سال هنوز به قوت خود باقی است. (الکسی دوتوکویل، ۱۳۷۴، ص ۵۵) در حقیقت هیچ گاه قانون اساسی ایالات متحده تغییر نکرده و صرفاً اصلاحیه‌هایی به آن افزوده شده‌است. به همین جهت، قانون اساسی این کشور از ثبات و انسجام فراوانی برخوردار است و به عنوان یک میراث ملی در میان مردم آمریکا شناخته می‌شود. اصول این قانون از ۷ فصل تشکیل شده که هر یک از فصول چندین بخش را در بر می‌گیرد. براساس این قانون حکومت تابع و پیرو اراده‌ی عمومی بوده و مردم حق تصمیم‌گیری در تشکیلات حکومتی دارند. و در واقع حکومتی مردم سالار است. چراکه با وجود دولت فدرال قدرت در سطوح مختلف؛ محلی، منطقه‌ای و ملی تقسیم می‌گردد و قدرت دست یک نهاد نمی‌باشد.

همچنین بر طبق قانون اساسی ایالات متحده قوه قضائیه وظیفه‌ی حل و فصل دعاوی و رسیدگی به شکایات و تظلمات را دارد. (جعفری ندوشن، ۱۳۸۳: ۲۳۶-۲۳۷) بر طبق قانون اساسی سیستم قضائی جهت رسیدگی به اختلافات، به دو دسته ایالتی و فدرال تقسیم می‌شود:

۱-۲- دادگاه‌های ایالتی

در ایالات متحده آمریکا هریک از ایالات آزاد و مختار است که سیستم قضائی خود را تنظیم نماید. این دادگاه‌ها که حدود نود و پنج درصد کل دعاوی توسط آن‌ها رسیدگی می‌شود، به حقوق روزمره‌ی ایالات مانند قراردادهای، حقوق خانوادگی، مجازات‌های اقتصادی و ... رسیدگی نموده و صدور حکم می‌نمایند. (حمیدیان، ۱۳۸۹: ۱۱۱-۱۱۳) این دادگاه‌ها از صلاحیت نظارتی برخوردار بوده‌اند و می‌توانند از اجرای قوانین ایالتی و حتی مقررات دولت فدرال که مغایر با قانون اساسی باشد، جلوگیری نمایند. قضات این دادگاه‌ها اصولاً توسط مردم و در برخی از ایالات توسط فرمانداران برای مدت بین ۴ تا آخر عمر تعیین می‌شوند. (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵، ۲۲۵-۲۲۶)

۱-۳- دادگاه فدرال

نظام قضائی آمریکا جهت از بین بردن اختلافات ایالات و اختلافات ناشی از تفسیر قانون اساسی؛ دادگاه‌های فدرال تشکیل شده است که به سه دسته : دادگاه‌های ناحیه‌ای فدرال، دادگاه‌های استیناف فدرال و دیوان عالی کشور تقسیم می‌گردد. البته در متن قانون اساسی ایالات متحده، فقط نام دیوان عالی کشور ذکر شده و تشکیل دادگاه‌های ناحیه‌ای و استیناف با اجازه‌ی ضمنی قانون اساسی، بر عهده کنگره می‌باشد. (حمیدیان، ۱۳۸۹: ۱۱۲-۱۱۳؛ آندره تنگ، ۱۳۶۹: ۷۱)

۱-۳-۱- دادگاه ناحیه‌ای

پائین‌ترین درجه از مراتب دادگاه فدرال، دادگاه ناحیه‌ای است و هر ایالت حداقل دارای یک دادگاه ناحیه‌ای بوده و ممکن است براساس وسعت جمعیت و حجم دعاوی، تعداد این دادگاه‌ها بیشتر شود. (کارلتون کلایمرودی، ۱۳۵۶: ۲۲۱)

۱-۳-۲- دادگاه استیناف

آراء صادره از این دادگاه در اکثر موارد قطعی است اما اگر پرونده‌ای به نقض قانون اساسی فدرال مرتبط باشد؛ به دیوان عالی ارجاع می‌شود. (آندره تنگ، ۱۳۶۹: ۷۰) همچنین آراء صادره از دادگاه ناحیه‌ای در این دادگاه قابل رسیدگی است.

۱-۳-۳- دادگاه دیوان عالی

دیوان عالی، عالی‌ترین دادگاه در ایالت متحده آمریکا محسوب شده، که از اهمیت سیاسی و اجتماعی ویژه‌ای برخوردار است. یکی از مهم‌ترین وظایف رئیس‌جمهور، انتخاب قضات دیوان

می‌باشد که تعداد آن‌ها نه نفر است و پس از تأیید مجلس سنا به این سمت منصوب می‌شوند. (آندره تنک، ۱۳۶۹: ۶۹؛ حمیدیان، ۱۳۸۹: ۱۱۵-۱۱۶) اصولاً دیوان در مرحله‌ی پژوهشی دارای صلاحیت بوده و به آراء صادره از دادگاه ناحیه ای (مواردی که به تفسیر قانون اساسی مربوط است) و دادگاه استیناف منطقه‌ای رسیدگی می‌کند. (حمیدیان، ۱۳۸۹: ۱۱۶) البته طبق قانون اساسی رسیدگی بدوی در کلیه دعاوی مربوط به سفیران، کنسول‌ها و سایر مقامات بلندپایه و در مواردی که یک ایالت طرف دعوا است؛ بر عهده دیوان عالی است. بعد از بیان مختصر نظام حقوقی آمریکا به بررسی مجازات اعدام در آمریکا می‌پردازیم

۲- سیر تاریخی تحولات اعدام در ایالات متحده آمریکا

اعدام در آمریکا از زمان ورود مهاجران اروپایی امری ثابت بوده است. اولین مورد اجرای اعدام در مستعمره‌های جدید در سال ۱۶۰۸ رخ داد. کاپیتان جرج کندال از ویرجینیا به دلیل جاسوسی برای اسپانیا به اعدام محکوم شد. و اولین اعدام قانونی یک مجرم در سال ۱۶۲۲ برای دانیل فرانک از ویرجینیا اجرا شد که متهم به دزدی بود. معروف‌ترین اعدام‌ها در اوایل شکل‌گیری آمریکا، در سالم ۱۶ و ماساچوست، مربوط به محاکمه جادوگران بین سال‌های ۱۶۹۲ تا ۱۶۹۴ بود. در این رابطه ۲۰ نفر شامل ۱۴ زن به عنوان جادوگر یا دستیاران آن‌ها محاکمه شده و به دار آویخته شدند.

اولین اصلاحات اعدام بین سال‌های ۱۷۷۶ تا ۱۸۰۰ رخ داد. مثلاً توماس جفرسون و چهار نفر دیگر قانونی را با عنوان لایحه «تناسب جرم و مجازات» در پرونده‌های منجر به اعدام (۱۷۷۹) ارائه دادند که پیشنهاد می‌کرد حکم اعدام فقط برای خیانت و قتل صادر شود. اما پس از بحث‌های داغ در این رابطه، پارلمان تنها با یک اختلاف رای، این لایحه را رد کرد. یا پارلمان پنسیلوانیا در سال ۱۷۹۴ مجازات اعدام را برای تمامی جرائم بجز قتل ممنوع کرد. و اولین باری بود که اقدام به قتل (بر اساس جدی بودن قصد قبلی هنگام ارتکاب)، به درجات مختلف تقسیم می‌شد.

این رویه در ایالت‌های نیویورک، ویرجینیا، کنتاکی، ورمونت، ماساچوست و نیوهمپشایر ادامه پیدا کرد و تعداد جرائم منجر به اعدام را کاهش دادند. اما برخی ایالت‌ها در جهت مخالف حرکت می‌کردند. مثلاً، ایالت رودآیلند مجازات اعدام را برای تجاوز و آتش سوزی عمدی بازگرداند؛ یا در ایالات ماساچوست، نیوجرسی و کانکتیکات اعدام برای شش تا ده جرم از جمله همجنس‌گرایی، ایجاد نقص عضو، سرقت و جعل سند اجرا می‌شد. بسیاری از ایالت‌های جنوبی جرائم بیشتری به

ویژه برای بردگان را مشمول اعدام کردند . (kudluk, keristopher , 1549: 17) در سال ۱۸۴۶ میشیگان اولین ایالتی بود که اعدام بجز برای خیانت به ایالت را، کاملاً حذف کرد . و در سال ۱۸۵۲ رودآیلند به پیروی از یکتاپرستان، جامع‌گرایان و کویکرها اعدام را منع کرد. و در همان سال ماساچوست نیز اعدام را تنها به قتل درجه یک محدود کرد . همچنین ایالت مین با تصویب قانون مین در سال ۱۸۳۵ پیشگام اصلاحاتی شد. بر اساس قانون مین، تمام جنایت‌کارانی که به اعدام محکوم شده‌اند باید یک سال در زندان کارهای طاقت فرسا انجام دهند و تا یک سال بعد از صدور حکم نباید اعدام شوند . بر اساس قانون مین اعدام تنها با حکم فرماندار اجرا می‌شود اما هیچ فرمانداری طی ۲۷ سال حکم اعدام صادر نکرد. و در نهایت ایالت مین در سال ۱۸۸۷ بعد از یک اعدام سر هم بندی شده، این مجازات را لغو کرد و به تبع آن برخی ایالات مثل ایالت آیووا اعدام را به مدت ۶ سال منع کرد. و یا کانزاس نیز مشابه قانون مین را در سال ۱۸۷۲ تصویب کرد که عملاً مانند منع اعدام بود.

در سال ۱۸۹۷ کنگره آمریکا لایحه‌ای را تصویب کرد که طی آن تعداد جرائم فدرال منجر به اعدام کاهش داده شد و به این ترتیب اصلاحات در این سال نیز ادامه یافت . سپس در سال ۱۹۰۷ ایالت کانزاس تمام اعدام‌ها را منع کرد. و بین سال‌های ۱۹۱۱ و ۱۹۱۷ هشت ایالت دیگر نیز اعدام را منع کردند (مینسوتا، داکوتای شمالی، داکوتای جنوبی، اورگان، آریزونا، میسوری، تنسی و واشینگتن). در سایر ایالت‌ها نیز آرای مردم به منع اعدام بسیار نزدیک شده بود. لیکن این جنبش‌ها در جهت لغو اعدام، به طور کلی کند شد، به طوری که برخی ایالات مثل واشینگتن، آریزونا و اورگان در سال ۱۹۱۹ و ۱۹۲۰ دوباره مجازات اعدام را بازگرداندند . در طول دهه ۱۹۳۰ چون آمریکایی‌ها با بحران اقتصادی رو به رو بودند . بسیاری از جرم‌شناسان استدلال می‌کردند که اعدام یک اقدام اجتنابی ضروری است . و همین امر باعث شد که در این دوره نسبت به دهه‌های پیشین در تاریخ آمریکا بیشترین تعداد مجازات اعدام اجرا شود (۱۶۷۶ اعدام). در این دوره سازمان‌های منع اعدام در سراسر کشور توسعه یافتند اما تاثیر آن ها بسیار اندک بود . در واقع بین سال‌های ۱۹۱۷ و ۱۹۵۷ هیچ ایالتی اعدام را منع نکرد.

بحث درباره‌ی اعدام در بین سال‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۶ بیش از هر زمان دیگری در تاریخ آمریکا داغ شد. ناآرامی اجتماعی در این دهه‌ها موجب افزایش توجه مردم به مسئله اعدام شد . و در همین راستا دیوان عالی در سال ۱۹۶۳، اولین توجه خود به این سوال اساسی که آیا این مجازات مطابق قانون اساسی است را، با عدم قبول در پرونده رادولوف علیه ایالت آلاباما نشان داد . و در سال ۱۹۷۲ پس از یک دوره پنج ساله بدون اعدام، دادگاه عالی در پرونده فورمن از ایالت جیورجیا رای

داد که مجازات اعدام با منع مجازات‌های بی‌رحمانه و غیرمعمول در اصلحیه هشتم قانون اساسی مغایرت دارد. و به این ترتیب مجازات اعدام بیش از ۶۰۰ زندانی منتظر اعدام در ۳۲ ایالت به حبس ابد تبدیل شد. اما این تغییر موضع عمر کوتاهی داشت چراکه با تصویب قوانین اصلاح شده توسط ایالت‌ها برای تامین نظر دادگاه عالی، تعداد اعدام‌ها دوباره افزایش یافت و احساسات مردم کشور نیز دوباره به سمت مجازات برگشت پیدا کرده بود.

در واقع در دهه ۱۹۷۰ آمریکایی‌ها احساسات تنبیهی بیشتری از خود نشان دادند. چراکه اقتصاد در شرایط رکود قرار داشت، میزان جرم در کشور افزایش یافته بود و آشفتگی اجتماعی در اواخر دهه ۱۹۶۰ و اوایل دهه ۱۹۷۰ برای بسیاری از مردم نشان دهنده از بین رفتن کنترل بر جامعه بود. لذا پس از سال‌های پر رونق تفکر و اقدامات بازپروری، اندیشه تنبیهی شکل گرفته بود. و حمایت از اعدام پس از فروکش کردن تاریخی آن در سال ۱۹۶۶ با تنها ۴۲ درصد حمایت، دوباره افزایش یافت. تا اوایل ۱۹۷۵، سی ایالت دوباره قوانین اعدام را به تصویب رساندند و حدود ۲۰۰ زندانی اعدام شدند. همچنین در سال ۱۹۷۶ پس از آن که ۳۵ ایالت و حکومت فدرالی اعدام را احیا کردند، دادگاه عالی حکم داد که با توجه به مقررات تدوین شده ب رای کاهش تحمیل خودسرانه اعدام، این مجازات دیگر به عنوان مجازات بی‌رحمانه و غیرمعمول شناخته نمی‌شود. و به این ترتیب اعدام‌ها از سال ۱۹۷۷ دوباره شروع شد. طی دهه ۱۹۸۰ و اوایل ۱۹۹۰ حمایت از اعدام همچنان در حال افزایش بود. در اوایل دهه ۱۹۹۰ با پیدایش جنبش "سختگیری برای مجرمان"، بسیاری از ایالت‌ها مقررات اعدام را توسعه دادند تا جرائم و گروه‌های بیشتری از قربانیان را پوشش دهد. با گسترش اعدام در این دوره، روش‌های اعدام نیز تغییر کرد. تزریق سم در ۳۲ ایالت اجرا شده و نسبت به صندلی الکتریکی و اتاق گاز روشی انسانی‌تر و کم‌دردتر محسوب می‌شد.

اما بعد از بیش از یک دهه مجازات‌های سنگین‌تر برای مجرمان و افزایش حمایت عمومی از اعدام، چرخشی به سمت احساسات تنبیهی کمتر در سراسر کشور به وجود آمد. در تاریخ این کشور آمده است که در اواسط دهه ۱۹۹۰ میزان جرم کاهش یافت، اقتصاد به خوبی رشد کرده بود و حمایت از اعدام، هم در میان عموم مردم و هم میان مقامات دولتی، کاهش یافت، امری که پیش از این قابل تصور نبود. (Ibid, section 7: 140) اما تعداد اعدام‌ها در تمام دهه ۱۹۹۰ همچنان افزایش یافت؛ علت این امر به جهت تعداد زیاد زندانیانی بود که در طول دهه ۱۹۸۰ به اعدام محکوم شده بودند. نقطه عطف بحث اعدام در سطح ملی زمانی بود که رایان، فرماندار ایلینویز در ژانویه سال ۲۰۰۰ ضرب الاجلی برای اعدام صادر کرد. در نتیجه این اقدام ۱۳ زندانی، پس از

آن‌که دانشجویان کالج نورث وسترن شواهد جدیدی (DNA) مبنی بر بی گناهی آن‌ها به دست آوردند، از اعدام رهایی یافتند. بعد از حکم ایلینویز، برخی دیگر از ایالات مثل نبراسکا، مریلند، اورگان و نیوهمپشایر نیز تصمیم گرفتند سیستم های اعدام خود را مجدداً بررسی کنند. این احساسات در حال تغییر درباره اعدام بر اجرای آن نیز تأثیر گذاشت. در ژانویه ۲۰۰۲ نگرانی عمومی در مورد اجرای عادلانه اعدام منجر به تغییر نظر سریع دادگاه در پرونده اتکینز از ویرجینیا^{۱۷} شد، در این پرونده دادگاه شش به سه رای داد که اعدام زندانیان معلول ذهنی مغایر با قانون اساسی و بی رحمانه است و استانداردهای جاری در رابطه با شان انسانی را نقض می‌کند. (Ibid, Section 2: 23)

پس از آن دادگاه عالی در پرونده روپر از سیمونز^{۱۸} رای مهم دیگری صادر کرد که با تکیه بیشتر بر استانداردهای در حال تکامل، اعدام مجرمان نوجوان را ممنوع کرد. در نهایت اینکه چند عامل باعث شد حمایت عمومی از اعدام بین سال‌های ۱۹۹۴ تا کنون تغییرات چشم‌گیری داشته باشد.

اول: رکورد اعدام‌ها در سال ۱۹۹۹ مردم را وادار کرد تا با واقعیت این سیستم بیش از پیش مواجه شوند. دوم: این‌که مخالفت جدیدی از سوی پاپ و رهبران مذهبی و سیاسی در کشور به وجود آمد. و عامل سوم؛ کنفرانس‌های ملی و تبلیغات تمام صفحه در نیویورک تایمز، ضرب الاجل ملی را فرا می‌خواند. و عامل چهارم؛ ظهور آزمایش های DNA بود که ثابت کرد افراد بی گناهی در انتظار اعدام هستند و ممکن است اعدام شوند.

لیکن با افزایش نگرانی‌ها در مورد تروریسم، دامنه و کاربرد اعدام فدرال در سال‌های اخیر توسعه یافت. به طور کلی در این دوره دو رویکرد متضاد به وجود آمد. از یک سو، کاهش حمایت و افزایش مشکلات سیستم ایالتی اعدام وجود داشت. و از سوی دیگر سیستم فدرال هم زمان با افزایش نگرانی در مورد تروریسم از این مجازات حمایت می‌کند (Ibid, section7: 142).

این نگرانی موجب شد هم سیاستمداران و هم عموم مردم اعدام فدرالی را سلاحی ضروری برای مبارزه با تروریسم می‌دانستند. اینک بعد از بیان مختصر تاریخچه اعدام در آمریکا به بررسی جرائم موجب اعدام در این کشور می‌پردازیم.

۳. جرائم مستوجب اعدام در آمریکا

¹⁷ - Atkins v Virginia

¹⁸ - Simmons Roperv

جرائم مستوجب اعدام در ایالات متحده آمریکا به جهت تعدد ایالات و مستقل بودن آن ها، و قانون فدرال؛ متفاوت می باشد. ابتدا جرائم مستوجب اعدام در کشور ایالات متحده به طور کلی بررسی می شود و سپس جرائم مستوجب اعدام به تفکیک در ایالات بیان می شود:

۳-۱ جرائم مستوجب اعدام در کشور ایالات متحده آمریکا

به طور کلی بر اساس قوانین آمریکا جرائمی که حکم اعدام یا حبس ابد برای آن ها صادر می شوند به سه دسته تقسیم می گردند:

۳-۱-۱- جرائم مرتبط با قتل نفس

قسم اول از جرائمی که در ایالات متحده آمریکا مستوجب اعدام می گردد؛ جرائم مرتبط با قتل نفس است که عبارتند از: قتل در رابطه با قاچاق انسان؛ تخریب هواپیما، وسایل نقلیه موتوری یا سایر امکاناتی که منجر به مرگ می شود؛ قتلی که در ارتباط با مواد مخدر حین شلیک از خودرو در حال فرار رخ دهد؛ قتل در فرودگاهی که در اختیار سازمان هوایی بین المللی است؛ قتل یکی از اعضای خانواده درجه یک مأمور اجرای قانون به دلیل انتقام جویی؛ جرائم مربوط به حقوق شهروندی که منجر به مرگ شود؛ قتل یکی از اعضای کنگره، ی ک مقام اجرایی مهم یا قاضی دادگاه عالی؛ مرگ ناشی از جرائم مرتبط با حمل مواد منفجره، تخریب اموال عمومی یا تخریب اموال مربوط به تجارت خارجی یا بین ایالتی؛ قتلی که با استفاده از سلاح گرم حین ارتکاب جرائم خشونت بار یا جرائم قاچاق مواد مخدر اتفاق افتاده باشد؛ قتلی که در ساختمان دولت فدرال رخ داده باشد؛ قتل عام (کشتار عامدانه و سیستماتیک یک ملت یا قومیت)؛ قتل درجه اول (قتلی که عمدی و خودخواسته بوده یا با بی اعتنائی و بی احترامی شدید به جان انسان انجام شده باشد)؛ قتل قاضی فدرال یا مأمور اجرای قانون؛ قتل یک مقام خار جی؛ قتل یک زندانی فدرال؛ قتل یک تبعه آمریکایی در یک کشور خارجی؛ قتل توسط یک زندانی فدرال فراری که به حبس ابد محکوم شده است؛ قتل یک مأمور اجرای قانون ایالتی یا محلی یا فرد دیگری که به تحقیقات فدرال کمک می کند؛ قتل یک مأمور زندان ایالتی؛ قتل حین آدم ربایی؛ قتل حین گروگان گیری؛ قتل یک مقام دادگاه یا عضو هیات منصفه؛ قتل با هدف ممانعت از شهادت دادن توسط یک شاهد، (شاهد، قربانی یا مطلع) به دلیل انتقام جویی؛ ارسال مواد آسیب زا با هدف قتل یا منجر به مرگ؛ ترور یا آدم ربایی منجر به مرگ رئیس جمهور یا معاون رئیس جمهور؛ قتل در قبال دریافت پول؛ قتل مرتبط با جرائم اخاذی؛ تخریب عامدانه قطار که منجر به مرگ شود؛ قتل در رابطه با سرقت از

بانک یا آدم ربایی؛ قتل مربوط به سرقت خودرو؛ قتل مربوط به تجاوز یا آزار جنسی کودکان؛ قتل که حین جرائم علیه ناوگان دریایی رخ می‌دهد؛ قتل که حین جرائم مربوط به اسکله‌های نفتی رخ می‌دهد؛ قتل تروریستی یک تبعه آمریکا در یک کشور خارجی؛ قتل با استفاده از سلاح کشتار جمعی؛ قتل همراه با شکنجه؛ قتل در رابطه با مافیای قتل مربوط به مأمور اجرای قانونی فدرال، ایالتی یا محلی؛ مرگ ناشی از هواپیما ربایی این‌ها جرائمی بود که در جهت صدور حکم اعدام باید در کنارشان قتل نیز محقق شود. (Delfino and Mary, 2007: 2-4 ; Wikipedia.org, 10/8/2018) بر اساس قوانین فدرال هیأت منصفه‌ای متشکل از ۱۲ نفر، باید وجود حداقل یک عامل مشدد را به اتفاق آرا اثبات نماید، تا بتوان حکم اعدام را صادر کرد.

مگر آن‌که متهم از حق خود صرف نظر کند (Delfino and Mary, 2007: 10) به عبارت دیگر اعدام در جرائم مرتبط با قتل منوط به یکی از دو شرط است: وجود یکی از عوامل مشدد یا غلبه عوامل مخفف بر مشدد. (https://leg.colorado.gov, 2017: 14 & Delfino and Mary, 2007: p8) منظور از عوامل مشدد عواملی هستند که خطرناک و وحشیانه بودن جرم را افزایش داده و راه را برای صدور حکم اعدام هموار می‌کنند.

برخی از عوامل مشدد برای قتل عبارتند از: کشتن فرد حین ارتکاب جرمی دیگر؛ سابقه محکومیت یک جنایت خشونت بار با استفاده از سلاح گرم و ... و منظور از عوامل مخففه عواملی که موجب توجیه یا عفو جرم نمی‌شوند اما به جهت رعایت انصاف و تسهیل بر مجرم در نظر گرفته می‌شوند و می‌توانند موجب کاهش مجازات گردند، عواملی چون: قرار گرفتن تحت فشار؛ مشارکت اندک؛ وجود متهمانی که به همان اندازه مقصردند

اگر تصمیم قاضی یا هیأت منصفه براین باشد که عوامل مشدد بر عوامل مخففه غالب هستند، مرتکب جرم سنگین ممکن است اعدام یا حبس ابد بدون آزادی مشروط محکوم شود. در صورتی که هیأت منصفه پیشنهاد حکم حبس ابد بدهد، بنا بر اعلام دادگاه عالی آمریکا، قاضی محاکمه می‌تواند پیشنهاد هیأت منصفه را ملغی کرده و حکم اعدام صادر کند چرا که قاضی به عنوان سیزدهمین عضو هیأت منصفه مسئولیت یافتن شواهدی را بر عهده دارد که بتواند حکم اعدام را تأیید نماید.

۳-۱-۲- جرائم غیر مرتبط با قتل نفس

قسم دوم از جرائم مستوجب اعدام در کشور آمریکا جرائم غیرمرتبط با قتل نفس است عبارتند از: جاسوسی؛ خیانت به کشور (تلاش برای براندازی دولت)؛ قاچاق مواد مخدر در مقیاس گسترده (توزیع، فروش، تبادل یا پخش)؛ تلاش، اجازه دادن یا توصیه به قتل یک مأمور، عضو هیات منصفه یا شاهد در موارد مربوط به مافیای صرف نظر از اینکه قتل اتفاق افتاده باشد یا خیر؛ شهادت دروغ که منجر به مرگ شود (فقط در کالیفرنیا و آیداهو)؛ تجاوز مشدد ۴ (فقط در لوئیزیانا)؛ تجاوز جنسی ۵ (فقط در فلوریدا)؛ تجاوز زنجیره‌ای ۶ (فقط در مونتانا). البته از سال ۱۹۶۴ هیچ زندانی بخاطر این جرائم اعدام نشده است. (Ibid: 9)

۳-۱-۳- معاونت، شرکت، مشورت در قتل

قسم سوم از جرائمی که موجب اعدام می‌شود؛ مشارکت، معاونت و مشورت در قتل است.

با توجه به قوانین برخی از ایالات مانند کالیفرنیا (براساس بخش ۴-۱۹۰) در صورتی که هریک از جرائم ویژه را، شخصی (بجز قاتل واقعی) با هدف قتل به قاتل؛ کمک کند، مشورت یا فرمان دهد، یا معاونت و مشارکت نماید و یا او را تهییج و وسوسه نماید، محکوم به اعدام یا حبس ابد بدون آزادی مشروط می‌گردد. (law.justia.com,2015:section-190.4)

بعد از بیان اقسام جرائم مستوجب اعدام در آمریکا باید به این نکته توجه داشت: علی‌رغم آن‌که آیین نامه‌های ایالتی و فدرال شامل جرائم سنگین متعددی به غیر از قتل می‌باشند، لکن مجازات اعدام در آمریکا تقریباً منحصراً برای ارتکاب قتل صادر می‌شود. بررسی و تحقیقاتی که دادگاه عالی آمریکا در سال ۲۰۰۸ انجام داده است، مشخص می‌شود که فقط دو نفر در جرائمی غیر از قتل محکوم به اعدام شده‌اند، مؤید این مطلب است. (<https://death-penalty-offenses-other-murder>, 8/9/2018)

۳-۲- قوانین ایالتی در جرائم مستوجب اعدام

طبق گزارش مرکز اطلاعات اعدام در تاریخ ۲ فوریه ۲۰۱۸ برخی از ایالات (۳۱ ایالت) مانند؛ آلاباما، آریزونا، آرکانزاس، کالیفرنیا، کلرادو و ... مجازات اعدام را اجرا می‌کنند. همچنین در این گزارش از دولت و ارتش آمریکا نیز به عنوان اجرا کنندگان اعدام، نام برده است.

در ادامه این گزارش نام ۱۹ ایالت ذکر شده که مجازات اعدام را لغو کرده‌اند:

آلاسکا، کانکتیکوت (۲۰۱۲ لغو کرده)، دلاور، هاوایی، ایلینویز (۲۰۱۱ لغو کرده)، آیووا، مین، مریلند (۲۰۱۳ لغو کرده) ، ماساچوست، میشیگان، مینسوتا، نیوجرسی (۲۰۰۷ لغو کرده) ، نیومکزیکو (۲۰۰۹ لغو کرده است)، نیویورک (۲۰۰۷ لغو کرده)، داکوتای شمالی، رودآیلند، ورمونت، ویرجینیای غربی، ویسکانسین و منطقه کلمبیا. (<https://deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet,2/21018>) اینک به بیان قوانین ایالاتی که حکم اعدام در آنها وجود دارد، می‌پردازیم.

البته همان‌طور که بیان شد جرائم مستوجب اعدام در آمریکا گاهی مرتبط با قتل است و گاهی غیر مرتبط، لذا باهمان تفکیک اشاره می‌شود.

۳-۲-۱- قوانین ایالت‌ها در صدور حکم اعدام برای جرائم مرتبط با قتل

ایالاتی که در قوانین خود مجازات اعدام را دارند ۳۱ ایالت می‌باشد و همان‌طور که بیان گردید در جرائم مرتبط با قتل باید همراه با حداقل یک عامل مشدد باشد، برخی از این عوامل در ایالات مشابه و مشنوک، و برخی متفاوت هستند. در این پژوهش به جهت دوری از اطاله کلام به بیان نام برخی از این ایالات و تعداد عوامل مشدد در آن ها می‌پردازیم. تگزاس - قتل، در صورتی که با یکی از ۱۷ عامل مشدد همراه باشد، عواملی مانند: قتل مأمور شهربانی یا آتش نشانی که در حال انجام وظایف رسمی و قانونی خود می‌باشد و... (statelaws.findlaw.com) کالیفرنیا - قتل، با یکی از ۲۲ عامل مشدد عواملی چون: واژگون کردن قطار به طوری که منجر به مرگ شود و ... (law.justia.com/codes/California, 2015:section-190.2)

آلاباما - قتل عمد، با یکی از ۱۹ عامل مشدد عواملی چون: قتل در قبال دریافت پول یا ملاحظات با ارزش دیگر یا در پی امضای یک قرارداد و... (2018: deathpenaltyinfo.org/aggravating-factors-capital-punishment-state)

آرکانزاس - قتل درجه اول در صورت یافتن حداقل یکی از ۱۰ عامل مشدد، عواملی چون: سرقت، آدم‌ربایی و... کلرادو - قتل با یکی از ۱۷ عامل مشدد، عواملی مانند: متهم عمداً شخصی را که ربوده و به گروگان گرفته به قتل برساند. فلوریدا - قتل با ۱۶ عامل مشدد، عواملی مانند: متهم قبلاً مرتکب قتل یا جرم دیگری شده و محکوم به حبس ابد می‌باشد. می‌سی‌سی‌پی - قتل با وجود یکی از ۸ عامل مشدد مانند: قتل با انفجار بمب. میسوری - قتل با یکی از ۱۷ عامل مشدد

عواملی چون، قتل در اثر ربودن هواپیما، قطار، کشتی و هر وسیله نقلیه. مونتانا - قتل با یکی از ۹ عامل مشدد، مانند، آدم ربایی، قتل جنایی، رابطه جنسی مشدد بدون رضایت فرد.

اوهایو - قتل با حداقل یکی از ۱۰ عامل مشدد مثل، قتل به منظور جلوگیری از محاکمه یا مجازات جرم دیگری که شخص مرتکب شده است

۳-۲-۲- قوانین ایالت‌ها در صدور حکم اعدام برای جرائم غیرمرتبط با قتل

مجازات اعدام در قوانین ایالتی در جرائم غیر مرتبط با قتل نیز پیش بینی شده است، لکن هیچ فردی برای جرائم زیر محکوم به اعدام نشده است. جرائمی چون: خیانت به کشور (آرکانزاس، کالیفرنیا، کلرادو، جورجیا، ایلینویز، لوئیزیانا، می سی سی پی، میسوری، واشنگتن)؛ آدم ربایی مشدد (کلرادو، آیداهو، ایلینویز، میسوری، مونتانا)؛ قاچاق مواد مخدر (فلوریدا، میسوری)؛ هواپیماربایی (جورجیا، میسوری)؛ بمب گذاری نزدیک ترمینال اتوبوس (میسوری)؛ جاسوسی (نیومکزیکو)؛ حمله مشدد توسط زندانیان، تبهکاران سابقه دار، یا قاتلان (مونتانا)؛ تجاوز مشدد (لوئیزیانا)؛ تجاوز جنسی (فلوریدا)؛ تجاوز زنجیره‌ای (مونتانا)؛ تجاوز به کودک زیر ۱۴ سال برای بار دوم، تجاوز اول می تواند قبل از تاریخ تصویب این قانون یعنی ۲۰۰۷ رخ داده باشد (تگزاس - اوکلاهاما)؛ افرادی که جرائم جنسی با کودکان زیر ۱۱ سال را تکرار کنند. (کارولینای جنوبی)؛ مقاربت جنسی با دختر زیر ۱۰ سال با اعمال زور (جورجیا)؛ برقراری رابطه جنسی بدون رضایت قربانی برای بار دوم به گونه ای که با آسیب جسمی جدی همراه باشد. (مونتانا) (<https://death-penalty-offenses-other-murder>, 8/9/2018; deathpenaltyinfo.org/aggravating-factors-capital-punishment-state)

۳-۳- قوانین اعدام فدرال

براساس قوانین فدرال پرونده‌های اعدام فدرال، مشمول این قانون می‌شوند. پرونده‌هایی که مربوط به خیانت به کشور، جاسوسی، قتل نفس، اعدام، تشویق و مامورکردن دیگری برای قتل یک افسر، قاضی یا شاهد در جرائم مستمر (صرف نظر از این که قتل در واقعیت انجام شده باشد یا خیر) و برخی جرائم مربوط به مواد مخدر مشمول اعدام می‌شوند. در این پرونده‌ها دادستان کل آمریکا تصمیم می‌گیرد که آیا درخواست حکم اعدام بدهد یا خیر. در قوانین فدرال فقط زنان باردار، معلولان ذهنی یا افراد ناقص العقل که درکی از اعدام و علت آن ندارد، افراد کمتر از ۱۸ سال و نیز برخی بومی‌های آمریکا مشمول قانون اعدام فدرال نمی‌شوند اما در سایر موارد هیچ محدودیتی در جرائم سنگین وجود ندارد. (Bohm_ , 2007 :115-120 ; <https://death-penalty-offenses-other-murder>)

offenses-other-murder) در پرونده های فدرال پس از آن که دادستان دادخواست مبنی بر صدور حکم اعدام را تنظیم کرد، نوبت به مرحله اثبات جرم و سپس صدور حکم می رسد و برای آن لازم است که دادستان حداقل یکی از عوامل مشدد را اثبات کند و این عوامل باید بر عوامل مخففه غلبه کند تا بتوان حکم اعدام صادر کرد. (Ibid)

۳-۴- قوانین اعدام در ارتش

اطلاعات درخصوص اعدام در ارتش بسیار اندک است. همین اطلاعات کم نشان می دهد که ارتش در طول تاریخ بیشتر برای جرائمی که در طول جنگ رخ داده حکم اعدام صادر کرده است. جرائم مستوجب اعدام در ارتش به سه گروه کلی تقسیم می شوند: اول) جرائمی که در هر زمان احتمال ارتکاب آنها وجود دارد: سرپیچی از فرمان و خیانت در حفظ اسرار نظامی، سوء رفتار در مقابل دشمن، وادار کردن زیردست به تسلیم، اعمال زور به یک نگهبان، کمک به دشمن، جاسوسی، به مخاطره انداختن یک کشتی، قتل از پیش طراحی شده، قتل تبهکارانه، تجاوز (https://Capital_punishment_by_the_United_States_military.html)

دوم) جرائمی که در طول جنگ اتفاق می افتد که عبارتند از: ترک خدمت، حمله کردن یا سرپیچی عامدانه از افسر مافوق، استفاده نامناسب از اسم رمز، جاسوسی، سوء رفتار نگهبان کشیک (Bohm, 2007:130)

سومین) جرائمی که موجب نقض اساسی قوانین جنگ می باشند. قوانین جنگ مورد نظر در این بند به "کنوانسیون ژنو در رابطه با برخورد با اسرای جنگی" اشاره دارد. این جرائم طبق قانون جنگ عبارتند از: (Ibid:131-132)

قتل عمد، شکنجه، یا رفتار غیرانسانی از جمله انجام آزمایش های بیولوژیکی - آزار شدید یا آسیب جدی عمدی به جسم یا سلامتی فرد - تبعید یا انتقال غیرقانونی یا حبس غیرقانونی یک فرد تحت حفاظت - وادار کردن یک فرد تحت حفاظت برای خدمت در نیروی دشمن - سلب عامدانه حقوق یک فرد تحت حفاظت درخصوص محاکمه عادلانه و معمول طبق آنچه که در این کنوانسیون شرح داده شده است. گرو گرفتن، تخریب شدید و تملک اموال که از نظر ارتش لزومی نداشته و به صورت غیرقانونی و از روی شرارت انجام شده باشد.

همچنین لازم است گفته شود که روند اعدام نظامی شباهت های زیادی با برخی برنامه های تصویب شده توسط دادگاه عالی دارد. مهم ترین آنها این است که اعضای دادگاه نظامی (همتای

نظامی برای هیات منصفه دادگاه غیرنظامی (باید قبل از صدور حکم اعدام به اتفاق آراء حداقل یکی از عوامل مشدد که در قانون نام برده شده را بیابند . تا اینجا به چند مساله که در مقدمه بدان وعده داده بودیم، یعنی پیشینه اعدام در آمریکا، شرایط و جرائم مستوج ب اعدام در قوانین ایالتی، فدرال و ارتش پرداخته شد. اینک به بیان آمار اعدام در این کشور می‌پردازیم.

۴- آمار اعدام در ایالات متحده آمریکا

۴-۱- اعدام‌های انجام شده

گفته شده از سال ۱۹۷۶ یعنی اولین روزهای استعمار تاکنون، در مجموع ۱۴۶۸ اعدام در آمریکا و حوزه‌های تحت حکومت آن ثبت شده است .

(1 : <https://deathpenaltyinfo.org/documentsFactSheet,2/21018>) قطعاً این تعداد بسیار کم است؛ زیرا بسیاری از آمارهای کشوری مفقود شده و بسیاری نیز رسماً تایید نشده‌اند. ارزیابی دقیق تعداد اعدام‌های بدون محاکمه، نیز مشکل است. طی دو قرن حضور و فعالیت دادگاه‌های فدرال، تخمین زده می‌شود که ۳۵۰ اعدام فدرال انجام شده است. (kudluk, keristopher, p23) مرکز اطلاعات اعدام برای مشخص کردن تعداد اعدام های انجام گرفته این آمار را بر اساس ایالت و منطقه بیان نموده است.

۴-۱-۱- تعداد اعدام‌های انجام شده بر اساس ایالت از سال ۱۹۷۶

(<https://deathpenaltyinfo.org/documentsFactSheet,2/21018> : 3)

ایالت	مجموع اعدام‌ها	ایالت	مجموع اعدام‌ها
تگزاس	۵۴۸	ایلینویز	۱۲
ویرجینیا	۱۱۳	نوادا	۱۲
اوکلاهاما	۱۱۲	یوتا	۷
فلوریدا	۹۵	تنسی	۶
میسوری	۸۸	مریلند	۵
جیورجیا	۷۰	واشنگتن	۵
آلاباما	۶۱	نبراسکا	۳
اوهاو	۵۵	پنسیلوانیا	۳
کارولینای شمالی	۴۳	کنتاکی	۳
کارولینای جنوبی	۴۳	مونتانا	۳
آریزونا	۳۷	دولت	۳
آرکانزاس	۳۱	ایداهو	۳
لوئیزیانا	۲۸	داکوتای جنوبی	۳

۲	اوریگان	۲۱	می سی سی پی
۱	نیومکزیکو	۲۰	ایندیانا
۱	کلرادو	۱۶	دلاور
۱	ویومینگ	۱۳	کالیفرنیا
۱	کانکتیکت		

همچنین مرکز اطلاعات اعدام تعداد اعدام‌ها بر اساس منطقه را نیز چنین بیان نموده است: جنوب: ۱۱۹۸ نفر؛ مرکز غرب: ۱۸۱ نفر؛ غرب: ۸۵ نفر؛ شمال شرقی: ۴ نفر

۴-۱-۲- آمار اعدام فدرال

از زمان تصویب قانون اعدام فدرال در سال ۱۹۸۸، محکومین به اعدام ۷۶ نفر می‌باشد. از این میان ۱۱ نفر تبرئه و ۳ نفر اعدام شدند. ۶۲ نفر دیگر نیز در انتظار اعدام هستند. همه‌ی لیست زندانیان محکوم به اعدام، مرتکب قتل نفس شده اند که برخی از آن‌ها مربوط به مواد مخدر است اما هیچ‌کدام مرتکب جاسوسی یا خیانت به کشور نشده است. (Overview of Capital Punishment Under State and Federal Law, 2017:13)

۴-۲- زندانیان محکوم به اعدام در لیست انتظار

تعدادی از زندانیان از محکومین به اعدام ایالتی و فدرال در لیست انتظار قرار دارند. اما انتظار آن‌ها به این جهت است که محکومیت یا اعدام آن‌ها توسط دادگاه لغو شده اما این لغو هنوز قطعی نیست، یا افرادی که بعد از لغو حکم اولیه، منتظر صدور حکم مجدد هستند. و برخی نیز به حکم هیأت متصفه محکوم به اعدام شده اند، اما دادگاه هنوز رسماً حکم را صادر نکرده است. (<https://deathpenaltyinfo.org/federal-death-row-prisoners,2018>) و باید توجه داشت که در صورت جمع کردن تعداد زندانیان در انتظار اعدام بر اساس ایالت، عددی بالاتر از مجموع آن‌ها به دست می‌آید زیرا برخی از متهمان در بیش از یک ایالت به اعدام محکوم شده اند. (deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf,2018) تاکنون به بررسی جرائم موجب اعدام و آمار صدور و اجرای حکم آن در کشور مذکور پرداختیم اینک به بررسی رویکرد قانون - گذار آمریکا در قبال مجازات اعدام می‌پردازیم.

۵- رویکرد آمریکا در قبال مجازات اعدام

با توجه به مطالبی که گذشت مشخص می‌شود که رویکرد قانون‌گذار آمریکا چه در ایالات و چه فدرال و ارتش رو به کاهش نیست و مصادیق، متعدد و کثیر (با شرایط خاص) هستند. و علاوه بر

جرائم قبلی، در سال های اخیر مواردی چون مواد مخدر و تروریسم نیز به این جرائم اضافه گردیده است. (liptak,2015,29 june Adam) مهم ترین دلیلی که برای ابقا و یا حذف اعدام در آمریکا از آن یاد می شود و به آن استناد می کنند؛ افکار عمومی است. تا آنجا که آنانی که مخالفین اعدام نیز با دلیل افکار عمومی خود را معذور می شمارند و مجبور به اجرای آن می شوند. (schabas wiliam,2004: 309) از این دلیل به عنوان تفاوت ساختاری میان آمریکا و سایر کشورهای اروپائی، نیز یاد می شود. وضعیت افکار عمومی در ایالات متحده آمریکا علی رغم فشارهای بین المللی در جهت لغو اعدام، در جهت ابقاء آن کمک می کند. بررسی های مؤسسه گالوپ نشان می دهد که افکار عمومی و حمایت آن ها از اعدام در میان مردم آمریکا در سطوح بالایی قرار دارد. اکثریت آمریکایی ها از اعدام برای مرتکبین قتل حمایت می کنند. بر اساس گزارش این مؤسسه، ۶۴ درصد مردم آمریکا در سال ۲۰۱۰ از اعدام چنین مجرمینی حمایت می کنند در حالی که تنها ۲۹ درصد مردم مخالف اعدام می باشند. (دادگران، ۱۳۸۲: ۶۹-۷۰)

همچنین آمارها نشان می دهد که اکثریت قابل توجهی از آمریکایی ها بر این باورند که مجازات ها خیلی ملایم هستند. درصد پاسخ دهندگانی که از این دیدگاه حمایت می کنند، در بین سال های ۱۹۷۱ و ۱۹۹۸ از ۷۰ درصد کمتر نشده و از ۸۵ درصد فراتر نرفته است. (جان پرت، ۱۳۹۲: ۵۶) دلیل این امر بر طبق آمارها و پژوهش های انجام شده در این کشور آن است که بیش از نیمی از مردم، تصور می کنند نرخ جرائم نسبت به سال قبل افزایش یافته و همیشه اوضاع بدتر از سال گذشته است و لذا خواستار مجازات شدید هستند. و این در حالی است که بر طبق آمار نرخ جرائم در طول سال های گذشته کاهش چشم گیری داشته است. (دادگران، ۱۳۸۲: ۶۹-۷۰)

البته در پاسخ به این سوال که برای مرتکبین قتل، کدام یک از این کیفرها را ترجیح می دهید: اعدام یا حبس ابد بدون امکان آزادی مشروط؟ میزان اعدام گرایی کاهش چشمگیری را تجربه کرده است. به این نحو که در سال ۲۰۱۰ تنها ۴۹ درصد مردم آمریکا اعدام و ۴۶ درصد نیز حبس ابد را برگزیده اند. در حالی که در سال ۲۰۰۱ میلادی ۵۴ درصد از اعدام و ۴۲ درصد از حبس ابد حمایت نموده اند. (مرادی و فیروز محمودی جانکی، ۱۳۹۱: ۸) لکن طبق آمار با وجود رویکرد افزایشی قانون گذار، تعداد محکومین به اعدام از ۱۹۹۹ به طور سالانه کاهش چشمگیری داشته

است؛ (3): deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf, 2018

سال	۱۹۹۸	۱۹۹۹	۲۰۰۰	۲۰۰۱	۲۰۰۲	۲۰۰۳	۲۰۰۴	۲۰۰۵	۲۰۰۶	۲۰۰۷	۲۰۰۸
حکم	۲۹۶	۲۷۹	۲۲۳	۱۵۳	۱۶۶	۱۵۱	۱۳۸	۱۴۰	۱۲۳	۱۲۶	۱۲۰
سال	۲۰۰۹	۲۰۱۰	۲۰۱۱	۲۰۱۲	۲۰۱۳	۲۰۱۴	۲۰۱۵	۲۰۱۶	۲۰۱۷		
حکم	۱۱۸	۱۱۴	۸۵	۸۲	۸۳	۷۳	۴۹	۳۱	۳۹		

و همچنین بر طبق لیست مجرمان اعدام شده در سال های اخیر می توان گفت که گرچه در ایالات متحده اجرای اعدام دارای نوسان است، اما در مقایسه کلی با سال ۱۹۹۹ به بعد اجرای آن رو به کاهش می باشد. (https://en.wikipedia.org/wiki/list_of_offenders_executed_in_the_united_states, 2017:2).

تعداد اعدام ها	
۲۰۱۸	۱۱
۲۰۱۷	۲۳
۲۰۱۶	۲۰
مجموع	۵۴

بعد از طرح مطالب مذکور ذکر یک نکته خالی از لطف نیست و آن این که متأسفانه در کشور آمریکا، در صدور حکم اعدام تبعیض نژادی به وضوح دیده می شود. برخی از پژوهش ها و آمار موید این سخن می باشند: در لوئیزیانا احتمال صدور حکم اعدام برای افرادی که قربانیان آن ها سفیدپوست بوده اند در مقایسه با قربانیان سیاه پوست ۹۷ درصد بیشتر است. (Pierce & Radelet, Louisiana Law Review, 2011)

و همچنین بر طبق مرکز اطلاعات اعدام در آمریکا آمار افرادی که برای قتل های بین نژادی اعدام شده اند به این نحو است: (2: deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf, 2018)

متهم سفیدپوست / قربانی سیاه پوست: ۲۰ نفر متهم سیاه پوست / قربانی سفیدپوست: ۲۸۷ نفر. این تفاوت و تبعیض نژادی در اعدام های ارتش با وضوح بیشتری دیده می شود. مثلاً یکی از جرم-شناسان (جی رابرت لیلی)، با بررسی اسناد مربوط به ۱۸ سرباز آمریکایی اعدام شده توسط ارتش آمریکا در انگلستان بین سال های ۱۹۴۳ تا ۱۹۴۵ به این حقیقت دست یافته است که؛ ۸ اعدام بخاطر قتل، ۶ اعدام به جرم تجاوز و ۴ اعدام به جرم تجاوز و قتل صورت گرفت. ۵۶ درصد (۱۰ نفر) اعدام شدند و ۸۰ درصد از همه سربازان آمریکایی که در تاتر اروپا اعدام شدند آفریقایی آمریکایی بودند. (Bohm, 2007: 126)

۶- مبانی مجازات اعدام در آمریکا

بعد از بیان موارد و مصادیق جرائم منجر به اعدام، چگونگی صدور حکم و اجرای آن، و یکسان نبودن اجرای این کیفر در طول تاریخ این کشور درمی یابیم آمریکا به عنوان یک کشور توسعه یافته صنعتی، سیستم حقوقی پیچیده ای دارد. و بارها به اجرای منع اعدام نزدیک شده اما در قدم گذاشتن به آخرین پله ناکام بوده است. علت ناکامی در برداشتن آخرین قدم برای جامعه شناسان،

جرم شناسان و وکلای تطبیقی جالب است. به همین جهت به بررسی این مسأله می پردازیم که موافقان این مجازات به چه دلایلی جهت ابقاء آن استناد می کنند:

۶-۱- تحقق عدالت

برخی قائلند مجازات اعدام برای افرادی که با نقشه قبلی مرتکب قتل شده اند منصفانه و اخلاقی است. زیرا اولاً، هدف از عدالت کیفری این است که مجرم بخاطر آسیبی که به واسطه جرم او اتفاق افتاده مجازات شود. ثانیاً، ارزش زندگی یک قاتل با زندگی یک فرد بی گناه برابر نیست. (Williams, 2000: 18-25)

۶-۲- مطابق با منطق

جوامع، با اعدام مجرمانی که عمداً مرتکب قتل شده اند اعلام می نمایند که قتل نفس اقدامی شرورانه است. ممکن است در جوامعی که قتل به ندرت اتفاق می افتد مجازاتی بجز اعدام در نظر گرفته شود؛ اما در آمریکا قتل یک ناهنجاری محسوب نمی شود و در نتیجه اعدام می تواند واکنش اجتماعی مناسبی در مقابل یک جرم مرگبار باشد. (Ibid: p25)

و برخی قائلند که درد محکومین به اعدام طی روند اجرای آن، در مقایسه با عذابی که بیشتر قربانیان و نزدیکان آن ها تجربه کرده اند بسیار ناچیز است و اعدام پاسخی متمدنانه به یک جنایت هولناک است. (Ibid: p31-33)

۶-۳- بازدارنده بودن اعدام

اعدام ابزاری ضروری برای کاهش و مبارزه با جرم است. اعدام با ایجاد ترس از دستگیری برای قاتلان احتمالی و نیز با جلوگیری از ارتکاب مجدد قتل توسط قاتلان محکوم به اعدام و دیگران می تواند از بروز جرم جلوگیری کند. (Ibid: 103-105- 107-113-114)

لکن بیشتر متخصصان بر این باورند که اعدام موجب کاهش چشمگیر آمار جرائم خشونت بار نمی شود و حتی می تواند باعث افزایش خشونت شود. (Ibid: 118) و استراتژی های دیگری مانند کاهش فقر و اعتیاد، در بازدارندگی تاثیر بیشتری دارند. (Ibid: 115)

۶-۴- مقرون به صرفه

گاه از منظر اقتصادی به کیفر مربوط نگاه می شود به این صورت که اعدام در مقایسه با حبس کم هزینه تر است، اما مخالفان اعدام این دلیل را با مصادیق اجرای اعدام و تحمل هزینه های آن، رد می کنند. (west's encyclopedia of American law ,2005: 241)

۷- رویکرد قانون گذار ایران در قبال مجازات اعدام

بررسی ها مشخص می کند که رویکرد قوانین جزایی ایران نیز در قبال مجازات اعدام با توجه به تغییر و تحولات این قانون؛ رو به افزایش است. بسیاری از موارد مستوجب اعدام در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران موجب سلب حیات شدند که به موجب قوانین ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ سلب حیات را در پی نداشتند. اینک به بیان برخی تغییر و تحولات قوانین کیفری ایران در ادوار تاریخی آن می پردازیم:

۱- از جرائمی که قبل از انقلاب منجر به سلب حیات و اعدام نبودند، ولی بعد از انقلاب برای آن مجازات اعدام تعیین شده است؛ می توان به جرم لواط، زنا محصنه، زنا به عنف، زنا با محارم، جماع با میت و... اشاره کرد. البته سه مورد اولیه از موارد مذکور، در قانون مجازات ۱۳۰۴ مرتکب محکوم به اعدام می شد، اما در سال ۱۳۱۰ این ماده نسخ شد و برای آن ها مجازات حبس با اعمال شاقه در نظر گرفته شد.

۲- عنوان مجرمانه محاربه در قوانین بعد از انقلاب اسلامی نشان می دهد که عنوان مزبور به تدریج، توسعه و گسترش زیادی نموده است.

۳- محاربه که در کلام فقهی اکثر فقها محدود به شکل خاصی از جرائم علیه امنیت بوده، در سیاست کیفری مزبور باعث شده تا محاربه و افساد فی الارض علاوه بر جرائم علیه امنیت عمومی مردم، شامل جرائم علیه امنیت دولت و حاکمیت نیز بشود. (مجیدی، ۱۳۸۶: ۱۵۵) از جمله این جرائم؛ اختلاس، ارتشا، جعل، قاچاق مواد مخدر، قاچاق مجازات عبور دهندگان از مرز، محتکران و... می باشد.

۴- از تغییر و تحولات قانون مجازات ۱۳۹۲ و نوآوری های آن حذف اعدام از کتاب تعزیرات قانون مجازات است. ولیکن گرچه قانون مجازات در جرائم تعزیری اعدام را حذف نموده است اما با اضافه کردن دو جرم افساد فی الارض و بغی به جرائم حدی که موارد و مصادیق آن ها خصوصاً در افساد فی الارض متعدد می باشد؛ در توسعه و گسترش این کیفر کمک نموده است.

۵- عمومیت ماده ۱۳۶ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲، که تکرار جرائم حدی را در مرتبه چهارم موجب اعدام می‌داند؛ مسبب دو تغییر است که مورد اول؛ جرم قوادی به موجب قانون جدید مشمول تکرار جرم می‌شود. مورد دوم؛ جرم شرب مسکر در قوانین گذشته تکرار در مرتبه سوم موجب اعدام می‌گردید اما عمومیت ماده مذکور در مرتبه چهارم شامل این جرم نیز می‌گردد.

بنابراین همان‌طور که مشخص گردید رویکرد قانون مجازات ایران در سیر تاریخی آن و ادوار قانون جزایی آن؛ رو به افزایش است و نگاه قانون‌گذار ایران به جرائم و مجازات‌ها؛ نگاه سخت-گیرانه و سزاگرایانه می‌باشد.

همچنان که نظارت جهانی سازمان عفو بین الملل بر آمار اعدام نشان می‌دهد که ایران به تنهایی مسئول بالاترین تعداد اعدام می‌باشد به طور مثال؛ از مجموع اعدام‌های ثبت شده در سال ۲۰۱۶ ایران ۵۵ درصد و در سال ۲۰۱۷ ایران ۵۱ درصد از این آمار را دارا می‌باشد، یعنی بیش از نیمی از آمار اعدام جهانی متعلق به ایران می‌باشد.

ولیکن با این همه تعداد کل اعدام‌ها در ایران در مقایسه با سال‌های گذشته کاهش یافته است، مثلاً در سال ۲۰۱۵ تعداد اعدام‌های انجام شده ۹۷۷ نفر می‌باشد. و این آمار در سال ۲۰۱۷ به ۵۰۷ نفر کاهش یافته است. (<https://www.amnesty.org>, 2018)

نتیجه‌گیری

بنابر بررسی‌ها و مطالعات انجام گرفته مشخص گردید:

۱. اعدام در آمریکا به عنوان یک مجازات موثر و مفید دیده می‌شود و با وجود دلایل متعدد جهت کاهش، تعلیق و لغو این مجازات، همچنان مورد قبول قانون‌گذار و مردم ایالات متحده آمریکا می‌باشد.

۲. جرائم مستوجب اعدام در قوانین آمریکا بسیار متعدد و در حوزه‌های متنوعی می‌باشند، که همین امر می‌تواند موجب بالا رفتن آمار در این زمینه باشد.

۳. جرائم مستوجب اعدام در قوانین ایالتی، فدرال و ارتش هر کدام به‌طور مستقل می‌باشند.

۴. سیر تاریخی این کشور در قبال این مجازات نشان‌دهنده‌ی این امر است که این مجازات دستخوش تغییرات وسیعی بوده و هست و در برخی ایالات اقدام به کاهش یا لغو این مجازات

شده است و در برخی ایالات همچنان به ابقاء آن اصرار دارند و به دلایل متعددی از جمله، بازدارنده بودن اعدام، افکار عمومی و... استناد می‌شود.

۵. آمارها در ایالات متحده آمریکا نشان دهنده این امر است که رویکرد قانون‌گذار آمریکا چه در قوانین ایالتی و چه فدرال و ارتش، رو به کاهش نیست و موارد و مصادیق، متعدد و کثیر هستند. اما بر طبق آمار، تعداد حکم‌های اعدام از ۱۹۹۹ به طور سالانه کاهش چشمگیری داشته است.

۶. رویکرد قانون‌گذار ایران نیز رو به افزایش است و آمارها نیز نشان می‌دهد که گرچه آمار اعدام در ایران به نسبت سال‌های قبل کاهش یافته لکن تعداد اعدام‌ها همچنان بسیار زیاد است.

پی‌نوشت

۴- تجاوز مشدد بر اساس قانون مجری: ۱- تجاوز به یک فرد ۶۵ سال لی بالاتر؛ ۲- در صورتی که برقراری رابطه جنسی مقعدی، دهانی لی واژینال بدون اجازه قانونی فرد و تحت یک لی چند مورد از شرایط زیر رخ داده است: زمانی که قربانی با حداکثر توان خود مقابله می‌کند اما با اعمال زور مقاومت وی شکسته می‌شود؛ زمانی که قربانی با تهدیب به آسپ جسمی شدیب و فوری همراه می‌شود و قدرت متهم نئی واضح باشد؛ زمانی که قربانی به دلی تهدیب شدن با یک اسلحه خطرناک امکان مقاومت ندارد؛ ۳- اگر قربانی زی ۱۳ سال باشد ؛ ۴- دو لی چند متهم در تجاوز شرکت داشته باشند؛ ۵- قربانی به دلی ضعف فنیکی لی ذهری نتواند در مقابل متهم مقاومت کند.

۵- آزار جنسی بر اساس قانون عبارتست از دخول دهانی، مقعدی لی واژینال توسط عضو جنسی یک فرد زی ۱۲ سال لی دخول دهانی، مقعدی لی واژینال به عضو جنسی یک فرد زی ۱۲ سال با استفاده از هر وسیله ای بجز برای مقاصد پزشکی.

۶- تجاوز زنجی‌های بر اساس قانون مجری تجاوز توسط متهمی که قبلاً مرتکب تجاوز شده و حنی ارتکاب هر یک از موارد، آسپ جسمی جدی به قربانی وارد کرده است.

- منابع فارسی
- آندره تنگ. (۱۳۶۹). حقوق ایالات متحده آمریکا. ترجمه حسن صفائی. چاپ اول. تهران. دانشگاه تهران.
- الکسی دوتو کوئل. (۱۳۷۴). تحلیل دموکراسی در ایران. ترجمه رحمت الله مراغهای. چاپ اول. تهران. زوار.
- جان پرت. (۱۳۹۲). عوام گرایی کیفری و افکار عمومی. ترجمه هانیه هژبر الساداتی. چاپ اول. تهران. میزان.
- جعفری ندوشن، علی اکبر. (۱۳۸۳). تفکیک قوا در حقوق ایران، آمریکا، فرانسه. چاپ اول. تهران. مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- حمیدیان، حسن. (۱۳۸۹). نظارت بر قانون اساسی ایران و آمریکا. چاپ اول. تهران. دادگستر.
- دادگران، سیدمحمد. (۱۳۸۲). افکار عمومی و شیوه‌های سنجش آن. چاپ اول. تهران. مروارید.
- کارلتون کلایمرودی. (۱۳۵۶). آشنائی با علم سیاست. ج. ۱. ترجمه بهرام ملکوتی. چاپ اول. تهران. امیرکبیر.
- مرادی، محسن و محمودی جانکی. فیروز. (۱۳۹۱). «بررسی تأثیر افکار عمومی بر ابقای مجازات اعدام در غرب». پژوهشنامه حقوق کیفری. شماره ۲. گیلان. سال سوم.
- مجیدی، محمود. (۱۳۸۶). حقوق کیفری اختصاصی جرائم علیه امنیت. تهران. میزان.
- منابع انگلیسی
- Adam, Iliptak. JUNE, 29, 2015). Supreme Court Allows Use of Execution Drug
- Kudluk, keristopher. (1549). public execation the death penalty and the media . Steven Chermak, Frankie Y. Bailey, and Michelle Brown, editors, section 2 & 7
- Michelangelo Delfino and Mary. (2007). death penalty usa 2005-2006 . mubeta publishing.
- Overview of "Capital Punishment Under State and Federal Law". (July 26, 2017).
- Pierce and Radelet. (2011). " Louisiana Law Review".
- Robert_M_Bohm_. (2007) . DeathQuest . Anderson publishing, Matthew Bender & Company, Inc. a member of the LexisNexis Group .
- schabas wiliam A. (2004). public opinion and the death penalty . capital punishment , strategies for abolition , forth edition , new York , Cambridge university press .
- Mary E. Williams . (2000). capital punishment . David Bender, Publisher, I by Robert James Bidinotto
- west's encyclopedia of American law .(2005) . 12 vol . 2nd. Edition tomason Gole . vol3 . 2 2005.
- <https://deathpenaltyinfo.org/aggravating-factors-capital-punishment-state>.
- (4.june.2018).
- <https://deathpenaltyinfo.org/death-penalty-offenses-other-murder>. (8.september.2018).
- <https://deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf>. (2.february.2018).
- <https://deathpenaltyinfo.org/federal-death-row-prisoners>. (october.2018).
- <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol46/iss1/1/>
- https://Capital_punishment_by_the_United_States_military.html.(2018).
- https://en.wikipedia.org/wiki/Capital_punishment_by_the_United_States_federal_governmet
- (10/8/2018).
- <https://law.justia.com/codes/california/2015/code-pen/part-1/title-8/chapter-1/section-190.2/>
- https://leg.colorado.gov/sites/default/files/death_penalty_publication_2202017.pdf .
- <https://statelaws.findlaw.com/texas-law/texas-capital-punishment-laws.html> . (2017).
- https://en.wikipedia.org/wiki/list_of_offenders_executed_in_the_united_states . (2017).
- <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5057402017PERSIAN.PDF>



تأثیر جنون، عته و سفه بر مسئولیت کیفری بزهکار با رویکردی بر قوانین ایران

۹

دکتر حسین جمعه پور

دکترای حقوق خصوصی، مدرس دانشگاه یادگار امام، تهران، ایران

h.jomepour@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۸.۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۳.۰۱

چکیده

جنون، عته و سفه قبل از ارتکاب جرم از منظر قوانین ایران با توجه به «شخصیت و سابقه مجرم» از موجبات تخفیف خواهد شد. اگر مجنون را مجازات کنیم هرگز به هدف عینی کیفر یا اصلاح بزه کار نمی-رسیم، به همین علت است که مجازات و اعمال کیفر مفید به فایده نیست. سوال اصلی تحقیق مقاله این است که تأثیر جنون، عته و سفه بر مسئولیت کیفری بزهکار از منظر قوانین ایران چگونه است؟ در راستای پاسخ به فرضیه می توان گفت که جنون، عته و سفه قبل از ارتکاب جرم از منظر قوانین ایران بر نقصان مسئولیت کیفری بزه کار مؤثر است. جنون، عته و سفه هنگام ارتکاب جرم، رافع تام مسئولیت کیفری بزه کار است و از مسئولیت کیفری بزه کار تأثیری بر مسئولیت کیفری بزه کار ندارد؛ ولی دادگاه اختیار دارد که در مجازات شخص مجنون، معنوه و سفیه تخفیف دهد. روش تحقیق در این مقاله، توصیفی-تحلیلی با رویکرد تطبیقی و استفاده از کتابخانه و به طریق فیش برداری می باشد.

واژگان کلیدی: جنون، عته، سفه، مسئولیت کیفری، مستندات قانونی.

جنون (زوال عقل)، سفه (نقصان عقل) و عته (دیوانگی نارس) از اموری هستند که هرگاه عارض شوند، اشخاص قدرت تسلط بر رفتار خود را به طور کامل یا ناقص می‌بازند و ناخواسته تحت تأثیر آن‌ها به ارتکاب جرم دست می‌زنند. از جانبی، بنا بر اصل «لزوم مجازات مجرم»، چنین افرادی بایستی کیفر اعمال خویش را بپوشند؛ از سوی دیگر بنا بر فقدان یا نقصان عنصر معنوی جرم، نباید مجازات شوند و از طرف سوم، اهداف مجازات از کیفر دادن آنان تأمین نخواهد شد. این جاست که قانون‌گذاران نمی‌توانند وضعیت و حالات چنین افرادی را نادیده انگارد. همچنین منظور از تأثیر اینجا تأثیر منفی است، که مسئولیت را از مجنون، معتوه و سفیه یا بطور کلی بر می‌دارد، یا اینکه بطور ناقص عمل نموده اثر منفی نسبی گذاشته و مسئولیت آن‌ها را به طور تام رفع نمی‌کند؛ بلکه، رافع نسبی هستند. به این معنی که مانند انسان سالم به عنوان یک مجرم مجازات نمی‌شوند. در هر دو صورت اثرش بر مسئولیت منفی است.

جنون، عته و سفه از اختلالات روانی هستند که امروزه به دلایل مختلف از جمله افزایش مشکلات گوناگون زندگی، رشد فزاینده یافته‌اند و بزه‌کارانی که در اثر عدم توانایی ذهنی و روانی یا نقصان آن، کنترل حرکات و اعمال خویش را ندارند نیز گسترده گردیده‌اند.

لذا مطالعه وضعیت حقوقی و بررسی قوانین در زمینه حدود و نحوه تأثیر گذاری این عوارض بر مسئولیت کیفری بزه‌کار، مهم و ضروری است. جنون و عته از نظر حقوقی دارای تأثیر مساوی هستند، به این معنی که هرگاه اگر قانون اجازه تأدیب مجنون را داده باشد چون از نظر مبنا معتوه هم مرفوع القلم است شامل او نیز می‌شود. حداقل از منظر حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران، هرگاه تأدیب مجنون مؤثر باشد یعنی این گونه از مجازات نسبت به او بازدارنده باشد، مورد تأدیب واقع می‌شود. گرچه برخی از اساتید حقوق تأدیب مجنون را نفی‌پذیر چون مخالف با عدم مسئولیت او و رافعیّت تام مسئولیت کیفری جنون از مجنون است. بخصوص اینکه می‌توان درباره‌ی دیوانه، از اقدامات تأمینی استفاده کرد.

۲- کلیات

قبل از شروع بحث مورد نظر لازم است تا مفهوم و معنای برخی عبارات بررسی شده و از هم تفکیک شوند و تاریخچه تأثیر جنون، عته و سفه بر مسئولیت کیفری بزه‌کار در قوانین ایران به صورت مختصر بیان شود.

۱-۲- جنون در اصطلاح لغوی و حقوقی

جنون در فرهنگ‌های فارسی به معانی زیر به‌کار رفته است:

۱. حالتی که در آن، شخص قادر، به تشخیص درست از نادرست و تشخیص اعمال خود نیست؛ دیوانگی. (انوری و همکاران، ۱۳۸۱، ص ۲۲۰۶)

۲. زایل شدن عقل، تباه گشتن عقل؛ دیوانگی، بیماری دماغی. (عمید، ۱۳۶۹، ص ۷۰۷)

با توجه به اینکه قانون مجازات اسلامی ایران تعریفی خاصی برای جنون ارائه نکرده است؛ می‌توان گفت: قانونگذار ایرانی در اینجا به مفهوم عرفی جنون اکتفا کرده است؛ برخی حقوق دانان چنین تعریفی آورده است: «جنون زوال عقل و فقدان شعور است. در مفهوم خاص، جنون مبین نوعی زوال و اختلال در قوای دماغی است. به طوری که اعمال مجنون فارغ از اختیار و اراده آزاد است». (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۹۱)

۲-۲- عته در اصطلاح لغوی و حقوقی

عته اصطلاحی است که در بعضی متون فقهی و روایی آمده است، ولی به معانی گوناگون به کار رفته از بی عقلی تا نضان عقل (الجوهری، ۱۴۰۷، ص ۲۲۳۹) و غیر از جنون است (الکلینی، ۱۳۶۷، ص ۳۶۷) و گاهی به معنی جنون. دکتر وهبه الزحیلی می‌نویسد: «عته: به معنای ضعف عقل است که منشأ ضعف در حفظ و ادراک است معتوه با دچار شدن به این بیماری سخنانش مختلط می‌گردد. گاهی مثل عقلا حرف می‌زند و گاهی مثل دیوانگان. و فوق بین معتوه و مجنون در این است که ظاهر فرد مبتلا به عته آرام است نهی زند کسی را و فحاشی نهی کند مانند مجانین. پس معتوه بنابراین کسی است که ذهنش بیمار است و سخنش درهم و برهم می‌باشد تدبیر ندارد. مانند کودک دارای اهلیت ناقص است». (الزحیلی، ۱۴۲۷، ص ۲۹۷۲)

از ظاهر معجم‌های فارسی و عربی چنین مستفاد می‌گردد که واژه ی (عته) دارای غموض است معنی این کلمه واضح و روشن بیان نشده است. به طور مثال آنچه در لغت نامه دهخدا آمده نشانگر این امر است. از این جهت در اینجا تمام معانی که این معجم کبیر برای این لغت ثبت کرده است با منابع آن در اینجا نقل می‌کنم:

عته: [با فتح و ضم عین] (ع مص) ۱. سبک عقل شدن (اقرّب الموارد) (منتهی الارب) ۲. کم عقل شدن (منتهی الارب) ۳. فاقد خرد گشتن (اقرّب الموارد) ۴. مدهوش گشتن (منتهی الارب) ۵. و گفته اند مدهوش شدن جز از دیوانگی (اقرّب الموارد) ۶. رفتن خرد (منتهی الارب) (اندرج) (تاج المصادر) ۶. آزمند علم گردیدن (اقرّب الموارد) (لسان العرب) (منتهی الارب) ۷. حریص شدن بر اذیت کسی (اقرّب الموارد) (منتهی الارب) ۸. در اصطلاح اصول عبارت است از اختلال در عقل بنحوی که گفتار صاحب آن بر یک سیاق نباشد گاه سخنان او بر روش سخن دانایان و گاه به طریق دیوانگان باشد. (از کشف). (دهخدا، ۱۳۴۱، ص ۱۰۲-۱۰۱)

برخی به معنی بی عقلی و جنون گرفته است. (انوری، ۱۳۸۱، ص ۴۹۷۱) دکتر جعفری لنگرودی با اینکه کلام طریحی را مشوش می‌داند، خود هم معنی منقحی ارائه نمی‌کند. کلام او در مبسوطش چنین است: (در ترمینولوژی از مدخل عته ذکر می‌شود که به میان نیآورده است). در برخی فرهنگ‌های لغت عربی (عته) را با دو هیأت ثبت کرده اند یک با (فتح اول و کسر دوم) دو دیگر با (ضم اول و کسر ثانی). و به معنی نقصان عقل بدون عروض جنون است. (مصطفی و دیگران، ۱۴۲۶، ص ۵۸۳)

۳-۲- مفهوم لغوی و حقوقی سفه

فرهنگ عمید می‌نویسد: «سفه: مصدر عربی با فتح اول و دوم و سکون سوم (هاء غیر ملفوظ) سبک عقل شدن، نادانی و بی خردی کردن، بد خوئی و نابرداری کردن // نادانی، بی خردی، بدخوئی، گستاخی، خودسری». (عمید، ص ۱۲۱۰) سفیه صفت مشبّه از سفه در فرهنگ فارسی عمید به معانی ذیل ثبت شده است: «۱- بی خرد، ۲- نادان، ۳- بد خو». (همان، ص ۱۲۱۱) قانون مدنی ایران به جای سفیه کلمه ی غیر رشید را به کار برده است. (ماده ۱۲۰۷ ق.م.دکتر جعفری لنگرودی سفه را صفت می‌داند و چنین ثبت کرده است: «عدم رشد یا صفت شخص بالغ (کبیر) که تصرفات او در اموال و حقوق خویش جنبه ی عقلانی نداشته باشد». و می‌نویسد: «که ملاک در شناخت سفه و رشد تشخیص و عدم تشخیص نفع و ضرر است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۸۵)

۴-۲- پیشینه تأثیر جنون، عته و سفه بر مسئولیت کیفری بزه‌کار در قوانین ایران

با توجه به اینکه قانون کیفری ایران تحولاتی را از سر گذرانده است، طبعاً احکام مربوط به جنون، عته و سفه هم تغییراتی به خود دیده است. مثلاً در قانون مجازات عمومی (مصوب ۲۳ دی ۱۳۰۴)

ماده ۴۰ مقرر کرده بود: «کسی که در حال ارتکاب جرم مجنون بوده یا اختلال دماغی داشته باشد، مجرم محسوب نمی شود و مجازات نخواهد داشت، ولی در صورت بقای جنون باید به دار المجانین تسلیم شود». چنانکه ملاحظه می گردد این قانون علاوه بر مجنون از عبارت عام (اختلال دماغی) استفاده کرده است، که شامل عته و سفه هم می شود. وانگهی این گونه افراد را مجرم محسوب نداشته است. قانون اصلاحی مجازات عمو می (مصوب ۷ خرداد ۱۳۵۲) نیز تحت تأثیر روان شناسی «اصطلاح اختلال تام تمیز و اراده» را به کار برده بود که حد اقل شامل عته می شود. بند الف ماده ۳۶ قانون اصلاحی چنین است: «هرگاه محرز شود مرتکب حین ارتکاب به علل مادرزادی یا عارضی فاقد شعور بوده یا به اختلال تام تمیز یا اراده دچار باشد، مجرم محسوب نخواهد شد».

چنانکه ملاحظه می گردد این قانون علاوه بر استفاده از اصطلاح روانشناسی جدید شخص دچار اختلال تام تمیز یا اراده را مجرم نمی شناخته. قانون مجازات اسلامی از قید به کار گرفتن اصطلاح روانشناسی خود را رها ساخته و از مجنون و جنون استفاده کرده است. علاوه بر این که شامل سفیه و معتوه نمی شود مگر از لحاظ مبنایی؛ مجنون مجرم محسوب و جنون را عامل رافع مسئولیت قرار داده است. ماده ۵۱ قانون مجازات اسلامی (مصوب: ۱۳۷۰/۱۰/۱۱) چنین حکم می کند: «جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه که باشد رافع مسئولیت کیفری است».

۳- مستندات تأثیر جنون، عته و سفه بر مسئولیت کیفری بزه کار

جنون، عته و سفه از رهگذر ایجاد نقصان در یکی از شرایط عامه تکلیف و مسئولیت پذیری «عقل» (هاشمی و همکاران، ۱۴۲۶، ص ۶۱۲)، بر اصل مسئولیت تأثیر منفی می گذارد که یا مسئولیت را رفع می کند (ماده ۵۱ ق.م.ا) و یا موجب تخفیف در مجازات می شود (تبصره ۲ ماده ۵۱ ق.م.ا). مرجع اصلی در حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران قانون مجازات اسلامی است؛ بنابراین، موادی از قانون مزبور که می تواند مورد استناد قرار گیرد و به عنوان دلیل مسأله ما باشد عبارت است از: ماده ۵۱ و تبصره های آن، ماده ۵۲، ماده ۲۲، ماده ۴۴، ماده ۳۷، تبصره ی ۱ ماده ۲۱۱، ماده ۲۲۲ و تبصره ی ماده ۳۰۶. قانون آیین دادرسی کیفری نیز مواد مختلفی ممکن است به عنوان دلیل مطرح شود که عبارت است از تبصره ی ماده ۶، ماده ۷۲، ماده ۹۵، ماده ۲۸۹، ماده ۲۹۱ و تبصره ی ماده اخیر. قانون اقدامات تأمینی ۱۳۳۹ بند ۱ ماده ۳ و ماده ۴. قانون مدنی مواد ۱۲۰۷، ۱۲۱۱-۱۲۱۷. قانون مسئولیت مدنی ماده ۷.

۴- گستره جنون قبل از ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری بزه کار

در قوانین جاری و حاکم فعلی ایران، بلکه در قوانین گذشته نیز جنون قبل از جرم به طور صریح مؤثر بر مسئولیت کیفری مجنون شناخته نشده است از این جهت حقوق دانان از این مقوله به اجمال گذشته‌اند. برخی اصلاً یادى نکرده‌اند (ساریخانی، ۱۳۸۵، ص ۱۲۱-۱۱۸)، یا اگر یاد کرده است به صورت بسیار گذرا از آن گذشته است. (نور بها، ۱۳۸۷، ص ۳۰۳) با این وضع گرچه نفی توان گفت که جنون قبل از ارتکاب جرم مؤثر تام در مسئولیت کیفری بزه کار است؛ اما، می‌توان از بند پنج ماده ۲۲ که وضع خاص متهم و سابقه او را یکی از جهات مخففه شمرده است، استنباط کرد، که جنون قبلی متهم باعث تأثیر نسبی بر مسئولیت کیفری بزه کار است. و او را از مجرمیت تام رها نهاده و مستحق برخورداری از تخفیف می‌سازد. چنانکه به اعتقاد بسیاری از حقوق دانان اگر جنون قبل از ارتکاب عمل وجود داشته و در زمان حکم، بزه کار از عقل سالمی برخوردار باشد، باید جنون قبلی را به لحاظ انصاف ملاک اعمال کیفیات مخففه قرار داد نه اینکه آن را داخل در علل رافع مسئولیت کرد و بزه کار را مطلقاً از مجازات رها ساخت.

۵- گستره تأثیر جنون در حین ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری بزه کار

جنون هنگام ارتکاب جرم در اکثر سیستم‌های حقوقی دنیا امروزه به عنوان رافع مسئولیت شناخته می‌شود. در این راستا سیستم حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران نیز آن را رافع مسئولیت شناخته است قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ چنین مقرر می‌دارد: «ماده ۵۱ قانون مجازات اسلامی: جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه که باشد رافع مسئولیت کیفری است».

در شرح و توضیح این ماده دو نظریه ارائه شده است. یکی اینکه می‌توان گفت تهیه کنندگان قانون با بکار بردن جمله «جنون به هر درجه که باشد» حتی بیماری‌های روانی را نیز که در مرز سلامتی و جنون قرار دارند مورد توجه قرار داده‌اند و این گونه بیماران به حکم این ماده مسئولیت ندارند. تبصره ۱ ماده ۵۱ نیز تا حدی می‌تواند مؤید این تحلیل باشد، که مقرر می‌دارد: «در صورتی که تأدیپ مرتکب (مجنون) مؤثر باشد به حکم دادگاه تأدیپ می‌شود». (همان، ۳۰۵)

در تحلیل دیگری چنین گفته شده است: که قانون کلمه‌ی «جنون» را در معنای خاص خود به کار گرفته و به طور کلی زوال کامل عقل مورد نظر بوده است، در نهایت، این زوال عقل می‌تواند آنچنان شدید باشد که فرد را از نظر روانی در تاریکی مطلق قرار دهد، یا شدت آن در این حد نباشد ولی طوری حادث گردد که بتوان از کلمه‌ی «دیوانه» یا «مجنون» در نظر عرف از آن استفاده

کرد. البته در احراز وجود جنون و درجه آن نظر کارشناسان یعنی پزشکان متخصص لازم است. گرچه بنا به ذیل تبصره ماده ۴ قانون اقدامات تأمینی که مقرر داشته است: «دادگاه نظر پزشک متخصص امراض روحی را جلب می‌نماید و در هر حال تصمیم نهایی با دادگاه است» دادگاه ملزم به پیروی از نظر پزشک ن می‌باشد؛ بلکه دادگاه اگر رأی کارشناس را موافق با اوضاع و احوال نبیند می‌تواند نظر کارشناس دیگری را در زمینه بخواهد. (گلدوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴۳)

۵- گستره تأثیر جنون بعد از ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری بزه کار

از آنجا که قوانین ایران مستمد از فقه شیعه است، به طور بسیار خلاصه اشاره ای به عروض جنون بعد از ارتکاب جرم در فقه شیعه هم لازم است.

۱-۵- جنون بعد از ارتکاب جرم از منظر فقه شیعه

جنون بعد از ارتکاب جرم دارای صور و حالات گوناگون بسیار می‌شود که یکی از فقههای معاصر آن را به دسته‌هایی تقسیم کرده است: ۱- موجب مجازات با بیّنه ثابت شود. ۲- موجب آن با اقرار ثابت شود. ۳- حد، قتل باشد. ۴- حد، تازیانه (جلد) باشد. ۵- قصاص به قتل باشد. ۶- قصاص به غیر قتل باشد. ۷- تعزیر تازیانه باشد. ۸- تعزیر به حبس و یا جزای نقدی باشد. ۹- شهادت بیّنه قبل از جنون باشد. ۱۰- شهادت بیّنه در حال جنون باشد. ۱۱- عروض جنون قبل از شنیدن شهادت بیّنه. ۱۲- عروض جنون پس از شنیدن شهادت و قبل از حکم باشد. ۱۳- عروض جنون، پس از حکم و قبل از بردن مجرم برای اجرای حکم باشد. ۱۴- عروض جنون پس از بردن مجرم برای اجرای حکم باشد. ۱۵- جنون دائمی - اطلاق - باشد. ۱۶- جنون ادواری باشد.

۱۷- جنون به گونه ای باشد که امید برطرف شدن آن می‌رود. ۱۸- جنون به گونه ای باشد که امیدی به برطرف شدن آن نباشد. ۱۹- جنون به گونه ای باشد که مجنون درد را احساس می‌کند. ۲۰- جنون به گونه ای باشد که درد را احساس نمی‌کند. (استادی، ۱۳۸۷، ص ۶۳)

می‌توان به این صور مذکور حالات دیگری را نیز افزود مانند اینکه: ۱- موجب مجازات بوسیله‌ی علم قاضی ثابت شود. ۲- جنون شدید باشد. ۳- جنون خفیف باشد.

۲-۵- جنون بعد از ارتکاب جرم از منظر قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری

از نظر حقوقی و قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری به صورت کمتری اشاره شده است. یعنی قانون به حالتی که حکم داده است شارحان به بررسی آن‌ها پرداخته‌اند و بیشتر از آن را توسعه نداده‌اند.

سه فرض یا حالت را می‌توان مطابق مواد قانونی از هم تفکیک کرد.

۱-۲-۵- جنون بعد از ارتکاب جرم قبل از صدور حکم قطعی

در این فرض که مجرم پس از ارتکاب جرم مبتلا به جنون شود، از منظر قانون آیین دادرسی تا زمانی که مرتکب به حکم قطعی محکوم نشده است، در هر زمان و از مراحل دادرسی باشد تعقیب متهم متوقف می‌شود تا اینکه افاقه پیدا کند. زیرا محاکمه و تعقیب فردی که مجنون است و نفی تواند از حقوق خود دفاع کند و به عواقب اظهارات خود نا آگاه است، با موازین باز پرس و دادرسی عادلانه که متضمن حفظ حقوق متهم است سازگار نیست. (اردبیلی، ۱۳۸۴، ص ۸۳) این صورت از مسأله را تبصره ماده ۶ قانون آیین دادرسی و ماده ۵۲ قانون مجازات اسلامی بیان کرده است که به حکم تبصره ی مذکور هرگاه مجرم قبل از محاکمه و بعد از ارتکاب جرم مبتلا به جنون شود، باعث توقف دادرسی است تا زمان افاقه مجنون. «تبصره هرگاه مرتکب جرم قبل از صدور حکم قطعی مبتلا به جنون شود تا زمان افاقه تعقیب متوقف خواهد شد.» از نگاه ماده ۵۲ ق. م. ا. جنون اگر بعد از ارتکاب جرم عارض شود با جلب نظر متخصص شخص مجنون در محل مناسب (تیمارستان) نگهداری می‌شود. این ماده حکم جنون هنگام ارتکاب جرم و بعد از ارتکاب جرم را باهم بیان می‌کند: «ماده ۵۲ هرگاه مرتکب جرم در حین ارتکاب مجنون بوده و یا پس از حدوث جرم مبتلا به جنون شود چنانچه جنون و حالت خطرناک مجنون با جلب نظر متخصص ثابت باشد به دستور دادستان تا رفع حالت مذکور در محل مناسب نگهداری خواهد شد و آزادی او به دستور دادستان امکان پذیر است. شخص نگهداری شده و یا کسانش می‌توانند به دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل جرم را دارد مراجعه و به این دستور اعتراض کنند، در این صورت دادگاه در جلسه اداری با حضور معترض و دادستان و یا نماینده او موضوع را با جلب نظر متخصص خارج از نوبت رسیدگی کرده و حکم مقتضی در مورد آزادی شخص نگهداری شده یا تأیید دستور دادستان صادر می‌کند. این رأی قطعی است ولی شخص نگهداری شده یا کسانش هرگاه علایم بهبودی را مشاهد کردند حق اعتراض به دستور دادستان را دارند».

۲-۲-۵- جنون بعد از ارتکاب جرم و بعد از حکم قطعی، قبل از اجرا

حقوق دانان در تفسیر مواد قانون آرا مختلفی ابراز داشته اند برخی می گویند که در این حالت باید بین محکومیت به حد و غیر آن قائل به تفکیک شد، در این رابطه دکتر آخوندی چنین ابراز نظر می کند: «چنانچه بزه کار بعد از صدور حکم قطعی مبتلا به جنون گردد، در مقام اجرا باید بین محکومیت های به حد و غیر آن قائل به تفکیک شد: الف - طبق ماده ۹۵ قانون مجازات اسلامی، هرگاه محکوم به حد اگر دیوانه شود حکم باید در باره او اجرا شود. ب - در سایر محکومیت ها نیز ماده ۲۸۰ ق. آ. د. ک. مقرر می دارد: «جنون بعد از صدور حکم و فرار محکوم علیه در حین اجرای حکم موجب سقوط مجازات تعزیری نمی باشد».

همچنین مطابق تبصره ماده ۲۹۱ «در صورت جنون محکوم علیه تا بهبودی در بیمارستان روانی نگهداری می شود. ایام توقف در بیمارستان جزء محکومیت وی محاسبه می شود». ماده ۵ آیین نامه اجرای قصاص نفس، رجم، صلب، قطع عضو و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ ق. آ. د. ک. نیز عروض جنون، ارتداد، یا بیماری و ... را مانع اجرای حد قصاص یا اعدام ندانسته است. بعد می گوید: «قانون در خصوص اجرای سایر محکومیت های جزایی، راه حل مناسبی ارائه نداده است. مقررات ماده ۵۲ قانون مجازات اسلامی هم در این زمینه راه گشا نیست». (آخوندی، ۱۳۸۸، ص ۷۷) ایشان اولاً بین صورت محکومیت قطعی قبل از اجرا و محکومیت قطعی حین اجرا فرق نگذاشته است.

ثانیاً خوب بود به تفکیک بین محکومیت به حبس و سایر محکومیت ها قائل می شد تا مطابق مواد قانونی می بود؛ درحالی، که ایشان آمده است اول محکومیت به حد را جدا کرده و بعد بین محکومیت های دیگر و حبس تفکیک نکرده است. فقط به نقل مواد قانونی اکتفا کرده است.

ثالثاً: می گوید در ارتباط با سایر جرایم ماده ۵۲ قانون مجازات راه گشا نیست؛ درحالی که، می توان با تفسیر به نفع متهم و اطلاق ماده مذکور گفت: با عروض جنون اجرای مجازات متوقف می ماند تا رفع حالت مذکور.

در این زمینه ظاهراً فقط دکتر ساریخانی قائل به تفکیک بین حالت عروض جنون بعد از ارتکاب جرم و بعد از حکم قطعی قبل از اجرا، و بین حالت عروض جنون بعد از ارتکاب جرم بعد از حکم قطعی در حال اجرا شده است. ایشان چنین ابراز نظر نموده است: «در مواد ۹۵ و ۱۸۰ قانون مجازات اسلامی تعبیر به عدم سقوط مجازات شده است؛ در حالی که عادت مقنن در مواد دیگر این است که از لفظ جاری شدن یا نشدن استفاده می کند مثلاً در ماده ۱۷۷ قانون مزبور مقرر شده است که «حد وقتی جاری می شود که محکوم از حال مستی بیرون آمده باشد» و در بقیه مواد نیز

این چنین است لکن در ماده ۱۸۰ و ۹۵ مقنن از این تعبیر عدول کرده و از لفظ ساقط نشدن استفاده کرده است ۱۹ مثلاً «هرگاه محکوم به حد دیوانه یا مرتد شود حد از او ساقط نمی شود» و از آن جایی که عدم سقوط ملازمه ای طبعی نیست؛ بنابراین، می توان چنین برداشت کرد که با تنقیح مناط از ماده ۵۲ قانون مجازات اسلامی و مواد ۹۵ و ۱۸۰ ق. م. ا. که در این حالت نیز حد ساقط نمی شود و در عین حال جاری نیز می شود بلکه مجنون تا حال افاقه در محل مناسبی نگهداری می گردد، اگر افاقه یافت مجازات اجراء خواهد شد. (ساریخانی، ۱۳۸۵، ص ۱۲۰)

۳-۲-۵- جنون بعد از حکم قطعی و در حال اجرا

در این صورت مواد قانونی زیادی وجود دارد، که همه ی این مقررات قانونی جنون در این حالت را نه تنها مؤثر بر مسئولیت کیفری بزه کار نمی داند؛ بلکه مانع جریان مجازات مجرم هم نمی داند. تنها چیزی که هست بین محکومیت به حبس و باقی مجازات ها تفکیک شده است، که مجنون محبوس به مراکز روان درمانی منتقل می شود در جایی اگر چنین مرکزی وجود نداشت به تشخیص دادستان در محل مناسبی نگهداری می شود. در این رابطه ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی چنین می گوید: «هرگاه محکوم به حبس که در حال تحمل کیفر است قبل از اتمام مدت حبس مبتلا به جنون شود با استعلام از پزشک قانونی در صورت تأیید جنون، محکوم علیه به بیمارستان روانی منتقل می شود و مدت اقامت او در بیمارستان جزء مدت محکومیت او محسوب خواهد شد. در صورت عدم دسترسی به بیمارستان روانی به تشخیص دادستان در محل مناسبی نگهداری می شود».

تبصره ماده ۲۹۱ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری همین حکم را دارد: «تبصره در صورت جنون، محکوم علیه تا بهبودی در بیمارستان روانی نگهداری می شود. ایام توقف در بیمارستان روانی جزو محکومیت وی محاسبه می شود».

راجع به سایر مجازات های در حال اجرا جنون عارض در این حال غیر مؤثر بوده و مانع از اجرای مجازات ها نیست. ماده ۵ آیین نامه نحوه اجرای قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری، عروض جنون را مانع اجرای حد و قصاص ندانسته

^{۱۹} - ماده ۹۵ ق. م. ا. «هرگاه محکوم به حد دیوانه یا مرتد شود حد از او ساقط نمی شود».

است. اما بیماری محکوم اگر مانع اجرای انجام تشریفات شود اجرای حکم تا رفع مانع به تأخیر می‌افتد.^{۲۰}

در همین راستا ماده ۲۸۹ ق. آ. د. ک. حکمش این است که جنون مانع اجرای مجازات های تعزیری نیست. «جنون بعد از صدور حکم و فرار محکوم علیه در حین اجرای حکم موجب سقوط مجازات تعزیری نمی‌باشد».^{۲۱}

۶- گستره تأثیر عته قبل از ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری

در قوانین جمهوری اسلامی ایران مقررات یا حتی حکمی خاصی راجع به معتوه وجود ندارد؛ با اینکه از نظر مبنایی معتوه مثل مجنون مرفوع القلم است، که در حدیث رفع قلم وارد شده است. (شیخ حرعاملی، ۱۴۰۹، ص ۴۰۰) این نوع نقص عقلی از جمله نواقص عقلی که در روانشناسی به عنوان عدم رشد عقلی یا عقب افتادگی شناخته می‌شود.^{۲۲} در اینجا به این اشاره اکتفا می‌شود که از نظر قانونی می‌توان شخصی را که قبل از ارتکاب جرم دچار عته بوده است مشمول بند ۵ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی دانست؛ بنابراین، عته قبل از ارتکاب جرم تأثیر در نقصان مسئولیت مجرم خواهد داشت.

۷- گستره تأثیر عته در حین ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری بزه کار

در قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری فعلی و همین طور در قانون مجازات عمومی قدیم ایران به طور صریح ماده‌ای در باره عته و معتوه وضع نشده است. با این حال فقط به مبنایی که جنون را رافع مسئولیت قرار داده است می‌توان تمسک کرد، که همان مبنا عته را هم رافع مسئولیت می‌داند و آن حدیث مشهور رفع قلم است. کار به اختلاف در مفهوم معتوه نداریم چه به معنی ناقص العقل باشد، یا به مفهوم بی عقل از نظر فقهی و روایی معتوه مرفوع القلم است. آن چه قابل توجه است، این است که معتوه را غیر از مجنون می‌دانند. (نجفی و مالکی، ۱۴۲۲، ص ۳۵۸) ولی در عین حال حکم معتوه را با حکم مجنون یکی می‌دانند، (بحرانی و یوسف بن احمد بن ابراهیم، ۱۴۰۵، ص ۱۵۸) در این صورت مشمول ماده ۵۱ قانون مجازات اسلامی خواهد شد و

^{۲۰} - آیین نامه اجرای احکام قضایی، رجم، قتل، اعدام و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری شماره ۱/۸۲/۱۳۳۰۶ - ۱۳۸۲/۹/۴.

^{۲۱} - قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، (مصوب ۱۳۷۸ با اصلاحات بعدی تا ۱۳۸۱) ماده ۲۸۹.

^{۲۲} - تار نمای ویکیپدیا (واژه معتوه)

تمام احکام مجنون بر معتوه هم بار می‌شود. در هر صورت چون در قانون مجازات اسلامی نیامده است، به این لحاظ شارحان آن نیز کمتر متعرض شده‌اند یا اصلاً متعرض نشده است.

۸- گستره تأثیر عته بعد از ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری

عته بعد از ارتکاب جرم مشمول احکام مجنون عارض بعد از جرم است. اما کسانی که عته را به معنای سفه گرفته‌اند، (هاشمی، پیشین، ۲۵۸) به این معنی از منظر قانون مجازات نمی‌توان گفت: که عته حکم مجنون را دارد؛ زیرا در این قانون سفه هنگام ارتکاب جرم حکم غیر از مجنون هنگام ارتکاب جرم را دارد. بالطبع در ما بعد آن هم مغایر هم خواهند بود. به هر حال به دلیل اینکه قانون مجازات اسلامی تصریح به حکم عته ندارد، می‌توانیم بگوییم عته بعد از ارتکاب جرم تحت پوشش حکم کلی بند پنج ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی ۲۳ قرار می‌گیرد. این بعد از تنازل از هم سطح بودن با مجنون است.

۹- گستره تأثیر سفه قبل از ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری بزه کار

هستند انسان‌های که در درک سود و زیان خود عاجز هستند و این چنین کسان از نظر قانون مدنی ایران غیر رشید نامیده شده است. (ماده ۱۲۰۷ و ۱۲۰۸ ق.م) و در فقه به عنوان سفیه خوانده می‌شود. در قوانین فعلی ایران ماده ای را نمی‌توان یافت که سفه را به طور صریح مؤثر در مسئولیت کیفری بزه کار بشناسد؛ به گونه ای که با تردید می‌توان گفت: که همان بند ۵ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی می‌تواند شامل این نقیصه ای عقلی هم شود؛ زیرا، برخی حقوقدانان (گلدوزیان، ۱۳۷۶، ص ۵۱۹) و فقها تصریح دارند که سفه مؤثر در مسئولیت کیفری نیست. (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۵۱۹)

۱۰- گستره تأثیر سفه در حین ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری بزه کار

در قوانین کیفری ایران سفه از علل رافع مسئولیت به حساب نیامده است؛ فقط از نظر قانون مدنی یکی از اسباب حجر است. که موجب محجوریت سفیه در تصرفات مالی است. کسانی که معتوه را به معنی سفیه گرفته است، از نظر مبنایی (حدیث رفع قلم) از علل رافع مسئولیت تام کیفری است. (جعفری لنگرودی، پیشین، ۲۴۹۷) قانون مجازات عمومی (۱۳۵۲) که در بند (ب) ماده ۳۶ خود به به اختلال نسبی شعور یا قوه ی تمیز یا اراده اشاره داشت، و این گونه موارد موجب

^{۲۲} - قانون مجازات اسلامی، بند ۵، از ماده ۲۲ «وضع خاص متهم و یا سابقالو» را از جهات مخففه در مجازات های تعزیری و یا بازدارنده به شمار آورده است.

تخفیف مسئولیت جزایی می‌شده و بدین ترتیب که در جنایات حسب مورد یک تا دو درجه تخفیف داده می‌شد و در جنحه‌ها مجازات مرتکب حد اقل حبس جنحه‌ای بوده است (نوربها، پیشین، ۳۰۴)؛ با این عبارت سفه موجب تخفیف در مجازات مرتکب سفیه می‌شده است؛ اما، با حاکمیت قانون مجازات اسلامی چنین مقرراتی دیگر وجود ندارد. فقط با وجود بند پنجم ماده ۲۲ که وضع خاص متهم را یکی از عوامل مخففه شمرده است، می‌توان گفت: سفاهت متهم یک وضع خاص است، که باید دادگاه به آن توجه نموده و به سفیه در مجازات تخفیف دهد؛ در این صورت از نظر نتیجه قانون مجازات اسلامی با قانون مجازات عمومی یکی می‌شود. حالا که در قوانین سفه به عنوان عامل مؤثر در مسئولیت کیفری شناخته نشده است، سوال این است که آیا از نظر مبانی فقهی می‌توان گفت: سفه می‌تواند همچون جنون مؤثر در مسئولیت کیفری بزه کار باشد و عامل رافع تام مسئولیت قرار بگیرد؟ به این منظور چند دلیل روایی و عقلی را بررسی می‌کنیم.

۱-۱۰- دلیل روایی؛ عقل در مقابل سفه

در روایاتی متعددی می‌توان پیدا کرد که عقل در مقابل سفه به کار رفته است؛ (نوری، ۱۴۰۸، ص ۲۴۰) بنابراین می‌توان اثبات کرد، در هر جا که مرتکب جرمی مجازاتش مشروط به داشتن عقل باشد سفه رافع مسئولیت کیفری است. علاوه بر این که آیات و روایات در باره سفیه که او را از نظر مالی محجور می‌داند از باب ذکر مصداق و مورد است (هاشمی، ۱۳۸۳، ص ۲۹۲) که علما در باب تخصیص می‌گویند مورد نمی‌تواند مخصص باشد. (بهسودی، ۱۴۱۷، ص ۴۱۷) در یکی از روایات که به طور صریح عقل مقابل با سفه قرار گرفته، روایتی است که از سفیه تعبیر به «لم یکن له عقل» نموده است. (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۶۸)

۱-۱۰-۲ ادله عقلی

ادله عقلی شامل قیاس اولویت، وحدت ملاک و قاعده تناسب حکم و موضوع می‌باشد که در ذیل این عنوان به صورت مختصر بررسی می‌کنیم.

۱-۱۰-۲-۱ قیاس اولویت

با توجه به این که امور کیفری نسبت به امور مدنی از اهمیت بیشتری برخوردار می‌باشد، چون مسائل دما و فروج هم در آن‌ها مطرح می‌شود؛ بنا بر این در شریعت که سفه موجب حجر و حمایت حقوقی سفیه است، در تصرفات مالی، در امور کیفری که مربوط به دماء، نفوس، ناموس و

فروج می‌شود باید به طریق اولی مورد حمایت قرار گیرد؛ زیرا این امور از حساسیت و اهمیت بیشتری برخوردار است. (هاشمی، پیشین، ص ۲۷۹)

۲-۲-۱۰- وحدت ملاک

در جاهای مختلف که شرط کمال عقل شده است، شامل عدم سفه، جنون و صغر می‌شود. مانند: شرط کمال عقل در شهادت، چنانکه محقق حلی شرط دوم از شروط صفات شهود را کمال عقل دانسته و آن را اعم از مجنون و سفیه می‌داند می‌نویسد: «الثانی کمال العقل فلا تقبل شهادت المجنون و کذا من يعرض له السهو غالباً ... و کذا المغفل الذی فی جبلته البله فربما استغلط لعدم تفتنه و هو وهم». (محقق حلی، ۱۴۰۸، ص ۱۱۵) ابله که شهادتش مردود شمرده شده است، همان سفیه است؛ زیرا بین جنون و سفه فاصله نیست. (هاشمی، پیشین، ص ۲۸۴) علاوه بر این، ملاک در رافع مسئولیت بودن جنون عدم تشخیص مجنون است؛ بنا بر این هر اختلال روانی که مانند جنون موجب عدم تشخیص در موضوع جرم شود مانند جنون باید رافع مسئولیت شناخته شود و لو بر حسب درجه، به درجه‌ی جنون نباشد؛ اما، در عدم تشخیص مانند جنون باشد حکم جنون را خواهد داشت. (مرعشی، ۱۳۷۹، ص ۵)

۳-۲-۱۰- قاعده تناسب حکم و موضوع

بر اساس این قاعده همانطور که سفیه نسبت به امور مالی و تصرفات در آن‌ها محجور می‌شود به دلیل اینکه درکی از سود و زیان و توان حفظ مال را ندارد می‌توان گفت: راجع به جرایم مالی هم مسئول نباشد و در این حیطة هم از حمایت حقوقی برخوردار می‌گردد. چنان که اگر کسی که عالم به سفاقت سفیه است، در عین حال با او معامله کند، از آن جهت که معامله‌اش باطل است باید عوضین هر کدام به مالک اصلی برگردد. در این صورت اگر مال در دست سفیه تلف شود، به هر دلیل طرف معامله او نمی‌تواند به او رجوع کند چون مثل این می‌ماند که مالش را در دریا ریخته باشد. همین طور است اگر عاریه یا ودیعه یا اجاره کرده باشد. (شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۰، ص ۱۰۷) سوالی که مطرح است این است که آیا با وجود ماده ۲۳۴ ق.م.ا می‌توان گفت که سفه از علل رافع مسئولیت کیفری است؟ در نگاه اول قانون صراحت دارد بر عدم تأثیر سفه در هنگام ارتکاب بزه بر مسئولیت کیفری بزه کار. ماده فوق می‌گوید: «اقرار به قتل عمد از کسی که به سبب سفاقت یا افلاس محجور باشد نافذ و موجب قصاص است».

با توجه به صراحت متن ماده قانونی نسبت به اینکه اقرار نافذ است و موجب قصاص است . می‌رساند که سفه بر مسئولیت سفیه مؤثر نیست از راه دیگر اگر ثابت شود هم قصاص خواهد شد. حقوقدانان اسلامی سفاهت را درجه‌ای از دیوانگی تلقی نکرده، عقل را فارق سفه و جنون شمرده - اند، چنانکه در تمیز میان کودکی و سفیه، بلوغ را ملاک دانسته‌اند. (مغنیه، ۱۴۲۱، ص ۶۳۴) از این رو، سفاهت از عوامل رافع مسئولیت کیفری قلمداد نشده و سفیه را، هر چند در تصرفات مالی محجور است، اما همچنان نسبت به آثار جزایی اعمال خویش مسئول می‌شمارند. (صادقی، ۱۳۸۷، ص ۲۱۱) از مجموع ماده مذکور و بند ۵ ماده ۲۲ می‌توان استنباط کرد که سفه رافع تام مسئولیت از منظر قوانین ایران نیست؛ اما، در مجازات‌های بازدارنده و تعزیراتی می‌تواند عامل مسئولیت نقصان یافته باشد. یعنی از عوامل مخففه خواهد بود.

۱۱- گستره تأثیر سفه بعد از ارتکاب جرم بر مسئولیت کیفری بزه‌کار

با عنایت به ماده ۲۳۴ که مقرر نموده است: «اقرار به قتل عمد از کسی که به سبب سفاهت یا افلاس محجور باشد نافذ و موجب قصاص است.» و با توجه به اینکه سفیه کسی است که واجد ادراک و قوه‌ی تمیز است؛ لکن، در اداره‌ی مالی خود ناتوان است، پس سفه هنگام ارتکاب جرم نیز مؤثر در مسئولیت کیفری بزه‌کار شناخته نشده است، سفه که عارض بعد از ارتکاب جرم باشد به طریق اولی غیر مؤثر در آن است. فقط چون سفیه دارای وضع خاص است عدالت اقتضا می‌کند همانند انسان سالم مجازات نشود به خصوص اینکه وضع حال حاضر او حاکی از وجود این حالت در هنگام ارتکاب جرم نیز هست. (صادقی، پیشین، ص ۲۱۱)

۱۲- نتیجه گیری

به طور کلی می‌توان گفت که در جنون، عته و سفه قبل از ارتکاب جرم بر قواعد کلی تخفیف نسبت به اشخاصی که از توانایی ک می‌برخوردار هستند و احتمال مؤثر بودند این کم توانی در ارتکاب جرم می‌رود حاکم است. زیرا یکی از جهات تخفیف در قانون ایران وضع خاص متهم و سابقه‌ی او شمرده شده است. (بند ۵ ماده ۲۲ ق. م. ا.) همچنین جنون در هنگام یا حین ارتکاب جرم رافع یا مانع مسئولیت جزایی هست و نمی‌توان چنین شخصی را مسئول شناخت. کسی که بعد از ارتکاب جرم مجنون شود به بیمارستان روانی منتقل می‌شود. ولی مسئولیتش باقی است و مجنون در حال جنون اگر سبب ورود ضرر به غیر شود مسئول است؛ بعبارتی دیگر، مسئولیت مدنی مجنون باقی است و رفع نمی‌گردد. همچنین عدم مسئولیت یا نقصان مسئولیت مجنون،

معتوه و سفیه تأثیری بر مسئولیت شریک و معاون ندارد. در حقوق کیفری ایران تصریح به عدم تأثیر سفیه به مسئولیت کیفری شده است و فقط از قاعده عمومی تخفیف می‌توان تأثیر سفیه را هم از موجبات مخففه دانست همچنین حقوق کیفری ایران پایبند اصطلاح حقوقی است، از شخص مبتلا به اختلال شدید همیشه به مجنون و از بیماری او به جنون یاد می‌کند (مواد ۳۷، ۵۱، ۵۲، ۹۵، ۱۸۰ و... قانون مجازات اسلامیه و تبصره ماده ۶ و مواد ۹۵، ۲۸۹، تبصره ماده ۲۹۱ و... قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری).

منابع و مآخذ

- منابع فارسی
- الف کتب
- ۱- آخوندی، محمود؛ آیین دادرسی کیفری، ج ۳، تهران- ایران، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ هشتم، پاییز ۱۳۸۸.
- ۲- اردبیلی، محمد علی؛ حقوق جزای عمومی، ج ۲، تهران- ایران، نشر میزان، چاپ هشتم، پاییز ۱۳۸۴.
- ۳- انوری، حسن، و همکاران؛ فرهنگ بزرگ سخن، ج ۱ و ۲ و ۳ و ۵ و ۷، تهران، انتشارات سخن، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- ۴- جعفری، لنگرودی، محمد جعفر؛ ترجمه‌ی حقوق (یک‌جلدی)، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۷۰.
- ۵- ساریخانی، عادل؛ حقوق جزای عمومی، (بی‌جا) دانشگاه پیام نور، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ۶- صادقی، محمدهادی؛ حقوق جزای اختصاصی (۱) جرایم علیه اشخاص، تهران، نشر میزان، چاپ چهاردهم، پاییز ۱۳۸۷.
- ۷- عمید، حسن؛ فرهنگ فارسی عمید، ج ۱ و ۲، تهران، امیر کبیر، چاپ هفتم، ۱۳۶۹.
- ۸- گلدوزیان، ایرج؛ بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۶.
- ۹- _____؛ حقوق جزای عمومی ایران، ج ۲، تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد)، چاپ چهارم، ۱۳۷۶.
- ۱۰- نوربها، رضا؛ زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۷.
- ۱۱- هاشمی، شاهرودی و همکاران؛ فرهنگ فقه طبق مذهب اهل بیت (ع)، قم- ایران، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت E، ج ۲، چاپ اول، ۱۴۲۶.
- مقالات
- ۱۲- مرعشی، سید محمد حسن؛ «نظرات فقهی و حقوقی در خصوص قضاوت زن از دیدگاه اسلام - بلوغ و رشد»، ماهنامه دادرسی، شماره ۲۱، سازمان قضایی نیروهای مسلح، سال چهارم، مرداد و شهریور ۱۳۷۹.
- ۱۳- هاشمی، سید حسین؛ «دختران؛ سن رشد مسئولیت کیفری»، مجله کتاب زنان، شماره ۲۳، سال ششم، بهار ۱۳۸۳.
- منابع عربی
- ۱- الجوهری، اسماعیل بن حماد؛ الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۵ و ۶، تحقیق احمد بن عبدالغفور عطار، بیروت- لبنان، دار العلم للملایین، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۷.
- ۲- آل عصفور، بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم؛ الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، (تحقیق محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مرقم، قم، دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵).
- ۳- الحر العاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۲۸ و ۲۹، قم، المشرقة، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، الطبعة الثانية، ۱۴۱۴.
- ۴- الشیخ کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی، ج ۳، تحقیق علی اکبر غفاری، ایران، دار الکتب الاسلامیة، الطبعة الثالثة، (بی‌تا).
- ۵- کاشف الغطاء نجفی، جعفر بن خضر مالکی؛ کشف الغطاء عن مهمات الشریعة الفراء، (ط- الحدیث) ج ۴، قم- ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۲.
- ۶- مصطفی، ابراهیم، حامد، عبدالقادر و دیگران؛ المعجم الوسیط، تهران، مؤسسه الصادق للطباعة و النشر، الطبعة الخامسة، ۱۴۲۶.
- ۷- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی؛ عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ۸- نوری، محدث میرزا حسین؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۴، بیروت لبنان، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- ۹- وهیبة، الزحلی؛ الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، دمشق، دار الفكر الطبعة الرابعة، ۱۴۲۷ هجری ۲۰۰۶ میلادی.

- ۱۰- محقق، حلی، نجم الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، قم- ایران، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸.
- ۱۱- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، (حواشی کلانتر) ج ۴، قم ایران، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰.
- ۱۲- مغنیه، محمد جواد؛ الفقه علی المذاهب الخمسة، ج ۲، بیروت- لبنان، دار التیار الجدید- دار الجواد، چاپ دهم، ۱۴۲۱.
- قوانین و مقررات
- ۱- قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری ایران ۱۳۷۸/۶/۲۸.
- ۲- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ اصلاحات و تغییرات و ترمیم قانون اساسی مصوب ۱۳۶۸.
- ۳- قانون اقدامات تأمینی ایران ۱۳۳۹.
- ۴- قانون مجازات اسلامی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۷۰.
- ۵- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۱۳ اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴.
- ۶- قانون مسئولیت مدنی ایران ۱۳۳۹/۲/۷.
- ۷- آیین نامه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری شماره ۱/۸۲/۱۴۳۰۶ - ۱۳۸۲/۹/۴.
- ۸- قانون مجازات عمومی مصوب ۲۳ دی ۱۳۰۴.
- ۹- قانون مجازات عمومی اصلاحی مصوب ۷ خرداد ۱۳۵۲.



وضعیت فقهی و حقوقی پدیده ترانس سکسوالیسم

۱۰

محسن برهانی

استادیار گروه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران

m.borhani@ut.ac.ir

محسن بخشی

دانش آموخته ارشد حقوق خصوصی، قاضی دادگستری استان قم

qommhd@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۰۵.۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۱.۰۸

چکیده

هرگونه تبدیل، اصلاح و یا تغییر که در جنسیت فرد به وجود آید و وضعیت فعلی او از نظر زن یا مرد بودن با حالت سابق او، دارای تفاوت و گوناگونی شود، تغییر جنسیت اطلاق می‌شود و به تعبیر دیگر اختلال در هویت جنسی است. امروزه نسبتاً به راحتی مجوز تغییر جنسیت صادر می‌شود بدون آن که زیر ساختارهای آن مهیا و موارد مورد لزوم فراهم گردند و در کشور ایران نیز قانونی می‌باشد. تغییر جنسیت نه تنها به لحاظ پزشکی بلکه از نظر فقهی و حقوقی بسیار مورد اهمیت است و مسائل جواز یا عدم جواز آن و یا قانونی بودن و مشروعیت آن بسیار مهم می‌نماید چراکه تغییر جنسیت بر عقد نکاح، مهریه، نفقه زوجه و فرزندان، ولایت، سرپرستی و حضانت کودکان، عناوین و نسبت های خانوادگی و ارث تاثیر گذار است. لذا سوال اصلی در مقاله حاضر این است که پدیده تغییر جنسیت دارای چه وضعیت فقهی و حقوقی می‌باشد که به روش توصیفی- تحلیلی و مطالعه کتابخانه ای و جمع آوری منابع سعی شده است مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: تغییر جنسیت، شناسایی، مشروعیت، غی قانونی بودن.

از یک سو مسائل حقوقی و شرعی و قانونی، از سوی دیگر جنبه‌های پزشکی، روان‌کاوانه و ارزشی و اخلاقی و حتی جنبه‌های تاریخی و فلسفی، از «تغییر جنسیت» موضوعی ساخته‌اند که بحث دربارۀ ره‌اش را پایان‌ناپذیر می‌کند. لزوم پرداختن به موضوع تغییر جنسیت از آنجا آشکار می‌شود که با کم شدن حساسیت‌ها در ایران، تعداد بیشتری از اشخاص تقاضای خود را برای «تغییر جنسیت» اعلام می‌کنند. ایران پس از سال‌ها پذیرفته است بعضی افراد می‌خواهند جنسیت خود را تغییر دهند و به آنها اجازه عمل جراحی و گرفتن شناسنامه جدید داده است. آن دسته از ایرانیان که خواست شخصی و امکان مالی دارند می‌توانند با جلب نظر متخصصان پزشکی قانونی و با حکم دادگاه اقدام به معالجات پزشکی نموده و شناسنامه جدید دریافت کنند. امروزه فقهاء و روحانیون از اطلاعات بیشتری درباره «تغییر جنسیت» برخوردارند و نظرات فقهی خود را درباره آن اعلام می‌کنند. عده‌ای از فقهای شیعه، «تغییر جنسیت» را از جمله مسائل جدید شمرده و مورد بررسی قرار داده‌اند. اولین فقهی که در این زمینه مسائلی را بیان نموده است حضرت امام خمینی (ره) می‌باشد که نخستین اجازه مذهبی برای عمل جراحی «تغییر جنسیت» توسط ایشان و برای فردی بنام مریم ملک آرا صادر گردید. در جایی که عمل «تغییر جنسیت» بطور کاملاً قانونی انجام می‌گیرد باید پیامدهای حقوقی این عمل توسط فقهاء و حقوقدانان مورد بررسی قرار گیرد تا تمام ابهامات و مسائل مربوط به آن برطرف گردد. پس ضروری است موضوع «تغییر جنسیت» نه تنها از دید پزشکی، بلکه به لحاظ مباحث حقوقی هم مورد بررسی قرار گیرد.

امروزه در حقوق بسیاری از کشورهای جهان قوانین و مقررات خاصی در مورد پیامدهای حقوقی «تغییر جنسیت» وضع شده است ولی در حقوق ایران در این باره تاکنون مقررات خاصی وضع نشده است. در نتیجه با توجه به اهمیت موضوع و خلأ قانونی موجود، در این تحقیق سعی می‌گردد جنبه‌های فقهی و حقوقی «تغییر جنسیت» مورد بررسی قرار گیرد. این موضوع سؤالات و مسائل زیادی را بدنبال خود دارد. از جمله این مسائل می‌توان مطرح کرد که آیا تغییر جنسیت عملی مشروع است یا هیچ وجه شرعی برای آن وجود ندارد؟ آیا تمام اشخاص می‌توانند تغییر جنسیت بدهند یا اشخاص خاص با وجود شرایط و اوضاع و احوال خاصی حق دارند جنسیت خود را تغییر بدهند؟ نظر قانونگذار ما در مورد تغییر جنسیت چیست؟ آیا جامعه شرایط پذیرش این پدیده نو ظهور را دارد یا خیر؟ تکلیف نکاح، مهریه، ارث، ولایت و سرپرستی کودکان و ... پس از تغییر جنسیت چگونه است؟ آیا راه حل دیگری

غیر از تغییر جنسیت برای افرادی که دچار اختلال هویت جنسی می‌باشند وجود دارد؟ سؤالات فراوان دیگری در مورد این موضوع نو ظهور وجود دارد که تا حدودی در این تحقیق سعی می‌گردد به آنها پرداخته و پاسخ داده شود و رفع ابهام گردد.

۲- کلیات

قبل از شروع بحث مورد نظر لازم است مفهوم و تعریف پدیده تغییر جنسیت را مورد بحث و بررسی قرار داد و نگاهی مختصر به تاریخچه این مبحث کرد.

۲-۱- مفهوم تغییر جنسیت

عنوان «تغییر جنسیت» از نظر لغوی واضح است اما شاید به‌تر بود بجای عنوان «تغییر جنسیت» از عنوان «تشخیص جنسیت» استفاده می‌گردید. زیرا افرادی که نیاز به تغییر جنسیت دارند دچار نوعی ابهام جنسی می‌باشند. عنوان «تغییر جنسیت» که عنوان جدید است و در فقه مورد بررسی قرار گرفته است، در جایی جاری می‌شود که فردی سابقاً جنسیتی داشته است و احکام آن جنسیت بر این فرد جاری می‌شده است ولی اقدام به تبدیلی جنس خود به جنس مخالف نموده است و از زمان تبدیل، احکام جنسیت جدیدش بر او جاری است. فرقی نمی‌کند که تبدیل مذکر به مؤنث باشد یا بر عکس، در تبدیل مذکر به مؤنث آلت تناسلی مردانه بریده می‌شود و مهبل برای آن ساخته می‌شود و آن را عقیم می‌کنند و همچنین پستان‌ها بوسیله تزریق هورمون، بزرگ می‌گردد و در تبدیل مؤنث به مذکر، پستان‌ها بریده می‌شود و آلت تناسلی مردانه ساخته می‌شود و محل تناسلی زنانه از بین می‌رود.

در جایی که شخصی در ابتدای تولدش، در ظاهر مذکر می‌باشد و سپس آثار مؤنث بودن در جسم و روح و روان او قبل و یا بعد از بلوغش ظاهر می‌شود بطوریکه بر صاحبان فن روشن می‌گردد که او از جنس مؤنث می‌باشد و در او عضو بارداری و ویژگی‌های زنانه شبیه به آن می‌باشد و همانا آلت مذکر بودن بیش از یک تکه گوشت شبیه به آلت نیست پس پزشکان او را تبدیل به مؤنث می‌کنند. ولی عکس آن زمانی است که پس آثار مذکر بودن در کسی که در ظاهر مؤنث می‌باشد ظاهر می‌گردد و بوسیله عمل جراحی آلت مردانگی برای او ایجاد می‌گردد. و فرد به جنسیت مذکر ملحق می‌شود. ظاهراً هیچ اشکالی در جواز «تغییر جنسیت» به دو معنای بالا وجود ندارد اما واجب نیست مگر در صورتی که عمل به تکالیف شرعی یا

بعضی از آنها و یا احتراز از محرّمات الهی بدون عمل جراحی و آشکار نمودن جنس واقعی وی ممکن نباشد، در این صورت، عمل جراحی واجب می‌شود. (امام خمینی (ره)، ۱۴۱۱، ۴۷۸)

مورد دیگر این است که برای کسی در ظاهر جسمش هر دو آلت وجود دارد و تشخیص داده نمی‌شود که در کدامیک از مذکر و مؤنث داخل می‌شود و این حالتی است که به آن «خنثی» گفته می‌شود و در فقه برای آن دو قسم ذکر شده است: یکی مشکل و دیگری غیر مشکل می‌باشد. مشکل کسی است که وضعیت او به وسیله امارات طبیعی یا جعل شده از طرف شارع شناخته نمی‌شود و غیر مشکل کسی است که امارات دلالت بر یکی از دو جنس دارد ولو فقط از طریق ظن باشد. اما اولی یعنی خنثای مشکل، اگر بگوییم که امکان ندارد فردی از انسان مصداقی برای دو جنس باشد حقیقتاً پس او یا مذکر است و یا مؤنث، کما اینکه این قضیه بین پزشکان معروف است. بنابراین بعضی قائل شده اند که برای دو نوع جنس انسان، سومی وجود ندارد و دو صنف هم جز بر یکی منطبق نمی‌شوند، پس ظاهراً انجام عملیات جراحی برای تغییر جنسیت در این مورد جایز می‌باشد. اگر هیچ یک از دو جنس در او ظاهر نشد پس این خنثای مشکله است و در فقه برای او احکامی ذکر شده که مبتنی بر احتیاط می‌باشد مثل حرمت نگاه به زن و مرد و جائز بودن نگاه زن و مرد به او و یا حرام بودن نگاه آنها به او بنا بر اختلاف بین علماء، و حرمت ظاهر کردن زینت برای مردان، و عدم جواز ازدواج چه با مرد و چه با زن، و اینکه ارث خنثی نصف ارث مرد و زن است، و تخیر او در قرائت نماز بین بلند خواندن و آهسته خواندن، و جائز نبودن امام جماعت و قاضی بودن او و غیر این احکام. و اگر قائل شدیم که یک فرد انسان دارای دو عنوان زن و مرد با هم و مصداقی برای دو نوع جنس هست حقیقتاً، و اگر قائل شدیم که اجتماع دو آلت تناسلی در یک فرد ممکن باشد، کما این که امکان وقوع آن از بعضی نصوص ظهور دارد، پس آن فرد قبل از ظاهر شدن اینکه از کدام جنس است خنثای مشکل می‌باشد و اگر اثر هر دو جنس در او ظهور پیدا کند حکم به این می‌شود که آن فرد مصداق دو جنس می‌باشد. بنابراین از جهت تشخیص موضوع اثری برای عمل جراحی در چنین شخصی و اظهار اعضای مخصوص یکی از دو جنس وجود ندارد بلکه مقتضای قاعده این است که حکم شود به اینکه او هم مرد است و هم زن، پس احکام هر دو جنس، این فرد را در بر می‌گیرند. البته اگر احکام هر دو جنس با هم تعارض داشته باشند پس یا با یک زن ازدواج کند و او شوهر می‌شود و یا مردی با او ازدواج می‌کند و او زن آن شخص می‌شود و جمع بین آن دو جائز نیست و نمی‌تواند به یکی از دو جنس نگاه کند در غیر موارد استثناء به خاطر تقدم مانع بر مقتضی و حرام است هر کدام از دو جنس به او نگاه کنند.

اما قسم دوم یعنی خشتای غیر مشکل، در این نوع خشتی ظاهراً عمل جراحی در آن جائز است پس اگر به سبب آن به یکی از دو جنس که علائم به آن دلالت می‌کند ملحق شد پس فرد از همان جنس است و اگر به هیچکدام شبیه نشد پس قواعد شرع در آن جاری می‌شود.

۲-۲- تاریخچه تغییر جنسیت

«تغییر جنسیت» برای اولین بار در سال ۱۹۵۲ به عنوان یک موضوع پزشکی در کشورهای غربی مطرح گردید. در آن تاریخ، شخصی بنام الیزابت اقدام به تغییر جنسیت خود نمود که روزنامه نیویورک تایمز این مطلب را درج نموده و تغییر جنسیت را به عنوان یک موضوع اجتماعی مطرح و توجه افکار عمومی را به آن جلب نمود. کم‌کم با شیوع و گسترش این عمل در جامعه و رواج تشخیص‌های متفاوت از طرف پزشکان، متخصصان برای تبادل تجربه و جلوگیری از تفرق نظر و اختلاف در تشخیص و نیز ایجاد وحدت رویه پزشکی، در هر سال اقدام به تشکیل سمپازیم بین‌المللی می‌نمایند که اولین آن در سال ۱۹۹۶ در شهر لندن برگزار شد و هر سال مقررات نمونه و توصیه‌هایی را به پزشکان جهت رعایت مراقبت‌های ویژه قبل و بعد از عمل ارائه می‌نماید. امروزه تمام کشورهای عضو اتحادیه اروپایی غیر از سه کشور و پنجاه ایالت از پنجاه و دو ایالت آمریکا تغییر جنسیت را قانونی اعلام نموده و در مورد آن مقررات خاصی، اعم از قانونی و قضایی، وضع کرده‌اند. بنابراین، موضوع تغییر جنسیت در کشورهای غربی از لحاظ علم پزشکی امری مسلم است و از لحاظ حقوقی نیز مقرراتی در این باره وضع شده است که سیر تکاملی خود را طی می‌نماید.

امروزه در کشورهای اسلامی مواردی از عمل جراحی تغییر جنسیت صورت می‌پذیرد اما چون کاملاً بی‌سر و صدا صورت می‌پذیرد اطلاع کاملی از آنها در دست نیست. تنها پرونده‌ای که در عصر حاضر در کشورهای اسلامی بسیار پر سر و صدا بود، پرونده سید عبا... در کشور مصر است. در سال ۱۹۸۲ سید عبا... که یک جوان ۱۹ ساله، دانشجوی پزشکی دانشگاه الازهر مصر بود، با سلوا جرجیس لیب، روان‌پزشک، تماس گرفت، و اظهار نمود: «او از افسردگی شدید و ناامیدی در رنج است. روانپزشک او را معاینه نمود و متوجه شد که او از بحران جنسیتی در رنج و عذاب است و یا به تعبیر دیگر، او خشتای روانی (الختی النفسیه) است. مدت سه سال او را هورمون درمانی جنسیت مردانه کرد تا شاید بتواند با تقویت گرایش جنس مردانگی او، روان او را با جسمش از بعد جنسی هماهنگ نماید، ولی موفق نشد زیرا پزشکان معتقدند این مریض تا قبل از سن بلوغ با هورمون درمانی، درمان آن ممکن است ولی بعد

از رسیدن به بلوغ ممکن نیست. در نتیجه، جرجیس از درمان هورمونی او منصرف شد و او را جهت عمل جراحی تغییر جنسیت به جبرئیل، پزشک جراح، معرفی نمود. پزشک جراح برای حصول اطمینان بیشتر، مریض را به روان پزشک دیگری بنام هانی نجیب، معرفی کرد و نجیب نیز به همان نتیجه ای رسید که روان پزشک قبلی رسید. ه بود و عمل جراحی تغییر جنسیت از مذكر به مؤنث را تنها راه درمان مریض پیشنهاد نمود. جراح مدت یک سال مریض را هورمون درمانی جنسیت زنانه نمود و لباس زنانه بر او پوشاند تا رفتار روانی و اجتماعی او را آزمایش نماید. مریض این دوره را با موفقیت گذرانده و مشکل خاصی بوجود نیامد.

در اول ژانویه 1988 سید عبدا ... فرم درخواست تغییر جنسیت را امضاء نمود و از جراح، انجام عمل جراحی تغییر جنسیت از مذكر به مؤنث را درخواست نمود. جراح با عمل جراحی، ممیز و علائم جنسیت مذكر را از او برداشت و برای او مجرای مصنوعی خروج ادرار و ممیز مصنوعی زنانه درست کرد که این عمل مطابق است استانداردهای پزشکی روز بود. عمل جراحی با موفقیت انجام شد و مریض در جنسیت جدید احساس نشاط و امید نمود و به حالت معمولی یا طبیعی روانی برگشت. در این مرحله پرونده پزشکی مریض بسته شد و او برای قدردانی از زحمات روان پزشک او ل، نام «سالی» را برای خود انتخاب کرد اما رئیس دانشکده از پذیرش او و اجازه دادن به وی جهت شرکت در امتحانات خودداری نمود و سازمان ثبت احوال مصر نیز از شناسایی او بعنوان یک جنس مؤنث و تغییر شناسنامه او خودداری کرد که بعدها به این نتیجه رسیدند که پزشک جراح مرتکب خطای فاحش پزشکی شده است. در 14 می 1988 سندیکا با ارسال نامه ای به محضر مفتی مصر خواهان فتوی در مورد خنثای روانی شد و سؤال نمود که آیا از دیدگاه شرع مقدس اسلام خنثای روانی قابل قبول است. مفتی مصر، ضمن ظفره رفتن از پاسخ صریح و مستقیم سؤال، فتوی داد: اگر پزشک متخصص قابل اعتماد، تنها راه درمان مریض را عمل جراحی بداند، چنین عملی مجاز و مشروع است. این فتوی، علاوه بر اینکه پاسخ سؤال سندیکا را نداد، مشکل دیگری ایجاد نمود زیرا هر کدام از طرفین پرونده، فتوی را به نفع خود تفسیر نموده و حق را به جانب خود می دادند. در 12 ژوئن 1988 الازهر پرونده را به دادگاه فرستاد و به استناد ماده 240 قانون مجازات مصر، خواهان مجازات جراح به اتهام وارد کردن ناتوانی دائم در مریض و ارتکاب خطای فاحش پزشکی شد. دادستان مصر با مشورت پزشکان متخصص شروع به تحقیق نمود و به این نتیجه رسید که: از دیدگاه متخصصین «سالی» از لحاظ بدنی یک مرد و از لحاظ روانی یک زن بوده است

و پزشک جراح هیچ نوع خطایی را مرتکب نشده است و تمام اقدامات او مطابق با استانداردهای روز علم پزشکی است و پزشک را از اتهام مذکور تبرئه نمود.

سردیکای پزشکی ضمن رد این نتیجه، اقدام به لغو عضویت پزشک جراح از آن سندیکا و جریمه پزشک بیهوش کننده نمود. در اکتبر ۱۹۸۹ سالی موفق به اصلاح شناسنامه و شناسایی جنسیت خود به دولت مصر شد. اخبار و گزارشات رو زنامه‌ها، نشان می‌دهد که پرونده‌های دیگری در مصر در این زمینه وجود داشته ولی این پرونده چون با موضوع گیری الازهر مواجه شد، مشهور و تاریخی شد. همچنین سابقه موضوع تغییر جنسیت در اسلام نیز به صدر اسلام، زمان حکومت حضرت علی (علیه السلام) بر می‌گردد.

۳- وضعیت حقوقی تغییر جنسیت

منظور از وضعیت حقوقی تغییر جنسیت این است که، با توجه به سکوت قانونگذار و فقدان نص قانونی در حقوق ایران، آیا تغییر جنسیت بر مبنای اصول و قواعد حقوقی، امری مجاز و مشروع است یا امری نامشروع و ممنوع می‌باشد؟ در مورد مشروعیت یا ممنوعیت تغییر جنسیت نظریات مختلفی وجود دارد که در مجموع می‌توان نظریات را به سه گروه، ممنوعیت مطلق، مشروعیت مطلق و مشروعیت مشروط تقسیم نمود که عمده دلایل این نظریات بررسی می‌شود.

۳-۱- نظریه ممنوعیت مطلق

افرادی که قائل به ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت می‌باشند در اثبات نظریه خود دلایلی آورده اند که یکی از دلایل این گروه آن است که مجاز بودن تغییر جنسیت مستلزم مجاز بودن برداشت و از بین بردن اعضاء بدن شخص و جایگزین نمودن اعضای مصنوعی جنسیت مخالف در جای آن است. در حالی که، حرمت و ممنوعیت از بین بردن اعضاء بدن از ضروریات است و کسی نمی‌تواند با از بین بردن عضوی از بدن خود به خویش یا با از بین بردن اعضای بدن دیگری به او صدمه وارد کند. در نتیجه، تغییر جنسیت، عملی نامشروع و ممنوع است. (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶، ۲۰۲)

بر این دلیل می‌توان مناقشه نمود زیرا به استناد این دلیل در صورتی می‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق ممنوع دانست که ضرورت ایجاد نکند. اگر شخصی در نتیجه بیماری روانی

یا جسمانی ناچار به برداشت عضوی از اعضاء بدن خویش شود، قاعده مجاز بودن ممنوعات در موارد اضطرار و ناچاری، حاکم بر این دلیل می‌شود و در نتیجه، برداشت یا از بین بردن عضوی از بدن در موارد ناچاری امری مشروع است و به استناد دلیل مذکور نمی‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق ممنوع تلقی نمود. دلیل دیگر نظریه ممنوعیت تغییر جنسیت، غیر مقدور بودن آن است زیرا خداوند انسان را مذکر یا مؤنث آفریده است و هیچ قدرتی نمی‌تواند مذکری را به مؤنث یا بالعکس تغییر دهد. در نتیجه اگر بوسیله مثلاً عمل جراحی، علائم جنسیتی شخصی برداشته شود و یا با تزریق دارو موی صورت مردی ازاله شود و پستان او بزرگ گردد، این شخص در واقع تبدیل به مؤنث نشده است. بر عکس، روی‌اندن مو در رخسار مؤنثی و کوچک کردن پستان او و غیره، بوسیله تزریق دارو، موجب تغییر جنسیت او به جنس مذکر نمی‌شود. به عبارت دیگر، تغییر موضوع مذکر به مؤنث یا بالعکس امری غیر مقدور و ناشدنی است و چون موضوع تغییرناپذیر است، حکم آن نیز ثابت و غیر قابل تغییر است. (همان، ۲۰۲) این دلیل نیز غیر قابل اعتماد است زیرا به استناد این دلیل نیز نمی‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق غیر مشروع دانست، چون موضوع مورد بحث، تغییر جنسیت تمام افراد بشر نیست. در علم پزشکی نیز اعتقاد بر این نیست که تمام افراد قابل تغییر جنسیت هستند، بلکه افرادی که به نوعی ختنی می‌باشند، موضوع تغییر جنسیت نیستند. بنابراین، غیر مقدور بودن تغییر جنسیت، شامل تمام افراد نمی‌شود، بلکه فقط شامل افرادی می‌شود که گرایش جنسی روانی آنها با علائم جنسی بدنشان هماهنگ و همسو است که اکثر انسان‌ها در این گروه می‌باشند و این گروه خارج از موضوع می‌باشند.

همانگونه که بعضی از فقهاء از ظهور آیات استفاده نموده‌اند: خداوند انسان را مذکر و یا مؤنث آفریده است در نتیجه، کسی که دارای علائم جنسی هر دو جنس مذکر و مؤنث است، یکی از این علائم اصلی و دیگری زائد است. بنابراین، مراجعه به متخصص جهت تشخیص جنسیت اصلی و از بین بردن علائم جنسیت غیر اصلی در ختنای بدنی و ختنای روانی نه تنها امری ممنوع نمی‌باشد بلکه امری شایسته و پسندیده است. (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۶۴۲)

موضوع مهم دیگر ملاک تعیین جنسیت است که تا سال ۱۹۷۰ دانشمندان معتقد بودند که ملاک تشخیص جنسیت فقط علائم ظاهری بدن نیست بلکه در تعیین جنسیت یک شخص باید آلت تناسلی، وجود بیضه یا تخمدان و کروموزوم او را در نظر گرفت ولی بعد از تاریخ مذکور، علاوه بر عناصر مذکور، شکل مغز شخص را نیز مؤثر در تعیین جنسیت می‌دانند. دلیل دیگر عدم مشروعیت تغییر جنسیت، همانگونه که بعضی معتقدند، مخالفت آن با مصالح

عمومی است. زیرا قواعدی که وضع مدنی شخص را در جامعه تعیین می‌کند، تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نشده است، هدف مهم اینگونه قواعد تأمین مصالح عمومی است. به همین جهت اشخاص نمی‌توانند برخلاف آنها با یکدیگر توافق کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۷۵)

تمام دلایل معتقدان به عدم مشروعیت تغییر جنسیت، از موضوع منصرف است و به استناد این دلایل نمی‌توان بطور مطلق تغییر جنسیت را غیر مشروع دانست، بلکه این دلایل مواردی را شامل می‌شود که تغییر جنسیت برای شخص مضر و آسیب‌رسان باشد و او به صرف میل خویش اقدام به تغییر جنسیت خود کند ولی در مواردی که تغییر جنسیت بعنوان یک راه درمان یا یک عمل مفید و دارای منفعت عقلایی مشروع انجام می‌شود، دلایل یاد شده نمی‌تواند دلالت بر ممنوعیت آن نماید.

۳-۲- نظریه مشروعیت مطلق

یکی از دلایل نظریه مشروع بودن مطلق تغییر جنسیت، اصل اباحه و عدم دلیل حرمت آن از طرف شارع است. چون اصل، جواز تصرفات است مگر این که دلیلی بر ممنوعیت وجود داشته باشد و دلیلی نیز بر حرمت آن در شریعت وجود نداشته باشد. پس چنین عملی ظاهراً مشروع است.

در این دلیل می‌توان مناقشه کرد زیرا درست است که از طرف قانونگذار دلیل خاصی دال بر عدم جواز و ممنوعیت تغییر جنسیت وارد نشده است ولی چون تغییری جنسیت یک عمل است که شخص و پزشک متخصص آن را انجام می‌دهند، باید دید که آیا انجام هر عملی مجاز است یا مشروعیت انجام هر عملی مشروط به شرایطی است؟ در باب اجاره اشخاص و نیز شرط فعل، که از اعمال حقوقی بارز و مشهوری است که موضوع آن انجام فعل است، همانطوری که صاحب نظران اظهار نموده اند: عمل مورد اجاره یا مشروط باید دارای منفعت عقلایی مشروع و قابل اعتنا باشد. (انصاری، ۱۴۱۰، ۵)

بنابراین اگر شخصی بدون مشکل بدنی و یا روانی قابل توجه، اقدام به تغییر جنسیت خود نماید، چون این عمل نه تنها دارای منفعت مشروع قابل توجه عقلایی نیست، بلکه شخص را گرفتار بحران روحی و روانی می‌نماید، می‌توان به استناد این عمومات، انجام آن را نامشروع تلقی نمود. (حلی، ۱۴۱۱، ۲۸۶)

دلیل دیگری که می توان برای مشروعیت مطلق تغییر جنسیت به آن استناد کرد، قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» می باشد، همانگونه که بعضی برای صحت فروش اعضاء بدن به آن استناد کرده و معتقدند چون این قاعده در سیاق قاعده سلطه مردم بر مالشان است، در نتیجه، همانگونه که مردم حق دارند در مالشان هر تصرفی بکنند، می توانند در بدن خود نیز هر نوع تصرفی را که بخواهند، انجام دهند و یکی از تصرفات مجاز به استناد این قاعده، تغییر جنسیت است. (مؤمن، ۱۴۱۵، ۱۶۳)

هر چند این قاعده عیناً در روایات وارد نشده است ولی می توان آن را از روایات وارده در باب نکاح باکره رشیده، اصطیاد نمود: بعنوان مثال در صحیحه فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زراه و برید بن معاویه از حضرت باقر (علیه السلام) نقل شده است: زنی که مالک خودش است، سفیه و مولی علیها نیست، ازدواج او بدون اذن ولی نافذ است. (حر عاملی، ۱۴۱۲، ۲۰۳)

بنابراین در حجیت این قاعده نمی توان مناقشه نمود، زیرا اولاً از جهت مفهوم قاعده، مفهوم آن نیست که انسان بر خود ولایت و حاکمیت دارد، همانگونه که بر اموال خود حاکم است بلکه آنچه در باب روایت نکاح باکره رشیده وارد است که اگر او مالک خویش است، می تواند مستقلاً ازدواج نماید. ظاهر در این است که اگر می تواند امور خود را اداره کند و مصلحت و غبطه خود را تأمین نماید، می تواند بدون اذن ولی ازدواج نماید. همانطوری که اهل نظر نیز قاعده را اینگونه تفسیر نموده اند. در نتیجه از لحاظ مفهومی، دلالت این قاعده بر سلطه انسان بر خودش مخدوش است. (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۱۷)

ثانیاً بر فرض قبول اینکه، این قاعده دلالت بر سلطه انسان بر خود دارد و سیاق آن مانند سیاق قاعده سلطه بر اموال است، باز ن می توان به استناد این قاعده، تغییر جنسیت را بطور مطلق مشروع دانست، زیرا همانگونه که بعضی معتقدند: قاعده سلطه مشرع نیست و مالک هر تصرفی ولو غیر عقلایی و اسراف، نمی تواند در مال خود انجام دهد بلکه باید تصرفی نماید که از دیدگاه عقلاء، متعارف و معقول باشد. (خویی و توحیدی، ۱۴۱۳، بی تا)

در نتیجه، قاعده سلطه بر نفس نیز در همین سیاق و حدود قرار می گیرد و فقط اشخاص می توانند تصرفی در بدن و نفس خود کنند که عقلایی است. در حالیکه، تغییر جنسیت شخصی که تمایلات جنسی روانی او مطابق با علائم جنسیتی بدنی اوست، از دیدگاه عقلاء، تصرفی نامعقول و نا متعارف است. علاوه بر این، بر فرض اینکه قاعده سلطه مشرع باشد، در این

صورت نیز قلمرو آن محدود به تصرفاتی است که دارای نفع عقلایی است زیرا به استناد اصول و قواعد مسلم حقوقی و سیره عقلاء، تصرفات لغو و زاید و یا دارای مفاسد اجتماعی یا شخصی، مشروع و مورد حمایت قانون نیست. بنابراین، اطلاق قاعده سلطه به این عمومات مقید به تصرفات مفید یا حداقل تصرفات فاقد مفاسد اجتماعی یا شخصی می‌شود. در نتیجه، به استناد این دلایل نیز نمی‌توان تغییر جنسیت را به‌طور مطلق مشروع و مجاز محسوب نمود.

۳-۳- نظریه مشروعیت مشروط

نظریه دیگری که در مورد تغییر جنسیت ابراز شده است، مشروعیت مشروط می‌باشد زیرا مشروعیت هر عملی، همانگونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی به آن تصریح شده است، منوط به وجود منفعت مشروع عقلایی است. در نتیجه، تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که خواهان دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص، تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید تشخیص دهد. در اکثر نظام‌های حقوقی این نظریه پذیرفته شده است و کشورهایی که تغییر جنسیت را مشروع اعلام نموده‌اند، مشروعیت آن را منوط به وجود شرایطی کرده‌اند. شاید ادعا شود که اگر مشروعیت تغییر جنسیت، مشروط به شرایطی شود، مشروعیت آن از واضحات و مسلمات است، زیرا به استناد قاعده «الضرورات تبیح المحظورات» و حدیث رفع، هر عمل ممنوع و غیر قانونی، در شرایط اضطرار، مباح و قانونی می‌شود. ولی این ادعا ناشی از عدم درک درست و صحیح موضوع و شرایط تغییر جنسیت است زیرا اولاً قاعده مزبور در مواردی جاری است که اول منع قانونی وجود داشته باشد و شخص در شرایط اضطرار قرار گیرد، بعد این قاعده از او رفع حرمت یا ممنوعیت می‌نماید ولی بعد از خروج از شرایط اضطرار، ادله حرمت دوباره حاکم می‌شود، در حالی که نسبت به افراد واجد شرایط تغییر جنسیت بر مبنای نظریه مشروعیت مشروط به وجود شرایط خاص، اصلاً ممنوعیت و حرمتی وجود ندارد که قاعده مزبور آن را رفع نماید. به همین جهت نیز مفتی مصر معتقد به وجوب تغییر جنسیت نسبت به افراد خنثای فیزیکی یا بدنی شد، در صورتی که قاعده اباحه شدن ممنوعات در شرایط اضطرار برای مضطر فقط اباحه یا اختیار می‌آورد و نمی‌توان از این قاعده استفاده وجوب یا لزوم نمود. ثانیاً موضوع مورد بحث فراتر از شرایط اضطراری است زیرا ممکن است شخصی با وجود داشتن شرایط تغییر جنسیت، در حالت اضطرار قرار نگیرد. به همین جهت در توصیه‌ها و مقررات نمونه تغییر جنسیت، آن نه بعنوان یک راه درمان بلکه بعنوان یک حق توصیه شده است. بنابراین، مشروعیت تغییر جنسیت مشروط به وجود شرایطی در متقاضی است نه از باب ادله حالت اضطرار بلکه از لحاظ علم پزشکی این شرایط لازم

است تا برای پزشک، موضوع معالجه فراهم شود و از لحاظ علم حقوق نیز این شرایط لازم است تا مورد حمایت قانون قرار گیرد. در نتیجه، این نظریه با واقعیت های علم پزشکی منطبق تر است.

۴- وضعیت فقهی تغییر جنسیت

به فرض که وقوع تغییر جنسیت در خارج امکان داشته باشد، بدون اشکال جایز است؛ زیرا عنوانی به عنوان دیگر تبدیل می شود. توضیح اینکه فردی که به این عمل می پردازد، قبل از عمل، جزء یکی از دو صنف (مرد یا زن) بوده و حکم یکی از این دو را داشته است، اما پس از انجام عمل جراحی، عنوان پیش بر او صدق نمی کند و در نتیجه، دلیل های احکام این عنوان هم او را در بر نمی گیرد، بلکه عنوان جدید بر او صدق می کند و بنابراین، دلیل احکام این عنوان جدید، او را در بر می گیرد و هیچ مشکلی درباره وی تصور نمی شود. بر این اساس، دو عنوان قدیم و عنوان جدید همانند دو عنوان حاضر و مسافرنند. بدین معنی که هیچ بازدارنده ای وجود ندارد که فردی از دایره یکی از این دو عنوان بیرون آمده و در دایره عنوان دیگر داخل شود و با خروج شخص از عنوان قبلی، دلایل عنوان پیشین هم او را در بر نمی گیرد و با دخول در عنوان جدید، دلیل عنوان جدید او را در بر می گیرد. البته بشرطی که در تبدیل عنوانی به عنوان دیگر، مقدمات حرام وجود نداشته باشد و همچنین مقتضای اصل حلیت و اصل برائت، جواز است؛ و قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و أنفسهم» که یک قاعده عقلایی باشد، بر این مطلب دلالت دارد. بنابراین، هیچ دلیلی بر حرام بودن اصل عمل تغییر جنسیت، وجود ندارد.

۴-۱- اشکالات فقهی تغییر جنسیت

در این خصوص اشکالاتی چون تغییر جنسیت به مثابه تغییر آفرینش الهی و تغییر جنسیت به مثابه فعل حرام وارد است که در ذیل این عنوان پیوسته می کنیم.

۴-۱-۱- تغییر جنسیت به مثابه تغییر آفرینش الهی

تغییر جنسیت موجب تغییر آفرینش الهی است که بموجب سخن خدای متعال حرام است: «آنها غیر از خدا، تنها بت هایی را می خوانند که اثری ندارند و یا فقط شیطان سرکش و ویرانگر را می خوانند. خداوند او را از رحمت خویش به دور ساخته و شیطان گفته است: از بندگان تو سهم معینی خواهم گرفت و آنها را گمراه می کنم و به آرزوها سرگرم می سازم و به

آنها دستور می‌دهم که (اعمال خرافی انجام دهند) گوش چهار پایان را بشکافند و آفرینش الهی را تغییر دهند. آنها که شیطان را به جای خدا ولی خود برگزینند، زیان آشکاری کرده اند». جواب اول: آیه اطلاق ندارد؛ زیرا آیه در مقام سرزنش آن چیزی است که مشرکان می‌خوانند و در صدد بیان دشمنی شیطان و سرکشی او و اشاره به اقوال اوست که از سرکشی و واهای مانع فطرت توحیدی و منجر به شرک و نشر بدعت‌های حرام نشأت گرفته است. (سوره نساء، آیات ۱۱۷-۱۱۹) جواب دوم: اگر مطلق تغییر تکوینات حرام باشد، تخصیص اکثر لازم می‌آید که قبیح است. بنابراین، آیه به شهادت آغاز و انجامش، در صدد بیان حرمت تغییرات ناشی از گمراه کردن شیطان است که منجر به امور خلاف فطرت توحیدی از قبیل شرک و بدعت‌های حرام می‌شود.

۴-۱-۲- تغییر جنسیت به مثابه فعل حرام

تغییر جنسیت از دو جهت موجب وقوع فعل حرام می‌گردد. اول اینکه تغییر جنسیت نوعی ایجاد نقص در بدن می‌باشد و نقص، ضرر است و وارد کردن ضرر بر بدن، فعل حرامی است و امکان اتصال آلت تناسلی جنس مخالف، این حرمت را بر نمی‌دارد؛ زیرا وصله کردن و بخیه زدن، نقص را تقویت می‌کند و به حکم حدیث «نفی ضرر» وارد کردن آن حتی بر بدن خود حرام است. دوم اینکه عمل تغییر جنسیت مستلزم نگاه به شرمگاه و لمس آن است که هر دو حرام می‌باشند. بنابراین عمل تغییر جنسیت در کودک، پیش از آنکه به سن بلوغ و تشخیص برسد جایز است و یا در موردی که پزشک جراح شوهر و یا همسر فردی باشد که روی او عمل جراحی انجام می‌شود. بنابراین اصل تغییر جنسیت ممنوعیتی ندارد مشروط بر آن که شخص گرفتار حرام‌های جانبی نشود.

جواب: اشکال دوم را می‌توان با دو جواب رد کرد. اولاً اگر این عمل جراحی به منظور معالجه باشد، مثل اینکه شخص رغبت ویژه‌ای به جنس مخالف داشته باشد به گونه‌ای که در جسم و روح او اختلالاتی به وجود آورد ثانیاً این که در تغییر دادن، مصلحت لزوم آور دیگر و مهمتر وجود داشته باشد. در این دو صورت، تغییر جنسیت به واسطه عمل جراحی اشکالی ندارد؛ اما صورت اول، بخاطر این است که چنین کاری، معالجه است و ضرورت معالجه، کارهای ممنوع را مبلح می‌کند. جواز صورت دوم، بخاطر این است که مصلحت لزوم آور، نسبت به حرمت ضرر رساندن به بدن، از اهمیت بیشتری برخوردار است و حرمت نگاه و لمس نیز به واسطه ضرورت معالجه و اهمیت مصلحت لزوم آور، برداشته می‌شود. به علاوه ممکن است

معالجه کننده همسر شخص باشد؛ بنابراین مجرد قطع عضو تناسلی در مرد یا زن و عوض کردن آن با عضو تناسلی جنس مخالف و بخیه محل آن، شخص را از همسری وی خارج نکند و دست کم در صورت شک، زوجیت را استصحاب می‌کنیم؛ زیرا وصله کردن نیازمند گذر زمان است تا آن عضو بهبودی یافته و جزء بدن شخص شود.

در مورد خشتی (چه مشکل و چه غیر مشکل) قطع یکی از دو آلت تناسلی او برای تقویت دیگری، تغییر جنسیت نیست؛ زیرا یکی از دو آلت تناسلی، زاید است. در خشتای غیر مشکل، به خاطر روشن بودن زایدی یکی از دو آلت، قطع آن موجب تغییر جنسیت نمی‌شود. در خشتای مشکل، عضو ممکن است زاید یا اصلی باشد؛ لذا قطع آن مردد بین تغییر و غیر تغییر است و این، شبهه موضوعیه تغییری است و حکم تغییر بر آن مترتب نمی‌شود و به فرض که تغییر جنسیت حرام باشد، در خشتی حرام نیست؛ چون صدق تغییر جنسیت، بر آن مسلم نیست. معالجه خشتی (مشکل باشد یا غیر مشکل) اشکالی ندارد؛ زیرا ضرورت معالجه، کارهای ممنوع را مباح می‌کند، اگرچه مستلزم نگاه و لمس باشد. از جهت ضرر رساندن نیز حرمتی نیست، زیرا گفتیم که این کار، برداشتن عضو زاید است نه ایجاد نقص، علاوه بر این که در خشتای مشکل، صدق نقص و ضرر، مسلم نیست. همچنین کسی که تنها یک آلت دارد ولی با پوست و مانند آن پوشیده شده، خارج کردن آن از زیر پرده، تغییر جنسیت نیست؛ بلکه ظاهر کردن مرد بودن یا زن بودن است و این اشکالی ندارد؛ اگر چه همراه نگاه یا لمس باشد زیرا چنین عملی معالجه است و ضرورت معالجه، محرّمات را مباح می‌کند.

۴-۲- فروعات فقهی

اگر تغییر جنسیت صورت گیرد، به ناچار فرع‌های زیادی پدید می‌آید که به بررسی برخی از آنها می‌پردازیم.

۴-۲-۱- تغییر جنسیت زن بدون اجازه شوهر

اگر تغییر جنسیت را جایز بدانیم، آیا برای زن بدون اجازه شوهرش جایز است یا خیر؟ شاید بتوان گفت دست زدن به چنین کاری بدون اجازه شوهر، اگر مزاحم حق شوهر از قبیل لذت بردن از او و مانند آن باشد، خروج از اطاعت شوهر و دخول در عنوان «نشوز» است و نشوز به حکم این آیه حرام است: «وَاللّٰتِی تَخَافْنَ نُشُوزَ هُنَّ فَعُظُوهُنَّ...» آن دسته از زنان را که از سرکشی و مخالفت شان بیم دارید، پند و اندرز دهید؛ [اگر مؤثر واقع نشد] در بستر از آنها دوری کنید

[اگر هیچ راهی جز شدت عمل، برای وادار کردن آنها به انجام وظایفشان نبود] آنها را تنبیه کنید و ... (سوره نساء، آیه ۳۴)

طبق فرمایش پیامبر که بر «ولانمنعه نفسها» دلالت می‌کند، اگر شوهر، زن را بسوی خویش بخواند، حرام است که زن خود را از او منع کند و در حال دعوت شوهر برای لذت بردن، اقدام به تغییر جنسیت، نشوز و حرام است، زیرا زن با این کار، خودش را از شوهر منع می‌کند. اینها در صورتی است که دعوت شوهر برای لذت بردن فعلیت داشته باشد. اما اگر دعوت برای لذت بردن، فعلیت نداشته باشد آیا اقدام به تغییر جنسیت حرام است یا خیر، چند وجه وجود دارد: وجه اول: ظاهراً حرام است در صورت فعلیت داشتن دعوت شوهر برای لذت بردن، زن خودش را از او منع کند، لذا شامل جایی که دعوت، فعلیت نداشته باشد، نمی‌شود مگر اینگونه توجیه کنیم که در معرض دعوت بودن کافی است که منع شوهر با تغییر جنسیت بر زن حرام باشد و شاید جایز نبودن خروج از خانه بدو ن اجازه شوهر، از همین جهت باشد، زیرا با خروج، اگر شوهر اراده استمتاع نماید، برایش ممکن نیست، در حالی که حق شوهر است که هر وقت اراده کند بتواند از همسر خود لذت ببرد. اشکالی بر این توجیه وارد است و آن اینکه معلوم نیست آنچه ذکر شد، ملاک وجوب اجازة گرفتن باشد، زیرا احتمال دارد اجازه گرفتن موضوعیت داشته باشد، اگر چه در معرض دعوت برای استمتاع نباشد تا چه رسد به فعلیت.

وجه دوم: وقتی خروج از منزل بدون اجازه شوهر حرام است بطریق اولی خروج از جنسیت بدون اجازه او حرام است، اگر چه او را برای استمتاع دعوت نکرده باشد. این وجه نیز با اشکالی مواجه است، اینکه آنچه ذکر شد اولویت ملاکی است و اولویت ملاکی را نمی‌توان از فتوای کلام استفاده کرد، بلکه احتیاج به قطع دارد.

وجه سوم: اقدام به تغییر جنسیت موجب ضایع کردن حقوق شوهر می‌شود و تضییع حقوق، ظلم و حرام است. همچنین اقدام شوهر به تغییر جنسیت نیز در وقتی که منافات با حق زن داشته باشد، جایز نیست مثل اینکه در شی که بیتوته با زن بر مرد واجب است، اقدام به تغییر جنسیت کند، البته تقسیم بین زن ها واجب باشد، اگر قائل شویم حقوق زن از قبیل حق همخوانی و حق نفقه که با عقد محقق می‌شود، با اقدام به تغییر جنسیت منافات دارد، در این صورت تغییر جنسیت به نحو مطلق بر مرد جایز نیست، زیرا حق زن ضایع می‌شود مگر

چنین توجیه کنیم که همان طور که طلاق جایز است، تغییر جنسیت هم جایز است، زیرا این دو تشابه دارند.

نتیجتاً برای زن و مرد، تغییر جنسیت اگر مزاحم با حق دیگری یا ضایع کننده آن باشد، جایز نیست.

۴-۲-۲- ابطال یا بقاء زوجیت پس از تغییر جنسیت

اگر جنسیت یکی از زن و شوهر تغییر کند، زوجیت از زمان تغییر، باطل می شود زیرا بعد از تبدیل شدن زن به مرد یا بالعکس، باقی ماندن زوجیت امکانپذیر نیست، چرا که ازدواج مرد با مرد یا زن با زن، مشروع نیست. بنابراین زوجیت به خاطر باقی نماندن موضوعش باطل می شود. اگر جنسیت هر دو، زن و شوهر تغییر کند، اگر این دو تغییر همزمان نباشد مثلاً مرد بعد از تغییر جنسیت زن، جنس خود را تغییر دهد باز هم زوجیت باطل است زیرا به مجرد این که زن تغییر جنسیت داد، زوجیت بین آنها باطل می شود و اگر بعد از تبدیل شدن مرد به زن، زوجیت بخواهد برگردد، محتاج دلیل یا عقد جدید هستیم، در حالی که وجود ندارد. اما هرگاه تغییر جنسیت هر دو، همزمان باشد، در باقی ماندن نکاح آنان اشکال است، هر چند حکم هر کدام از زن و شوهر عوض می شود، بدین معنی که حکم شوهر بر زوجه پیشین و حکم زوجه بر شوهر پیشین مترتب می شود. حضرت امام خمینی (ره) بعید نمی داند که زوجیت آن دو باقی باشد، اگر چه احوط آن است که دوباره ازدواج کنند و زن فعلی با غیر مردی که قبلاً زن او بوده، ازدواج نکند مگر آن که با اجازه هر دو طلاق واقع شود. (امام خمینی، ۱۴۱۱، ۵۴۶)

حقیقت زوجیت مذکور، با تغییر جنسیت قطعاً از بین می رود، زیرا زن و مرد در زوجیت موضوعیت دارند و با تغییر جنسیت موضوع اضافه مذکور باقی نماند اما حدوث زوجیت مطلق و کلی، مشکوک است. بنابراین در هیچ کدام استصحاب جاری نمی شود، چون مجری ندارد، زیرا زوجیت خاص قطعاً از بین رفته و حدوث زوجیت مطلق نیز مشکوک است.

۴-۲-۳- تکلیف مهر پس از تغییر جنسیت

هرگاه به سبب تغییر جنسیت، نکاح باطل شود، آیا پرداخت تمام مهریه بطور مطلق بر زوج پیشین واجب است؟ یا بطور مطلق، بر عهده او چیزی نیست؟ یا در صورتی که تغییر جنسیت، پس از آمیزش انجام شده باشد، تمام مهریه و اگر پیش از آمیزش انجام شده باشد، نصف

مهریه بر او واجب است؟ و یا در صورتی که تغییر جنسیت، از سوی زوجه و بدون رضایت زوج صورت گرفته باشد، چیزی بر عهده او نخواهد بود؟ در این مورد چند صورت متصور است .
دلیلی بر ندادن مهر، بطور مطلق وجود ندارد مگر آن که گفته شود : حقیقت نکاح علوت است از معاوضه بضع زن با مهریه و تغییر جنسیت سبب فسخ این معاوضه می شود و به ناچار، هر یک از دو عوض بجای نخست خود باز می گردد و در نتیجه، تمام مهریه ملک شوهر می گردد. بنابراین چیزی بر عهده او نیست، بلکه اگر وی پیش از این مهریه را پرداخت کرده باشد، مهریه و یا عوض آن به او برگردانده می شود. تحقیق مطالب آن است که حقیقت نکاح، از دیدگاه خردمندان، این است که مرد شوهر زن و زن همسر مرد شود و یا هر کدام همسر دیگری باشد و این امر اعتباری، به وسیله ایجاب و قبول میان آن دو تحقق می یابد. بنین معنی که یکی از آنان همسری را ایجاب می کند و دیگری آن را می پذیرد. قوام نکاح، تنها به ایجاب و قبول است و مهریه به منزله هدیه ای است که مرد آن را به همسرش اهدا می کند و قانونگذار اسلام آن را افزون بر ارکان نکاح، واجب کرده است، با این که او نکاح بدون مهر را صحیح می داند.

قرآن کریم، از بسته شدن نکاح، پیش از واجب شدن مهر سخن گفته است و در سوره بقره طلاق پیش از مهریه مقرر شده است و این امر، نشان می دهد که نکاح پیش از مهریه بسته شده است و هر گاه مرد، زن را پیش از تعیین مهریه و پیش از نزدیکی با وی، طلاق دهد در اصل مهر بر او واجب نیست. هر چند بر شوهر واجب است که زن را به اندازه توان مالی خود بهره مند سازد. توانگر به قدر توان خود نادر هم به قدر توان خود. (سوره بقره، آیه ۲۳۶)

خلاصه مطلب اینکه حقیقت نکاح، معاوضه چیزی با مهر نیست تا فسخ آن ایجاب کند که مهر به مالکش برگردد. آن گاه اگر بپذیریم که حقیقت نکاح، عبارت است از معاوضه، لکن این ادعا را نمی پذیریم که باطل شدن نکاح به سبب تغییر جنسیت، به معنای فسخ آن است زیرا فسخ نکاح، در صورتی درخور پذیرش است که از قبیل فسخ به سبب خیار و یا رجوع در طلاق باشد، لکن در اینجا چنین نیست بلکه باطل بودن نکاح، بر اثر نبود امکان بقای اعتبار و زوجیت است زیرا در این مثال، آن دو، به دو مرد و یا به دو زن تبدیل شده اند و دلیلی وجود ندارد بر اینکه عقد و قرارداد پیشین، از هنگام تغییر جنسیت فسخ شود، بلکه در نهایت، این نتیجه بدست می آید که باقی ماندن اعتبار نکاح امکان پذیر نیست.

نتیجه اینکه، ادعای اینکه نکاح عوض مهر است و نیز ادعای این که باطل شدن نکاح، به سبب تغییر جنسیت، گونه ای فسخ نکاح است، مردود می‌باشد. از آنچه گفته شد به دست می‌آید که مهر، اعتبار کردن چیزی است برای زوجه، افزون بر زوجیت. بنابراین مهر از قبیل شرط ضمن عقد است و هر گاه عقد با این شرط، بسته شود و شارع و نیز عقلاء آن را امضاء کنند، اقتضای آن این است که زوجه، مالک مهر می‌شود و قاعده استصحاب ایجاب می‌کند که این مالکیت، حتی پس از باطل شدن عقد، به سبب تغییر جنسیت و بدون وجود تفاوت میان تمام و بعض آن باقی بماند. آنچه گفته شد دلیل دیدگاهی است که می‌گوید: پرداخت تمام مهر بر شوهر بطور مطلق واجب است چنانکه امام (ره) در تحریر الوسیله این دیدگاه را قوی‌ترین دانسته است. اما در صورتیکه تغییر جنسیت پیش از آمیزش صورت گیرد، برای واجب نبودن تمام مهر، به روایات مستفیض و معتبری استدلال شده که واجب بودن مهر را به آمیزش وابسته می‌دانند. از این قبیل روایات صحیحه حفص بن بختری از ابو عبدا ... (علیه السلام) می‌باشد که فرمود: «إذا التقى الختان وجب المهر والعده والغسل». هر گاه به اندازه ختن‌گاه داخل شود، مهر و عده و غسل واجب می‌شود. همچنین صحیحه داود بن سرحان از ابو عبدا ... (علیه السلام) است که فرمود: «إذا أولجه فقد وجب الغسل والجلد والرجم وجب المهر». هر گاه دخول صورت گیرد، غسل، تازیانه، سنگسار کردن و نیز مهر واجب می‌شوند. (حر عاملی، ۱۴۱۲، ۳)

امام (علیه السلام)، آشکارا بیان فرموده است: آنچه سبب واجب شدن تمام مهر می‌شود، عبارت است از نزدیکی و هرگاه دخول صورت نگیرد، تمام مهر واجب نخواهد بود. بر این اساس، وقتی بر اثر تغییر جنسیت یکی از زن و شوهر، پیش از نزدیکی میان آن دو جدایی افتد، تمام مهر بر شوهر واجب نمی‌شود. از ظاهر این روایات بر می‌آید که واجب بودن اصل مهر، بر دخول بستگی دارد و لازمه آن این است که اگر جدایی پیش از دخول صورت گیرد، در اصل مهر واجب نباشد؟ جوابی که می‌توان داد این است که وجوب نصف مهر، امری است که در ذهن هر فرد دینداری جای دارد. بنابراین، باید مقصود روایات واجب بودن تمام مهر باشد و اینکه تمام مهر واجب نمی‌شود، مگر زمانی که نزدیکی به وقوع پیوندد و اگر جدایی، پیش از نزدیکی انجام گیرد، این روایات بر منتفی شدن اصل مهر دلالت ندارند. بنابراین، نسبت به نصف مهر، برابر قواعد عمل می‌شود: باقی ماندن وجوب نصف مهر بر عهده شوهر و باقی ماندن مالکیت زن بر آن، چنان که پیش تر گفته شد. مگر اینکه کسی ادعا کند که روایات یاد شده، به خصوص مورد طلاق انصراف دارند. این ادعا، هیچ دلیلی ندارد زیرا روایات در مقام

بیان موضوع حکم مهر هستند، همانگونه که موضوع حکم عده و غسل و سنگسار را بیان می‌کنند. یا این که کسی ادعا کند که این روایات در مقام بیان خصوص عامل و اجب شدن تمام مهرند، اما مواردی که مهر در آنها نصف می‌شود باید آنها را از دلیل و مقام دیگری جستجو کرد. این ادعا نیز ادعای بدون دلیل است، بلکه همانطور که پیش تر بیان شد، دلیل بر خلاف آن وجود دارد. بنابراین بهتر است که قائل به تفصیل شویم، بدین ترتیب که اگر تغییر جنسیت پس از نزدیکی باشد، تمام مهر واجب است و اگر پیش از نزدیکی باشد، نصف آن و احتیاط آن است که میان دو طرف مصالحه صورت گیرد.

نظریه دیگر درباره تفصیل بدین ترتیب است: اگر همسر، بدون جلب رضایت شوهر اقدام به تغییر جنسیت کند، بر شوهر چیزی واجب نیست و در سایر موارد، پس از نزدیکی، تمام مهر و پیش از نزدیکی نصف مهر، برابر هر دو نظریه واجب است. اما دلیل این تفصیل از این قرار است که شوهر، بدین منظور اقدام به ازدواج و دادن مهر کرده که همسری داشته باشد که با او زندگی کند. بنابراین کسی که همسر او را از دستش خارج کرده و او را تنها گذاشته، نوعی ضرر مالی بر وی وارد کرده است که موجب ضمان می‌شود. از این روی همسری که اقدام به تغییر جنسیت خود کرده، ضامن مهر است و اگر مهر را پیش از این دریافت کرده، باید آن را رد کند و اگر هنوز آن را نگرفته، نباید بگیرد. لکن این دلیل مردود است زیرا درست بودن عقد، با تمام خصوصیاتش ایجاب می‌کند که زن به صرف اجرای عقد ازدواج، تمام مهر را مالک شود و مهر پس از جاری شدن عقد، بر عهده شوهر واجب گردد در حالیکه فرض بر این است که فرد اقدام کننده بر تغییر [زن] مالی را از مرد تلف نکرده است. اما اینکه انسان، بطور طبیعی گرایش به ضمانت دارد بدین سبب است که او به هدفی که در نظر داشته نرسیده است و روشن است که نرسیدن به هدف، در صورتی که موجب دیگری برای ضمانت وجود نداشته باشد، به تنهایی موجب ضمانت سبب نمی‌شود. در نتیجه مهر بطور مطلق واجب است.

۴-۲-۴- تغییر جنسیت زن در زمان عده

امام خمینی (ره) معتقد است که عده زن ساقط می‌شود حتی اگر عده وفات باشد. (امام خمینی، ۱۴۱۱، ۵۶۴) دلیل آن واضح است زیرا عده بر زنان واجب است و در صورتی که زن تغییر جنسیت بدهد از موضوع حکم خارج می‌شود و معنا ندارد که با از بین رفتن موضوع، حکم باقی باشد، چنانکه سایر احکام نیز با منتفی شدن موضوعشان، باقی نمی‌مانند مانند حرمت نگاه کردن به او و وجوب پوشش بر او. امام خمینی (ره) در عبارت خود از لفظ «حتی» در

عده وفات تعبیر کرده اند تا بفهماند این عده نیز منتفی است اگر چه مشروعیت آن بخاطر حکمت رعایت احترام شوهر است. شاهدش این است که ابتدای عده باید از زمان رسیدن خبر [مرگ شوهر به زن] باشد و ممکن است توهم شود که بعد از تغییر جنسیت به جهت احترام همچنان عده باقی است و لذا در عبارت تحریر بالفظ «حتی» به ساقط شدن عده وفات اشاره شد تا این توهم دفع شود.

۴-۲-۵- حق ولایت پس از تغییر جنسیت

تردیدی نیست که هر گاه مادر تغییر جنسیت دهد و به مرد تبدیل شود، بر فرزندان نا بالغ خود ولایت پیدا نمی کند. زیرا عنوانی که برای ولایت ثابت می شود عبارت است از عنوان پدری و مادر به صرف اینکه به مرد تغییر جنسیت می دهد، پدر نفی شود زیرا پدر کسی است که از نطفه او فرزند به وجود آمده باشد و این عنوان، بر کسی که فرزند را در شکم خود حمل کرده و سپس او را زاییده، صدق نمی کند. بلکه حتی دور نیست که ادعا شود: پس از تغییر جنسیت مادر، باز هم وی مادر فرزنداناش گفته می شود و دلیل بر این مدعا، عرف است. اما هر گاه جنس پدر تغییر کند و زن شود نظر امام (ره) بر این است که: «هر گاه جنس مرد به زن تغییر یابد، ولایت او بر فرزندان نا بالغش ساقط می شود». دلیل بر دیدگاه یاد شده این ادعاست: با توجه به اینکه ولایت بر عنوان پدر مترتب است پس از تغییر جنسیت این عنوان بر او صدق نمی کند و یا این ادعاست: ولایت به پدر اختصاص دارد اما با این شرط که ویژگی مردانگی و عنوان آن برای او باقی بماند. (همان، ۵۶۴) بر هر دو ادعا می توان ایراد گرفت. اما ادعای نخست: ممکن است کسی آن را نپذیرد و چنین بگوید که به صرف تشکیل شدن نطفه از منی شخص، عنوان پدری بر او صدق می کند زیرا وقتی مرد با زنش همبستر شود و آنگاه برای همیشه از او ناپدید شود پس این زن بچه ای بزاید، تردیدی نیست که آن مرد، پدر بچه است، با این که هیچ دخالتی در تربیت او نداشته جز اینکه منی خود را در رحم مادر بچه قرار داده و این بچه از آن نطفه بوجود آمده و این مقدار دخالت برای او ثابت است هر چند جنسیت او تغییر یابد. بر این اساس بعید نیست که گفته شود: عنوان پدر در حال حاضر نیز، بر او صدق می کند، از باب صدق مشتق بر کسی که به مصدر این مشتق پیش از این متصف بوده است، زیرا اگر فرزند این زن بگوید: پدر من همین زن است جز اینکه وی پیش از این مرد بوده و اکنون زن شده، سخن او درست خواهد بود و هیچ کس نفی تواند آن را انکار کند. اما ادعای دوم: می توان چنین ادعا کرد که دلیل های ثبوت ولایت پدر از کسانی که حالت زن شدن برای آنان عارضی باشد، انصراف ندارند و این دلیل ها، حتی در حالت تغییر جنسیت نیز شامل حال آنان می شوند و همین ادعا قویتر

است و اگر این ادعا پذیرفته نشود، روشن است که دلیل بر اثبات سقوط ولایت، آشکار شدن اختصاص ولایت به حالت مردانگی است و در غیر اینصورت، اگر کسی ادعا کند که دلیل ها تنها حالت مردانگی را در بر می گیرند، خواهیم گفت: نتیجه سخن شما این است که وقتی پدر به زن تغییر جنسیت دهد، دلیل ها بر ثبوت ولایت او دلالت ندارد لکن بر سقوط ولایت او نیز دلالت ندارند. بنابراین، پس از تغییر جنسیت، می توان بقای ولایت را به برکت استصحاب ثابت کرد. البته ممکن است برای کسی این توهم پیش آید که پس از تغییر جنسیت، موضوع استصحاب باقی نمی ماند. به چنین سخنی نباید گوش فرا داد، زیرا روشن است که این شخص، همان کسی که در پیش، ولایت او بر فرزندان ثابت شده بود بنابراین موضوع باقی است.

۵- شرایط تغییر جنسیت پس از جواز

به طور کلی کشورها را با توجه به تصویب یا عدم تصویب مقررات خاص برای «تغییر جنسیت» میتوان به سه گروه تقسیم نمود: گروه اول کشورهایی هستند که در رابطه با تغییر جنسیت قانون و مقررات خاصی وضع نموده و شرایطی را برای تغییر جنسیت لحاظ کرده اند، مانند آلمان و ترکیه. گروه دوم کشورهایی هستند که قانونی خاص در مورد تغییر جنسیت ندارند ولیکن رویه قضایی در این رابطه دارند مثل انگلستان و فرانسه و یا نمایندگی اداری شرایطی را وضع کرده و تحت این شرایط تغییر جنسیت انجام می گیرد مثل استرالیا. گروه سوم کشورهایی هستند که تغییر جنسیت را غیر قانونی می دانند مثل آلبانی. شرایطی که مورد پذیرش کشورهایی که مقررات خاصی در مورد تغییر جنسیت دارند تا حدودی به هم شبیه است زیرا بیشتر این شرایط برگرفته از علم پزشکی می باشد بطور مثال ماده 40 قانون مدنی جدید ترکیه که از اول ژانویه سال 2002 به اجراء درآمده است شرایطی را برای تغییر جنسیت ضروری می داند: ۱- متقاضی باید حداقل دارای 18 سال باشد. ۲- متقاضی باید در زمان درخواست مجرد باشد. ۳- باید ثابت شود که خواهان، دارای تمایلات جنسی جنس مخالف از زمان طولانی و زیادی بوده است و او به تعبیر دیگر، دارای ماهیت جنسی خشتی یا هر دو جنس است. ۴- لازم است اثبات شود که تغییر جنسیت برای سلامتی روانی و جسمانی او کاملاً مفید است. ۵- باید ثابت گردد که متقاضی از مدت زمانی طولانی عقیم است و با جنسیت فعلی امکان زاد و ولد و تولید مثل برای وی میسر نیست. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۷۹)

در مورد بند اول باید گفت: شرط سنی در بیشتر قوانین کشورها آمده است علت آن را می‌توان دو چیز دانست: اولاً پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد، گرایش‌های جنسی روانی و جسمی اشخاص کاملاً مشخص می‌شود و امکان اشتباه در تشخیص آن کمتر است. ثانیاً پس از سن بلوغ، خود افراد تصمیم به تغییر جنسیت بگیرند و سرپرست و ولی قهری آنان تصمیم به تغییر جنسیت آنها ننماید. به همین جهت در بعضی از کشورها، نماینده محجورین بطور صریح از تغییر دادن جنسیت مولی علیه منع شده است. در مورد بند دوم باید گفت: شرط تجرد نیز به دلیل اهمیتی است که قانونگذاران به نکاح و بقاء آن قائل هستند ضروری دانسته شده است. هر چند در مقررات بعضی از کشورها این شرط ضروری است ولی در مقررات نمونه و استاندارد آگوست ۱۹۹۳، این شرط ضروری دانسته نشده و متقاضی لازم نیست که اگر مایل است از همسر خود طلاق بگیرد ولی بر پزشک معالج شرط شده است که برائت از همسر مریض را نیز تحصیل نماید. در مورد بند سوم باید گفت: در مقررات نمونه احراز شرط سوم بر عهده پزشک معالج گذاشته شده و مقرر شده است، پزشک معالج فقط می‌تواند جنسیت اشخاصی را تغییر دهد که اولاً بطور معقول و معمول متقاعد گردد که تغییر جنسیت وضعیت روانی مریض را بدتر نمی‌کند، ثانیاً مریض بمدت یکسال تحت هورمون درمانی تغییر جنسیت قرار گرفته باشد. در مورد بند سوم و چهارم باید گفت: به نظر می‌رسد که وجود شرط سوم و چهارم برای تغییر جنسیت بر طبق قواعد و اصول حقوقی ایران نیز ضروری می‌باشد زیرا وجود این دو شرط در موضوع و مفهوم درمان نهفته و پنهان است و نمی‌توان بدون وجود مرض و امید به بهبودی، کسی را جراحی یا درمان نمود. در مورد بند پنجم باید گفت: شرط عقیم بودن هر چند در حقوق ترکیه، ضروری دانسته شده است ولیکن در برخی کشورهای دیگر، سابقاً اتفاق افتاده است که اشخاصی با داشتن فرزند و همسر، اقدام به تغییر جنسیت کرده‌اند. در حقوق اسلام نیز با توجه به ماجرای مذکور که حضرت علی (ع) علیه السلام (شخصی را با وجود داشتن فرزند از پسر عموی خویش، به مردان ملحق نمود، می‌توان نتیجه گرفت که شرط عقیم بودن در حقوق اسلام نیز ضروری نیست. نتیجتاً شرایطی را که می‌توان در حقوق ایران برای تغییر جنسیت نام برد عبارتند از: رسیدن متقاضی به سن بلوغ و رشد عرفی و وجود ماهیت دو جنسی اعم از فیزیکی و بدنی یا روانی، جس می و عدم اضرائی بودن تغییر جنسیت برای مریض یا بهتر شدن وضعیت روانی مریض.

۶- شناسایی جنسیت جدید

موضوع دیگری که بررسی آن دارای اهمیت است، شناسایی جنسیت جدید است. در تمام دنیا، سندی در بدو ولادت، صادر می‌شود که هویت حقوقی و جنسی شخص در آن ثبت می‌گردد که در ایران به آن شناسنامه گفته می‌شود. بنابراین، با توجه به نقشی که شناسنامه در معرفی هویت شخص دارد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا افراد تغییر جنسیت داده، حق دارند خواهان اصلاح شناسنامه خود شوند تا نام و جنسیت جدید آنها در آن منعکس گردد؟ در انگلستان، با وجود اینکه رویه قضایی و آراء دادگاه‌ها، تغییر جنسیت را قانونی دانسته است، حق اصلاح شناسنامه یا تعویض آن به افراد تغییر جنسیت داده، اعطا نشده و استدلال شده است: صدور شناسنامه، ثبت واقعه تاریخی است که در تاریخ معینی این واقعه رخ داده است. بنابراین، در روز ثبت و صدور سند، اشتباهی رخ نداده است تا با اصلاح سند، اشتباه مذکور اصلاح شود. در نتیجه، چون صدور شناسنامه، ثبت ولادت شخصی است که در روز ص دور کاملاً مطابق با واقع است و شکی در صحت آن وجود ندارد، نمی‌توان با تغییر یا اصلاح سند، واقعه را مخدوش نمود.

قبل از بحث درباره حق اشخاص در مورد اصلاح شناسنامه، باید اول ماهیت حقوقی شناسنامه روشن گردد که آیا آن، ثبت یک واقعه تاریخی است یا معرف و بیانگر هویت حقوقی شخص در جامعه بشری است. به نظر می‌رسد که آنچه از سیره عقلاء و عرف در مورد شناسنامه استفاده می‌شود، این است که شناسنامه، امروزه بعنوان سند هویت شخص در جامعه است و هرگونه ناهماهنگی که بین ظاهر شخص و مندرجات شناسنامه او وجود داشته باشد، شخص را در تمتع یا استیفاء از بعضی از حقوق خود با مشکل مواجه می‌کند. مثلاً کسی که در شناسنامه مذکر است و تغییر جنسیت داده و مؤنث شده است، نمی‌تواند دیگر از آن استفاده کند و چنین شناسنامه‌ای را عرف، معرف این شخص تلقی نمی‌نماید. ولی در صورتی که شناسنامه او اصلاح گردد و جنسیت فعلی او در آن درج شود، با مشکلی در تمتع یا استیفاء از حقوق خود مواجه نمی‌گردد. بنابراین، به نظر می‌رسد که شناسنامه معرف هویت حقوقی شخص است و ظاهر عبارت ماده 1 قانون ثبت احوال اصلاحی 1368، که در آن مقدر شده است: «وظایف سازمان ثبت احوال کشور به قرار ذیل است: الف) ثبت ولادت و صدور شناسنامه موید این است که شناسنامه معرف هویت حقوقی شخص است زیرا در این ماده ثبت ولادت در کنار صدور شناسنامه، دو وظیفه از وظایف سازمان ثبت احوال شمرده شده است و آن دو از یکدیگر متمایز شده است. علاوه بر این فوایدی از قبیل، اثبات وضعیت شخص، تأمین دلیل و شناسایی وضعیت و احوال شخصیه افراد، که بعضی از حقوقدانان بر وجود شناسنامه

مترتب کرده اند، موید این است که شناسنامه، ثبت یک واقعه تاریخی صرف نیست . (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۵، ۱۰۵-۱۰۴) همانگونه که برخی دیگر، شناسنامه را برگه تعریف کرده اند که احوال شخصیه هر فرد در آن درج شده است . (امامی، ۱۳۷۷، ۱۱۹) در نتیجه، از مجموع مواد قانونی و سیره عقلاء و نظریه حقوقدانان، استفاده می‌شود که شناسنامه معرفت یک واقعه تاریخی صرف نیست، بلکه معرفت هویت حقوقی شخص است و چون نام و جنسیت شخص یکی از عناصر و نشانه های مهم هویت وی می‌باشد، شخصی که با تغییر جنسیت، نام و جنسیت او عوض شده است، چون نام و جنسیت مندرج در شناسنامه منطبق با او نیست باید اصلاح شناسنامه گردد و مقامات عموماً نیز باید شناسنامه او را مطابق با جنسیت جدید اصلاح نمایند.

۷- مرجع شناسایی جنسیت

موضوع مهم دیگر مرجع شناسایی جنسیت و نام جدید است، زیرا از یک طرف به استناد اصل صد و پنجاه و نهم قانون اساسی، دادگستری مرجع عام تظلمات و شکایات است . از طرف دیگر، طبق ماده ۳ قانون ثبت احوال، در مقر اداره ثبت احوال، هیئت بنام هیئت حل اختلاف، مرکب از رئیس اداره و مسئول بایگانی یا معاونین آنها و یک کارمند مطلع امور ثبتی به انتخاب رئیس اداره، تشکیل می‌شود. طبق بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال، یکی از وظایف این هیئت، ابطال سند مکرر و یا موهوم و تصحیح اشتباه در ثبت جنسیت اشخاص می‌باشد. بنابراین در اختلافات ثبت احوالی، دو مرجع رسیدگی وجود دارد و باید دید که شخص تغییر جنسیت داده، باید به کدامیک از این دو مرجع مراجعه نماید و یا به تعبیر دیگر، کدامیک از این دو مرجع صلاحیت رسیدگی به تغییر نام و شناسایی جنسیت جدید شخص را دارند. ممکن است گفته شود چون دادگستری مرجع عام رسیدگی به تظلمات و خواسته ها است و هیئت مذکور مرجع خاص رسیدگی به اختلافات ثبت احوالی است، در تعارض صلاحیت این دو مرجع، تقدم و ترجیح با صلاحیت هیئت است زیرا صلاحیت عام دادگستری بوسیله ماده ۳ قانون ثبت احوال در مورد اختلافات ثبت احوالی محدود شده است و در این موارد، مرجع صالح هیئت حل اختلاف است؛ ولی این احتمال ضعیف است زیرا اولاً صلاحیت هیئت مذکور نسبت به تمام موارد اختلافات ثبت احوالی مسلم نیست و آنچه از صلاحیت این هیئت مسلم است، این است که صالح به رسیدگی اشتباهات کارمندان سازمان مذکور در ثبت احوال اشخاص است و مازاد بر این موارد مشکوک است.

در موضوع مورد بحث، اولاً اختلاف، ناشی از اشتباه کارمند نیست که صلاحیت هیئت نسبت به آن مسلم باشد ثانیاً ادعای تغییر جنسیت و حقوق مترتب بر آن، یک موضوع کاملاً دارای ماهیت حقوقی و قضایی است که باید مقام صالح قضایی درباره آن اظهار نظر کند و دارای ماهیت اداری صرف نیست که مقام اداری (هیئت حل اختلاف ثبت احوال)، درباره آن اظهار نظر نماید. همانگونه که دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره 504، این نظریه را تأیید نموده است : موضوع رأی عبارت از این است که شخصی در تاریخ 1361/12/23 خواهان تغییر نام فرزند خود از محمد حسین به سمیه و اصلاح جنسیت او از مذکر به مؤنث می شود. هیئت حل اختلاف اداره ثبت احوال شیراز به استناد بند 4 ماده 3 و دستورالعمل شماره 97 سازمان ثبت احوال، مبنی بر اینکه تغییر جنسیت در صلاحیت هیئت حل اختلاف نمی باشد، رأی بر عدم صلاحیت خود صادر نمود و پرونده را برای بررسی قضایی به شعبه سوم دادگستری شیراز ارجاع داد. (قربانی، ۱۳۷۵، ۲۹۷)

شعبه مذکور نیز رأی بر عدم صلاحیت خود صادر و موضوع را در صلاحیت هیئت دانست. پرونده در شعبه 13 دیوان عالی کشور مطرح و این شعبه نظریه هیئت حل اختلاف را، به این دلیل که به استناد بند 4 ماده 3 قانون ثبت احوال، هیئت صالح رسیدگی به اختلافی است که ناشی از اشتباه کارمند باشد را تأیید نموده و دادگستری را صالح رسیدگی به موارد تغییر جنسیت دانست. ولی در پرونده دیگری، که شخصی خواهان تغییر نام فرزند خود از مجید به مریم یا با تغییر جنسیت از مذکر به مؤنث می شود، شعبه سوم دادگستری شیراز، هیئت حل اختلاف را صالح برای رسیدگی دانست و شعبه 18 دیوان عالی کشور نیز این نظر را تأیید نمود. در نتیجه، بین دو شعبه دیوان عالی کشور درباره موضوع واحد و مشابه، تعارض و اختلاف نظر بوجود آمد که قضیه برای مطرح شدن در هیئت عمو می دیوان، واجد شرایط شد و دیوان به شرح زیر اعلام نظر کرد : «درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی از حیث جنسیت (ذکور به اناث یا بالعکس) از مسایلی است که واجد آثار حقوقی می باشد و از شمول بند 4 ماده 3 قانون ثبت احوال، خارج و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم دادگستری است. بنابراین رأی شعبه 13 دیوان عالی کشور که نتیجتاً بر اساس این نظریه صادر شده، صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی، مصوب 1328، برای دادگاه ها و شعب دیوان عالی کشور در موارد مشابه، لازم الاتباع است.» بنابراین، همانگونه که دیوان عالی کشور نیز در رأی مذکور، تأیید نموده است، مرجع

رسیدگی به صحت و درستی تغییر جنسیت و شناسایی آن، دادگستری است و هیئت حل اختلاف ثبت احوال فاقد صلاحیت رسیدگی به این موارد است.

۸- نتیجه گیری

متون علمی، در حال حاضر درمان این اختلال جنسی را پیچیده و به ندرت موفقیت آمیز می‌دانند و اغلب در جهت کنار آمدن با اختلال و یا آماده سازی برای جراحی گام بر می‌دارند. پس تصمیم گیری و اقدام به عمل تغییر جنسیت بسیار سخت و پیچیده می‌باشد چرا که مواردی یافت گردیده پس از تغییر جنسیت، افراد از جنسیت جدید خود ناخشنود بوده و پشیمان می‌باشند. تغییر جنسیت بعنوان آخرین تیر جهت به بود اختلال جنسی مطرح می‌باشد. اگر بتوان از راه کارهای دیگری، اختلال هویت جنسی فرد را برطرف و بهبود بخشید، نیاز به تغییر جنسیت که ممکن است عواقب بدی داشته باشد نیست.

یکی از راه کارهایی که امروزه پیشنهاد می‌گردد، روان درمانی جهت درمان اختلال هویت جنسی می‌باشد. با توجه به سابقه موفقیت آمیز این نوع از درمان که در دست است بکارگیری این روش پیش از تصمیم گیری زود هنگام به جراحی، لازم می‌باشد. اگرچه درمان این اختلال پیچیده بوده و به ندرت امکان بازگرداندن اختلال وجود دارد. بعلاوه اغلب بیماران که برای روان درمانی مراجعه می‌کنند برای اضطراب یا افسردگی ناشی از مشکل خود است. روان درمانی هم اغلب در جهت آموزش راه های کنار آمدن با این اختلال و نه تغییر آن عمل می‌کند. از راه کارهای دیگر که در مورد درمان اختلال هویت جنسی پیشنهاد شده، انجام آزمون زندگی واقعی (زندگی در نقش جنس مخالف)، می‌باشد. در مواردی اتفاق افتاده که فرد تغییر جنسیت یافته پس از مدتی که با جنسیت جدید خود زندگی می‌کند کاملاً پشیمان شده و خواستار جرمیت قبلی خود می‌باشد و شاید بازگشت، امری ناممکن باشد. میزان انصراف از تبدیل به جنس مخالف بعد از آزمون زندگی واقعی و هورمون درمانی، 50٪ ذکر می‌شود که این امر نیز درمان زود هنگام جراحی تغییر جنسیت را زیر سؤال می‌برد. (ظهیرالدین و اربابی، ۱۳۸۴، ۱۵)

موضوعی که در علم پزشکی به عنوان تغییر جنسیت مطرح می‌باشد با نظریه مشروعیت مشروط موافقت بیشتر داشته و منطبق تر است. بنابراین تغییر جنسیت اگر با رعایت تمام استانداردهای روز پزشکی بر حسب تشخیص متخصص انجام شود، با قواعد و اصول حقوقی منطبق بوده و با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی ندارد. اما باید در نظر داشت که تغییر جنسیتی که

توسط متخصص پیشنهاد می‌گردد باید بعنوان آخرین راه باشد و اگر امکان بهبود اختلال توسط راهی غیر از جراحی وجود داشته باشد اقدام به تغییر جنسی تغییری معقول و حتی غیر مشروع می‌باشد.

منابع و مأخذ

- الف) کتب
- کتب عربی
- ۱- قرآن کریم
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج 3 (بیروت، مؤسسه النعمان، 1410 ه.ق).
- ۳- -----، نکاح (قم، بی نا، 1415 ه.ق).
- ۴- حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج 26 (قم، مؤسسه آل البيت، 1412 ه.ق).
- ۵- حلی، محمد بن ادریس، سرائر، ج 3 (چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، 1411 ه.ق).
- ۶- خویی، سید ابوالقاسم، محمدعلی توحیدی، مصباح الفقاهه، ج 2 (قم، مؤسسه انصاریان، بی تا).
- ۷- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج 2 (بیروت، دارالهدی، 1412 ه.ق).
- ۸- مدنی تبریزی، سید یوسف، المسائل المستحدثه (چاپ چهارم، قم، انتشارات دهقانی، 1416 ه.ق).
- ۹- موسوی، سید روح الله (امام خمینی)، تحریر الوسیله، ج 2 (نجف، مطبعه الآداب، 1411 ه.ق).
- ۱۰- مؤمن، شیخ محمد، کلمات سدیدہ (قم، مؤسسه نشر اسلامی، 1415 ه.ق).
- کتب فارسی
- ۱۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج 4 (چاپ شانزدهم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷).
- ۱۲- صفایی، دکتر سید حسین، قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین (تهران، سمت، 1375).
- ۱۳- قربانی، فرج الله، مجموعه آراء وحدت رویه قضایی (چاپ چهارم، تهران، گیتی، 1375).
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج 1 (چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس، 1372).
- (ب) مقالات
- ۱۵- باریکلو، علیرضا، وضعیت تغییر جنسیت، مجله اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره پنجم، زمستان 1382.
- ۱۶- ظهیرالدین، علی رضا و اربابی، مهدی، روان درمانی موفقیت آمیز چهار مورد اختلال هویت جنسی، مجله علمی پزشکی قانونی، دوره یازدهم، شماره سی و هفتم، فصلنامه بهار، ۱۳۸۴.