

## سیستم «قانونی بودن» و سیستم «موقعیت داشتن» تعقیب کیفری<sup>۱</sup>

رسیدگی به امر کیفری تابع اصول و قواعدی است که اجرای درست و دقیق آن در مبارزه با بزهکاری و پیشگیری از آن نقش عمده و اساسی دارد. با اهمیتی که علمای حقوق برای این اصول و قواعد در نیل به اهداف يك حقوق جزای پیشرفته قائل هستند، بنابراین چگونگی آن باید بر اساس مصالح اجتماعی و فردی و به موازات تحول قوانین جزای ماهوی و بالاخره، مقتضیات سیاست کیفری روز تدوین و تصوب شود. هر چند به نقل از منتسکیو دانشمند مشهور و نویسنده کتاب روح القوانين و نیز بکاریا بنیانگذار حقوق جزا که می گویند منافع جامعه اقتضا می کند که قانون آیین دادرسی کیفری آن، متضمن قواعدی باشد که در کشف سریع جرم و به کیفر رسانیدن مسلم و حتمی مرتکب، تأثیر قاطع داشته باشد، لیکن به عقیده حقوقدانان امروز، در حفظ منافع جامعه، نباید از منافع فرد چشم پوشی و صرف نظر شود. اگر محاکمه و مجازات بزهکار مطلوب جامعه و منطبق با عدالت است، این عدالت اقتضا می کند که متهم نیز از حقوق دفاعی، از جمله اثبات برائت خود برخوردار

---

1- le système de la légalité et le de système de l'opportunité de la poursuite pénale,

باشد و آزادی او تا زمانی که مسئولیت کیفری و گناهکاریش احراز نشده سلب نگردد.

بنابراین، آیین دادرسی کیفری که باید حفظ حقوق جامعه را بنماید، باید همچنین حقوق دفاعی و آزادیهای فردی را تضمین کند. و بدون رعایت این حقوق، عدالت واقعی در امر کیفری هرگز وجود نخواهد داشت.<sup>۲</sup> و همانطور که گفته شده، در يك سیستم خوب و ایده آل رسیدگی کیفری، مقتضیات جامعه و فرد، توأماً باید در نظر گرفته شود.<sup>۳</sup> در واقع همین هدف حفظ و حمایت منافع توأم بود که قوانین جزائی در نوآوریهای خود به دادگاههای کیفری اجازه دادند که در صورت مقتضی حکم محکومیت یا مجازات را معلق و در مرحله اجرای مجازات، زندان را به آزادی مشروط بدل کنند و سپس بزهکار را تحت يك سری تدابیر گسترده مراقبتی و تربیتی قرار دهند. غرض از ایجاد این قواعد رهایی بزهکار از مجازات نبوده، بلکه معتقد بودند از طریق اجرای برنامه‌های اصلاحی و تربیتی، بهتر به هدف پیشگیری جرائم می‌توان تحقق بخشید و در نتیجه منافع جامعه و فرد هر دو به نحو مطلوب تأمین می‌گردد. چون تعقیب و مجازات سریع و مسلم بزهکار در محدوده مصالح جمعی و فردی باید مطرح و پذیرفته شود، پس قواعد آیین دادرسی کیفری نیز باید حتی الامکان نیل به این هدف را میسر سازد.

تعقیب کیفری یکی از مباحث مهم آیین دادرسی کیفری است که پاره‌ای از قواعد آن خصوصاً مورد توجه تئوریسین‌های حقوق جزا قرار گرفته است. چندان که به منظور تحقق بخشیدن به اهداف مجازات در مصالح فرد و جامعه، لزوم تعقیب یا عدم تعقیب کیفری را، در محدوده اختیارات و تکالیف مقام صلاحیتدار در امر تعقیب، به بحث و تبادل افکار در مجامع بین‌المللی گذاشته‌اند. و قانونگذاران نیز

---

2- Stefani (G.), Levasseur (G.), Procédure pénale, 1973, p. 2

3- Bouzat (P.), Pinatel (J.), Traité de Droit pénal et de Criminologie, t. II, p. 889

در تنقیح و اصلاح قواعد دادرسی کیفری این مهم را نادیده نگرفته‌اند. آنچه توجه حقوقدانان را در این زمینه به خود معطوف داشته، تصمیم به اقدام یا خودداری از تعقیب کیفری است که امروزه با روشهای مختلف مورد قبول و تصویب قانونگذاران قرار گرفته است.

تصمیم به تعقیب کیفری یا به اصطلاح به حرکت در آوردن امر تعقیب، اصولاً<sup>۱</sup> در صلاحیت دادسرا و به عهده دادستان<sup>۲</sup> است که وظایف او در قانون معین شده است. از جمله وظایف مهم دادستان در امر تعقیب این است که وقتی از وقوع جرم مطلع شد و شرایط اجتماع ارکان مربوط به جرم (عناصر قانونی، مادی، معنوی) را احراز نمود و هیچگونه مانعی از قبیل جنون، فوت متهم، صغر و غیره وجود نداشت رأساً<sup>۳</sup> یا توسط بازپرس به امر تحقیقات مقدماتی می‌پردازد. یعنی در واقع تعقیب کیفری را به حرکت در می‌آورد. لیکن باید دید علی‌رغم تحقق شرایط لازم برای تعقیب اگر در موارد خاصی دادستان مواجه شد به این که تعقیب کیفری به جز زبان جامعه و فرد نتیجه‌ای ندارد آیا مصلحت اقتضا نمی‌کند که مخیر باشد از تعقیب کیفری صرف نظر نماید؟ این مسئله‌ای است که درباره آن دو نظریه حقوقی مختلف

---

۱- باید توجه داشت که در جرائم قابل گذشت تصمیم به تعقیب کیفری منحصرأ متعلق به شاکی خصوصی است و با گذشت او امر تعقیب موقوف می‌شود. (به ماده ۶ و ۸ قانون آیین دادرسی کیفری مراجعه شود). مثل صدور چک بلامحل که دادسرا رأساً حق تعقیب کیفری را ندارد و با گذشت شاکی، قرار موقوفی تعقیب متهم صادر می‌شود.

۲- در ایران، دادسراها بخشی از سازمان قضائی کشور هستند که به موجب قانون اصول تشکیلات دادگستری به دادسراهای شهرستان و استان و دیوان کشور تقسیم شده بودند لیکن طبق لایحه قانونی تشکیل دادگاههای عمومی مصوب ۵۸/۶/۲۰ دادرای استان حذف و دادسراها به دادرای عمومی (شهرستان) و دادرای دیوان کشور تقسیم شدند. به هر حال تصمیم به تعقیب کیفری با دادرای عمومی است.

۳- در ایران طبق ماده ۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیقات مقدماتی در امور جنحه به وسیله ضابطین دادگستری و تحت نظارت و تعلیمات دادستان انجام می‌شود و دادستان می‌تواند تمام یا قسمتی از تحقیقات مقدماتی را شخصاً یا به وسیله دادیاران خود انجام می‌دهد.

طرح و ابراز شده است :

۱- دادستان مکلف به تعقیب کیفری متهم است و مطلقاً حق ندارد از این اقدام خودداری نماید. این نظریه منطبق است با سیستمی که به آن « قانونی بودن » تعقیب می گویند.

۲- دادستان اختیار در سنجش و تشخیص مصلحت را دارد و می تواند چنانچه مقتضی بداند از تعقیب کیفری خودداری و دستور بایگانی پرونده را صادر نماید. این مورد دوم منطبق است با سیستمی که به آن « موقعیت داشتن » تعقیب کیفری می گویند.

اینک باید دید کدامیک از این دو سیستم متفاوت برای داد گستری و یک سیاست کیفری پیشرفته بهتر است.

با تحلیلی که از مختصات هر یک از آنها به عمل آمده<sup>۱</sup> راه انتخاب برای قانگذاران در تجدید و تنقیح مقررات کیفری باز گذاشته شده است. چنانکه در قوانین موضوعه هر دو سیستم به چشم می خورد.

قبل از بررسی موضوع، یاد آور می شود در مواردی که جرم منحصرأ جنبه خصوصی داشته و تعقیب کیفری منوط به تصمیم شاکی خصوصی است و یا یکی از علل سقوط دعوی، مثل مرور زمان، عفو عمومی، فوت متهم، اعتبار امر محتم ملاحظه گردد یا اینکه دلائل کافی در ارتکاب بزه انتسابی موجود نبوده و یا عمل مطلقاً جرم نباشد مسئله قانونی بودن و موقعیت داشتن تعقیب کیفری اساساً قابل

---

۱- مسئله انتخاب بین سیستم قانونی بودن و موقعیت داشتن تعقیب کیفری طی جلسات کنگره های بین المللی بسیار مورد بحث قرار گرفته است. از آن جمله به اتحادیه بین المللی حقوق جزا در بروکسل سال ۱۸۸۹ و آخرین کنگره لاهه ۱۹۶۴ و پنجمین کنگره بین المللی حقوق جزا در ژنو سال ۱۹۴۷ و بالاخره کنگره بلژیک در ۱۹۶۳ اشاره شده است.  
نقل از کتاب :

Le ministère public entre son passé et son avenir, par  
Michèle Laure Rassat, Paris, 1964



طرح و بررسی نیست. زیرا در موارد ذکر شده که احتمالاً و حسب مورد به موقوفی یا منع تعقیب متهم منتهی می‌شود، هر چند عدم تعقیب کیفری در پی سنجش و بررسی دقیق صورت گرفته است، لیکن این قبیل تصمیمات دادسرا بر مبنای سنجش مسئولیت‌ها و سایر قواعد حقوق جزا گرفته می‌شود و مستقل از مواردی است که عدم تعقیب کیفری بر اساس سنجش به علت «موقعیت نداشتن» تعقیب صورت می‌گیرد.

## گفتار نخست

### سیستم قانونی بودن تعقیب کیفری

حق تعقیب کیفری و اقامه دعوی عمومی که غالباً منتهی به صدور حکم مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی علیه بزهکار می‌گردد، متعلق به جامعه است که نظم آن به علت ارتکاب جرم مختل شده و جامعه اعمال این حق را به دولت تفویض نموده است.

دولت در اجرای عدالت در مقابل اجتماع مکلف به تنبیه و مجازات کسانی است که مرتکب جرم می‌شوند. در نتیجه دادستان به نمایندگی از جامعه در صورت وقوع جرم و وجود دلائل علیه بزهکار ملزم به تعقیب کیفری است. و چون دادستان صاحب حق محسوب نمی‌شود بلکه فقط موظف به اعمال آن است لذا اختیاراتش محدود است. و از این محدودیت نتیجه می‌شود که اولاً، حق ندارد مثل شاکی خصوصی با متهم توافق نموده و با صلح و سازش از تعقیب کیفری انصراف حاصل کند. ثانیاً، وقتی که دعوی عمومی را شروع کرد نمی‌تواند از پژوهش و فرجام نسبت به احکام جزائی که به نفع متهم صادر شده خودداری نماید.

دادستان ملزم است به محض اطلاع از وقوع جرم حسب گزارش ضابطین دادگستری و یا شکایتهای خصوصی، در صورت وجود دلائل بسو وقوع و انتساب

آن به متهم، تعقیب کیفری را به حرکت در آورد. در نتیجه به جریان انداختن تعقیب و اقامه دعوی عمومی علیه مرتکب جرم از هر درجه‌ای که باشد مطلقاً به میل و اراده دادستان گذارده نشده است. این قاعده‌ای است که مورد قبول غالب قوانین خارجی به پیروی از سیستم قانونی بودن تعقیب قرار گرفته و به آن عمل می‌شود. این سیستم از لحاظ تئوری چنین توجیه شده است که اولاً، برابری و مساوات مجرمین را در مقابل قانون به خوبی تضمین می‌کند، زیرا هر کسی که مرتکب جرم شد مثل سایر مجرمین به همان نحو تعقیب و محاکمه و مجازات خواهد گردید. ثانیاً، منطبق با اصل تفکیک قواست، زیرا قانون جزا ناشی از تصمیم قوه مقننه است که برای مقامات قضائی و اجرائی جنبه آمرانه دارد و موظف به اعمال آن هستند و به هیچ وجه صلاحیت تغییر آن را ندارند. اگر عملی به موجب قانون جرم شناخته شده است قصد قانونگذار بدون تردید تعقیب و مجازات بزهار بوده است. و چنانچه دادستان علی‌رغم دلائل کافی از تعقیب متهم انصراف حاصل نماید نقض مقرراتی را نموده که تا زمانی که قانونگذار صریحاً یا ضمناً آن را فسخ نکرده لازم‌الاجرا است.

## گفتار دوم

### سیستم موقعیت داشتن تعقیب کیفری

در این سیستم، دادستان اختیار بسیار وسیعی در تصمیم به تعقیب یا عدم تعقیب کیفری دارد. به عبارت دیگر دادستان می‌تواند با سنجش موضوع و تشخیص مصالح کلی، هر چند وقوع جرم محرز و مدلل باشد مع‌هذا، نظر به جهات خاصی، سوای علل تعیین شده در قوانین جزائی، از تعقیب کیفری خودداری کند و دستور بایگانی پرونده را بدهد. شرط اعمال این سیستم همان‌طور که در مقدمه بیان شد این است که تعقیب کیفری منحصرأ و رأساً متعلق به دادسرا باشد و موانعی برای تعقیب جرم وجود نداشته باشد.

حدود اختیار دادستان در استفاده از سیستم موقعیت داشتن تعقیب کیفری در کشورهایی که این قاعده را پذیرفته‌اند متفاوت است؛ در فرانسه اختیار دادستان در این زمینه محدود است به مرحله شروع یا ابتدای رسیدگی. لیکن به محض اینکه نتیجه سنجش دادسرا تصمیم به تعقیب کیفری بود و پرونده وارد مرحله رسیدگی و تحقیقات مقدماتی شد، دادستان تابع قاعده قانونی بودن تعقیب است و حق ندارد با عدول از تصمیم اولیه، تعقیب را به علت موقعیت نداشتن ترك و یا از ادامه آن خودداری کند. در حالی که در برخی دیگر از کشورها، دامنه شمول استفاده از این قاعده کلی است. یعنی به دادستان اختیار داده شده، در تمام مراحل، حتی در مرحله رسیدگی دادگاههای کیفری، اعم از بدوی، پژوهشی و فرجامی، در صورت سنجش و موقعیت نداشتن، از تعقیب کیفری و دعوی عمومی امتناع ورزد و مانع ادامه رسیدگی بازپرسان و یا دادگاههای کیفری شود.<sup>۱</sup>

## گفتار سوم

مزایا و معایب سیستم‌های قانونی بودن و موقعیت داشتن تعقیب کیفری

### ۱- مزایا و معایب سیستم قانونی بودن تعقیب

از مزایای این سیستم، همان‌طور که قبلاً اشاره شد، تضمین اجرای عدالت یکسان در مورد بزه‌کاران است. زیرا به موجب این اصل، هر کس مرتکب جرم شود، در صورت اجتماع عناصر لازم در احراز بزهکاری، تعقیب و مجازات خواهد شد و دادسرا مطلقاً نمی‌تواند نظریات شخصی و خصوصی خود را اعمال نماید. در نتیجه بی‌طرفی دادسرا در تعقیب جرائم تأمین و تضمین خواهد شد.

از معایب آن این است که چنانچه جرم بر اثر عللی سواي عوامل رافع مسئولیت کیفری ارتکاب یابد و تمایلات جسامه در تعقیب کیفری نسبت به چنین

---

1-Stefani et Levasseur, op. cit, p. 365

بزه‌ای، انعطاف و اغماض بیشتری باشد دادستان در محدوده اجرای اصل قانونی بودن است و جز تعقیب کیفری حق ارزیابی موضوع و اعمال افکار عمومی را ندارد. بنابراین، اصل مذکور مخالف با سیاست کیفری روز است. به علاوه، تراکم زیاد پرونده‌ها در دادسراها و مراجع قضائی به علت تعقیب جرائم از هر درجه اهمیت، موجب می‌شود که به علت نبودن فرصت کافی، پرونده‌های مهم از دقت و توجه لازم برخوردار نگردد.

## ۲- مزایا و معایب سیستم موقعیت داشتن تعقیب کیفری

قبول این سیستم در آئین دادرسی کیفری، در حله اول، موافق با افکار عمومی است. زیرا جامعه تعقیب و مجازات بزهکاران را در جرائم مهم مثل قتلها، ایراد ضرب و جرحهای عمومی بیشتر اهمیت می‌دهد تا بعضی جرائم از درجات خفیفتر. در منافع جامعه است، زیرا دادسرا با سنجش موضوع، در صورتی که تعقیب کیفری برای جامعه مفید نباشد از تعقیب کیفری خودداری می‌کند. به این ملاحظه می‌گویند طرح این سیستم تا حدودی از دکتترین سودمندی مجازات الهام گرفته که اعتقاد دارد مجازات باید برای اجتماع مفید باشد و اثر پیشگیری در ارتکاب جرائم را داشته باشد.

با توجه به اینکه اعمال این سیستم مشروط به بررسی تمامی شرایط و عوامل مربوط به جرم و مختصات بزهکار است. بنابراین در عمل نوعی فردی کردن امر جزائی است که در حقوق جزای کنونی برای آن اهمیت زیادی قائل هستند.<sup>۱</sup> عدم تعقیب کیفری به لحاظ موقعیت نداشتن، راه حل مفیدی است در مصالح فرد بزهکار. زیرا در جرائمی که مجازات آن حبس کوتاه مدت است و بزهکار فاقد پیشینه کیفری است لااقل با استفاده از این قاعده، از آثار زیانبار ناشی از این قبیل حبسها جلوگیری می‌شود. هر چند امروزه در مورد حبسهای کوتاه مدت دادگاههای

---

1- Treyvaud (D.), *Légalité ou opportunité de la poursuite pénale*, Lausanne, 1961, p. 17



کیفری از قاعده تعلیق اجرای مجازات استفاده می کنند، معهذا این واقعیت را نمی توان از نظر دورداشت که تعلیق اجرای مجازات نمی تواند از نتایج نامطلوب اجتماعی و روانی حکم محکومیت درمورد بزهکاران اتفاقی و غیرحرفه ای رفع اثر نماید.<sup>۱</sup>

اعمال این قاعده گاهی موجب اصلاح و تربیت بزهکاران می شود. زیرا ترس از تعقیب و مجازات، خود بر حسب شخصیت افراد و تأثیر آن، بازدارنده ارتکاب مجدد جرم است. مجنی علیه نیز از مزایای این سیستم بی بهره نخواهد ماند. زیرا در صورت آزادی متهم، مدعی خصوصی شانس بیشتری در جبران و تأمین خسارت ناشی از جرم را دارد تسا اینکه با تعقیب کیفری و صدور حکم محکومیت، متهم زندانی گردد و با از دست دادن موقعیت شغلی خود نتواند زیان وارده به مدعی خصوصی را جبران نماید.

سیستم موقعیت داشتن تعقیب کیفری در منافع داد گستری و مراجع قضائی است. زیرا به نحو قابل توجهی، کار مراجع تحقیق و صدور حکم را سبک می کند. در نتیجه فرصت بیشتری به آنها می دهد، تا پرونده های مهم را به دقت و با تضمین بیشتری رسیدگی نمایند. به علاوه با تعلیق پرونده های کیفری از هزینه های مختلف دولت خصوصاً استخدام کادر قضائی و اداری و سایر هزینه های مربوطه کاسته خواهد شد.

و اما معایب این سیستم چنین توجیه شده است که اولاً، امکان دارد به علت بی توجهی و سهل انگاری دادرسی و یا به تأثیر از اصرار و پافشاری متهم یا وکیل او، موجب عدم تعقیب و بایگانی پرونده های شود که تعقیب آن برای جامعه مهم است. ثانیاً، تصمیمات دادرسی در تعقیب یا عدم تعقیب ممکن است گاهی بر اساس تمایلات شخصی صورت گیرد که در این صورت اعتبار دستگاه قضائی را مخدوش خواهد ساخت. ثالثاً، عوامل فردی و اجتماعی که دادستان برای تشخیص مصلحت در

---

1- Laure Rassat (M.), op. cit, p. 218

تعقیب یا عدم تعقیب به علت موقعیت نداشتن باید در نظر بگیرد به سهولت امکان پذیر نخواهد بود. به عبارت دیگر، تشخیص منافع جامعه در عدم تعقیب کیفری و یا درجه اهمیت خطای بزهکار، یا اعتقاد به اینکه به طور کلی منافع عمومی همیشه در جهت تعقیب جرم است، آسان نمی باشد. زیرا هیچ خطائی از نظر افکار عمومی هرگز نمی تواند بی اهمیت تلقی شود. با این ملاحظات است که دادرها به فرض داشتن اختیار قانونی، اغلب از اعمال این قاعده خودداری می کنند.

## گفتار چهارم

### حقوق تطبیقی

در قوانین موضوعه، حسب انتخاب، هر دو سیستم ملاحظه می گردد. بعضی از کشورها مثل آلمان، اسپانیا، یونان، و تعدادی از کانتونهای سویس سیستم قانونی بودن و برخی دیگر مثل فرانسه، بلژیک، ژاپن، مصر، هلند و نیز حقوق انگلوساکسون سیستم موقعیت داشتن تعقیب کیفری را انتخاب کرده اند<sup>۱</sup> مع هذا باید توجه داشت که هیچ یک از این کشورها سیستم انتخابی را به طور قطعی وثابت مورد تصویب قرار نداده اند. به منظور رفع نواقص و معایبی که از لحاظ تئوری به هر یک از آنها وارد شده و عملاً نیز تجربه شده است، هر کدام اصلاحاتی در سیستم خود به عمل آورده اند که می توان به عنوان نمونه دو سیستم مختلف فرانسه و آلمان را در نظر گرفت که ذیلاً بررسی می شود:

۱- فرانسه: با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه در ۲۳ دسامبر ۱۹۵۸، قانون سابق آن کشور به عنوان قانون تحقیقات جنایی مصوب ۱۸۰۸ نسخ گردید. در تهیه و تدوین قانون جدید، تغییرات و اصلاحات اساسی و مهمی بر حسب افکار پیشرفته در زمینه حقوق جزا و جرم شناسی به عمل آمد و رسیدگی کیفری در

---

1- Merle (R.) et Vitu (A.), Traité de droit Criminel, Paris, 1967, p. 862

سیستمی مستقر گردید که غالب کشورها در تقلید از آن تردید نگردند. رسیدگی به دعوی کیفری در سه مرحله انجام می پذیرد: مرحله پلیسی به منظور تحقیق درباره جرم، حفظ آثار آن و دستگیری مرتکب، مرحله تحقیقات مقدماتی در دادسرا به منظور جمع آوری دلائل جرم و بالاخره تحقیقات نهائی در دادگاه که به صدور حکم منتهی می شود. دعوی عمومی از دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم متمایز بوده و قانوناً طرح هر دو دعوی در دادگاه جزا مورد قبول واقع شده است. تحقیقات مقدماتی در امور جنائی اجباری است ولی در امور جنحه ای در صورت مقتضی، بدون تحقیقات مقدماتی پرونده مستقیماً به دادگاه کیفری ارسال می گردد.

دادگاهها به خلافی و جنحه ای و جنائی تقسیم شده و تعقیب کیفری و اقامه دعوی عمومی به عهده دادسرا است که بخشی از سازمان قضائی کشور می باشد. قانون تحقیقات جنائی مصوب ۱۸۰۸ فرانسه در خصوص اصل قانونی بودن یا موقعیت داشتن تعقیب کیفری ساکت بود. به همین لحاظ مسئله با تفسیرهای مختلف مواجه شد. ولی دکتربین و رویه قضائی آن کشور، به اختیار دادسرا در اعمال قاعده اخیر الذکر نظر داشتند.<sup>۱، ۲</sup>

بالاخره قانون آئین دادرسی کیفری ۱۹۵۸ تا حدودی به این اختلاف پایان بخشید. بند اول ماده ۴۰ قانون مذکور مقرر می دارد: «دادستان جمهوری با وصول شکایات و اعلام جرمها تعقیب کیفری را مورد سنجش قرار می دهد». هر چند ظاهر این ماده به صراحت اختیار دادستان را در سنجش و عدم تعقیب به لحاظ «موقعیت نداشتن» نمی رساند و نویسندگان قانون مذکور نیز به آن اعتراف دارند،<sup>۳</sup> مع هذا، قبول این قاعده در سیستم فرانسه مورد تأیید غالب مؤلفان و حقوقدانان آن

---

1- Stefani et Levasseur, op. cit, p. 354

2- Laure Rassat op, cit, p. 226 et suiv.

3- Laure Rassat, op, cit, p. 142

کشور است. ۱، ۲

فرانسه به منظور حفظ استقلال دادسرا از يك طرف و داد گاهها از سوی دیگر، بین دو سیستم مورد بحث، وضعیت بینابین را پذیرفته است. با این توضیح که اعمال قاعده «موقعیت» داشتن تعقیب را منحصرأوباقیودی چند، در مرحله شروع یا به حرکت در آوردن تعقیب کیفری مورد قبول قرار داده است. در نتیجه دادستان در مراحل بعدی رسیدگی، با انعطافی چند، مقید به رعایت اصل قانونی بودن تعقیب می باشد. ۳

در فرانسه، استفاده دادستان از قاعده موقعیت داشتن تعقیب کیفری کلی و شامل جرائم سه گانه خلاف، جنحه و جنائی است. به علاوه برای تشخیص موقعیت داشتن یا نداشتن تعقیب، ضابطه قانونی وجود ندارد. دادستان مخیر است به تشخیص خود و من حیث المجموع با در نظر گرفتن عواملی، چون کم اهمیت بودن جرم ارتكابی، سنگینی هزینه داد گستری، گذشت شاکی خصوصی، لزوم اصلاح و تربیت متهم، مالی بودن جرم ارتكابی (مثل: جرم خیانت در امانت، صدور چك بلا محل، بعضی سرقتها) و بالاخره عوامل فردی و اجتماعی از تعقیب کیفری انصراف کند. ۴

تصمیم دادسرا در عدم تعقیب کیفری به لحاظ موقعیت نداشتن قطعی نیست و دادستان همیشه می تواند قبل از شمول مرور زمان کیفری، مجدداً تعقیب کیفری را به جریان بیندازد. عدول دادسرا از تصمیم اولیه، غالباً مربوط به مواردی است که بزهکار مجدداً مرتكب جرمی شود و یا دلائلی بدست بیاید که مسلم شود بزه ارتكابی از جرائم مهمتری محسوب می شده که در زمان سنجش آشکار نبوده و یا به تأثیر از عواملی به درجه وخیمتری مبدل شده است. چنانکه بعضی موارد ایراد ضرب و

---

1- Stefani, Pinatel, op. cit, p. 365

2- Bouzat et Pinatel op. cit, p. 918

3- Merle et Vitu, op. cit, p. 862

4- Bouzat et Pinatel, op. cit, P. 918



صدمات بدنی ساده در معاینات بعدی پزشکی قانونی به نقص عضو و جنائی شدن جرم می‌انجامد.

برای جلوگیری از معایب این سیستم و هر گونه سوء استفاده احتمالی یا اعمال بی‌مورد این قاعده و یا تصمیمات نادرست و دلخواهانه دادسرا، قانون فرانسه دوطریق پیش‌بینی کرده است؛ کنترل و مراقبت سلسله مراتب دادسرا نسبت به تصمیمات دادستان، که در صورت موجه نبودن، مقام فوق (دادستان کل) می‌تواند دستور به تعقیب بدهد. اجازه به مدعی خصوصی که بتواند مستقیماً به دادگاه کیفری مراجعه کند و با طرح دعوی خصوصی امر کیفری را به جریان بیندازد.

۲- آلمان: قانون آیین دادرسی کیفری آلمان مصوب ژانویه و فوریه ۱۸۷۷ است که در آن طی سالهای ۱۹۲۴ و ۱۹۵۰ تغییرات و اصلاحات اساسی و مهمی به عمل آمده است. آیین دادرسی کیفری کشور آلمان، همانند فرانسه، تابع سیستم اتهامی و تفتیشی است. ولی تشکیلات قضائی آن گسترده از فرانسه است.<sup>۱</sup>

جرائم برحسب اهمیت، به خلاف، جنحه و جنائی تقسیم شده‌اند. تعقیب و اقامه دعوی عمومی از وظایف دادسرا است. سازمان دادسرا را در قرن نوزدهم به تقلید از فرانسه مورد تصویب قرار داده‌اند. حقوق آلمان، اصل قانونی بودن تعقیب کیفری را پذیرفته و این قاعده صریحاً در قانون آن کشور پیش‌بینی شده است. دادستان ملزم است نسبت به هر جرمی که واجد شرایط لازم برای تعقیب است اقدام نماید و حق هیچ گونه سنجش به منظور تصمیمی خلاف قاعده فوق‌الذکر را ندارد. قانون آیین دادرسی کیفری آلمان، به تدریج با تصویب استثنائاتی، به سیستم مورد قبول، انعطاف بسیاری بخشید و امروزه در آن کشور نیز، اصل قانونی بودن به طور مطلق اجرا نمی‌شود. چنانکه، برای رفع معایب سیستم قانونی بودن، خصوصاً جلوگیری از تراکم پرونده در مراجع قضائی، از يك سو، تعداد جرائمی را که تعقیب کیفری آن منوط به شکایت شاکی خصوصی است افزایش داده و از سوی

---

۱- Treyvaud , op. cit, p. 29

دیگر به طور استثنا، در جرائم کم اهمیت تا حدودی به دادستان اختیارسنجش و در صورت اقتضا عدم تعقیب کیفری را داده است. ولی قانون در مجموع، اصل قانونی بودن را پذیرفته که حتی اجرای آن دقیقاً به وسیله سلسله مراتب دادسرا کنترل می شود.

### گفتار پنجم

#### سیستم مورد قبول آیین دادرسی کیفری ایران

قانون آیین دادرسی کیفری ایران برای اولین بار پس از مشروطیت به عنوان قانون موقتی اصول محاکمات جزائی در ۱۳۳۰ قمری تصویب شد و به مرحله اجرا درآمد. هرچند در طول این مدت به تدریج بعضی از مقررات آن بنا به مقتضیات و احتیاج زمان اصلاح یا نسخ شده است. مع هذا، اصول کلی و غالب مقررات اولیه آن که اقتباس از سیستم آیین دادرسی کیفری فرانسه بوده کماکان حفظ شده و به قوت خود باقی است.

اصول محاکمات جزائی، مانند قانون تحقیقات جنائی فرانسه که از آن تقلید شده در خصوص دو سیستم مورد بررسی صراحت ندارد. از مجموع مقررات آن به ویژه مبحث اول از فصل چهارم مربوط به حدود اختیارات مدعی العموم محکمه ابتدائی و معاونین او به خوبی می توان استنباط کرد که قانونی بودن تعقیب کیفری در سیستم ایران اصل است و دادسرا مطلقاً اختیاری در عدم تعقیب کیفری به لحاظ «موقعیت نداشتن» را ندارد.

ضمن اصلاحاتی که به عنوان قانون «تسریع دادرسی و اصلاح قسمتی از قوانین آیین دادرسی کیفری و کیفر عمومی» مصوب بهمن ۱۳۵۲ به عمل آمد، در تکالیف و اختیارات دادستان تغییرات مهمی صورت گرفت. با این توضیح که اولاً،

به موجب ماده ۴۰ قانون مذکور<sup>۱</sup> در امور جنحه به دادستان اختیار داده شده که تحقیقات مقدماتی را شخصاً یا وسیله دادیارانش انجام دهد. ثانیاً، به موجب ماده ۴۰ مکرر همان قانون، روش بسیار جالبی به عنوان تعلیق تعقیب برای بار اول، در آیین دادرسی کیفری ایران پذیرفته شد. هر چند تعلیق تعقیب سیستمی است که با سیستم «موقیت داشتن» تعقیب تفاوت دارد. مع هذا، به نظر می‌رسد چندان اختلافی بین این دو سیستم از لحاظ هدف و نتیجه وجود نداشته باشد. ماده ۴۰ مکرر در سال ۱۳۵۶ با تصویب قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادرسی تغییرات جزئی حاصل نمود.

مقررات تعلیق تعقیب به دادستان اختیار داده است که در جرائم جنحه به استثنای جنحه‌های باب دوم قانون مجازات عمومی (جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی مملکت)، اگر متهم فاقد سابقه محکومیت کیفری موثر بوده و اقرار به جرم نماید و اقرار مقرون به واقع باشد و مدعی خصوصی نیز نداشته باشد می‌تواند تعقیب کیفری او را معلق نماید. استفاده از این اختیار برای دادستان حداکثر تا اولین جلسه دادرسی دادگاه کیفری امکان دارد. تصمیم دادستان در صورت تعلیق تعقیب در سجل کیفری ثبت می‌شود و در صورتی که متهم ظرف سه سال از تاریخ صدور قرار تعلیق، مرتکب جرمی از درجه جنحه یا جنائی شود نسبت به اتهام سابق نیز مورد تعقیب قرار خواهد گرفت.

هر چند قبول سیستم تعلیق تعقیب در ایران توجه قانونگذار را به قواعد

---

۱- طبق ماده ۴۰ قانون: «... در امور جنحه به طور کلی تحقیقات مقدماتی وسیله ضابطین دادگستری تحت نظارت و تعلیمات دادستان انجام می‌شود و پس از تکمیل پرونده، دادستان در صورتی که موضوع را قابل تعقیب کیفری تشخیص دهد پرونده را با صدور کیفرخواست و هرگاه مورد، منطبق با ماده ۵ این قانون باشد با بیان ادعای شفاهی در دادگاه مطرح می‌نماید. و الا حسب مورد قرار موقوفی یا منع تعقیب یا عدم صلاحیت یا اناطه صادر خواهد کرد... در امور جنحه دادستان می‌تواند تمام یا قسمتی از تحقیقات مقدماتی را شخصاً یا بوسیله دادیاران خود انجام دهد».

مترقی روز در زمینه آیین دادرسی کیفری می‌رساند، لیکن به نظر می‌رسد شرایط و تشریفات قانونی مربوط به آن خالی از نقص و ایراد نباشد. خصوصاً اینکه قانون سال ۱۳۵۶ با حذف آن قسمت از ماده ۴۰ مکرر مصوب سال ۵۲ که مقرر می‌داشت: «... دادستان پس از صدور قرار تعلیق پرونده را به دادگاه جنحه ارسال می‌نماید. دادگاه جنحه در صورتی که قرار تعلیق را تأیید نماید قرار قطعی است در غیر این صورت طبق مقررات به موضوع رسیدگی خواهد کرد...» هر گونه نظارت و کنترل مقام بالاتر را در تصمیم احتمالاً غیرموجه دادستان در تعلیق تعقیب به کلی از بین برد و استفاده از آن در اختیار مطلق دادستان قرارداد.

#### نتیجه:

با توجه نظریات ابراز شده در زمینه مزایا و معایب هر یک از دو سیستم «قانونی بودن» و «موقعیت داشتن» تعقیب کیفری، شاید بتوان سیستم مطلوب را انتخاب نمود. بدیهی است مزایای بسیاری سیستم موقعیت داشتن تعقیب کیفری دارد. قبول این اصل در قانون نسبت به اصل قانونی بودن مرجع است. امروز با وجود افزایش آمار کیفری در جرائم کم اهمیت (جنحه‌ای) به نظر می‌رسد این تنها روش مفید و موثری است در رفع مشکل فعلی دادرها که روزانه مواجه با وصول انبوه پرونده‌هایی از این نوع بوده و با کمبود کادر قضائی و تراکم کار فرصت رسیدگی دقیق به جرائم مهم و جنائی را نخواهند یافت. اعمال این روش بار داد گستری را تقلیل داده و به قضات محاکم نیز این امکان را می‌دهد که به امور جزائی مهم با تعمق بیشتری که اقتضا دارد رسیدگی کنند و تصمیمات منطقی و قانونی غیر قابل نقص اتخاذ نمایند.

عدم تعقیب کیفری به لحاظ «موقعیت نداشتن»، و یا «تعلیق تعقیب» که در ایران و بعضی از کشورها مثل بلژیک، یونان و غیره قبول شده وقتی نتایج ارزنده‌ای



حاصل خواهد کرد که در استفاده از آن احتیاط مقتضی به عمل آید و با تعیین شرایط و محدودیت‌های لازم، راههای سوء استفاده احتمالی به کلی مسدود شود.

به نظر می‌رسد تعلیق تعقیب پذیرفته شده در حقوق ایران، در صورت رفع پاره‌ای ایرادات آن، بر دو سیستم عنوان شده در این مقاله برتری دارد. لیکن متأسفانه دادسراها جز بندرت از این قانون استفاده نکرده‌اند. دلیل آن شاید بعضی شرایط سنگین غیر ضروری باشد که قانونگذار برای آن در نظر گرفته است. از جمله مسئله اقرار متهم و احراز صحت و سقم آن، از شرایطی است که امکان تحقق یافتن آن ضعیف است. زیرا متهم هرگز به این مخاطره تن در نمی‌دهد که به جرم ارتكابی اقرار کند ولی دادستان او را مشمول استفاده از تعلیق قرار ندهد. تعلیق تعقیب با اصلاحات لازم که در بالا به بعضی از آنها اشاره شد و با تصویب قاعده موقعیت داشتن بهترین روش و موثرترین راه علاج جلوگیری از تراکم فعلی پرونده‌های کیفری در دادسراهاست و امید می‌رود در اصلاح قانون آیین دادرشی کیفری نیز این مهم نادیده گرفته نشود.

## وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی

یکی از پدیده‌های دانش جدید، نوزادی بود که چندی پیش در انگلستان چشم به‌زندگی گشود و در رسانه‌های گروهی، کودک آزمایشگاهی نام گرفت. این انسان که قسمتی از راه پیدایش خود را در خارج مسیر طبیعی پیموده است، از ترکیب نطفه زن و شوهری در خارج رحم و پرورش آن تا مدت معینی در داخل لوله آزمایشگاهی و سپس انتقال آن به رحم مادر، پابه‌عرصه هستی گذارده است. این حادثه مانند ره آورده‌های دیگر علمی، مسائل حقوقی خاصی را بر می‌انگیزد که طرح آن، نه در مجموعه‌های قانونگذاری، نه در نوشته‌های حقوقی، سابقه ندارد. از آن جهت که اداره و تنظیم این پدیده‌ها به وسیله مقررات، برای پایداری نظم جامعه ضروری است، دانش حقوق ناگزیر است حداقل همراه این مسائل نوظهور گام بردارد و یا چون سایه‌ای آن را دنبال کند.

از این رو مناسب می‌نماید که به اختصار وضعیت کودک آزمایشگاهی در سیستم حقوقی ایران موضوع بحث قرار گیرد و با آنکه در بین مقررات قانونی نصی در خصوص آن نمی‌توان یافت، به کمک قواعد و اصول کلی و روح مقررات موضوعه، احکام حقوقی آن، استنباط گردد.

در این مقاله مسائل مربوط به موضوع مذکور را ذیلاً بررسی می‌کنیم. چون پاره‌ای از مبانی استنباط احکام موضوع این مقاله با مبانی مربوط به تلقیح

مصنوعی انسان که موضوع مقاله نویسنده در شماره اول مرداد ۴۵ مجله داد گستری بوده است، بی ارتباط نیست، توجه خوانندگان محترم را بدان نیز معطوف می‌داریم. مسائل این مقاله در دو گفتار بحث میشود: نسب، حقوق ارث و وصیت.

## گفتار نخست

### نسب

هم چنانکه معلوم است، نسبت عبارت از رابطه خویشاوندی است که از راه خون، بین دو یا چند شخص، برقرار می‌شود. در اینجا دو امر را باید از هم تفکیک کرد: یکی پیدایش نسب و دیگری راه اثبات آن.

### الف - پیدایش نسب ( بحث ماهوی )

كودك آزمایشگاهی قانوناً به کدام شخص یا اشخاص منتسب خواهد شد؟ لازم است پیش از ورود در مسائل مربوط، مقدمه‌ای بیان شود و چون در مورد نسب مانند سایر موضوعات مدنی، مقررات فقه امامیه مورد اقتباس نویسندگان قانون مدنی ایران بوده است، مقدمه مذکور را ابتدا در فقه، سپس در حقوق مدنی ایران، مورد توجه قرار می‌دهیم:

۱- از نظر فقهی نسب، يك امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام، نسب از تكون يك انسان، از ترکیب نطفه دو انسان ذکور و اناث حاصل می‌شده است. هر چند در پاره‌ای ادیان و نزد بعضی ملل، برای آن که نسب از اعتبار حقوقی و نفوذ اجتماعی برخوردار باشد، کم و بیش وجود شرایطی نیز ضروری بوده است، ولی اساس تحقق نسب و منشأ اصلی الحاق طفل به شخص ذکور و اناث، همان انعقاد نطفه از دو شخص مذکور بوده است. امروزه نیز در عرف عام اجتماعات، نسب همین منشأ را دارد.

آنچه مسلم است این است که پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی، مورد

انکار و رد شارع مقدس قرار نگرفته است و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعی‌ای وجود ندارد، بلکه در فقه نیز نسب به همین معنی عرفی اطلاق می‌گردد، منتها در يك مورد، نسب طبیعی مورد شناسایی حقوقی اسلام قرار نگرفته است و آن مورد مربوط به زنا است که هرچند طفل از نطفه مرد و زن زناکار به وجود آمده باشد، ولی چون رابطه جنسی بین پدر و مادر او نامشروع است، ملحق به ایشان نمی‌شود. زنا در موردی محقق می‌شود که طرفین رابطه نامشروع، بر عدم وجود زوجیت آگاه باشند. در صورتی که ایشان اشتباهاً رابطه جنسی برقرار کرده باشند، طفل حاصل از این عمل، با طرفین نسب شرعی خواهد داشت و هر گاه یکی از آنها باخبر باشد، رابطه جنسی مزبور، منحصرأ از جانب او زنا محسوب شده و انتساب طفل را به او منتفی می‌سازد، ولی نسب بین طفل و طرف دیگر برقرار خواهد شد.<sup>۱</sup>

بنابراین تولد طفل از رابطه زنا مانع تحقق نسب شرعی است، و در غیر مورد زنا باید نسب طبیعی، نسب شرعی و معتبر محسوب گردد، مانند نسب ناشی از شبهه.

۲- از نظر حقوق مدنی، قانون مدنی ایران نیز در این مورد، از حقوق امامیه متابعت کرده است و بر مقررات آن، چیزی نفیاً یا اثباتاً نیفزوده است. طبق ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی طفل متولد از نزدیکی به شبهه ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و نزدیکی را مشروع تصور می‌کرده است. همچنین مطابق ماده ۱۱۶۶ قانون مدنی در صورتی که، نکاح بین مرد و زن باطل باشد، طفل باهریک از ایشان که از بطلان نکاح بی‌خبر بوده است، نسب قانونی خواهد داشت. به‌طوری که معلوم است، ملاک اصلی الحاق نسب بین طفل و شخص یا اشخاص دیگر، پیدایش او از نطفه ایشان است، منتها در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی،

---

۱- بحث در اینکه زنا، مانع یا عدم آن، شرط تحقق نسب است فعلاً با موضوع این مقاله ارتباط ندارد و برای انجام آن گفتار دیگری لازم است.



قانونگذار فقط زنا را مانع تحقق نسب مشروع دانسته است. بنابراین در هر مورد که زنا صادق نباشد مانعی در انتساب طفل به شخصی که از نطفه او تکون پیدا کرده است وجود نخواهد داشت. با توجه به مطالب بالا، باید گفت که طفل متولد از بارور کردن تخمک و ترکیب نطفه مرد و زن، در خارج از رحم، در درون و لوله آزمایشگاهی ملحق به صاحبان نطفه خواهد بود، زیرا، از يك طرف نسب طبیعی محقق است، و از طرف دیگر، برای پیدایش نسب مشروع، قانونگذار خصوصیت دیگری را نظیر انجام رابطه جنسی بین مرد و زن، لازم ندانسته است. حکم حقوقی مزبور نه تنها در موردی است که بین دو طرف نطفه رابطه زوجیت وجود داشته باشد بلکه حتی بعید نیست گفته شود، در صورتی هم که طرفین از این حیث، بایکدیگر بیگانه باشند، جریان پیدا می کند و طفل با ایشان نسب قانونی خواهد داشت. در این صورت تحقق نسب طبیعی مسلم است، عنوان زنا که جز با انجام رابطه جنسی نا مشروع بین طرفین، حاصل نمی شود، صادق نخواهد بود تا مانعی برای الحاق طفل به صاحبان نطفه باشد. در این حکم فرقی نیست بین موردی که زن صاحب تخمک، شوهر داشته باشد یا خیر.

مسئله دیگری که طرح آن در این جا مناسب به نظر می رسد، این است که هرگاه نطفه مرد و زنی در لوله آزمایشگاه ترکیب شود و سپس در رحم زن دیگری قرار داده شود و بعد از انقضاء دوره حمل، طفلی از آن متولد گردد، از نظر نسب و آثار قانونی چه وضعیتی نسبت به این زن خواهد داشت؟ تا آنجا که اطلاع داریم، این فرض هنوز در عالم پزشکی وقوع نیافته است، ولی ممکن است در آینده نزدیک واقع گردد. به همین جهت، بحث اختصاری نسبت به وضعیت حقوقی آن خالی از فایده نیست.

آنچه مسلم است، این است که در این مورد، نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و خود طفل به وجود نخواهد آمد. زیرا تخمک این زن، در پیدایش کسودک، شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل

رشد در رحم، سبب تحقق نسب نیست. بنابراین، طفل فقط به صاحبان نطفه ملحق خواهد گردید، ولی آیا این مورد را می‌توان سبب نشر حرمت دانست یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا صرف تکامل طفل در رحم زن می‌تواند از موانع نکاح به حساب آید؟ مثلاً آیا كودك مزبور می‌تواند بعداً با آن زن یا همسر و فرزندان او ازدواج کند؟ با لحاظ روح مقررات کلی مربوط به نکاح و خویشاوندی، پاسخ این مسئله را نمی‌توان به روشنی استنباط کرد؛ زیرا از يك طرف، قانون مدنی در ماده ۱۰۴۵ و مواد بعدی، تمام موانع نکاح را به‌طور محصور برشمرده و از آنها نمی‌توان مانعیت چنین امری را استنباط کرد، توقف نطفه را در رحم، تا رسیدن به تکامل، نمی‌توان سبب قرابت دانست، زیرا منشاء قرابت که از موانع نکاح به حساب می‌آید، به سه امر انحصار یافته و آن عبارت است از نسب، سبب و رضاع که هیچ يك با موضوع مورد بحث نمی‌تواند قابل انطباق باشد. در نتیجه، قرابت و خویشاوندی بین طفل و زن موجود نیست و این وضعیت سبب نشر حرمت و مانع نکاح نخواهد گردید.

از طرف دیگر، هنگامی که به ارتکازیات حقوقی ذهن خود مراجعه می‌کنیم درمی‌یابیم که وجدان به آسانی حاضر به قبول این امر نیست که مثلاً كودك مزبور بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند. آیا می‌توان به كمك وحدت ملاك یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به مورد بحث جریان داد و چنین استدلال کرد که ملاك نشر حرمت در رضاع این است که رشد جسمانی مرتضع، بر اثر تغذیه او از ماده‌ای فراهم آمده که از جسم مرضعه تولید گردیده است<sup>۱</sup> و در مورد بحث نیز مسلماً این وضع موجود است؟ یا آنکه وقتی رضاع با اجتماع شرایط خاص خود سبب نشر حرمت و مانع نکاح باشد، به طریق اولی، تکامل و تشکل طفل در رحم، می‌تواند نسبت به نکاح مانعیت داشته باشد؟

---

۱- شرح لمعه، جلد دوم، ص ۶۹ و جواهر الکلام، نکاح، ص ۷۴.

به وجود ملاك مذکور در بالا، به خصوص از آنجا می‌توان بهتر پی برد که در بسیاری روایات فقهی و عبارات فقها، برای تحقق نشر حرمت در رضاع، رویش گوشت واستخوان و یا به بیان امروز، پیدایش سلولهای بدن طفل از شیر مرصغه به عنوان ضابطه معرفی گردیده است. هر چند رویش گوشت واستخوان، در روایات مذکور، صرفاً به عنوان ضابطه تحقق نشر حرمت ذکر شده است، ولی نحوه بیان و تعبیر آنها طوری است که بعید نیست بتوان ضابطه مذکور را به اصطلاح فقهی نوعی علت مصرحه حکم، تلقی کرد.<sup>۱</sup> مع الوصف، استنباط مزبور در ملاك گیری، قدری دور از احتیاط و شبیه قیاس به نظر می‌رسد. زیرا درست است که نمو جسمانی طفل از زن به عنوان ضابطه و یا حتی در سطح علت مصرحه حکم نشر حرمت معرفی شده است، ولی منشاء این نمو در رقه و همچنین در قانون مدنی (ماده ۱۰۴۶)، شیر است نه مواد درونی دیگری که طفل در مراحل جنینی برای تکامل جنینی برای تکامل خود، از آن استفاده می‌کند. مضافاً بر آنکه مطلق تغذیه از شیر مرصغه، سبب تحقق خویشاوندی رضاعی و نشر حرمت نیست، بلکه همان طور که ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد، باید شرایطی را از قبیل به وجود آمدن شیر از حمل مشروع و مکیدن آن از پستان، دارا باشد. مفهوم شرایط مذکور این است که اگر مثلاً شیر ناشی از حمل نباشد (چنانکه در موارد استثنائی امکان دارد) یا آنکه ناشی از حمل نامشروع باشد آنکه از پستان مکیده نشده باشد، و پس از خروج از آن به وسیله ظرف و غیره مورد استفاده قرار گرفته باشد، خویشاوندی بین طفل و زن به وجود نمی‌یابد و منعی برای ازدواج آن دو و یا ازدواج طفل با خویشاوندان زن به وجود نخواهد آمد، هر چند که تغذیه طفل از شیر به حدی باشد که رویش گوشت و استخوان او را سبب شده باشد. در این صورت نسبت به وحدت ملاك و ذات علت حکم، دریچه‌ای برای ورود تردید در ذهن باز می‌شود. آیا از نظر فقهی و تبعاً از

۱- از جمله روایات مذکور روایت صحیح‌ای است با این عبارت: «قلت له ما محرم

من الرضاع قال ما ثبت اللحم و شد العظم...»

جهت قانون مدنی، علت حکم نشر حرمت که آن را منصوص تلقی کردیم، صرفاً رویش سلولهای بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است، یا آنکه علت، خصوص نمو این سلولها از شیر آن زن می باشد و شیر در این مورد خصوصیته دارد؟

در هر حال با توجه به آنچه گفته شد، وبا توسل به مبانی اصولی، مانند اصل عدم حرمت و قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل وزنی که نطفه او در مرحله تکون شرکت نداشته و لسی تکامل طفل در رحم او انجام شده است، موجه به نظر نمی رسد.

ب- راه اثبات:

آنچه که در بین دلایل اثبات نسب در این فراز، جالب توجه و درخور بحث می باشد، اماره فراش است.

برطبق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی:

«طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط

براینکه از تایخ نزدیکی تا زمان تولد، کمتر از شش ماه و

بیشتر از ده ماه، نگذشته باشد».

برای تنظیم امور خانوادگی و جلوگیری از بلامتکلیفی کودکان متولد از زن شوهردار، از جهت انتساب و خویشاوندی، قانون مدنی ایران به تبعیت از حقوق اسلام، مبادرت به وضع اماره قانونی فراش کرده است.

براساس این اماره، طفلی که در مدت زوجیت متولد می شود به شوهر ملحق می گردد هر چند که زن شوهردار، بامردان اجنبی دیگر نیز رابطه جنسی برقرار کرده و انعقاد نطفه طفل از شوهر زن، مشکوک باشد.

این اماره حجیت و اعتبار خواهد داشت مگر آنکه دلیلی، خلاف مفاد آن را اثبات کند. می خواهیم ببینیم آیا این اماره نسبت به وضعیت کودک آزمایشگاهی که از ترکیب نطفه زن و شوهر قانونی، در خارج رحم به وجود آمده و مدتی نیز از



مراحل اولیه تکامل خود را در لوله آزمایشگاه سپری کرده است، حاکمیت دارد یا خیر؟ آیا پس از تولد، شوهر زنی که نطفه طفل پس از انعقاد در رحم او قرارداده شده، می‌تواند بدون دلیل ولعان منکر انتساب طفل به‌خود شود؟ یا اینکه مانند موارد بارداری عادی و طبیعی، اماره فراش اجازه نفی ولد بدون دلیل ولعان را به شوهر نمی‌دهد و در این صورت هر گاه شوهر مدعی نفی ولد باشد باید در برابر اماره الحاق، ادعای خود را به کمك دلیل به‌مرحله ثبوت برساند؟ بدیهی است فرض مسئله در موردی است که دخالت اسپرم شوهر در انعقاد نطفه مسلم نباشد و با فرض مسلم بودن، طرح این مسئله، دیگر جا ندارد. با اندك دقتی در منابع اماره فراش و مقررات مربوط، به‌خصوص عبارات ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی به‌نظر می‌رسد که اماره فراش را نمی‌توان در مورد كودك آزمایشگاهی جاری کرد. زیرا اولاً، اماره مذکور در موردی حکومت دارد که بین زن و شوهر نزدیکی انجام شده باشد. چنانکه ماده ۱۱۵۸ مذکور با عبارت: «... مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی ...» به خوبی از این امر حکایت دارد. در صورتی که در مورد كودك آزمایشگاهی، فرض این است که نزدیکی به‌وجود نیامده، بلکه طفل از ترکیب نطفه در خارج رحم پیدا شده است. ثانیاً، با ملاحظه مقررات مربوط، به نظر می‌رسد که لزوم رابطه جنسی از آن جهت مورد توجه قرار گرفته است که در صورت نزدیکی، ورود اسپرم شوهر در داخل دحم همسرش، عرفاً مسلم خواهد بود، هر چند که اسپرم مردان بیگانه‌ای هم در آن وارد شده باشد. در صورتی که در مورد كودك آزمایشگاهی، زمانی که نطفه ترکیب شده در داخل رحم قرار داده می‌شود، اصولاً در ورود اسپرم شوهر ولو در وضع ترکیب به‌داخل رحم زن، تردید وجود دارد. در اماره فراش، امکان انعقاد نطفه طفل از اسپرم شوهر، فراهم است، هر چند که این امکان نسبت به اسپرم دیگران نیز موجود باشد، ولی نسبت به كودك آزمایشگاهی، همین فراهم بودن امکان انعقاد از اسپرم شوهر، مشکوک و مورد تردید است؛ اگر اسپرم شوهر داخل رحم شده باشد امکان مزبور فراهم است و الا این امکان منتفی

است. با لحاظ گفته‌های بالا، حکومت اماره فراش را نسبت به مورد بحث، باید منتفی دانست. در نتیجه با استناد به اصول عملی، مانند اصل عدم، شوهر می‌تواند، بدون دلیل، منکر انتساب طفل به خود باشد. و این طرف دعوی است که باید تحقق نسب را نسبت به او اثبات کند.

نفی ولد نه تنها از جانب شوهر ممکن است بلکه زن نیز می‌تواند منکر انعقاد طفل از نطفه خود و در نتیجه تحقق نسب او به خود گردد.

بدیهی است در صورت وقوع اقرار به نسب از جانب هر يك از مرد و زن مانعی در اجراء مقررات ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی نبوده و طفل با اجتماع شرایط قانونی به میراث‌الحاق می‌گردد.

## تفتار دوم

### حقوق ارث و وصیت

#### الف - حقوق کلی:

ماده ۹۵۷ قانون مدنی اعلام میدارد: «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود». همچنین بنابر ماده ۱۲۷۰ قانون مدنی: «اقرار برای حمل در صورتی موثر است که زنده متولد شود». در شمول این مقررات نسبت به كودك آزمایشگاهی از هنگامی که به رحم انتقال پیدا می‌کند، تردید نمی‌توان داشت، زیرا عنوان «حمل» عرفاً براو صادق است. ولی مسئله‌ای که در این جا به ذهن وارد می‌شود این است که آیا كودك آزمایشگاهی، پس از انعقاد نطفه، و مادام که به رحم منتقل نشده است می‌تواند به موجب مقررات بالا از حقوق مدنی متمتع شود و یا مقررله قرار گیرد، به طوری که پس از تحقق شرط، یعنی زنده متولد شدن بتوان حقوق مذکور را برای او، از همان دوران تکامل خارج از رحم، ثابت دانست؟ از این جهت که قانون، حقوق مذکور را برای «حمل» شناخته و حمل عرفاً

به جنینی اطلاق می‌شود که در داخل رحم در حال تکامل است و این عنوان به نطفه ترکیب شده مادام که در خارج رحم است صادق نیست، عبارات مواد بالا را نمی‌توان شامل کودک آزمایشگاهی در دوران مذکور دانست. برعکس، با در نظر گرفتن روح مقررات مذکور، بخوبی می‌توان دریافت که منظور اصلی قانونگذار، شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان يك انسان بالقوه است، اعم از آنکه ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد و ابتدای پیدایش و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد که حقوق بالا را به جنین منحصر کرده باشد. ذکر عنوان «حمل» از جهت موارد عادی و طبیعی است که در آن تکون و تشکل طفل از ابتدا در داخل رحم آغاز می‌گردد، و مورد بحث، در گذشته سابقه نداشته است. استدلال اخیر قوی است و نمی‌توان خلاف آن اظهار نظر کرد بدین جهت مواد مذکور در بالا، بدون تردید، نسبت به کودک آزمایشگاهی در دوران خارج از رحم نیز شمول خواهد داشت.

#### ب- ارث :

در اینجا آن قسمت از مقررات ارث که تطبیق آن به مورد کودک آزمایشگاهی جالب توجه است، بررسی می‌شود. تردید نمی‌توان داشت که همانند اطفال طبیعی رابطه وراثت بین کودک آزمایشگاهی پس از وضع در رحم و همچنین پس از تولد بین هر يك از مرد و زن صاحب نطفه و خویشاوندان ایشان در صورت ثبوت نسب، مطابق مقررات، برقرار می‌گردد. ولی از تطبیق برخی مواد مربوط به ارث با مورد بحث، مسائل جالبی قابل طرح است که ذیلاً به اختصار بیان می‌شود:

۱- طبق ماده ۸۷۵ قانون مدنی حمل در صورتی که زنده متولد شود، ارث می‌برد. بر طبق ماده ۸۷۸ قانون مدنی در صورتی که حمل، مانع ارث اشخاص موجود باشد، ترکه تا تولد طفل تقسیم نمی‌شود. ولی اگر عمل مانع ارث ایشان نباشد، لازم است به میزان سهم دو پسر از ترکه، برای حمل موضوع شود

تا وضعیت آن بعداً روشن شود.

با توجه به دو ماده مذکور، دو مسئله در اینجا قابل طرح است:  
نخست اینکه آیا كودك آزمایشگاهی، پیش از آنکه به رحم منتقل شود، و در صورتی که پس از انتقال به رحم، زنده متولد شود می تواند از مرد وزن صاحب نطفه ارث ببرد؟ با توجه به آنچه که سابقاً گفتیم، پاسخ این مسئله به روشنی دانسته می شود. زیرا هر چند عرفاً «حمل» برای طفل که هنوز در خارج رحم است اطلاق نمی شود، ولی آنچه موضوع اصلی این حکم است، همان انسان بالقوه می باشد، اگر چه در مرحله تکامل، در خارج از رحم، قرار داشته باشد.

دوم اینکه، با فرض مثبت بودن پاسخ مسئله بالا، آیا لازم است به استناد ماده ۸۷۸ قانون مدنی به میزان سهم دو پسر کنار گذارده شود یا خیر؟ بدین سؤال چنین می توان پاسخ داد که هر گاه مانند حالت طبیعی در بارور کردن نطفه در خارج از رحم، انعقاد و تشکل بیش از يك نوزاد امکان داشته باشد، مفاد ماده ۸۷۸ قابل اجرا است. ولی اگر پیدایش بیش از يك انسان، ممکن نباشد گنار گذاردن بیش از سهم يك پسر لازم نخواهد بود. زیرا، در این صورت، وضعیت حقیقی وارث بالقوه، معلوم گردیده است.

### ج - وصیت :

در این فراز دو مسئله زیر را بحث می کنیم :

۱- حکم ماده ۸۵۱ قانون مدنی که به موجب آن وصیت برای حمل صحیح دانسته شده است، با توجه به مطالب گذشته، در مورد كودك آزمایشگاهی در دوران خارج از رحم، نیز جریان خواهد داشت، منتها تملك طفل نسبت به موصی به منوط به این است که كودك زنده متولد شود.

۲- ماده ۸۵۲ قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود، موصی به ورثه او می رسد، مگر اینکه جرم مانع ارث باشد».  
در این ماده فرض شده است که اگر جرم سبب سقوط حمل و تلف او نمی شد،



حمل زنده به دنیا می آمد و مالك موصی به می گردید. این فرض مبتنی بر حالت عادی و معمولی است که در آن، اگر حادثه ای اتفاق نیفتد، معمولاً حمل با گذراندن مراحل طبیعی خود، زنده متولد می شود. بدین جهت قانون او را مانند طفلی می داند که زنده متولد شده و شرط تملك موصی به را داشته است. در این صورت، مثل يك انسان كامل با تلف شدن او، موصی به به وارث او انتقال پیدا می کند. مگر اینکه جرم مانع ارث باشد، مانند آنکه وارث جنین، اقدام به ارتکاب جرم منتهی به سقط شده باشد.

همان طور که می دانیم، فعل عمدی موجب سقط جنین، جرم است و معلوم است که سقط جنین هنگامی مصداق پیدا می کند که حمل در داخل رحم باشد و بر اثر عمل مادی، از آن جدا شده و خارج گردد.

با توجه به مطالب بالا، مسئله ای که در اینجا می توان مطرح کرد، این است که آیا می توان ماده ۸۵۲ قانون مدنی را در مورد كودك آزمایشگاهی، در دوران خارج از رحم، اجرا کرد و معتقد گردید که اگر نطفه بارور شده موجود در لوله آزمایشگاهی، موصی له واقع شود و به وسیله شخصی، عمداً تلف و تضييع شود، موصی به به وارث او انتقال پیدا میکند. پاسخ این مسئله بر این سئوال مبتنی است که آیا اتلاف نطفه بارور شده در خارج رحم جرم است یا خیر؟ اگر آن را جرم بدانیم بعید نیست که بتوانیم حکم ماده ۸۵۲ را در مورد سقط جنین، با استفاده از وحدت ملاك، (نسبت به اتلاف نطفه بارور شده) نیز تسری دهیم و بگوئیم ملاك اصلی در سقط جنین از بین بردن چیزی است که عادتاً در آینده می توانسته است يك انسان باشد، و این ملاك در این مورد (اتلاف نطفه بارور شده در خارج رحم) نیز وجود دارد.

ولی باید توجه داشت که از نظر کیفری، نمی توان مجازات سقط جنین را در مورد اتلاف نطفه بارور شده موجود در خارج رحم به وحدت ملاك اعمال کرد. زیرا، برخلاف مقررات حقوقی، تفسیر مقررات جزائی و توسعه آن علیه متهم به کمک

ملاك گيرى، جايز نيست و بر طبق اصل كلي، در استخراج معانى عبارات، نمى توان از شعاع يك تفسير محدود، فراتر رفت. بنا بر اين اتلاف نطفه موجود در لوله آزمونگاه را نمى توان به سقط جنين تشبيه کرده و آن را از اين حيث جرم تلقى کرد. ولى آيا مى توان، بدون توسل به تشبيه فوق، نفس عمل مزبور را با توجه به مقررات كيفرى، جرم تلقى کرد؟ پاسخى كه به نظر مى رسد، منفى است. زيرا، كودك آزمونگاهى، پيش از انتقال به رحم، حركت و زندگى ندارد و روح در آن حلول نكرده است و عنوان انسان زنده بر آن اطلاق نمى گردد تا بتوان مقررات مواد كيفرى را نسبت به اتلاف و تضييع آن شامل دانسته و اين عمل را جرم تلقى كرد. نتيجه آنكه با عدم تحقق جرم، در صورت اتلاف و تضييع نطفه بارور شده، عنصر اصلى موضوع ماده ۸۵۲ فراهم نبوده و نمى توان بر مالكيت او نسبت به موصى به و سپس انتقال آن به وارث او، ابراز نظر كرد. بديهى است چنانكه در آينده مقررات خاصى دايـر بر جرم تلقى كردن اين عمل وضع گردد، احتمال قابليت اجراى ماده ۸۵۲ نسبت به مورد بحث بعيد نخواهد بود.