

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



دانشگاه  
شهید بهشتی  
دانشکده حقوق

## مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۴۰

پاییز - زمستان

۱۳۸۳



## مجله تحقیقات حقوقی

مدیر مسؤول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

سر دبیر: دکتر سید محمد قاری سید فاطمی

اعضای هیأت تحریریه: دکتر محمد آشوری، دکتر محمدرضا احمدی، دکتر محمدرضا پاسبان،  
دکتر عبدالله شمس، دکتر مهدی شهیدی، دکتر سید حسین صفایی، دکتر عزت‌اله عراقی،  
دکتر امیرحسین فخاری، دکتر هدایت‌اله فلسفی، دکتر سید مصطفی محقق داماد، دکتر رضا نوربها،  
دکتر سید محمد هاشمی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا، و انجمن ایرانی داوری

---

تاریخ نشر: پاییز - زمستان ۱۳۸۳

تعداد ۲۰۰۰ نسخه

مرکز پخش:

فروشگاه کتاب انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

تهران، اوین، بلوار دانشجو، درب دانشکده دندانپزشکی، ساختمان مدیریت رایانه و

خدمات مائسینی، طبقه همکف، تلفن ۲۹۹۰۲۷۰۰

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: سازمان چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

---

## راهنمای نگارش و ارسال مقاله

۱- «مجله تحقیقات حقوقی» هر شش ماه یکبار منتشر می‌شود و مقالاتی (اعم از تألیف یا ترجمه) را در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته منتشر می‌نماید. ۲- نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان بوده و متضمن دست‌آورد علمی جدیدی باشد. ۳- در مواردی که مقاله از منابع علمی معتبر خارجی ترجمه شده باشد، متن اصلی مقاله ترجمه شده با مشخصات کامل نشریه مربوط باید ارسال شود. ۴- مقاله قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ نشده باشد و همزمان به نشریه داخلی دیگری ارسال نشده باشد. ۵- زبان مجله فارسی است، بنابراین تا جای ممکن بهتر است از کلمات و معادل‌های فارسی برای بیان مطالب علمی در مقاله استفاده شود.

### مقاله باید مشتمل بر قسمت‌های زیر باشد:

۱- نام نویسنده یا مترجم و نشانی کامل پستی، شماره نمابر، تلفن و در صورت امکان آدرس پست الکترونیکی. ۲- چکیده فارسی مقاله: (حداکثر ۲۵۰ کلمه) با گل‌واژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۵ عبارت) بایستی پس از مقدمه‌ای کوتاه، دست‌آورد اصلی مقاله را به طور اختصار بیان نماید. ۳- ترجمه چکیده مقاله به انگلیسی یا فرانسه: شامل عنوان مقاله، نام نویسنده به یکی از این زبانها باشد. ۴- منابع: منابع در متن به ترتیب شماره‌گذاری شده و برطبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه و در فهرست منابع در آخر مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسندگان آورده شود. ۵- اطلاعات منابع به صورت مقاله: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان مقاله داخل گیومه / نام ناشر / سال انتشار / جلد / صفحات. ۶- اطلاعات منابع به صورت کتاب: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار. ۷- مسؤولیت صحت مطالب مندرج در مقاله و یا ترجمه به عهده نویسنده یا مترجم است. ۸- مقاله دریافت شده را سردبیر و هیأت تحریریه بررسی خواهند کرد و هیأت تحریریه در اصلاح دستوری و املايي آن آزاد است.

### نحوه فرستادن مقاله: مقاله اصلی و سه نسخه تصویر آن همراه با تمامی متن بر روی

یک دیسک ۳/۵ اینچ تایپ شده با Word 97 - Windows 98 همراه با تقاضای کتبی نویسنده یا مترجم به نشانی دفتر مجله «تهران، بزرگراه شهید چمران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، انتهای بلوار، دانشکده حقوق، معاونت پژوهشی، دفتر مجله تحقیقات حقوقی» ارسال گردد.

# مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۴۰

صفحه

## بخش تحقیق

- ۱۱ ♦ بیوتکنولوژی و انسان: مسائل و دیدگاهها  
دکتر محمد راسخ
- ۹۳ ♦ بررسی فقهی الزام به ادای شهادت در دعاوی کیفری  
دکتر رحیم نوبهار
- ۱۵۵ ♦ حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران  
دکتر محمد حسین زارعی
- ۲۰۳ ♦ تناسب اصولی دلیل تصرف در اثبات مالکیت  
فریدون نهرینی

## بخش ترجمه

- ۲۶۱ ♦ «روابط دیوان بین‌المللی کیفری و سازمان ملل متحد»  
دکتر ابراهیم بیگ زاده
- ۲۸۹ ♦ حمایت از بزه دیده و نهادهای مردمی  
دکتر علی صفاری

## معرفی کتاب

- ۳۲۷ ♦ معرفی کتاب

## گزارش آموزشی

- ۳۳۵ ♦ فهرست پایان نامه‌های پذیرفته شده  
♦ خلاصه مقالات به زبان انگلیسی و فرانسه





بخش

تحقیق



# بیوتکنولوژی و انسان: مسائل و دیدگاهها

دکتر محمد راسخ<sup>۱</sup>

## چکیده

در این مقاله پژوهشی در پی معرفی و شرح اجمالی مباحث، موضوعات و مسائل برخاسته از شکل‌گیری و رشد بیوتکنولوژی در ارتباط با زندگی انسانی در وجوه مختلف و عمده آن هستیم. این مباحث حول سه محور کلی تقسیم‌بندی شده‌اند: تولد، زندگی و مرگ انسان. هر یک از محورهای سه‌گانه دربردارنده مسائل بسیار مهم دیگر مانند ناباروری، سقط جنین، همانندسازی، سلول پایه، پیوند اعضا، ژنوم انسانی و مرگ آسان است. مباحث، موضوعات و مسائل ناشی از شکل‌گیری و رشد بیوتکنولوژی البته از دیدگاهی واحد شرح و بسط نیافته‌اند.

---

۱. استادیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی. نگارنده بر خود فرض می‌داند از همکاران پژوهشی طرح «تدوین اولویتهای پژوهشی حقوق و اخلاق بیوتکنولوژی انسانی در ایران» که این مقاله مبتنی است بر گزارش آن پژوهش و اساتید همکار خود در گروه حقوق و اخلاق زیستی (Law and Bio-Ethics) کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی یونسکو وابسته به دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی برای همفکری و مشارکت در انجام پژوهش حاضر، صمیمانه قدردانی کند. به خصوص، لازم می‌دانم از جناب آقای دکتر اردشیر امیرارجمند رئیس دانشمندی و کوشای کرسی حقوق بشر برای فراهم آوردن فضا و امکان پژوهش حاضر، سپاسگزاری نمایم.

از این رو، دیدگاههای عمده در بررسی آن مباحث و موضوعات خود جداگانه معرفی گردیده‌اند. در این ارتباط چهار دیدگاه مختلف فلسفی، اجتماعی، دینی و حقوقی معرفی و شرح مختصر گردیده‌اند. هدف از طرح مسائل و دیدگاههای بالا معرفی زمینه‌های جدید برای تحقیقات پایه‌ای و ایجاد زمینه برای آموزش تخصصی و عمومی در این حوزه می‌باشد. به علاوه، پژوهش و آموزش مزبور در ضمن به هدف کمک به نهادهای حقوقی اخلاقی برای برخورد به روز و بهینه با مشکلات جدید و البته پیچیده در این قلمرو، می‌اندیشد.

## ۱- درآمد

«بیوتکنولوژی»<sup>۲</sup> یا «فن آوری زیستی» را می‌توان این گونه تعریف کرد: استفاده از فرآیندهای بیولوژیک (زیستی) - از طریق تجربه بر روی ارگانیزمهای زنده یا بر روی سیستم‌های بیولوژیک و دستکاری در آنها - به منظور تولید یک کالا، بهبود در تولید کالاهای در حال تولید یا حل تکنولوژیک یک مسأله موجود.<sup>۳</sup> فن آوری مزبور از عمری طولانی برخوردار نیست و در حقیقت از نیمه دوم قرن بیستم به این سو به دلیل رشد حیرت آور علوم زیستی (به ویژه علم ژنتیک) و استفاده کاربردی از آن در فرآیندها و نظامهای زیستی یاد شده، شکل و اوج گرفته است و دانشمندان مربوط، به معماران زندگی و طبیعت معروف گشته‌اند. بیوتکنولوژی دارای ویژگی‌ها و آثاری است که به جرأت می‌توان از آن به عنوان یک «پدیده» نام برد. از یک سو، این فن از ترکیب نتایج تحقیقاتی و داده‌های رشته‌های مختلف علوم (طبیعی و انسانی) تجربی مانند زیست‌شناسی، ژنتیک، شیمی، نورولوژی<sup>۴</sup> (علم اعصاب) و عصب‌زیست‌شناسی،<sup>۵</sup> علوم مهندسی، علوم شناختی،<sup>۶</sup> روانشناسی و مثل آنها به وجود آمده یا بدان واسطه تکامل یافته است. از دیگر سو، بیوتکنولوژی بر زندگی انسان، حیوان و گیاه اثری شگرف گذاشته و زمینه بروز مسائل جدی برای انسان امروز گردیده است.

2. Biotechnology.

3. See, for instance, "Biotechnology".

4. Neurology.

5. Neuro-Biology.

6. Cognitive Science.

در این ارتباط گفتنی است که توسعه دانش و تکنولوژی، موجب توسعه حیرت آور قدرت دستکاری انسان در تمامی فرآیندهای طبیعی گردیده است. این دستکاری، به ویژه با رشد علم ژنتیک و پیشرفت سریع تکمیل نقشه کدهای ژنتیک انسان و برخی از حیوانات، دیگر محدود به گیاهان یا حیوانات نیست و اکنون به فرآیند ایجاد و رشد انسان نیز سرایت کرده است. به دیگر سخن، انسان امروز نه تنها قادر است گونه‌های مختلف گیاهی و حیوانی را تغییر داده و به تولید انبوه برساند، در شبیه‌سازی<sup>۷</sup> حیوانات به نتایج نسبتاً قطعی برسد،<sup>۸</sup> بلکه مدعی توانایی انجام اقداماتی مشابه در مورد انسان گردیده که بخش زیادی از این ادعاها را نیز به منصفه ظهور رسانده است.<sup>۹</sup> با استفاده از داده‌های علمی و روشهای تکنولوژیک مدرن بسیاری از بیماری‌های گیاهی، حیوانی و انسانی در مراحل اولیه رشد، قابل شناسایی گردیده‌اند. به علاوه، می‌توان در نطفه‌های سالم نیز تغییراتی به وجود آورد که در نتیجه محصول گیاهی، حیوان یا فرزند دلخواه فرد یا جامعه تولید شود.

پاره‌ای از پیامدهای تحولات یاد شده خود منشأ بروز مسائلی پیچیده گردیده است. نخست، استفاده از علم و تکنولوژی در فرآیندهای گیاهی، با دستکاری در دی.ان.آ.<sup>۱۰</sup> به وسیله مهندسی ژنتیک، در ابتدا برای مبارزه با

#### 7. Cloning.

۸. برای نمونه می‌توان به نخستین شبیه‌سازی موفق در سال ۱۹۹۸ در اسکاتلند اشاره کرد. گوسفندی که در نتیجه این تجربه مهیج تاریخی متولد شد، دالی (Dolly) نام گرفت. به دنبال آن، تجربه‌های موفق دیگری در امریکا و کشورهای دیگر انجام شد.

۹. اخیراً دانشمندان کره جنوبی مدعی موفقیت در شبیه‌سازی انسان شده‌اند. برای نمونه، نک.

The Korea Times, 25th Feb. & 3rd March, 2004.

#### 10. DNA Manipulation.

آفات و تولید سالم محصولات بود ولی به زودی به اصلاح نژاد، پیوند و تغییر گونه‌ها و تولید ارزان برخی محصولات مانند گندم یا ذرت در اندازه‌هایی غیرقابل قیاس با تولید به روشهای کلاسیک، تبدیل شد.<sup>۱۱</sup> این امر از یک سو موجب تغییر گونه‌ها و در خطر افتادن گونه‌گونی طبیعی گردیده است.<sup>۱۲</sup> از دیگر سو، بهداشت و سلامتی انسان و همچنین محیط زیست در نتیجه امر مزبور در خطر قرار گرفته<sup>۱۳</sup> تا آنجا که چیزی شبیه به یک جنبش تولید «ارگانیک» محصولات کشاورزی و دامی در کشورهای غربی به راه افتاده است و طی آن تلاش می‌گردد استفاده از مواد شیمیایی و مصنوعی در فرآیند تولید حذف شوند. افزون بر این، تولید به شیوه یاد شده نظم اقتصادی جهان و در نتیجه روابط بین‌المللی را متأثر ساخته و بی‌تردید موجب دگرگونی‌هایی در آنها خواهد شد.

دوم، اقداماتی مشابه بر روی حیوانات صورت گرفته است. از گذشته دور آزمایشات گوناگونی بر روی حیوانات انجام می‌شده است. این آزمایش‌ها به دو منظور صورت گرفته است. از یک سو، حیوانات به مثابه موجودات آزمایشگاهی برای مطالعه بر روی بیماری‌های انسانی و آزمایش رفتار و عکس‌العمل جسم حیوانات در مقابل داروها و دستکاری‌های

۱۱. علاوه بر کشورهای پیشرفته‌ای چون آمریکا و انگلیس، کشورهای در حال توسعه مانند آرژانتین و هند نیز به تولید و تکثیر محصولات اصلاح شده ژنتیک (Genetically Modified Crops) دست زده‌اند. برای نمونه، رک.

"Biotechnology", Financial Times, March 2002 & 2004; The Times, 5 March 2004; and "UK gives go ahead for GM crops", Financial Times, 9 March 2004.

۱۲. در این ارتباط، نک. کنوانسیون تنوع زیستی ریو:

"The Rio Convention on Biological Diversity, 1992".

13. See "UK gives go ahead for GM crops", Financial Times, 9 March 2004.

گونگون به عنوان مدلی برای رفتار و عکس‌العمل فیزیولوژیک انسان، مورد استفاده و آزمایش قرار می‌گرفته‌اند. حتی در مطالعات و آزمایش‌های اخیر بر روی ژنها، به طور کلی، و بیماری‌های ژنتیک، به طور خاص، نیز به همین نحو عمل می‌شود و دستکاری‌های جدی در ژن برخی از حیوانات صورت می‌گیرد.<sup>۱۴</sup> از دیگر سو، دانش و تکنولوژی جدید به طور گسترده در پرورش انواع دام و اصلاح‌نژادی به کار گرفته شده است. این اقدام به دستکاری‌های ژنتیک در حیوانات و استفاده از مواد گونگون، از جمله مواد شیمیایی، در تغذیه آن موجودات گردیده که به نوبه خود نه تنها موجب بروز بیماری‌های خطرناک - مانند بیماری جنون گاوی -<sup>۱۵</sup> و مرگ رقت‌بار شمار زیادی از حیوانات گردیده بلکه به دلیل قابلیت انتقال بیماری به انسان، سلامتی و جان او را نیز به خطر انداخته است. اقدامات مذکور اثراتی شبیه به آنچه در حوزه گیاهی اشاره شد، بر حیوانات داشته و موجب برهم خوردن وضعیت طبیعی تنوع زیستی گردیده است. همچنین در پی گسترش مفهوم حق، برخی بر آن شده‌اند که آزمایشات مذکور و پیامدهای آن ناقض حقوق حیوانات است. به علاوه، اثرات بیماری‌های مزبور را در تجارت جهانی و بالمآل اقتصاد دنیا نیز می‌توان دید چرا که در داد و ستدهای تجاری، کشورها مجبور به کنترل نوع گوشت وارداتی و اعمال

۱۴. برای نمونه، نک.

Murphy et al., "Experimental Gene Interaction Studies with SERT Mutant Mice as Models for Human Polygenic and Epistatic Traits and Disorders", and Goldman & Melo, "Chronic Myeloid Leukemia-Advances in Biology and New Approaches to Treatment", p.1453.

15. The Mad Cow Disease.



ممنوعیت یا محدودیت‌های لازم هستند.<sup>۱۶</sup>

سوم، بیوتکنولوژی در ارتباط با انسان پیامدهایی بس گسترده‌تر و مسائلی بسیار پیچیده‌تر، در مقایسه با ارتباط آن با گیاه و حیوان، به دنبال آورده است. هرچند، اساساً در یک نگاه نزدیک‌تر شاید بتوان گفت حتی «اهمیت» مسائل ناشی از کاربرد تکنولوژی در حوزه حیوانی و گیاهی، برخاسته از تأثیری است که بر زندگی انسان می‌گذارد. در حقیقت، مسائل مزبور از «دید» انسان و «برای» او، نه به خودی خود و در نفس الامر، مسأله گردیده‌اند و از این رو به یک معنا تمام مسائل ناشی از بیوتکنولوژی «انسانی» است. در هر صورت، دانش جدید در گام نخست اطلاعات کثیری را درباره بدن انسان به ارمغان آورده است. اطلاعاتی که به دنبال خود راه را برای بکارگیری تکنولوژی به منظور درمان بیماری‌هایی که در گذشته لاعلاج فرض می‌شدند باز کرده است. از دیگر سو، دانش و تکنولوژی مزبور انجام اقدامات بی‌شماری را بر روی انسان ممکن ساخته است که پیشتر ناشدنی تصور می‌شد. این اقدامات از مرحله انعقاد نطفه تا لحظه مرگ را شامل می‌شود. برای مثال می‌توان به لقاح مصنوعی، انتقال نطفه به رحم دیگر، دستکاری ژنتیکی، سقط جنین در مراحل مختلف، تولید و پیوند سلول پایه، شبیه‌سازی، پیوند عضو، انواع مرگ آسان و حتی کنترل و تغییر رفتار انسانی از طریق دستکاری‌های ژنتیکی<sup>۱۷</sup> اشاره کرد. همچنین،

۱۶. برای نمونه، براساس گزارش فائو ممنوعیت واردات گوشت گاوهای مبتلا به بیماری جنون گاوی موجب ورود ده میلیارد ضرر برای اقتصاد دنیا در سال دو هزار و سه میلادی گردیده است. نک. روزنامه شرق، ۱۳۸۲/۱۲/۱۷.

17. See, for instance, Murphy et al., "Experimental Gene Interaction Studies with SERT Mutant Mice as Models for Human Polygenic and Epistatic Traits and Disorders".

روابط حقوقی، اخلاقی، اجتماعی، دینی و اقتصادی افراد تحت تأثیر تحولات ناشی از بیوتکنولوژی قرار گرفته است. در این ارتباط، رابطه انسان با عضو بدن خود، رابطه پزشک و بیمار، رابطه فرد و جامعه با اطلاعات موجود در ژن، مالکیت معنوی نسبت به تمامی اجزای دانش موجود در این حوزه به ویژه مالکیت معنوی بر داروهای بسیار پیچیده و گران قیمت و موجودات همانندسازی شده، حق پایان دادن به حیات خود یا دیگری، استنباط و موضع گیری نظری، دینی، اخلاقی و حقوقی در قبال موضوعات جدیدی چون اجاره رحم، مرگ آسان، سقط درمانی، تولید و بکارگیری سلول‌های پایه و مانند آن، قابل ذکر هستند.

همانطور که ملاحظه می‌گردد، بر پایه آنچه در بالا راجع به بیوتکنولوژی و اعمال آن بر گیاه، حیوان و انسان گفته شد، پرسش‌ها و مسائلی در این ارتباط بروز می‌یابند که در حوزه‌های حقوق، اخلاق، دین، فلسفه، سیاست، اقتصاد و علوم اجتماعی بدانها پرداخته می‌شود. این پرسشها و مسائل بی‌تردید با هم مرتبطاند و انتخاب یک پاسخ یا راه‌حل خاص در ارتباط با یکی از آنها منتهی به انتخاب پاسخ یا راه‌حلهایی خاص در خصوص پرسشها و مسائل دیگر خواهد شد. برای نمونه، مسائل مربوط به سقط جنین، شبیه‌سازی، پیوند عضو و مرگ آسان آنچنان به هم مرتبطند که انتخاب یک موضع فلسفی، اخلاقی، حقوقی، اجتماعی یا دینی نسبت به یکی از آنها قطعاً ما را ناگزیر به اتخاذ موضع گیری سازگار و متلائم با آن موضع نسبت به دیگر موارد، خواهد ساخت. از این رو، مطالعات و پژوهش‌های مربوط به بیوتکنوژی، در درجه نخست، باید «کل‌گرا»<sup>۱۸</sup> یا

18. Holistic.

دست کم «همگرا»<sup>۱۹</sup> باشند به این معنا که به نتیجه اتخاذ یک نظر و موضع درباره یک مسأله بر روی دیگر مسائل توجه داشته باشند و تلاش نمایند موضوع مورد بررسی را در یک تصویر کلی و یک مجموعه همنشین قرار دهند. به علاوه، مطالعات و پژوهش‌های جاری در این قلمرو از یک ویژگی «میان رشته‌ای»<sup>۲۰</sup> نیز برخوردارند. اکنون دیگر نمی‌توان تنها از یک دیدگاه صرف حقوقی یا فلسفی یا علمی درباره موضوعات مطرح در این قلمرو سخن گفت، بلکه لازم است با عطف توجه به داده‌های معارف گوناگون نسبت به مسائل مربوط، به تحلیل و نتیجه‌گیری پرداخت. در غیر این صورت، ادعاهای جزئی و تک رشته‌ای توانایی تبیین دقیق موضوع مورد بررسی و در نتیجه امکان ارائه راه‌حلهای کاربردی موفق را نخواهند داشت.

در این نوشتار به مسائل برخاسته از ظهور بیوتکنولوژی و تأثیر آن بر زندگی انسان می‌پردازیم. به دیگر سخن، ابتدا تلاش خواهیم نمود محورهای عمده قابل پژوهش در این حوزه را معرفی کنیم. این محورها براساس سیر تحول حیات انسانی از لحظه شکل‌گیری تا زمان مرگ، دسته‌بندی خواهند شد. سپس، منظرها یا دیدگاههایی که می‌توان و باید در مطالعه و پژوهش پیرامون محورهای معرفی شده برگزید، توضیح داده خواهند شد. همانطور که در بالا اشاره شد مطالعات مربوط به این حوزه لاجرم بایستی کل‌گرا و میان رشته‌ای باشند. از این رو معرفی محورهای

19. Integrative.

20. Inter-Disciplinary.

قابل پژوهش ناگزیر یک معرفی «چند رشته‌ای»<sup>۲۱</sup> خواهد بود. در پایان بحث فهرستی گزیده از کتابشناسی مربوط به این قلمرو به مثابه یک راهنما برای پژوهش‌های دامنه‌دارتر ارائه خواهد شد.

گفتنی است که در تمامی ارجاعات مذکور در پانوشتها فقط به نام خانوادگی و عنوان اصلی اثر و فصل یا صفحات مربوط، در صورت لزوم، ارجاع داده شده و لازم است خواننده گرامی برای مشخصات کامل منبع مورد ارجاع به بخش منابع و کتابنامه مراجعه نماید.

## ۲- مسائل

در این بخش به معرفی اجمالی مباحث عمده، پرسشها و مسائل و موضوعات مربوط به هر مبحث، در زمینه بیوتکنولوژی و انسان، می‌پردازیم. از این رو، هر مبحث در حقیقت تشکیل‌دهنده یکی از محورهای مستقل قابل پژوهش در زمینه یاد شده است. همانگونه که در بالا آمد، برای دسته‌بندی این محورها و موضوعات، معیار را اجمالاً سیر تحول حیات انسان - از شکل‌گیری، تولد، زندگی تا مرگ - قرار داده و بر این اساس مباحث را تحت عناوین اصلی و فرعی زیر تقسیم‌بندی نموده‌ایم.

### ۲-۱- تولید مثل

تولید مثل دربرگیرنده مراحل گوناگونی از حیات انسانی و همچنین فعالیتها و رفتارهای مختلف انسانی است. در این ارتباط، رشد و ظهور تکنولوژی و بیوتکنولوژی بر چگونگی و نتیجه مراحل و فعالیتهای مزبور

21. Multi-Disciplinary.

تأثیر به سزایی داشته تا آنجا که می‌توان گفت برخی از آنها را دچار دگرگونی جدی و اساسی ساخته است. مباحث این بخش را، به طور کلی، تحت عناوینی چون روابط جنسی، ناباروری و کنترل ناباروری، تشخیص‌های قبل از لانه‌گزینی، اطلاعات ژنتیکی و سقط جنین طرح و شرح و بسط خواهیم داد.

#### ۲-۱-۱- روابط جنسی

مفهوم روابط جنسی در نتیجه تحولات علمی و تکنولوژیکی دچار تحول گردیده است. امروزه دیگر رابطه جنسی به منظور صرف تولیدمثل مطرح نیست و جزئی از آن یا شرط لازم و کافی فرآیند مزبور به حساب نمی‌آید. مسأله حتی تا آنجا جلو رفته است که به دلیل توانایی‌های علمی تکنولوژیک امکان همانندسازی جنین به وسیله سلولهای غیرجنسی به وجود آمده است. از این رو، چه به لحاظ اخلاقی و دینی و چه به لحاظ حقوقی و اجتماعی باید روابط جنسی را جدا از مسأله تولیدمثل در نظر گرفت و درست به همین دلیل احکام و هنجارهای مربوط به مفهوم مزبور نیز ناگزیر از دگرگونی خواهد بود.

#### ۲-۱-۲- ناباروری و کنترل باروری

توانایی‌های حاصل از بیوتکنولوژی می‌تواند به حل مسأله ناباروری که همیشه در میان انسانها وجود داشته است، کمک به سزایی کند. مطابق آمارهای سازمان بهداشت جهانی بیش از دو درصد جمعیت جهانی مبتلا به انواع بیماری‌های ناباروری هستند. پیشرفتهای بیوتکنولوژیک، به روشهای

گوناگون برای این افراد توانایی باروری به ارمغان آورده است. علاوه بر روشهای موجود لقاح مصنوعی، یکی از راه‌حلهای مهم همانندسازی است که می‌تواند روش جدیدی برای لقاح مزبور باشد. از دیگر سو، کنترل باروری روی دیگر سکه مسأله ناباروری است. همانطور که پیشرفت علم و تکنولوژی می‌تواند گرهی از کار فروبسته انسان در زمینه ناباروری باز کند، به همان اندازه می‌تواند بر مشکلات او بیفزاید. بیوتکنولوژی به انسان معاصر این قدرت را می‌دهد که نوعی خاص از باروری را انتخاب کند و فرزند خاصی را با دستکاری‌های ژنتیک متولد سازد. نتیجه البته در زندگی فردی و جمعی انسان عمیق و دیر برخی موارد خطرناک خواهد بود. لذا توانایی‌های علمی و فنی در انعقاد نطفه و کنترل باروری بایستی از دیدگاههای اخلاقی و حقوقی مورد توجه خاص قرار گیرد.

### ۲-۱-۳- تشخیص‌های قبل از لانه‌گزینی

یکی از پیامدهای مطالعات جدید بر روی ژنهای انسان و توان تکنولوژیکی تولید دارو و قدرت دستکاری در ژنها، این بوده است که زمان تشخیص بیماری در انسان را به لحاظ زمانی بسیار جلو کشیده است. گذشته از تشخیص‌های بسیار به هنگام درخصوص بیماری‌های انسانی موجود که قبلاً لاعلاج بوده‌اند (مانند انواع سرطانها)، امروزه قدرت تشخیص ژنتیک بیماری‌های آتی نطفه حتی قبل از لانه‌گزیدن در رحم مادر نیز فراهم آمده است که خود منشأ بروز مسائل گوناگون حقوقی و اخلاقی گردیده است. هرگونه اقدام براساس تشخیص‌های مذکور تأثیر دائمی بر سرنوشت انسانی که در آینده تکامل می‌یابد، خواهد داشت. تأثیر یاد شده

خویشاوندان و جامعه‌ای را که نطفه در میان آنان رشد و تکامل خواهد یافت متأثر خواهد ساخت. از طرف دیگر، آیا اساساً می‌توان از تکوین نطفه مورد بررسی جلوگیری کرد؟ همچنین، به طور کلی، آیا می‌توان به تشخیص‌های مذکور عمل کرد؟ همه چیز البته به هدف و کارکرد اقدام براساس تشخیص‌ها برمی‌گردد. به مسأله در بخش پیشین تحت عنوان کنترل باروری اشاره شد. اگر توانایی برآمده از تشخیص‌های مزبور در جهت مداوا و جلوگیری از فجایع انسانی باشد البته به راحتی می‌توان از آن دفاع کرد ولی اگر در جهت اصلاح نسل و ایجاد نظام‌های تبعیض نژادی باشد، نمی‌توان از آن اقدام دفاع کرد.

#### ۲-۱-۴- اطلاعات ژنتیکی

اکنون بسیار قبل از شکل‌گیری کامل جنین می‌توان با استفاده از اطلاعات حاصل از مطالعات ژنتیکی و رشد تکنولوژی مربوط پزشکی، از آینده جنین و کودک خبر داد و به دستکاری در ویژگی‌های آن دست زد. گذشته از آن که بخشی از این کار تحت عنوان سقط جنین و سقط درمانی قرار می‌گیرد ولی همه مسأله به سقط جنین ختم نمی‌شود و دستکاری‌های دوره نخست بارداری برای تغییرات ژنتیکی در جنین و کودک خود مسأله‌ای مستقل را تشکیل می‌دهد. آنچه در اینجا مهم است تلاش برای استفاده از توانایی‌های علمی و تکنولوژیکی در جهت کمک به تولید مثل فرزندان سالم و خالی از بیماری‌های لاعلاج یا بسیار دردسرها برای فرزند و اطرافیان است. از دیگر سو، براساس قانون بقای انبساط برخی از شکل‌های خفیف بیماری‌ها، مانند سل یا تالاسمی، برای مقاومت در مقابل دیگر

بیماری‌های کشنده محیطی، مانند مالاریا، مفید به نظر می‌رسند. از این رو، دستکاری برای یکدست ساختن ژنها ممکن است تعادل محیطی و فواید پنهان اختلال‌های خفیف مذکور را از بین ببرد و این به نوبه خود برای انسان مخاطره‌آمیز و پرهزینه خواهد بود.<sup>۲۲</sup>

#### ۲-۵-۲- سقط جنین

همانطور که در بخش پیشین اشاره شد، یکی از موارد سقط نطفه/جنین با استفاده از اطلاعات ژنتیکی، دستکاری در جنین در مراحل بسیار اولیه حتی قبل از لانه‌گزینی در رحم است. از مورد دستکاری در جنین و حفظ آن که بگذریم، به روش مذکور زوجین می‌توانند با استفاده از آن اطلاعات جنین خود را سقط کرده تا در بارداری‌های بعدی به جنس و مشخصات مطلوبی که برای کودک می‌خواهند برسند. همه مسأله اما این است که آیا می‌توان جنین را سقط کرد و آیا زوجین یا مادر تنها کسانی هستند که قدرت تصمیم‌گیری در این زمینه را دارند؟ مسلم است که یکی از پیامدهای رأی مثبت به سقط مزبور، اصلاح یا انهدام نژاد و به هم خوردن تعادل طبیعی جوامع انسانی خواهد بود. به همین اندازه رأی مزبور می‌تواند در جهت سیاست‌های جمعیتی و اقتصادی و کمک به تمشیت بهینه امور یک ملت کمک نماید.

همچنین مسأله سقط درمانی مطرح است. گفتنی است که براساس برخی نظریات می‌توان نطفه را از یک مقطعی انسان به حساب آورد<sup>۲۳</sup> و لذا

۲۲. نک. زرغام، بیوتکنولوژی در قرن بیست و یکم، فصل ۱۲.

23. See, Copland & Gillett, "The Bioethical Structure of a Human Being".



هرگونه دستکاری در آن یا پایان دادن به حیات آن مساوی است با وسیله فرض کردن نطفه که البته با اصل غایت بودن انسان و ممنوعیت استفاده ابزاری از آن منافات دارد. یکی دیگر از دلایل سقط جنین دستیابی به سلول‌های پایه است. به این معنا که برای به دست آوردن سلول‌های پایه همسان مورد نیاز برای درمان، می‌توان به انعقاد نطفه دست زد و در همان روزهای نخست عمر نطفه تعدادی سلول پایه از آن به دست آورد. برای این کار باید نطفه را سقط نمود و بدین وسیله آن را از بین برد.<sup>۲۴</sup> آیا سقط نطفه به منظور به دست آوردن سلول پایه جایز است؟

سؤال اساسی که با هر چهار دیدگاه دینی، فلسفی، اجتماعی و حقوقی در ارتباط است، این است که آیا به طور کلی می‌توان از سقط جنین دفاع کرد؟ در این رابطه می‌توان دست کم به چهار نظریه رقیب اشاره کرد. از یک نظر جنین از زمان انعقاد نطفه یک موجود انسانی با حیاتی مقدس است که نمی‌توان آن را سقط کرد.<sup>۲۵</sup> از نظر گاهی دیگر بیش از جنین، مادر است که صاحب حق و ادعاست. لذا چنانچه تصمیم مادر به سقط جنین ختم شود باید آن را محترم شمرده و از آن حمایت کرد. نظر سوم به مسأله از دید میزان و ارزش سرمایه‌گذاری جامعه و طبیعت/خدا در موضوع مورد بحث می‌نگرد و براساس ارزش ذاتی مقایسه‌ای تصمیم می‌گیرد. در نظریه چهارم همه چیز به این بستگی دارد که آیا جنین یک شخص انسانی به مفهوم هنجاری هست یا نه. اگر بتوان در هر مرحله از مراحل حیات جنین

24. See The New York Times, "The Privatization of Stem Cells", Editorials, March 9, 2004.

25. See, for instance, Stretton, "The Deprivation Argument Against Abortion".

آن را شخص دانست، سقط آن ممنوع است.<sup>۲۶</sup>

## ۲-۲- مداوا و داروهای جدید

اکنون مشخص گردیده است که بسیاری از بیماری‌های انسان، ناشی از عیوب موجود در ژنهاست که مداوای آنها در چارچوب مطالعات گسترده بر روی ژنها مدیریت می‌گردد.<sup>۲۷</sup> لذا بخشی از داروهای جدید بسیار پیچیده و متمرکز بر دستکاری در ساز و کار ژنها می‌باشند. این مرحله از تولید دارو، از مرحله تولید محصولات پروتئینی ژنی مانند انسولین جلوتر است. در این مرحله هدف تغییر محتوای ژنتیکی تمامی سلولهای فرد بیمار است تا در خط وراثتی اثری از بیماری باقی نماند. برای نمونه داروهای جدیدی که برای درمان برخی از انواع سرطان خون اختراع شده‌اند، تنها کروموزوم‌های ناسالم را هدف قرار می‌دهند و تا حد بسیار خوبی در مداوای بیماری موفق بوده‌اند. تولید انبوه اینگونه داروها به لحاظ فنی بسیار پیچیده و به لحاظ تجاری بسیار گران است.

از این رو، مفهوم درمان خود محل بحث قرار گرفته است. پیداست که همه ملتها نه به علم و تکنولوژی این داروها دسترسی دارند و نه توانایی‌های اقتصادی را برای تولید آنها به دست آورده‌اند. آیا به صرف عدم توانایی این ملتها، می‌توان شانها را بالا انداخت و بخشی از جمعیت انسانی را به رغم نیاز شدید، از معالجه حیاتی محروم نمود؟ براین پایه آیا

۲۶. برای تفصیل نظریات بالا و نقد آنها، نک. راسخ، «جدال حیات: بررسی اجمالی تنوری‌های سقط جنین».

۲۷. ضرغام، بیوتکنولوژی در قرن بیست و یکم، فصل ۱۲. همچنین، نک.

Bhandari, et al., "A Genetic Revolution in Health Care".

می‌توان داروهای مزبور را تحت اختراع جدید ثبت و استفاده انحصاری آن را به شخصی خاص عطا کرد؟ اگر آری، آیا به صرف ثبت اختراع و استفاده‌های انحصاری در قالب مالکیت معنوی می‌توان دنیا را به دو منطقه اصلی توسعه یافته و غنی و بهداشتی، در یک سو، و توسعه نیافته و فقیر و غیربهداشتی، در دیگر سو، تقسیم کرد؟ بنابراین، آیا اساساً مالکیت معنوی در مورد داروهای جدید قابل اعمال است و آیا نباید این مالکیت در پرتو مفهوم مداوا و نیاز بشر به معالجه تعریف و تحدید گردد؟ بنابراین، مالکیت معنوی بر داروهای کمیاب و گران قیمت جدید که برخاسته از دستاوردهای ژنتیک و بیوتکنولوژیک هستند با مالکیت معنوی در دیگر حوزه‌ها فرق دارد. سخت نیست که به لحاظ نظری در خصوص حق معنوی بر داروهای مذکور تردید کرد و آنها را میراث مشترک بشریت دانست.

## ۲-۳- پیوند اعضا

کاربرد تکنولوژی جدید در حوزه پزشکی امکان پیوند اعضای بدن انسانها به یکدیگر را به وجود آورده است. این پیوند از سه طریق ممکن است: یکی از طریق اهدای عضو توسط اشخاص سالم، دیگر با استفاده از اعضای شخص مرده و سوم به وسیله انتقال ژن مولد عضو. هر یک از روشهای مزبور مسائل نظری و عملی گوناگونی را در زمینه‌های مالکیت و مسؤولیتها به دنبال می‌آورد. گفتنی است ایجاد بانکهای بافتهای انسان می‌تواند به نوعی بانکداری پیوند در انسان تبدیل شود. در اروپا و امریکا هم اکنون براساس رضایت افراد به بافت‌سنجی خونی آنها پرداخته و برای افراد مبتلا به بیماری‌های قبلاً لاعلاج، اهداکننده‌هایی خارج از خانواده و

محلّه و حتی کشور پیدا می‌کنند. با توجه به آهنگ رشد توانایی‌ها در پیوند اعضا، این که در آینده امکان پیوند مغز انسانی نیز به وجود آید بعید نیست. در این صورت مسأله هویت فردی انسان جزو معضلات علمی و اخلاقی خواهد گردید.<sup>۲۸</sup> شاید مهمترین جنبه پیوند اعضا مسأله رابطه مالکیت با عضو مربوط و امکان تجاری شدن داد و ستد اعضای بدن انسان باشد.<sup>۲۹</sup> یکی از مهمترین استدلال‌های مخالف رابطه مزبور، این است که به دلیل موقعیت خاص انسان در هستی (به عنوان یک موجود مکرم و ابزار نشدنی) نمی‌توان اجازه داد با اعضای بدن او به عنوان اشیای قابل تملک و نقل و انتقال برخورد شود. از این‌رو، مفهوم مالکیت و مسأله معاملات در این زمینه می‌تواند اشکالی از تبعیض و برده‌داری را در دنیای کنونی به دنبال آورد.

## ۲-۴- تجربه بر روی انسان

توسعه هیچ یک از شعبه‌های علوم (اعم از طبیعی و انسانی) بدون تجربه‌های وسیع بر روی طبیعت و انسان ممکن نگشته است. گزاره‌های موجود در شعبه‌های مختلف علوم تجربی عموماً گزاره‌هایی پسینی و ترکیبی هستند که ادعای موجود در آنها قابل تجربه در جهان خارج است. درست به همین دلیل، توانایی ابزارسازی انسان در بکارگیری دانش برآمده از داده‌های تجربی مذکور، راه را برای تسخیر طبیعت و تسلط بر جسم و

28. See, for example, Rhodes, "Organ Transplantation".

29. See Gold, *Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials*; and Ten Have & Wclie, *Ownership of the Human Body*.

روان انسان هر روز باز و بازتر می‌نماید. رشد علوم زیستی مربوط به انسان (به ویژه علوم ژنتیک و داروسازی) و توانایی مداوای بیماری‌های انسان یا دستکاری در کارکردهای جسمی و روانی او، میسر نمی‌شود مگر این‌که امکان انجام تحقیقات تجربی و انجام آزمایش‌های لازم بر روی انسان وجود داشته باشد. امروزه منشأ بسیاری از رفتاری نابهنجار (از نگرانی، وسواس و رفتار تهاجمی گرفته تا همجنس‌بازی) در ژن انسان جستجو می‌شود<sup>۳۰</sup> و از این‌رو، گرایش به آزمایش‌های تجربی بر روی حیوان و انسان هر دو وجود دارد تا اصل فرضیه‌های پیشنهادی براساس داده‌های تجربی تأیید و تقویت شوند. این آزمایش‌ها یا مستقیماً بر روی انسان انجام می‌شود یا بر اجزای جدا شده از بدن او صورت می‌گیرد. حال، احتمال این‌که تحقیقات و آزمایش‌های یاد شده اثرات سنگین و دائمی بر جسم و روان انسان بگذارد بسیار زیاد است. آیا می‌توان به این امر رضایت داد؟ رضایت چه کسی در اینجا شرط است؟ پیداست که رشد علوم ژنتیک و بیوتکنولوژیک به خودی خود به معنای جواز تجربه بر روی انسان به منظور حل مسائل لاینحل و یافتن راه‌های برون‌رفت برای درمان بیماری‌ها یا ایجاد تغییر در پاره‌ای از رفتارهای ناخواسته در انسان نیست و انجام امور مزبور محتاج دلایل موجهه قوی است. پاسخ به سؤال‌های مطرح در این حوزه البته ساده نیست و بخش عمده‌ای از مباحث اخلاقی و فلسفی امروزه حول مسأله

30. Meira-Lima et al., "Association analysis of the catechol-o-methyltransferase (COMT), serotonin transporter (5-HTT) and serotonin 2A receptor (5HT2A) gene polymorphisms with obsessive - compulsive disorder"; Köks et al., "A screen for genes induced in the amygdaloid area during cat odor exposure"; and Nyberg et al., "Genetic and environmental (inter) actions in male mouse lines selected for aggressive and nonaggressive behaviour".

مذکور دور می‌زند. شاید به همین دلیل است که برخی از آزمایش‌های حساس ابتدا بر روی حیوانات انجام می‌شود و بعدها نتایج قطعی آن آزمایش‌ها با احتیاط و توجه به جوانب گوناگون مسأله بر انسان اعمال می‌گردد.

یکی از اصول راهنما و البته بسیار راهگشا در ارتباط با بحث تجربه بر روی انسان، اصل منزلت والای انسانی است. همانطور که اشاره شد، از آنجا که برخی از تجربه‌هایی که بر روی انسان صورت می‌گیرد تأثیری دائمی بر سلامتی و رفتار او خواهد داشت لذا لازم است تجربه و تحقیق بر روی انسان در چارچوب این اصل صورت گیرد تا به منزلت او خدشه وارد نسازد. از دیگر سو، نیازهای همین موجود مکرم و با منزلت بخشی از تجربه‌های بالا را واجب می‌سازد و لذا گریزی از پاره‌ای تجربه‌ها بر روی انسان نیست ولی دوباره باید تأکید کرد که صرف ارتقای دانش بشری نمی‌تواند دلیل موجه خوبی برای آزمایش بر روی انسان باشد.

## ۲-۵- ذهن

به دلیل اثرات ترکیب شده ژنتیک و محیط، انسان آن چیزی است که اکنون در زیست بوم‌های در هم‌تنیده گوناگون زندگی می‌کند. مغز انسان که در حقیقت ذهن یا دست کم پایه ذهن را تشکیل می‌دهد در این معادله پیچیده نقش اصلی را ایفا می‌کند. در این ارتباط، پیشرفتهای علوم و تکنولوژی زیستی احتمال شبیه‌سازی سلولهای مغزی را به وجود آورده است. در صورت جدی شدن احتمال مزبور و در صورتی که به این منظور تجربه بر روی مغز ضروری باشد، که هست، آیا می‌توان جواز چنین

تجربه‌ای را صادر کرد؟ آیا می‌توان بر روی مغز مجزا از دیگر عناصر تجربه کرد؟

افزون بر این، این که ذهن با مغز برابر است یا چیزی بیش از آن است تأثیر به‌سزایی در بسیاری از تحقیقات ژنتیک، به ویژه تحقیق پیرامون رابطه مغز، ژن و محیط،<sup>۳۱</sup> دارد. چرا که ذهن انسان هرچه باشد بخش خودآگاه انسان را تشکیل می‌دهد که وجه مشخصه او از دیگر موجودات و مبنای شخص بودن او محسوب می‌شود.<sup>۳۲</sup> از این رو، دستکاری در مغز انسانی به معنای تعرض به بنیادی‌ترین ویژگی اوست که فقط در صورت ضرورت و در خدمت معالجه فرد انسانی قابل موجه شدن است. برای مثال، اخیراً پایه‌های ژنتیکی یادگیری و حافظه محل پرسش و تحقیق قرار گرفته و بر این پایه زمینه‌های تجربه بر روی مغز انسان در کنار آزمایش بر روی حیوانات، بازتر گردیده است.<sup>۳۳</sup> شاید در نتیجه تحقیقات و تجربه‌های یاد شده بتوان بیماری‌های ذهنی انسان را با دستکاری در ژن‌های مربوط مداوا نمود.

31. See, for instance, Guo, "Linking genes to brain, behavior and neurological diseases: what can we learn from zebrafish?".

۳۲. نک. راسخ، «شخص: محل تلاقی حقوق، فلسفه و پزشکی»، و «جدال حیات»، صص ۲۰۱-۱۹۳، همچنین نک.

Carruthers, *Introducing Person: Theories and Arguments in the Philosophy of Mind*.

33. See Brennan, "Genetic Differences in Leverpress Escape/Avoidance Conditioning in Seven Mouse Strains".

## ۲-۶- همانندسازی

مطالعات ژنتیکی بر روی انسان و به ویژه پیشرفتهای بین‌المللی در طرح ژنوم که در زیر بدان اشاره خواهد شد، برخی از دانشمندان را بر آن داشته است که با کاربردی کردن دانش حاصل و استفاده از تکنولوژی مربوط می‌توان به همانندسازی انسان دست زد. ادعای مزبور در گوشه‌های مختلف دنیا از ژاپن تا امریکا دنبال شده و می‌شود. دست کم ادعا این است که به لحاظ فنی امکان همانندسازی وجود دارد. این امکان با موفقیت همانندسازی گوسفندی به نام دالی در ادینبوروی اسکاتلند به طور جدی مطرح شده است. همانندسازی مذکور با لقاح تخمک از طریق هسته سلول یک غده پستانی گوسفند بالغ بدون هیچ‌گونه عمل تولید مثل به وجود آمد که پس از تبدیل به جنین، بقیه مراحل رشد تا تولد را در درون رحم یک ناماداری سپری کرد.

## ۲-۶-۱- همانندسازی نطفه/جنین

یکی از شکلهای همانندسازی، همانندسازی جنین است که پیشرفتهای علمی و بیوتکنولوژی اخیر همانندسازی مزبور را ممکن ساخته‌اند. نوع اول همانندسازی جنین، همانندسازی تولیدی با هدف خلق کودک، است. در این همانندسازی بشر به خواست دیرین خود مبنی بر تولید و تکثیر نوع خاصی از انسان دست می‌یابد. همچنین، امکان همانندسازی جنین به وسیله سلول‌های غیرجنسی در حال فراهم آمدن است. به هر حال، مسائل مختلفی به دنبال امکان همانندسازی جنین رخ می‌نمایند. برای نمونه، یکی از مسائل مهم این است که پدر و مادر کودک حاصل از



همانندسازی کیست و در صورت امکان تعیین، آیا پدر و مادر می‌توانند رابطه‌ای طبیعی با فرزندی که به لحاظ ژنتیکی با آنان فاصله و تفاوت بسیار دارد، برقرار کنند؟<sup>۳۴</sup>

به علاوه، باید توجه داشت یکی از اهداف مهم همانندسازی جنین، برداشت سلول‌های پایه است. این نوع دوم همانندسازی جنین است که همانندسازی درمانی با هدف خلق سلولها و بافتهای انسانی، نامیده می‌شود. پس از انعقاد نطفه سلولهای پایه برای اهداف تحقیقاتی درباره مداوای بیماری‌هایی چون دیابت، آلزایمر و پارکینسونز، برداشت می‌شود. این امر به قیمت حیات جنین تمام می‌شود.<sup>۳۵</sup> در این صورت، می‌توان پرسید آیا جنین یک شخص انسانی کامل است که نتوان به او صدمه‌ای وارد ساخت؟ شاید برخی براساس نظریه شخص در تئوری‌های سقط جنین استدلال کنند که از آنجا که شخص انسانی یک مفهوم ارزشی است و منوط به وجود برخی ویژگی‌های خاص مانند وجود قدرت خودآگاهی در هویت مورد نظر است، فلذا تا سنی خاص (زمانی که ویژگی مورد نظر در جنین ظاهر نشده است)، جنین یک شخص انسانی به حساب نمی‌آید.<sup>۳۶</sup> بر پایه این استدلال، حتی اگر مفهوم شخص را مقوله به تشکیک بدانیم؛ به این معنا که معتقد باشیم که شخص طی یک فرایند تدریجی به وجود می‌آید و وجود آن بسته به وجود زمینه‌های بیولوژیکی خاصی است که به تدریج ظهور و بروز می‌یابند،<sup>۳۷</sup> باز هم نمی‌توان ادعا کرد که جنین از بدو شکل‌گیری یک

۳۴. نک. خلیل پور، «شبه‌سازی و چالش‌های جهانی».

35. See "UK takes lead in human cloning experiments".

۳۶. نک. راسخ، «جدال حیات»، صص ۱۹۵-۲۰۰.

37. See Copland & Gillett, "The Bioethical Structure of a Human Being".

شخص انسانی است و نمی‌توان هیچگونه لطمه‌ای به آن وارد ساخت. با این حال، در مقابل می‌توان به استدلال «شکسته شدن سد»<sup>۳۸</sup> متوسل شد. از این دیدگاه، اجازه انعقاد نطفه و استفاده از سلول‌های پایه موجود در آن حتی به صورت محدود و با قیود و شرایط گوناگون، راه را برای بسیاری از سوءاستفاده‌های غیراخلاقی از شخص انسانی باز خواهد کرد. کنترل تمامی موارد شکل‌گیری نطفه و سن و شرایط آن ممکن نیست، پس بهتر است مانع و سد را همچنان برقرار و بسته نگهداریم. از دیگر سو، بیماری‌هایی خاص، به ویژه بیماری‌های ژنتیکی، وجود دارند که با توجه به رشد بیوتکنولوژی تنها از طریق پیوند سلولهای پایه قابل معالجه‌اند و به دلیل عدم وجود شخصی که بتواند سلول پایه اهدا کند، فقط می‌توان با تولیدمثل نطفه به هدف مزبور نائل آمد. آیا نمی‌توان از موجودی که هنوز یک شخص انسانی نگردیده است برای کاستن از رنج‌های بشر استفاده کرد؟ به نظر می‌رسد لازم است میان استدلال بسته نگهداشتن راه و ضرورت یاد شده، یک توازن معقول و حداقلی ایجاد کرد. شاید بهترین راه استفاده از شیوه شبیه‌سازی جنین به صورت محدود و تحت کنترل شدید کمیته‌های اخلاق زیستی، باشد.

#### ۲-۶-۲- همانندسازی اعضای بدن

امروزه می‌توان با استفاده از بافت‌های اعضای بدن و ژن مولد عضو مورد نظر به همانندسازی آن اعضا دست زد و برای مداوای بافت‌های بیمار استفاده نمود. روش هرچه باشد سؤالات و مسائل مهمی جلوه‌گر خواهند

38. Slippery Slope Argument.

شد. عضو همانندسازی شده متعلق به کیست و آیا برای استفاده از آن نیاز به حکم حقوقی خاص یا دستور اخلاقی دینی معینی هستیم؟ به علاوه، همانطور که در بخش مربوط به پیوند اعضا اشاره شد، تولید و پیوند اعضا در بردارنده وجوه مثبت و منفی است. وجه مثبت البته روشن و ساده است: مداوا و کاستن از رنج انسان. اما وجه منفی بس پیچیده و قابل تأمل است. در بحث از مداوا و امکان دستکاری‌های ژنتیک به مسأله تبعیض ناموجه میان افراد انسانی و اصلاح نسلها، اشاره شده است و مسائل مزبور عیناً در اینجا نیز مطرح است.

باری، به طور کلی، در خصوص همانندسازی می‌توان گفت که در کنار آثار مثبت، خطرات مسأله نیز بسیار جدی و سنگین هستند. خطر همانندسازی انسانهای شریر مانند هیتلر و استالین وجود دارد و از این رو پروژه همانندسازی بایستی تحت کنترل شدید حقوقی اخلاقی قرار داشته باشد و معیار کنترل نیز عزت و منزلت والای انسانی باشد.<sup>۳۹</sup> از دیگر سو، همانندسازی انسان و احتمالاً در معرض خرید و فروش قرار دادن اعضای بدن و جنین‌های همانندسازی شده، مسأله شخصیت انسانی را به حاشیه می‌راند و کوچک می‌گرداند. از این رو، یکی از استدلال‌ها بر علیه همانندسازی تجاوز به شخصیت انسانی است. نقد دیگر این است که دنیا پر می‌شود از انسانهای مشابه و جامعه انسانی از تنوع و جذابیت خالی خواهد شد. همچنین پیش‌بینی می‌شود به دلیل تولید مثل دو نوع انسان، انسانهای طبیعی متولد شده و انسانهای همانندسازی شده، تبعیض‌های جدید و بسیار پیچیده در جامعه انسانی رخ نماید و بر مشکلات موجود در روابط حقوقی

39. Cf. Harris, "Goodbye Dolly? The Ethics of Human Cloning".

اخلاقی انسانها بیفزاید.

## ۲-۶-۳- مالکیت معنوی ناشی از همانندسازی

سؤال مهم درخصوص بافتها، اعضا و هر نوع موجود همانندسازی شده قابلیت مالکیت بر آنها و به رسمیت شناختن مالکیت معنوی بر اطلاعات ژنتیک موجود در آنهاست. حقیقت این است که اصل مالکیت بر بدن و اعضای بدن انسان - مالکیت مادی یا معنوی (بر اطلاعات ژنتیک) - محل بحث جدی قرار گرفته است. درست است که براساس تئوری جان لاک فیلسوف انگلیسی، اساساً منشأ تمامی حقوق حق مالکیت است و حق مالکیت خود از مالکیت بر بدن آغاز می‌شود. ولی وارد کردن مفهوم مالکیت در مفهوم انسان با اشکالات عدیده مواجه است. اگر از یک سو در نظر داشته باشیم که مالکیت همیشه دارای موضوع است و مالک بر موضوع مالکیت خود تسلط کامل دارد که از نتایج آن قابلیت نقل و انتقال موضوع مزبور و تجاری شدن آن می‌باشد. به علاوه، اگر اصل غایت بودن انسان یا اصل ممنوعیت ابزار قرار دادن انسان به عنوان یک اصل بنیادین در روابط اخلاقی و حقوقی جمعی به رسمیت شناخته شود، آنگاه مشکل بتوان با انسان و اعضای بدن او به عنوان اشیای قابل نقل و انتقال و خرید و فروش برخورد کرد. لذا مفهوم مالکیت مادی یا معنوی در این زمینه محل اشکال است.

## ۲-۷- سلول پایه

دانش جدید پزشکی موفق به کشف ویژگی‌های بسیار پیچیده بدن

انسان و ساز و کار عمل آن در سطوحی عمیق مانند سطح فعالیت کروموزم‌ها، گردیده است. در این ارتباط، برای نمونه، دانش مذکور به ما می‌گوید که مغز استخوان انسان، سلول پایه را تولید و این سلول به سلولهای اصلی خون (گلبول سفید، هموگلوبین و پلاکت) تبدیل و تکثیر می‌گردد. افزون بر این، تکنولوژی جدید قدرت تجزیه و تحلیل‌های آزمایشگاهی، تشخیص عناصر تشکیل‌دهنده، جداسازی و ذخیره سلول‌های پایه و در آخر پیوند سلول‌های پایه<sup>۴۰</sup> به بدن فرد یا انسانی دیگر را ممکن ساخته است. در نتیجه، بسیاری از بیماری‌هایی که در گذشته لاعلاج پنداشته می‌شدند، به ویژه انواع سرطانها، با شناسایی و پیوند مزبور درمان‌پذیر گردیده‌اند. از کاربردهای سلول پایه در پزشکی می‌توان به درمان سرطان، ترمیم بافت‌های آسیب‌دیده قلب، ترمیم بافت‌های استخوانی، درمان بیماری‌ها و ضایعات عصبی، ترمیم سوختگی‌ها و ضایعات پوستی، ترمیم لوزالمعده و ترشح انسولین و آزمون تأثیر داروهای جدید (بر روی سلول پایه به جای بیمار) نام برد.<sup>۴۱</sup>

با این حال، به رغم این‌که، برای نمونه، ریشه‌های خونی و کروموزمی برخی از بیماری‌ها کشف شده و مداوای آنها با پیوند سلول پایه ممکن گردیده ولی سلول پایه همانند برای این کار یافت نمی‌شود. آیا می‌توان سلول پایه تولید کرد؟ از دید علوم و تکنولوژی زیستی پاسخ مثبت است و با استفاده از توانایی‌های بیوتکنولوژیک برای مثال می‌توان از بدن

۴۰. امروزه در مراکز پیشرفته پزشکی و سرطان‌شناسی، مانند بیمارستان Hammersmith در لندن، مفهوم «پیوند مغز استخوان» (bone marrow transplantation) عمدتاً و در اکثر موارد جای خود را به مفهوم

«پیوند سلول پایه» (stem cell transplantation) داده است.

۴۱. رک. سلیمانی، «کاربردهای سلول‌های بنیادی در پزشکی».

خود بیمار یا از خویشاوندان او بافت مربوط یا نطفه و جنین به دست آورد و در مرحله‌ای خاص از سلول پایه آن جنین برای مداوای بیماری استفاده کرد. اما پاسخ ارزشی به سؤال مذکور خیلی روشن نیست. مسأله در ارتباط با تولید سلول پایه از بافتهای بدن بیمار با مسأله در تولید سلول پایه از جنین متفاوت است. اگرچه تولید سلول پایه از بافتهای بدن بیمار یا اشخاصی دیگر علی‌الظاهر مشکلی دربر ندارد ولی همچنان مسأله کلی لجام گسیختگی علمی و احتمال سوءاستفاده‌های پیچیده از بافتهای مذکور در دستکاری‌های ژنتیک و تولید و تکثیر موجودات مضر به حال انسان و طبیعت وجود دارد.<sup>۴۲</sup> لذا در این خصوص احتیاط و کنترل‌های شدید اخلاقی حقوقی لازم است. در بحث از همانندسازی جنین انسان اجمالاً به جنبه‌های مختلف مسأله از دید ارزشی اشاره کردیم. لذا پاسخ ارزشی را همانگونه می‌دانیم و از تکرار مطلب خودداری می‌نماییم.

## ۲-۸- آموزش و اخلاق پزشکی/زیستی

شاید مسؤول‌ترین گروه در تحولات بیوتکنولوژیک، دانشمندان و متخصصین فعال در حرفه‌های مختلف علوم پزشکی باشند. بی‌شک تشکیل کمیته‌های مختلف اخلاق پزشکی و اخلاق زیستی صرفاً با هدفی بیش از فعالیت برای تبیین موضوعات پیچیده جدید در حوزه‌های یاد شده بوده است. جنبه‌های دیگر شکل‌گیری کمیته‌ها یا شوراهای اخلاقی مربوط به حوزه‌های مختلف پزشکی، علوم زیستی و بیوتکنولوژی را به بخش مربوط به کمیته‌های مزبور در زیر وا می‌گذاریم و تنها به ذکر این نکته اکتفا

۴۲. برای نمونه، نک. خلیل‌پور، «شبه‌سازی در چالش‌های جهانی».

می‌کنیم که تشکیل کمیته‌های مزبور و گسترش فعالیت آنها، از طرف دیگر، به منظور آموزش گسترده، تخصصی و عمومی، و زمینه‌سازی بروز و رشد نظامهای اخلاقی مربوط به هر یک از حوزه‌های فعالیت پزشکی و زیستی می‌باشد. لذا یکی از ضرورت‌های بسیار حیاتی در عرصه علوم و فنون مربوط به بیوتکنولوژی، ضرورت آموزش نظام‌مند در چارچوبهای اخلاقی است تا امر پژوهش و فعالیت بیوتکنولوژیک و رفتار متخصصین مربوط در جهت‌ی انسانی و اخلاقی پیش رود.

## ۲- ۹- ژنوم انسان

پروژه ژنوم انسان به عنوان یک پروژه تحقیقاتی بین‌المللی، توسط تقریباً بیست کشور، برای کشف و ضبط ساختار نقشه‌های فیزیکی و ژنتیکی ژنوم انسان طراحی شده است تا بدین وسیله توالی نوکلئوتیدهای دی.ان.آ. کامل انسان تعیین شود و تا صد هزار ژن تخمین زده شده در ژنوم انسان را معلوم کنند. تولیدات علمی این پروژه منبع کاملی از اطلاعات درباره ساختمان و عمل دی.ان.آ. انسان دربرخواهد گرفت.<sup>۴۳</sup> این مطالعه در پی آن است تا زمان ظهور ژنهای انسان و کار هر یک از آنها را معین سازد. همانطور که در بالا نیز آمد، مطالعه حاضر بر کشف علل بیماری‌ها نیز تأثیری شگرفت‌گذارده و مبنای تولید نسل جدید داروهایی گردیده که بر ژنها تمرکز دارند.

۴۳. برای نمونه، نک. ضرغام، بیوتکنولوژی در سده بیست و یکم، فصل ۱۲.

## ۲-۹-۱- ژن درمانی

با شناخت ژنهایی که منشأ بیماری می‌شوند متخصصین امر در پی درمان بیماری از طریق ژن مزبور برآمده‌اند. در این روش که ژن درمانی نامیده می‌شود تلاش بر این است که پس از شناسایی سلول ناقص یا بیمار، نقص سلول مزبور با تولیدات ژنی جبران گردد و یا این که اساساً آن سلول تغییر داده شود به نحوی که اثری از ژن‌های بیمار باقی نماند. روش دوم البته روشی بسیار پیشرفته است که در اثر مطالعات اخیر ژنتیک که به دلیل بیماری‌هایی مانند ایدز گسترش یافته‌اند و طرحهایی چون طرح ژنوم، افق‌های موفقی را از خود نشان داده است. آزمایش بر روی حیوانات، به ویژه موشها، نتایج نسبتاً خوبی را برای نتیجه‌گیری‌های علمی در خصوص انسان فراهم آورده است. در این ارتباط دو حوزه جدید به نامهای «فارماکوژنومیک» و «فارماکوژنتیک» به وجود آمده است. در اولی رابطه میان پیشرفتهای ژنتیک، داروسازی و مداوا بررسی می‌شود که بر فعالیتهای پزشکی تأثیری قابل ملاحظه گذاشته است<sup>۴۴</sup> و در دومی ارتباط میان گوناگونی ژنتیک افراد و پاسخ‌های خاص آنان به دارو با هدف بهینه کردن درمان ژنتیک دنبال می‌شود.<sup>۴۵</sup>

## ۲-۹-۲- اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر

سرمایه‌گذاری بر روی تحقیقات مربوط به ژنوم انسانی دایره عمل و

44. See Delden et al., "Tailor-Made Pharmacotherapy: Future Developments and Ethical Challenges in the Field of Pharmacogenomics".

45. See Schubert, "Ethical Implication of Pharmacogenetics- Do Slippery Slope Arguments Matter?".



آزادی انسان را گسترش داده است ولی درست به همین مقدار بر دغدغه‌ها و مسائل او افزوده است. مسائل مختلفی که طرح ژنوم در حوزه‌های مختلف مطرح ساخته یا می‌سازد - به ویژه در حوزه همانندسازی - به موازات همکاری‌های بین‌المللی در توسعه طرح مزبور، توجهات بین‌المللی در جهت همفکری، آموزش و چارچوبهای حقوقی و اخلاقی را نیز به خود جلب نموده است. در این راستا، در بیست و نهمین اجلاس عمومی یونسکو در سال ۱۹۹۷، اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر<sup>۴۶</sup> به تصویب رسید. این اعلامیه در پی تعیین اصول اساسی انجام تحقیق در حوزه ژنتیک، زیست‌شناسی و کاربرد نتایج آن است. در این راستا اعلامیه مزبور به دنبال آموزش و انتشار آن اصول و در نهایت موقعیت قانونی یافتن آنها در کشورهای عضو است. مطابق مواد مختلف اعلامیه مذکور ژنوم انسانی قسمتی از میراث انسانی است و حقوق انسانها باید بدون توجه به ویژگی‌های ژنتیکی آنان محترم داشته شود. همانندسازی انسان (یا به عبارتی، تولیدمثل غیرجنسی انسان) را ممنوع اعلام می‌کند و رضایت فرد را مبنای تحقیق و درمان قرار می‌دهد.<sup>۴۷</sup>

با توجه به اهمیت اجرای اعلامیه مذکور، در اجلاس عمومی سی‌ام به سال ۱۹۹۹، یونسکو قطعنامه شماره ۴۸۲۳ و پیوست آن «راهنمای اجرایی

46. Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights 1997. See <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220E.pdf>, Vol.1, pp.41-46.

۴۷. رک. مواد یک، دو، سه، هشت و یازده اعلامیه.

48. Resolution No.23: Implementation of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights 1999, 30th General Conference.

See <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001185/118514e.pdf>, Vol.1, pp.60-61.

اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر»<sup>۴۹</sup> را تصویب کرده و در بند چهارم قطعنامه یاد شده از کشورهای عضو و تمامی سازمانهای دولتی و غیردولتی در سطوح ملی و بین‌المللی دعوت به اجرای راهنمای مذکور نموده است. در اصول راهنما به طور مفصل به انتشار اصول اعلامیه جهانی ژنوم، آگاه‌سازی و آموزش، مبادله مطالعات و تحلیل‌های مزبور به اخلاق زیستی در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی، برقراری ارتباط میان نهادهای درگیر در موضوع، تضمین آزادی تحقیق در زمینه مربوط و در نهایت انتشار قوانین و مقررات نمونه در این ارتباط و بالاخره روشهای عملی انجام امور مزبور، پرداخته شده است.

یکی از سؤالات اساسی در این زمینه به مالکیت معنوی بر اطلاعات ژنتیک بالا برمی‌گردد. اگر اصل مالکیت نیز پذیرفته شود بر سر مالک آن اتفاق نظر وجود ندارد. مالک چه کس یا کسانی می‌توانند باشند؟ برای نمونه، نظر شورای عمومی یونسکو بر این است که اطلاعات مزبور میراث مشترک انسانی است و نمی‌توان برای شخص خاصی نسبت به آنها انحصار قائل شد.

## ۲-۱۰- مرگ

در گذشته شاید تنها فرض مرگ، مرگ طبیعی بدن در اثر بیماری یا حادثه، بوده است. ولی پدیده مرگ پا به پای پیشرفتهای علمی و فنی

49. Annex to Resolution No.23: Guidelines for the Implementation of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights 1999.

See <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001185/118514e.pdf>.

متحول شده و امروزه منشأ مناقشات نظری و عملی گردیده است.

## ۲-۱۰-۱- مفهوم و معیار مرگ

رشد دانش بشری و ابزار و روشهای جدید، مفهوم و معیار مرگ را دچار ابهام ساخته است. براساس برخی از قوانین، صرف مرگ مغزی جواز دست بردن در جسد فرد است و حتی می توان با رعایت جوانب حقوقی اعضای جسد مزبور را به انسانهای دیگر پیوند زد. مسأله اما با وضع قانون حل نمی شود. معیار مرگ چیست؟ مسأله مزبور به ملاک اصلی در شخص بودن انسان برمی گردد. انسان یک موجود مکرم است که نمی توان به عنوان ابزار از آن استفاده کرد و بدان ضرری وارد ساخت. بدترین نوع ضرر گرفتن جان انسان است که تحت عنوان قتل در اخلاق و حقوق منع گردیده است. اکنون می توان پرسید چه ویژگی موجب انسان بودن یک موجود است که به موجب آن از دیگر موجودات متمایز می گردد و احکام و مقررات حقوقی اخلاقی بر او اعمال می شود. پاسخ هرچه باشد به نظر می رسد، براساس یک استدلال، از بین رفتن آن ویژگی به از میان رفتن شخصیت انسانی و در نتیجه به وجود آمدن جواز استفاده ابزاری از آنچه از انسان باقی می ماند، خواهد گشت. لذا مرگ از دید فلسفی، دینی و حقوقی باید تعریف شود تا در مسیر فعالیتهای پزشکی و بیوتکنولوژیک بتوان درخصوص جواز و عدم جواز بسیاری از فعالیتهای ممکن سخن گفت.

## ۲-۱۰-۲- خودکشی

اگرچه مسأله خودکشی خیلی قبل از بروز بیوتکنولوژی و تحولات

جدید وجود داشته و محل بحثهای اخلاقی و حقوقی بوده است ولی ظهور و رشد امکانات مدرن ممکن است این شبهه را القا کند که روشهای حاصل از امکانات مدرن از رنج خودکشی می‌کاهد و از این‌رو چرا باید با آن مخالفت کرد؟ آیا اساساً اضرار به خود را می‌توان تخطئه کرد؟ یا این‌که ممکن است بر سر مصادیق خودکشی اختلاف سرگیرد. آیا استفاده از داروهای ژنتیکی در حال آزمایش با رضایت بیمار از مصادیق بارز اقدام به خودکشی نیست؟ رضایت بیمار در این زمینه، در چه شرایطی و تا چه حد می‌تواند از اعتبار و صحت برخوردار باشد؟ بنابراین، به یک معنا مرز میان مرگ طبیعی و خودکشی آنچنان که برخی می‌اندیشند دیگر از وضوح برخوردار نیست.

به علاوه، گفتنی است که یکی از استدلالها بر علیه خودکشی بر ایده توهین به کرامت انسان شکل گرفته است. براین اساس خودکشی تحقیر زندگی انسان است پس به لحاظ اخلاقی جایز نیست. این استدلال در مورد مرگ آسان نیز صادق است.<sup>۵۰</sup> براین اساس، نتیجه گرفته می‌شود که به لحاظ اخلاقی جلوگیری از خودکشی و کمک برای نجات فرد خودکشی کرده بر همه به ویژه نهادها و متخصصین بهداشتی واجب است. در صورت پذیرفتن این استدلال، دایره مسؤولیت پزشکان و متخصصان مربوط گسترده‌تر می‌گردد.

## ۲-۱۰-۳. بیماری‌های کمایی و مرگ آسان

در گذشته شاید بیماران در حال کوما به حال خود رها می‌شدند و

50. Chetwynd, "Right to Life, Right to Die and Assisted Suicide".

زود جان می‌باختند. اما دستاوردهای بیوتکنولوژیک تشخیص، پیش‌بینی و اقداماتی را ممکن ساخته است که تصمیم‌گیری درخصوص ارائه یا قطع آن اقدامات را مشکل ساخته و مسأله بیمارهای کمایی را پیش آورده است. نمونه‌هایی از بیماران کمایی وجود داشته‌اند که پس از سالها، در یک مورد پس از شانزده سال، به هوش آمده‌اند. با این حساب، به راحتی نمی‌توان حکم به پایان دادن به حیات نباتی بیماران کمایی داد. مضاف بر این که چشم‌انداز پیشرفتهای علمی و فنی احتمال پیدا شدن راهی برای به هوش آوردن این بیماران را بسیار بالا برده است. در این ارتباط مرگ آسان یکی از مسائل اصلی مباحث بیوتکنولوژیک و اخلاق زیستی گردیده است.

با این وصف، گفتنی است که پیشرفت دانش و تکنولوژی بشری تشخیص و پیش‌بینی مرگ انسان را ممکن و آسان ساخته است.<sup>۵۱</sup> به همین دلیل مدتی است که پایان دادن به زندگی‌هایی خاص، یعنی کشتن زود هنگام انسانهایی که امیدی به بهبود و معالجه آنان نمی‌رود آنهم با استفاده از وسایل و داروهای بسیار پیشرفته، محل مباحث فلسفی و حقوقی فراوان قرار گرفته است. کشتن مزبور تحت عنوان مرگ آسان<sup>۵۲</sup> مورد بحث و مناقشه است که خود از انواع گوناگونی برخوردار است. از آن جهت که مرگ مزبور در نتیجه انجام فعل یا ترک فعل باشد مرگ آسان به فعال و منفعل، و از حیث نقش اراده بیمار در مرگ به ارادی و غیرارادی طبقه‌بندی می‌شود. نوع آخر نیز می‌تواند به دلیل عدم قدرت ابراز اراده (کودک یا بیمار کمایی) یا عدم اظهارنظر یا اظهارنظر مخالف باشد. پیداست که تمامی

۵۱. نک. انتظاری، «اوتانازیا (قتل از روی ترحم)».

52. Euthanasia.

صور مذکور نمی‌توانند از حکم واحد برخوردار باشند.

درخصوص مرگ آسان جوانب مختلفی را می‌توان در نظر آورد. برای نمونه یکبار از دیدگاهی فردگرا و لیبرال می‌توان به قضاوت درخصوص درستی یا نادرستی آن نشست و یکبار از یک دیدگاه خانواده محور و با در نظر گرفتن علائق و حقوق خانواده در ارتباط با موضوع تصمیم‌گیری نمود.<sup>۵۳</sup> همچنین اتخاذ دیدگاه‌های دینی - معنوی که از باورهای خاص متافیزیکی درباره خداوند و هستی تغذیه می‌شوند قطعاً ما را به پاسخهایی متفاوت از دیدگاه‌های مادی محض رهنمود می‌شوند. براین پایه، دیدگاهی دیگر در ارتباط با مرگ آسان نگاه به مسأله در یک تصویر متافیزیکی وسیع‌تر الهی است.

## ۲-۱۱- کمیته‌های بیوتکنولوژی و اخلاق زیستی

درست همانطور که در اصول راهنمای اجرای اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر به تشکیل کمیته‌های چند رشته‌ای اخلاقی مربوط به زوایای مختلف این پروژه، به صورت مستقل و متکثر، تأکید و توصیه شده است تقریباً در تمام کشورهای که به نحوی تحقیقات پزشکی و علوم زیستی ظهور و بروز یافته است، کمیته‌های مختلفی از این دست شکل گرفته‌اند. نهادهای مذکور به منظور نظارت بر فعالیتهای یاد شده و بررسی میان‌رشته‌ای موضوع آن‌ها، تأسیس شده‌اند و برای تصمیم‌گیری‌های راهبردی درخصوص جواز، منع، تعیین حدود و تخصیص بودجه برای

53. See, for instance, Chan, "Sharing Death and Dying: Advance Directive, Autonomy and the Family".

فعالتهای پزشکی و بیوتکنولوژیک، به حکومت متبوع خود نظرات مشورتی ارائه می‌دهند. تشکیل این کمیته‌ها در جمع‌بندی نظرات علمای رشته‌های گوناگون، آموزش و ترویج، ارائه نظرات مشورتی و در نهایت جهت‌دهی وضع قوانین و مقررات لازم بسیار مهم بوده است.

برای نمونه، در کشور بریتانیا، نهادهای گوناگونی به منظور فوق از پزشکان، معلمین، حقوقدانان، پرستاران، فلاسفه، دانشمندان علوم تجربی و علمای دینی تشکیل شده‌اند<sup>۵۴</sup> که هر کدام در حوزه‌ای خاص فعال است. این کمیته‌ها یا شوراهای هر سال گزارشی مستدل و مشروح از بررسی‌ها و تصمیمات خود منتشر می‌سازند که خود موضوع نقد و بررسی عالمانه متفکران گوناگون قرار می‌گیرد.<sup>۵۵</sup> در ایران نهادهای مختلفی مانند کمیسیون بیوتکنولوژی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۵ توسط شورای پژوهش‌های علمی کشور و دو کمیته ملی بیوتکنولوژی و زیست‌ایمنی زیر نظر وزارت علوم، تحقیقات و فن‌آوری و براساس دستور رئیس جمهور در سال ۱۳۷۹ تشکیل گردیده‌اند.<sup>۵۶</sup> در امریکا براساس دستورالعمل اجرایی رئیس جمهور به شماره ۱۳۲۳۷ مورخ نوامبر ۲۰۰۱، شورای اخلاق زیستی ریاست جمهوری تشکیل گردید. هدف از تشکیل این شورا ارائه مشورت به رئیس جمهور در مسائلی که پیش می‌آید، توسعه درکی عمیق از موضوع در دست بررسی و تهیه اصول راهنما در سیاست‌گذاری نسبت به آن

54. On the Nuffield Council on Bioethics, see [www.nuffieldbioethics.org](http://www.nuffieldbioethics.org).

55. See, for instance, Hay, "Who Should Fund and Control the Direction of Human Behavior Genetics?"

۵۶. برای اطلاعات بیشتر، برای نمونه، رک.

موضوع است. این شورا دارای ۱۸ عضو است که از میان افرادی که در استخدام دولت فدرال نیستند توسط رئیس جمهور برای دو سال منصوب می گردند و از حوزه های مختلفی چون علوم پایه، پزشکی، حقوق، علوم سیاسی، فلسفه و الهیات انتخاب می گردند.<sup>۵۷</sup>

همچنین، در فرانسه به دنبال فرمان رئیس جمهور در فوریه سال ۱۹۸۳، نهادی تحت عنوان «کمیته مشورتی ملی اخلاق در امور بهداشت و علوم زیستی»<sup>۵۸</sup> تشکیل شد که بعدها در ژوئیه ۱۹۹۴ دارای قانون مصوب پارلمان گردید. این کمیته، به عنوان یک نهاد مستقل و مرتبط با وزرای پژوهش و بهداشت، مأموریت یافت تا درباره مشکلات و مسائل اخلاقی برآمده از رشد، توسعه و تحولات جاری در حوزه های بیولوژی، پزشکی و بهداشت اظهار نظر کند. به جز رئیس منصوب از سوی رئیس جمهور و رئیس افتخاری، کمیته مذکور دارای بیست و نه عضو است. از این بیست و نه عضو، پنج نفر از فهرست منتخب رئیس جمهور از نمایندگان مکاتب و ادیان عمده، نوزده نفر از بین علمای اخلاق و پانزده نفر از میان دانشمندان علم تجربی انتخاب و منصوب می شوند. بالاترین مقام تصمیم گیری، هیأت عمومی کمیته است که از تمامی بیست و نه عضو تشکیل می شود. تحقیق و بررسی پیرامون پرونده ها توسط بخش فنی صورت می گیرد که از دوازده عضو تشکیل می گردد. این دوازده نفر عبارتند از چهار نفر از میان علمای اخلاق و هشت نفر از بین دانشمندان علوم تجربی که با نظر رئیس کمیته

57. See <http://bioethics.gov/reports/executive.html>.

58. "Comité Consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé" (National Consultative Ethics Committee for Health and Life Sciences).



توسط هیأت عمومی منصوب می گردند. کمیته ملی اخلاق یک نهاد کاملاً مشورتی است و اشخاص گوناگونی از جمله رؤسای مجلسین، مقامات دولتی، نهادهای مدنی مربوط یا حتی اعضای کمیته می توانند از آن درخواست تحقیق، بررسی و اظهارنظر نمایند. هر یک از کارهای ارجاعی توسط یک گروه کاری از اعضای کمیته (که می توانند از متخصصین خارج از کمیته کمک بخواهند) و سپس توسط بخش فنی بررسی می گردد و در نهایت برای نتیجه گیری به هیأت عمومی ارجاع داده می شود. «کمیته مشورتی ملی اخلاق در امور بهداشت و علوم زیستی» از چهار طریق نظریات و نتایج کار خود را منتشر می سازد: گزارشهای فصلی کمیته؛ کنفرانس مطبوعاتی پس از اتخاذ یک نظریه؛ کنفرانس های سالانه درخصوص یک یا چند مسأله اخلاقی مربوط به بهداشت و علوم زیستی؛ و اینترنت که تمامی نظریات و گزارشهای کمیته در آنجا قابل دسترس است. مؤسسه ملی بهداشت و تحقیقات پزشکی<sup>۵۹</sup> به کمیته خدمات فنی و اداری ارائه می دهد به خصوص با در اختیار گذاشتن مرکز اسناد و اطلاعات مسائل اخلاقی در علوم زیستی و بهداشت.<sup>۶۰</sup>

### ۳- دیدگاهها

پیداست که هر یک از محورها و موضوعات مربوط به آنها از نظر گاههای گوناگون قابل بحث هستند. تصور کنید به دلیل رشد علم

59. L'institute National de la Santé et de la Recherche Médicale (INSERM) (National Institute for Health and Medical Research).

۶۰. برای اطلاعات بیشتر، رک. <http://www.ccne.ethique.fr> همچنین در مورد وضعیت شورای ملی اخلاق در آلمان، نک. <http://www.ethikrat.org>

ژنتیک می‌توان در مراحل بسیار اولیه رشد جنین به ویژگی‌های جسمی و روانی آن موجود پی برد و برای جلوگیری از تولد کودکان معلول (جسمی یا روانی) و کاستن از شمار آنها، به ویژه در جوامعی که به دلیل جنگ در معرض سلاح‌های شیمیایی، بیولوژیک و هسته‌ای واقع شده‌اند، به لحاظ تکنولوژیک توانایی دستکاری در وضعیت جنین یا سقط به موقع آن وجود دارد. در دیگر سو، کاستی‌های اقتصادی و مشکلات اجتماعی موجود در جامعه، ما را به انجام اعمال یاد شده تشویق می‌کنند. آیا مجاز به انجام چنین اقداماتی هستیم؟ نظریات فلسفی در این باره گونه‌گونه‌اند و یا این که موضع‌گیری‌های دینی چنان اقداماتی را بر نمی‌تابند. نظام حقوقی نیز در این میان نیازمند نوسازی و توسعه است تا توانایی حل مشکلات موجود و کاستن از پیچیدگی‌های عملی را بیابد و دیدگاه‌های اجتماعی بر عمق شناخت تخصصی محض ما از مسائل می‌افزایند. نخست، نیاز به توضیح نیست که موضوع مزبور از وجوه و جوانب گوناگون برخوردار است. دوم، درست به همین دلیل، از دیدگاه‌های گوناگون می‌توان به مسأله نزدیک شد و یا به بیانی دقیق‌تر نمی‌توان به تمام پرسش‌هایی که در ارتباط با موضوعاتی از آن دست پیش می‌آید، از یک منظر و دید پاسخ داد. بر این پایه، در زیر به چهار دیدگاه عمده در مطالعات مربوط به بیوتکنولوژی و انسان می‌پردازیم: دیدگاه‌های فلسفی، جامعه‌شناختی، دینی و حقوقی.

### ۳-۱- دیدگاه فلسفی

دنیای فلسفه دنیای سؤالات بنیادین و نظریه‌های انتزاعی مبنایی است. همانطور که در جای جای این نوشته اشاره شده است، تحولات علمی و

تکنولوژیک اخیر که در قالب پدیده بیوتکنولوژی و اثرات آن در مراحل مختلف زندگی انسان جلوه گر شده است، سؤالات بنیادین بسیاری را در خصوص درستی یا نادرستی اقدامات انجام شده یا قابل انجام، پیش روی ما می‌نهد.<sup>۶۱</sup> همچنین برخی از مفاهیم متعارف، مانند تولد، مرگ، مالکیت و امثالهم، معانی جدید به خود گرفته و نیازمند شرح و بسط‌های تحلیلی می‌باشند. همچنین برخی از سؤالات و تحلیلها، مانند بحث از علیت میان حوادث، که تاکنون در حوزه‌های محض فلسفی یا حوزه‌های کاربردی مانند حقوق کیفری مطرح بوده‌اند راه خود را در مباحث مربوط به پزشکی و علوم زیستی باز کرده‌اند.<sup>۶۲</sup> عمده سؤالات و مباحث از این دیدگاه در حوزه فلسفه اخلاق و مطالب مرتبط با آن مطرح است. به طور خلاصه، موضوعات برآمده از بیوتکنولوژی اساساً موجب شکل گرفتن رشته جداگانه‌ای در اخلاق و تئوری‌های اخلاقی تحت عنوان اخلاق زیستی<sup>۶۳</sup> گردیده است.<sup>۶۴</sup> در این رشته به جنبه‌های اخلاقی علوم زیستی و بهداشت و درمان پرداخته می‌شود.

نتیجه‌گیری در بحثهای مطرح شده عمدتاً دایره مدار دیدگاه اخلاقی است که تحلیل‌گران یا مسئولین ذیربط اتخاذ می‌کنند. در این ارتباط سه دیدگاه نظری در اخلاق قابل شناسایی است: دیدگاه فضیلت‌مدار، دیدگاه سود-انگار و دیدگاه عقل‌گرا. در دیدگاه فضیلت‌مدار که قدمت آن به

61. See, for example, Becker & Buchanan, *Changing Nature's Course: The Ethical Challenge of Biotechnology*.

62. See, for instance, Miller, "Causation in Law and Medicine".

63. Bio-ethics.

64. See Charlesworth, *Life, Death, Genes, and Ethics: Biotechnology and Bioethics*.

یونان باستان (به ویژه ارسطو) و آموزه‌های ادیان الهی می‌رسد معیار قضاوت، صفات و ویژگی‌های فاعلان اخلاقی است. به این معنا که اگر فرد دست‌اندرکار، فردی اخلاقاً فاضل باشد می‌تواند به تصمیمی درست در مسائل پیش آمده برسد. مشکل اخلاق فضیلت‌مدار این است که در نهایت مجبور می‌شود به جای صفات فاعلان به معیارهای نظری انتزاعی در اخلاق و جدا از فاعلان متوسل شود. به طور خاص، اگر در معماهای اخلاقی که در عالم پزشکی و اقدامات مبتنی بر بیوتکنولوژی بسیار رخ می‌نمایند، از یک فرد صاحب فضل تصمیم‌گیرنده بپرسیم چگونه تصمیم می‌گیری، در پاسخ لاجرم باید یک تئوری و دستگاه محاسباتی نظری اخلاقی ارائه دهد. از این رو، دیدگاه‌های رقیب به جای صفات فاعلان بر صفات فعل اخلاقی تمرکز نموده‌اند. در مقایسه، از دیدگاه سود-انگار که در دوران مدرن به اندیشه‌های جرمی بنتام برمی‌گردد، هر فعلی که خوشبختی بیشتر برای تعداد بیشتری از افراد به ارمغان آورد یک فعل اخلاقی است. این البته ویژگی حداکثرسازی فعل اخلاقی است که به حداکثر ساختن لذت معطوف است و پیداست که معیار برای تصمیم‌گیری راجع به اخلاقی یا غیر اخلاقی بودن یک فعل بستگی به نتیجه‌ای است که به بار می‌آورد. بنابراین سه ویژگی حداکثرسازی، لذت و نتیجه‌گرایی هسته مرکزی دیدگاه سود-انگار را تشکیل می‌دهد.

در مقابل، اخلاق عقل‌گرا بر نفس فعل و ریشه‌های آن دست می‌گذارد و توجه اصلی آن به نتیجه و تعداد معطوف نیست بلکه بر تکالیف اخلاقی متمرکز است. در این دیدگاه منشأ ارزش و اصول حاکم بر فعل و وظیفه اخلاقی بسیار مهمند. بنابراین، انسان به دلیل ویژگی خودآیینی و با

عقل محض، سرمنشأ ارزشها قرار می‌گیرد و دو اصل جهانشمولی حکم اخلاقی و غایت بودن وجود انسانی ملاک قضاوت در مورد اخلاقی یا غیر اخلاقی بودن فعال می‌باشند. جهانشمولی و غایت‌انگاری به نوبه خود مبنای اصول برابری و آزادی هستند که بر آن مبنا حقوق اولیه و پایه‌ای انسانها تعریف و تحدید می‌گردد. بر این پایه، قضاوت در مورد مصادیق خرد و معماهای اخلاقی، عمدتاً بر اساس حقوق و تکالیف اخلاقی ناشی از نظام فوق صورت می‌گیرد.<sup>۶۵</sup>

پیداست که همه چیز به موضع‌گیری نظری اخلاقی فاعلان و تصمیم‌گیرندگان در حوزه بیوتکنولوژی بستگی دارد.<sup>۶۶</sup> اکنون جای آن نیست که به قضاوت ماهوی در خصوص دیدگاههای رقیب بنشینیم بلکه مهم این است که قضاوتها و سیاست‌گذاریها بایستی به صورت کل‌گرا و همگرا در یک نظام خاص مورد دفاع انجام گیرند تا از سازگاری برخوردار باشند. سازگاری اما یکی از معیارهای کارآمدی یک نظام اخلاقی در حوزه‌های پزشکی و علوم زیستی معرفی شده است. در این رابطه، معیارهای دیگری چون وضوح، کمال، جامعیت، سادگی، قدرت تبیین، توان موجه‌سازی، توانایی تولید و کاربردی بودن نیز پیشنهاد گردیده‌اند.<sup>۶۷</sup>

به دلیل اهمیت موضع‌گیری اخلاقی و ارائه نظرات و تصمیم‌ها در یک دستگاه سازگار اخلاقی کمیته‌های اخلاقی، همانطور که در بالا توضیح

۶۵. برای شرح مفصل نظریات گوناگون در حوزه مورد بحث، نک.

Beauchamp & Childress, Principles of Biomedical Ethics, pp. 120-96.

۶۶. برای بحث بیشتر به علاوه رویکرد دینی به مسأله، بنگرید: قاری سیدفاطمی، «بیوتکنولوژی در آینه فلسفه اخلاق».

67. See Beauchamp & Childress, Principles of Biomedical Ethics, p.47.

داده شد، در بسیاری از کشورها تشکیل شده‌اند که موضوعات مربوط به بیوتکنولوژی، پزشکی، بهداشت و مسائل مرتبط با آنها را بررسی کنند، نظریه‌های دقیق و مفصل تخصصی منتشر سازند، آگاهی‌های مربوط را گسترش دهند و منشأ قانونگذاری‌های مفید و اخلاقی در این حوزه قرار گیرند.

### ۳-۲- دیدگاه جامعه‌شناختی

عرصه تحلیل‌های جامعه‌شناختی، عرصه ریشه‌یابی اجتماعی و فرهنگی رفتار و پدیده‌های جمعی است. از این‌رو، در این دیدگاه صرف اندیشه عقلانی و علمی درباره موضوعات بیوتکنولوژی انسانی بدون در نظر گرفتن عوامل اجتماعی و فرهنگی، مورد نقد و احتجاج قرار می‌گیرد. با این وصف، در اخلاق زیستی متأثر از دیدگاه حاضر به ریشه‌های زیستی واقعی در حیات اجتماعی و فرهنگی انسان توجه وافر و کافی عنایت می‌شود تا براساس تجربه‌های زنده و واقعی اخلاقی انسانها، یک تحلیل هنجاری قوی از علم و تکنولوژی ارائه گردد.<sup>۶۸</sup> برای نمونه، بسیاری از محققین و متفکرین بر این باورند که در مداوا اصل اساسی برای تصمیم‌گیری در خصوص موارد مشکل اصل استقلال بیمار در قضاوت و تصمیم‌گیری است. این اصل از دیدگاه اجتماعی قابل نقد است. از دید برخی در جوامع چند فرهنگی و چند نژادی، سابقه فرهنگی و نژادی بیمار در حقیقت فرآیند مداوا را تحت تأثیر قرار می‌دهد و معلوم نیست بیمار به دلیل آن سابقه یک

68. Hedgecoe, "Critical Bioethics: Beyond the Social Science Critique of Applied Ethics".

تصمیم آزاد و منطبق با منافع پزشکی خود می‌گیرد.<sup>۶۹</sup> به این دلیل لازم است اهمیت اصل استقلال در تصمیم‌گیری در ترکیب با داده‌های مربوط به زمینه‌های فرهنگی و اجتماعی سنجیده شود و با آنها متوازن گردد. همین‌طور است نقش اصل خودآیینی در مسأله مرگ آسان. برخلاف دیدگاه فردگرا در این بحث، برخی از نظرگاه خانواده به آن می‌نگرند و همیشه تصمیم فرد را در قضاوت نهایی درباره مسأله به عنوان عنصر لازم و کافی نمی‌پذیرند.<sup>۷۰</sup>

به عنوان نمونه دیگر، یکی از مسائل بسیار مهم در دیدگاه جامعه‌شناختی مسأله جنسیت است. این مسأله از جنبه‌های گوناگونی برخوردار است. از یک سو، اصل جنسیت مد نظر است. پیشرفتهای پزشکی و تکنولوژی امروزه تغییر جنسیت را ممکن و ساده ساخته‌اند. حال آیا می‌توان مرد یا زن بودن را یک انتخاب برای فرد دانست یا این‌که بنابر زمینه‌های اجتماعی و فرهنگی جنسیت یک جبر است؟<sup>۷۱</sup> در صورت انتخابی دیدن مسأله، مجموعه‌ای از مسأله‌های دیگر از قبیل تلاطم‌های روانی، انطباق اجتماعی و هویت فردی و اجتماعی فرد تغییر جنسیت داده، به دنبال می‌آیند.<sup>۷۲</sup> از دیگر سو، همیشه این دغدغه از جانب زن‌گراها (فمینیست‌ها) ابراز شده است که تاکنون دیدگاه غالب در همه چیز دیدگاه مردانه بوده است و لازم است به تمامی مسائل و نظرات از دید یک زن

69. See Fagan, "Challenging the Bioethical Application of the Autonomy Principle within Multicultural Societies".

70. See Chan, "Sharing Death and Dying: Advance Directive, Autonomy and the Family".

71. Warren, "Sex Selection: Individual Choice or Cultural Coercion".

72. See, for instance, Thacker, "Shattered Body Shattered Self".

نگریسته شود. در این صورت نتایج و نظرات قطعاً متفاوت خواهد بود. شاید بارزترین مسأله به باروری و سقط جنین برگردد. در این مورد همیشه مردان از دید مردانه به مسأله نگریسته‌اند و در این بین احساسات، نیازها و رهیافت‌های زنانه مفقود بوده و مغفول افتاده است. آیا در صورت نگاه از چشمان زنانه، با همه لوازم فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی آن، باز هم بر همان نظرات مردانه قبلی باقی خواهیم ماند؟ از این رو تغییر نظرگاه جنسی، در متن و زمینه فرهنگی - اجتماعی، برای ارائه نظرات رقیب که ممکن است بسیار به حقیقت و انصاف نزدیک‌تر باشد، لازم است. به عنوان نمونه، همانطور که در بالا اشاره شد، مطابق برخی از تحقیقات همیشه اصل آزادی و استقلال فردی به نتایج اخلاقی و عادلانه ختم نمی‌شود. بلکه اصول مذکور باید در زمینه‌های فرهنگی و اجتماعی دیده شوند تا نتیجه عینی آن دقیق‌تر معلوم گردد. براساس یکی از این تحقیقات اصل استقلال شخصی در مسأله سقط جنین در متن فرهنگی خاص چون جامعه هند منجر به تبعیض در سقط و اصلاح نسل به سمت جنس مذکر سوق پیدا می‌کند.<sup>۷۳</sup> فلذا در آن متن فرهنگی نمی‌توان به مسأله از یک دید عقلی محض و فردگرا نگریست.

بر این پایه، درسی که از دیدگاه اجتماعی می‌آموزیم عبارت است از قرار دادن موضوعات بیوتکنولوژیک در یک تصویر بزرگ‌تر، تصویری فراتر از تحلیل‌های مبتنی بر داده‌های علمی یا عقلی محض. در این تصویر به ویژه نقش همه طرفهای درگیر - جامعه به طور کلی و بستگان نزدیک موضوع پژوهش یا درمان به طور خاص - بایستی در تحقیقات و

73. Moazam, "Feminist Discourse on Sex Screening and Selective Abortion of Female Foetuses".



آزمایش‌های مربوط در نظر گرفته شود.<sup>۷۴</sup> در برخی از تحلیل‌ها حتی تصمیم‌گیری در خصوص مسائل حساسی چون همانندسازی به جامعه سپرده می‌شود و نه فرد یا نهادهای تحقیقاتی خصوصی یا دولتی. به طور کلی، از دیدگاه جامعه‌شناختی مسأله اصلی به هنجارگذاری‌های جمعی در عرصه زندگی اجتماعی انسان برمی‌گردد. در این هنجارگذاری تقریباً تمامی عناصر موجود در دیدگاه‌های قبلی حضور دارند. داده‌های فلسفی، دینی و علمی رفته رفته به انتظارات متقابل رفتاری و هنجارهای نانوشته یا اعلام نشده تبدیل می‌شوند که در حقیقت دست کم یکی از عوامل تعیین‌کننده رفتاری انسان است و لذا بایستی در تمامی تحلیل‌ها به هنجارهای اجتماعی توجه اولیه و جدی معطوف نمود و تحلیل‌ها و اخلاق زیستی مربوط به بیوتکنولوژی را باید در این متن و زمینه قرار داد.

### ۳-۳- دیدگاه دینی

موضوعات مطرح شده در دنیای بیوتکنولوژی و گسترده‌گی حیرت‌آور آنها، مفاهیم، نظریه‌ها و آموزه‌های دینی را با مسائل پیچیده و عمدتاً جدید مواجه ساخته‌اند.<sup>۷۵</sup> اگرچه ممکن است علوم و معارف فعلی دینی حاوی نقطه‌نظرات و پاسخ‌های آماده در مورد بسیاری از مسائل مذکور نباشند ولی ماده و مبنای نظریه‌پردازی و ارائه جواب به پرسش‌های عملی را می‌توان در میراث معارف دینی یافت. به هر حال، همه مفسرین

74. See European Commission, Studies on the Socio-Economic Impact of Biotechnology.

75. See, for instance, Cole-Turner, The New Genesis: Theology and the Genetic Revolution.

دینی موضعی واحد در قبال موضوعات مستحدثه در حوزه بیوتکنولوژی ندارند و با توجه به این که موضوعات و مسائل مذکور مبنای بازخوانی متون دینی به منظور یافتن پاسخ مربوط است، لذا رویکردهای گوناگونی که در دنیای دینی و دین‌داران وجود دارد در بحث از دیدگاه دینی و نتایجی عملی این دیدگاه نقش اصلی و تعیین‌کننده‌ای بازی می‌کند. ابتدا اجازه دهید به پاره‌ای از پرسش‌های برآمده از مسائل بیوتکنولوژیک که علمای دینی ناگزیر از یافتن پاسخ برای آنها هستند اشاره کنیم.

درخصوص مسأله تولید مثل این سؤال مطرح است که آیا آموزه‌های دینی روشهای غیرطبیعی و تکنولوژیک تولید مثل را برمی‌تابند؟ تاکنون برداشت فقها از تولید مثل، تولیدمثل براساس آمیزش جنسی بوده است، مسأله این است که آیا می‌توان روشهای غیرآمیزشی و لقاح مصنوعی را که دربرگیرنده انواع و اصناف گوناگونی است، از این دید مجاز شمرد. این مسأله البته در ربط مستقیم با مسأله ناباروری قرار دارد. پزشکی و دستاوردهای تکنولوژیک کمک زیادی به حل مسأله ناباروری به عنوان یک مسأله انسانی و اجتماعی نموده است. نقطه مشترک اکثر آنها لقاح مصنوعی است که البته همیشه از اسپرم و تخمک زن و شوهر تشکیل نمی‌شود. از آنجا که ممکن است زن یا شوهر یا هر دو به طور کلی نابارور باشند، لذا با استفاده از توانایی‌های علمی و فنی حاضر می‌توان از اسپرم و تخمک مرد و زن بیگانه در این رابطه مدد جست. در درجه نخست، اصل جواز استفاده از اسپرم و تخمک مرد بیگانه در شکل‌گیری نطفه محل خلاف است و نیازمند پاسخهای دقیق براساس متون دینی می‌باشد. در درجه دوم، مسأله حضانت فرزند حاصل از لقاح مذکور، نسب، رابطه توارث،

محرمیت و نفقه به میان می‌آید که محتاج یک بررسی همگرا و ارائه پاسخی سازگار با کل مجموعه مسائل و راه‌حلهای است.

همانطور که در بالا آمد، سقط جنین یکی از مسائل بسیار مهم برای همه علما به ویژه علمای دینی است که تمامی علوم پزشکی، حقوقی و اجتماعی را وارد منازعه نموده است. به ویژه آن که جنبه اقتصادی و سیاستهای جمعیتی نیز بر اصل مسأله افزود شده و لازم است با توجه به جمیع جهات در این خصوص نظریه‌پردازی نموده و به دنبال راه حل گشت. مسأله دیگر به دستکاری‌های ژنتیک در نطفه و جنین مربوط می‌شود. برای هرگونه اقدام در این زمینه می‌توان سؤالات گوناگونی در خصوص نطفه و افراد مرتبط با آن درانداخت که محتاج بررسی و پاسخ‌های دقیق عملی از سوی علمای دینی است. مفهوم تولد و روشن ساختن مواضع دینی نسبت به امکان پرورش و رشد جنین در مراحل مختلف پس از لقاح، از دیگر نقاطی است که نیازمند بازنگری و اعلام احکام دینی در آن خصوص با توجه به پیشرفتهای تکنولوژیکی و علمی است. همینطور است مسأله مرگ و به ویژه مسأله مرگ آسان در اشکال مختلف آن که شاید نتوان با مفاهیم مألوف راجع به آنها نظریه‌پردازی کرد. یکی از سؤالیهای سخت در این ارتباط به اصل مفهوم مرگ باز می‌گردد. مرگ از نظرگاه معارف و متون دینی بر چه چیزی اطلاق می‌شود: ایست مغزی یا عروج روح؟ آیا این دو از هم جدا هستند؟ معیار تشخیص چیست؟

مسأله بعدی به امکان پیوند اعضای بدن و همچنین همانندسازی اعضای مزبور، مربوط می‌شود. آیا می‌توان در آموزه‌های دینی منعی برای

اقدامات یاد شده یافت یا این که می‌توان براساس اصول و استدلال‌های موجود آنها را مجاز شمرد؟ به طور کلی رابطه فرد با بدن و اعضای بدن خود، از نگاه دینی، چه نوع رابطه‌ای است و به ویژه با توجه به انسان‌شناسی و معنویت دینی آیا می‌توان رابطه مالکیت با بدن را موجه دانست؟ به عنوان آخرین مسأله به همانندسازی اشاره می‌کنیم. در این ارتباط هم می‌توان از اصل مسأله پرسید و به دنبال روشن نمودن موضع دینی نسبت به آن رفت و هم می‌توان از فروعات مسأله پرسید. از فروعات مزبور یکی این است که آیا انسان همانندسازی شده همانند انسانهای متولد شده طبیعی، از همه حقوق و تکالیف برخوردار است؟ موقعیت این انسان از حیث حضانت، نفقه، ولایت، محرمیت و ارث چه موقعیتی است؟ آیا می‌توان با توجه به پیشرفتهای بیوتکنولوژیک در ویژگی‌های ژنتیک جنین همانندسازی شده دستکاری کرد به طوری که به گونه‌ای ذاتی، در عواطف یا عقل، با انسانهای طبیعی تفاوت داشته باشد؟ به طور کلی یکی از مسائل مهم دستکاری‌های ژنتیک است که در ادامه بحث از همانندسازی می‌توان از جواز یا منع آن از نظرگاه دینی سؤال کرد.

در مقابل سیل نسبتاً عظیم سؤال‌های گوناگونی که به برخی از آنها در بالا اشاره شد، متأسفانه میزان و تعداد تحقیقات دینی بسیار کم است و عنوان برخی از مسائل حتی از سوی متفکرین دینی مطرح نشده است. از یک سو، هیچ بحث جدی مطرح نشده است که دیدگاه دینی چه ماهیتی دارد؟ آیا پاسخهای دینی همگی از ماهیتی فقهی و حقوقی برخوردارند؟ یا این که خیر، بسیاری از مسائل بایستی در سطح متافیزیک و انسان‌شناسی

دینی طرح شوند و جایگاه آنها در نظام معنویت دینی معین گردد.<sup>۷۶</sup> از دیگر سو، حتی از دیدگاه فقهی نیز کار چندانی انجام نشده است. تعدادی اثر در زمینه‌های پزشکی و برخی مسائل منتشر شده است. برخی از آنان به طور کلی به احکام پزشکی مربوط می‌شوند.<sup>۷۷</sup> برخی دیگر به مسأله جنین و سقط جنین و وضعیت مادر پرداخته‌اند.<sup>۷۸</sup> از این رو، برای یافتن پاسخهای دقیق و به روز لازم است به متون اصلی و منابع دست اول کلامی و فقهی مراجعه و دیدگاه و احکام مربوط اصطیاد شوند. در این ارتباط، گفتنی است که هرگونه برداشت از متون و منابع دینی مرهون نوع رویکرد محقق دینی به آن منابع است. لهذا، لازم است اشاره‌ای به رویکردهای مختلف به متون و منابع به عنوان رویکردهای معرفتی دینی آورده شود.

رویکردهای معرفتی دینی را می‌توان به دو موضع‌گیری «سنتی» و «مدرن» تقسیم کرد. در رویکرد سنتی که یک رویکرد متن محور است، میل بر یک موضع تدافعی و گرایش به رد و منع بسیاری از اقدامات قرار دارد. برای نمونه می‌توان موضع‌گیری پاپ و علمای سنتی در مقابل سقط جنین و به ویژه سقط درمانی به خصوص به دلیل بیماری‌های لاعلاج و عمده در جنین و همچنین در راستای سیاستهای جمعیتی و اقتصادی، اشاره

76. See, for instance, Rasekh, "The Problem of Abortion: Jurisprudential or Philosophical?"

۷۷. برای مثال، بنگرید: آصف محسن، الفقه و مسائل طبیه؛ جوادی آملی، طب و تزکیه؛ صافی، مجموعه احکام پزشکی؛ عاملی، آداب طب و پزشکی در اسلام؛ عبد خدایی، اخلاق پزشکی؛ و عزیززی، «طب و فقه».

۷۸. برای نمونه، بنگرید: الحرجی، احکام الجنین و الحامل فی الفقه الاسلامی؛ سعید الرحمن، احکام الحامل فی شریعه الاسلامیه؛ شاذلی، «حق الجنین فی حیاة الشریعه الاسلامیه»؛ قبله‌ای، «بررسی احکام فقهی حقوقی حمل و سقط جنین»؛ و محقق داماد، «تحقیقی در مورد سقط جنین، عوارض، مسائل و موضوعات آن».

کرد. پاپ به عنوان رهبر کلیسای کاتولیک عمل مزبور را به نحو مطلق قتل می‌داند و قوانین مربوط را ذاتاً ناعادلانه اعلام کرده است. موضوعی کم و بیش مشابه از سوی علمای سنتی دیگر ادیان اعلام شده است. در رویکرد مدرن صبغه تحلیلی و انجذاب داده‌های عقلی بشر در یک مجموعه متن و فرامتن، بیشتر است و سعی می‌گردد پاسخهای دینی با بسیاری از داده‌ها و اقداماتی که پیشاپیش در دین منع نشده‌اند همخوانی داشته باشد. چه بسا در متون و آموزه‌های دینی، مبانی پشتیبانی از اقدامات موجود وجود داشته باشد. معیارهای عدالت و غایت بودن انسان به عنوان معیارهای بنیادین در قرائت‌های جدید دینی مطرح می‌شود که تفاسیر و پاسخهای دینی را عمیقاً متحول خواهد ساخت.

### ۳-۴- دیدگاه حقوقی

قلمرو حقوقی قلمرو تمشیت الزام آور رفتار اجتماعی انسان یا به عبارت ساده قلمرو کنترل حکومتی رفتار است. در این ارتباط باید توجه داشت که رشد و بروز روابط و پدیده‌های جدید در زندگی اجتماعی انسان، لاجرم به ظهور مفاهیم و اصول جدید می‌انجامد. مجموعه این روابط، پدیده‌ها، مفاهیم و اصول به نوبه خود ناگزیر موجب بروز تغییر در نظامهای تمشیت‌کننده آنها، از جمله نظام حقوقی، می‌گردد. تغییر مزبور ممکن است در قالب اصلاح، نسخ یا نوآوری در قوانین و مقررات مرتبط با آن مجموعه، جلوه کند. براین پایه، پیدایش بیوتکنولوژی و امکان انجام بسیاری از اقدامات نو و بعضاً حیرت‌انگیز توسط انسان و ضرورت تنظیم و کنترل اقدامات مزبور به منظور حفظ حقوق و الزام تکالیف افراد و گروهها،

جنبه حقوقی مسائل مربوط به بیوتکنولوژی و انسان را بااهمیت ساخته و به تدریج رشته مستقلی را در دنیای حقوقی به وجود آورده است.<sup>۷۹</sup> برای نمونه، همانطور که در بالا آمد، رشد تحقیقات و استفاده از نتایج تحقیقاتی در زمینه مطالعات ژنتیک و ژنوم انسانی توجه و همکاری بین‌المللی را در جهت شکل‌گیری و رشد قوانین و مقررات مربوط به تمشیت قانونی امور مربوط، جلب کرده است.

جنبه حقوقی مسائل بیوتکنولوژیک بسیار گسترده است و تقریباً تمامی آنها را دربرمی‌گیرد. این مسأله از تولید مثل<sup>۸۰</sup> و روابط جنسی مرتبط با آن آغاز می‌شود و تا کلیه فروع بحث مربوط به مرگ و خودکشی جلو می‌رود. قوانین سقط درمانی و حقوق والدین یا جامعه نسبت به سقط جنین‌های بسیار بیمار از تحولات ناشی از قدرت علمی تکنولوژیکی در حوزه مربوط است. همچنین استفاده از روشهای بیوتکنولوژیک در تولیدمثل تمامی مسائلی را که در دیدگاه دینی ذکر کردیم - مانند نسب، حضانت، نفقه و ارث - به علاوه مسائل حقوقی دیگر چون اجاره رحم و مسؤولیت مدنی کودک به میان می‌آورد.<sup>۸۱</sup> در این بین مسؤولیت مدنی و کیفری پزشکان<sup>۸۲</sup> متخصصان بیوتکنولوژی و اصل جواز قانونی فعالیت‌های

79. See, for instance, Cooper, *Biotechnology and the Law*; and Mazzoni, *A Legal Framework for Bioethics*.

80. See, for example, Brownsword, "Reproductive Opportunities and Regulatory Challenges"; and Freedom, *Legal Issues in Biotechnology and Human Reproduction*.

همچنین، نک. جعفرزاده، «سقط جنین در حقوق انگلیس: فرایند قانونی شدن، وضعیت موجود و چشم‌اندازها».

۸۱. نک. شهیدی، «وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی».

۸۲. برای نمونه، نک. جعفری تبار، «از آستین طبیبان، قولی در مسؤولیت مدنی پزشکان».

ژنتیک، همانندسازی، دستکاری در نطفه یا جنین و همچنین اسقاط نطفه قبل از لانه‌گزینی در رحم مادر، جزو مسائل اصلی از دیدگاه حقوقی می‌باشند.

پیوند اعضا به روشهای مختلفی که در بالا بدانها اشاره شده است سرمنشأ بروز مسائل حقوقی مختلفی گردیده است. یکم، چه نوع رابطه حقوقی میان انسانها و اعضای بدنشان، من جمله با ژن‌های مولد عضو، وجود دارد؟ آیا اساساً می‌توان قالب حقوقی متناسبی برای اهدا و پیوند اعضا پیدا کرد؟ آیا می‌توان عضوی از اعضای بدن میت را از او جدا کرد و نتایج حقوقی آن چیست؟ آیا مرگ مغزی یک مرگ حقوقی است یا مرگی واقعی؟ مسأله دیگر، همانطور که در بالا بدان اشاره شده است، مسأله تجربه بر روی انسان است. سؤال مهم در این ارتباط این است که آیا تحصیل رضایت موضوع تحقیق لازم است و تا چه حد معتبر است؟ مسأله وقتی پیچیده‌تر می‌شود که موضوع تحقیق نطفه، جنین، کودک و بیماران کمایی باشند. در این موارد آیا اساساً می‌توان از رضایت سخن گفت؟ اگر آری، رضایت چه کسی؟ مسأله در حقوق کیفری، حقوق مسؤولیت مدنی و بیمه و حقوق اموال و مالکیت قابل طرح است و در هر حوزه لوازم خاص خود را به دنبال می‌آورد.

در ارتباط با همانندسازی علاوه بر سؤالات مشابه می‌توان سؤال دیگری نیز در انداخت: آیا به لحاظ حقوقی می‌توان جنین همانندسازی شده را به عنوان یک اختراع - اعم از محصول یا فرآیند - ثبت کرد؟ در خصوص سلولهای پایه نیز پیچیدگی‌های حقوقی بسیاری به وجود خواهد آمد. آیا براساس حقوق مدنی و کیفری می‌توان حکم حقوقی بر جواز



جداسازی سلول پایه از مغز استخوان یا جنین یا نطفه چند روزه (قبل از لانه‌گزینی) صادر کرد؟ آیا این جداسازی، به ویژه در موارد اضطراری، به کسب رضایت صاحب سلول نیازمند است (تعیین صاحب مذکور خود بر حجم مشکلات می‌افزاید؟) آیا رشد و تکثیر سلولهای پایه منشأ حقوق مالی می‌گردند و به فرض مثبت بودن پاسخ آیا می‌توان تحت عنوان اختراع آنها را ثبت کرد؟<sup>۸۳</sup>

یکی دیگر از مسائل مهم در دیدگاه حقوقی نسبت به بیوتکنولوژی، مسأله مالکیت معنوی به ویژه در ارتباط با دستاوردهای تحقیقات ژنتیک و همانندسازی است.<sup>۸۴</sup> شاید بتوان گفت دستاوردهای مذکور با دیگر مخلوقات معنوی - علمی، صنعتی و تجاری - که مالکیت نسبت به آنها به رسمت شناخته شده است، تفاوت ماهوی دارد. زیرا دستاوردهای بیوتکنولوژیک با سلامت و منزلت انسان سروکار دارد و ممکن است به رسمیت شناختن امتیازات انحصاری برای صاحبان آن دستاوردها در قالب مالکیت معنوی موجب تبعیض ناموجه میان انسانها و محرومیت بخشی از آنان در استفاده از میراث مشترک انسانی گردد. مسأله مالکیت معنوی در حوزه‌های ژنتیک و بیوتکنولوژیک به ویژه توجه سازمان جهانی مالکیت معنوی<sup>۸۵</sup> را به خود جلب کرده است. این سازمان در نشست عمومی خود در سال ۲۰۰۰ میلادی در ژنو بر تنوع ژنتیک تأکید بسیار نموده است. به هر حال، به طور کلی می‌توان گفت امروزه دستاوردهای ژنتیک جزو اسرار

83. See, for instance, Padron & Uranga, "Protection of Biotechnological Inventions: A Burden Too Heavy for the Patent System", and Resnik, "DNA Patents and Human Dignity".

84. See Kegley, Genetic Knowledge: Human Values and Responsibility.

85. World Intellectual Property Organisation (WIPO).

علمی کشورها و سرمایه اقتصادی اشخاص - حقیقی یا حقوقی، دولتی یا خصوصی - به حساب می‌آید و از این رو بحث از امکان مالکیت معنوی بر دستاوردهای مزبور و در صورت مثبت بودن پاسخ شکل و شیوه حقوقی آن، بسیار بااهمیت می‌باشد. همچنین مالکیت معنوی در این حوزه بر بسیاری از فعالیتهای علمی و تکنولوژیکی نقشی تأثیرگذار و تعیین کننده دارد و لذا بایستی مورد توجه عمیق و فوری قرار گیرد. به علاوه، با توجه به موافقتنامه همکاری سازمان جهانی مالکیت معنوی با سازمان تجارت جهانی<sup>۸۶</sup> در سال ۱۹۹۶، اهمیت مالکیت معنوی در تجارت و تنظیم روابط اقتصادی بین‌المللی فزونی یافته است که باید در بحث حاضر بدان توجه مبذول داشت.

در برخی از کشورها، مانند امریکا، نتایج تحقیقات دانشگاهها تاکنون متعلق به محقق و دانشگاه یا مؤسسه تحقیقاتی بود ولی پس از استفاده‌های تروریستی از مواد شیمیایی (مانند ارسال مواد ناقل سیاه زخم از طریق نامه و پست) دولت امریکا خود را یکی از سه مالک معنوی نتایج تحقیقات در تمامی پروژه‌هایی می‌داند که دولت تأمین کننده بودجه آن بوده است. در این کشور می‌توان به قوانین Stevenson- و Bayth-Dole اشاره کرد که اولی مربوط به انجام تحقیقات با بودجه دولتی در آزمایشگاههای غیردولتی و دومی به عکس آن مربوط می‌شود. مطابق این قوانین، عقد قرارداد در تمامی پژوهش‌هایی که با بودجه دولتی انجام می‌شود ضروری است و طبق آن محقق ملزم است (۱) هر اختراعی را به دولت گزارش دهد، (۲) برای اختراع مزبور به موقع تقاضای حق اختراع

86. World Trade Organisation (WTO).

کند، (۳) در تقاضا منبع مالی دولتی را اعلام کند، (۴) مجوز نامحدود، غیرقابل انتقال و غیرقابل فسخ برای مؤسسه دولتی تأمین کننده بودجه مالی، صادر کند. در عین به رسمیت شمرده شدن حق محقق، دولت حق استفاده نامحدود از نتیجه را دارد.<sup>۸۷</sup> در این خصوص به ویژه مسأله سرقت‌های زیستی<sup>۸۸</sup> و آثار انسانی و اقتصادی مسأله، توجه جهانی را به خود جلب کرده و تلاش فراوانی در تدوین قوانین مربوط به ثبت اختراع و اکتشاف و حمایت از مالکیت معنوی می‌گردد به ویژه مالکیت معنوی بر ژنها و سلولهای انسانی.

مسائلی که در بالا آمد و بسیاری سؤالیهای دیگر نیازمند زمان و مطالعات و مشورتهای عمیق معرفتی می‌باشد. کمیته‌های اخلاق زیستی و پزشکی در این زمینه نقش حساسی بازی می‌کنند و البته مشاور قانونگذار در شکل دادن به قوانین جدید یا کارشناس دادگاه برای شکل دادن به رویه‌های حقوقی خواهند بود. اشاره به چند نکته در اینجا بسیار مهم است. یکم، میزان دخالت قانون در مسائل بیوتکنولوژیک خود محل بحث است. مسلماً تمام مسائل مربوط با قانونگذاری سامان نمی‌یابند. به ویژه در حوزه ژنوم انسانی و همانندسازی، استفاده‌های افراطی از مفاهیم و اصول حقوقی و توجه به جنبه‌های تجاری اقتصادی بدون توجه به جنبه‌های انسانی، فرهنگی و اجتماعی فاجعه‌آفرین خواهد بود. دوم، قانونگذاری حتماً بایستی در یک فرآیند عقلانی و تجربی شکل گیرد تا قوانین موضوعه در بستر فرهنگ بومی و چارچوبهای بین‌المللی بتوانند پاسخگوی نیازها و فراهم آورنده زمینه

۸۷. رک. ضرغام، بیوتکنولوژی در سده بیست و یکم، فصل ۱۲.

88. Bio-piracy.

راههای انسانی برای تحولات آینده باشند.<sup>۸۹</sup> سوم، حکومت و نهادهای حکومتی تنها نهادهای توانا در حل و پیشبرد مسائل و مشکلات بیوتکنولوژیک نیستند. لذا، بایستی به راه‌حلهای و چارچوبهای حقوقی برای مداخله دادن بخش خصوصی در این زمینه با کنترل‌های لازم و دقیق، اندیشید و زمینه‌های آن را در یک بستر عمومی و مبتنی بر خرد جمعی فراهم آورد.<sup>۹۰</sup>

#### ۴- نتیجه

بر خواننده محترم پوشیده نیست که با توجه به نوع مسائل و سؤالهایی که در نوشتار حاضر مطرح شده است، جامعه علمی کشور به طور خاص و فرهنگ عمومی به طور کلی در اکثر زمینه‌ها فاقد دستاوردهای علمی و معرفتی بیوتکنولوژیک و اخلاق زیستی هستند. این فقدان در دو سطح رخ می‌نماید. یکی در سطح توصیف و تدوین که اساساً مسائل و موضوعات مربوط در حد قابل ملاحظه‌ای در میان خواص و عوام طرح و شرح و بسط نیافته‌اند. دیگری در سطح تحلیل و تولید که از دیدگاههای مختلف مورد اشاره در این تحقیق، مسائل و موضوعات یاد شده مورد بررسی، تحلیل، نقد و در نهایت مبنای تولید دیدگاههای اصیل و قابل طرح از جانب دانشمندان و متفکران ایرانی قرار نگرفته‌اند. از این‌رو، مهمترین مسأله در حال حاضر زمینه‌سازی شکل‌گیری و رشد دانش و بیسنش بیوتکنولوژیک و اخلاق زیستی به ویژه در حوزه‌های مبتلا به جامعه ایرانی

۸۹. بنگرید: راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، فصل ۹.

90. See "The Privatization of Stem Cells".

و بین‌المللی است. به علاوه، گفتنی است در جای جای این اثر - در بحث از مسائل یا شرح دیدگاهها - سؤالات یا نکاتی مطرح شده‌اند که می‌توان آنها را جزو نتیجه‌گیری حاضر به شمار آورد. لذا از تکرار آن پرسش‌ها و نکات خودداری می‌کنیم و در تکمیل مطالب ذیل را اضافه می‌نماییم.

دستاوردهای علوم زیستی از یک سو برای حل مشکلات انسان ضروری‌اند<sup>۹۱</sup> ولی از دیگر سو، این دستاوردها و تحقیقات و آزمایشهای ژنتیک همیشه ممکن است به عنوان یک سلاح خطرناک در دست ناهلان افتاده و وسیله ارضای حرص و آز آنان قرار گیرند. همچنین پژوهشها و آزمایشهای مذکور در عین حال که افق‌های تکامل داروها و روشهای مداوای موجود را هر چه بیشتر روشن می‌سازند، خطر ایجاد بیماری‌های جدید را دربردارند که ممکن است از افراد و موضوعات تحت پژوهش، آزمایش و معالجه و همچنین از گونه‌های اصلاح شده به گونه‌های اصلاح‌نشده سرایت کنند. لہذا، ضرورت برخی از آزمایشها زیر سؤال است و لازم است با مجوز و مراقبت شدید کمیته‌ها یا شوراهای حکومتی چندرشته‌ای انجام شوند.<sup>۹۲</sup> به علاوه، برخی پیشرفته‌ها راه را برای سؤالهای جدید و کشف مطالب جدید باز می‌کند. بسیاری از فرضیات درخصوص رابطه ژنهای خاص و رفتارهای انسان مانند همجنس‌بازی در انداخته می‌شود. فرضیات مزبور محتاج انجام آزمایش‌های گوناگون است که این

۹۱. برای نمونه، نک. صنعتی و اسماعیل‌زاده، «بیوتکنولوژی راهگشای مشکلات بشر در قرن ۲۱».

۹۲. برای نمونه، دانشگاه نیوکاسل در انگلستان با حکم «مؤسسه دولتی نظارت بر باروری انسانی و جنین‌شناسی» که پس از بررسی کامل جنبه‌های علمی، پزشکی، حقوقی و اخلاقی مربوط به موضوع صادر شد، اجازه یافت که با هدف تحقیق و امکان معالجه بیماری دیابت به همانندسازی درمانی (و نه تولیدی) نطفه دست بزند. بنگرید:

“UK takes lead in Human cloning experiments”.

نیز بایستی در چارچوب مذکور انجام گیرد. این خود اهمیت کمیته‌های اخلاق زیستی را بیشتر بر ملا می‌سازد.

نکته بعدی این است که به طور کلی در حوزه علوم زیستی تا کجا می‌توان پیش رفت؟ آیا مرز طبیعی در این حوزه وجود دارد یا این که مرز مزبور در حقیقت در نتیجه تصمیم‌های ارزشی انسان تعیین می‌شود؟ بیوتکنولوژی از جمله ابزارهایی است که بشر در طی تاریخ فعالیت‌های معرفتی و فنی خود به وجود آورده است. در ارتباط با ابزار و قدرت ابزارسازی انسان، روشن است که نوع فرهنگ و تصمیم‌گیری‌های ارزشی انسانها تعیین‌کننده شیوه بکارگیری و هدف از بکارگیری ابزارهای ساخته دست انسان است. از این رو، ابزارها فی‌نفسه حاوی اصول تعیین‌کننده شیوه و هدف مذکور نیستند. شیوه‌ها و اهداف استفاده از بیوتکنولوژی تماماً به هنجارهای حاکم بر روابط انسان است و لذا جای بحث در اینجا بسیار باز است. نخستین سؤال این است که اساساً در زمینه یاد شده تا کجا می‌توان پیش رفت؟ آیا در این حوزه باید حداقل گرا بود یا حداکثرگرا؟ به این معنا که آیا ملاک باید رفع نیازهای انسان به ویژه نیازهای درمانی باشد یا این که می‌توان بی‌هیچ دغدغه تمامی قلمروهای ممکن در این حوزه را درنوردید؟ علوم پزشکی و مهندسی کنونی به ویژه در موارد دستکاری در طبیعت و توسعه جراحی‌های پلاستیک و مثل آن (اصلاح‌نژاد انسان و ...) به سمت نابودی طبیعت و لذت‌جویی‌های غیراخلاقی انسان گرایش یافته‌اند. ظهور و بروز گروه‌های سبز و برخوردهای محافظه‌کارانه پاره‌ای از متفکران یا رهبران فکری، نشانه احساس خطربخش عمده‌ای از انسانها از دست‌اندازی انسان در طبیعت و استفاده‌های لذت‌جویانه از آن است. یکی از

ملاکهای قابل دفاع می‌تواند اصل غایت بودن انسان و رویکرد انسانی اخلاقی به مسأله باشد.<sup>۹۳</sup> به نظر می‌رسد بر این پایه باید به توصیه یک سیاست حداقل‌گرا تمایل داشت و لذا مهم تعیین حوزه‌های ضروری مثل درمان و رفع گرسنگی توسط نهادهای تحقیقاتی چندرشته‌ای است. استدلال شکسته شدن سد که در بالا بدان اشاره رفت می‌تواند در اینجا در ترکیب با اصل ممنوعیت ابزار قرار دادن انسان در موجه ساختن گرایش به حداقل‌گرایی در اخلاق زیستی کمک نماید.<sup>۹۴</sup>

دقیقاً در راستای استدلال بالا باید توجه داشت که بسیاری از مسائل بیوتکنولوژیک را نمی‌توان صرفاً با مفاهیم و اصول رایج در حقوق خصوصی - مانند مالکیت خصوصی، معاملات تجاری میان اشخاص خصوصی، مالکیت معنوی و آثار مالی اقتصادی دستاوردهای علوم و فنون زیستی - تحلیل و ارزیابی کرد. به همین دلیل در اعلامیه جهانی مربوط به ژنوم انسانی گرایش بر مخالفت با مالکیت خصوصی بر اطلاعات حاصل از پروژۀ ژنوم انسان است و از مالکیت مشترک سخن رفته است. نکته حاضر البته به معنای نفی هرگونه مالکیت و انحصار نیست ولی تأکید بر جنبه‌های حقوق عمومی مسائل ناشی از بیوتکنولوژی است.

نکته دیگر به مسأله حقوق حیوانات برمی‌گردد. ضرورت آزمایش در راستای پژوهش‌های بیوتکنولوژی و محدودیت آزمایش بر روی انسان، دانشمندان را به سمت استفاده گسترده از حیوانات به عنوان ابزار انواع

93. See Visser, Humanistic Perspectives in Medical Ethics.

۹۴. البته در برخی زمینه‌ها به ویژه حوزه دارو و درمان در مقابل استدلال فوق مقاومت می‌شود. برای مثال، نک.

Schubert, "Ethical Implications of Pharmacogenetics-Do Slippery Slope Arguments Matter?"

وسعی از آزمایشات و دستکاری‌های بیولوژیک سوق داده است. در مقابل، گروه‌های طرفدار حقوق حیوانات این را برابر با تحمیل رنج بر حیوانات و پایمال کردن حقوق آنها می‌دانند. کشمکش‌های نظری به کنار، دفاع از حقوق حیوانات شکل عملی به خود گرفته و موجب کشمکش‌های عملی و در برخی موارد به زد و خورد، ضرب و جرح، آتش‌سوزی آزمایشگاه‌ها و حتی ترور مسئولین آزمایشگاه و پژوهشگاه‌ها انجامیده است. برای نمونه، می‌توان به ماجرای بسیار پر جنجال و خطرناک تأسیس بنای آزمایشگاه معظم حیوانات در شهر آکسفورد انگلستان توسط دانشگاه آکسفورد اشاره کرد که پای ارتش را نیز برای حفاظت از آزمایشگاه به ماجرا باز نموده است.<sup>۹۵</sup> لذا لازم است در حوزه بیوتکنولوژی و حیوان مسأله حقوق حیوانات مورد بررسی و تحلیل جدی قرار گیرد. همین‌طور است تأثیر تحقیقات و آزمایش‌های بیوتکنولوژی بر محیط زیست که اگر اهمیت آن از بحث حقوق حیوانات بیشتر نباشد کمتر نیست. این جنبه از مباحث بیوتکنولوژی جایگاه ویژه‌ای در حوزه بیوتکنولوژی و گیاه دارد، خصوصاً این که در این حوزه مسأله تنوع زیستی و حفظ گوناگونی ژنتیک طبیعت در سطح بین‌المللی و اسناد حقوقی مربوط (کنوانسیون ۱۹۹۲ ریو) طرح و شرح و بسط یافته‌اند.

در آخر، همان‌طور که در مقدمه این مقاله بیان گردید، تأکید می‌گردد که مسائل برخاسته از بیوتکنولوژی از یک چپستی کل‌گرا یا همگرا برخوردارند. به دیگر سخن، می‌توان گفت این مسائل از یک

95. See, for instance, "Animal Rights Group Gain through Violence", and "Army Mat Help Oxford Animal Lab".



ویژگی میان رشته‌ای برخوردارند<sup>۹۶</sup> و وجوه مختلف فلسفی، اجتماعی، دینی و حقوقی آن ناگزیر از یک حرکت مرتبط و هماهنگ است. افزون بر این، لازم است تمامی طرفهای درگیر در امور بیوتکنولوژیک - مانند افراد مورد تحقیق و آزمایش، محققان، دیگر طرفهای مستقیم و جامعه - کاملاً در محاسبات اخلاقی و فرااخلاقی در نظر گرفته شوند. به هر تقدیر، در این تصویر کلان و البته پیچیده مسأله اخلاق در سیاست‌گذاری‌های عمومی، آموزش و عملکرد حوزه بیوتکنولوژی از اهمیت درجه یک برخوردار است. در یک کلمه، به عنوان خطوط راهنما در مطالعه و تصمیم‌گیری همگرایانه در حوزه مباحث بیوتکنولوژی می‌توان به سه معیار اشاره کرد: (۱) کاهش رنج بشر و گره‌گشایی از مشکلات دامنگیر او به طور خاص، و (۲) گسترش فضایل اخلاقی و (۳) توزیع عادلانه منابع به طور کلی.

##### ۵- منابع و کتابنامه

در فهرست زیر، نخست، منابعی آمده‌اند که در این نوشتار به آنها ارجاع داده شده است. افزون بر آن، برخی از منابع که مناسبت ارجاع به آنها پیش نیامده ولی در پژوهش حاضر مورد توجه و استفاده واقع شده‌اند، در این سیاهه قرار داده شده‌اند. از این رو، می‌توان گفت مجموع منابعی که در زیر می‌آید در حقیقت یک «کتابشناسی گزیده» را در حوزه مورد پژوهش تشکیل می‌دهد که امید است به عنوان راهنمای آغازین در پژوهش‌های آینده بکار آید.

96. See, for instance, Lundin & Ideland, "Gene Technology and the Public: an Interdisciplinary Perspective".

## ۵-۱- فارسی و عربی:

اسکیج، پی. دی. جی. (۱۳۸۱)، حقوق، اخلاق و پزشکی: مطالعه در حقوق پزشکی، ترجمه محمود عباسی و بهرام شیخی، تهران: حقوقی. اسمیت، ترور (۱۳۸۱)، اخلاق در پژوهشهای پزشکی، ترجمه محمد ضرغام، با مقدمه و زیر نظر باقر لاریجانی، تهران: برای فردا. اشرفی، منصور (۱۳۶۷)، اخلاق پزشکی، تبریز: دانشگاه آزاد اسلامی. آصف محسن، محمد (۱۳۸۲)، الفقه و مسائل طبیسه، قم: مؤسسه بوستان.

اصفهانى، محمدمهدى (۱۳۷۲)، اخلاق حرفه‌ای در خدمات بهداشتی و درمانی، تهران: دانشگاه علوم پزشکی ایران/بدر.

انتظاری، لیلیا (۱۳۸۰)، «اوتانازیا (قتل از روی ترحم)، در:

<http://www.ghavanin.com/PaperDetail.asp?id=105>

الجنوردی، السید محمدحسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهیه، تحقیق مهدی المهریزی و محمدحسین الدرایتی، ۷ مجلد، قم: الهادی.

بحرینی، محمدرضا (۱۳۶۳)، راه رشد در زیست‌شناسی یا اخلاق ایمانی، تهران: صدوق.

بنت، بلیندا (۱۳۷۷)، حقوق و پزشکی، مترجم محمود عباسی، تهران: حقوقی.

بولتن بیوتکنولوژی (از سال ۱۳۷۵)، تهران: دفتر همکاریهای فناوری ریاست جمهوری.

پایگاه اطلاعات بیوتکنولوژی ایران (وابسته به کمیته ملی زیست فناوری):

<http://ibw.nrcgeb.ar.ir>

پورمحمدی، غلامعلی (۱۳۷۴)، پزشکی قانونی و علم الاخلاق پزشکی، تهران: نشر و تبلیغ بشری.

جعفرزاده، میرقاسم (۱۳۸۲)، «سقط جنین در حقوق انگلیس: فرایند قانونی شدن، وضعیت موجود و چشم اندازها»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸، صص ۱۶۴-۱۰۹.

جعفری تبار، حسن (۱۳۷۷)، «از آستین طیبیان، قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، در:

<http://www.ghavanin.com/PaperDetail.asp?id=925>

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۵)، طب و تزکیه، شماره‌های ۱۹ و ۲۰. الحرجی، نایف بن عوض (۱۳۹۴ ه.ق.) احکام الجنین و الحامل فی الفقه الاسلامی، جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیه، المعهد العالی القضاء. حر عاملی، شیخ محمدبن حسن (۱۱۰۴)، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، تحقیق عبدالرحیم ربانی شیرازی و محمد رازی.

خلیل پور، رجب (۱۳۸۱)، «شبهه‌سازی و چالش‌های جهانی»، در

<http://itanetwork.org>

خوانساری، نعمت الله (۱۳۷۹)، فناوری و ایمنی زیستی، تهران: سازمان حفاظت از محیط زیست.

خویی، سیدالقاسم (بی تا)، مبانی تکمله المنهاج، بیروت: دارالزهراء. خیراندیش، آذرمدخت و همکاران (۱۳۸۰)، بررسی وضعیت بیوتکنولوژی در کشورهای مختلف جهان، گزارش نهایی پروژه، تهران: کمیسیون بیوتکنولوژی شورای پژوهش‌های علمی کشور.

- دیبائی، امیر (۱۳۸۱)، چکیده اخلاق و قوانین پزشکی، قم: معارف.
- راسخ، محمد (۱۳۸۱)، «شخص: محل تلاقی حقوق، فلسفه و پزشکی»، حق و مصلحت، تهران: طرح نو، بخش دوم.
- راسخ، محمد (۱۳۸۲)، «جدال حیات: بررسی اجمالی تئوری‌های سقط جنین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸، صص ۲۰۷-۱۶۵.
- راسخ، محمد (۱۳۸۳)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- روحانی، سیدمحمد صادق (۱۳۹۸ ه.ق.). المسائل المستحدثه، چاپ سوم، مؤسسه الامام الصادق.
- سازمان بهداشت جهانی (۱۳۸۲)، راهنمای کاربردی برای کمیته‌های اخلاق در بازنگری تحقیقات زیست پزشکی، ترجمه علیرضا باقری چیمه، تهران: اندیشمند.
- ساکت، محمدحسین (۱۳۸۱)، پند و پیمان در پزشکی: درآمدی به اخلاق پزشکی از دیدگاه رازی و رهاوی، چاپ دوم، مشهد: واژیران.
- سایت مرکز مطالعات بیوتکنولوژی:
- <http://www.iranbiotech.com>
- سایت همکاری بین‌المللی علوم زیستی:
- <http://www.tco.gv.ir/bic>
- سعیدالرحمن، احمد حسین (بی‌تا)، احکام الحامل فی الشریعه الاسلامیه، رساله دکتوراه، المعهد العالی القضاء.
- سلیمانی، مسعود (۱۳۸۳)، «خصوصیات و محدودیت‌های سلول‌های بنیادی»، در

<http://itanetwork.org>

سلیمانی، مسعود (۱۳۸۳)، «کاربردهای سلولهای بنیادی در پزشکی»،

در

<http://itanetwork.org>

شاذلی، حسن (۱۹۷۹)، «حق الجنین فی الحیاه الشریعه الاسلامیه»،

مجله الحقوق و الشریعه، مارس.

شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۳۴۸ هـ.ق.)، الروضه البهیة فی

شرح اللعمه دمشقیه، چاپ عبدالرحیم.

شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۳۷۳ هـ.ق.)، مسالک الافهام

فی شرح شرایع الاسلام، قم: دارالهدی.

شهیدی، مهدی (۱۳۶۵)، «وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی»،

در:

<http://www.ghavanin.com/PaperDetail.asp?id=281>

صافی، لطف الله (۱۳۴۵)، مجموعه احکام پزشکی، چاپ اول، قم:

دارالقرآن الکریم.

صنعتی، محمدحسین و اسماعیل زاده، نسرین (۱۳۸۰)، بیوتکنولوژی

راهگشای مشکلات بشر در قرن ۲۱، تهران: مرکز ملی تحقیقات مهندسی

ژنتیک و تکنولوژی زیستی.

ضرغام، نصرت الله و همکاران (۱۳۷۹)، وضعیت موجود

بیوتکنولوژی در جمهوری اسلامی ایران، تهران: کمیسیون بیوتکنولوژی

شورای پژوهشهای علمی کشور.

ضرغام، نصرت الله (۱۳۸۰)، بیوتکنولوژی در سده بیست و یکم:

- تهران: کمیسیون بیوتکنولوژی، شورای پژوهشهای علمی کشور.
- ضرغام، نصرت الله و خیراندیش، آذرمیدخت (۱۳۸۱)، منابع و مواد اولیه بیوتکنولوژی و صنایع مربوط به آن در ایران، بخش اول: ذخایر منابع دریایی، تهران: کمیسیون بیوتکنولوژی شورای پژوهشهای علمی کشور.
- طلعتی، محمدهادی (۱۳۸۰)، مآخذشناسی مسائل مستحدثه، قم: بوستان کتاب.
- طوسی، ابوجعفر شیخ محمدبن حسن (۱۳۶۳ هـ.ش)، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- عاملی، جعفر مرتضی (۱۳۸۰)، آداب طب و پزشکی در اسلام، ترجمه لطیف راشدی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- عبد خدائی، محمدهادی (۱۳۷۱)، اخلاق پزشکی، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
- عزیزی، فریدون (۱۳۷۲)، «طب و فقه»، در طب و تزکیه، شماره ۸
- فتاحی معصوم، حسین (۱۳۷۱)، مجموعه مقالات سمینار دیدگاههای اسلام و پزشکی برگزار شده در دانشگاه علوم پزشکی مشهد اسفندماه ۱۳۶۸، دبیرخانه دائمی: مؤسسه توسعه و دانش و پژوهش ایران.
- فضل الله، سیدمحمد حسین (۱۴۱۷ هـ.ش)، فقه الحیاه، بیروت: مؤسسه العارف للمطبوعات.
- فقه و طب (۱۳۷۲)، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- فیض، ابوالحسن (۱۳۷۴)، آیین پزشکان مسلمان یا اخلاق پزشکی در اسلام، مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی.

قاری سید فاطمی، سیدمحمد (۱۳۷۹)، «رضایت مکنون»، فصلنامه باروری و ناباروری، ص ۳۷-۳۳.

قاری سید فاطمی، سیدمحمد (۱۳۸۱)، «بیوتکنولوژی در آینه فلسفه اخلاق»، فصلنامه باروری و ناباروری، صص ۷۲-۵۵.

قبله‌ای، خلیل (بی تا)، «بررسی احکام فقهی و حقوقی اسقاط جنین»،

در:

<http://www.ghavanin.com/PaperDetail.asp?id=626>

قبله‌ای، خلیل (۱۳۷۵)، «بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و سقط جنین»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۲.

قبله‌ای، خلیل (۱۳۷۶)، «بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین

ناشی از زنا و وطی به شبهه»، در:

<http://www.ghavanin.com/PaperDetail.asp?id=224>

مجموعه خلاصه مقالات کنفرانس سقط جنین (۱۳۸۲)، تهران:

پژوهشکده ابن سینا، دانشگاه شهید بهشتی.

مجموعه مقالات اولین همایش ملی بیوتکنولوژی ج.ا. ایران

(۱۳۷۰)، تهران: انجمن بیوتکنولوژی ج.ا. ایران.

مجموعه مقالات دومین همایش ملی بیوتکنولوژی ج.ا. ایران (۱۳۸۰)،

تهران: انجمن بیوتکنولوژی ج.ا. ایران.

مجموعه مقالات صاحب‌نظران درباره اخلاق پزشکی (۱۳۶۹)، تهران:

دبیرخانه شورای آموزش پزشکی و تخصصی، وزارت بهداشت، درمان و

آموزش پزشکی.

مجموعه مقالات همایش پزشکی و موازین شرعی ۲۹ اردیبهشت ماه

۱۳۷۸ (۱۳۸۱)، قم: کمال الملک.

محقق، مهدی (۱۳۷۴)، مجموعه متون و مقالات در تاریخ و اخلاق پزشکی در اسلام و ایران، تهران: سروش.

محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن (۱۳۷۶ ه. ق.)، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم بن حسن یزدی، به کوشش محمدتقی دانش‌پژوه، تهران: دانشگاه تهران.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۲)، «تحقیقی در مورد سقط جنین، عوارض، مسائل و موضوعات پیرامون آن»، مجموعه مقالات اخلاق پزشکی، جلد ۵، چاپ اول، تهران: مرکز مطالعات و تحقیقات اخلاق پزشکی.

معصوم‌زاده، بهبود (۱۳۷۸)، مبانی اخلاق پزشکی، اردبیل: نشر شیخ صفی‌الدین.

موحدی ساوجی، محمدحسن (۱۳۷۲)، تازه‌های احکام، تهران: نشر علوم دانشگاهی و معارف اسلامی.

موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۲)، «مسئولیت (مدنی و کیفری) پزشک»، در:

<http://www.ghavanin.com/PaperDetail.asp?id=667>

الموسوی الخمينی، روح الله (۱۳۹۰ ه. ق.)، تحریر الوسیله، جلد دوم، قم: دار الکتب الاسلامیه.

مولایی، احمد (۱۳۶۹)، کتاب لقمان حکیم و پندهای حکیمانۀ او، تهران: هاجر مولایی.

مهبودی، فریدون (۱۳۷۹)، بیوتکنولوژی در ایران، فرازها و نشیب‌ها،



تهران: مرکز مطالعات بیوتکنولوژی، دفتر همکاری‌های فناوری ریاست جمهوری.

نجفی، محمدبن حسن (۱۳۹۸ ه.ق.)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، تحقیق و تعلیق و تصحیح محمود قوچانی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

نشریه کمیسیون بیوتکنولوژی (فصلنامه) (از سال ۱۳۷۶)، تهران: شورای پژوهشهای علمی کشور.

نوغانی، فاطمه و خوشنویس، محمدعلی (۱۳۷۸)، تاریخ تحولات و اخلاق پرستاری، تهران: انجمن قلم ایران.

ولیدی، محمدصالح (۱۳۶۵)، «بررسی احکام سقط جنین و سقط حمل»، فصلنامه حق، صص ۵۶-۶۸.

ویسیک، جان (۱۳۷۳)، رضایت خاموش: مواردی در زمینه اخلاق پزشکی مدرن، ترجمه ناصر بلیغ، تهران: وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مرکز مطالعات و تحقیقات اخلاق پزشکی.

٥-٢-لاتين:

**Acharya, R.** (1999). *The Emergence and Growth of Biotechnology: Experiences in Industrialised and Developing Countries*, Cheltenham, England: Edward Elgar.

**“Animal Rights Group Gain Through Violence”** (2004), *The International Herald Tribune*, 9 August 2004, on <http://www.iht.com/articles/533084.html>.

**“Army May Help Oxford Aniaml Lab”** (2004), *BBC News: World Edition*, 21 July 2004, on <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk-news/england/oxfordshire/3914437.stm>.

**Beauchamp, T.L. & Childress, J.F.** (2001), *Principles of Biomedical Ethics*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford: OUP.

**Becker, G.K. & Buchanan, J.P.** (eds.), (1996), *Changing Nature’s Course: The Ethical Challenge of Biotechnology*, Hong Kong: HKUP.

**Beckwith, F.J.** (1990), “Answering the Arguments for Abortion Rights: (Part Two) Argument from Pity, Tolerance and Ad Hominem”, on <http://...www.equip.org/free/da020-z.htm>.

**Bhandari, M. et al.** (1999), “A Genetic Revolution in Health Care”, *The Mckinsey Quarterly*, p.58.

**“Biotechnology”** (2004), in *Colombia Encyclopedia*, 6<sup>th</sup> ed., on <http://www.encyclopedia.com/html/b1/biotech.asp>.

**Boden, M.A.** (ed.) (1996), *The Philosophy of Artificial Life*, Oxford:

- OUP.
- Bracci, S.L.** (2002), "Bioethics: A "New" Prudence for an Emergent Paradigm?", *Argumentation and Advocacy*, Vol.38(3), p.151.
- Bradley, B.** (2004), "When Is Death Bad for the One Who Dies?", *Nous*, Vol.38(1), p.1.
- Breen, K.J. & Cordner, S.M. & Plueckhahn, V.D.** (1997), *Ethics, Law and Medical Practice*, St. Leonards, N.S.W.: Allen & Unwin.
- Brennan, F.X.** (2004), "Genetic Differences in Leverpress Escape/Avoidance Conditioning in Seven Mouse Strains", *Genes, Brain and Behavior*, Vol.3(2), p.110.
- Brownsword, R.** (2004), "Reproductive Opportunities and Regulatory Challenges", *Modern Law Review*, Vol. 67(2), p. 304.
- Burley, J. (ed.)** (1999), *The Genetic Revolution and Human Rights*, Oxford: OUP.
- Carruthers, P.** (1986), *Introducing Persons: Theories and Arguments in the Philosophy of Mind*, London: Croom Helm.
- Chan, H.M.** (2004), "Sharing Death and Dying: advance Directives, Autonomy and the Family", *Bioethics*, Vol. 18(2), p.87.
- Charlesworth, M.J.** (1989), *Life, Death, Genes, and Ethics: Biotechnology and Bioethics*, Crows Nest, N.S.W.: ABC Enterprises for the Australian Broadcasting Corp.
- Chetwynd, S.B.** (2004), "Right to Life, Right to Die and Assisted

- Suicide”, *Journal of Applied Philosophy*, Vol.21(2), pp. 173-82.
- Cole-Turner, R.** (1993), *The New Genesis: Theology and the Genetic Revolution*, Louisville, KY: Westminster/John Knox Press.
- Conceicao, P. et al.** (eds.) (2000), *Science, Technology, and Innovation Policy: Opportunities and Challenges for the Knowledge Economy*, Westport, CT: Quorum Books.
- Cooper, I.V.** (1992), *Biotechnology and the Law*, New York: Clark Boardman Callaghan.
- Copland, P. & Gillett, G.** (2003), “The Bioethical Structure of a Human Being”, *Journal of Applied Philosophy*, Vol.20(2), p.123.
- Daniels, K. & Haimes, E.** (eds.) (1998), *Donor Insemination International Social Science Perspective*, Cambridge: CUP.
- Delden, J.V. et al.** (2004), “Tailor-Made Pharmacotherapy: Future Developments and Ethical Challenges in the Field of Pharmacogenomics”, *Bioethics*, Vol.18(4), p.303.
- Dworkin, R.** (1993), *Life’s Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia*, London: Harper Collins.
- Elliott, B.** (ed.) (1988), *Technology and Social Process*, Edinburgh: EUP.
- Emaniol, P.** (2000), “Gnes”, *Human Ecology*, Vol. 28(4), p.13.
- European Commission** (1996), *Studies on the Socio-Economic Impact of Biotechnology*, Luxembourg: Office for Official

- Publications of the European Communities.
- Faden, R.R. et al.** (2003), "The Use of Medical Records in Research: What Do Patients Want?", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol.31(3), p.429.
- Fagan, A.** (2004), "Challenging the Bioethical Application of the Autonomy Principle within Multicultural Societies", *Journal of Applied Philosophy*, Vol.21(1), p.15.
- Fauquet, C.M. & Taylor, N.J.** (2000), "Biotechnology's Greatest Challenge", *Forum for Applied Research and Public Policy*, Vol.15(3), p.51.
- Financial Times** (2002-2004), on <http://www.ft.com>.
- Fishman, E. (ed.)** (1991), *Public Policy and the public Good*, New York: Greenwood Press.
- Frankel, J.J.** (1994), "Medical Malpractice Law and Health Care Cost Containment: Lessons for Reformers from the Clash of Cultures", *Yale Law Journal*, Vol.103(5), p. 1297-1331.
- Freedman, W.** (1991), *Legal Issues in Biotechnology and Human Reproduction: Artificial Conception and Modern Genetics*, New York: Quorum Books.
- Gold, E.R.** (1996), *Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials*, Washington, DC: Georgetown University Press.

- Goldman, J.M. & Melo, J.V.** (2003), "Chronic Myeloid Leukemia-Advances in Biology and New Approaches to Treatment", *The New England Journal of Medicine*, 349(15), pp. 1451-64.
- Grubb, P.W.** (1999), *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals, and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice, and Strategy*, Oxford: OUP.
- Guo, S.** (2004), "Linking Genes to Brain, Behavior and Neurological Diseases: What Can We Learn from Zebrafish?", *Genes, Brain and Behavior*, Vol.3(2), p. 63.
- Hanson, M.J.** (ed.) (2001), *Claiming Power over Life: Religion and Biotechnology Policy*, Washington, DC: Georgetown University Press.
- Harris, J.** (1997), "Goodbye Dolly? The Ethics of Human Cloning", *Journal of Medical Ethics*, Vol.23, pp.353-60.
- Harris, J.** (1998), *Clones, Genes and Immortality*, Oxford: OUP.
- Harvard Journal of Law and Technology** (2000), Vol.14, No.1, Cambridge, MA: Harvard Law School.
- Hay, D.A.** (2003), "Who Should Fund and Control the Direction of Human Behavior Genetics? Review of Nuffield Council on Bioethics 2002 Report, *Genetics and Human Behaviour: the Ethical Context*", *Genes, Brain and Behavior*, Vol. 2(6), p.321.
- Hedgcoe, A.M.** (2004), "Critical Bioethics: Beyond the Social

- Science Critique of Applied Ethics”, *Bioethics*, Vol.18(2), p.120.
- Iranian Journal of Biotechnology**, Tehran: Study Center for Biotechnology Development in Iran and the World.
- Jonsen, A.R.** (1998), *The Birth of Bioethics*, Oxford: OUP.
- Kegley, J.A.K.** (ed.) (1998), *Genetic Knowledge: Human Values and Responsibility*, Lexington, KY: ICUS.
- Kennedy, I. & Grubb, A.** (2000), *Medical Law*, 3<sup>rd</sup> ed., London: Butterworths.
- Knoppers, B.M. & Mathios, A.** (eds.) (1998), *Biotechnology and the Consumer*, Dordrecht: KAP.
- Köks, S. et al.** (2004), “A Screen for Genes Induced in the Amygdaloid Area during Cat Odor Exposure”, *Genes, Brain and Behavior*, Vol. 3(2), p.80.
- The Korea Times** (2004), on <http://times.hankooki.com>
- Krimsky, S.** (1991), *Biotechnics & Society: The Rise of Industrial Genetics*, New York: Praeger.
- Kushe, H. & Singer, P.** (eds.) (2001), *A Companion to Bioethics*, Oxford: Blackwell Publishers.
- Looney, B.** (1994), “Should Genes be Patented? The Gene Patenting Controversy: Legal, Ethical and Policy Foundations of an International Agreement”, *Law and Policy in International Business*, Vol.26(1), pp.231-72.

- Lundin, S. & Ideland, M.** (eds.) (1997), *Gene Technology and the Public: an Interdisciplinary Perspective*, Lund, Sweden: Nordic Academic Press.
- Mason, J.K. & Grubb, A.** (2002), *Law and Medical Ethics*, 6<sup>th</sup> ed., London: Butterworths.
- Mazzoni, C.M.** (ed.) (1998), *A Legal Framework for Bioethics*, the Hauge: KLI.
- McLean, S.A.M.** (2001), *Medical Law and Ethics*, Burlington, VT: Ashgate.
- Meira-Lima, I. et al.** (2004), "Association Analysis of the Catechol-o-Methyltransferase (COMT), Serotonin Transporter (5-HTT) and Serotonin 2A Receptor (5HT2A) Gene Polymorphisms with Obsessive-Compulsive Disorder", *Genes, Brain and Behavior*, Vol.3(2), p.75.
- Meyers, C.** (2004), "Cruel Choices: Autonomy and Critical Care Decision-Making", *Bioethics*, Vol.18(2), p.104.
- Miller, C.** (2004), "Causation in Law and Medicine", *Modern Law Review*, Vol.67(2), p.339.
- Moazam, F.** (2004), "Feminist Discourse on Sex Screening and Selective Abortion of Female Foetuses", *Bioethics*, Vol.18(3).
- Morse, A.** (1998), "Searching for the Holy Grail: The Human Genome Project and Its Implications", *Journal of Law and Health*,



Vol.13(2), p.219.

**Murphy, D.L. et al.** (2003), "Experimental Gene Interaction Studies with SERT Mutant Mice as Models for Human Polygenic and Epistatic Traits and Disorders", *Genes, Brain and Behavior*, Vol.2(6), p.350.

**The New York Times** (2004), on <http://www.nytimes.com>

**Nickerson, R.S.** (1992), *Looking Ahead: Human Factors Challenges in a Changing World*, Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.

**Nyberg, J. et al.** (2004), "Genetic and Environmental (Inter) Actions in Male Mouse Lines Selected for Aggressive and Nonaggressive Behavior", *Genes, Brain and Behavior*, Vol.3(2), p.101.

**Padron, M.S. & Uranga, M.G.** (2001), "Protection of Biotechnological Inventions: A Burden Too Heavy for the Patent System", *Journal of Economic Issues*, Vol.35(2), p.315.

**Paine, C.J. & Parker Jr., F.R.** (1999), "Informed Consent and the Refusal of Medical Treatment in the Correctional Setting", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol.27(3), p.240.

"**The Privatization of Stem Cells**" (2004), *The New York Times*, 9<sup>th</sup> March.

**Rasekh, M.** (Forthcoming), "The Problem of Abortion: Jurisprudential or Philosophical", *Journal of Islam and Christian-Muslim Relation*, Department of Theology, University of

Birmingham.

**Resnik, D.B.** (2001), "DNA Patents and Human Dignity", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol.29(2), p.152.

**Rhodes, R.** (2001), "Organ Transplantation", in *A Companion to Bioethics*, ed. H. Kushe & P. Singer, Oxford: Blackwell, pp.329-40.

**Rifkin, J.** (1998), "The Sociology of the Gene", *Phi Delta Kappan*, Vol. 79(9), p.648.

**The Rio Convention on Biological Diversity** (1992), on <http://www.biodiv.org/doc/legal/cbd-en.pdf>.

**Sabatino, C.P.** (1999), "The Legal and Functional Status of the Medical Proxy: Suggestions for Statutory Reform", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol.27(1), p.52.

**Schubert, L.** (2004), "Ethical Implications of Pharmacogenetics- Do Slippery Slope Arguments Matter?", *Bioethics*, Vol. 18(4), p.361.

**Sherlock R. & Morrey J.D.** (2002), *Ethical Issues in Biotechnology*, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield.

**Shevory, T.C.** (2000), *Body/Politics: Studies in Reproduction, Production, and (Re) Construction*, Westport, CT: Praeger.

**Singer, P. et al.** (eds.) (1993), *Embryo Experimentation: Ethical, Legal and Social Issues*, Cambridge: CUP.

**Stanworth, M.** (ed.) (1987), *Reproductive Technologies: Gender, Motherhood and Medicine*, Oxford: Polity Press.

**Steinbock, B.** (1996), *Life Before Birth: the Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, Oxford: OUP.

**Stretton, D.** (2004), "The Deprivation Argument Against Abortion", *Bioethics*, Vol. 18(2), p.144.

**Sugarman, J.** (2003), "Informed Consent, Shared Decision-Making and Complementary and Alternative Medicine", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol.31(2), p.247.

**ten Have, H.A.M.J. & Welie, J.V.M.** (1998), *Ownership of the Human Body*, Dordrecht: kluwer Academic Publishers.

**Thacker, E.** (2002), "Shattered Body Shattered Self", *Afterimage*, Vol.29(5), p.11.

**Thomson, J.J.** (1971), "A Defense of Abortion", on <http://www.users.telerama.com/jdehllu/abortion/absjtuol.htm>.

**The Times** (2004), on <http://www.timesonline.co.uk>.

**"UK takes lead in human cloning experiments"** (2004), *Financial Times*, 11 August 2004, on <http://news.ft.com/cms/s/3624460e-eb90-11d8-82f7-00000e2511c8.html>.

**Visscher, M.B. (ed.)** (1972), *Humanistic Perspectives in Medical Ethics*, Buffalo, NY: Prometheus Books.

**Warren, M.A.** (1999), "Sex Selection: Individual Choice of Cultural Coercion", in *Bioethics: An Anthology*, ed. H. Kushe & P.Singer, Oxford: Blackwell, pp.137-42.

**Weeramanthy, C.G.** (1998), *Justice without Frontiers: Protecting Human Rights with the Age of Technology*, the Hague: Kluwer.

**Wieczorek, M.** (2000), "Playing with Life: Art and Human Genomics", *Art Journal*, Vol.59(3), p.59.

# بررسی فقهی الزام به ادای شهادت در دعاوی کیفری

دکتر رحیم نوبهار\*

## چکیده

قوانین بسیاری از کشورها در مورد برخی از جرایم، شاهدان و آگاهان به وقوع جرم را ملزم می‌کند تا اطلاعات خود را به دستگاه عدالت کیفری بدهند و برای کسانی که از انجام این وظیفه خودداری کنند، مجازات پیش‌بینی نموده است.

در این مقاله، موضوع از دیدگاه فقهی بررسی شده است. نخست مسأله با تحلیل مباحثی مانند: «وجوب تحمل شهادت»، «لزوم ادای شهادت» یا «حرمت کتمان شهادت» که در ادبیات فقهی، مفاهیم شناخته شده‌ای است بررسی شده است و این رویکرد تقویت شده است که در صورت وجود تکلیف الزامی (وجوب یا حرمت) و فقدان ضرر یا حرج برای شاهد، جواز الزام افراد به ادای شهادت از باب جواز الزام به تکلیف واجب، بلامانع است. سپس مسأله با توجه به عنصر «مصلحت» مورد کنکاش قرار گرفته و چنین نتیجه‌گیری شده است که با وجود مصلحت اجتماعی برای کشف جرایم و مبارزه مؤثر با پدیده بزهکاری، می‌توان ترک ادای شهادت را جرم انگاشت.

---

\*. عضو هیأت علمی دانشکده حقوق - دانشگاه شهید بهشتی.

الزام افراد به ادای گواهی و اعلام اطلاعات به دادگاه باید به دور از هرگونه شکنجه روحی و جسمی باشد تا افراد در کمال آزادی، اطلاعات خود را به دادگاه بدهند. اکراه و یا اجبار افراد به ادای مطالبی خاص و برخلاف اعتقاد آنها جایز نیست، ضمن این که به چنین اظهاراتی نمی‌توان به عنوان شهادت استناد جست. همچنین تضمین‌های مناسب را باید پیش‌بینی نمود تا آزادی‌های افراد در فرایند ادای گواهی یا ارائه اطلاعات، کمتر سلب شود.

واژگان کلیدی: تحمل شهادت، ادای شهادت، احضار به دادگاه، الزام به ادای شهادت، اصل ۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

## ۱- درآمد

با آن که هدف نهایی دادرسی، کشف حقیقت و اجرای عدالت است، اما اصل عدالت خود راه را بر گونه‌هایی از دادرسی می‌بندد، تا قاضی نتواند به بهانه اجرای عدالت، هر راهی را بییماید. قاضی نمی‌تواند حقیقت را - با همه ارج و اهمیتی که دارد - از هر راهی به دست آورد. از همین رو با آن که اجبار و شکنجه، گاه به اقرار منطبق با واقعیت می‌انجامد، مصلحت والاتری ایجاب می‌کند تا شکنجه برای اخذ اقرار ممنوع باشد و اقرار ناشی از شکنجه، بی‌اعتبار.

پرسش اصلی نوشتار حاضر این است که بر پایه موازین فقهی آیا می‌توان برای کشف حقیقت کسی را به ادای شهادت ملزم نمود؟ این پرسش را درباره دعای مدنی نیز می‌توان مطرح کرد، اما به دلیل اهمیت بیشتر این مسأله در دعای کیفری، بحث به همین حوزه اختصاص یافته است. ضمن این که اصولاً شأن قاضی در دعای مدنی، بی‌طرفی است. این

طرفین دعوا هستند که باید ادله خود را به قاضی ارائه دهند؛ حال آن که در دعوای کیفری به ویژه در جرایم عمومی دادستان باید همه تلاش خود را برای کشف حقیقت و استیفای حقوق جامعه به کار بندد و در نتیجه گاه ناچار می شود از شهود جرم تحقیق کند.\*

## ۲- مقدمه و تبیین مفاهیم کلیدی بحث

مقصود از الزام به شهادت این است که شاهد و ناظر صحنه وقوع جرم یا مسائل مربوط با آن به لحاظ قانونی موظف باشد آنچه را دیده یا شنیده است بیان کند. بسته به صلاحدید قانونگذار، استنکاف از ادای گواهی ممکن است مستوجب اعمال ضمانت اجرای کیفری خاصی علیه فرد مستنکف شود؛ چنان که ممکن است برای خودداری از این وظیفه اجتماعی، ضمانت اجرای کیفری خاصی پیش بینی نشود. الزام به این معنا با اجبار یا اکراه افراد به ادای مطالب خاصی که مورد نظر دادگاه است، یکسان نیست. اظهارات ناشی از اجبار یا اکراه به معنای اخیر را نمی توان شهادت نامید. شهادت یعنی اظهار آنچه فرد خود دیده یا شنیده است؛ یا بنا بر نظریه دیگری آنچه فرد به آن علم و یقین دارد و اکنون آزادانه آن را بیان می کند.

الزام افراد به ادای شهادت یا ارایه اطلاعات به دادگاه به معنای اول را نباید با شکنجه برای کسب اطلاعات یکسان دانست. مثلاً ممکن است قانونگذار درباره الزام افراد به ادای گواهی این رویکرد را برگزیند که

\*. لازم می دانم از استاد ارجمند جناب آقای دکتر جعفر کوشا که پیشنهاد تدوین این مقاله را ارائه نمودند و در جریان نگارش آن از نظریاتشان بهره مند بوده ام، سپاسگزاری کنم.

هرگاه در جرایم خاصی معلوم شود کسی مطلع بوده و مراتب را به مقامات مسؤول اعلام نکرده است، مجازات خواهد شد. حال اگر پس از وقوع جرم و به هنگام رسیدگی به آن روشن شود که شخصی نسبت به وقوع جرم آگاه بوده و به وظیفه خود عمل نکرده است، بی آن که اکراه و اجباری در میان باشد، بزهکاری وی ثابت می‌شود. پس الزام افراد به ادای گواهی به عنوان یک وظیفه اجتماعی با اکراه و اجبار به ادای شهادت، ملازمه و همراهی ندارد. با این حال به دلیل اهمیت و ظرافت مسأله و این که تجویز بی‌قید و شرط الزام افراد به ادای شهادت ممکن است به گونه‌هایی از شکنجه برای کسب اطلاعات بینجامد، قانونگذار بایستی موارد و شرایط الزام افراد به ادای گواهی و ارایه اطلاعات به دادگاه را با دقت تعیین کند؛ تا هیچ کس نتواند به بهانه دستیابی به یک مصلحت اجتماعی، افراد را شکنجه کند یا آزادی‌های آنان را سلب نماید.

الزام به ادای شهادت می‌تواند به کشف حقیقت کمک کند؛ گاه قاضی از مجموع قراین و دلایل ارایه شده توسط اطراف دعوا راه به جایی نمی‌برد، اما می‌داند یا احتمال عقلایی می‌دهد که در صورت احضار شهود و ملاحظه اظهارات آنها حقیقت روشن خواهد شد؛ یا آن که قاضی از مجموع دلایل مطرح شده، ظن و گمانی پیدا نموده و می‌خواهد با استماع شهادت شاهد، آن را به علم و اطمینان تبدیل کند و سرانجام با استناد به علم - در مواردی که جایز است - دعوا را حل و فصل نماید.

در این باره، قوانین کشورها به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ برخی بسا آن که احضار و دعوت شاهد و مطلع را حق دست اندرکاران عدالت قضایی دانسته‌اند، در برابر عدم تمکین شهود و مطلعان، ضمانت اجرای کیفری



خاصی پیش‌بینی ننموده‌اند. پاره‌ای از کشورها در موارد خاصی حضور شاهد یا مطلع و ارایه اطلاعات به دادگاه را یک وظیفه اجتماعی دانسته و برای آن ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی کرده‌اند.<sup>۱</sup> از جمله برابر ماده ۴۳۴-۱۱ قانون جدید جزای فرانسه، هر شخصی که نسبت به بی‌گناهی کسی که به لحاظ اتهام جنایت یا جنحه‌ای تحت بازداشت موقت یا تحت تعقیب قرار گرفته، علم و آگاهی داشته باشد و بتواند دلایل و اظهاراتی دال بر بی‌گناهی وی ارایه دهد، ولی به صورت ارادی از حضور در مرجع قضایی یا اداری خودداری نماید، مرتکب جرم ترک شهادت به نفع شخص بی‌گناه شده است. مجازات این جرم تا سه سال حبس و تا سیصد هزار فرانک می‌باشد.<sup>۲</sup>

قوانین برخی از کشورهای اسلامی از جمله قانون اقدامات جنایی مصر،<sup>۳</sup> قانون جزای امارات متحده عربی، کویت، سوریه، مغرب و یمن نیز امتناع از ادای شهادت را در شرایط خاصی، جرم انگاشته است.<sup>۴</sup> مسأله الزام شهود به حضور در دادگاه و ادای شهادت از دیرباز در

۱. برای مطالعه بیشتر رک. دکتر انصاری، ولی الله، حقوق تحقیقات جنایی، ص ۲۹۸، دانشگاه ملی ایران [شهید بهشتی] تهران، ۱۳۵۷.

۲. به نقل از دکتر کوشا، جعفر، جرایم علیه عدالت قضایی، ص ۵۵، میزان، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۱. برابر اصلاحات اخیر قانون جزای فرانسه و جریان پول واحد اروپایی میزان جزای نقدی اکنون ۴۵۰۰۰ یورو می‌باشد.

(Code Pénal, Édition 2002, Litec, Paris).

۳. نجیب حسنی، محمود، قانون الإجراءات الجنائية، صص ۶۵۰ - ۶۴۹، دارالنهضة العربية، قاهره، چاپ دوم، ۱۹۸۸ م.

۴. رک. الزغبی، فرید، الموسوعة الجنائية، ج ۱۵، صص ۲۳۳-۲۳۲؛ دار صادر، بیروت، چاپ سوم، ۱۹۹۵ م؛ نیز: الأعظمی، سعد ابراهیم، موسوعة مصطلحات القانون الجنائي، ج ۲، ص ۲۲، دارالشؤون الثقافية العامة (آفاق عربیه)، بغداد، چاپ اول، ۲۰۰۲ م.

قوانین کشور ما نیز مطرح بوده است. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی آن در مبحث ششم با عنوان «در احضار شهود تحقیق و مطلعین و استنطاق آنان» در این باره به بحث پرداخته بود. برابر ماده ۱۳۹ قانون یاد شده، بازپرس می‌توانست اشخاصی را که در ضمن شکایت نامه یا اخبار و اعلام مقامات رسمی از آنها اسم برده شده، یا متهم آنان را معرفی نموده بود و نیز کسانی را که بازپرس شخصاً می‌دانست که از واقعه یا اوضاع و احوال آن مطلعند، طبق اصول و مقرراتی احضار نماید. برابر ماده ۱۵۱ همان قانون چنانچه شهود تحقیق و مطلعین در موعد تعیین شده حاضر نشوند، مستنطق می‌توانست با حکم مدعی العموم (دادستان) آنان را جلب نماید. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، بر پایه اصل ۳۸ قانون اساسی: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصول طبق قانون مجازات می‌شود».

به نظر می‌رسد مقصود قانونگذار از اجبار، معنای عامی است که اکراه را هم در بر می‌گیرد. اما آیا الزام به حضور در دادگاه هم نوعی اجبار و اکراه است؛ یا آن که مقصود قانونگذار، اجبار و اکراه افراد به ادای مطالب خاصی است؟ آیا در مواردی که ادای شهادت یک تکلیف شرعی و واجب است، می‌توان با شرایطی افراد را به ادای گواهی الزام نمود؟ ملاحظه مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی نشان می‌دهد که در این باره

اختلاف نظرهایی وجود داشته است.<sup>۵</sup> برخی اجبار شاهد به ادای شهادت را به عنوان اجبار به انجام یک تکلیف واجب، بلا مانع می دانسته اند؛ حال آن که دیگران «اجبار به ادای شهادت» را از «الزام به حضور در دادگاه» برای ادای گواهی جدا ساخته اند. در قوانین موضوعه کنونی نیز احضار گواهان با شرایط خاصی هم در دعاوی مدنی<sup>۶</sup> و هم در دعاوی کیفری پیش بینی شده است. در ماده ۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ آمده است:

«اگر رسیدگی براساس شکایت شاکی باشد و شهادی را معرفی نماید که دادگاه، علم به شاهد گرفتن او در هنگام وقوع جرم داشته باشد و یا احقاق حق متوقف به شهادت شهادی باشد که دادگاه علم به شاهد بودن وی دارد، و یا تحقیق به جهت ارتباط جرم با امنیت و نظم عمومی باشد، احضار شاهد جایز است.»

۵. به گفتگوی زیر که در جریان تصویب اصل ۳۸ صورت گرفته، توجه کنید: «سبحانی: آقای منتظری معنای این جمله چیست؟ اگر مقصود از جمله «اجبار شخص به شهادت» تحمل شهادت است، به طور مسلم تحمل شهادت واجب نیست و اگر مقصود ادای شهادت در محکمه است، به طور مسلم ادای شهادت در محکمه واجب است، همان طور که قرآن می فرماید: «ولا تکتبوا الشهادة» و نیز می فرماید «و لا یأب الشهداء اذا ما دعوا» و این آیات می رساند که ادای شهادت در محکمه واجب است و حاکم اسلامی می تواند شاهد را برای ادای شهادت الزام کند؛ زیرا شهادی است که می ترسد و ادای شهادت نمی کند، در این صورت بر حاکم لازم است با تأمین جان، او را بر ادای شهادت الزام کند. بهشتی: آقای سبحانی! اجبار به حضور در یک جا یک مسأله است و اجبار به ادای شهادت مسأله دیگری است. بنابراین هیچ کس را نمی شود اجبار کرد، بلکه فقط می شود به آن شخص گفت که در دادگاه حاضر شود و اگر شهادتی دارد، بگوید. سبحانی: اگر شاهد بوده، تحمل الشهاده، یعنی شهادت را متحمل بوده است حاکم نمی تواند او را مجبور کند؟ بهشتی: خیر! در فقه هم چنین چیزی نیست». (به نقل از: صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، ص ۷۷۹، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۶۴).

۶. ماده ۲۴۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹.

برابر ماده ۱۵۹ همان قانون با رعایت مفاد ماده ۸۶ هریک از شهود تحقیق و مطلعان باید در موعد مقرر حاضر شوند. در صورت حاضر نشدن برای بار دوم احضار می گردند، چنانچه بدون عذر موجه حضور نیابند به دستور دادگاه جلب خواهند شد.

قانونگذار در مبنای با قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۰ دامنه احضار شهود را از برخی جهات محدودتر نموده و از جهات دیگری توسعه داده است. ضمن این که نه تنها احضار که جلب شهود را تجسویز نموده است. برخی از حقوقدانان جلب شاهد را دارای مغایرت غیرقابل انکار با اصل ۳۸ قانون اساسی دانسته‌اند.<sup>۷</sup> در ادامه مقاله به بررسی مبانی فقهی احضار و جلب شهود و نیز سازگاری یا ناسازگاری آن با اصل سی و هشتم قانون اساسی خواهیم پرداخت.

### ۳- پیشینه فقهی بحث

فقیهان درباره حکم تحمل شهادت و ادای شهادت مباحث مفصلی مطرح کرده‌اند، اما درباره حکم الزام افراد به ادای گواهی کمتر سخن گفته‌اند. تا آن جا که نگارنده بررسی نمود، این مسأله که خود دارای فروع زیادی است به تفصیل در متون فقهی کهن ذکر نشده است. به ویژه در جرایم دارای جنبه حق الهی یا عمومی این مسأله که آیا قاضی می‌تواند افراد مطلع را ملزم به ادای مشاهدات خود نماید، به روشنی مورد بحث قرار نگرفته است. در کتاب القضاء مسأله احضار شهود، بیشتر در حال و هوای دعاوی مدنی یا دعاوی کاملاً شخصی و خصوصی مطرح شده است و

۷. رک. دکتر آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۴، ص ۱۹۴. اشراق، قم، چاپ اول، ۱۳۷۹.

جنبه‌های اجتماعی و عمومی بحث چندان مورد توجه قرار نگرفته است. نظامی که فقیهان در این باره با استناد به روایات طراحی نموده‌اند، نظام بی‌طرفی کامل قاضی است. برخی از فقیهان از جمله شیخ طوسی در کتاب «المبسوط»، قاضی ابن براج در کتاب «المهذب»، ابن ادریس در کتاب «السرائر» و نیز محقق حلی در «شرایع الاسلام» تصریح نموده‌اند که احضار کردن یا نکردن بینه، حق مدعی است، بنابراین قاضی نمی‌تواند به مدعی بگوید: بینه را احضار کن. شماری از فقیهان از جمله شیخ مفید این کار را جایز دانسته‌اند؛ اما مقصود آنان این است که قاضی تنها می‌تواند به احضار شهود اذن دهد و آن را اعلام نماید؛ نه این که مدعی را ملزم به احضار بینه نماید.<sup>۸</sup> صاحب جواهر چنین امر و الزامی از سوی قاضی را بی‌هیچ تردیدی ناروا دانسته است.<sup>۹</sup> علامه حلی پا را از این فراتر نهاده، گفته است: «قاضی به هنگام سؤال از بینه باید بگوید: اگر کسی شهادتی نزد وی است، چنانچه مایل است آن را ادا کند. قاضی نباید خطاب به بینه بگوید: شهادت دهید». صاحب جواهر الکلام در توجیه این فتوای علامه توضیح داده است که: «زیرا گفتن عبارت: «شهادت دهید» امر به شهادت است و ممکن است گواهانی که در دادگاه حضور یافته‌اند، شهادتی نداشته باشند؛ ضمن این که چنین خطابی ممکن است باعث شود آنها توهم کنند که ملزم به ادای شهادتند».<sup>۱۰</sup>

چنان که ملاحظه می‌شود حال و هوای بحث، بیشتر با دعاوی مدنی،

۸. رک. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۹۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم،

[بی تا].

۹. همان.

۱۰. همان، ص ۱۹۲.

آن هم از نوع کاملاً خصوصی و شخصی متناسب است. اما این که اگر نظم و امنیت عمومی و یا حتی یک مصلحت اجتماعی مهم ایجاب کند تا قاضی کسی را برای ادای توضیحات فرا بخواند، کمتر مورد بحث قرار گرفته است. همچنین در ذیل آیاتی از قرآن کریم که از لزوم ادای شهادت و حرمت کتمان آن سخن به میان آمده، بحث اصلی فقیهان بیشتر پیرامون وجوب یا عدم وجوب ادای شهادت به عنوان یک تکلیف شخصی است تا جواز و امکان الزام شهود و مطلعان به ادای شهادت با استناد به جنبه‌های عمومی مسأله و یا مصالح اجتماعی. هرچند - چنان که خواهد آمد - در کلمات مفسران و فقیهان گاه اشاره‌هایی به جنبه‌های عمومی بحث وجود دارد.

#### ۴- مقتضای «اصل» در مسأله

در مباحث فقهی رسم بر این است که پیش از ورود به بحث، مقتضای اصل و قاعده در آن مسأله را روشن می‌سازند تا در صورت فقدان دلیل خاص به مقتضای قاعده و اصل عمل شود.

درباره الزام افراد به ادای شهادت با قطع نظر از دلایل خاص، مسأله از سه نظر با مشکل رو به رو می‌شود: نخست این که اعتبار شهادت اصولاً به لحاظ این است که شهادت، گفته و نوشته اختیاری اشخاص و کاشف از حقیقت است، اما مطالبی که فرد به دلیل نوعی الزام آن را ادا می‌کند، نمی‌تواند بیانگر حقیقت باشد. همچنان که در بحث اقرار نیز فقیهان همواره تأکید کرده‌اند که اقرار مکره، معتبر نیست.

در این باره باید به یاد داشت که اولاً با آن که میان «اقرار» و

«شهادت» مشابهت‌هایی وجود دارد، نمی‌توان مسائل این دو را کاملاً با یکدیگر قیاس نمود؛ ثانیاً چنان که در مقدمه نیز اشاره شد مقصود از الزام به شهادت، الزام شاهد به بیان مطلب خاصی که قاضی به شاهد القاء می‌کند، نیست؛ بلکه الزام به بیان چیزی است که او خود دیده یا شنیده است. به سخنی دیگر، الزام، ناظر به اصل حضور در دادگاه و ادای شهادت است و نه نسبت به محتوا و مضمون شهادت. قاضی شاهد را به حضور در دادگاه و ادای شهادت الزام می‌کند؛ اما شاهد در بیان محتوای گواهی خویش، کاملاً آزاد است و از این جهت تحت هیچ‌گونه اکراه یا اجباری نیست. از این رو به نظر می‌رسد که اعتبار و ارزش چنین شهادتی از این نظر با مشکلی مواجه نیست. ضمن این که جواز الزام شاهد به حضور در دادگاه و ادای شهادت، حتماً به معنای معتبر بودن شهادتی که از این راه به دست آمده، نیست. ممکن است فقهی با استناد به دلایل خاص، الزام افراد به ادای شهادت را در شرایط خاصی جایز بداند؛ اما چنین شهادتی را به اندازه دیگر شهادت‌ها معتبر نشناسد؛ بلکه این گونه شهادت را در حد قرینه و اماره‌ای برای تکمیل دیگر ادله‌ای که در اختیار قاضی است، معتبر بداند.<sup>۱۱</sup>

جهت دیگری که ممکن است با استناد به آن، چنین الزامی ناروا شمرده شود این است که الزام شاهد، شهادت وی را در معرض تهمت قرار می‌دهد و در نتیجه آن را بی‌اعتبار می‌سازد.

توضیح آن که یکی از شرایط اعتبار شهادت، این است که شاهد در

۱۱. حقوقدانان نیز به مسأله ارزش و اعتبار ادله‌ای که از راه‌های غیرقانونی به دست آمده، توجه کرده‌اند. برای ملاحظه بحثی در این باره رک. دکتر آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، ج ۲، صص ۲۳۱ - ۲۲۸، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.

معرض تهمت نباشد. برای نمونه رابطه دشمنی برخاسته از مسایل دنیوی میان مشهود علیه و شاهد، شهادت وی را در معرض این اتهام قرار می‌دهد که او چه بسا به انگیزه دشمنی شهادت می‌دهد و در نتیجه، شهادت وی غیر واقعی و فاقد اعتبار است. البته درباره این که آیا اتهامی که شهادت شاهد را بی اعتبار می‌سازد، هرگونه تهمتی است یا تهمتی که از اسباب خاص، ناشی شده باشد، میان فقیهان اتفاق نظر وجود ندارد؛ هرچند اکثر فقیهان بر آنند که هرگونه تهمتی موجب بی اعتباری گواهی شاهد نمی‌شود؛<sup>۱۲</sup> بلکه تهمت ناشی از اسباب خاص، مانع پذیرش شهادت شهود می‌شود. از جمله عواملی که موجب بی اعتباری شهادت می‌شود، این است که شهادت موجب جلب نفع برای شاهد یا دفع ضرری از وی شود.<sup>۱۳</sup> پس این پرسش مطرح می‌شود که در موارد شهادت الزامی با توجه به این که اگر شاهد برای ادای شهادت در دادگاه حضور نیابد، نوعی ضمانت اجرای کیفری علیه وی اعمال می‌شود، آیا چنین شهادتی که انگیزه ادای آن، دفع نوعی ضرر است، می‌تواند معتبر باشد؟

پاسخی که به شبهه پیشین داده شد، در این جا نیز خواهد آمد؛ زیرا اولاً اکنون بحث در اعتبار یا بی اعتباری چنین شهادتی نیست، بلکه بحث در جواز یا عدم جواز الزام به شهادت است.

ثانیاً چنین اتهامی در روایات و کلمات فقیهان از مواردی که موجب بی اعتباری شهادت می‌شود، به شمار نیامده است. به ویژه آن که در این فرض نسبت به محتوا و مضمون شهادت، اتهام خاصی برای شاهد وجود

۱۲. رک. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۴۱، ص ۶۲.

۱۳. همان، ص ۶۴.



ندارد. درست است که شاهد از سر الزام، حاضر به ادای گواهی شده است؛ اما از نظر محتوا و مضمون شهادت، فرض بر این است که وی کاملاً آزاد و مختار است و محتوای شهادت به خودی خود مایه جلب نفع یا دفع ضرری از وی نیست؛ پس اتهام خاصی علیه او وجود ندارد. مواردی که در کلمات فقیهان به عنوان اتهام ذکر شده، معمولاً ناظر به جایی است که محتوا و مضمون شهادت، نفعی برای شاهد به همراه دارد یا ضرری را از وی دفع می‌کند.<sup>۱۴</sup> برای نمونه در جنایات خطایی که در صورت اثبات جنایت، عاقله ضامن خواهند بود، هرگاه برخی از عاقله به فسق شهود جنایت گواهی دهند، شهادت آنان مسموع نخواهد بود؛ زیرا آنان در معرض این اتهامند که با گواهی خویش قصد دارند ضرری را از خود دفع کنند.

جنبه دیگری که الزام به شهادت را با مشکل روبرو می‌سازد این است که الزام اشخاص به حضور در محکمه و ادای شهادت و حتی الزام به ادای شهادت بدون حضور در دادگاه نوعی اعمال ولایت و تصرف در آزادی تن افراد است. اصلی که فقیهان در این باره پذیرفته‌اند، اصل عدم ولایت کسی بر دیگری است. بنابراین اگر ادله استواری برای خروج از مقتضای اصل وجود نداشته باشد، باید بنا را بر عدم جواز الزام اشخاص به ادای شهادت بگذاریم. حتی اگر ادله‌ای بر جواز الزام شاهد به ادای گواهی دلالت کند، چنانچه شمول ادله جواز نسبت به موردی مشکوک باشد، به

۱۴. صاحب تحریرالمجله، ضمن مبهم دانستن کلمات فقهای شیعه و سنی درباره معنای «تهمت» این نظریه را تقویت نموده است که همه اخباری که فقها در این باره به آن استناد کرده‌اند، بیش از این دلالت نمی‌کند که فاسق در معرض تهمت است. اگر عدالت کسی محرز باشد، در معرض هیچ گونه اتهامی که مانع پذیرش شهادت وی باشد، نیست. (رک. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریرالمجله، ج ۴، ص ۱۲۴، فیروزآبادی و نجاح، قم و تهران، افست از چاپ مرتضویه نجف، ۱۳۶۱ ق.).

مقتضای اصل عدم جواز عمل خواهد شد.

### ۵- مروری بر بحث «شهادت» در قرآن مجید

بسیاری از مباحث فقهی و حتی بحثهای حدیثی که درباره ادای گواهی وجود دارد، در نهایت معطوف به نوع تفسیر و برداشت از چند آیه قرآن کریم در این باره است. پس شایسته است در آغاز مروری کوتاه بر جنبه‌های گوناگون مسأله شهادت در قرآن مجید داشته باشیم. به طور کلی آیاتی از قرآن مجید را که به شهادت به معنای قضایی آن پرداخته می‌توان به چند دسته تقسیم کرد:

الف- دسته اول: آیاتی است که بر اهمیت مسأله شهادت تأکید می‌کند. از نگاه قرآن مجید حتی شهادت دادن نسبت به امور عادی «شهادة الله» یعنی وظیفه‌ای الهی و مقدس است؛<sup>۱۵</sup> امر مقدسی که دارای منافع اجتماعی فراوانی مانند مراعات هرچه بیشتر قسط و عدالت و سدّ باب شک و تردید و نزاع نیز هست.<sup>۱۶</sup>

ب- دسته دوم: آیاتی است که مردم را به شهادت گرفتن در اموری مانند بیع و دین،<sup>۱۷</sup> تحویل اموال صغار به آنان پس از بلوغ و رشد،<sup>۱۸</sup> طلاق<sup>۱۹</sup> و وصیت<sup>۲۰</sup> فرمان می‌دهد. در برخی از این موارد از جمله در مورد طلاق، فقیهان شیعی، شاهد گرفتن را لازم دانسته‌اند.

۱۵. مانده (۵) / ۱۰۶.

۱۶. بقره (۲) / ۲۸۲.

۱۷. بقره (۲) / ۲۸۲.

۱۸. نساء (۴) / ۶.

۱۹. طلاق (۶۵) / ۲.

۲۰. مانده (۵) / ۱۰۶.

ج - دسته سوم: آیاتی است که به طور ضمنی شروط شاهد را بیان می‌کند. قرآن مجید در این باره، عمدتاً بر دو شرط عدالت و اسلام و در مواردی بر شرط ذکوریت و عدد شهود تأکید کرده<sup>۲۱</sup> و فسق را یکی از موانع قبول شهادت دانسته است.<sup>۲۲</sup>

د - دسته چهارم: آیاتی است که وظایف شاهد را بیان می‌کند. رهنمود مهم قرآن مجید این است که شهادت باید از روی علم و یقین ادا شود.<sup>۲۳</sup> از نگاه قرآن مجید مهم‌ترین وظیفه شاهد، حفظ امانت و رعایت دقت در ادای شهادت است، تا آن جا که تغییر و تحریف شهادت ظلم است.<sup>۲۴</sup> از همین رو یکی از ویژگی‌های بندگان خدا، پرهیز از شهادت زور و نادرست است.<sup>۲۵</sup> همچنین شاهد نباید با ادای شهادت نادرست به دیگری زیان برساند؛ چنین کاری موجب فسق و خروج از عدالت است.<sup>۲۶</sup>

البته مطلب اخیر بر این مبنا است که اصل فعل «یضار» را که در آیه ۲۸۲ سوره بقره آمده، به کسر عین الفعل و صیغه معلوم بدانیم؛ ولی هرگاه همچون برخی مفسران، آن را به فتح عین الفعل و صیغه مجهول بدانیم، معنای آیه این است که نباید به شاهد زبانی وارد آید. اگر چنین باشد، می‌توان آیه را جزء دسته مستقلی قرار داد؛ زیرا در این صورت مفاد آیه وظایف دیگران را درباره شاهد بیان می‌کند. به این معنا که شاهد به رغم وظایف حساسی که دارد، نباید در جریان تحمل و ادای شهادت، دچار

۲۱. طلاق (۶۵) / ۲، بقره (۲) / ۲۸۵ و نساء (۴) / ۱۵.

۲۲. نور (۲۴) / ۴.

۲۳. یوسف (۱۲) / ۸.

۲۴. مائده (۵) / ۱۰۷.

۲۵. فرقان (۲۵) / ۷۲.

۲۶. «و لا یضار کاتب و لا شهید و ان تفعلوا فانه فسق بکم» بقره (۲) / ۲۸۲.

ضرر و زیان شود.

ه- دسته پنجم: آیاتی است که به اقامه شهادت فرمان می‌دهد؛ قرآن می‌فرماید «و شهادت را برای خدا به پا دارید».<sup>۲۷</sup> در جایی دیگر یکی از ویژگی‌های نماز گزاران و مؤمنان راستین را اقدام به ادای شهادت می‌داند.<sup>۲۸</sup> قرآن مجید مؤمنان را هم به قیام به قسط و ادای شهادت برای خداوند<sup>۲۹</sup> و هم به قیام برای خداوند و گواهی دادن از روی عدل و داد فرمان می‌دهد.<sup>۳۰</sup> و- دسته ششم: آیاتی است که با تعبیرهای گوناگون از کتمان شهادت نهی می‌کند و آن را صریحاً از گناهان قلبی می‌شمارد. قرآن می‌فرماید: «شهادت را کتمان نکنید؛ و هر کس شهادت را کتمان کند، بی‌گمان قلب او گناهکار است».<sup>۳۱</sup> در جای دیگر نیز به گناه بودن کتمان شهادت تصریح نموده است.<sup>۳۲</sup> قرآن مجید آنان که شهادتی را که از سوی خداوند نزد آنان است کتمان نمایند از ستمکارترین افراد دانسته است.<sup>۳۳</sup>

ز- دسته هفتم: در این دسته تنها این آیه قرار می‌گیرد که از امتناع از تحمل شهادت نهی نموده، می‌فرماید: «گواهان هنگامی که [برای تحمل شهادت] فرا خوانده می‌شوند، نباید سر باز زنند».<sup>۳۴</sup>

البته این آیه بنابراین که مربوط به تحمل و پذیرش شهادت باشد،

۲۷. «و أقيموا الشهادة لله» طلاق (۶۵) / ۲.

۲۸. «والذين هم بشهاداتهم قانمون» معارج (۷۰) / ۳۳.

۲۹. «يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله» نساء (۴) / ۱۳۵.

۳۰. «يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط» مائده (۵) / ۸.

۳۱. «ولا تكتموا الشهادة و من يكتمها فانه آثم قلبه» بقره (۲) / ۲۸۳.

۳۲. «ولا نكنم شهادة الله إنا إذا لمن الآئمين» مائده (۵) / ۱۰۶.

۳۳. «و من أظلم ممن كتم شهادة عنده من الله» بقره (۲) / ۱۴۰.

۳۴. «ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا» بقره (۲) / ۲۸۲.

دسته خاصی را تشکیل می‌دهد؛ اما بنا بر تفسیر دیگری آیه ناظر به مسأله ادای شهادت است و در واقع جزء دسته پنجم قرار می‌گیرد. از میان آیات پیش گفته، آیات سه دسته اخیر ارتباط مستقیم و مؤثری با موضوع بحث ما دارد؛ زیرا جواز الزام افراد به ادای تکلیف واجب یا ترک حرام و حتی جعل مجازات تعزیری برای ترک واجب یا فعل حرام، نظریه‌ای معروف است؛ بنابراین اثبات وجوب ادای شهادت یا حرمت کتمان آن می‌تواند راه را برای جواز الزام به شهادت باز کند. از همین رو بحث را پیرامون این سه دسته از آیات و به طور خاص پیرامون حکم «تحمل شهادت»، «ادای شهادت» و «کتمان شهادت» متمرکز می‌نماییم.

#### ۶- بررسی حکم «تحمل شهادت»

مقصود از تحمل شهادت این است که کسی بر انجام واقعه‌ای حاضر شود تا در صورت لزوم، دیده‌ها یا شنیده‌های<sup>۳۵</sup> خود را به عنوان شهادت ارایه نماید. حضور در واقعه ممکن است به طور اتفاقی یا پس از درخواست یکی از طرفین دعوا صورت گرفته باشد. درخواست یکی از طرفین دعوا از شخص واجد شرایط برای دیدن یا شنیدن واقعه‌ای به منظور این که هنگام

۳۵. علت تأکید ما بر ذکر مشاهدات و مسموعات این است که برخی از فقیهان بر این باورند که اموری می‌تواند زیر عنوان شهادت قرار گیرد که شاهد آن را حس کرده باشد؛ بر مبنای نظر این دسته از فقیهان، ابراز چیزی که انسان به آن علم و یقین دارد اما از راه حس به آن دست نیافته باشد را نمی‌توان شهادت نامید؛ با این حال عده‌ای از جمله امام خمینی قدس سره بر آنند که ملاک و میزان در صحت گواهی دادن، علم و یقین است؛ خواه علم مستند به حس باشد یا غیر حس؛ بلی علم باید از اسباب و راههای متعارف پیدا شده باشد. (رک. [امام] موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۴۵ دارالعلم، قم، چاپ دوم، [بی تا]). البته باید گفت: این در جایی است که نوع خاصی از شهادت، موضوع حکم قرار نگرفته باشد. برای نمونه هرگاه در باب شهود زنا دیدن عمل شرط باشد، نمی‌توان اظهارات کسی را که به علم و یقین ناشی از راهی جز دیدن استناد می‌کند، معتبر دانست.

لزوم درباره آن گواهی دهد، اصطلاحاً «شهاد» نامیده می‌شود. در این باره دو پرسش مطرح می‌شود؛ نخست این که آیا پذیرش درخواست کسی از دیگری مبنی بر حضور در جریان واقعه‌ای و دیدن یا شنیدن آن، به منظور این که وی در صورت لزوم درباره آن گواهی دهد، به لحاظ شرعی واجب است؟ و ثانیاً هرگاه فرد دعوت شده چنین درخواستی را بپذیرد و متحمل شهادت شود، آیا این پذیرش، حقی را برای فرد دعوت کننده یا طرف دیگر دعوا یا قاضی پدید می‌آورد تا بتوان به هنگام لزوم، وی را به ادای شهادت ملزم نمود؟

از آنچه گذشت، رابطه میان تحمل شهادت و ادای شهادت روشن می‌شود؛ زیرا ممکن است گفته شود هرگاه تحمل شهادت واجب باشد، لازمه قهری آن وجوب ادای شهادت خواهد بود؛ از آن رو که قانونگذار حکیم هرگاه تحمل شهادت را واجب نماید، حتماً ادای آن را هم واجب خواهد دانست؛ زیرا تحمل شهادت ماهیتاً از اموری نیست که بتوان برای آن وجوب نفسی و ارزش مستقلی تصور نمود.

مقتضای اصل برائت، عدم وجوب شهادت است. پس حکم به وجوب تحمل، نیازمند به دلیل است. برخی از مفسران و فقیهان تحمل شهادت را اجمالاً واجب دانسته‌اند؛ مستند آنان همان آیه‌ای است که می‌فرماید: «گواهان نباید هنگامی که فراخوانده شدند از حضور خودداری کنند».<sup>۳۶</sup>

درباره معنای این آیه چهار نظریه ابراز شده است؛ برخی مانند قتاده، ربیع و ابن عباس آیه را ناظر به مسأله تحمل شهادت دانسته‌اند؛ بنابراین، معنای آیه این است که هرگاه کسی را برای تحمل شهادت فرا می‌خوانند

۳۶. «ولا یأب الشهداء اذا ما دعوا» بقره (۲) ۲۸۳.

نباید از حضور خودداری کند.<sup>۳۷</sup> کسانی که آیه را ناظر به بحث تحمل شهادت دانسته‌اند از این نظر که آیا نهی مذکور در آیه (لا یأب) بیانگر «حرمت» است یا «کراهت»، خود به دو دسته تقسیم شده‌اند. برخی دیگر از مفسران مانند مجاهد آیه را ناظر به ادای شهادت دانسته‌اند.<sup>۳۸</sup> گروهی از جمله حسن بصری و ابن عباس بر آنند که آیه، هم ناظر به لزوم تحمل شهادت است و هم بیانگر وجوب ادای آن.<sup>۳۹</sup> امین‌الاسلام طبرسی پس از نقل این رأی آن را منطبق با روایتی از امام صادق (ع) دانسته است. او از میان سه معنایی که در تفسیر آیه ذکر نموده، معنای اخیر را از آن رو که مفهوم گسترده‌تری می‌رساند، ترجیح داده است.<sup>۴۰</sup>

در میان فقیهان شیعی، صاحب «جواهر الکلام» با توجه به روایاتی که در تفسیر آیه وارد شده، آن را مربوط به تحمل شهادت دانسته، اما با استناد به قراین موجود در آیه و نیز ظاهر روایاتی که در تفسیر آن وارد شده، حمل نهی بر کراهت را قوی دانسته است.<sup>۴۱</sup> به نظر ابن ادریس، آیه ناظر به بحث تحمل شهادت نیست؛ استدلال او به کلمه «الشهداء» در آیه است.<sup>۴۲</sup> چنان که می‌دانیم استعمال لفظ مشتق در مورد کسی که در آینده متلبس به مبدأ لفظ مشتق خواهد شد، استعمال مجازی است. کسی که اکنون به دیدن یا شنیدن واقعه‌ای دعوت می‌شود تا پس از آن شهادت دهد، هنوز شاهد نیست؛ به چنین کسی تنها به طور مجازی می‌توان «شاهد»

۳۷. القرطبی، الجامع لأحكام القرآن، ج ۳، ص ۲۵۷، دارالکتب العلمیة، بیروت، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.

۳۸. همان.

۳۹. همان.

۴۰. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان، ج ۱ و ۲، ص ۸۴، دارالمعرفه، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

۴۱. رک. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۱۸۲.

۴۲. حلی، ابن ادریس، السرائر، ج ۲، صص ۱۲۶ - ۱۲۵، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.

گفت.<sup>۴۳</sup> استعمال لفظ شاهد در این معنای مجازی نیازمند به قرینه است، و چنین قرینه‌ای در آیه شریفه، موجود نیست. پیش از ابن ادریس، شیخ طوسی نیز در کتاب مبسوط با آن که آیه را هم ناظر به بیان وجوب تحمل شهادت و هم ادای آن دانسته، به همین دلیل، مفاد آیه را با ادای شهادت مناسب‌تر دانسته است.<sup>۴۴</sup>

نظریه چهارم به ابن عطیه نسبت داده شده است. او معتقد است که آیه چنان که حسن بصری گفته است هم ناظر به تحمل شهادت است و هم ناظر به ادای آن. اما درباره این که آیا تحمل شهادت و ادای آن واجب است یا نه، حکم صورت‌های مختلف، متفاوت است. او بر آن است که کمک کردن به برادران دینی مستحب است؛ بنابراین هرگاه شهود، فراوان باشند و انسان نسبت به از بین رفتن حق کسی ایمن باشد، پاسخ مثبت دادن برای تحمل و ادای شهادت، مستحب است و می‌توان با کمترین عذری از پذیرش آن خودداری کرد. در این فرض حتی اگر شخص دعوت شده، بدون عذر هم از تحمل و ادای شهادت خودداری کند، مرتکب گناهی نشده، هرچند شایسته پاداشی هم نیست. هرگاه ضرورتی در میان باشد و نسبت به از بین رفتن حق کسی، نگرانی کمی وجود داشته باشد، حکم استحباب، قویتر می‌شود و به وجوب نزدیک می‌شود. اما چنانچه بدانند در صورت خودداری از ادای شهادت حقی از بین می‌رود، واجب است نسبت

۴۳. در میان دانشمندان علم اصول نوعی اتفاق نظر وجود دارد که اطلاق لفظ مشتق به کسی که در آینده به مبنای مشتق متلبس می‌شود، مجاز است؛ مثلاً اگر به کسی که در آینده مدرس خواهد شد از هم اکنون «مدرس» بگوییم، نوعی مجاز است. (رک. خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، ص ۵۶ به بعد، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ پنجم، ۱۴۲۰ ق.)

۴۴. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۸، ص ۱۸۶، المكتبة المرتضویة، تهران، [بی تا].



به ادای شهادت اقدام نماید؛ به ویژه آن گاه که شخصی موضوع شهادت را متحمل شده، هرگاه وی را به ادای شهادت فرا بخوانند، تأکید بیشتری نسبت به ادای گواهی وجود دارد؛ زیرا شهادت در این صورت همچون قلاده‌ای به گردن و امانتی است که باید ادا شود.<sup>۴۵</sup>

با توجه به احتمالات گوناگونی که در معنای آیه شریفه وجود دارد حکم به وجوب تحمل شهادت صرفاً با استناد به آیه، دشوار است. درست است که ظهور اولیه صیغه نهی در حرمت است، اما در آیه‌ای که بخشی از آن اکنون موضوع بحث ما است، موارد دیگری از امر و نهی وجود دارد که حمل آنها بر وجوب و حرمت دشوار است و این نهی نیز در همان سیاق قرار گرفته است. گرچه روایات معتبری از پیشوایان معصوم در تفسیر آیه در اختیار ما است که نشان می‌دهد آیه ناظر به بحث تحمل شهادت است،<sup>۴۶</sup> اما از این روایات نمی‌توان به آسانی وجوب تحمل را استنباط نمود؛ به ویژه آن که در برخی از این روایات، لفظ «لاینبغی» ذکر شده<sup>۴۷</sup> که با استحباب تحمل شهادت یا کراهت ترک تحمل، سازگاری بیشتری دارد. از همین رو فقیه نامداری چون صاحب جواهر با آن که فتوا به وجوب تحمل شهادت را فتوایی مشهور دانسته و مخالف در مسأله را تنها ابن ادریس می‌داند، سرانجام خود به استحباب تحمل شهادت یا کراهت ترک تحمل، متمایل شده است.<sup>۴۸</sup> امام خمینی قدس سره نیز با وجود آیه

۴۵. القرطبی، پیشین، ج ۳، ص ۲۵۷.

۴۶. رک. عیاشی، محمدبن مسعود، التفسیر (تفسیر عیاشی)، ج ۱، ص ۱۵۵، روایات ۵۲۴ - ۵۲۲، المكتبة

العلمیة الاسلامیة، تهران، [بی تا].

۴۷. همان، روایات ۵۲۲ و ۵۲۴ نیز؛ عاملی، محمدبن حسن، وسایل الشیعه، ج ۱۸، ص ۲۲۵، باب ۱ از

کتاب الشهادت، حدیث ۷، ۵ و ۹، مکتبه الاسلامیة، تهران، چاپ ششم، ۱۳۶۷ ش.

۴۸. رک. نجفی، محمدحسن، پیشین، صص ۱۸۲ - ۱۸۰.

مزبور و روایات یاد شده، وجوب تحمل شهادت را مبنی بر احتیاط دانسته و از فتوا به وجوب خودداری نموده است.<sup>۴۹</sup>

با این حال آنچه گفته شد، حکم تحمل شهادت با قطع نظر از دیگر عناوین ثانوی است. می توان گفت دامنه تعهدات اجتماعی مردم در یک حکومت عادلانه و مشروع به واجبات و محرمات اولیه شرعی محدود نمی شود.

حکومت صالح می تواند با رعایت مصالح اجتماعی در شرایط خاصی افراد را به تحمل شهادت موظف نماید. بویژه این که در آموزه های دینی بر مسأله امر به معروف و نهی از منکر تأکید شده است و تحمل شهادت برای ادای آن در محکمه برای جلوگیری از اشتباه قاضی و تضييع حقوق افراد یا جامعه گاه نوعی نهی از منکر به معنای پیشگیری از وقوع آن است. در این باره به هنگام بحث از حکم الزام به ادای گواهی با توجه به عناوین ثانوی، بیشتر سخن خواهیم گفت.

#### ۶-۱- شرایط لازم برای وجوب تحمل شهادت

بنابر این که آیه مورد بحث، بیانگر وجوب تحمل شهادت باشد، وجوب آن، مطلق نیست؛ بلکه تنها در صورتی واجب است که کسی دیگری را به تحمل شهادت فرا بخواند. جمله «إذا ما دعوا» به روشنی بر شروط بودن وجوب، دلالت می کند. اما دعوت چه کسی سبب وجوب اجابت و تحمل شهادت خواهد بود؟ قرآن مجید با استعمال فعل مجهول، مطلب را به طور کلی و مبهم بیان کرده است. قدر مسلم از دعوت کننده

۴۹. رک. [امام] موسوی خمینی، سید روح الله، پیشین، ص ۴۴۸.

به تحمل شهادت کسی است که از ترک تحمل شهادت زیانی می بیند یا نفعی را از دست می دهد. چنین کسی می تواند یکی از طرفین دعوا و یا حتی هر دوی آنها باشد. می توان گفت: مجهول بودن صیغه فعلی که در جمله شرطیه به کار رفته، این تاب را دارد که بتوانیم آن را بر حالتی که دعوت کننده به تحمل شهادت، قوای عمومی حاکم و در واقع قانونی که در یک حکومت صالح به تصویب رسیده است نیز منطبق نماییم.

نکته دیگر این که آیا تحمل شهادت بر فرض وجوب، واجب عینی است یا کفایی؟ بیشتر کسانی که با استناد به آیه یاد شده، تحمل شهادت را واجب دانسته اند، آن را واجب کفایی می دانند. هر چند شماری از فقیهان از جمله فخرالمحققین، شیخ مفید، حلبی و ابن زهره وجوب تحمل شهادت را واجب عینی دانسته اند.<sup>۵۰</sup>

درست است که اصل در تکالیف وجوبی بر عینی بودن آنها است، اما طبع این مسأله به خوبی نشان می دهد که وجوب آن از نوع واجبات کفایی است. بسیاری از فقیهانی که تحمل شهادت را واجب دانسته اند، به این مطلب تصریح نموده اند.<sup>۵۱</sup> بنابراین اگر کسی که اهلیت تحمل شهادت را دارد فرا خوانده شود، هر گاه بداند در صورت استنکاف، فرد صالح دیگری برای تحمل وجود دارد، می تواند نپذیرد؛ بلی هر گاه هیچ کس برای تحمل شهادت وجود نداشته باشد، واجب کفایی به عینی تبدیل می شود.<sup>۵۲</sup> شرط دیگر وجوب تحمل شهادت آن است که این کار مستلزم

۵۰. به نقل از: طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۴۵۰، آل البیت، قم، ۱۴۰۴ ق.  
 ۵۱. از جمله رک. حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۱۲۷، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

۵۲. همان.

ورود ضرر و حرجی به متحمل نباشد. مقید بودن وجوب تحمل به این شرط، امری بدیهی است. زیرا بر پایه قاعده نفی حرج، احکام اولیه - به جز احکام مهمی که شارع مقدس حتی در فرض عسر و حرج هم به ترک آن راضی نیست - مقید به نفی حرج است.<sup>۵۳</sup> بسیاری از فقیهانی که وجوب تحمل را واجب دانسته‌اند به این شرط تصریح نموده‌اند. شیخ طوسی در کتاب «النهایه» دامنه این شرط را به اعتباری توسعه داده است. به نظر وی در صورتی که حضور شخص برای تحمل شهادت موجب ضرر به امری دینی یا حتی یکی از مسلمانان باشد، تحمل شهادت واجب نیست.<sup>۵۴</sup>

به نظر می‌رسد در این که ضرر و حرج، نافی وجوب تحمل شهادت است، تفاوتی نمی‌کند که ضرر و حرج در خود تحمل شهادت باشد یا در ادای آن، مشروط بر این که از اکنون یقین داشته باشد که در هنگام ادای شهادت به ضرر و یا حرج غیرقابل تحمل مبتلا خواهد شد.

#### ۶-۲- حکم الزام به تحمل شهادت

از آنچه گذشت، حکم الزام افراد به تحمل شهادت روشن می‌شود. بنابراین که دایره تعهدات اجتماعی افراد را به اوامر و نواهی اولی شرع محدود بدانیم، هرگاه تحمل شهادت به خودی خود واجب نباشد، نمی‌توان کسی را به تحمل شهادت ملزم نمود. حتی بنابر قول به وجوب تحمل

۵۳. رک. موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۲۳، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

۵۴. «لا يجوز ان يمتنع الانسان من الشهاده اذا دعي اليها ليشهد، اذا كان من أهلها، الا ان يكون حضوره مضرا بشئ من امر الدين او بأحد من المسلمين» (طوسی، محمد بن حسن، النهایه، ص ۳۲۸، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ اول، ۱۳۹۰ ق.).

شهادت با توجه به این که وجوب، مقید به این است که برای مکلف مستلزم عسر و حرج نباشد، الزام افراد به تحمل شهادت خالی از اشکال نیست؛ زیرا با قطع نظر از این که حرج رافع تکلیف را شخصی یا نوعی بدانیم، تشخیص مکلف درباره موارد ضرر و حرج برای وی معتبر و حجت است. بنابراین هرگاه مکلف، تحمل شهادتی را برای خود مستلزم عسر و حرج می‌داند، در عالم ثبوت و واقع، تکلیفی ندارد تا بتوان وی را به ادای آن ملزم نمود. بلی چنان که گذشت هرگاه تحمل شهادت در شرایط خاصی یک وظیفه اجتماعی تلقی شود، به حکم قانون می‌توان افراد را به تحمل شهادت موظف نمود.

#### ۷- بررسی حکم ادای شهادت

آیا اقامه شهادت برای شاهد واجب است یا به تعبیری دیگر کتمان شهادت و امتناع از ادای شهادت، حرام است؟ درست است که به لحاظ فقهی میان این که از مجموع ادله، وجوب ادای شهادت را استنباط کنیم یا حرمت کتمان شهادت، تفاوت‌هایی وجود دارد؛ اما با توجه به این که بحث اصلی ما درباره جواز الزام به ادای شهادت است، تفاوت چندانی میان این دو وجود ندارد؛ زیرا بنابر نظریه معروف فقهی، چنان که در صورت وجود مصلحت، می‌توان افراد را به ادای تکالیف واجب خویش وادار نمود، می‌توان آنان را از فعل حرام باز داشت؛ هرچند آن امر حرام از مقوله ترک فعل باشد؛ مانند ترک انفاق بر افراد واجب النفقه. از این رو آیات دسته پنجم و ششم به لحاظ نوع بحث ما در یک دسته قرار می‌گیرند. چنان که فقیهان اعم از شیعه و سنی نیز همین راه را رفته‌اند؛ آنان معمولاً برای اثبات

و جوب اقامه شهادت، به همه یا تعدادی از آیات هر دو دسته استناد جسته‌اند.

مجموع آیات بلکه بسیاری از آنها به تنهایی بر وجوب اقامه شهادت، دلالت روشنی دارد. در بسیاری از آنها نسبت به اقامه شهادت صیغه امر استعمال شده که بر وجوب دلالت می‌کند؛ چنان که آیه ۲۸۳ بقره، ضمن نهی از کتمان شهادت آن را صریحاً گناه قلب دانسته است. فقیهان اهل سنت در کتب فقه استدلالی افزون بر آیات یاد شده، به آیاتی که بر وجوب رد امانت دلالت می‌کند و نیز به روایاتی از پیامبر (ص) استناد نموده‌اند.<sup>۵۵</sup> چنان که فقیهان شیعی نیز افزون بر آیات به روایاتی از پیامبر (ص) و امامان معصوم علیهم السلام استناد جسته‌اند. در برخی از روایات شیعی نیز مسأله ادای شهادت به رد امانت تنظیر شده و برای اثبات وجوب آن به آیاتی که رد امانت را واجب می‌داند، استناد شده است.<sup>۵۶</sup> بلکه در روایات فریقین و کلمات فقها، کتمان شهادت یکی از گناهان کبیره به شمار آمده است.<sup>۵۷</sup> نظر به وضوح این مسأله و وجود نوعی اتفاق و اجماع نسبت به اصل حکم، طرح مباحث استدلالی پیرامون آن ضرورتی ندارد؛ اما

۵۵. برای نمونه رک. ابن قدامة حنبلی، المغنی، ج ۹، ص ۱۴۶؛ مکتبه المحمودیه العربیه، مصر، [بی تا]؛ بیهقی نیشابوری، احمد بن حسین (صاحب سنن)، احکام القرآن للشافعی، ج ۲، صص ۱۴۱-۱۴۰، دارالکتب العلمیه، بیروت، [بی تا]؛ السرخسی، شمس الدین، المسوط، ج ۱۶، ص ۱۷۷، دارالمعرفه، بیروت، [بی تا] و کاشانی حنفی، ابن مسعود، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۶، ص ۲۸۲، الجمالیه، مصر، ۱۳۲۸ ق.

۵۶. رک. عاملی، محمدبن حسن، پیشین، ص ۲۲۸، باب ۲ از ابواب الشهادت، روایت ۵.  
۵۷. رک. کلینی، محمد بن یعقوب، الاصول من الکافی، ج ۲، ص ۲۸۷، باب الکبائر، حدیث ۲۴، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۵ و نیز سیوطی، عبدالرحمن، الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه، ص ۱۵۴، مکتبه مصطفی البانی، مصر، ۱۳۷۸ ق. در این منبع گناهان کبیره را در ضمن آیاتی به نظم کشیده و شهادت زور و کتمان شهادت را دو گناه کبیره مستقل به شمار آورده است.

ویژگی‌ها و شرایط این حکم الزامی نیازمند به بررسی است که در ادامه به آن می‌پردازیم.

#### ۱-۷. ماهیت وجوب ادای شهادت و شرایط آن

آیا وجوب ادای شهادت، عینی است یا کفایی؟ آیا اگر کتمان شهادت حرام است، صرف کتمان به معنای ترک شهادت، حرام است، یا کتمان همراه با قصدی ناروا؛ مانند این که کتمان کننده شهادت بخواهد جرمی کشف نشود یا بی‌گناهی بزهکار شناخته شود؟ آیا وجوب اقامه شهادت، متوقف بر تحمل است، یعنی اقامه شهادت در فرض تحمل مطلقاً واجب است؟ یا حکم ادای شهادت در فرضی که این کار مستلزم عسر و حرج باشد، چیست؟ اینها پرسشهایی است که پاسخ به آنها ماهیت و شرایط تکلیف به ادای شهادت را روشن می‌سازد.

با آن که اصل در تکالیف بر عینی بودن آنها است، اما طبع ادای شهادت با واجب کفایی سازگار است. بسیاری از فقیهان به این مسأله تصریح نموده‌اند؛ بلکه ادعا شده است در این مسأله اختلاف نظری میان فقیهان وجود ندارد.<sup>۵۸</sup>

درباره وجوب اقامه شهادت در فرض عسر و حرج، نوعی اجماع و اتفاق نظر وجود دارد که وجوب ادای شهادت، مشروط به نفی عسر و حرج برای شاهد است. در این باره افزون بر ادله عامی که ضرر و حرج ناشی از امتثال تکالیف اولیه را نفی می‌کند، به این گفتار خداوند که می‌فرماید:

۵۸. نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۱۸۴.

«نباید به کاتب و شاهد زبانی وارد آید»<sup>۵۹</sup> نیز استدلال شده است. در این باره به دو نکته باید توجه کرد؛ نخست این که چنان که در بسیاری از متون فقهی تصریح شده، ضرر مانع از وجوب ادای شهادت، ضرر غیر مستحق است؛<sup>۶۰</sup> یعنی ضرری که شاهد، شایسته آن نیست؛ مانند این که ادای شهادت سبب شود تا مشهود علیه از سر انتقام، او را بکشد یا مجروح نماید یا اموالش را تلف کند؛ اما ضرری که او شایسته و لایق تحمل آن است، مانع از وجوب اقامه شهادت نمی‌شود. مثلاً اگر گواهی دادن شاهد به این که «الف»، «ب» را مجروح کرده، باعث شود تا «الف» حق خود را از شاهد مطالبه نماید، یا مهلت ادای دینی که زمان پرداخت آن رسیده را تمدید نکند، چنین ضرری مانع از وجوب ادای شهادت نیست؛ زیرا ضرر غیر مستحق نیست.

نکته دوم این که گرچه ادله نفی ضرر و حرج بر ادله احکام اولیه همچون وجوب ادای شهادت، حاکم است؛ اما این حکومت از باب تزاحم است؛ بنابراین در همه مواردی که واجب از امور مهم باشد، ضرر و سختی ناچیز نمی‌تواند رافع وجوب باشد.<sup>۶۱</sup>

در مورد حرمت کتمان شهادت به نظر می‌رسد کتمان به خودی خود و با قطع نظر از انگیزه و قصد شخص کتمان کننده، حرام است. بنابراین، حرمت به موردی که کسی قصد داشته باشد از طریق کتمان شهادت ضرر

۵۹. بقره (۲) / ۲۸۲. این برداشت از آیه مبتنی بر این است که فعل یضار را مجهول بدانیم.

۶۰. اما الأداء فلا خلاف فی وجوبه علی الکفایة، فإن قام غیره سقط عنه و ان امتنعوا لحقهم الدم و العقاب، ولو عدم الشهود الا إثبات تعین علیهما و لا يجوز لهما التخلف، الا ان تكون الشهادة مضرّة بهما ضرراً غیر مستحق. (حلی، جعفر بن حسن، پیشین، ص ۱۲۷).

۶۱. رک. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ج ۶، ص ۱۴۴، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.



ناروایی به دیگری وارد کند یا قاضی سرانجام نتواند حقیقت را کشف کند، اختصاص ندارد؛ زیرا ادله‌ای که کتمان شهادت را حرام نموده و از آن جمله، آیات قرآن مجید، قید خاصی را در حرمت کتمان، شرط ندانسته است. بنابراین هر جا که عنوان «کتمان شهادت» صدق کند، حکم که حرمت است با آن ملازم خواهد بود. هر چند اگر کتمان شهادت به انگیزه و قصد ناروایی صورت گیرد، حرمت آن تشدید می‌شود. چنان که قتل مؤمن حرام است، اما قتل مؤمن به دلیل ایمان او حرمت شدیدتری دارد. به سخنی دیگر برای تحقق کتمان شهادت از نوع حرام، به سوء نیت خاصی نیاز نیست؛ همین اندازه که کسی بدون عذر از انجام وظیفه خویش خودداری کند، مرتکب حرام شده است.

درباره مشروط بودن وجوب اقامه شهادت به تحمل شهادت، می‌توان گفت آیاتی از قرآن مجید که حکم ادای شهادت را بیان نموده، وجوب را به اشهد مقید ننموده است. بنابراین حتی کسی که به طور اتفاقی نسبت به ماجرای آگاه می‌شود، در صورت لزوم و با وجود شرایط لازم وظیفه دارد که گواهی بدهد؛ زیرا عنوان شاهد بر او صدق می‌کند.

با این حال در روایاتی چند از امامان معصوم علیهم‌السلام این قید آمده است. بر همین مبنا برخی از فقیهان شیعی، تنها در فرضی که شاهد را به گواهی گرفته باشند، ادای گواهی را واجب دانسته‌اند.<sup>۶۲</sup> در واقع، سه

۶۲. این نظریه در میان فقهای اهل سنت نیز مطرح است. برخی از آنان تصریح نموده‌اند که ادای شهادت تنها در فرضی واجب است که شاهد از روی قصد، موضوع شهادت را تحمل نموده باشد؛ زیرا در این فرض، نوعی التزام ضمنی به ادای شهادت وجود دارد. در جانب مقابل، برخی با تشبیه شهادت به لباسی که باد آن را در خانه انسان انداخته، رد و ادای آن را در هر حال واجب دانسته‌اند. (رک. شریینی، محمد خطیب، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۴، ص ۴۵۰، المكتبة الإسلامية، مصر، [بی‌تا]).

دسته روایت درباره حکم ادای شهادت وجود دارد؛ دسته اول روایاتی است که همچون آیات قرآن مجید، ادای شهادت را به طور مطلق واجب می‌داند. این روایات معمولاً در تفسیر آیه «ولاتکتبوا الشهادة و من یکتبها فإنه آثم قبله» وارد شده است.<sup>۶۳</sup> دسته دوم روایاتی است که وجوب ادای شهادت را مقید به فرض اشهاد نموده است؛ یعنی ادای شهادت آنگاه واجب است که شاهد را به گواهی گرفته باشند، اما اگر او به طور اتفاقی به واقعه‌ای علم پیدا کرده است، صرف این آگاهی ادای شهادت را بر وی واجب نمی‌سازد، بلکه در این فرض در ادای شهادت مختار است.<sup>۶۴</sup> در برخی از این روایات صریحاً آمده است که علت مخیر بودن شاهد آن است که کسی وی را به گواهی نگرفته است. این جمله که در مقام بیان علت حکم است، نشان می‌دهد که آگاهی شاهد به تنهایی تکلیفی بر او ایجاد نمی‌کند؛ بلکه وی زمانی مکلف به ادای شهادت است که به گواهی گرفته شده باشد. گویی اشهاد و پذیرش، نوعی التزام به ادای شهادت است. و روایات دسته سوم هم بیانگر آن است که هرگاه عدم اقامه شهادت باعث ظلمی نسبت به کسی شود، اقامه شهادت واجب است؛<sup>۶۵</sup> خواه شاهد را گواه گرفته باشند یا به طور اتفاقی نسبت به ماجرا آگاه شده باشد. برابر موازین پذیرفته شده در علم اصول، این روایات، معارض با آیات قرآن تلقی نمی‌شوند تا به دلیل مخالفت با قرآن، بی‌اعتبار شناخته شوند؛ زیرا نسبت میان هریک از این دو دسته روایت با عموم آیه قرآن مجید، نسبت عام و خاص است؛ و دو دلیل

۶۳. عاملی، محمدبن حسن، پیشین، ص ۲۲۷، باب ۲ از ابواب الشهادت.

۶۴. همان، ص ۲۳۱، باب ۵ از ابواب الشهادت.

۶۵. همان، روایات ۹، ۴ و ۱۰.

که یکی عام و دیگری خاص است، اصولاً متعارض ارزیابی نمی‌شوند. مقتضای جمع میان روایات این است که اگر کسی را به گواهی نگرفته باشند، در ادای شهادت یا اجتناب از آن مخیر است، مگر این که بدانند عدم اقامه شهادت توسط وی به ظلمی در حق کسی می‌انجامد. محدث عاملی صاحب کتاب «وسائل الشیعه» همین راه را پیموده و عنوان باب مربوط را بر پایه همین گونه جمع برگزیده است.<sup>۶۶</sup> بسیاری از فقیهان شیعی از جمله شیخ طوسی در نهاییه،<sup>۶۷</sup> نیز همین رأی را برگزیده‌اند.

گرچه در عمل، التزام به این ضابطه به لحاظ گستردگی مفهوم ظلم و مشکوک بودن پاره‌ای از مصادیق آن، خالی از دشواری نخواهد بود، اما این ابهام به قوت روایاتی که بیانگر این ضابطه است، آسیبی وارد نمی‌سازد؛ زیرا حکم موارد مشکوک را می‌توان با تکیه بر اصول و قواعد، روشن ساخت. هرچند این احتمال وجود دارد که مقصود از لازم آمدن ظلم، همان عدم احقاق حق باشد. بر این پایه، ظلم دارای معنای موسعی خواهد بود.

با این حال برخی از فقها از جمله شیخ صدوق، روایات تخییر را - که در میان آنها چند روایت صحیح و معتبر وجود دارد - ناظر به موردی دانسته‌اند که اگر وی شهادت ندهد، دیگری شهادت خواهد داد.<sup>۶۸</sup> بنابراین نظریه، حتی در فرضی که شاهد را به گواهی نگرفته باشند، ادای شهادت واجب کفایی است.

در تقویت این نظریه می‌توان گفت که هم آیاتی از قرآن مجید که

۶۶. همان.

۶۷. طوسی، محمدبن حسن، نهاییه، ص ۳۳۰.

۶۸. محمدبن علی بن حسین (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۶، ذیل روایت ۳۲۲۴، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق. نیز رک. محمد حسن، پیشین، صص ۱۰۲-۱۰۱.

بر لزوم اقامه شهادت دلالت می‌کند و هم روایاتی که در تفسیر آنها وارد شده و نیز روایاتی که ادای شهادت را به ادای امانت تشبیه می‌کند، همگی از بیان چنین قیدی ساکت است. ضمن این که می‌توان در شمول روایات تخییر نسبت به موردی که احقاق حق، متوقف بر شهادت باشد، تردید نمود و آنها را بر موردی حمل کرد که احقاق حق متوقف بر شهادت کسی که به طور اتفاقی نسبت به ماجرا آگاه شده، نیست؛ مانند این که شهود یا ادله دیگری وجود دارد که حق را اثبات می‌کند. چنین حملی البته باعث تخصیص کمتری در عمومات قرآنی نیز می‌شود. هرچند صرف نظر کردن از قوت دلالت و اعتبار روایاتی که میان فرض اشهاد و عدم اشهاد تفاوت می‌گذارد، دشوار است.

#### ۸- حکم الزام به ادای شهادت

از آنچه گفته شد، حکم الزام به ادای شهادت روشن می‌شود. اگر ادای شهادت واجب باشد، می‌توان شهود را از باب الزام به ادای تکلیف واجب، به ادای شهادت ملزم نمود؛ مشروط بر این که ادای شهادت، مستلزم ضرر و حرجی برای شاهد نباشد. با توجه به آنچه در مبحث تحمل شهادت گذشت الزام شاهد به ادای شهادت در فرضی که وی مدعی باشد ادای شهادت برای وی حرجی است، جایز نیست. لیکن تمسک به حرج مقید به همان قیدی است که در مبحث تحمل شهادت گذشت، به این معنا که ضرر و حرج باید به اندازه‌ای باشد که بتواند با تکلیف الزامی تراحم نماید و آن را از میان بردارد.

تا آن جا که ادای شهادت صبغه انجام یک تکلیف واجب را دارد،

شاهد نمی‌تواند از بابت اقامه شهادت درخواست اجرت و پاداشی نماید. بسیاری از فقیهان شیعی و سنی به این مسأله تصریح نموده‌اند. با این حال اگر ادای شهادت مستلزم هزینه‌های جانبی باشد که به اصل ادای شهادت مربوط نیست، گرفتن این هزینه‌ها مانعی ندارد و شاهد می‌تواند آنها را از مشهود له یا حاکم که وی را به ادای شهادت ملزم نموده، درخواست نماید. شهید ثانی در «مسالک الافهام» تصریح نموده است با آن که فقیهان در وجوب تحمل شهادت و ادای آن میان این که شاهد در شهر و سرزمین خویش باشد یا در شهر و مکانی دیگر، تفاوتی قائل نشده‌اند، اما در صورتی که تحمل یا ادای شهادت مستلزم صرف هزینه‌ای باشد، وجوب مشروط به این است که مشهود له هزینه آن را بپردازد.<sup>۶۹</sup> صاحب جواهر الکلام حتی طی راه طولانی را در صورتی که مستلزم عسر و مشقت باشد، با قطع نظر از هزینه آن، رافع وجوب تحمل شهادت یا ادای آن دانسته است.<sup>۷۰</sup> پیدا است که این فتوا با عمومات ادله نفی ضرر و حرج سازگارتر است. برخی از فقهای اهل سنت میان این که احضار کننده شاهد، مستحق باشد یا حاکم، تفاوت قائل شده‌اند و در فرض دوم، حضور را حتی اگر به پیمودن راه طولانی نیاز داشته باشد، لازم دانسته‌اند.<sup>۷۱</sup> برابر موازین فقهی، تفاوت گذاشتن میان این دو فرض، وجهی ندارد.

این مسأله در قوانین موضوعه بسیاری از کشورها نیز مطرح شده است. پیشتر ماده ۱۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ کشور ما حکم

۶۹. به نقل از: نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۱۸۸.

۷۰. همان.

۷۱. رک. شریینی، محمد خطیب، پیشین، ص ۴۵۱.

این مسأله را روشن کرده بود. در حال حاضر نیز ماده ۱۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری با جامعیت بیشتری حکم ضرر و زیان مشتری را بیان نموده است.

#### ۸-۱- الزام به ادای شهادت از باب حرمت اعانت بر اثم

در حالتی که کتمان شهادت به قضاوت نادرستی در قلمرو مسایل کیفری می‌انجامد، نمی‌توان مسؤولیت کیفری کتمانگر شهادت را از باب تسبیب اثبات نمود؛ اما نمی‌توان صرفاً با استناد به این که او فعل مثبت مادی انجام نداده، نقش وی را کاملاً نادیده انگاشت. فقیهان حتی مسؤولیت مدنی مستکف از ادای شهادت را مورد بحث قرار داده‌اند؛ هرچند کمتر کسی قائل به مسؤولیت مدنی شده است. علامه حلی در مواردی که ترک شهادت موجب خسارتی شود و مباشر هم ضعیف باشد، ضامن دانستن شاهد به دلیل استنکاف از ادای شهادت را محل اشکال دانسته است؛ مانند زمانی که دو شاهد بدانند مورث، مالی را به کسی فروخته است و وارثان هم ناآگاهانه همان مال را به دیگری بفروشد، و مشتری نتواند برای دریافت ثمنی که پرداخته است، رجوع کند.<sup>۷۲</sup> صاحب جواهر الکلام با آن که قبول به عدم ضمان شاهد را اقوی دانسته در توجیه ضمان گفته است: شاید وجه حکم به ضمان این است که ترک شهادت سبب تلف مال مشتری شده است و در فرضی که مباشر نسبت به اوضاع و احوال ناآگاه است، بتوان سبب را اقوی از مباشر دانست.<sup>۷۳</sup>

۷۲. نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۲۵۳.

۷۳. همان.

به هر رو آیا می‌توان با استناد به عنوان اعانت بر اثم، مسؤولیت کیفری مستتکف از ادای شهادت را اثبات نمود؟ به این معنا که با قطع نظر از ادله خاصی که ادای شهادت را واجب و کتمان آن را حرام می‌نماید، در مواردی که استتکاف از ادای شهادت به امری ناروا مانند بزه‌کار شناخته شدن فرد بی‌گناه، می‌انجامد، آیا می‌توان کتمان شهادت را مصداق اعانت بر اثم و حرام دانست؟ البته این بحث را در مورد تحمل شهادت نیز می‌توان مطرح نمود؛ به این معنا که اگر ادله خاصی برای اثبات وجوب تحمل شهادت نداشته باشیم، آیا دست کم در برخی موارد می‌توان ترک تحمل را از باب اعانت بر اثم حرام دانست و در نتیجه افراد را به تحمل شهادت ملزم نمود؟

به نظر می‌رسد اثبات حرمت ترک ادای شهادت یا ترک تحمل از باب حرمت اعانت بر اثم از جهات گوناگون با اشکال مواجه است. با قطع نظر از اشکالاتی که گاه در اصل حرمت اعانت بر اثم شده،<sup>۷۴</sup> اصلی‌ترین اشکال این است که مفهوم اعانت به مجرد ترک فعل، تحقق پیدا نمی‌کند، بلکه برای صدق آن به فعل مثبت مادی نیاز است. ملاحظه کلمات فقیهان درباره مفهوم «اعانت» نشان می‌دهد که آنان این مطلب را مسلم

۷۴. با آن که حرمت اعانت بر اثم، مسأله‌ای معروف و مقبول نزد فقیهان است؛ اما این حکم مخالفانی هم دارد؛ از جمله آیت الله سید ابوالقاسم خویی قدس سره با آن که مسبب کار حرام شدن و ایجاد انگیزه برای ارتکاب فعل حرام را حرام دانسته، اما نه تنها عدم حرمت اعانه را مطابق با اصل برائت دانسته، بلکه وجوهی را نیز بعنوان دلیل بر عدم حرمت اعانت بر اثم مطرح کرده است. (رک. مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۱، صص ۱۸۰، ۱۸۴-۱۸۳، انصاریان، قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق. تقریر: میرزا محمدعلی توحیدی تبریزی).

دانسته‌اند.<sup>۷۵</sup> از همین رو در مباحث مربوط به اعانت و تحلیل محتوای آن و نیز در مقام برشمردن مصادیق اعانت، نامی از ترک به میان نیامده است. بلکه شیخ انصاری، حقیقت اعانت را فعل دانسته، فرموده است: «حقیقت اعانت برای کاری عبارت است از انجام فعلی به قصد این که چیزی در عالم خارج تحقق یابد، خواه در عمل آن چیز تحقق یابد یا نه».<sup>۷۶</sup> در روایات مربوط به حرمت اعانت بر ظلم که مصداق و نمونه‌ای از موارد اعانت بر اثم است نیز موردی یافت نشد که امری از مقوله ترک فعل، مصداق اعانت بر ظلم شمرده شده باشد.<sup>۷۷</sup>

درست است که برخی از فقیهان در تعریف اعانت، صدق عرفی را ملاک دانسته‌اند، اما مطالعه در شیوه بحث آنها نشان می‌دهد که مقصود این نیست که در موارد ترک هم گاه ممکن است عنوان اعانت، صدق کند. ضابطه صدق عرفی در برابر نظریه‌ای قرار می‌گیرد که برای تحقق اعانت، مسایلی همچون قصد وقوع فعل اصلی که اعانت برای تحقق آن انجام می‌گیرد و نیز وقوع فعل در خارج را معتبر می‌داند. به این معنا که از نظر فقهی که ملاک تحقق اعانت را صدق عرفی می‌داند، ممکن است حتی در مواردی که معین با کمک خود، قصد وقوع فعل را ندارد یا آن که با کمک

۷۵. برای نمونه رک. موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، پیشین، صص ۳۰۸ - ۳۰۷. نیز: موسوی خویی، سید ابوالقاسم، پیشین، صص ۱۷۹ - ۱۷۶ و موسوی خمینی [امام]، سید روح الله، المكاسب المحرمه، ج ۱، صص ۱۳۲ - ۱۲۹، اسماعیلیان، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.

۷۶. فإن حقيقة الإعانة على شيء هو الفعل بقصد حصول الشيء سواء حصل أم لا. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المكاسب، ج ۱، ص ۱۳۳، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ ششم، ۱۴۲۳ ق.

۷۷. رک. عاملی، محمد بن حسن، پیشین، ج ۱۲، صص ۱۳۲ - ۱۲۸. ذکر این مطلب بیشتر جنبه تأییدی دارد؛ زیرا ممکن است میان حکم اعانت بر اثم (به طور کلی) و اعانت بر ظلم، یکسانی کامل وجود نداشته باشد.



کردن، قصد وقوع فعل حرام را دارد ولی فعل حرام به دلایلی در خارج تحقق پیدا نمی‌کند، عرفاً عنوان اعانت، صدق کند. با این حال برخی از نویسندگان محقق معاصر، صدق عنوان اعانت با ترک را - دست کم در برخی موارد - ممکن دانسته، نوشته‌اند:

«در اعانت بر اثم، صدق استناد لازم است و این که گفته شد ترک فعل از مصادیق اعانت محسوب نمی‌گردد، به خاطر فقدان استناد است و لذا باید اعتراف کرد که در بعضی موارد، ترک فعل، به علت وجود عنصر استناد از مصادیق اعانت است. بهترین نمونه این امر، موارد وجود تکلیف و وظیفه برای اشخاصی خاص است. مثلاً نگهبان و یا سرایدار منزلی با علم به وقوع سرقت، درب منزل را قفل نمی‌کند و یا وقتی آگاه می‌شود که سارق در حال دستبرد به منزل مورد حفظ و نگهبانی وی می‌باشد، علیرغم این که امکان جلوگیری برای وی وجود دارد، از روی سهل انگاری اقدام نمی‌کند، چنین فرضی به یقین از مصادیق اعانت است».<sup>۷۸</sup>

به نظر می‌رسد دیدگاه فقهی رایج معتقد است که هرگاه اقدام کسی از مقوله ترک فعل باشد، اساساً بر رفتار وی اعانت صدق نمی‌کند. شاید آنچه در مثال ذکر شده، روشنتر از حکم عرف و عقلا به قبح عمل نگهبان و سرایدار و عمل نکردن به وظیفه و تکلیف است تا صدق عنوان اعانت. روشن نیست که در این گونه موارد اگر عرف و عقلا به قبح ترک فعل

۷۸. دکتر محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش جزایی)، ص ۱۸۵، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.

حکم کنند، حتماً از باب صدق عنوان اعانت باشد.

به هر رو حتی اگر این دیدگاه را بپذیریم، در مورد ترک ادای شهادت که اکنون موضوع بحث ما است، مشکل است آن را از منصادیق اعانت بر اثم دانست.

با توجه به اشکالاتی که در اصل وجوب تحمل شهادت وجود دارد، اثبات حرمت ترک تحمل شهادت، از باب حرمت اعانت بر اثم؛ به مراتب دشوارتر است؛ بویژه اگر بخواهیم صدق عنوان اعانت را - همچون مثالی که ذکر شده - به وجوب تحمل شهادت مستند نماییم، زیرا در این صورت، تحقق عنوان اعانت، متوقف بر وجوب تحمل شهادت یا حرمت ترک آن است و حرمت ترک هم متوقف بر صدق اعانت بر اثم است. بنابراین اثبات حرمت ترک تحمل شهادت از باب اعانت بر اثم با اشکال دور مواجه می‌شود.

در این جا مناسب است مسأله را از زاویه دیگری نیز بنگریم. امام خمینی قدس سره با آن که مقدمه حرام را حرام نمی‌داند، در زمینه حرمت اعانت بر اثم بر این نکته تأکید می‌ورزد که در باب اعانت بر اثم آنچه حرام است، تنها عنوان اعانت بر اثم که در آیه شریفه ذکر شده نیست تا در صدد تحلیل ماهیت اعانت باشیم. متمرکز نمودن بحث پیرامون این که آیا برای صدق عنوان اعانت بر اثم اموری همچون واقع شدن گناه در خارج، قصد معین و کمک شونده نسبت به تحقق گناه در خارج، علم یا ظن معین به این که آن گناه در خارج واقع می‌شود و نیز آگاهی معین نسبت به این که یگانه راه تحقق گناه، مقدمه و عملی است که او دیگری را از آن راه یاری می‌کند، در صورتی مفید است که تمام موضوع حکم حرمت،

اعانت باشد. حال آن که با قطع نظر از آیه مربوط به نهی از «اعانت» بر اثم، یک حکم عقلی مبنی بر این که تهیه مقدمات گناه و جرم قبیح است، وجود دارد؛ پس آنچه عقلاً قبیح است، فراهم نمودن مقدمات جرم و گناه است؛ خواه عنوان اعانت بر اثم بر آنها صادق باشد یا نه.<sup>۷۹</sup>

اکنون با توجه به این مبنای فقهی آیا می توان گفت: خودداری از اقامه شهادت در فرضی که به امری قبیح مانند گناهکار شناخته شدن فرد بی گناه می انجامد، نوعی تهیه اسباب و مقدمات برای گناه است؟ به نظر می رسد حکم به حرمت شرعی کتمان شهادت از این راه، دشوار باشد؛ زیرا در مواردی که استتکاف از ادای شهادت سرانجام به امر قبیحی مانند گناهکار شناخته شدن فرد بی گناه می انجامد، نمی توان گفت این مستتکف است که مقدمات و اسباب گناه را فراهم نموده است. بویژه این که روشن است که مقصود از تهیه اسباب و مقدمات، هرگونه دخالتی نیست؛ و گرنه بسیاری از امور مباح، به نوعی تهیه کردن مقدمه حرام خواهد بود. بلی اگر فراهم کردن شرایط و زمینه را هم نوعی تهیه مقدمه بدانیم، در این صورت مواردی از کتمان شهادت که باعث تحقق امر قبیحی می شود را چه بسا بتوان از مصادیق تهیه اسباب و شرایط دانست.<sup>۸۰</sup>

۷۹. رک. [امام] موسوی خمینی، سید روح الله، پیشین، صص ۱۳۳، ۱۳۰ و ۱۴۰.  
 ۸۰. امام خمینی در جایی عبارت تحصیل شرایط را به کار برده، نوشته اند: «نعم لا يتجاوز الحكم من تحصیل الشرايط والاسباب إلى مطلق ما له دخل فی تحقق المعصية» (همان، ص ۱۴۰). اگر مقصود از «شرایط» چیزی باشد که در اصطلاح آن را از «اسباب» جدا می کنند، بعید نیست بتوان گفت از نظر ایشان ایجاد شرایط برای گناه و عمل قبیح، قبیح است.

## ۸-۲- الزام به ادای شهادت از باب وجوب ایجاد مانع در تحقق حرام

یکی از انواع دخالت در تحقق فعل حرام، ایجاد نکردن مانع برای تحقق یافتن فعل حرام است. آن گونه که از تقسیم‌بندی شیخ انصاری بر می‌آید ضعیف‌ترین نوع دخالت در تحقق فعل حرام، عدم ایجاد مانع بر سر راه آن است.<sup>۸۱</sup>

فقیهان درباره حکم ایجاد نکردن مانع در تحقق حرام، اتفاق نظر ندارند. برای نمونه اگر سکوت کسی درباره امر منکری باعث تحقق آن منکر در خارج شود، آیا ترک سکوت واجب است؟ شیخ انصاری (ره) معتقد است اگر فرد ساکت وظیفه فعلی داشته باشد، تردیدی در لزوم ترک سکوت نیست؛ مانند کسی که به دلیل این که ساکت است، منکری در حضور وی انجام می‌گیرد. چنین کسی نسبت به ترک سکوت، تکلیف فعلی دارد و باید با رعایت شرایط نهی از منکر به تکلیف خود عمل کند. اما در مواردی که تکلیف فعلی محرز وجود ندارد، ترک سکوت لازم نیست؛ مگر در مواردی که بدانیم آنچه در خارج اتفاق خواهد افتاد از اموری است که شارع اقدس همگان را به دفع و پیشگیری از وقوع آن فرمان داده است؛ مانند این که کسی خیال می‌کند خون دیگری مباح است و قصد کشتن او را دارد و دیگری که بیننده است، می‌داند که خون آن شخص محترم است؛ یا آن که به علت سکوت کسی، چنان ضرر مالی رخ دهد که می‌دانیم شارع ما را به پیشگیری از تحقق آن فرمان داده است. در این گونه موارد نه تنها ترک سکوت و اعلام، واجب است، بلکه پیشگیری

۸۱. رک. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ج ۱، ص ۷۶.

از وقوع امر حرام، واجب است.<sup>۸۲</sup>

حال می‌توان بحث را این‌گونه مطرح کرد که هرگاه کتمان شهادت باعث تحقق امر ناروایی شود، آیا می‌توان از باب لزوم ایجاد مانع برای تحقق حرام، استنکاف از ادای شهادت را ترک واجب و در نتیجه، حرام دانست؟ پیدا است که در مبحث ادای شهادت با توجه به ادله خاصی که بر وجوب ادای شهادت دلالت می‌کند، برای اثبات وجوب ادای شهادت یا حرمت سکوت و کتمان شهادت از پیمودن این راه طولانی بی‌نیازیم. اما نسبت به وجوب تحمل شهادت چنانچه ادله اثبات وجوب تحمل را کافی ندانیم، در برخی موارد می‌توان از این راه، وجوب تحمل را اثبات کرد؛ البته این در صورتی است که مبنایی را که شیخ انصاری (ره) پی‌ریزی نموده، قدری توسعه دهیم و بگوییم ملاک، برای لزوم ترک سکوت، انجام فعل حرام نیست؛ بلکه ملاک تحقق چیزی است که می‌دانیم مبعوض خداوند است و به وجود آن راضی نیست. زیرا در همه مواردی که ترک تحمل شهادت سرانجام به سلب حق کسی یا اثبات امری خلاف واقع می‌انجامد، لزوماً کسی گناهکار و مرتکب حرام شرعی به معنای اصطلاحی آن نیست. برای نمونه فرض کنیم که «الف» به «ب» حمله کرده است. «ب» در مقام دفاع با رعایت موازین دفاع مشروع، جراحی به «الف» وارد کرده است که به زودی به مرگ وی منجر خواهد شد. «الف» به طور داوطلبانه یا با درخواست «ب» حاضر می‌شود تا پیش از آن که بمیرد، اقرار کند که وی مهاجم بوده و «الف» در مقام دفاع مشروع و با رعایت موازین دفاع، او را مجروح کرده است. تنها راه برای ثبت و ضبط این اظهارات، گواهی

۸۲. همان.

گرفتن دو نفری است که در آن حوالی یافت می‌شوند؛ به گونه‌ای که اگر این دو از شنیدن اظهارات «ب» خودداری کنند، برابر دلایل موجود در پرونده، «الف» به اتهام قتل عمدی کشته خواهد شد. حال اگر این دو نفر پس از درخواست «الف» از آنها، از تحمل شهادت خودداری کنند، تا آن جا که به آنان مربوط می‌شود، صحبت از کار حرامی در میان نیست تا گفته شود آن دو وظیفه دارند از تحقق این امر حرام پیشگیری کنند؛ زیرا از زمانی که آنان وارد ماجرا می‌شوند، کار حرامی رخ نداده است؛ حتی اگر قاضی برابر موازین قضایی، به قصاص «الف» حکم نماید، در حکم خود معذور است و مرتکب عمل حرامی نشده است؛ هرچند تردیدی نداریم که شارع اقدس راضی نیست انسان بی‌گناهی کشته شود.

بنابراین اثبات حرمت ترک تحمل شهادت از این راه در صورتی امکان پذیر است که معتقد باشیم در مواردی که سکوت و عدم اقدام فرد سرانجام به تحقق چیزی که مبنی بر شارع است می‌انجامد، ترک سکوت واجب است؛ هرچند حرمت تکلیفی به معنای خاص آن وجود نداشته باشد. پیدا است که اثبات چنین وجوبی به طور کلی و با قطع نظر از دلایل خاص، در اوج دشواری است.

### ۸-۳- الزام به ادای شهادت از باب لزوم نهی از منکر

بحث گذشته زمینه را فراهم می‌سازد تا وجوب ادای شهادت را از باب لزوم نهی از منکر نیز مورد بررسی قرار دهیم. یکی از واجبات و بلکه فروع دین اسلام امر به معروف و نهی از منکر است. شاید پس از واجباتی چون نماز درباره کمتر فریضه‌ای چون امر به معروف و نهی از منکر تأکید

شده است.

پرسش محل بحث ما این است که هرگاه ترک ادای شهادت سرانجام باعث تحقق امر نادرست و منکری شود مانند این که بی گناهی، گناهکار شناخته شود یا خون مسلمانی به هدر رود، آیا می توان وجوب ادای شهادت را از باب نهی از منکر اثبات نمود، تا با استناد به این وجوب بتوان افراد را در شرایط خاصی به ادای شهادت ملزم نمود؟

نباید از ارتباط دادن این دو مبحث با یکدیگر تعجب کرد. هم در روایات و هم در کلمات فقیهان اشاره هایی به ارتباط میان ادای شهادت و نهی از منکر وجود دارد. برای نمونه در روایتی در تفسیر منسوب به امام حسن عسکری (ع) در ذیل آیه شریفه «ولایأب الشهداء إذا ما دعوا» چنین آمده است:

«کسی که شهادتی بر گردن دارد، نباید اگر برای ادای آن فراخوانده شود، خودداری کند، بلکه باید شهادت را بپا دارد و در اقامه شهادت جانب خیرخواهی را مراعات کند، از سرزنش سرزنش کنندگان نهراسد و امر به معروف و نهی از منکر نماید».<sup>۸۳</sup>

این روایت به گونه ای اشعار می نماید که اقامه شهادت گاه نوعی امر به معروف و نهی از منکر است.

صاحب جواهر الکلام به هنگام بحث درباره این که آیا شهادت داوطلبانه افراد را می توان پذیرفت یا آن که اقامه شهادت حتماً باید پس از درخواست ذی حق باشد؛ به نظریه ای اشاره می کند که گواهی دادن در

۸۳. عاملی، محمدبن حسن، پیشین، ج ۱۸، ص ۲۲۸، باب ۲ از ابواب الشهادت، روایت ۷.

حقوق الله را نوعی نهی از منکر می‌داند.<sup>۸۴</sup> همچنین شربینی از فقیهان بزرگ شافعی در شرح عبارت «المنهاج» که وجوب ادای شهادت را مشروط به درخواست اقامه شهادت نموده، آورده است که از عبارت مصنف فهمیده می‌شود که اگر برای اقامه شهادت درخواستی وجود نداشته باشد، ادای شهادت واجب نیست؛ ولی این درجایی است که شهادت مربوط به حقوق الله نباشد، وگرنه در مورد شهادت از باب حَسْبَهُ و حقوق الله چنان که اذرعی و دیگران گفته‌اند، ادای شهادت از باب نهی از منکر واجب فوری است.<sup>۸۵</sup>

به هر رو در پاسخ به سؤال مطرح شده، ناگزیر بایستی محتوای نهی از منکر را تا آن جا که به بحث ما مربوط می‌شود، تحلیل کنیم. درباره ماهیت نهی از منکر دو نظریه مطرح شده است: برخی معتقدند که ادله وجوب نهی از منکر هم بر وجوب رفع منکر و هم بر وجوب دفع آن دلالت می‌کند. مقصود از رفع، برداشتن چیزی است که تحقق یافته است، ولی دفع به معنای پیشگیری از تحقق یافتن چیزی است که هنوز به وجود نیامده است. اگر مفاد ادله نهی از منکر تنها رفع باشد، یعنی آنچه در صورت وجود شرایط، بر مکلف واجب می‌شود این است که او باید برای از بین بردن منکر موجود و تحقق یافته با رعایت سلسله مراتب اقدام کند. اما اقدام برای پیشگیری از منکری که در آینده تحقق می‌یابد، مشمول ادله نهی از منکر نیست. آیت الله خوئی از طرفداران این نظریه است. ایشان ضمن

۸۴. بل قيل: ولأن الشهادة بحقوق الله تعالى نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهما واجبان. (نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۱۰۷).

۸۵. شربینی، محمد خطیب، پیشین، ص ۴۵۱.



تفکیک میان دفع منکر و رفع آن معتقد است که نهی از منکر با همه اهمیتی که دارد، به خودی خود بر وجوب دفع منکر دلالت نمی‌کند؛ بلی اگر منکر از اموری باشد که شارع مقدس به عدم تحقق آن اهتمام جدی دارد، عقل و اتفاق آرای مسلمانان گواهی می‌دهد که دفع به معنای پیشگیری از وقوع آنها واجب است؛ مانند قتل نفس محترم، هتک اعراض و اموال محترم، از بین بردن اصل و اساس دین و ترویج بدعت.<sup>۸۶</sup>

در جانب مقابل، امام خمینی قدس سره با پذیرفتن این مبنا که وجوب نهی از منکر عقلی است، بر این باور است که تفاوتی میان دفع و رفع نیست؛ زیرا ملاک وجوب نهی، مبعوض بودن است؛ و عقل هم ممانعت از تحقق یافتن آنچه را که مبعوض مولی است، لازم می‌داند و هم پیشگیری از استمرار آن را. بنابراین اگر کسی آگاه شود که دیگری در صدد انجام منکری است و به مقدمات آن مشغول شود، از هم اکنون نهی کردن وی واجب می‌شود؛ زیرا آنچه نهی از آن واجب است، طبیعت و ماهیت منکر است و نه صرفاً منکری که در خارج تحقق یافته است.<sup>۸۷</sup>

با پذیرش این مبنا در مبحث نهی از منکر، زمینه برای حرام دانستن ترک شهادت، در مواردی که عدم اقامه شهادت به امر مبعوضی مانند گناهکار شناخته شدن فرد بی‌گناه می‌انجامد، فراهم می‌شود. به این معنا که هرگاه کسی بداند گواهی ندادن وی موجب ظلمی بر دیگری یا تحقق امر فاسد و مبعوضی می‌شود، از باب لزوم دفع و پیشگیری از تحقق این امر فاسد، ادای شهادت بر وی واجب می‌شود.

۸۶. رک. خویی، سید ابوالقاسم، پیشین، ص ۱۸۱.

۸۷. [امام] موسوی خمینی، سید روح الله، پیشین، صص ۱۳۷-۱۳۶.

البته این نظریه دربارهٔ این که پیشگیری تا چه میزانی واجب است، ضابطهٔ شفافی ارایه نمی‌دهد. برای نمونه اگر کشاورزی به طور اجمالی بداند که بخشی از تولیداتش مورد استفاده ستمگران و زورگویان قرار می‌گیرد و آنها نیرو و توان خود را از راه خوردن محصولات او به دست می‌آورند، آیا از باب نهی از منکر و پیشگیری از وقوع آن، وظیفه دارد از تولید محصول خودداری کند؟ چنان که طرفداران این نظریه خود اذعان نموده‌اند، مسلماً همهٔ مراتب پیشگیری از وقوع عمل حرام، واجب نیست. امام خمینی در این باره تصریح کرده است آنچه عقلاً از باب نهی از منکر واجب است، ممانعت از تحقق اموری است که نزد شارع مبغوض است؛ خواه فاعل به ارتکاب امر مبغوض مشغول شده باشد یا قصد اشتغال به آن را داشته باشد و امر مبغوض در معرض تحقق باشد. اما عقل به لزوم پیشگیری مطلق و وجوب ناتوان ساختن مرتکبان منکر به طور مطلق، حکم نمی‌کند.<sup>۸۸</sup> طبیعی است با توجه به عقلی بودن مسأله، هر کس ممکن است درجاتی از دفع و پیشگیری را از باب حکم عقل لازم بداند.

جا دارد این نکته را یادآور شویم که وجوب نهی از منکر نیز خواه عقلی باشد یا شرعی، مشروط به عدم لزوم ضرر و حرج است. بنابراین اگر وجوب ادای شهادت از باب لزوم نهی از منکر اثبات شود، در هر حال، وجوب، مشروط به عدم عسر و حرج و ضرر خواهد بود.

چنان که ملاحظه می‌شود واجب دانستن ادای شهادت از باب نهی از منکر تنها در صورت پذیرش مبانی خاص و نیز تحقق شرایط ویژه‌ای امکان‌پذیر است.

با قطع نظر از این مباحث فقهی، امروزه عقلای عالم به مسأله پیشگیری از وقوع جرم بسیار اهمیت می‌دهند. این اندیشه، مرزهای دانش جرم‌شناسی را در نوردیده و در حقوق جزا نمایان گشته است. به حکم این اندیشه نه تنها ادای شهادت برای کشف جرایم، با شرایط خاصی الزامی شده، که اعلام وقوع جرم به مقامات مسؤول، از تکالیف شهروندان به شمار آمده است. برای نمونه به موجب ماده ۱-۴۳۴ قانون جزای فرانسه: «هرکس نسبت به جنایتی که امکان پیشگیری یا محدود کردن آثار آن وجود دارد یا نسبت به کسانی که از قابلیت ارتکاب جنایات جدیدی برخوردار بوده و امکان جلوگیری از ارتکاب آنها نیز وجود دارد، آگاهی داشته و مقامات قضایی یا اداری را از این امور مطلع نسازد، به مجازات حبس تا سه سال و جریمه نقدی تا سیصد هزار فرانک محکوم خواهد شد».<sup>۸۹</sup>

همچنین قوانین جزایی بسیاری از کشورهای اسلامی از جمله لبنان، در شرایط خاصی عدم اعلام جرم به مقامات را جرم دانسته است.<sup>۹۰</sup>

#### ۸-۴- الزام به ادای شهادت از باب مصلحت اجتماعی

تاکنون سعی بر این بود تا مسأله را در چارچوب مفاهیمی که در فقه سنتی شناخته شده‌تر است، بررسی کنیم. با قطع نظر از این که ادای شهادت در بسیاری از موارد یک تکلیف شرعی است و الزام افراد به ادای این

۸۹. به نقل از: دکتر کوشا، جعفر، پیشین، صص ۲۰-۱۹، میزان جریمه نقدی برای این جرم پس از جریان پول واحد اروپایی، معادل ۴۵۰۰۰ یورو پیش‌بینی شده است.

(Code Pénal, 2002, Litec, Paris)

۹۰. رک. الزغبی، فرید، پیشین، ص ۱۳۷.

تکلیف امکان پذیر است، می توان این پرسش را مطرح کرد که آیا جایز است از باب رعایت مصلحت اجتماعی و اجرای عدالت در موارد خاصی، ادای شهادت را برای شهروندان الزامی نمود و برای متخلفان، مجازات پیش بینی کرد؟

به باور نگارنده پاسخ این پرسش، مثبت است؛ زیرا برخلاف آن چه گاه تصور می شود دامنه تعهدات اجتماعی افراد در جامعه ای که تحت اداره حکومتی صالح و مشروع است، به اوامر و نواهی شرعی که اغلب تکالیف شخصی است، محدود نمی شود؛ چنان که جعل مجازات های تعزیری نیز به مواردی که عملی شرعاً حرام باشد، محدود نیست. درست است که در کلمات برخی از فقیهان عبارت «التعزیر لکل عمل محرّم» آمده است، اما این به معنای منحصر بودن جعل مجازات به موارد حرام شرعی نیست؛ یک حکومت صالح وظیفه دارد تا نظم، عدالت و امنیت عمومی را در جامعه برقرار کند. چنین وظیفه سنگینی ایجاب می کند تا حاکمیت، ابزارها و اختیارات متناسب با این مسؤولیت های بزرگ را نیز در اختیار داشته باشد. به گفته یکی از نویسندگان امروزه در نظام های عرفی «حضور نزد مقامات قضایی و ادای شهادت یک وظیفه مهم اجتماعی تلقی می شود. چه، در بسیاری از موارد، کشف حقیقت و صدور حکم عادلانه بدون معاضدت کسانی که خود در صحنه جرم حضور داشته و چگونگی ارتکاب آن را ملاحظه کرده و یا مطالبی را شنیده اند، میسر نیست؛ به همین دلیل از شهود به «چشم و گوش» دستگاه عدالت کیفری تعبیر شده است».<sup>۹۱</sup>

درست است که هیچ دولت و حاکمیتی حق ندارد آزادی های افراد

۹۱. دکتر آشوری، محمد، پیشین، ص ۹۵.

را بدون جهت سلب کند؛ اما افراد ناگزیرند از بخشی از آزادی‌های خود صرف نظر کنند تا امنیت آنان تأمین شود و عدالت به اجرا درآید. لازمه محدود ساختن گستره صلاحیت حاکمیت به حوزه محرمات و واجبات شرعی، ناکارآمدی حکومت است؛ زیرا حکومتی با این میزان صلاحیت و اختیارات بویژه در جوامع مدرن و پیچیده امروزی، کارآیی لازم را برای اداره امور جامعه ندارد. چنان که می‌دانیم از دیرباز در فقه بخشی از احکام به عنوان احکام حکومتی یا احکام سلطانی شناخته می‌شود؛ این احکام، در واقع، مقرراتی است که حاکمیت مشروع و عادلانه وضع آنها را برای اداره امور جامعه لازم و ضروری می‌بیند. با تدوین قانون مجازات اسلامی در ایران، تضمین‌هایی که برای تخلف از این دسته مقررات و نظامات پیش‌بینی شد، مجازات‌های بازدارنده نام گرفت. شاید علت جعل چنین اصطلاحی این بود که تدوین کنندگان قانون مجازات اسلامی معتقد بودند دایره تعزیر، مربوط به موارد محرمات شرعی است؛ یعنی اموری که در متون دینی به حرمت آنها تصریح شده است. حال آن که می‌توان حتی تخلف از مقررات و نظامات حکومتی را که توسط یک حکومت مشروع پیش‌بینی شده، زیر عنوان تعزیرات جای داد؛ زیرا احکام حکومتی هم هرگاه به مصلحت جامعه باشد و توسط حکومتی مشروع و صالح پیش‌بینی شده باشد، لازم الاتباع است.

بنابراین اگر حاکمیت مشروع و صالح پس از انجام مطالعات و بررسی‌های لازم به این نتیجه برسد که در شرایط خاصی، اجرای عدالت قضایی و تأمین امنیت افراد و مبارزه مؤثر با پدیده بزهکاری بدون الزام اشخاص به ادای شهادت ممکن نیست و عدم الزام به ادای گواهی موجب

مفسده یا فوت مصالح اجتماعی مهمی می‌شود، می‌تواند ادای شهادت را الزامی کند و برای تخلف از آن، مجازات متناسب پیش‌بینی نماید. شهید اول در مقام شمارش تفاوت‌های میان حد و تعزیر تصریح نموده است که تعزیر برخلاف حد همواره تابع گناه و معصیت نیست، بلکه ملاک جواز تعزیر، مفسده است، هرچند گناه و معصیتی در میان نباشد.<sup>۹۲</sup>

چنان که پیشتر نیز اشاره شد، این مصلحت و ضرورت، بیشتر در امور کیفری و جرایم مهم مطرح می‌شود؛ زیرا جواز استنکاف از ادای شهادت در مواردی باعث عدم کشف جرایم، گستاخی بزهکاران و در نتیجه، عدم اجرای عدالت می‌شود. البته صلاحیت دخالت حاکمیت برای جعل این گونه مقررات، به امور کیفری منحصر نیست. در بسیاری از زمینه‌ها، حکومت ناگزیر است برای سامان دادن امور جامعه، دخالت کند. حتی در بسیاری از اموری که به حسب حکم اولی شرع، مباح است؛ گاه وضع پاره‌ای مقررات و محدودیت‌ها اجتناب‌ناپذیر است.

بلی با توجه به این که مقتضای اصل اولی، عدم ولایت و سلطه کسی بر دیگری است، تنها به میزانی که مصلحت و ضرورت اجتماعی ایجاب نماید می‌توان از مقتضای این اصل دست برداشت. عقل و حکمت و نیز تجربه طولانی بشریت در زمینه حکومت به ما می‌آموزد که محدود کردن دایره آزادی‌های افراد و افزودن به گستره قدرت حکومت، رویکرد درستی نیست. افزودن بر توانمندی حاکمیت با اعطای اختیارات به آن و کاستن از توانایی‌های افراد، سرانجام به استبداد و فساد دولت و حکومت می‌انجامد. از

۹۲. محمدبن جمال الدین مکی، القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۱۴۲، قاعدة ۲۰۴، مکتبه المفید، قم، افست از چاپ نجف، تحقیق: سید عبدالهادی حکیم.

همین رو عذرهای معقول و منطقی افراد در استنکاف از ادای شهادت را باید پذیرفت. هرگاه ادای شهادت یا تحمل شهادت برای افراد مستلزم ضرر و یا عسر و حرج غیرقابل تحمل باشد، الزام افراد به تحمل یا ادای شهادت نه شرعی است و نه معقول و منطقی؛ جز این که حکومت ابتدا با اقدامات مناسب خود، وضعیت دشوار و حرج آمیز را برای افراد برطرف نماید. با آن که فقیهان در مبحث شهادت کمتر به این جنبه‌های عمومی بحث پرداخته‌اند، اما در کلمات آنان گاه اشاره‌هایی به این مباحث وجود دارد. برای نمونه صاحب جواهر الکلام در مبحث تحمل شهادت می‌فرماید: «قول به وجوب تحمل شهادت افزون بر آن که مشهور و مناسب با قانون سیاست در نظام حکومت‌های دنیا است، موافق با روایات نیز هست».<sup>۹۳</sup> چنان که ملاحظه می‌شود این فقیه روشن بین، در مقام استدلال بر وجوب تحمل شهادت، به عقلایی بودن و تناسب آن با اصول سیاسی اداره جامعه اشاره می‌کند.

همچنین ابن عربی (۴۶۸-۵۴۳ ق.) از عالمان بزرگ مالکی در تفسیر آیه «ولایأب الشهداء اذا ما دعوا» می‌گوید: «این آیه بیانگر این نکته است که این شاهد است که باید نزد حاکم حضور یابد و این شیوه‌ای است که شرع بر آن بنا شده و در هر زمانی همین گونه عمل شده و همه امت‌ها نیز مسأله را همین گونه فهمیده‌اند».<sup>۹۴</sup> قرطبی (متوفای ۶۷۱) در تفسیر این آیه ضمن تکرار گفته ابن عربی می‌گوید: «از این آیه روشن می‌شود که برای

۹۳. والأول [وجوب تحمل الشهادة] مع شهرته و مناسبه لحکم سياسة نظام العالم مروی. (نجفی، محمد

حسن، پیشین، ص ۸۱).

۹۴. محمد بن عبدالله (ابن عربی)، احکام القرآن، ج ۱، ص ۲۵۶، دارالمعرفة و دارالجیل، بیروت، چاپ

اول، ۱۴۰۷ ق.

امام مسلمانان جایز است تا کسانی را به عنوان شاهد برای مردم نصب کند و از بیت‌المال حقوق آنان را پرداخت نماید تا آنان هیچ کاری جز تحمل شهادت برای حفظ حقوق مردم نداشته باشند؛ زیرا اگر چنین نباشد، حقوق مردم ضایع و باطل می‌شود. او سپس به ایراد اجرت گرفتن برای انجام عمل واجب هم پاسخ می‌دهد.<sup>۹۵</sup> البته تعیین گروهی خاص برای تحمل و ادای شهادت اگر به معنای عدم پذیرش گواهی دیگر شهود باشد، چه بسا حرام باشد؛ زیرا افزون بر آن که مستلزم ایراد نوعی تنقیص بر دیگر گواهان عادل است، گاه موجب حرج و مشقت مردم می‌شود. ضمن این که چنین اقدامی، رد شهادت کسانی است که موازین شرع، شهادت آنان را معتبر می‌داند.<sup>۹۶</sup>

#### ۹- الزام به ادای شهادت علیه خویشاوندان

گاه مصالح خاصی ایجاب می‌کند تا در الزام به ادای گواهی، محدودیت‌هایی وجود داشته باشد. مثلاً ماده ۱۱-۴۳۴ قانون فرانسه با آن که الزام افراد به ادای گواهی را پذیرفته، اما بند یکم این ماده در صورتی که مرتکبان جرم اعم از مباشران یا معاونان، والدین فرد مطلع در یک خط مستقیم یا همسران آنها و نیز برادران، خواهران یا همسران آنها باشند، ادای گواهی را لازم ندانسته است.

معمولاً ادای گواهی علیه کسی بویژه نزد مقامات ذی‌صلاح کدورت‌هایی را میان شاهد و مشهود علیه پدید می‌آورد. قانونگذار نخواست است به بهای تأمین یک مصلحت اجتماعی و مبارزه با بزهکاری، کیان

۹۵. محمدبن احمد انصاری، الجامع لأحكام القرآن، ج ۳، ص ۲۵۷.

۹۶. رک. نجفی، محمد حسن، پیشین، ج ۴۰، صص ۸۵ - ۸۴.



خانواده‌ها و روابط خانوادگی و خویشاوندی در معرض آسیب قرار گیرد. در اسلام با همه تأکیدی که بر اهمیت نهاد خانواده و مسأله قرابت و خویشاوندی شده، در ادای گواهی چنین محدودیتی وجود ندارد. قرآن مجید بر شهادت عادلانه و منطبق با حقیقت تأکید نموده، می‌فرماید:

«ای اهل ایمان! به عدل و قسط قیام کنید و برای خداوند گواهی دهید، هرچند بر ضرر خودتان یا پدر و مادر و خویشاوندان باشد. اگر آنان ثروتمند یا نیازمند باشند، خداوند به رعایت حقوق آنها سزاوارتر است. پس، از خواهش‌های نفسانی پیروی نکنید تا به عدالت رفتار کنید. و اگر در ادای شهادت زبان خود را بگردانید یا از حق روی گردانید خداوند به کارهای شما آگاه است.»<sup>۹۷</sup>

با آن که در آموزه‌های دینی بر رعایت حقوق فقیران و نیازمندان فراوان تأکید شده، به تصریح این آیه، بی‌نیازی و فقر کسی در دعوا نباید سبب شود تا شاهد به جانب وی تمایل پیدا کند. همچنین با همه تأکیدی که در آموزه‌های دینی نسبت به حفظ حرمت پدر و مادر صورت گرفته، در مقام ادای شهادت، باید به حق شهادت داد، هرچند این کار در ظاهر به ضرر آنان باشد. محقق اردبیلی آیه را بیانگر وجوب ادای شهادت علیه والدین دانسته است.<sup>۹۸</sup> ابن عربی در تفسیر این آیه مدعی شده است<sup>۹۹</sup> که همه امت اسلامی اتفاق نظر دارند که شهادت فرزند علیه پدر و مادر

۹۷. نساء (۴) / ۱۳۵.

۹۸. اردبیلی، مولی احمد، زبدة البیان فی أحكام القرآن، ص ۶۹۴، المكتبة المرتضوية، تهران، [بی تا]

تحقیق: محمد باقر بهبودی.

۹۹. محمد بن عبدالله (ابن عربی)، پیشین، ص ۵۰۷.

پذیرفته می‌شود، بلکه شهادت علیه پدر و مادر نوعی بر و احسان به آنها و از مصادیق این سخن خداوند است که می‌فرماید: «ای اهل ایمان خود و اهلتان را از آتش نگه دارید».<sup>۱۰۰</sup>

با این حال برخی از فقیهان شیعی با قطع نظر از مسأله الزام به شهادت، ادای گواهی علیه پدر را جایز ندانسته‌اند. صاحب جواهر عدم قبول شهادت فرزند علیه پدر را فتوایی مشهور دانسته، بلکه از برخی از فقیهان، اجماع بر عدم جواز نقل کرده است.<sup>۱۰۱</sup> مستند قول مشهور، روایتی است که ضعف سند آن را با عمل فقیهان به آن قابل جبران دانسته‌اند.<sup>۱۰۲</sup> افزون بر این اخبار به این سخن خداوند که می‌فرماید: «در دنیا با پدر و مادر به شیوه معروف و پسندیده رفتار کنید».<sup>۱۰۳</sup> نیز استدلال شده است؛ با این برداشت که ادای گواهی علیه پدر رفتار پسندیده‌ای با وی نیست. ضمن این که ادای شهادت بر علیه پدر از مصادیق عقوق والدین است که نه تنها جایز نیست، که به خودی خود مانع قبول شهادت می‌شود.

این دلایل برای اثبات عدم جواز گواهی دادن علیه پدر کافی نیست؛ در مورد اجماع از آن رو که هرگاه درباره حکم مسأله‌ای دلایلی از کتاب و سنت وجود داشته باشد، اجماع حتی اگر مسلم باشد، دلیل مستقلاً محسوب نمی‌شود. وانگهی وجود اجماع در این باره به شدت مورد تردید است. سید مرتضی عدم جواز شهادت علیه پدر را قول برخی اصحاب که

۱۰۰. «یا ایها الذین آمنوا قوا أنفسکم و أهلیکم ناراً» تحریم (۶۶) / ۶۱.

۱۰۱. نجفی، محمد حسن، پیشین، ج ۴۱، ص ۷۴.

۱۰۲. و فی خبر آخر: أنه لا تقبل شهادة الولد علی والده (محمد بن علی بن حسین (شیخ صدوق)، پیشین، ص ۴۲، روایت (۳۲۸۶).

۱۰۳. «و صاحبهما فی الدنیا معروفاً» لقمان (۳۱) / ۱۵.

مستند آن تنها یک روایت است، دانسته<sup>۱۰۴</sup> و شهید اول چنین اجماعی را انکار نموده است.<sup>۱۰۵</sup> شهادت علیه پدر نه تنها عقوق وی نیست؛ بلکه برخی چون صاحب ریاض به درستی مدعی شده‌اند چون فرض بر این است که شهادت، منطبق با واقع است، مصداق معروف و خیرخواهی در حق وی است؛<sup>۱۰۶</sup> زیرا تأیید کسی در کار اشتباه یا ناروا احسان به وی نیست، بلکه احسان بازداشتن وی از کار خطا یا ناروا است. روایتی که برای عدم جواز گواهی علیه پدر به آن استناد شده، دچار ضعف سند و تعارض با دیگر روایات است.<sup>۱۰۷</sup>

پس در مجموع، دلیل قابل قبولی وجود ندارد تا با استناد به آن بتوان از صراحت آیه یاد شده، که نه تنها بر جواز بلکه بر وجوب ادای شهادت علیه والدین دلالت می‌کند، دست برداشت. ضمن این که برخی از دلایلی که به آن استناد شده، در صورت صحت و دلالت، اختصاص به پدر ندارد؛ بلکه مادر را نیز شامل می‌شود؛ حال آن که فقیهان این گونه تفصیل نداده‌اند. جا دارد یادآور شویم که میان حرمت تکلیف شرعی و جرم انگاری در قلمرو حقوق ملازمه وجود ندارد. در مقام جرم انگاری ضرورتی ندارد که همه مجرمات شرعی، جرم و قابل مجازات باشد. پیش‌بینی مجازات برای برخی از مجرمات از اختیارات حاکمیت اسلامی و تابع مصلحت است و نه

۱۰۴. موسوی، علی بن حسین (سید مرتضی)، الانتصار، ص ۲۴۴، دارالاضواء، بیروت، ۱۴۰۵ ق.

۱۰۵. به نقل از: نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۷۵.

۱۰۶. رک. طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۴۳۴.

۱۰۷. کاظمی، فاضل جواد، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۴۸، المكتبة المرتضوية، تهران، [بی تا]. هرچند آن چه به عنوان روایات متعارض مطرح شده، نیز همچون روایتی که بر عدم جواز شهادت علیه پدر دلالت می‌کند، ضعیف و غیرقابل اعتماد است. (رک. نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل، ج ۱۷، ص ۴۲۸، شماره ۲ و ۴، آل بیت (ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق).

امری الزامی. بنابراین نه تنها پدر یا دیگر خویشاوندان نزدیک بلکه موارد دیگری را هم که مصلحت اجتماعی ایجاب نماید می‌توان از شمول جرم انگاری خارج نمود. چنان که بند دوم ماده ۱۱-۴۳۴ قانون جزای فرانسه، صاحبان حرفه‌ها و مشاغل را که به تناسب وظایف کاری خود، محرم اسرار قرار می‌گیرند و نسبت به وقوع برخی از جرایم ارتكابی آگاهی می‌یابند، مکلف به اعلام آن به مقامات ذی‌ربط ننموده است. بلکه آنان را به حفظ اسرار و رازهای مراجعه کنندگان موظف ساخته است.<sup>۱۰۸</sup>

از جمله قلمروهایی که به آسانی می‌توان از الزام افراد به ادای گواهی چشم‌پوشی نمود، آن دسته از جرایم جنسی است که شرع مقدس به جای کشف و اثبات، بر پرده پوشی آنها اصرار می‌ورزد؛ تا آن جا که در برخی موارد، حتی تحقیق و تفحص درباره آنها جایز نیست، تا چه رسد به الزام افراد به ادای گواهی درباره آنها.

#### ۱۰- نتیجه بحث

از آنچه گفته شد نتیجه‌گیری می‌شود که بر پایه موازین فقهی، اقامه شهادت با شرایط خاصی واجب است. در این گونه موارد منعی برای الزام افراد به ادای شهادت وجود ندارد. حتی در مورد تحمل شهادت نیز در صورتی که آن را واجب بدانیم - چنان که برخی از فقیهان شیعی و سنی قائل شده‌اند - الزام به تحمل شهادت بلامانع است؛ زیرا الزام افراد به ادای تکالیف واجب خویش، منعی ندارد. نتیجه طبیعی این که کتمان شهادت، به اجماع امت از گناهان کبیره است و می‌توان افراد را به انجام واجبات و

۱۰۸. رک. دکتر کوشا، جعفر، پیشین، ص ۵۶.

ترک محرمات الزام نمود، این است که الزام افراد به ادای گواهی در موارد لزوم، مشروع است.

حتی با قطع نظر از تکلیف شخصی افراد نسبت به وجوب تحمل و ادای شهادت نیز در صورتی که مصلحت ایجاب کند می‌توان با شرایط خاصی، تحمل و ادای شهادت را الزامی نمود؛ مشروط به این که الزام، همراه با ضرر و حرجی برای افراد نباشد.

همچنین پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری متناسب و عادلانه برای کسانی که از انجام این وظیفه اجتماعی خودداری می‌کنند، بلامانع است؛ بویژه در مواردی که احراز شود مستنکف از ادای شهادت قصد دارد با این کار عدالت اجرا نشود؛ مانند این که خونی به هدر رود یا بی‌گناهی، بزهکار شناخته شود.

با این حال نظر به این که الزام افراد به ادای گواهی یا ارایه اطلاعات خود به دادگاه نوعی تصرف در آزادی‌های افراد است، در این باره باید به کمترین حدی که ضرورت را مرتفع می‌نماید، بسنده کرد و همه تضمین‌های لازم و کافی را برای جلوگیری از تضییع حقوق گواهان پیش‌بینی نمود. بنابراین قضات و دیگر دست‌اندرکاران عدالت قضایی نمی‌توانند کسی را که مدعی است اطلاعی در مورد وقوع جرم ندارد و دلیلی هم بر خلاف گفته‌های او در دست نیست، به ادای شهادت ملزم نمایند یا وی را به گفتن مطالب خاصی وادار نمایند. چنین الزامی نامشروع و تعرض به حقوق اساسی انسانها و قابل مجازات است. اظهارات به دست آمده از این طریق همچون اقرار ناشی از شکنجه، فاقد ارزش و اعتبار است و نمی‌توان به استناد آن، دعوا را حل و فصل نمود. اصل ۳۸ قانون اساسی

مقرر نموده است:

«هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصول طبق قانون مجازات می‌شود».

اصل یاد شده تا آن جا که به اجبار به شهادت دادن بر می‌گردد، در واقع متضمن بیان سه حکم است: الف - ممنوعیت اجبار به شهادت، ب - قابل مجازات بودن کسی که دیگری را به ادای شهادت مجبور نموده است و ج - بی‌اعتباری شهادت ناشی از اجبار.

مفاد این اصل را می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که با مباحث فقهی پیشین یعنی جواز الزام افراد به حضور در دادگاه برای ادای گواهی و پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری برای مستنکفان سازگار باشد. به این معنا که گفته شود: مقصود از منع اجبار به شهادت، الزام افراد به ادای مطلب خاصی است که شباهت زیادی به اقرار ناشی از شکنجه دارد؛ اما الزام افراد به حضور در دادگاه و اظهار آزادانه آنچه دیده یا شنیده‌اند، ممنوع نیست. بنابر این تفسیر، ماده ۱۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری مغایر با قانون اساسی نیست.

#### ۱۱- پیشنهادها

قوانین جزایی ایران در زمینه الزام افراد به ادای شهادت، راه احتیاط‌آمیز و در عین حال ناقصی را در پیش گرفته است. در حال حاضر

برابر ماده ۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری در مواردی که رسیدگی براساس شکایت شاکی باشد، دادگاه تنها در صورتی حق احضار شاهد را دارد که یقیناً بداند در هنگام وقوع جرم وی را به گواهی گرفته‌اند. قانونگذار در این باره، نظریه حداقلی را برگزیده؛ هرچند می‌توانست از نظریه‌ای پیروی کند که وجوب ادای شهادت و در نتیجه جواز الزام به ادای شهادت را متوقف بر اشهاد نمی‌داند؛ تا در موارد مهم بتواند از اطلاعات کسانی که به طور اتفاقی و بدون اشهاد، آگاهی‌هایی درباره وقوع جرم دارند، استفاده کند.

از سوی دیگر برابر این ماده هرگاه احقاق حق متوقف بر شهادت شاهدی باشد که دادگاه علم به شاهد بودن وی دارد، احضار شاهد جایز است. «احقاق حق» که مجوز احضار شهود شمرده شده، دارای چنان مفهوم عامی است که به خودی خود می‌تواند حتی دعاوی مدنی را هم در بر بگیرد؛ جز این که بگوییم قرار گرفتن این عبارت در ماده و مجموعه‌ای ناظر به مسایل کیفری و پیش‌بینی مقررات جداگانه برای احضار شهود در قانون آیین دادرسی مدنی، قرینه‌ای است بر این که مقصود قانونگذار، موارد مدنی نیست. اما حتی اگر دعاوی مدنی را مشمول مفاد این ماده ندانیم، گسترده نمودن دامنه احضار شهود تا این اندازه، رویکرد مناسبی نیست. جا داشت قانونگذار از به کار بردن این عبارت که حتی کم‌اهمیت‌ترین موارد را هم شامل می‌شود، خودداری می‌کرد. درست است که این عبارت و نظایر آن در متون فقهی ذکر شده است، اما مقام قانونگذاری، مقام شفافیت هرچه بیشتر است و با مترتب نمودن حکم بر عناوینی مانند دفع ظلم و احقاق حق چندان سازگاری ندارد. خوب بود قانونگذار با لحاظ مصالح اجتماعی مواردی را که عدم گواهی یا عدم ارایه اطلاعات به دادگاه توسط

شهود و مطلعین، به ظلم یا فساد قابل توجهی منجر می‌شود، به روشنی تعیین می‌نمود تا ضمن پیشگیری از سرگردانی قضات، موارد جواز احضار شهود قانونمند شود. متأسفانه قانونگذاران پس از انقلاب گاه به جای استفاده بهینه از آموزه‌های پربرار اسلامی آنها را با همان کلیت و شمول و عدم مراعات مصالح اجتماعی به متون قانونی تبدیل می‌کنند که باعث پیدایش مشکلاتی می‌شود. ضرورتی ندارد تا افراد را به لحاظ حقوقی به همه تکالیفی که شرعاً بر عهده دارند، ملزم نماییم. بنابراین ممکن است افراد به لحاظ تکلیف شرعی وظیفه داشته باشند هرگاه احقاق حق متوقف بر ادای گواهی باشد، شهادت دهند، اما قانونگذار الزام به ادای گواهی را تنها در موارد خاصی تکلیف قانونی افراد بداند.

نکته دیگر، پیش‌بینی نکردن ضمانت اجرای مناسب برای مستنکفان از ادای شهادت است. برابر ماده ۱۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری، حداکثر ضمانت اجرایی این است که چنانچه شهود و مطلعین پس از احضار برای بار دوم بدون عذر موجه، حضور نیابند، به دستور دادگاه جلب خواهند شد. حال آنکه قانونگذار می‌توانست در موارد با اهمیت، ضمانت اجراهای کیفری متناسبی را در نظر بگیرد.

و سرانجام نکته مهم این که قانونگذار برخلاف مقررات برخی از کشورها وضع مقرراتی که تضمین‌کننده حقوق گواهان است و از جمله ضمانت‌های مناسب برای ناقضان حقوق گواهان را یکسره به فراموشی سپرده است! برای نمونه اگر قاضی پس از احضار و یا جلب شاهد، او را در جلسات متعدد دعوت کند و بی آن که دلیل خاصی ارائه نماید، از پرسیدن از وی خودداری کند، آیا شاهد همچنان باید در جلساتی که قاضی



درخواست می کند، حضور یابد؟ آیا شاهد حق گرفتن وکیل دارد و در صورت نداشتن وکیل از حق سکوت برخوردار است؟ قانونگذار می تواند حق سکوت شاهد را در فرضی که او حاضر باشد اطلاعاتش را تنها در صورت مشورت با وکیلش و حضور وی به دادگاه ارایه دهد، به رسمیت بشناسد؛ زیرا گاه ممکن است از اظهارات شاهد علیه خود او استفاده شود. جا داشت قانونگذار به جای سکوت درباره چنین مسایل مهمی، با رعایت جانب احتیاط در حقوق مردم، تمهیداتی می اندیشید تا ضمن امکان بهره برداری از اطلاعات شهود و مطلعین، حقوق گواهان در معرض آسیب و تعرض قرار نگیرد.

والحمد لله اولاً و آخراً



# حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران

دکتر محمدحسین زارعی\*

- مقدمه

- تاریخچه و مفهوم حکمرانی خوب

- ملاک‌ها و شاخصه‌های نظام دموکراتیک

- قانون اساسی و سازماندهی رسمی قدرت سیاسی

- حاکمیت و حکومت

- حاکمیت و حکومت در ایران

- نتیجه‌گیری

---

\*. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

## چکیده

حکمرانی خوب مفهومی است مشتمل بر معیارها و استانداردها، رویه‌ها و اصول حکومتداری که دولتها از طریق آن امور عمومی را به انجام می‌رسانند، منابع عمومی را اداره می‌کنند و حقوق بشر را تضمین می‌نمایند. از ارکان مهم حکمرانی خوب می‌توان شفافیت، مسؤولیت، پاسخگویی، مشارکت، حاکمیت قانون و انعطاف‌پذیری دولت را نام برد. حکمرانی خوب نسبت نزدیکی با مردم‌سالاری و فرآیندهای دموکراتیک دارد و به سخن بهتر، مجموعه‌ای از معیارها و شاخصه‌های کاربردی نظام‌های سیاسی دموکراتیک در ابعاد فرآیندی، ساختاری و ماهوی است. از سوی دیگر، تحقق این مفهوم و حاکمیت دموکراتیک مستلزم حکومت (نهادهای و ساختارهای) دموکراتیک و جمهوری است.

اصل تفکیک و تعامل قوا به عنوان یک اصل سازمانی در خدمت حقوق بشر و آزادیها بوده و با توزیع و سرشکن نمودن اقتدار سیاسی، نظام پاسخگویی و نظارت متقابلی را ایجاد می‌نماید که حاصل آن حکومت پاسخگو، شفاف و قانونمند است. بدین لحاظ حکمرانی خوب پیوند وثیقی با نوع ساختار حکومت دارد و ساختارهای دموکراتیک از شرایط پیشینی حکمرانی خوب است.

در تحلیل نظام سیاسی ایران، حاکمیت دارای دو منشأ جمهوری و اسلامیت است. ارزشهای جمهوری منجر به تأمین نهادها و مقامات منتخب و دموکراتیک شده و اسلامیت منشأ پیدایش نهادهای عالی نظارتی، کنترلی و فراقوه‌ای گردیده‌اند. به همین دلیل، منشأ حاکمیت در ایران از اصول بنیادین حکمرانی خوب فاصله داشته و حکومت از منطق اصل تفکیک و تعامل قوا پیروی نمی‌نماید. در نتیجه، قانون اساسی الگویی خاص و منحصر به فرد از حکومت ایجاد کرده است که نمی‌تواند به عنوان فرآیندها و بسترهای ساختاری و تشکیلاتی حکمرانی خوب به شمار آید.

## مقدمه

چندی است که در ادبیات حقوقی، مدیریتی، سیاسی و اقتصادی مفهوم حکمرانی خوب<sup>۱</sup> مطرح گردیده است و پژوهشگران در حوزه‌های فوق به تحلیل مفهوم، آثار، نتایج و شاخصه‌ها و استانداردهای آن توجهی خاص مبذول داشته‌اند. این مقاله در پی معرفی کوتاه مفهوم حکمرانی خوب و عناصر آن از منظر حقوق عمومی و تأثیر آن بر ساختار کلان حکومت در ایران از زاویه قانون اساسی بوده و به این سؤال پاسخ خواهد داد که آیا ساختارها و تشکیلات کلان سیاسی حکومت در ایران و چگونگی روابط قوای حکومتی به گونه‌ای هست که موازین و ویژگی‌های حکمرانی خوب را تأمین نماید؟ در این راستا، پس از تحلیل مفهوم حکمرانی خوب و عناصر آن، ارتباط حکمرانی خوب و دموکراسی را بررسی می‌نماییم و در پایان به ارزیابی مختصر حاکمیت و ساختار و سازمان کلان حکومت در ایران بر مبنای حکمرانی خوب می‌پردازیم.

## ۱- تاریخچه و مفهوم حکمرانی خوب

سازمان ملل متحد از سال ۱۹۵۵ رویکرد ارائه کمک‌های حق - بنیانی<sup>۲</sup> را برای کشورهای در حال توسعه و در جهت تقویت نهادها و تأسیسات حکومتی کشورهای عضو شروع نموده و از آن تاریخ به بعد بر اجرای استانداردهای حقوق بشر در کشورهای عضو اصرار ورزیده است.<sup>۳</sup>

1. Good Governance.

2. Rights-based.

۳. به سایت اینترنتی (United Nations High Commissioner for Human Rights) تحت عنوان زیر

مراجعه نمایید:

در سال ۱۹۹۷، کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل مسئولیت تسهیل هدایت چنین رویکرد حقوق بشری را تحت برنامه توسعه سازمان ملل متحد<sup>۴</sup> برعهده گرفته است. براساس چنین دیدگاهی، اساساً رویکرد حقوق بشری به توسعه به معنای آمیختن و همبستگی هنجارها، استانداردها، ضوابط و اصول حقوق بشر بین‌المللی با طرح‌ها، برنامه‌ها، سیاست‌ها و فرآیندهای توسعه در کشورهای عضو می‌باشد. چنین هنجارها، ضوابط و استانداردهایی در کنوانسیون‌ها و اعلامیه‌های بین‌المللی به خوبی بازتاب داشته‌اند. مانند: مشارکت، پاسخگویی، عدم تبعیض، توجه به آسیب‌پذیری مردم، توانمندسازی نهادها و شهروندان و رعایت معیارها و اسناد حقوق بشر بین‌الملل. هر یک از نرم‌ها و ضوابط فوق نقش اساسی در حکمرانی حق-بنیاد و مؤثری بر توسعه ایفا می‌نمایند. در این راستا، کمیسیون حقوق بشر سعی وافری مبذول داشته تا کشورهای داوطلب بتوانند در جهت حمایت و تضمین حقوق بشر، سازمان‌های ملی مستقل حقوق بشری به وجود آورند و یا آنها را تقویت نمایند.<sup>۵</sup>

در سپتامبر سال ۲۰۰۰ «کمیته مشورتی سازمان ملل راجع به سؤالات و برنامه»<sup>۶</sup> جدولی از معیارها و شاخص‌های سیاسی را جهت همکاری با سازمان ملل تعیین نموده است. ضوابط و معیارها و سیاست‌های فوق عبارتند از: مردم‌سالاری، مشارکت، عدالت، مدیریت و حمایت از محیط زیست، حقوق بشر، حاکمیت قانون، مدیریت ارائه خدمات عمومی، شفافیت و

Human Rights in Development, Good Governance, OHCHR and Good Governance.

4. United Nations Development Program (UNDP).

۵. منبع پیشین.

6. The UN Consultative Committee on Programme and Questions (CCPOQ).

پاسخگویی، امنیت، استقرار صلح و مدیریت تعارض‌ها، شهروندی آگاهانه و دولت الکترونیکی.<sup>۷</sup> در میان معیارها و شاخص‌های فوق، رعایت ضوابط حقوق بشر، مشارکت، پاسخگویی و عدم تبعیض به منزله ستون فقرات حکمرانی خوب به شمار می‌آید.

حکمرانی به مفهوم فرآیند(هایی) است که سازمان‌ها و نهادهای عمومی و حکومتی امور عمومی را به انجام می‌رسانند، منابع عمومی را اداره می‌کنند و تحقق حقوق بشر را تضمین می‌نمایند.<sup>۸</sup> حکمرانی خوب اهداف فوق را از طریق نفی سوء استفاده و فسادهای سیاسی و اداری و با رعایت حاکمیت قانون محقق می‌سازد. وصف «خوب» در عبارت «حکمرانی خوب» طبعاً عاری از ارزش‌ها و انگاره‌های بایدی و اخلاقی نمی‌تواند باشد و لذا ارزش حقوق بشر و وفاداری به آن جایگاه مهمی در تبیین آن داشته و میزان شایستگی حکمرانی در نظامی سیاسی را رقم می‌زند. در این زمینه سؤال اساسی حکمرانی خوب این است که آیا سازمان‌های حکومتی به طور مؤثر حق آزادی بیان، حق تشکیل اجتماعات و احزاب سیاسی، حق بهداشت، حق مسکن، حق تغذیه، آموزش، عدالت قضایی و امنیت فردی را تضمین می‌نمایند؟ در همین راستا باید توجه داشت که تحقق چنین حق‌هایی مستلزم شرایط ساختاری و تشکیلاتی سیاسی و حقوقی مناسبی است تا بستر اجرا و اعمال آنها را فراهم سازد و لذا اصلاحات ساختاری و سیاسی پیش‌فرض تحقق مطلوب و مؤثر توسعه سیاسی، حقوق بشر و

۷. منبع پیشین.

۸. نگاه کنید به سایت اینترنتی پیشین تحت عنوان:

Human Rights in Development, Good Governance, What is Good Governance?

حکمرانی خوب محسوب می‌شود.

مجمع عمومی سازمان ملل طی قطعنامه‌ای<sup>۹</sup> که به عنوان اعلامیه هزاره<sup>۱۰</sup> مشهور شده است، در بخش پنجم خود تحت عنوان «حقوق بشر، دموکراسی و حکمرانی خوب» مواردی را پذیرفته و اعلام کرده است که برخی از مواد مهم آن در زیر اشاره می‌شود:

- احترام و حمایت کامل از اعلامیه جهانی حقوق بشر،
- تلاش در جهت حمایت کامل و توسعه حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی برای همه شهروندان کشورهای عضو،
- تقویت ظرفیت کشورهای عضو برای اجرای اصول و رویه‌های دموکراسی و احترام به حقوق بشر از جمله حقوق اقلیت‌ها،
- مبارزه با هرگونه خشونت علیه زنان و اجرای کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان،
- همکاری جمعی در جهت فرآیندهای سیاسی بیشتر که با مشارکت معنادار و واقعی همه شهروندان در همه کشورها توأم باشد، و
- تضمین آزادی رسانه‌ها برای اعمال نقش اساسی آنها و حق عمومی دسترسی به اطلاعات.

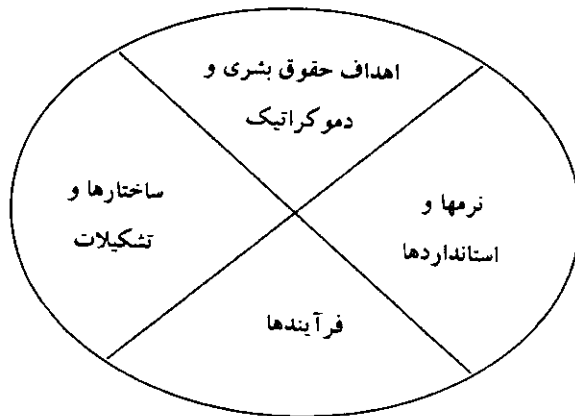
همان طور که ملاحظه می‌شود، در این قسمت از اعلامیه هزاره سخنی از حکمرانی خوب به طور صریح ابراز نشده است، لیکن بنا بر

9. Resolution adopted by the General Assembly [without reference to a Main Committee (A/55/L.2)].

10. United Nations Millennium Declaration.



ملاک محتوایی، معیارهایی در نظر گرفته که عناصر و اجزاء مفهوم حکمرانی خوب را تشکیل می‌دهند، مانند احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر، حمایت از حقوق مدنی و سیاسی، مشارکت فعال مردم در فرآیندهای سیاسی و آزادی اطلاعات و رسانه‌ها. بدین جهت، از نظر ماهوی مفهوم حکمرانی خوب در عین این که در واقع همان معیارها و ضوابط و استانداردهای حقوق بشر است، مجموعه‌ای از مکانیزمها، روشها، فرآیندها، سیاستها و مدیریتهای اجرایی را نیز در همان راستا در بر دارد که از لوازم اجرایی حقوق بشر در کشورهای عضو است:



حکمرانی خوب

بنابر آنچه بیان شد، حکمرانی یا حکومتداری خوب روشی است که از طریق آن ارزشها و اهدافی که مهمترین آن در ادبیات سازمان ملل، حقوق بشر می‌باشد، محقق می‌شوند و از این لحاظ تضمین حقوق بشر را می‌توان مهم‌ترین سنجه و معیار حکمرانی خوب به شمار آورد. مطابق حقوق بشر معاصر، هر رژیم سیاسی که به طور مؤثرتری از حقوق بشر و

شهروندان خود در مقابل تجاوز و تعدی دفاع نماید و مکانیزمهای مؤثر حقوقی، سیاسی و اجرایی در اختیار شهروندان قرار دهد و خود را نسبت به آنان مسؤول و پاسخگو بداند به همان میزان به حکمرانی خوب، شایسته یا مطلوب نزدیکتر خواهد بود. به عکس، چنانچه نقض حقوق بشر و شهروندی به وسیله سازمانها و نهادهای حکومتی به طور نظاممند و یا به وسیله گروههای اجتماعی و سیاسی علیه افراد و گروههای دیگر اجتماعی و یا اقلیتها به طور وسیعتری اتفاق افتد و شهروندان از مکانیزمها و تضمینات کافی و مؤثر قضایی و سیاسی و اجرایی محروم باشند، به همان میزان حکومت از مفهوم حکمرانی خوب فاصله میگیرد و به عنوان حکومت نالایق، ناکارآمد و یا حکومت خودسر، خودکامه یا غیر پاسخگو شناخته می شود.

کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل طی قطعنامه دیگری<sup>۱۱</sup> ویژگیهای اساسی حکمرانی خوب را در موارد زیر خلاصه نموده است:

- شفافیت (Transparency)
- مسؤولیت (Responsibility)
- پاسخگویی (Accountability)
- مشارکت (Participation)
- حاکمیت قانون (The Rule of Law)
- انعطاف پذیری (Responsiveness)

بر این اساس، حاکمیت قانون از ارکان بنیادین حکمرانی خوب است که مطابق آن رفتار برابر و بدون تبعیض با همه آحاد مردم در مقابل قانون و

11. Resolution 2000/64.

وجود تضمینهای قانون اساسی و واقعی برای حمایت از حقوق بنیادین مردم از لوازم ضروری آن به شمار می آید. وجود نظام حقوقی قابل پیش بینی<sup>۱۲</sup> و وجود نهادهای قضایی مؤثر و کارآمد و عادلانه شرط ذاتی و جدایی ناپذیر حمایت از حقوق شهروندان در مقابل سوء استفاده خودسرانه مقامات حکومتی از اختیارات و صلاحیت‌های خود و اعمال غیرقانونی سازمان‌ها و افراد می‌باشد. در بسیاری از کشورهای در حال گذار به دموکراسی قوانین جاری بعضاً یا ناعادلانه‌اند یا اگر مناسب‌اند به طور عادلانه و برابر اجرا نمی‌شوند؛ و یا استقلال قضایی وجه‌المصالحه منافع و مصلحت حکومت یا گروه‌های خاص سیاسی قرار گرفته؛ و یا حقوق افراد و اقلیت‌ها به طور واقعی و مؤثر مورد حمایت واقع نمی‌شوند؛ و یا سازمانها و نهادهای حکومتی به اندازه کافی جهت اجرای قوانین موجود توانمند نیستند.

در چنین وضعیتی، بدون رعایت حاکمیت قانون، قوای مجریه و مقننه بدون وجود سیستم کنترل و توازن<sup>۱۳</sup> و یا تأثیر و تأثر نسبت به یکدیگر اقدام می‌کنند، انتخابات عادلانه و سالم و آزاد امکان‌پذیر نیست، و جوامع مدنی توان رشد و شکوفایی نخواهند داشت. در نتیجه، سازمان‌ها و ساختارهای ناتوان و ناکارآمد حقوقی و سیاسی در این کشورها، فرآیند اصلاحات مردمی و توسعه پایدار در این گونه جوامع را به خطر می‌اندازند.<sup>۱۴</sup>

مطابق همان قطعنامه، حکمرانی خوب به محیط و شرایط مساعدی گفته می‌شود که برخورداری از حقوق بشر و ارتقاء و رشد و توسعه انسانی

12. Predictability.

13. Checks and Balances.

۱۴. نگاه کنید به سایت اینترنتی: USAID Democracy and Governance تحت عنوان: Technical Areas: Rule of Law - Strengthening the Rule of Law and Respect for Human Rights.

پایدار حاصل و متکی به آن است. در مقدمه قطعنامه مذکور اشاره شده است که تقویت حکمرانی خوب در سطح ملی از طریق نهادها و تأسیسات پاسخگو و مؤثر، فرآیندی پیوسته و ماندگار برای همه حکومت‌ها و هر سطحی از توسعه می‌باشد. به علاوه، اقدامات و سیاست‌های مرتبط با حکمرانی خوب، باتوجه به شرایط خاص و نیازهای جوامع مختلف، متفاوت‌اند و مسؤولیت تعیین و اعمال چنین سیاست‌ها و اقداماتی مبتنی بر پاسخگویی و شفافیتی است که منجر به برخورداری از حقوق بشر می‌گردد. همچنین قطعنامه فوق اشاره می‌نماید که نیاز به بررسی دقیقتر نقش حکمرانی خوب برای ارتقاء حقوق بشر و اقدامات مربوط به آن و ارتقاء و حمایت از آن در کلیه کشورهای مورد شناسایی و قبول اعضای کمیسیون حقوق بشر قرار گرفته است. بنابراین، کمیسیون مذکور دولت شفاف، مسؤول، پاسخگو و مشارکت‌جو و انعطاف‌پذیر را بنیانی دانسته که «حکمرانی خوب» بر آن استوار است و چنین بنیانی شرط اساسی و لازم برای توسعه حقوق بشر می‌باشد.

به همین ترتیب، کمیسیون حقوق بشر در قطعنامه دیگری،<sup>۱۵</sup> قطعنامه قبلی خود در مورد حکمرانی خوب را با اتفاق آراء مورد تأیید دوباره قرار داده است. در اعلامیه هزاره سازمان ملل، دبیر کل سازمان تأکید نموده است که «حکمرانی بهتر» به معنی مشارکت بیشتر توأم با پاسخگویی افزونتر است. نتیجه این که دستیابی به اهداف فوق وابسته به تحقق حکمرانی خوب در هر یک از کشورهای عضو می‌باشد.

حکمرانی خوب اگر چه عنوان و موضوعی نسبتاً نو در ادبیات

15. Resolution 2001/72.

حقوقی و سیاسی است، اما از نظر اهداف و ماهیت به نظر می‌رسد با ارزش‌هایی همچون مردم‌سالاری، حقوق بشر و مشارکت همسویی دارند. به دیگر سخن، حکمرانی خوب شامل مجموعه‌ای از دیدگاه‌ها، مکانیزم‌ها، سیاست‌ها و فرآیندهایی است که در خدمت تحقق دموکراسی و حقوق بشر است و لذا از این دیدگاه، حکمرانی خوب را می‌توان ابزار و وسیله مطلوبی در جهت تحقق آرمان مردم‌سالاری، حقوق بشر و حاکمیت قانون دانست. در ذیل به بررسی مختصر ملاک‌ها و سنجه‌های کلی نظام‌های جمهوری و دموکراتیک و سپس به ارزیابی ساختارهای کلان حکومت در ایران از منظر مردم‌سالاری می‌پردازیم.

## ۲- ملاکها و شاخصه‌های نظام‌های دموکراتیک

در بحث گذشته در بررسی نسبت بین حکمرانی خوب، دموکراسی و حقوق بشر، مشخص گردید که تحقق موازین مردم‌سالاری و حقوق بشر با استفاده از مکانیزم‌های حکمرانی خوب امکان‌پذیر است. بدین لحاظ، نظام‌های سیاسی که دارای ویژگی‌های دموکراتیک‌اند مستعد بکارگیری راه‌کارهای حکمرانی خوب‌اند و از این رو بیان شاخصه‌های کلی نظام‌های دموکراتیک در تبیین و تشریح اهداف و کارکردهای حکمرانی خوب ضروری است.<sup>۱۶</sup>

### الف- شاخصه فرآیندی یا روبه‌ای:

منظور از این ویژگی این است که در نظام‌های سیاسی مردم‌سالار،

۱۶. در رابطه با شاخصه‌ها و مفهوم دموکراسی و ملازمات آن ر.ک. به مقاله زیر: محمد حسین زارعی، فرآیند مردم‌سالاری، پاسخگویی و مدیریت دولتی، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره نهم، بهار و تابستان ۱۳۸۰، صص ۱۵۵-۱۲۱.

تصمیم‌ها، سیاست‌ها و قوانین و برنامه‌های حکومتی از فرآیندی تکثرگرا و مشارکتی تبعیت می‌نماید. از این منظر، ویژگی‌هایی از قبیل امکان رقابت سیاسی برای گروه‌های اجتماعی و سیاسی به صورت عادلانه، امکان انتخاب آزاد و سالم، شناسایی حق رأی برابر و همگانی، شفافیت در فرآیند تصمیم‌گیری‌های حکومتی و اطلاع‌رسانی کارآمد و مؤثر و حق برابر مشارکت در فرآیندهای تصمیم‌گیری، قانونگذاری و سیاست‌گذاری از مؤلفه‌های مهم این شاخصه به شمار می‌آیند.

#### ب- شاخصه‌های ماهوی و ارزشی:

به مقتضای این ویژگی، نظام دموکراتیک و مردمی بر مبنای تحقق اهداف و ارزش‌هایی شکل گرفته‌اند که ماهیت و سرشتی جمعی و مشترک دارند و تحقق ارادهٔ مشترک مردم آرمان عالی نظام سیاسی و ساختارها و تشکیلات سیاسی و اجرایی آن محسوب می‌شوند. از این منظر، خصیصه‌های زیر ناظر بر جنبه ارزشی و ماهوی نظام‌های دموکراتیک یا مردم‌سالار است:

- حق حاکمیت و تعیین سرنوشت مردم،
- تضمین حقوق اقلیت‌ها در مقابل تصمیمات و نظرات اکثریت (نفی دیکتاتوری اکثریت)،
- حق دسترسی به مناصب و مشاغل مهم و کلان سیاسی و حکومتی از طریق انتخابات سالم و همگانی،
- شناسایی حقوق مدنی و سیاسی مانند آزادی‌های بیان، مطبوعات، تشکیل اجتماعات و احزاب سیاسی و ...،
- حق نظارت همگانی بر تصمیم‌های جمعی و مقامات حکومتی، و

– حق رفتار برابر و منصفانه در مقابل قانون.

### ج- شاخصه‌های تشکیلاتی و سازمانی

دستیابی به نظامی مردم سالار باید با تضمین‌های ساختاری و سازمانی همراه باشد. ساختارها، سازمان‌ها و تشکیلات حکومتی یا مدنی باید به گونه‌ای به وجود آیند و فعالیت نمایند که ضامن اجرای شاخصه‌های فرآیندی و ماهوی و ارزشی مردم‌سالاری باشند. برخی از تضمین‌های مؤثر ساختاری و سازمانی دموکراسی از قرار ذیل‌اند:

– پذیرش اصل تفکیک قوا به طور واقعی و معنادار و وجود سیستم

تأثیر و تأثر مناسب و منطقی قوا بر یکدیگر،

– وجود احزاب سیاسی متعدد که گروه‌های اجتماعی و سیاسی را

نمایندگی کنند،

– استقرار رسانه‌های آزاد جمعی مستقل و غیر انحصاری مانند

مطبوعات آزاد، رادیو و تلویزیون مستقل و متعدد،

– وجود نهادهای مدنی و سازمانهای مستقل غیردولتی مانند

کانون‌های وکلا، اصناف و مؤسسات حرفه‌ای،

– وجود محاکم، قضات و تشکیلات قضایی مستقل و بی‌طرف که

حافظ حقوق و آزادی‌های مردمی باشند،

– وجود نظام مؤثر پاسخگویی سیاسی، پارلمانی، حقوقی و اداری و

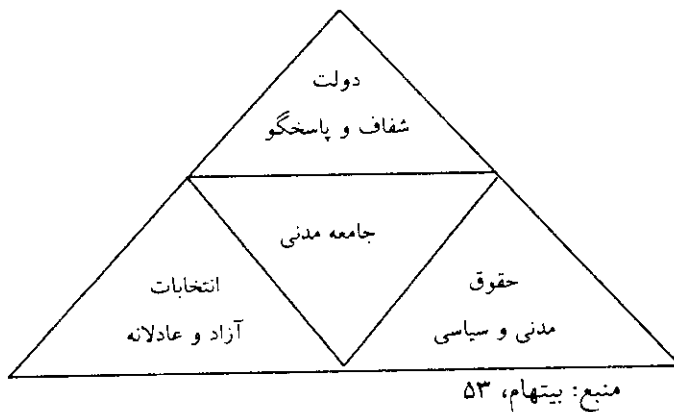
به تبع آن وجود سازمان‌های ناظر و بازرسی کننده سیاسی و حقوقی و

اداری و مالی.

با توجه به ویژگی‌های فوق هر نظام سیاسی که ملاکها و موازین

فرآیندی، ماهوی و سازمانی مردم سالاری را بیشتر رعایت نماید، دموکراتیک‌تر و هرچه از شاخصه‌های فوق بیشتر فاصله داشته باشد، غیردموکراتیک‌تر خواهد بود.

لذا با توجه به مطالب فوق، هرم دموکراسی را می‌توان به شکل زیر نشان داد:<sup>۱۷</sup>



هرم دموکراسی

بر مبنای فوق، وجود نظام انتخاباتی آزاد و عادلانه، مهمترین وسیله جهت پاسخگویی سیاسی مقامات حکومتی به مردم و نظارت همگانی است. همچنین نظام انتخاباتی سالم و رقابتی موجب تضمین حق برابر سیاسی شهروندان و فراهم کننده فرصت مبارزه برای دستیابی به مشاغل و پست‌های سیاسی و اجرایی تلقی خواهد شد.<sup>۱۸</sup>

مسلماً، لازمه چنین نظام انتخاباتی، وجود مجموعه قوانینی است که

۱۷. دیوید بیتام، دموکراسی چیست؟ ترجمه شهرام نقش تبریزی، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۹، ص ۵۳.

۱۸. منبع پیشین.



شرایط لازم برای رأی دهندگان و نامزدهای انتخاباتی را به طور منصفانه، بدون تبعیض و بیطرفانه معین نمایند و مراحل ثبت نام، مبارزه انتخاباتی، شمارش آراء، جلوگیری از تخلفات انتخاباتی و مراحل حل و فصل شکایات انتخاباتی را با وصف بیطرفی، و با توجه به انصاف و برابری پیش‌بینی و تضمین نماید.<sup>۱۹</sup>

ویژگی شفافیت و پاسخگویی نظام دموکراتیک در این است که نه فقط شاخه اجرایی حکومت بلکه همه ارکان و ابعاد حکومت و مقامات عالی سیاسی و قضایی نسبت به یکدیگر و مراجع مستقل و جوامع مدنی و مردم مسؤول و پاسخگو باشند. به این جهت، پاسخگویی در نظام دموکراتیک، پاسخگویی چند وجهی است: مسؤولیت سیاسی به مردم و مقامات عالی حکومتی نسبت به یکدیگر، مسؤولیت پارلمانی به مجلس قانونگذاری و نمایندگان مستقیم مردم، پاسخگویی قضایی به مقامات و محاکم قضایی برحسب تخلف و سوء استفاده از اختیارات و صلاحیت‌های قانونی، مسؤولیت اداری مسؤولان و مدیران اجرایی و اداری به مقامات عالی سیاسی.

ویژگی حقوق مدنی و سیاسی به عنوان ارزش‌های ماهوی نظام دموکراتیک «شرط اساسی کنش سیاسی مردم، چه به شکل خود سازمانی در جامعه و چه کسب نفوذ و تأثیرگذاری بر سیاست‌های حکومت

۱۹. از ویژگی‌های جمهوریت نظام سیاسی، مشارکت همه جانبه مردم در امور عمومی، برابری زمامداران با آحاد ملت در مقابل قانون، مسؤولیت سیاسی و دموکراتیک زمامداران به نهادها و نمایندگان منتخب مردم و محدودیت دوره زمامداری است. لیکن ویژگی مهم اخیر در مقایسه با دوره محدود ریاست جمهوری و نمایندگی مجلس شورای اسلامی که چهار سال است، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مورد رهبری نادیده گرفته شده است: دکتر سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول: اصول و مبانی کلی نظام، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۸۲.

است.<sup>۲۰</sup> ویژگی جامعه مدنی به عنوان پیش شرطی ساختاری و سازمانی، پدیده‌ای در جهت محدودیت دولت و وسیله‌ای در جهت ایجاد تشکل‌های گوناگونی است که اراده و منافع گروه‌های متکثر و متنوع اجتماعی را در مقابل اراده و قدرت قاهره حکومت قرار داده و موجب تعدیل آن می‌گردد. شکل‌گیری تشکل‌های داوطلبانه و گروه‌های حرفه‌ای و تخصصی مستقل موجب گسترش فرصت‌ها و مشارکت‌های اجتماعی و اعمال اراده آنها در روابط و مناسبات اجتماعی شده و از تمرکزگرایی، انحصار و خودسری حکومتها و مقامات جلوگیری به عمل می‌آورد.<sup>۲۱</sup>

پس از آشنایی با مفهوم حکمرانی خوب و ارتباط آن با مفهوم مردم سالاری و حقوق بشر و مؤلفه‌های یک نظام دموکراتیک، بررسی کوتاه نقش قانون اساسی در سازماندهی کلان قدرت سیاسی و چگونگی توزیع آن برای پاسخگویی به سؤال این مقاله ضروری است. بدواً نظری اجمالی به نکاتی چند ضروری است:

### ۳- قانون اساسی و سازماندهی قدرت سیاسی

الف) قانون اساسی به مفهوم مدرن حداقل ترکیبی از دو مفهوم است:<sup>۲۲</sup> مفهوم اول، مجموعه‌ای است از قواعد ارزشی و دستوری (Normative) در جهت حفظ حداکثر آزادی‌های دموکراتیک و حداکثر محدودیت دولت و این که دولت چگونه باید سازماندهی شود. قانون اساسی

۲۰. دیوید بیتام، همان، ص ۵۴.

۲۱. منبع پیشین، ص ۵۵.

22. Jean Blondel, "Comparative Government", Harvester Wheatsheaf, 1995, p. 217.

به مفهوم دوم، سندی است مکتوب و ملی برای تأسیس ارکان حکومت و دولت و توزیع قدرت سیاسی و پیش‌بینی رویه‌های قانونگذاری و اجرایی.

مفهوم اول ناظر به جنبه‌های آرمانی، سیاسی و آزادی‌خواهانه قانون اساسی است و مفهوم دوم به جنبه توصیفی، سازماندهی و مدیریتی قدرت سیاسی توجه دارد، و مهمتر از آن دو، این که جنبه‌های شکلی، ساختاری و سازمانی قدرت سیاسی نمی‌تواند بدون توجه به جنبه‌های ماهوی، ارزشی و دستوری شکل گیرد. آرمان‌های آزادی‌خواهانه و مردم‌سالار با هر نوع ساختار متمرکز، انعطاف‌ناپذیر، انحصاری و تشکیلات ناکارآمد و غیر پاسخگو سازگاری ندارد. لذا بی‌توجهی به هریک از ابعاد فوق به عدم درک صحیح تاریخی، سیاسی و ارزشی مفهوم قانون اساسی گرایمی<sup>۲۳</sup> می‌انجامد.

از این دیدگاه، اگر دولت‌ها، مشروطه باقی بمانند صرف نظر از آن که محدود به حاکمیت قانون و اراده مشترک مردم‌اند، از لحاظ ساختاری و تشکیلاتی نیز دولت‌هایی حداقلی، محدود و کوچک‌اند که نقش وسیع‌تر اساسی‌تر اجتماعی و سیاسی جوامع مدنی و مشارکت‌های اجتماعی را مورد پذیرش قرار می‌دهند و به رسمیت می‌شناسند.

ب) نکته دیگر آن که در دنیای معاصر قوانین اساسی اعم از مدون، عرفی یا نیمه نوشته رسالت‌ها و کارکردهایی مشترک دارند که به طور موجز در زیر به آنها اشاره می‌شود:<sup>۲۴</sup>

– تعیین ساختار و تشکیلات کلان نظام سیاسی در قالب نهادهای فرمانروا، مقامات عالی حکومتی و کشوری،

### 23. Constitutionalism.

۲۴. جزوه درسی کارشناسی ارشد نگارنده تحت عنوان «جایگاه دولت در نظام‌های سیاسی».

- بیان اصول، آرمان‌ها و ارزش‌های والای انسانی و جامعه سیاسی مربوطه که به عنوان اصول حاکمیت سیاسی شناخته می‌شوند،
  - توزیع متناسب قدرت سیاسی در قالب مدل‌های تفکیک کامل یا نسبی قوای حکومتی،
  - تعیین قواعد بازی منصفانه و نظام مؤثر تعامل قوا و نهادهای حکومتی در شکل مکانیزم‌های نظارتی و پاسخگویی و کنترلی سیاسی، پارلمانی و قضایی،
  - تعیین نظام پاسخگویی کارآمد به نحوی که هیچ نهاد و مقام حکومتی و دولتی بدون پاسخگویی مؤثر و کارآمد رها نشود،
  - اعلام حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی و تعیین ضمانت‌های اجرایی مؤثر آنها مانند استقلال و بی‌طرفی قضایی محاکم و قضات،
  - تبیین راهکارهای اجرایی اصول قانون اساسی و شیوه بازنگری و مکانیزم‌های تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری.
- شایسته یادآوری است که کارویژه‌های دیگری نیز می‌توان به موارد فوق اضافه نمود که در این مقاله مورد توجه و بررسی نمی‌باشند. هدف از ذکر چنین کارکردهایی این است که قانون اساسی به عنوان یک سند ارزشی و مکتوب ملی نقش اساسی در ترسیم چارچوب و سازماندهی قدرت سیاسی و تعامل نیروهای سیاسی و اجتماعی ایفا می‌کند و بدین لحاظ یکی از شاخصه‌های رسمی و راههای بررسی شیوه سازماندهی قدرت، بررسی ساختار قدرت از منظر قانون اساسی و ترتیبات مندرج در آن است. لیکن الزاماً آنچه در این سند رسمی به عنوان اصول قانون اساسی مندرج است مورد عمل و اجرا قرار نمی‌گیرند، و به عکس، آنچه در عمل و تجربه اجتماعی و

سیاسی جاری است همان ترتیبیاتی نیست که در قانون اساسی ترسیم شده است، و لذا باید بین سازماندهی و توزیع غیررسمی یا واقعی (de facto) قدرت سیاسی از طرفی و سازماندهی و توزیع رسمی (de Juré) قدرت سیاسی از طرف دیگر، قائل به تمایز شویم و بین ساختار حقیقی یا واقعی و ساختار حقوقی یک نظام سیاسی تفکیک نماییم.

با عنایت به مقدمات فوق، می‌توان بیان داشت که قوانین اساسی در اشکال مدون، عرفی و یا نیمه عرفی در کشورهای دموکراتیک کارکردهای مذکور را به طور نسبی و مؤثر محقق ساخته‌اند و یا در طول زمان به گونه‌ای مورد اصلاح و بازنگری قرار گرفته‌اند که کارویژهای مذکور را به طور مطلوب‌تری به مرحله اجرا در آورده و موانع آن را مرتفع نموده‌اند.<sup>۲۵</sup>

#### ۴- حاکمیت و حکومت

در ادبیات حقوق عمومی از حاکمیت به عنوان یکی از عناصر و ارکان بنیادین دولت - کشور (Nation-State) یاد می‌شود که مفهوم آن سیطره اراده برتر و بلامنازعی است که در یک قلمرو سرزمینی معین هیچ اراده رقیب دیگری از گروه‌های اجتماعی فراتر از آن وجود ندارد و از نظر بیرونی نیز اراده فوق نباید تحت سلطه و آمریت دولت دیگر باشد.<sup>۲۶</sup> از این لحاظ، ابعاد حاکمیت را به حاکمیت درونی و حاکمیت بیرونی دسته‌بندی نموده‌اند.<sup>۲۷</sup>

25. Jean Blondel, op.cit., pp. 219-20.

۲۶. عبدالرحمن عالم، بنیادهای علم سیاست، نشر نی، سال ۱۳۷۵، ص ۱۴۵.

۲۷. ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، بایسته‌های حقوق اساسی، نشر دادگستر، سال ۱۳۷۵، ص ۷۲.

لیکن مفهوم فوق، وصف و سرشت و منشأ حاکمیت را بیان نمی‌نماید. از این رو، ماهیت حاکمیت و اراده برتر سرزمینی قابل نسبت دادن به اوصاف متفاوتی مانند حاکمیت فئودالی، حاکمیت کلیسایی، حاکمیت دینی یا تئوکراتیک و حاکمیت دموکراتیک یا مردم سالاری و ... می‌باشد. لذا، اوصاف فوق به ماهیت و سرشت حاکمیت و گروه یا طبقه اجتماعی که به اعمال حاکمیت و اراده برترین می‌پردازند اشاره دارد. در حاکمیت فئودالی، طبقات فئودال بر مبنای الگوی جامعه فئودالی و ارزشهای آن به اعمال اراده می‌پردازند. در حاکمیت کلیسایی، ارباب کلیسا بر مبنای تفسیر رسمی مسیحی که از تعالیم مسیحیت درک کرده و ارائه داده‌اند به اعمال قدرت مبادرت کرده‌اند. در حاکمیت دموکراتیک اراده مردم به طور مستقیم یا از طریق نمایندگان منتخب آنها تحقق می‌یابد و به همین ترتیب در مورد سایر حاکمیت‌ها. در این که حاکمیت و اراده برترین سرزمینی به چه ارزشی و به چه طبقاتی باید تعلق داشته باشد و یا حق چه کسی و یا کدام گروه یا دسته یا طبقات اجتماعی است که حکومت نماید، موضوعی است که در فلسفه سیاسی و فلسفه اخلاق مورد بررسی قرار می‌گیرد و طبعاً از حوصله این مقاله خارج است. آنچه در اینجا مورد توجه است این است که منشأ یا ماهیت حاکمیت باید تعیین کننده مناسبات و چگونگی شکل‌گیری قدرت سیاسی و سازماندهی آن باشد که از آن به حکومت تعبیر می‌شود. حکومت قدرت سازمان یافته و صورت بندی شده اقتدار سرزمینی است که ملهم از نوع، منشأ و ماهیت حاکمیتی است که مورد پذیرش جامعه سیاسی خاصی قرار گرفته است.

یکی از وظایف و کارکردهای قانون اساسی همان طور که در قسمت پیشین به آن اشاره شد، این است که چگونگی و شیوه توزیع قدرت سیاسی و سازماندهی اقتدار را تعیین نماید. چنین صورت‌بندی باید بر مبنای نظریه حاکمیتی باشد که اصول آن در متون قانون اساسی منعکس شده است. در نتیجه اصول حاکمیت، حکومت و حکمرانی نیز در قانون اساسی باید مورد توجه قرار گرفته و تنظیم گردد. از مفروضات منطقی هر قانون اساسی این است که قانون اساسی باید مشتمل بر اصول و احکامی باشد که قاعده سازگاری درونی در آن مورد لحاظ قرار گرفته باشد و از جمله اصول قانون اساسی در مورد حاکمیت، ارزش‌های بنیادین حکومت، حکومت‌داری و حکمرانی از یک منشأ سرچشمه گرفته و با یکدیگر سازگاری و همزیستی مسالمت‌آمیز داشته باشند. به دیگر سخن، هر نظریه حاکمیتی با هر ساختار و سازماندهی قدرت و حکومت و روش حکمرانی سازگار نیست. حاکمیت دموکراتیک با حکومت و حکمرانی خوب و دموکراتیک سازگار است. دیگر آن که هرگونه ابهام در نظریه حاکمیت و یا عدم اجماع سیاسی در میان نیروهای سیاسی یک نظام منجر به ساختارهای مشوش، مغشوش و چندگانه با سازماندهی نامتعیین و موازی و حکمرانی متشتت و چندگانه خواهد شد. حاکمیت‌های ترکیبی از جمهوریت و اسلامیت پیش و بیش از هر چیز نیازمند نظریه حاکمیتی است که سازگاری اصول جمهوریت و اصول اسلامیت را تبیین نماید. در صورت فقدان نظریه‌ای عام‌الشمول و مورد قبول جامعه سیاسی ایران و اجماع نیروهای سیاسی و کارگزاران حکومت و نظریه‌پردازان آن از حاکمیت جمهوری و اسلامیت منجر به تفاسیر افراطی یا تفریطی از اصول قانون اساسی خواهد شد.

از طرف دیگر، پذیرش نوع حاکمیت و یا نظریه اقتدار سیاسی مستلزم وجود نوع خاصی از ساختار حکومتی نخواهد بود، بلکه ممکن است طیفی از ساختارها و سازماندهی اقتدار سیاسی را در برگیرد. در این صورت، ساختار حکومتی باید به گونه‌ای باشد که قابلیت وصف نوع حاکمیت و حکمرانی مورد نظر را داشته باشد. در این زمینه می‌توان نظام‌های حکومتی ریاستی، پارلمانی و نیمه پارلمانی را به عنوان نمونه‌هایی ذکر کرد که دولت‌ها و سازمانهای کلان آن مبتنی بر حاکمیت دموکراتیک و دموکراسی‌های نماینده سالار است اما در ارتباط با صورت‌بندی قدرت سیاسی و سازمان حکومتی، هر یک بنا به دلایل تاریخی و اجتماعی و سیاسی اراده مردمی را به گونه‌ای سازگار در سازماندهی اقتدار سیاسی خود مورد توجه و رعایت قرار داده‌اند و سایر کشورها بنابه همان علل و عوامل اجتماعی ویژگی‌های جوهری دموکراسی را با ملاحظات داخلی و ملی خود ترکیب نموده و مدل دولت مناسب خود را برگزیده‌اند.<sup>۲۸</sup> در ذیل ویژگی‌های مهم و اساسی الگوهای سه گانه فوق به صورت چکیده اشاره می‌گردد:<sup>۲۹</sup>

#### ۱- ویژگی‌های نظام ریاستی:

– تبلور حاکمیت جمهوری در دو انتخاب مردمی رئیس جمهور و نمایندگان پارلمان،

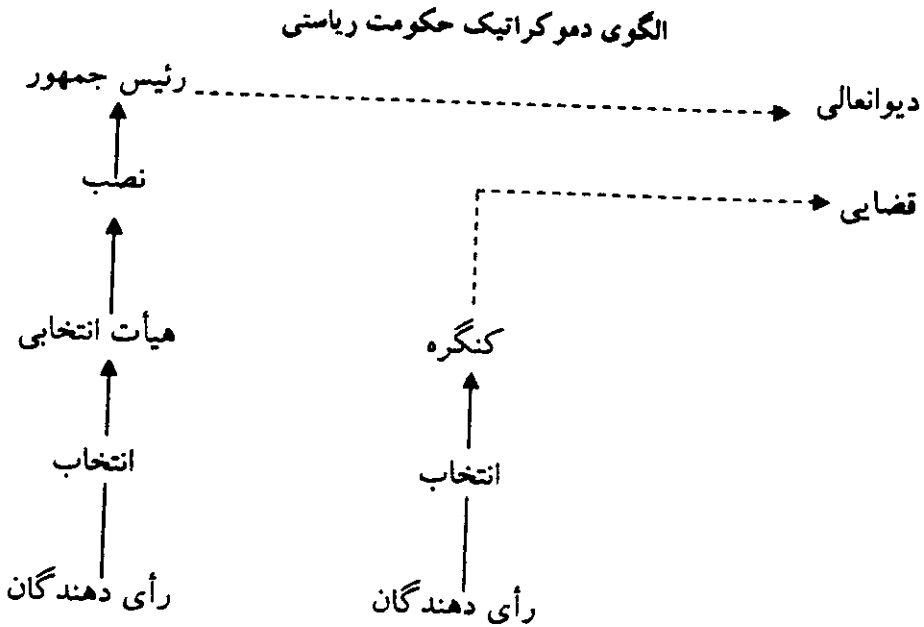
– انتخاب رئیس جمهوری با رأی مردم (اگر چه دو درجه‌ای باشد)،

28. Michael J. Sodaro, "Comparative Politics: A Global Introduction", McGraw-Hill Higher Education, 2001, p. 193.

۲۹. رک. ابوالفضل قاضی شریف پناهی، حقوق اساسی، جلد اول کلیات و مبانی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، صص ۵۷-۵۵۲ و ۵۹-۳۵۳.



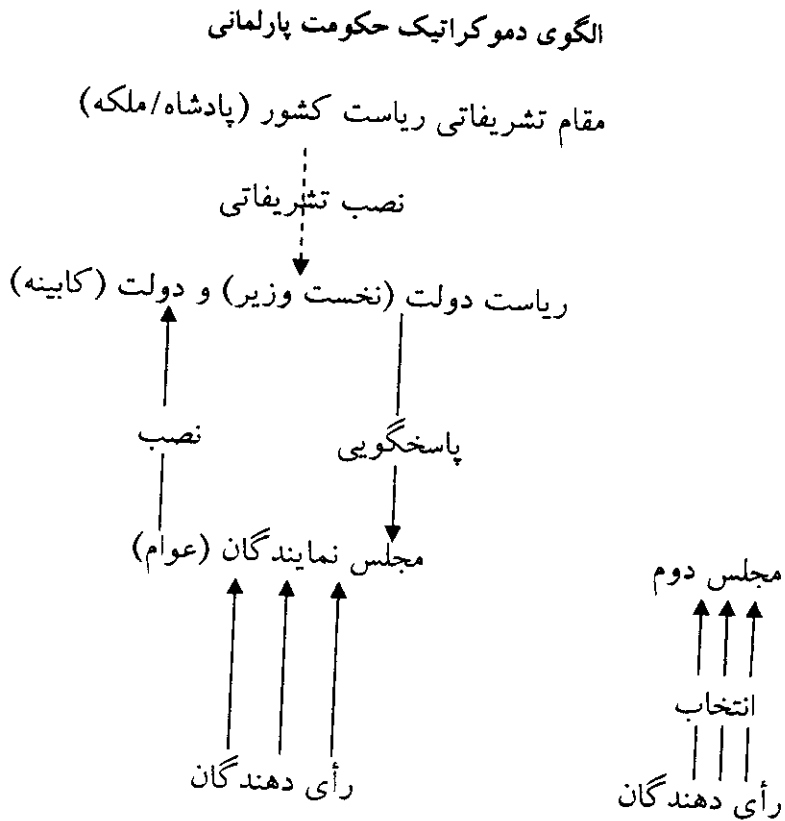
- استقلال وظایف قوا از یکدیگر و تقسیم تخصصی وظایف و صلاحیت‌ها،
- فقدان مسئولیت سیاسی قوه مجریه و رئیس کشور در برابر پارلمان،
- عدم صلاحیت قوه مجریه در وضع قوانین یا عدم همکاری مستقیم در قانونگذاری،
- یک رکنی بودن قوه مجریه،
- عدم وجود مکانیزم‌های رسمی کنترل و توازن (Checks & Balances)



Source: Michael Sodaro, p. 194

## ۲- ویژگی‌های نظام پارلمانی:

- تبلور حاکمیت جمهوری در مرحله انتخاب نمایندگان پارلمان،
- انتخاب رئیس دولت (نخست وزیر) به طور غیرمستقیم از طریق نمایندگان پارلمان،
- تداخل نسبی وظایف و صلاحیت‌های مجریه و مقننه،
- فقدان مسئولیت سیاسی رئیس کشور و مسئولیت سیاسی نخست وزیر و وزرا به پارلمان،
- صلاحیت دولت در فرآیند قانونگذاری و همکاری با پارلمان،
- دو رکنی بودن قوه مجریه (تمایز مقام رئیس کشور از مقام رئیس دولت).
- وجود ابزارهای تعامل و کنترل برای دولت و پارلمان در مقابل یکدیگر.

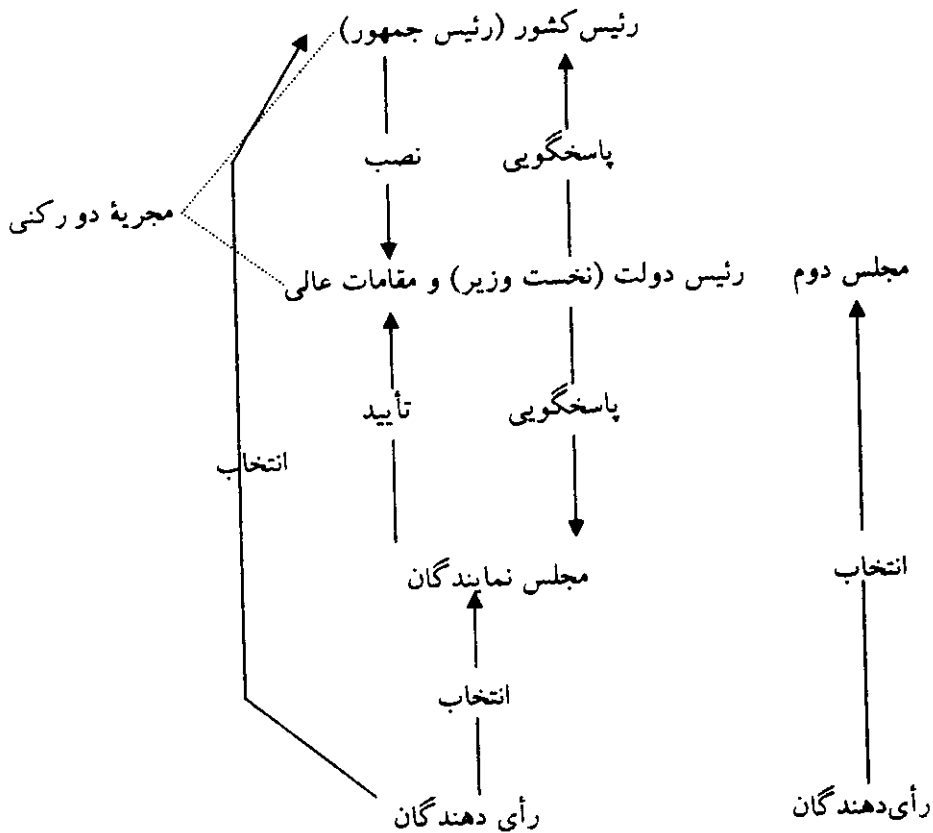


Source: Michael Sodaro, p. 195

- ۳- ویژگی های نظام نیمه پارلمانی یا نیمه ریاستی:
- تبلور حاکمیت جمهوری در دو انتخاب رئیس جمهور و نمایندگان پارلمان،
  - انتخاب رئیس جمهور با رأی مستقیم مردم،
  - تفکیک نسبی صلاحیت ها و وظایف حکومتی بین مجریه و مقننه،
  - فقدان مسئولیت سیاسی رئیس کشور و مسئولیت سیاسی رئیس دولت به پارلمان،

- مشارکت و همکاری قوه مجریه در فرآیند قانونگذاری،
- دو رکنی بودن قوه مجریه و تفکیک مقام ریاست کشور از ریاست دولت،
- وجود مکانیزم‌های نظارت و کنترل برای دولت و پارلمان در مقابل یکدیگر.

الگوی دموکراتیک حکومت نیمه ریاستی یا نیمه پارلمانی



Source: Michael Sodaro, p. 201

از مقایسه ویژگی‌های مهم نظام‌های حکومتی فوق، نکات زیر قابل استنباط می‌باشد:

- اول: تجارب تاریخی و تحولات اجتماعی و سنت‌ها و آداب اجتماعی یک ملت نقش مهمی در شکل‌گیری نظام سیاسی و نوع و شیوه حکمرانی دارد، لیکن جوهره سنت دموکراسی در جوامع مختلف اصول کم و بیش یکسان و مشابهی را دنبال کرده است، اگر چه در شیوه‌ها و سازماندهی اقتدار دموکراتیک تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد؛
- دوم: حاکمیت و اراده برتر در جامعه سیاسی از نوع جمهوری است و جمهوریت نظام‌ها از طریق انتخابات آزاد مقامات عالی سیاسی و حکومتی مانند رئیس جمهور و نمایندگان مجلس و همه‌پرسی‌ها و پاسخگویی دموکراتیک آنها به مردم به ظهور می‌رسد؛
- سوم: چگونگی تبلور و تجسم اراده مردم و حاکمیت جمهوری در ساختارها و تشکیلات کلان حکومتی عامل اساسی تعیین‌کننده چگونگی روابط قوای حکومتی و مجریه و مقننه با یکدیگر شده است. به عبارت بهتر، شیوه ظهور حاکمیت مردمی و جمهوری در نهادهای اجرایی یا تقنینی تأثیر بسزایی در شکل‌گیری نظام ریاستی، پارلمانی یا نیمه پارلمانی داشته است؛
- چهارم: از نظر سیاسی ثبات و استقرار نظام سیاسی تا حدود زیادی به توزیع متناسب و منطقی قدرت سیاسی بین قوای حکومتی و مکانیزم‌های همکاری و تعامل قوا وابسته است. عدم رعایت منطق تفکیک قوا و یا توزیع غیراصولی و نامتناسب قدرت سیاسی و صلاحیت‌ها بین نهادهای عالی حکومت از موجبات ناپایداری و بی‌ثباتی حکومت و منشأ تعارضات ساختاری، عدم تجانس نهادها، سوء استفاده از اختیارات و صلاحیت‌ها،

روابط مشوش قوا با یکدیگر، چندگانگی و توازی تصمیم‌گیری‌ها، ناکارآمدی قوانین و مقررات، خنثی‌سازی برنامه‌ها و سیاست‌ها و تنش در روابط سیاسی و نهادهای عالی حکومتی خواهد بود؛

پنجم: مستقیم یا غیرمستقیم بودن رأی مردم در انتخاب مقامات عالی و نهادهای حکومتی نقش مهمی در سازماندهی حکومت و بکارگیری قواعد بازی و شیوه تعامل قوا با یکدیگر دارد. به عنوان مثال، انتخاب مستقیم رئیس کشور به وسیله مردم در نظام ریاستی و نظام نیمه پارلمانی موجب نوعی مصونیت سیاسی و عدم پاسخگویی وی در مقابل پارلمان شده است و پاسخگویی رئیس دولت (نخست وزیر) به پارلمان ناشی از منصوب بودن وی می‌باشد.

#### ۵- حاکمیت و حکومت در ایران

از آنجا که قانون اساسی بیان‌کننده ارزشهای عالی حاکمیت سیاسی و فکری است و مبنای تحلیل این مقاله نیز در نظر گرفته شده، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول متعددی به بیان ارزش‌ها و آرمان‌ها و اصول حاکمیتی و حکومتی پرداخته است. آنچه از اصول قانون اساسی ایران استنباط می‌شود این است که هم ارزش‌ها و اصول جمهوریت منعکس شده‌اند و هم اصول مذهبی و اسلامی. برخی از جنبه‌های حاکمیت اسلامی در اصل ۲ درباره ایمان به اصول دین و مذهب، اصل ۴ در مورد اسلامی بودن کلیه قوانین و مقررات، اصل ۸ درباره امر به معروف و نهی از منکر، اصول ۵، ۵۷ و ۱۱۰ درباره ولایت فقیه عادل و با تقوی و اختیارات و صلاحیت‌های وی، اصول ۹۱ تا ۹۹ در مورد شورای نگهبان و ... مورد

توجه قرار گرفته‌اند.<sup>۳۰</sup>

در کنار این اصول ارزش‌های مردم‌سالاری و جمهوری نیز فراوان مورد پذیرش قرار گرفته‌اند که برخی از آنها عبارتند از:

- کرامت و ارزش‌های والای انسانی (بند ۶ اصل ۲)،
- محور هر گونه استبداد، خودکامگی و انحصار طلبی (بند ۶ اصل ۳)،
- آزادی‌های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون (بند ۷ اصل ۳) و
- تضمین آزادی‌های مردمی حتی در مقابل قانونگذاران و سیاستمداران (اصل ۹)،

- مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش (بند ۸ اصل ۳)،

- تأمین حقوق همه جانبه افراد اعم از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون (بند ۱۴ اصل ۳)،

- اداره امور کشور با اتکاء آراء عمومی از راه انتخابات رئیس جمهور، نمایندگان مجلس، اعضای شوراها و نظایر اینها یا از راه همه پرسی (اصل ۶)،

- ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشور از طریق شوراها مانند مجلس شورای اسلامی و شوراها (اصول ۷ و ۱۰۰ تا ۱۰۶)،

- حاکمیت انسان بر سرنوشت اجتماعی خویش به عنوان یک حق الهی غیر قابل سلب (اصل ۵۶) و

- حقوق ملت (اصول ۱۹ تا ۴۲).

۳۰. در ارتباط با وجه اسلامیت نظام سیاسی ایران و انعکاس جنبه‌های مختلف سازمانی و ساختاری و اجتماعی آن در قانون اساسی رک. دکتر سید محمد هاشمی، منبع پیشین، صص ۸۱-۱۲۱.

درباره امکان همنشینی و سازگاری اصول جمهوریت و دموکراسی با اصول دینداری سخن‌ها و مطالب بسیاری بیان شده است که این مقاله در مقام بازتاب آنها نیست، بلکه مقصود از طرح مطالب فوق تحلیل مختصر تأثیر مستقیم ماهیت و نوع حاکمیت بر صورت‌بندی و سازماندهی نظام حکومتی و سیاسی و تشکیلات کلان حکومت و شیوه‌ها و فرآیندهای تصمیم‌گیری و حکمرانی در جامعه سیاسی ما است. در مباحث قبل یادآوری کردیم که حاکمیت دموکراتیک مستلزم ساختار حکومتی دموکراتیک و حکمرانی دموکراتیک است. به این لحاظ، در ذیل نظام حکومتی ما با نظام‌های ریاستی، پارلمانی و نیمه پارلمانی مورد مقایسه قرار گرفته‌اند.

#### ویژگی‌های برگرفته از الگوی حکومت ریاستی:

- تبلور حاکمیت و اراده مردم در دو مرحله انتخاب مستقیم ریاست جمهوری<sup>۳۱</sup> و نمایندگان مجلس،<sup>۳۲</sup>
- اختیارات رئیس جمهور در عزل و نصب وزراء،<sup>۳۳</sup>
- واگذاری وظیفه اجرایی حکومت به طور رسمی به قوه مجریه (صرفنظر از اختیارات رهبری)،<sup>۳۴</sup>
- یک رکنی بودن قوه مجریه (در صورتی که رئیس جمهور را رئیس کشور بدانیم)،
- ابزارها و وسایل تأثیر و کنترل رسمی و مؤثر بر مجلس شورای

۳۱. اصول ۶۰ و ۱۱۴ قانون اساسی.

۳۲. اصول ۶ و ۶۲ قانون اساسی.

۳۳. اصول ۱۳۳، ۱۳۵ و ۱۳۶ قانون اساسی.

۳۴. اصول ۶۰ و ۱۱۳ قانون اساسی.



اسلامی برای مجریه پیش‌بینی نشده است.

### ویژگی‌های برگرفته از الگوی حکومت پارلمانی:

- نقش و اختیار مجلس شورای اسلامی در عزل و نصب وزرا و رأی اعتماد یا عدم اعتماد به آنان؛<sup>۳۵</sup>
  - واگذاری وظیفه قانونگذاری به مجلس شورای اسلامی؛<sup>۳۶</sup>
  - مجریه از طریق تدوین لوایح قانونی و تصویب اساسنامه شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی و وضع آیین‌نامه‌های اجرایی و مستقل در فرآیند قانونگذاری و اجرای قوانین با مجلس همکاری می‌نماید؛<sup>۳۷</sup>
  - وزرا هم در برابر رئیس جمهوری و هم در برابر مجلس مسؤولیت سیاسی دارند؛<sup>۳۸</sup>
  - رئیس جمهور دارای مسؤولیت سیاسی در برابر مجلس شورای اسلامی و رهبری است.<sup>۳۹</sup>
- از سوی دیگر، نظام حکومتی ما منطبق بر نظام نیمه پارلمانی هم نیست، زیرا بر خلاف نظام نیمه پارلمانی، رئیس جمهور در کشور ما از مصونیت سیاسی برخوردار نیست و با وجود آن که به طور مستقیم به وسیله مردم و با آراء کثیری انتخاب می‌شود، در مقابل مجلس و رهبری دارای مسؤولیت سیاسی است؛ هیأت وزیران در قانون اساسی ما به اندازه اختیارات

۳۵. اصول ۱۳۳ و ۱۳۶ قانون اساسی.

۳۶. اصل ۷۱ قانون اساسی.

۳۷. اصول ۷۴، ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی.

۳۸. اصول ۷۶، ۸۹، ۹۰، ۱۳۵ و ۱۳۷ قانون اساسی.

۳۹. اصول ۱۲۲، ۱۳۴، ۸۹ و بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی.

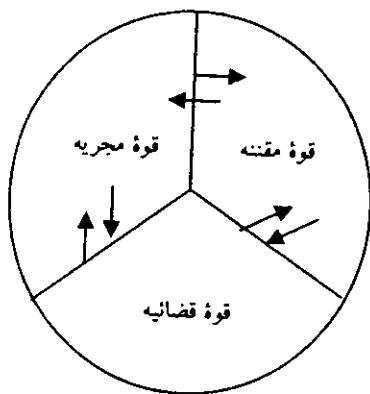
دولت در نظام نیمه پارلمانی از اختیارات و صلاحیت‌های تقنینی بهره‌مند نیست؛ و ابزارها و وسایل کنترل مؤثر مانند انحلال پارلمان را در اختیار ندارد. نتیجه آن که نظام حکومتی جمهوری اسلامی ایران از الگوهای سیاسی تجربه شده و از منطق مدل‌های فوق پیروی نمی‌کند. هر چند از هر یک از آنها به طور التقاطی معیارها و موازین و ضوابطی را اقتباس نموده بدون آن که از اصل سازگاری درونی و منطقی اجزاء و عناصر سیستمی آنها تبعیت کرده باشد. قانون اساسی تصویر و مجموعه‌ای منسجم از چگونگی روابط قوای حکومتی با یکدیگر و رعایت اصل قواعد بازی منصفانه‌ای ارائه نمی‌دهد و مکانیزم‌های کنترلی و نظارتی مؤثری در اختیار مجریه قرار نداده است و در نتیجه چنین وضعیتی می‌تواند به ناتوانی و ناکارآمدی نهادهای اجرایی در تحقق اهداف و برنامه‌های خود و پاسخگویی افراطی در مقابل سایر ارکان حکومت و یا دیکتاتوری تقنینی یا قضایی ختم شود.

در ارتباط با اصل تفکیک قوا، این اصل با توجه به مبانی و پیش‌فرض‌های آن در نظریه دولت مشروطه و دولت قانونمند که اقتدار سیاسی تحت حاکمیت قانون قرار دارد، در قانون اساسی لحاظ نشده است و از این رو قوای حکومتی از قانونگذاری، قضایی و اجرایی به صورت شکلی تفکیک شده‌اند،<sup>۴۰</sup> اما در واقع هم تداخل قوا وجود دارد<sup>۴۱</sup> و هم نهادهای

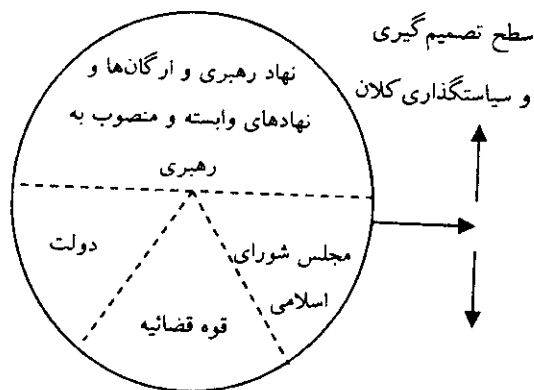
۴۰. اصل ۵۷ قانون اساسی.

۴۱. اصول ۸۵ و ۷۴ و ۱۳۸ قانون اساسی در ارتباط با اختیارات مجریه، بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی در ارتباط با اختیار سیاست‌گذاری رهبری که به مجمع تشخیص مصلحت تفویض کرده‌اند و بند ۸ اصل ۱۱۰ در رابطه با اختیارات مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد حل معضلات نظام، و اصل ۱۱۲ قانون اساسی در رابطه با صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت نظام در رابطه با حل اختلاف بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، بند ۲ اصل ۱۵۸ در رابطه با اختیارات رئیس قوه قضائیه در تهیه لوایح

سیاسی رسمی و غیر رسمی دیگری وجود دارند که یا به موازات نهادهای اجرایی و تقنینی قرار دارند و یا بالاتر از آنها استقرار یافته‌اند.<sup>۴۲</sup> دیگر آن که، هر چند واژه تفکیک قوا در قانون اساسی صراحتاً بکار برده نشده است، لیکن از مطالعه مجموع اختیارات اجرایی، قانونگذاری و قضایی می‌توان به نوعی «تقسیم کار» محدود و نسبی صلاحیت‌ها دست یافت.



نظام تفکیک و توزیع و توازن قوای مرسوم



سازماندهی و توزیع قدرت سیاسی در ایران  
سطح اجرایی و عملیاتی تصمیمها و سیاستها

قضایی متناسب با جمهوری اسلامی و اصل ۱۰۲ قانون اساسی در مورد صلاحیت شورای عالی استانها در ارائه طرحهای قانونی.  
۴۲. اصول ۴، ۷۲، ۹۱ تا ۹۸، ۹۶ و ۹۹ قانون اساسی در مورد نقش نظارت تقنینی شورای نگهبان، اصول مربوط به رهبری و مجمع تشخیص مصلحت نظام (پاورقی ۴۰)، اصل ۱۷۶ قانون اساسی در مورد اعتبار مصوبات شورای عالی امنیت ملی و تفسیر شورای نگهبان در مورد جایگاه مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی در رابطه با مصوبات مجلس شورای اسلامی و غیره.

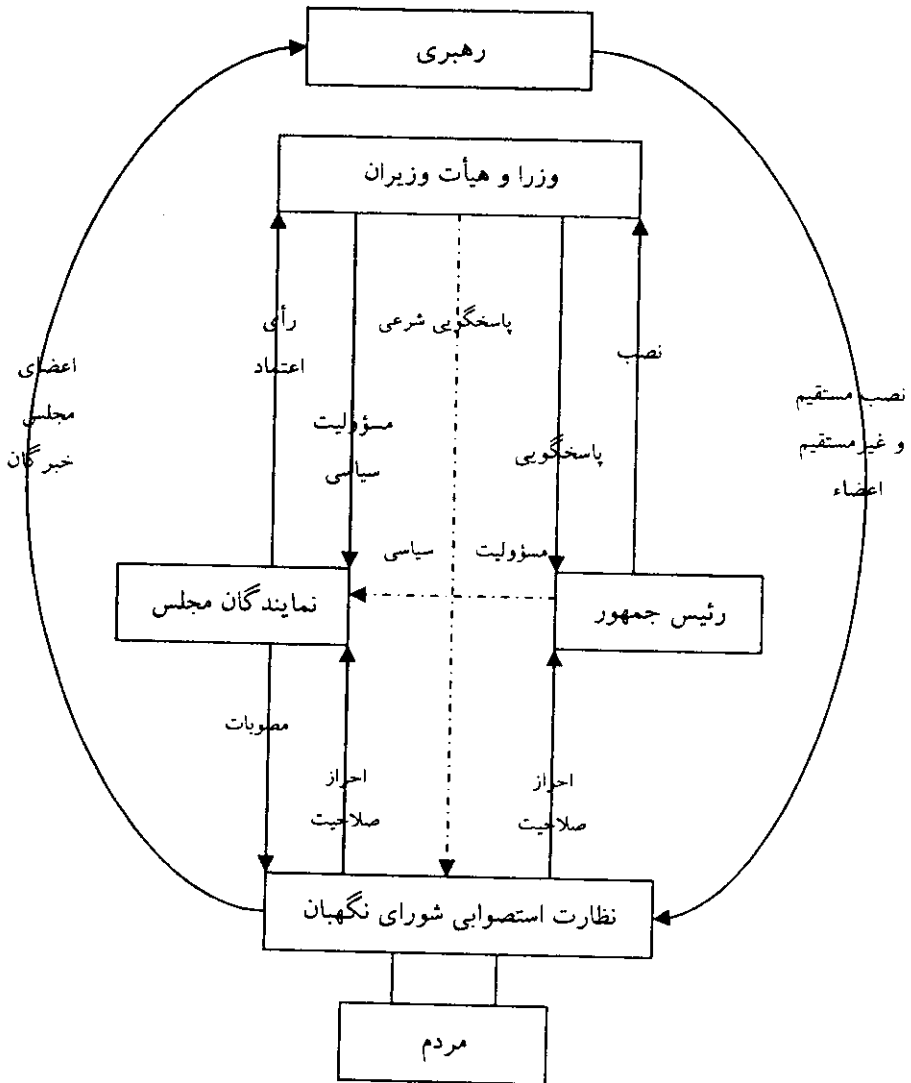
نظریه تفکیک قوا تمامیت اقتدار سیاسی و قدرت تصمیم‌گیری حکومتی را به طور واقعی و معنادار تقسیم و تجزیه می‌نماید و هیچ اقتدار سیاسی خارج از چارچوب اصل سازمانی تفکیک قوا قرار نمی‌گیرد و حال آن‌که قانون اساسی فعلی صرفاً بخش محدودی از اقتدار سیاسی را دربرمی‌گیرد و شامل کلیه ابعاد و سطوح اقتدار سیاسی در کشور نمی‌گردد و حتی بخش‌های مهم و زیربنایی‌تر از نظر اهمیت تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری و تقنینی و اجرایی در خارج از حاکمیت اصل تفکیک قوا متمرکز و متراکم شده است که در تصاویر صفحات قبل نشان داده شده‌اند. شایسته‌تذکر است که نمودارهای فوق و آتی ناظر به ساختار و سازمان نظام تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری براساس میزان تأثیرگذاری، کارکرد نهادها و مقامات عالی حکومتی بر یکدیگر و نقش و تأثیر نهایی و قطعی برخی از نهادها و ارگان‌ها نسبت به سایر تأسیسات و تشکیلات می‌باشد. لذا حجم و میزان کمی تصمیم‌گیری اجرایی یا قانونگذاری اساساً مورد توجه نبوده بلکه تأثیر کنترلی و نظارتی و حق وتوی قطعی برخی از نهادها در مقایسه با تصمیم‌گیری‌های کلیدی و مهم و حساس حکومتی مد نظر می‌باشد. از منظر حقوقی و سیاسی، میزان کمی تصمیم‌های متخذه اجرایی یا تقنینی از اهمیت کمتری نسبت به میزان کیفی قدرت نظارتی و کنترلی برخوردار است. از این رو، دولت به عنوان شاخه اجرایی حکومت ممکن است روزمره هزاران تصمیم اجرایی و اداری اتخاذ نماید و یا قوه مقننه ده‌ها و صدها تصمیم تقنینی در طول یک سال بگیرد، با این وجود ممکن است در مجموع نتوان وظایف مهم تقنینی، سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و مدیریت اجرایی را به پارلمان یا دولت نسبت داد. علت آن نیز این است

که نهادهای کنترلی و نظارتی مانند شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام و یا حتی دیوان‌های عالی اداری و قضایی با بکارگیری اهرم‌های موجود نظارتی و کنترلی خود و با شدت و ضعف دادن به استفاده از چنین اهرم‌هایی در مقاطع معین و در فرآیندهای تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری، طرح‌ها، لوایح، آیین‌نامه‌ها و برنامه‌ها و سیاست‌های دولت و مجلس را یا رد می‌کنند و یا موجب تغییر و اصلاح بنیادین آنها می‌شوند. و در نتیجه به طور غیرمستقیم آراء، نظرات و دیدگاه‌های خود را جایگزین نظرات و دیدگاه‌ها و تصمیم‌ها و سیاست‌ها و برنامه‌های دولت و مجلس شورای اسلامی به عنوان نهادهای منتخب می‌نمایند که به طور مستقیم با آراء مردم بر سر کار آمده‌اند، و حال آن‌که حاکمیت در ایران از نوع جمهوری اسلامی است. در چنین وضعیتی، وجه جمهوریت حاکمیت نظام به تبع وجه اسلامیت آن بنا به تفاسیر حکومتی رنگ باخته است در حالی که مطابق اصل اول قانون اساسی حکومت ایران جمهوری اسلامی است و مشروعیت یا حقانیت حکومت جمهوری اسلامی پیش از هر چیز به عنصر رأی ملت ایران وابسته است که در همه پرسی دهم و یازدهم فروردین ۱۳۵۸ با اکثریت ۹۸/۲ درصد به آن رأی مثبت داده‌اند. نتیجه آن‌که در مواقع اختلاف و ابهام در اعمال حاکمیت جمهوریت یا اسلامیت، باید با توجه به اصول یکم و پنجاه و ششم قانون اساسی و در سایه تفسیری مردم سالارانه از اصول قانون اساسی به رفع اختلاف و نزاع پرداخت.

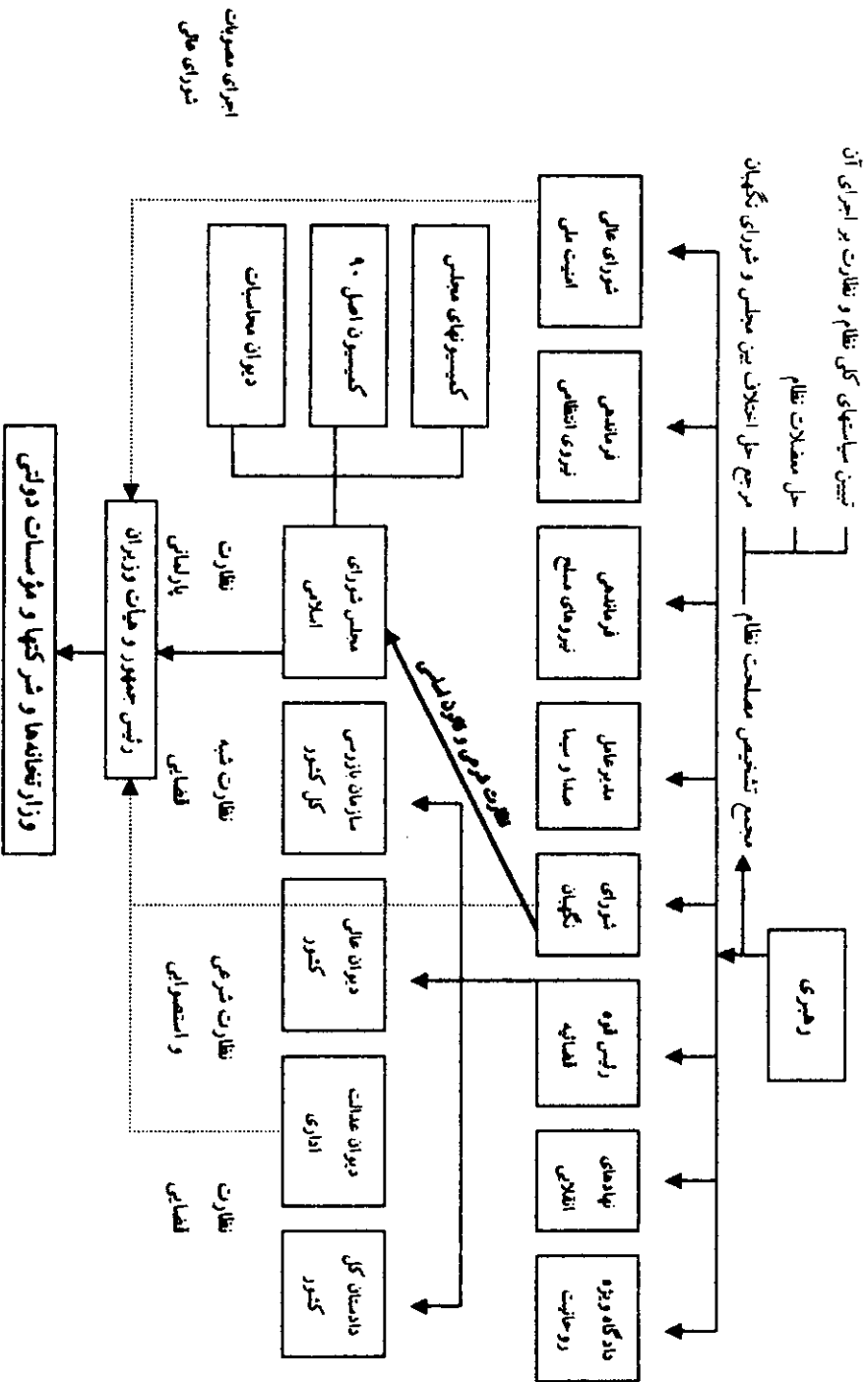
لازم به توضیح است که نظارت و کنترل در سایر نظام‌های قانونگذاری و سیاسی نیز وجود دارند، لیکن باید توجه داشت که: یک، ماهیت و شیوه نظارت از نوع حاکمیت مستقر در جامعه سیاسی تبعیت

می‌نماید و دو، ترکیب اعضا و نهادهای نظارتی متشکل از کسانی است که عمدتاً به وسیله مجالس قانونگذاری و به انتخاب رئیس جمهور و یا رئیس کشور نصب می‌شوند که منتخب مستقیم مردم‌اند، مانند الگوی فرانسوی شورای قانون اساسی، و سه، مکانیزم کنترل و نظارت خودکار و پیوسته و توأم با حق وتوی دائمی و قطعی جز در موارد محدود و استثنایی، وجود ندارد.

بنابر آنچه گذشت، مطابق ترتیبات کارکردی و عملکردی مقرر در قانون اساسی و با توجه به میزان و انعکاس تأثیر رأی مردم، و نقش شورای نگهبان، مجلس خبرگان، رهبری، رئیس جمهور و مجلس شورای اسلامی و دولت در نظام تصمیم‌گیری ساختار کارکردی حکومت را می‌توان به شکل زیر ترسیم نمود:



با توجه به نمودار فوق، نظام تصمیم‌گیری و سیاستگذاری و مدیریت کلان کشور را می‌توان با توجه به قانون اساسی به شکل نمودار زیر منعکس نمود:





در رابطه با نمودارهای فوق نکات چندی شایسته یادآوری است:

اول این که مجمع تشخیص مصلحت نظام اگرچه دارای کارکرد مشورتی است، لیکن به جهت تفویض اختیار از سوی رهبری، در واقع تنظیم کننده سیاست‌های کلی نظام و ناظر بر حسن اجرای آنها است. مجمع تشخیص هم به تدوین برنامه‌های کلان نظام و حکومت پرداخته و چشم‌انداز بیست ساله نظام<sup>۴۳</sup> را نیز تنظیم کرده است. قابل توجه است که برنامه‌های بودجه و پنج ساله توسعه باید در چارچوب سیاست‌های کلان نظام به تأیید مجمع تشخیص نیز برسد و لذا شورای نگهبان به عنوان ضامن بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی در مورد سیاست‌های کلی نظام و نظارت بر حسن اجرای آنها در خواهد آمد. به علاوه، تحت صلاحیت مقرر در بند ۸ اصل ۱۱۰ راجع به حل معضلات نظام، مجمع تشخیص اقدام به تصویب مواردی نموده که قانونگذاری ابتدایی محسوب می‌شود که در حدود اختیارات مجلس شورای اسلامی بوده و به همراه صلاحیت حل اختلافی مجمع تشخیص مطابق اصل ۱۱۲ قانون اساسی، آن را در موقعیت خاص و ویژه سیاست‌گذاری و تقنینی قرار داده است.<sup>۴۴</sup>

دوم این که، اگر چه درباره جایگاه شورای نگهبان و وظایف و اختیارات و عملکردهای آن به تفصیل سخن رفته است، از جهت تحلیل ساختاری که مورد بحث این مقاله است، ذکر چند نکته ضروری است. از

۴۳. سند نهایی چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ هجری شمسی که مبنای سیاست‌های کلی چهار برنامه پنجساله آینده کشور است در تاریخ ۱۳/۸/۱۳۸۲ به تأیید رهبری رسیده و طی نامه شماره ۱/۵۷۷۵ مورخ ۱۳/۸/۱۳۸۲ دفتر رهبری جهت هرگونه اقدام به آقای خاتمی، رئیس جمهور، ابلاغ گردیده است.

۴۴. دکتر سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم: حاکمیت و نهادهای سیاسی، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۷، صص ۶۱-۶۶.

آنجا که حاکمیت در ایران دوگانه است و دارای دو منشأ جمهوریت و اسلامیت است، ترکیب اعضای آن و شیوه نصب آن تأمین کننده وجه جمهوریت حاکمیت نمی‌باشد، به ویژه که شش نفر از فقهای آن مستقیماً به وسیله رهبری منصوب می‌شوند و شش عضو حقوقدان آن هم به طور غیرمستقیم منصوب ایشان است، بدین نحو که مجلس شورای اسلامی می‌بایست شش حقوقدان شورای نگهبان را از میان لیست پیشنهادی رئیس قوه قضائیه برگزیند که خود منصوب مستقیم رهبری است. صرفنظر از تحلیل محتوایی و ماهوی تصمیم‌ها و آراء و نظرات شورای نگهبان که حقوقدانان و سیاستمداران درباره آن‌ها آراء مفصلی ارائه داده‌اند، صلاحیت نظارتی و تشخیصی شورای نگهبان در رابطه با احراز صلاحیت و کاندیداتوری نامزدهای مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری و نمایندگان مجلس شورای اسلامی مکانیزم و فرصت‌هایی را برای آن شورا فراهم می‌آورد که می‌تواند تعیین کننده ترکیب اعضای مجالس و مناصب فوق بوده و سازماندهی آنها را برعهده گیرد. در نتیجه، بدین شیوه از حکمرانی، وجه حاکمیت جمهوریت نظام با چنین ترتیبی مورد تضعیف و تحدید قرار می‌گیرد.

سوم این که، اگر چه رئیس جمهور، ریاست شورای عالی امنیت ملی را بر عهده دارد، از لحاظ کارکردی، مصوبات آن قبل از اجرا باید به تأیید رهبری برسد.

چهارم آن که، رئیس قوه قضائیه به وسیله رهبری منصوب می‌شود و ایشان نیز دارای صلاحیت‌های قضایی و اجتهادی و آیین‌نامه‌ای و اداری و اجرایی کافی جهت سازماندهی محاکم و قضات بوده و تعیین رؤسای

سازمان بازرسی کل کشور، دیوان عدالت اداری، دادستان کل کشور و رئیس دیوان عالی کشور را برعهده دارد. بدیهی است که تأثیر نظارتی و کنترلی نهادهای قضایی فوق بر فرآیندهای تصمیم‌گیری‌های قوای مجریه و مقننه غیرقابل انکار است. به علاوه، مطابق تفسیر شورای نگهبان، هیأت دولت نمی‌تواند به طور مستقیم لوایح قضایی تنظیم و به مجلس شورای اسلامی ارسال نماید، بلکه لوایح قضایی باید به وسیله قوه قضائیه تنظیم و بدون هیچ گونه جرح و تعدیل به وسیله هیأت دولت به مجلس تسلیم گردد.<sup>۴۵</sup>

پنجم آن که، اگرچه وضعیت ارگان‌ها و نهادهای انقلابی در قانون اساسی مورد توجه قرار نگرفته‌اند، کارکردهای اجرایی، اداری، تصمیم‌گیری، سیاست‌گذاری و حتی قانونگذاری قابل توجهی در اختیار دارند که در این زمینه‌ها تأثیرات غیرقابل انکاری بر سایر نهادهای رسمی و حکومتی می‌گذارد. قابل توجه آن که، هر گونه نظارت پارلمانی و تحقیق و تفحص نسبت به ارگانها و نهادهای فوق باید با موافقت رهبری صورت گیرد.<sup>۴۶</sup>

ششم آن که، نقش تبلیغاتی و رسانه‌ای صدا و سیما به عنوان ارگان انحصاری اطلاع‌رسانی و تأثیر آن بر انعکاس فعالیت‌های بخش‌های دیگر حاکمیت مانند دولت و مجلس شورای اسلامی و حتی انعکاس تحولات

۴۵. نظریه شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ شورای نگهبان به نقل از مجموعه نظریات شورای نگهبان، منع پیشین، صص ۲۹۵-۲۹۲.

۴۶. ماده ۱۹۸ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی بیان می‌دارد: «در اجرای اصل هفتاد و ششم قانون اساسی، به استثنای دستگاه‌هایی که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری هستند و مجلس خبرگان رهبری و شورای نگهبان هر گاه نماینده‌ای تحقیق و تفحص در هر یک از امور کشور را لازم بداند، درخواست خود را کتباً از طریق هیأت رئیسه مجلس به کمیسیونی که امر مزبور در تخصص آن است تقدیم می‌نماید...»

بین‌المللی از منظر اطلاع‌رسانی همگانی و جهت دادن به افکار عمومی و ایجاد جریان‌های سیاسی و فرهنگی و اجتماعی غیر قابل انکار است. در مقایسه با قانون اساسی قبل از اصلاحات سال ۱۳۶۸، اداره صدا و سیما به صورت متمرکز در آمده و نصب و عزل رئیس سازمان صدا و سیما در صلاحیت رهبری است،<sup>۴۷</sup> در حالی که قبل از اصلاحات مذکور، نصب و عزل رئیس آن و نظارت بر وی زیر نظر مشترک قوای سه‌گانه کشوری قرار داشت.

هفتم آن‌که، نهادهای موازی دیگری وجود دارند که نقش و تأثیر قابل توجهی بر عملکرد و صلاحیت‌های قانونی مراجع رسمی حکومتی دارند که در نمودار ساختاری ما مشخص نشده‌اند، مانند ستاد ائمه جماعات شهرها و نمایندگان رهبری، و مهمتر از همه شورای عالی انقلاب فرهنگی است که وفق تفسیر شورای نگهبان مصوبات آن در حکم قانون به شمار آورده شده و در زمینه‌هایی که شورای عالی انقلاب فرهنگی اقدام به تصویب امری نموده است، مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند در همان زمینه اقدام به قانونگذاری نماید.<sup>۴۸</sup>

هشتم آن‌که، برقراری نظم و امنیت داخلی برعهده دولت و وزارت کشور قرار دارد، در حالی که نیروهای انتظامی و نصب و عزل فرماندهان آن تحت نظر رهبری است.<sup>۴۹</sup> از این‌رو تبعیت نیروهای فوق از وزارت

۴۷. اصل ۱۷۵ اصلاحی سال ۱۳۶۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۴۸. شورای نگهبان با توجه به فرمان امام در تاریخ ۱۳۶۳/۱۲/۶: «ضوابط و قواعدی را که شورای محترم عالی انقلاب فرهنگی وضع می‌نمایند باید ترتیب آثار داده شود» به چنین نتیجه‌ای رسیده است.

۴۹. مطابق بند «و» اصل ۱۱۰ قانون اساسی نصب و عزل و قبول استعفای فرماندهان عالی نیروهای نظامی و انتظامی از وظایف و اختیارات رهبری است.

کشور مشروط به تفویض و واگذاری اختیارات رهبری در این زمینه است. نتیجه چنین ساختار و سازماندهی اقتدار سیاسی این است که حوزه‌های مهمی از تصمیم‌گیریها، سیاست‌گذاریها، قانونگذاریها و برنامه‌ها خارج از حاکمیت جمهوری و انتخابی و اصل تفکیک قوا و منطق آن قرار گرفته‌اند. از علل مهم آن نیز این که حاکمیت یگانه و یکپارچه و منسجمی بر ساختار و تشکیلات و سازماندهی قدرت سیاسی حکمفرما نیست. به سخن دیگر، حاکمیت به حاکمیت انتخابی و حاکمیت غیرانتخابی تجزیه شده است. بخش حاکمیت انتخابی در مقامها و نهادهای انتخابی از طریق رأی مستقیم اما کنترل شده مردم تبلور می‌یابد، مانند ریاست جمهوری و نمایندگان مجلس شورای اسلامی، در حالی که بخش حاکمیت غیرانتخابی بر مبنای حاکمیت تئوکراتیک موقعیت‌های نظارتی و کنترلی و جهت‌دهندگی در سازماندهی حکومت اشغال کرده‌اند. در چنین وضعیتی حاکمیت که امری بسیط و تجزیه ناپذیر است، به حاکمیت دو گانه تقسیم و تجزیه شده و حاکمیت دو گانه منشأ ساختار، سازماندهی و تشکیلات دو گانه، ابهام در روابط حکومتی قوا، فقدان شفافیت و فقدان پاسخگویی نهادها، تعارض و تنش در سطح مدیریت کلان حکومت و ناسازگاری در تصمیم‌ها، اقدامات، برنامه‌ها، قوانین و سیاست‌های حکومتی شده است.<sup>۵۰</sup>

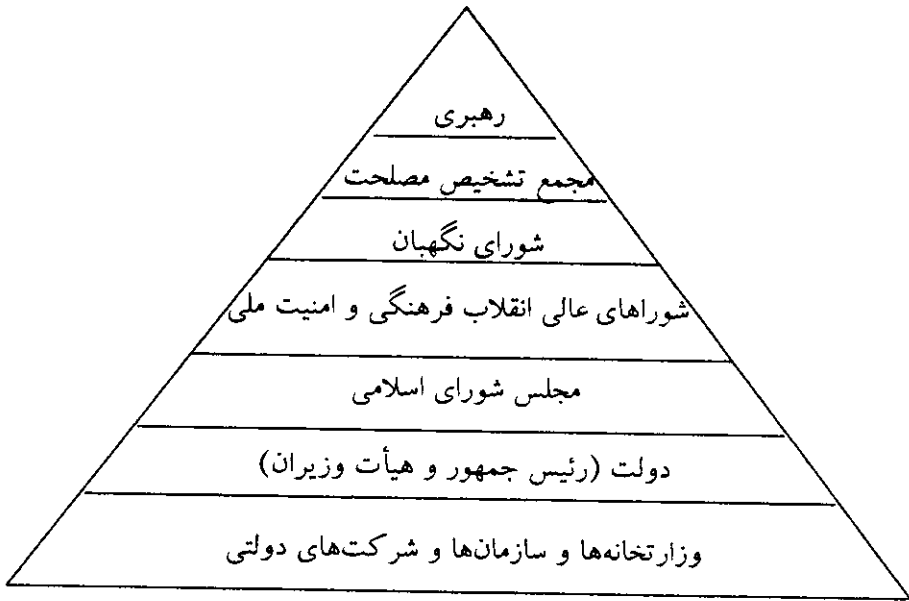
نکته دیگری که باید به آن توجه داشت، تحولات و تغییراتی است که در اواخر قرن بیستم در کارکردهای قوای حکومتی در حال شکل‌گیری است. به این ترتیب که تحولات اجتماعی و پیچیدگی روابط جمعی و

۵۰. در این زمینه نگاه کنید به متن گفت و گو با سخنگوی دولت، عبدالله رمضانزاده تحت عنوان «ساختار حقیقی، ساختار حقوقی»، مجله آفتاب، شماره ۳۱، صص ۲۸-۳۳.

بین‌المللی، دخالت قوای مجریه و دولت را در تنظیم روابط اجتماعی و رفع مشکلات جوامع بیش از گذشته ضروری ساخته است. به این دلیل است که شاخه اجرایی حکومت‌ها در قرن بیست و یکم نمی‌تواند فقط مجری صرف قوانین و مصوبات پارلمان‌ها باشند، بدون آن که هیچگونه نقشی در فرآیند تدوین و اصلاح و انشاء و حتی تدوین ابتدایی قوانین و برخورداری از وظایف شبه قضایی داشته و یا بدون آن که از اقتدار کافی اجرایی و کارآمدی و توانمندی تصمیم‌گیری بهره‌مند باشند.

نادیده گرفتن چنین جنبه‌ای از توسعه سیاسی و حقوقی، نهاد اجرایی حکومت را در مقابل سایر نهادها به ابزاری بی‌خاصیت و بی‌اثر تبدیل می‌نماید و از چنین دولت ناکارآمدی نمی‌توان پاسخگویی شفاف و متناسبی و یا حل و فصل مؤثر مسائل و مشکلات اجتماعی از قبیل بیکاری، فقر، تورم، فساد اداری و سیاسی و وفاداری به حاکمیت قانون که از اهداف و ارزشهای حکمرانی خوب به شمار می‌روند، انتظار داشت.

در مقایسه با حاکمیت غیردموکراتیک، حاکمیت مردمی با فرآیندهای تصمیم‌گیری، سیاست‌گذاری و سازماندهی مشارکتی و حق - محور سازگار است، در حالی که بنابر آنچه از ساختار قدرت سیاسی و حقوقی مطابق قانون اساسی گذشت، سازماندهی قدرت و حکومت به صورت سلسله‌مراتبی، متمرکز و هرمی شکل صورت گرفته است. با توجه به تحلیل فوق، هرم زیر تا حدودی نظام تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری را با توجه به اهمیت و اثربخشی کارکردهای نهادهای حکومتی نشان می‌دهد:



### هرم تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری کلان حکومت در ایران

نتیجه آن که تقسیم قوا و سازماندهی قدرت سیاسی، اختیارات و صلاحیت‌ها در ساختار فعلی حکومت با توجه به مبانی حاکمیت جمهوری و مردم‌سالاری نظام سیاسی صورت نگرفته است. و بدین علت است که یکسان‌سازی ارزش‌های حاکم بر قانون اساسی و حاکمیت و سپس بازنگری در توزیع اقتدارات، صلاحیت‌ها و وظایف و مسؤولیت‌ها و باز مهندسی آنها و سازماندهی مجدد قدرت سیاسی بر مبنای اصول حکمرانی خوب ضروری است.

## نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت مطالب و نکات زیر قابل استنتاج است:

الف - حکمرانی خوب مبتنی است بر مفاهیم و اصولی، مانند مشارکت، پاسخگویی، شفافیت، حقوق بشر و حاکمیت قانون که از منظر قطعنامه‌های سازمان ملل بستر اجرایی آن حکومت مشارکت‌جو، شفاف و دموکراتیک است.

ب - حکمرانی خوب فرآیندی است که طی آن اصول و ارزش‌های فوق‌الذکر تحقق می‌یابند و از این دیدگاه حکمرانی خوب مکانیزمی در جهت گسترش ارزش مردم‌سالاری و حاکمیت دموکراتیک است.

پ - حاکمیت قانون مستلزم آن است که اولاً نظام سیاسی از نظام ارزشی و اندیشه‌ای یگانه، یکپارچه، سازگار، هدفمند و بدون تعارض ساختاری و کارکردی تبعیت نماید و ثانیاً نظام حقوقی آن نیز مشتمل بر سازگاری درونی و هماهنگی بین نرم‌های فرازین آن (اصول قانون اساسی) و اصول و قواعد فرودین آن (سایر قوانین و مقررات و برنامه‌ها و سیاست‌ها) باشد. در قانون اساسی ما این تجانس و سازگاری درونی و سیستمی رعایت نشده است و علت آن دوگانگی و چندپهلویی و ابهام در نظام ارزشی آن و ناسازگاری در ارزش‌های حاکمیتی و در روابط و سازگاری نرم‌های دموکراتیک با نرم‌های تئوکراتیک است که در میان اندیشمندان و بازیگران سیاسی بر آن فهم مشترک وجود ندارد و یا آن‌که در طول زمان رویه‌های سیاسی و حقوقی مشترکی نیز حاصل نشده است.



ت - گسترش سیطره نهادهای غیرانتخابی حکومت منجر به تحلیل و محو جنبه جمهوریت حاکمیت نظام سیاسی شده است در حدی که تنها اندیشه و تفسیری از دین و دینداری مقبول است که حاکمیت و اراده جمهوری و مردم سالاری را به صورت اساسی و بنیادین پذیرفته باشد. بنابر چنین تفسیری می توان انتظار یکسان سازی ارزش های حاکمیتی و سیاسی و به تبع آن انسجام و سازماندهی قدرت و حکومت و تشکیلات و ساختارهای کلان حکومتی را داشت.

ث - بنابر تحلیل این مقاله درباره اصول ساختاری قانون اساسی، نظام حکومتی ما از هیچیک از الگوهای ریاستی، پارلمانی و یا نیمه پارلمانی و طبعاً از منطق درونی آنها پیروی نکرده است و علت مهم آن نیز چند گانگی در مفاهیم ارزشی حاکمیت و منشأ و سرشت آن است.

ج - بنابر همین تحلیل، قانون اساسی فعلی کارکردهای مطلوب قوانین اساسی را در موارد ذیل محقق نمی سازد:

- ۱- توزیع متناسب و منطقی قدرت سیاسی؛
- ۲- تعیین قواعد بازی منصفانه و نظام مؤثر و قوای حکومتی؛
- ۳- تعیین نظام پاسخگویی فراگیر و کارآمد؛
- ۴- تعیین شفاف حقوق و آزادی های مدنی و سیاسی و ضمانت  
اجراهای مؤثر آنها،

چ - در پایان به نظر می‌رسد که ترتیبات فعلی ساختاری و تشکیلاتی و مدیریت کلان حکومت که مبتنی بر قانون اساسی است، اهداف و ارزش‌های حکمرانی خوب را تأمین و تسهیل نمی‌نمایند. دستیابی به ارزش‌ها و اصول حکمرانی خوب مستلزم تحقق سازماندهی حکومت و ساختارهای متناسب با مردم‌سالاری و حاکمیت جمهوری است که دارای اوصاف تمرکززدایی، مشارکتی، شفافیت، پاسخگویی، حاکمیت قانون و رعایت حقوق بشر و آزادی‌های عمومی باشد. حکمرانی خوب، حقوق بشر و شهروندی، پاسخگویی و حاکمیت قانون ثمره‌هایی نیستند که در هر بستر ساختاری، سازمانی، تشکیلاتی و فرآیندی به بار نشینند. حاکمیت جمهوری مستلزم حکومت جمهوری است.

# تناسب اصولی دلیل تصرف در اثبات مالکیت

فریدون نهرینی\*

## فهرست مطالب

چکیده

مقدمه

فصل اول - خصائص ادله اثباتی

مبحث اول - قانونی بودن ادله اثباتی

مبحث دوم - قابلیت ارائه و استناد ادله توسط متداعیین

مبحث سوم - متناسب بودن ادله اثبات در کلیه دعاوی

مبحث چهارم - شکلی بودن مقررات مربوط به ادله اثبات

فصل دوم - تصرف به عنوان دلیل اصولی و عمومی اثبات مالکیت

مبحث اول - بررسی ماده ۳۵ قانون مدنی

مبحث دوم - بررسی مواد ۶۱، ۶۲ و ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی

مبحث سوم - بررسی مقررات قانونی ثبت اسناد و املاک

مبحث چهارم - بررسی مقررات قانون تجارت

---

\* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی.

فصل سوم - عنوان و مقام تصرف

مبحث اول - قاعده عمومی در مورد دلالت تصرف در مقام و عنوان مالکیت

مبحث دوم - رویه قضایی

گفتار اول - تصرف به عنوان وقفیت

گفتار دوم - زوال عنوان تصرف در مالکیت با اثبات و احراز وقف

نتیجه

## چکیده

این مقاله نگاه و نظری ویژه به تناسب ادله اثبات دعوی در احراز مالکیت دارد، امری که همواره در طرح دعاوی و دفاعیات معمول، از آن غفلت شده یا بعضاً نادیده گرفته می‌شود. ره آورد این نوشتار را باید در برجسته نمودن یکی از امارات قانونی یعنی دلیل تصرف و معرفی موقعیت ممتاز آن در میان سایر ادله و امارات دانست؛ فی الواقع با لحاظ جمیع ضوابط حاکم بر ادله اثبات دعوی، باید بر آن بود که اولین و مهمترین دلیل اصولی و متناسب در اثبات مالکیت، دلیل تصرف به عنوان مالکیت است که اصولاً در کلیه اموال اعم از منقول و غیرمنقول به کار می‌آید مگر در تعداد معدودی از اموال و حقوق که در اثبات مالکیت بر آنها، به سایر ادله باید توسل و تمسک جست. اینک به تفصیل به شرح مطلب خواهیم پرداخت.

## مقدمه

طرح این عنوان در بدو امر ممکن است عجیب و مبهم به نظر آید. ضمن این که احتمال می‌دهم در نظر برخی غریب و بی وجه باشد. اما عنوان مزبور فی الواقع همان چیزی است که گاه به طور ناخود آگاه سعی در رعایت آن داریم و گاه نیز بدون توجه به آن می‌کوشیم تا به هر ترتیب ممکن با جمع آوری دلایل اثباتی، دعوی مورد نظر خود را بر مسند اثبات بنشانیم. متناسب بودن دلیل و یا ادله اثبات دعوی، خصیصه‌ای است کلی که صرفاً در دعوی مالکیت کاربرد ندارد بلکه در کلیه دعاوی به کار می‌رود اما آنچه که موجب شده، آن را به دعوی مالکیت مقید و محدود سازیم، شایع بودن دعوی مالکیت در میان سایر دعاوی است مضافاً این که

متفاوت بودن ادله اثباتی در دعوی مربوط به مالکیت، انتخاب آن را ممتاز می‌کند.

هدف و منظور از تناسب ادله اثباتی و ضرورت رعایت آن در طرح و اثبات دعوای مالکیت، آن است که در هنگام طرح دعوی مزبور، دلایلی را جهت اثبات آن به کار گیریم که از منظر قانونی و منطقی، مناسب و کافی در اثبات و احراز مالکیت باشد. بدیهی است هرگاه این تناسب را رعایت نکنیم با فرض وجود و اجتماع سایر شرایط و خصائص، اثبات دعوی مطروحه منتفی خواهد شد.

– موضوع فوق اگرچه با توجه به مقررات قانون مدنی در باب ادله اثبات دعوی (جلد سوم قانونی مدنی) مطرح می‌شود لیکن نمی‌توان بررسی آن را صرفاً به قانون مدنی محدود کرد بلکه مقررات آیین دادرسی را نیز در بر خواهد گرفت چه آن که وقتی صحبت از دعوی می‌شود، بلافاصله رسیدگی و دادرسی در دادگاه به ذهن متبادر می‌گردد (خطور می‌کند). در نتیجه آنچه که به مبحث ادله اثبات قوت می‌بخشد و ظهور آن را متجلی می‌سازد، محضر دادگاه و طرح دعاوی و مدافعات طرفین و نهایتاً رسیدگی و اتخاذ تصمیم دادگاه است که در تمامی این موارد، این ادله اثباتی و ابرازی دعاوی و دفاعیات متداعیین است که به اظهارات طرفین و رأی دادگاه رنگ و بوی عدالت می‌بخشد. اگر نبود این ادله اثباتی، اظهارات طرفین به مثابه گفتار و گفتگویی می‌نمود بی‌پایه و اساس و بدون جوهره. در نتیجه ما بر آنیم ضمن توصیف ادله اثبات دعوی، یکی از خصائص بارز و ارزشمند آن را که بحث تناسب ادله با دعوی می‌باشد مورد تحلیل و بررسی قرار داده و جایگاه آن را در دعاوی مربوط به مالکیت و احراز آن

بیان کنیم. به باور نگارنده هرگاه مراجع قضایی و اصحاب دعوی و وکلای آنها در طرح دعاوی خود، خصیصه متناسب بودن دلیل با دعوی را نادیده بگیرند، بی تردید نه موفق به اخذ حکم عادلانه خواهند شد و نه حکم صادره اساس قانونی خواهد داشت.

## فصل اول

### خصائص ادله اثباتی

ادله اثبات دعوی، مجموعه دلایلی هستند که اشخاص و اصحاب دعوی به منظور اثبات ادعای خویش، از آنها سود جسته و با تدارک دلیل در مقام اثبات ادعا و دفاعیات خود قرار می‌گیرند. به همین جهت ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ در تعریف دلیل اشعار می‌دارد: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند». همین تعریف در مورد اسناد نیز طی ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی آمده است: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد». ادله اثبات واجد خصائص و ویژگی‌هایی است که اصحاب دعوی می‌باید در استفاده از آنها، این ویژگی‌ها را مد نظر داشته و رعایت کنند.

### مبحث اول - قانونی بودن ادله اثباتی

اولین و مهمترین ویژگی ادله اثبات دعوی، قانونی بودن ادله است؛ اصحاب دعوی در استناد و توسل به دلایل و ادله اثباتی، مبسوط‌الید نیستند و همواره می‌باید خصیصه اصلی و ذاتی ادله را که همانا قانونی بودن ادله

است، رعایت نمایند. به عبارت دیگر، هریک از اصحاب دعوی در اثبات دعاوی خود، مقید به استفاده از ادله‌ای هستند که جواز آن از سوی مقنن صادر شده باشد و الا ادله استنادی و ابرازی از قدرت قانونی به منظور اثبات و احراز ادعا و کشف حقیقت برخوردار نخواهند بود؛ نفوذ ادله اثباتی در اولین گام و ذات خود به تجویز و تصریح قانونی بستگی دارد و الا هیچ‌گونه اعتباری بر آن نمی‌رود. به همین جهت است که استعمال عبارت ادله اثبات دعوی را همواره موصوف به وصف (قانون) کرده و آن را تحت عنوان «ادله قانونی اثبات دعوی» به کار می‌بریم.

منظور از ادله قانونی اثبات دعوی، ادله‌ای است که صرفاً توسط قانون احصاء و تجویز شده و طرفین دعوی (متداعیین) صرفاً برای اثبات ادعای خود می‌توانند از این ادله استفاده کنند و سایر ادله‌ای که ممکن است از نظر عوام مثبت دعوی باشد از منظر قانونی چنین قدرتی ندارد. این ادله قانونی مطابق دلایل پنجگانه مقرر در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی بدین قرار است: ۱- اقرار ۲- اسناد کتبی ۳- شهادت ۴- امارات ۵- قسم (سوگند). افزون بر آن، سه دلیل دیگر که معمولاً در جریان دادرسی و توسط دادگاه و به منظور کشف حقیقت به کار می‌رود و در آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده که عبارتند از: ۱- معاینه محل (مواد ۲۴۸ به بعد آیین دادرسی مدنی) ۲- تحقیقات محلی (ماده ۲۴۹ آیین دادرسی مدنی جدید) ۳- کارشناسی (ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی).

علم قاضی را نیز باید به موارد فوق افزود و النهایه باید توجه داشت که در مقررات مدنی، علم قاضی یک شاخه مستقل در ادله را تشکیل نمی‌دهد بلکه دلیل مزبور را می‌توان بر پایه برخی از ادله دیگر مستقر



دانست. به همین جهت نیز مقنن در ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ علم قاضی را بر مبنای اسناد یا امارات ممکن می‌داند:

«توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد، در این صورت مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است، منوط به قسم او نماید».

علاوه بر این علم قاضی می‌تواند به‌طور غیرمستقیم و از طریق تحقیق و معاینه محل به دست آید. ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی جدید می‌گوید:

«اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد».

مفاد این مقرر تقریباً همان چیزی است که در امر کیفری در ماده ۴۳ آیین دادرسی کیفری جدید پیش‌بینی شده است. بنابراین با توجه به مطالب بالا که از ادله محصور و منحصر قانونی یاد شده، این نتیجه بدست داده می‌شود که به غیر از ادله قانونی احصاء شده در قانون، اساساً نمی‌توان از سایر ادله‌ای که ممکن است حتی مثبت ادعا در طریق عادی باشد، استفاده نمود و فی الواقع باید بر این اعتقاد بود که دعوای از طریق ادله غیرقانونی اساساً اثبات و احراز نمی‌شوند حتی اگر از نظر اخلاقی یا از منظر عوام، ادعا را ثابت سازند؛ فی المثل استفاده از دلایلی همچون عکس، نوار

ضبط صوت یا فیلم و یا CD و دیسکتهای کامپیوتری هیچ گونه محمل قانونی نداشته و دلیل قانونی به شمار نمی آیند. چه آن که قطع نظر از قانونی نبودن این ادله، با تکنیکهای روز می توان به سادگی تصاویر و صدای اشخاص را مونتاز و ترکیب نمود.

### مبحث دوم - قابلیت ارائه و استناد ادله توسط متداعیین

دومین خصیصه ادله اثبات دعوی، قابلیت ارائه آن توسط طرفین و اصحاب دعوی است. در حقیقت اثبات موضوع دعوی در تمامی ارکان و جهات آن به عهده اصحاب دعوی می باشد. بدین ترتیب که مدعی مکلف است ادعای خود را با ابراز دلایل قانونی به اثبات برساند و بالعکس مدعی علیه نیز تکلیف دارد در موضوع دفاع مستندات خود را ارائه کند. نتیجه چنین امری آن است که قاضی و دادرس دادگاه ممنوع از تحصیل و تدارک دلیل به نفع هریک از اصحاب دعوی هستند چه آن که چنین امری (تحصیل دلیل) خارج از حیطه اختیارات دادرس بوده و انجام آن، او را از بی طرفی خارج می سازد. بنابراین به خلاف امور کیفری که مقام تعقیب کننده (همانند مدعی العموم و قاضی تحقیق در مرحله تحقیقات مقدماتی) با بی طرفی در مقام جمع آوری کلیه ادله له یا علیه متهم می پردازد (ماده ۳۹ آیین دادرسی کیفری جدید)، در امور حقوقی این تلاش و تعهد بر عهده هریک از اصحاب دعوی قرار دارد و استمداد از دادرس و قاضی دادگاه به منظور تحصیل دلیل فاقد وجاهت قانونی است (ماده ۳۵۸ آیین دادرسی مدنی سابق). اما فارغ از بحث اصولی فوق، در موارد استثنایی و آن هم به منظور کشف حقیقت، دادرس حق مداخله می یابد به همین منظور در

قسمت اخیر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (سال ۱۳۱۸) و ماده ۲۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸ و ماده ۸ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری و نهایتاً ماده ۱۹۹ قانونی آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹/۱/۲۱، مقنن دادگاه را مجاز ساخته تا به منظور کشف حقیقت و احراز واقعیت امر، هرگونه تحقیق و اقدامی را که لازم می‌داند به عمل آورد و این امر تحصیل دلیل محسوب نمی‌گردد بلکه دادرس با بی طرفی کامل و بدون این که منافع یا مضار یکی از طرفین دعوی را در نظر داشته باشد، صرفاً اقدامات و تحقیقاتی را انجام می‌دهد تا از آن طریق به حقیقت امر دست یابد، خواه حقیقت حاصله منجر به صدور رأی به نفع خواهان گردد یا خواننده. بنابراین شاید با مسامحه بتوان این اقدام دادگاه را استثنایی بر اصل ابراز دلیل توسط اصحاب دعوی به شمار آورد، زیرا چنین اقدامات و تحقیقاتی از یک سو به قصد و نیت تحصیل دلیل به نفع یک طرف دعوی انجام نمی‌پذیرد و از سوی دیگر به هر حال نتیجه آن، رأی دادگاه را به نفع یکی از طرفین سوق می‌دهد اگرچه دادگاه با اقدام خود در مقام کشف حقیقت واقع بوده است. مانند آن که خواهان در دعوی به سندی استناد و اشاره می‌کند که این سند در پرونده ثبتی ملک متنازع فیه موجود است لیکن خواهان قادر به ابراز و ارائه آن نمی‌باشد در این صورت دادگاه حتی بدون درخواست خواهان و صرفاً به جهت کشف حقیقت امر، با صدور دستوری، سند مزبور را از سازمان ثبت مطالبه خواهد کرد یا ممکن است در مقابل دعوی خلع ید خواهان که با سند رسمی مالکیت مبادرت به طرح دعوی کرده، خواننده مدعی شود که ملک مورد ادعا را از سازمان زمین شهری و پس از صدور

رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری دایر بر موات بودن آن، به انتقال گرفته و مالک آن می‌باشد در این صورت بر فرض عدم ارائه هرگونه سندی که مثبت این ادعا باشد، دادگاه مکلف است به منظور کشف واقع، در خصوص ادعای خواننده تحقیق نموده و از سازمان زمین شهری استعلام نماید.

### مبحث سوم - متناسب بودن ادله اثبات در کلیه دعاوی

از جمله خصائص دیگر ادله اثبات دعوی، تناسب آن با دعوی مطروحه می‌باشد. به بیان دیگر، به خلاف آنچه که تصور می‌رود و از ظاهر ترتب و تقدم و تأخر ادله اثبات دعوی در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی استنباط می‌شود، ادله احصایی مذکور، اصولاً نسبت به یکدیگر قوت و ضعف ندارند بلکه هریک و یا بعضی از آنها در اثبات برخی از دعاوی چنین قدرتی ندارند هرچند که همگی دلیل قانونی محسوب می‌شوند. در نتیجه با هر دلیلی حتی قانونی نیز نمی‌توان هر دعوایی را ثابت کرد بلکه باید به دنبال دلایلی بود که در اثبات دعوی مورد نظر، تناسب و دلالت بیشتری داشته و دارند. اگر به منظور اثبات یک دعوی، به دلیلی یا ادله‌ای استناد جوییم که اساساً هیچ‌گونه تناسب و دلالتی با دعوی مطروحه ندارد، در حقیقت آن دعوی را اثبات نکرده‌ایم. فی‌المثل، در دعوی خلع ید غاصب از ملک غیرمنقول ثبت شده، خواهان برای اثبات ذینفعی و مالکیت خود صرفاً باید سند رسمی مالکیت خود را ارائه کند زیرا مطابق مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، مالک ملک غیرمنقول ثبت شده، کسی است که نام او در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد، لهذا خواه خواهان در ملک

مزبور سابقه تصرف داشته یا اساساً و هیچ‌گاه متصرف ملک نبوده باشد، این امر در مالکیت او که با ابراز سند رسمی احراز می‌گردد، تردیدی ایجاد نخواهد کرد. در نتیجه، دلیل متناسب با اثبات مالکیت مزبور، تنها ابراز سند رسمی مالکیت و ثبت نام خواهان در دفتر املاک ملاک است. اما بالعکس در دعوی مالکیت خواهان بر مال منقول، تنها دلیل متناسب، تصرف او به عنوان مالکیت است و نه ابراز سند رسمی.<sup>۱</sup>

به عنوان مثال دیگر، در دعاوی مربوط به ضمان قهری همانند تخریب عمدی یا سهوی یک دیوار توسط خودرو، تنها دلیل انتساب عمل به راننده و اثبات ورود خسارت به مالک دیوار، شهادت شهود می‌باشد، لهذا در این خصوص نمی‌توان از اسناد استفاده کرد زیرا به لحاظ حدوث واقعه قهری، امکان تدارک سند آنچنان که در قراردادها صورت می‌گیرد، وجود ندارد، در نتیجه در اثبات دعوی خسارت و انتساب آن به فاعل زیان، شهادت شهود مناسبترین دلیلی است که به کار می‌رود (بند ۵ ماده ۱۳۱۲ قانونی مدنی). به علاوه در خصوص میزان زیان وارده نیز دلیل کارشناسی در اثبات آن، کاربرد داشته و مؤثر است.

### مبحث چهارم - شکلی بودن مقررات مربوط به ادله اثبات

قوانین و مقررات از یک جهت به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند؛ بخشی از این مقررات و قوانین، ماهوی یا ماهیتی هستند به نحوی که به اصل موضوعات ناظر بر حقوق و احکام مربوط به آنها می‌پردازند از قبیل مقررات ناظر بر ایجاد، انتقال و یا زوال حق. برخی دیگر از این قوانین،

۱. شرح این موضوع در مباحث آتی به تفصیل خواهد آمد.

هیچ گونه ارتباطی به نحوه ایجاد یا زوال و انتقال حق ندارند بلکه متضمن تشریفات و نظاماتی هستند که به معنی اعم کلمه به حقوق ماهوی ضمانت اجرا می‌بخشند؛ قوانین مربوط به آیین‌های دادرسی و تشریفات ثبتی از این قبیل‌اند که به عنوان قوانین و مقررات شکلی نام‌گذاری شده‌اند.<sup>۲</sup>

مقررات شکلی عمدتاً به منظور اجرا و استیفاء حقوق موجود تدوین و به کار گرفته می‌شوند. حال سؤال این است که نفس ادله دعوی و مقررات حاکم بر آن ماهوی هستند یا شکلی؟ از یک سو باید آنها را در زمره امور و مقررات ماهوی دانست زیرا هرگاه نتوان حق را از طریق ادله اثبات، ثابت نمود اصلاً نمی‌توان تصور حق کرد در نتیجه آنچنان حق و حقوق به ادله اثباتی خود وابسته‌اند که گویی یک پیکره واحد را تشکیل می‌دهند و تفکیک آنها از یکدیگر در حقیقت حق را از تجلی و تبلور خواهد انداخت. معمولاً نیز اهمیت این مطلب در جایی ظاهر می‌شود که حق مورد تعرض و تضییع قرار گیرد. در آنجاست که با اثبات تعلق آن به یک طرف می‌توان از متعرض و مضیع آن را استیفاء و اعاده نمود. از سویی دیگر مقررات و احکام ناظر بر ادله را باید در شمار مقررات شکلی انگاشت زیرا این مقررات فی‌نفسه نه حقی برای کسی ایجاد یا منتقل می‌کند و نه حق کسی را زائل می‌سازد اگر چه بدون وجود این ادله، اثبات حق ممکن نیست و به قول برخی از علمای حقوق، حق بدون امکان اثبات آن، حق شمرده نمی‌شود لیکن با این وصف چاره‌ای جز تفکیک مقررات حاکم بر ادله اثباتی از حقوق ماهوی نیست چه آن که این ادله فی‌نفسه حق نیستند و تنها به عنوان وسایلی به کار می‌روند که حقوق ماهوی را اثبات کرده و

۲. برای اطلاعات بیشتر رک. دکتر کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، صص ۳۳۴ - ۳۱۹.

تجلی بخشند، لهذا باید مقررات مربوط به این دسته را شکلی دانست و نه ماهوی. مثلاً ما در تعریف اقرار در ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی داریم که «اقرار اخبار به حقی است به ضرر خود و برای غیر». مفهوم همین مقرره که در جلد دوم کتاب قانونی مدنی آمده، موضوع اقرار را اخبار به حق اعلام می‌دارد و نه خود حق. فی‌الواقع، حق می‌باید ماهیتاً وجود داشته باشد تا مورد اخبار قرار گیرد. نتیجتاً از جهت وجود یا انتقال یا زوال حق، اقرار هیچ‌گونه تأثیری ندارد. همین تفسیر را با تعبیر خاصی که حسب نوع ادله وجود دارد می‌توان در سایر ادله اثباتی نیز به کار برد.

## فصل دوم

### تصرف به عنوان دلیل اصولی و عمومی اثبات مالکیت

#### مبحث اول - بررسی ماده ۳۵ قانونی مدنی

اگرچه بحث و عنوان این مقاله حول محور تناسب ادله اثبات با دعوی مالکیت و احراز مالکیت دور می‌زند، لیکن باور نگارنده بر آن است که مناسب‌ترین و اصولی‌ترین دلیلی که در دعوی مالکیت و اثبات آن از منظر قانونی مطرح است، تصرف به عنوان مالکیت می‌باشد خواه موضوع مالکیت، اموال مادی از قبیل منقول یا غیرمنقول باشد خواه موضوع آن، امور و حقوق مالی باشد. مگر این که استثنائاً مقنن با تصریح به خلاف این وضعیت، دلیل اثبات مالکیت را، ادله دیگری به غیر از اماره تصرف قرار دهد. متأسفانه افراد غیرحقوقدان نیز همواره به منظور تحصیل و تدارک دلیل برای مالکیت خود بر اشیاء و حقوق مالی، بدون توجه به دلیل متناسب

و قانونی آن که اماره تصرف می‌باشد، عمدتاً به اسناد و شهادت رو می‌آورند در حالی که قوانین و مقررات جاری چنین ادله‌ای را جز در موارد استثنایی اساساً مثبت مالکیت نمی‌شناسد. متأسفانه دادگاه‌های بدوی نیز گاهی به تأسی از این نظر عمومی و غیرحقوقی، بر آن صحه گذاشته‌اند. به نظر نگارنده باید این تصور عوام‌پسند و غیرقانونی را از ذهن و اندیشه حاکم بر جامعه حقوقی که از رویه و عرف مردم تأثیر پذیرفته، زدود به نحوی که حتی مردم نیز باید عادت کنند که در این گونه موارد به ادله‌ای رو آورند که در اثبات دعوی مالکیت آنها مناسب و مؤثر باشد.

– ماده ۳۵ قانون مدنی که حسب مفاد ماده ۱۳۲۲ همان قانون در شمار امارات قانونی قرار گرفته، از جمله اماراتی است که می‌توان گفت اثبات اکثریت دعاوی مربوط به مالکیت بر پایه آن استوار می‌گردد. اگرچه در ماده ۳۵ قانون مدنی امکان اثبات خلاف اماره تصرف پیش‌بینی و پذیرفته شده اما در عمل و حتی در تئوری نیز خلاف آن را نمی‌توان بسادگی اثبات کرد. کمی دقت در مادتين ۳۶ و ۳۷ قانونی مدنی این حقیقت را روشن می‌سازد که اثبات خلاف این اماره قانونی تنها با اقرار شخص متصرف به ضرر خود امکان پذیر است. همین امر نشان می‌دهد که قاعده تصرف را نباید تنها در قالب یک اماره دید؛ اگرچه در مباحث اصولی، اماره از حیث قوت و توانایی اثباتی، در حد فاصل میان دلیل یقینی و اصل عملیه قرار دارد اما بنظر می‌رسد که اماره تصرف را باید چیزی فراتر از حتی امارات قانونی شمرد و البته نه در حد دلیل یقینی. به باور نگارنده دلیل اماره تصرف در اثبات مالکیت متصرف به اندازه‌ای است که صرفاً اقرار و سوگند قادر به رفع آن است و این دو دلیل همان‌طور که



از ماهیت و تعاریف قانونی آن پیداست، هر دو از ناحیه مدعی علیه (متصرف) ابراز می‌گردد. به همین جهت همان‌طور که بعداً خواهد آمد، با ادله دیگر همانند شهادت، سند، کارشناسی و غیره نمی‌توان خلاف این اماره را به تنهایی به اثبات رساند و همین امر موجب می‌گردد که اماره تصرف را نتوان به مثابه سایر امارات قانونی و در ردیف و هم عرض آنها قرار داد. عده‌ای از اساتید بر این عقیده هستند که به موجب ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف در صورتی بر مالکیت متصرف دلالت دارد که دلیل دیگری برخلاف آن موجود نباشد. ظاهری که اماره ید بر آن مبتنی است ویژه موردی است که سابقه مالکیت مال روشن نباشد. از لحن مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانونی مدنی نیز به خوبی بر می‌آید که تصرف در صورتی دلیل مالکیت است که مالک سابق مال معلوم نباشد و تنها در این حالت خاص، اوضاع و احوال امر، دلیل بر مالکیت متصرف است.

در موردی که مالکیت سابق کسی بر آن مال اثبات شود، اوضاع و احوال به سود متصرف موجود نیست، پس او باید در دادگاه نشان دهد که به یکی از اسباب نقل مال مورد نزاع به او منتقل شده است زیرا تصرف دلالت بر انتقال ندارد تا متصرف بتواند در مقام اثبات مالکیت خود به آن استناد کند. این استدلال مورد قبول قانون مدنی قرار گرفته است؛ متن ماده ۳۷ ناظر به صورتی است که مالکیت سابق مدعی مورد اقرار متصرف باشد ولی چون اقرار هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد، باید بر آن بود که ثبوت حقانیت سابق مدعی، به هر دلیل که باشد، اثر اماره تصرف را از بین خواهد برد.<sup>۳</sup>

۳. دکتر کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، ص ۱۹۰، شماره ۲۰۴.

به نظر و باور نگارنده تصرف دلالت بر انتقال ندارد ولی دلالت بر مالکیت دارد شاید بتوان گفت که حتی دلالت بر انتقال و اسباب مملکته ماده ۱۴۰ دارد و به همین جهت است که مقنن در ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف را دلیل مالکیت می‌داند اما نکته مهم‌تر آن است که در نظر جناب استاد کاتوزیان خصوصیتی در اقرار وجود دارد که با آن بتوان انقلاب دعوی را پذیرفت ولی با سایر دلایل همانند شهادت امکان انقلاب دعوی متعذر است. این نظر را نمی‌توان به چند دلیل پذیرفت زیرا:

اولاً- به همان دلیلی که نویسنده فوق مطرح نمودند (یعنی روشن نبودن سابقه مالکیت ملک)، اماره تصرف خودنمایی می‌کند اما باید توجه داشت که معلوم نبودن سابقه مالکیت مال تنها دلیل ظهور و قوت اماره تصرف نیست بلکه مهم‌تر از آن استقرار اماره مزبور بر قاعده غلبه تعذر اثبات تملک مال توسط متصرف است. به عبارت دیگر مقنن بر آن بوده که ضمن پذیرفتن و تبلور عمل عرف و جامعه که همواره در نقل و انتقالات خود، در مقام تحصیل و تدارک دلیل نبوده و بر همین اعتبار و اطمینان نیز مال را از متصرف آن به راحتی خریداری و تردیدی در مالکیت متصرف به خود راه نمی‌دهند، قاعده‌ای را تأسیس نماید تا به واسطه آن هم بتوان متصرف را از اثبات نقل و انتقالی که سبب تملک قرار گرفته معاف ساخت و هم بتوان بر این اساس او را در طرح دعوی مالکیت از آوردن دلیل اثباتی مستغنی نمود. در حقیقت تأسیس اماره تصرف همواره دو نتیجه سودمند را برای متصرف مال به ارمغان می‌آورد: ۱- اثبات مالکیت (تملك مال) ۲- مستقر نمودن متصرف در موضع مدعی علیه.

ثانیاً- به عکس نظر نویسنده مزبور، در تحلیل ماده ۳۷ قانون مدنی که از میان تمامی دلایل اثبات دعوی صرفاً به اقرار اشاره نموده و تأثیر آن را تا آنجا برده که با اقرار متصرف، اماره متصرف را زائل می‌کند، باید گفت که پذیرش نفوذ اقرار در مباحث مدنی و حقوقی به حدی است که اساساً نمی‌توان آن را با اقرار در امر کیفری مقایسه و برابر نمود. دلیلیست اقرار در امر کیفری ضعیف‌تر از قوه اثباتی آن در امر مدنی است. ناگفته پیداست که همواره تحمل زیانهای مالی ساده‌تر و راحت‌تر از صدمات بدنی و کیفری است. به همین جهت نیز مقنن انکار پس از اقرار در امر مدنی را به هیچ‌وجه و حتی بدون وجود یک استثناء نمی‌پذیرد (ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی)، لیکن انکار بعد از اقرار در امر کیفری همانند مبحث زنا را قبول کرده و آن را مسقط حد قتل و رجم می‌داند (ماده ۷۱ قانون مجازات اسلامی). به عکس پذیرش دلایل دیگری همچون شهادت (نه بینه شرعیه) که تا قبل از اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۶۰، دارای حد نصاب بوده و در امور مالی تا سقف ۵۰۰ ریال تأثیر داشت، تحت شرایط ویژه و سخت مورد قبول قرار می‌گرفت (مواد ۱۳۰۶، ۱۳۰۷، ۱۳۱۰، ۱۳۰۸، ۱۳۱۱ و سابق قانون مدنی).

و باز همین شهادت در امر کیفری قاطعیتی بیش از اقرار داشت (ماده ۱۰۳ قانون مجازات اسلامی). در فقه نیز از اقرار در امور مدنی تحت عنوان سید ادله و ملکه دلایل یاد شده و قوت آن از این جهت و به‌طور عمومی بر سایر ادله تفوق دارد.

ثالثاً- علاوه بر مورد فوق، خصیصه و امتیاز اقرار بر سایر دلایل در آن است که مقرر همواره در اقرار به ضرر خود و به نفع دیگری که در

مورد مالکیت سابق متصرف اخبار می‌کند، صرفاً مالکیت سابق او را ثابت نمی‌کند بلکه علاوه بر آن، به‌طور ضمنی مدعی انتقال مال به خود نیز می‌گردد. فی‌الواقع اظهارات او در مفاد اقرار، ظهور در ادعای انتقال مال به خود به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم دارد. در نتیجه براین اساس است که با تغییر موضع او از مدعی علیه به مدعی و زوال دلیلیت تصرف بر مالکیت، او تکلیف پیدا می‌کند که بار اثباتی دعوی مالکیت را به دوش کشیده و بر مالکیت خود دلیل اقامه کند. اما به خلاف اقرار این وصف را نمی‌توان در دلیلی همچون شهادت و یا اسناد یافت چه آن که مفاد شهادت بر مالکیت سابق مدعی، هیچ امتیازی جز اثبات مالکیت سابق ندارد و این امر بر قوت تصرف فعلی متصرف که دلالت بر مالکیت فعلی و حال او دارد، هیچ‌گونه تأثیری نخواهد داشت. دلیل این استدلال، همان عمل عرف است که عمدتاً در داد و ستد و نقل و انتقال اموال، به دنبال تدارک و تهیه دلیل نیستند. نزاع بر سر مالکیت فعلی است که این امر با وجود اماره تصرف حاصل می‌گردد و دلیل شهادت که تنها ناظر بر مالکیت سابق مدعی است، چنین قوتی ندارد زیرا بی‌تردید شهود از تمامی وضعیت مال و استمرار مالکیت اشخاص بر مال اطلاع ندارند بلکه به‌طور معمول اطلاعات شهود حول محور یک زمان خاص یا یک معامله ویژه دور می‌زند به همین جهت از شهود می‌توان بر امور وجودی، شهادت طلبید نه بر امور عدمی. چه آن که شهود و مطلعین دائماً و مستمراً همراه با مال و واقف بر اعمال حقوقی که مالک آن انجام می‌دهد نیستند بلکه صرفاً بر یک مورد نقل و انتقال ناظر بوده و شهادت می‌دهند. تصویری برخلاف وضعیت و استدلال فوق، خلاف منطق عقلی است، مثلاً شاهد نمی‌تواند شهادت دهد که هیچ‌گاه مالک سابق نسبت

به این مال معامله نموده و مال مزبور را به متصرف یا اشخاص ثالث منتقل نکرده است. چنین فرضی تقریباً محال و اساساً بعید است. پذیرش این فرض مستلزم قبول این مطلق غیرمنطقی است که شهود همواره و در تمامی مدت از زمان مالکیت سابق تا زمان حال، همراه با مالک بوده‌اند و انجام معامله‌ای از سوی مالک مزبور را ندیده‌اند. بدیهی است این فرض، فرض محال و غیرممکن است و اعتباری چه از حیث منطقی و چه از جهت قانونی بر آن نمی‌رود. مثلاً شهود نمی‌توانند شهادت دهند که فلان شخص (مانند متصرف) هیچ‌گاه مالک ملک نبوده یا مال را با نقل و انتقال نخریده است. زیرا همان‌طور که گفتیم پذیرش چنین شهادتی، متضمن آن است که شهود را همواره و در تمامی مدت بر مال و متصرف مزبور حاضر و ناظر بدانیم.

رابعاً- استاد محترم آقای دکتر کاتوزیان در تقویت استدلال خود به مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانون مدنی استناد فرموده و اماره تصرف را تنها ناظر بر معلوم نبودن سابقه مالکیت شمرده‌اند. به نظر می‌رسد استناد به مواد فوق از دو جهت نسبت به موضوع بحث، وارد نباشد؛ اول آن که مادتين فوق‌الاشاره صرفاً به حقوق ارتفاقي ارتباط داشته و اساساً ناظر بر خود مالکیت نیست. مباحث مربوط به مالکیت از جمله ماده ۳۵، در فصل اول از باب دوم جلد اول قانونی مدنی مطرح و درج شده و مواد ۹۷ و ۱۲۴ را نمی‌توان در مقوله مالکیت گنجانند اگرچه مطابق ماده ۲۹ در عنوان باب دوم، حق ارتفاق یکی از علاقه‌هایی است که ممکن است اشخاص نسبت به اموال دارا باشند و هریک از دو عنوان مالکیت و حق ارتفاق در عرض یکدیگر و در فصول اول و سوم تحت عنوان کلی باب دوم دایر بر حقوق مختلفه‌ای که برای

اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود، پیش‌بینی شدند. به همین لحاظ، تردیدی نیست که ماهیت و احکام و آثار مالکیت با مفهوم و احکام و آثار حق ارتفاق فرق داشته و متفاوت از یکدیگرند؛ اگر حکمی در مبحث حق ارتفاق وجود داشته باشد نمی‌توان بدون علت و وحدت مینا، آن را به مباحث مربوط به مالکیت تسری داد. ماده ۱۲۴ قانونی مدنی نیز فی‌الواقع در مقام ثبوت وضعیتی است که سابقه آن معلوم و مشخص نیست، در چنین وضعی، موقعیت موجود را حسب استمراری که داشته باقی فرض کرده و موجب ایجاد حق برای منتفع و استفاده کننده می‌داند. در این فرض استفاده از کلمه (تصرف) نه در مفهوم اماره مالکیت که در خصوص استفاده از ملک مجاور و نوعی حق ارتفاق (حق استقرار سرتیر بر دیوار اختصاصی و ملکی غیر) به کار رفته است.

افزون بر این، مقرر بر پایه قاعده فقهی (القدیم یتراک علی قدمه) بنا شده که مطابق آن باید وضعیت سابق و قدیم به حال قدمت خود رها شده و عدول از آن ممکن نیست. به عکس، این مورد جایی است که سابقه امر بواسطه اجازه و اذن صاحب دیوار اختصاصی (مادتین ۱۲۰ و ۱۲۴) صورت گرفته که در اینجا از اذن و اجازه مزبور می‌توان رجوع کرد زیرا در این وضعیت، حق ارتفاق متصور نمی‌باشد. اما وضعیتی که ایجاد حق ارتفاق می‌کند به نظر می‌رسد حسب مفهوم مادتین ۱۲۰ و ۱۲۴ قانونی مدنی، وجود سابقه قراردادی و یا سلب حق به وجه ملزم (همانند شرط ضمن عقد لازم) است. مادتین ۱۲۰ و ۱۲۴ قانون مدنی در عین حال قاعده دیگری را نیز به دست می‌دهند که توجه به مفهوم آن فی‌الواقع همان تعبیر القدیم یتراک علی قدمه را به ذهن متبادر می‌کند - این اصل عبارت از آن

است که هرگاه در خصوص استفاده از حقی در ملک غیر بر ما معلوم نباشد که منشأ تجویز استفاده از ملک دیگری قرارداد است یا اذن، شرط ضمن عقد لازم است یا جایز، اصل بر آن است که منشأ آن قرارداد و سلب حق به وجه ملزم می‌باشد. زیرا مقنن در قسمت استثنایی دو مقرر فوق از عبارات (مگر این که به وجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد) یا (مگر این که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است) استفاده نموده است.

خامساً- موضوع مواد ۹۷ و ۱۲۰ و ۱۲۴ قانون مدنی، اساساً در مورد نزاع بر سر مالکیت دیوار یا آب نیست بلکه صرفاً موضوع ناظر بر حقوق ارتفاقی همانند حق داشتن سر تیر بر دیوار اختصاصی ملک غیر، حق مجری یا حق عبور، حق باز نمودن درب و شبکه به ملک غیر می‌باشد. بویژه آن که مواد فوق صریحاً به ملکیت غیر اشاره دارد و از این جهت مالک ملک نامعلوم نیست تا از طریق اجرای اماره تصرف در مقام یافتن مالک باشیم بلکه این مواد در مقام بیان نحوه استفاده از ملک دیگری و لزوم و جواز استفاده از آن می‌باشد.

برخی از حقوقدانان در باب اثبات مالکیت و نقش اماره تصرف، استدلال جالبی دارند؛ اینان این گونه آورده‌اند که مالکیت را نمی‌توان به‌طور مستقیم اثبات کرد و دلیلی بر احراز آن اقامه نمی‌شود. مدعی مالکیت ناچار است در اثبات اصل مالکیت و یا مطالبه یکی از آثار آن (خواهان خلع ید متصرف و اجرت المثل)، وجود یکی از اسباب تملک را به عنوان منشأ حق ثابت نماید (ماده ۱۴۰ قانون مدنی). زیرا مالکیت رابطه اعتباری است که در نتیجه اعمال یا وقایع حقوقی دیگر تحقق می‌یابد و از این لحاظ اصالت

ندارد تا دلیل مستقیماً متوجه آن شود. دشواری اثبات مالکیت و محدود شدن دلایل اثباتی آن، موجب شده تا قانونگذار از راه تأسیس اماره تصرف جبران نقیصه نماید؛ در حقیقت اماره تصرف نیز دلیلی غیرمستقیم است و چون در غالب موارد، مال در تصرف صاحب و مالک آن قرار دارد، اگر تصرف مدعی ثابت شود، از راه ملازمه عرفی و مبتنی بر غلبه، مالکیت او نیز احراز و اثبات خواهد شد. بدین معنی که مالک با اثبات تصرف خود (امر محسوس خارجی) حق مالکیت (رابطه اعتباری) را محرز و متبلور می‌سازد.<sup>۴ و ۵</sup>

۴. دکتر کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، ص ۱۱۷، شماره ۶۳، و امسال و مالکیت، ص ۱۸۵، شماره ۱۹۹.

۵. استناد به تصرف به عنوان مالکیت حتی در آرای هیأت عمومی دیوانعالی کشور نیز سابقه دارد. در پرونده‌ای، مالک رسمی باستناد سند رسمی مالکیت خویش اقدام به طرح دعوی خلع ید، به طرفیت متصرف ملک نموده و با استناد به مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت و تصرفات غاصبانه خوانده، خلع ید او را می‌خواهد. خوانده در پاسخ به استناد و کالتنامه رسمی مأخوذه از مورث خواهان و همچنین تصرفات مالکانه و ممتد خویش در ملک و شهادت شهود، مدعی می‌گردد که ملک را از پدر خواهان خریداری نموده و مالک آن است. در رسیدگی به این دعوی، دادگاه‌های حقوقی یک وقت مدافعات خوانده را پذیرفته و مستنداً به ماده ۳۵ قانون مدنی با احراز وقوع عقد بیع بین مورث خواهان و خوانده و تصرفات متمادی و بلامنازع خوانده دعوی که به عنوان مالکیت بوده و این که صرف داشتن سند مالکیت خواهان، دلیل بر غصب ید متصرف (خوانده) نیست حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر می‌نماید. از طرف دیگر، شعبه سیزدهم دیوانعالی کشور نیز در رأی خویش (دادنامه ۱۳/۵۵ - ۷۲/۲/۱۱) تجدید نظر خواهی را وارد دانسته و با استدلال به این که ادعای خوانده بر وقوع عقد بیع بین مورث خواهان و خوانده متکی به دلیل کافی اثباتی نبوده و اظهارات شهود نیز به تنهایی کفایت امر را نمی‌کند و همچنین به کالتنامه رسمی نیز در زمان حیات مورث عمل نشده، صدور حکم بر رد دعوی خواهان را واجد اشکال دانسته و رأی صادره از دادگاه حقوقی یک گنبد کاووس را نقض می‌کند. النهایه، با توجه به این که حکم بعدی یعنی حکم دادگاه حقوقی یک گرگان نیز مستند به علل و اسبابی بوده که حکم منقوض دادگاه گنبد کاووس مبتنی بر آن صادر شده و شعبه دیوانعالی کشور نیز بیع را محقق نمی‌داند با استناد ماده ۵۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸، موضوع در هیأت عمومی شعب حقوقی دیوانعالی کشور مطرح که رأی اصراری شماره ۲۱ - ۱۳۷۴/۷/۱۱ هیأت عمومی دیوانعالی کشور (شعب حقوقی) بدین شرح صادر می‌گردد:



مبحث دوم - بررسی مواد ۶۱ و ۶۲ و ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی تأثیر اماره تصرف را در سایر مقررات نیز می‌توان مشاهده نمود. قانون‌گذار با در نظر داشتن قدرت اثباتی تصرف در عنوان مالکیت، مقرراتی را در بخشی از اجرای احکام مدنی تدوین نموده که بسادگی نمی‌توان دلالت آن را منتفی ساخت.

در قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ فصلی تحت عنوان توقیف اموال وجود دارد که مبحث دوم آن، اختصاص به توقیف اموال منقول و مبحث هشتم آن به توقیف اموال غیرمنقول اختصاص یافته است. بدین ترتیب که مقنن، تصرف محکوم علیه بر اموال منقول و غیرمنقول را با فرض مقرر در ماده ۳۵ قانون مدنی، اماره مالکیت او دانسته و در جهت توقیف اموال محکوم علیه که نزد شخص ثالث قرار دارد، با رعایت همین اماره تصرف، قواعدی را بدست می‌دهد.

ماده ۶۱ قانون اجرای احکام مدنی اشعار می‌دارد: «مال منقولی که در تصرف کسی غیر از محکوم علیه باشد متصرف نسبت به آن ادعای مالکیت کند یا آن را متعلق به دیگری معرفی نماید به عنوان مال محکوم

---

«اعتراضات آقای وکیل تجدید نظر خواه (خواهان) نسبت به دادنامه شماره ۴۵۶/۷۳ مورخ ۷۳/۸/۷ صادره از دادگاه حقوقی یک شهرستان گرگان مؤثر و موجه نیست و نقض رأی تجدید نظر خواسته را ایجاب نمی‌کند و با عنایت به اوراق پرونده به ویژه اظهارات شهود (و این که تشخیص درجه اعتبار شهادت شهود به موجب ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی با قاضی دادگاه است) و به قرینه مفاد وکالت نامه رسمی شماره ۶۱۸۲۰ - ۴۶/۳/۳ دفتر خانه شماره ۴ گنبد کاووس و تصرفات ممتد تجدید نظر خواننده دادنامه تجدید نظر خواسته مشعر به احراز مالکیت آقای کاظم سلیمان گلی و رد دعوی آقای محمد باقر فرامرزی به خواسته خلع ید از نه هزار متر مربع زمین مزروعی از پلاک ۳۳۰ فرعی از ۶۵ اصلی واقع در قریه قلی تپه بخش ۹ ثبت گرگان با اکثریت آراء صحیح و بلاشکال و منطبق با اوراق پرونده و موازین قانونی تشخیص و ابرام می‌شود». به نقل از مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوانعالی کشور در سال ۱۳۷۴، جلد اول، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوانعالی کشور، روزنامه رسمی، تهران، ۱۳۷۶، صص ۲۸۸-۳۷۱.

علیه توقیف نخواهد شد. در صورتی که خلاف ادعای متصرف ثابت شود مسؤول جبران خسارت محکوم علیه خواهد بود».

این مقرر مسبق به جهاتی است که لازم است آن جهات را در اینجا متذکر شویم؛ مطابق اصولی که در دعاوی مدنی و حقوقی و اجرای احکام مدنی حاکم می‌باشد، همواره خواهان و محکوم له وظیفه دارند تا به منظور استیفاء حقوق خود، رأساً درخواست و تقاضای خود را از مرجع قضایی به عمل آورند (مادتین ۲ و ۳۵ قانون اجرای احکام مدنی). این موضوع دقیقاً در مرحله اجرای احکام نیز به شرح تبصره ۱ ماده ۳۵ قانون یاد شده پیش‌بینی شده و محکوم له می‌تواند حتی پس از صدور و قبل از ابلاغ اجراییه، اموال محکوم علیه را برای تأمین محکوم به به قسمت اجراء معرفی کند.

در نتیجه به غیر از مفاد ماده ۳۴ که امری نادر و غیر معمول است، همواره این محکوم له است که جهت تضمین حقوق خود و قابلیت اجرای حکم صادره، به دنبال اموال محکوم علیه می‌گردد. حال اگر این اموال (اموال محکوم علیه) تحت تصرف اشخاص ثالث هم باشد، توقیف آن امکان‌پذیر است، النهایه توقیف اموال محکوم علیه که در ید اشخاص ثالث قرار دارد همیشه با این ایراد و اشکال روبرو است که اثبات تعلق اموال مزبور به محکوم علیه را متعذر می‌سازد زیرا با فرض ماده ۳۵ قانون مدنی و ماده ۷۴۷ سابق آیین دادرسی مدنی، تصرف اشخاص نسبت به هر مالی، اماره و دلیل مالکیت آنان به شمار می‌آید و محکوم له به منظور توقیف اموال محکوم علیه که نزد شخص ثالث قرار دارد همواره به تکلف و زحمت افتاده و بسان یک مدعی می‌باید ابتدا تعلق این اموال به محکوم علیه

و عدم مالکیت ثالث متصرف را به اثبات برسانند. از همین رو، مقنن در تدوین ماده ۶۱ قانون اجرای احکام به این نکته توجه داشته که مطابق ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت تلقی می‌شود. در نتیجه هرگاه ثالث مالی را در تصرف خود داشته و نسبت به آن ادعای مالکیت کند و یا آن را متعلق به دیگری بداند، به صرف همین ادعا و وجود تصرف، مأمور اجرا حق ندارد آن مال را به عنوان مال محکوم علیه توقیف نماید. زیرا همان تصرف، دلیل مالکیت ثالث به حساب آمده و ادعای او بر مالکیت خویش یا غیر، مأمور اجرا را ممنوع از توقیف می‌گرداند. اما باید توجه داشت که هرگاه ثالث در این وضعیت سکوت کند، ظاهراً مأمور اجرا با معرفی محکوم له، حق توقیف مال تحت تصرف ثالث را به عنوان مال محکوم علیه خواهد داشت. ظاهراً ماده ۶۱ به بعد قانون اجرای احکام مدنی ناظر بر زمان و فعلیت توقیف است بدین معنی که در مرحله اجرا و حضور مأمور اجرا در محل توقیف، مواد ۶۱ به بعد اجرا می‌شود اما در جایی که محکوم له قبل از اجرا و پس از صدور اجراییه در مقام معرفی اموال محکوم علیه قرار دارد و از وجود اموال محکوم علیه نزد ثالث اطلاع می‌یابد، مواد ۸۷ به بعد (قانون اجرای احکام مدنی) مجری خواهد بود، لهذا پس از ابلاغ رونوشت اجراییه به شخص ثالث که متصرف اموال می‌باشد، ثالث مطابق ماده ۹۱ همان قانون مکلف می‌گردد در صورتی که منکر وجود تمام یا قسمتی از اموال و طلب محکوم علیه نزد خود باشد، ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اخطاریه، مراتب انکار خود را به قسمت اجرا اطلاع دهد و الا علی‌رغم وجود تصرف، اموال مزبور به عنوان اموال محکوم علیه توقیف خواهد شد. از مفاد این مقرر نیز پیداست که صرف انکار و

یا اظهار شخص ثالث بر عدم تعلق اموال تحت تصرف به محکوم علیه، جهت جلوگیری از توقیف کفایت خواهد کرد، زیرا مقنن نیز او را به عنوان مالک و متصرف شناخته و اظهارات او را به عنوان صاحب اختیار اموال تحت تصرف مناط اعتبار می‌داند.

و اما ماده ۶۲ قانون فوق متضمن یک مفهوم مخالف است، این مقررہ اشعار می‌دارد: «اموال منقولی که خارج از محل سکونت یا محل کار محکوم علیه باشد در صورتی توقیف می‌شود که دلایل و قرائن کافی بر احراز مالکیت او در دست باشد».

مفهوم مخالف مقررہ مزبور بدین ترتیب است که توقیف اموال منقولی که در محل سکونت یا محل کار محکوم علیه باشد به سادگی امکان‌پذیر بوده و ضرورتی به اثبات و احراز مالکیت محکوم علیه به واسطه وجود دلایل و قرائن کافی نیست زیرا اموالی که در محل سکونت یا محل کار محکوم علیه وجود دارد، به منزله اموالی است که تحت تصرف است.

مفاد ماده ۶۲ ناظر بر جایی است که مال معرفی شده جهت توقیف در تصرف شخص خاصی وجود ندارد، زیرا در این صورت نیازی به توسل به وجود دلایل و قرائن کافی بر احراز مالکیت محکوم علیه نبود، چه متصرف، مالک آن شناخته می‌شد. به علاوه، اساس ماده ۶۳ نیز که در خصوص اموال موجود در منزل مشترک زوجین است، به غیر از اموال مورد استفاده اختصاصی هریک از زن و مرد که مالکیت آن را حسب مورد بر اموال مزبور، مورد حکم قرار داده، در مورد سایر اموال موجود در منزل مشترک، حکم به اشتراک مالکیت زوجین داده است زیرا از نظر این قانون، زن و مرد هر دو متصرف این اموال شناخته شده و چاره‌ای جز

رعایت اصل تصنیف و تساوی نیست، در نتیجه هرگاه مرد محکوم علیه باشد تنها می‌توان یک دوم اموال منقول غیراختصاصی را به عنوان مال محکوم علیه توقیف نمود مگر این که خلاف آن اثبات گردد.

نکته جالب در مورد توقیف مال غیرمنقول ثبت نشده است عموماً در مورد اموال منقول کمتر می‌توان به اماریت تصرف به عنوان مالکیت تردید کرد. چه آن که این تردید بیشتر در مورد ملک غیرمنقول وجود دارد که با توجه به مقررات قانون ثبت اسناد و املاک (مواد ۲۲ و ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت)، آیا تصرف در ملک غیرمنقول که سابقه ثبتی ندارد می‌تواند اماره مالکیت شناخته شود یا خیر؟

به نظر نگارنده پاسخ مثبت است زیرا اماره تصرف دلیل عمومی مالکیت متصرف در تمامی اموال منقول و غیرمنقول به شمار می‌رود و مقررات ثبتی فوق‌الاشعار را باید مقررات استثنایی تلقی کرد که تنها ناظر بر املاکی است که دارای سابقه ثبتی هستند. در نتیجه، همان‌طور که در خصوص اموال منقول مذکور افتاد، در اموال غیرمنقول ثبت نشده، تصرف به عنوان دلیل مالکیت متصرف قلمداد می‌گردد و محکوم له نیز در توقیف اموال غیرمنقول ثبت نشده محکوم علیه، تنها می‌تواند املاکی را معرفی و تقاضای بازداشت آنها را نماید که این املاک در تصرف مالکانه محکوم علیه بوده و یا محکوم علیه به موجب حکم نهایی دادگاه مالک شناخته شده باشد. ماده ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی نیز مقرر می‌دارد: «توقیف مال غیرمنقولی که سابقه ثبت ندارد به عنوان مال محکوم علیه وقتی جایز است که محکوم علیه در آن تصرف مالکانه داشته باشد و یا محکوم علیه به موجب حکم نهایی مالک شناخته شده باشد. در موردی که

حکم بر مالکیت محکوم علیه صادر شده ولی به مرحله نهایی نرسیده باشد، توقیف مال مزبور در ازاء بدهی محکوم علیه جایز است ولی ادامه عملیات اجرایی موکول به صدور حکم نهایی است».

### مبحث سوم - بررسی مقررات قانون ثبت اسناد و املاک

در این مبحث، احراز مالکیت اموال منقول و ملک غیرمنقول ثبت نشده از نظر قانون ثبت اسناد و املاک بررسی می‌شود. علی‌الاصول در مقررات قانون ثبت می‌باید همواره از املاک و اموال ثبت شده و دلالت اسناد رسمی تنظیمی در اثبات و احراز مالکیت سخن به میان آید. اما همان‌طور که خواهیم دید قانون‌گذار ثبتی نیز به خلاف آنچه که به ارمغان آورده بود، دست از اصول منطقی حاکم بر ادله اثباتی مالکیت برنداشته و به حق در مواردی که تصرف را می‌باید اماره مالکیت متصرف شمرده پذیرفته و حتی در مقابل سند رسمی نیز آن را ترجیح داده است. ماده ۹۲ قانون ثبت مقرر می‌دارد: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم‌الاجرا است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن باشد».

اولاً - این مقرر در باب پنجم قانون ثبت تحت عنوان اجرای مفاد اسناد رسمی آمده و متضمن لازم‌الاجرا بودن اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول است. بدیهی است امتیاز این اسناد رسمی از حیث لازم‌الاجرا بودن آن تنها در محدوده روابط طرفین تنظیم کننده سند در نظر گرفته شده است. لهذا نباید تصور شود که اسناد تنظیمی میان طرفین را

بتوان بر علیه اشخاص ثالث معتبر دانسته و به مرحله اجرا در آورد مگر در مواردی که استثنائاً قانون آن را صریحاً تجویز نماید (ماده ۷۲ قانون ثبت).  
ثانیاً- قسمت اخیر ماده ۹۲ تقریباً مشتمل بر همان حکمی است که در ماده ۶۱ قانون اجرای احکام مدنی نیز پیش‌بینی شده است. زیرا عین منقول در تصرف هر شخصی که باشد دلیل مالکیت اوست و تنظیم سند ناظر بر آن حتی اگر رسمی نیز باشد نمی‌تواند به حقوق اشخاص ثالث متصرف، خللی وارد آورد، طرفین با تنظیم سند رسمی نقل و انتقال مال منقول (معین) در مقابل یکدیگر تعهدات و تملیکاتی را بانجام می‌رسانند و حتی اقرار به قبض و اقباض مال منقول نیز می‌نمایند بدون این که مال مزبور به رؤیت سر دفتر اسناد رسمی برسد و بنابراین مقنن صرف اقرار تنظیم کنندگان سند رسمی را در مقابل یکدیگر کافی دانسته و رؤیت مال توسط سر دفتر را ضروری نمی‌انگارد. اما این امر بدین معنی نیست که هرگاه عین مال منقول مورد معامله نزد شخص ثالث و تحت تصرف او یافت شود، منتقل الیه سند رسمی فوق بتواند با ابراز سند مزبور، خود را به عنوان مالک مال منقول معرفی کند. زیرا اقرار و اظهارات اشخاص طرف معامله در سند رسمی، قادر به زوال تصرفات مالکانه اشخاص ثالث نیست. ماده ۱۲۷۸ قانون مدنی نیز اقرار به زیان اشخاص ثالث را نپذیرفته و آن را مردود می‌داند، زیرا اقرار مطابق تعریف مقرر در ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی، اخبار به حقی است برای غیر و به زیان خود (مقر). چنانچه اخبار به زیان اشخاص ثالث صورت گیرد به آن حسب مورد ادعا و یا شهادت گویند نه اقرار.

ثالثاً- افزون بر مطالب فوق، از آنجا که مقنن نیز تصرف را به عنوان دلیل مالکیت پذیرفته و صرف نقل و انتقال به واسطه قبض و اقباض مال را از موجبات نقل و انتقال مال می‌شناسد و همچنین با عنایت به این که انتقال اموال اصولاً مستلزم تنظیم سند رسمی و یا حتی عادی نیست، بنابراین به صرف این که مال تحت تصرف اشخاص ثالث درمی‌آید، اسناد رسمی تنظیمی میان طرفین آن نمی‌تواند دلالت تصرف را به عنوان اماره مالکیت از بین بردن و سند رسمی را در وضعیت برتر قرار دهد. از همین رو است که ماده ۹۲ قانون ثبت مدلول اسناد رسمی راجع به اموال منقول را در مقابل اشخاص ثالثی که متصرف و مدعی مالکیت همان مال منقول هستند، لازم‌الاجرا نمی‌داند.

و اما در مورد اموال غیرمنقول نیز باید قائل به تفکیک شویم؛ یعنی به استثنای اموال غیرمنقول ثبت شده که بررسی آن در مباحث آتی خواهد آمد، در مورد املاک غیرمنقول ثبت نشده نیز حکم قضیه به ترتیبی است که در خصوص اموال منقول آمد. ماده ۸۸ قانون ثبت می‌گوید:

«در مورد املاکی که مطابق این قانون به ثبت نرسیده دفاتر اسناد رسمی و همچنین دوایر ثبت اسناد و املاک (در دفتر مخصوص) می‌تواند هر نوع معامله و تعهد و نقل و انتقال را راجع به عین غیرمنقول یا منافع آن ثبت نمایند ولی این قبیل اسناد فقط نسبت به طرفین یا طرفی که تعهد کرده و قائم مقام قانونی آنها رسمیت خواهد داشت.»

چند نکته در این مقررره وجود دارد که از اهمیت ویژه‌ای برخوردار

است:



- ۱- قانونگذار ثبت نیز احراز مالکیت در املاک غیرمنقول را علی‌الاصول تابع مقررات عمومی تلقی و کماکان بر وفق ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف در مال غیرمنقول را دلیل مالکیت می‌داند حتی اگر معامله و نقل و انتقال مربوط به این دسته از املاک غیرمنقول ثبت نشده نیز به ثبت برسند باز هم دارنده و منتقل‌الیه سند مزبور از نظر دولت مالک آن شناخته نمی‌شود. زیرا رسمیت این قبیل اسناد را محدود به طرفین آن دانسته و نسبت به اشخاص ثالث مؤثر نمی‌داند (مادتین ۷۱ و ۸۸ قانون ثبت).
- ۲- برخلاف مورد فوق، هرگاه معامله‌ای نسبت به ملک غیرمنقول ثبت شده انجام پذیرد و معامله مزبور به ثبت نیز برسد علاوه بر طرفین آن حتی در مقابل اشخاص ثالث نیز دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود (ماده ۷۲ قانون ثبت). در نتیجه، تصرف اشخاص ثالث در ملک غیرمنقول ثبت شده بدون وجود سند رسمی مالکیت یا ثبت آن به نام متصرف، هیچ‌گونه حقی را برای متصرف در مقابل مالک رسمی یا منتقل‌الیه رسمی ایجاد نخواهد کرد (ماده ۲۲ قانون ثبت). به عکس این اثر و امتیاز استثنایی در سایر اموال غیرمنتقول که فاقد سابقه ثبتی هستند به چشم نمی‌خورد و مطابق ماده ۸۸ قانون ثبت، تأثیر و رسمیت آن صرفاً محدود به طرفین تنظیم‌کننده سند شده است. در نتیجه هرگاه مال غیرمنقول ثبت نشده در تصرف مالکانه شخص ثالث باشد، دارنده سند رسمی یا منتقل‌الیه رسمی معامله ثبت شده نمی‌توانند با ارائه سند رسمی خود در مقابل متصرف ثالث قرار گرفته و دلیلیت تصرف ثالث را منتفی سازند زیرا در این وضعیت سند رسمی تنظیمی تاب معارضه با دلیلیت تصرف ثالث ندارد.

۳- به باور نگارنده نفوذ قانونی و رسمیت سند تنظیمی میان متعاملین نیز از نظر ماده ۸۸ قانون ثبت، تنها ناظر بر همان معامله است و سایر معاملات و تصرفات مالکانه بعدی ناقل را شامل نمی‌گردد. برای مثال هرگاه (الف) ملک غیرمنقول ثبت شده خود را طی سند رسمی و براساس ماده ۸۸ به آقای (ب) بفروشد و منتقل سازد و مدتی پس از تسلیم به او، مال مزبور را در تصرف مالکانه همان (الف) بیابیم، آقای (ب) نمی‌تواند با ابراز سند رسمی تنظیمی، دلیلیت تصرف مالکانه (الف) را زائل ساخته و به سند رسمی خود استناد جوید. زیرا قانونگذار برخلاف معاملات مربوط به املاک ثبت شده، ثبت معامله ناظر بر املاک غیرمنقول ثبت نشده را اجباری ندانسته و منتقل‌الیه رسمی چنین املاکی را مالک قانون نمی‌شناسد. در نتیجه چه بسا پس از معامله اول، منتقل‌الیه رسمی به اختیار، ملک فوق را به نحو عادی و شفاهی به ناقل قبلی فروخته باشد. در نتیجه تنها دلیلی که برای اثبات مالکیت ناقل سابق (منتقل‌الیه جدید) وجود خواهد داشت همان تصرفات مالکانه وی می‌باشد که در اثر و متعاقب معامله جدید به تصرف وی داده شده است. مقنن تکلیف نکرده که اگر معامله اول به طور رسمی بوده حتماً معامله دوم و سوم و الخ نیز باید با سند رسمی صورت گیرد. مضافاً این که مفاد ماده ۸۸ درخصوص ثبت هر نوع معامله و تعهد و نقل و انتقال راجع به عین و منافع غیرمنقول ثبت نشده، متضمن حکم تکلیفی نیست بلکه اختیار و اجازه‌ای است که از سوی مقنن به دفاتر اسناد رسمی و دوایر ثبتی داده شده تا بتوانند در صورت تمایل طرفین معامله، نقل و انتقال ملک غیرمنقول ثبت نشده خود را به ثبت برسانند.

۴- به منظور حفظ حقوق اشخاص ثالث و احتمال ثبت املاک موضوع ماده ۸۸ قانون ثبت، ماده ۳۱ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۱۳۱۷ مقرر داشته که:

«در مورد املاکی که در دفتر املاک ثبت نشده باشد سردفتر مکلف است قبل از تنظیم سند، وضعیت ثبتی ملک را از اداره ثبت محل استعلام نموده و پس از وصول صورت وضعیت ثبت ملک، هرگاه مانعی برای انجام معامله نباشد اقدام به ثبت سند نماید».

این تکلیف (استعلام از ثبت) به قدری واجد اهمیت است که در صورت تخلف سردفتر، مطابق بند ۷ از شق (ج) ماده ۲۹ آیین نامه های قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتر یاران اصلاحی مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۲۷ وصف تخلف انتظامی یافته و موجب انفصال موقت از سه الی شش ماه می گردد:

«...ثبت سند بدون استعلام از ثبت در مواردی که تکلیف به استعلام دارد...».

در بخش ثبت عمومی و اعلان ثبت و تحدید حدود مقرر در قانون ثبت اسناد و املاک نیز تصرف به عنوان مالکیت پذیرفته شده و قبل از اقدام به ثبت عمومی و پس از انتشار اولین آگهی مربوط به آن، تقاضای ثبت ملک تنها از کسانی پذیرفته می شود که در ملک مزبور تصرف به عنوان مالکیت داشته باشند. ماده ۱۱ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۱۷/۷/۱۰ مقرر می دارد: «از تاریخ انتشار اولین آگهی مذکور در ماده

۱۰، تا شصت روز متصرفین باید به عنوان مالکیت و اشخاص مذکور در دو ماده ۲۷ و ۳۲ نسبت به املاک واقع در آن ناحیه به وسیله اظهارنامه درخواست ثبت نماید». در نتیجه تقاضای ثبت ملک از کسانی پذیرفته می‌شود که در ملک مورد تقاضا، تصرف به عنوان مالکیت داشته باشند. تبصره الحاقی به ماده ۱۱ قانون یاد شده مصوب ۱۳۱۷/۷/۱۰ می‌گوید:

«در مورد اراضی و املاکی که آثار تصرف مالکانه فعلی کسی نسبت به آنها موجود نباشد درخواست ثبت از کسی پذیرفته می‌شود که بر مالکیت یا بر تصرف سابق خود به عنوان مالکیت یا بر تصرف خود به عنوان تلقی از مالک یا قائم مقام قانونی مدارکی داشته باشد. چنانچه تقاضای ثبت نسبت به این قبیل املاک به یکی از عناوین مذکور در دو ماده ۲۷ و ۳۲ باشد در صورتی تقاضای ثبت پذیرفته می‌شود که تقاضاکننده مدارکی بر عنوان مذکور یا بر تصرف سابق خود به آن عنوان و یا بر تصرف کسی که تقاضاکننده قائم مقام قانونی او محسوب می‌شود داشته باشد».

قسمت دوم این تبصره با قواعد و اصول حقوقی سازگاری ندارد و تصرف به عنوان وقف و حبس و ثلث باقی و همچنین تصرف به عنوان ملک دولتی و بلدی و خیریه و شرکتهای و محجورین به عنوان مالکیت و وقف و حبس و غیره تلقی شده است. به نظر نگارنده، این مورد به هیچ وجه تأسیس یک قاعده در کنار ماده ۳۵ قانون مدنی نیست و مورد مزبور نمی‌تواند مورد متابعت مراجع قضایی در تعیین و اثبات مالکیت عناوین مذکور در مادتين ۲۷ و ۳۲ قانون ثبت باشد، زیرا اداره ثبت اسناد و املاک

یک مرجع قضایی تلقی نمی‌گردد و ثبت ملک با عناوین مذکور و اعلام آن به مرجع ثبتی کفایت می‌کند و همین مقدار که تصرف به عنوان وقفیت و یا حبس و ثلث باقی باشد، ثبت ملک به نام عناوین مذکور انجام خواهد پذیرفت اما در مقام رفع اختلاف و حل و فصل آن در مرجع قضایی، دادگاه نمی‌تواند از تبصره الحاقی ماده ۱۱ قانون ثبت قاعده‌ای استخراج کند که مثلاً تصرف به عنوان وقفیت یا حبس و ثلث باقی نیز دلیل بر وقفیت یا حبس و ثلث باقی به شمار می‌آید.

چنانچه در تصرف اشخاص تراحم و تعارض باشد، رفع این اختلاف و تعیین و تکلیف آن در صلاحیت هیأت نظارت قرار دارد. بند ۱ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ مقرر می‌دارد:

«هرگاه در اجرای مقررات ماده یازده از جهت پذیرفتن تقاضای ثبت اختلافی بین اشخاص و اداره ثبت واقع شود و یا اشتباهی تولید گردد و یا در تصرف اشخاص تراحم و تعارض باشد رفع اختلاف و تعیین تکلیف و یا ابطال و یا اصلاح درخواست ثبت با هیأت نظارت است.»

نکته جالبی که تصرف به عنوان مالکیت را به عنوان یک اماره مؤثر قانونی تقویت می‌کند و حتی برای آن ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته، ماده ۱۰۹ قانون ثبت اسناد و املاک است. زیرا مطابق این مقررده کسی که خود را برخلاف واقع و علی‌رغم تصرف دیگری، متصرف قلمداد و تقاضای ثبت ملک را نماید، کلاهبردار محسوب می‌کند. ماده ۱۰۹ می‌گوید: «هرکس نسبت به ملکی که در تصرف دیگری بوده خود را

متصرف قلمداد کرده و تقاضای ثبت کند، کلاهبردار محسوب می‌شود. اختلاف راجع به تصرف در حدود، مشمول این ماده نیست».

### مبحث چهارم - بررسی مقررات قانون تجارت

در مقررات تجاری نیز به استثنای مواردی که ثبت آنها در ادارات ثبت شرکتها الزامی شناخته شده، مواردی به چشم می‌خورد که حکم تصرف به عنوان دلیل مالکیت را پذیرفته و حتی معاملات مربوط به آنها را نیز به طریق معاطات یا قبض و اقباض در نظر گرفته است.

ماده ۳۲۰ قانون تجارت می‌گوید:

«دارنده هر سند در وجه حامل مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می‌شود مگر در صورت ثبوت خلاف. معذک اگر مقامات صلاحیتدار قضایی یا پلیس تأدیه وجه آن سند را منع کند تأدیه وجه به حامل، مدیون را نسبت به شخص ثالثی که ممکن است سند متعلق به او باشد بری نخواهد کرد».

همان‌طور که از متن ماده ۳۲۰ قانون تجارت پیداست دارنده هر سند در وجه حامل همانند سایر اموال منقول، مالک و ذیحق در مطالبه وجه سند محسوب می‌گردد و منظور از دارنده هر سند، متصرف سند در وجه حامل است. چه آن که سند در وجه حامل به مثابه وجوه نقدی است که بدون نام و نشانی صاحب آن بوده و مقنن همانند سایر اموال علی‌الخصوص وجوه نقد، متصرف در اسناد در وجه حامل را مالک آن می‌شناسد. همین حکم در

سهام بی نام شرکتهای سهامی نیز وجود دارد. ماده ۳۹ اصلاحی قانون تجارت (باب شرکتهای سهامی) مصوب ۱۳۴۷ مقرر می دارد:

«سهم بی نام به صورت سند در وجه حامل تنظیم و ملک دارنده آن شناخته می شود مگر خلاف آن ثابت گردد. نقل و انتقال اینگونه سهام به قبض و اقباض به عمل می آید. گواهی نامه موقت سهام بی نام در حکم سهام بی نام است و از لحاظ مالیات بر درآمد مشمول مقررات سهام بی نام می باشد.»

خود سهم فی نفسه مال محسوب نمی گردد بلکه نماینده میزان مشارکت سهامدار در شرکت سهامی است. در نتیجه این که در ماده ۳۹ قانون تجارت مقنن آن را ملک دارنده سهام شناخته از باب مسامحه و تعیین و شناسایی شریک شرکت بوده است. چه آن که ماده ۲۴ قانون یاد شده نیز اعلام می دارد:

«سهم قسمتی است از سرمایه شرکت سهامی که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می باشد. ورقه سهم سند قابل معامله ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد.»

نکته قابل توجه آن که با وجود سهم و دارنده آن در شرکت سهامی، همانند سایر شرکتهای تجاری) مالی به طور منجز و مستقل وجود ندارد تا سهامدار یا شریک شرکت مدعی مالکیت آن شده یا با ابراز ورقه سهم، در مقام اعمال حق مالکیت خود برآید. زیرا کلیه اموال موجود در شرکت، در

تملك شخصیت حقوقی شرکت قرار می‌گیرد (ماده ۵۸۳ قانون تجارت) و شرکا یا سهامداران شرکت با وجود سهام تحت تصرف و تملك خود تنها حقوق احتمالی و غیرمستقیم بر اموال شرکت پیدا می‌کنند که این حقوق نیز در زمان بقای شرکت تنها از طریق دریافت سود سهام تبلور یافته و استفاده عینی از اموال شرکت ندارد و در زمان انحلال یا ورشکستگی شرکت نیز بعضاً در زمان تصفیه (ماده ۲۲۳ قانون تجارت) و بعضاً پس از تصفیه شرکت و تأدیة دیون شرکت و مطالبات اشخاص ثالث، اموال باقیمانده میان شرکا به نسبت سهام آنان تقسیم خواهد شد (مادتین ۲۲۴ و ۲۲۵ قانون تجارت). اما نکته حائز اهمیت در دلالت تصرف اسناد در وجه حامل و از جمله سهام بی‌نام به عنوان اماره مالکیت، مقررات ۳۲۰ به بعد قانون تجارت است که شرایطی را در نظر گرفته و مدعی مالکیت اسناد در وجه حامل به سختی می‌تواند مالکیت خود را برخلاف تصرف اشخاص ثالث ثابت نماید. ماده ۳۲۳ قانون تجارت می‌گوید:

«مدعی باید در محکمه محل اقامت مدیون معلوم نماید سند در تصرف او بوده و فعلاً گم شده است».

شعبه سوم دیوانعالی کشور در مورد ماده ۳۲۰ قانون تجارت طی دادنامه شماره ۳/۴۴۸-۷۱/۷/۲۰ بدین شرح اظهارنظر می‌نماید:

«با عنایت به این که دو فقره چکهای مستند دعوی به شماره‌های ۴۴۵۶۸۹-۷۰/۵/۱۰ و ۴۴۵۶۹۰-۷۰/۵/۴ به عهده حساب جاری شماره ۱۷۴۷ بانک ملت شعبه قم به نام آقای ج و د خواننده دعوی در وجه حامل صادر شده‌اند و طبق ماده ۳۲۰ قانون تجارت دارنده هر سند در



وجه حامل مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می‌شود مگر در صورت ثبوت خلاف و با لحاظ ارزش استقلالی چک و این که قراردادهای تنظیمی فی‌مابین خواننده دعوی و آقای ه در زمینه امانی بودن چکهای مذکور در حق دارنده چکها تأثیر ندارد و نظر به این که صرف صدور چک دلیل بر اشتغال ذمه صادرکننده چک در قبال دارنده آن است و نظر به این که اعتراضات خواننده دعوی نسبت به نظریه دادگاه موجه و مؤثر نمی‌باشد بنابراین نظریه مورخ ۷۱/۲/۱۲ شعبه اول دادگاه حقوقی یک شهرستان قم در پرونده شماره ۱-۱۹۸/۷۰ قطع نظر از کیفیت استدلال نتیجتاً صحیح و بلااشکال تشخیص و تأیید می‌شود...»<sup>۶</sup>.

ماده ۳۲۳ قانون تجارت نیز نمی‌تواند تصرف دارنده فعلی سند را به عنوان مالکیت نادیده گرفته و به صرف ادعای مدعی مالکیت و صاحب سند در وجه حامل، حکم به بطلان سند دهد. مدعی مزبور باید دو امر را اثبات نماید: ۱- این که سند در تصرف او بوده ۲- این که سند مزبور در حین تصرف او فعلاً گم شده است. چنانچه محکمه ادعای مدعی را بنابر اوضاع و احوال، قابل اعتماد دانست، از طریق اعلان در جراید به دارنده مجهول سند اخطار می‌کند. اما اگر دارنده مجهول سند متعاقب اعلان در جراید در دادگاه حاضر شده و سند را ابراز نماید، اینگونه نیست که سند مزبور را به مدعی و خواهان بطلان سند بدهند بلکه مطابق ماده ۳۲۸ قانون

۶. به نقل از موازین حقوق تجارت در آرای دیوانعالی کشور، به اهتمام یدالله بازگیر، چاپ اول، ۱۳۷۸، نشر گنج دانش، صص ۲۴۶ و ۲۴۷.

تجارت محکمه به مدعی مهلت مناسب داده و اخطار خواهد کرد که هرگاه تا انقضای مهلت، دعوی خود را تعقیب و دلایل خود را اظهار نکند، محکوم شده و سند به ابرازکننده آن مسترد خواهد شد. اما با وصف فوق مطابق ماده ۳۲۵ قانون تجارت محکمه حق دارد با تقاضای مدعی، مقرر دارد که مدیون (صادرکننده سند یا متعهد سند) از پرداخت وجه سند ممنوع است مگر پس از گرفتن ضامن یا تأمیننی که محکمه تصویب نماید. اما چنانچه سند در وجه حامل که گم شدن آن مورد ادعا قرار گرفته در مهلتی که مطابق ماده ۳۲۴ توسط دادگاه تعیین شده، ابراز نشود، محکمه حکم بطلان آن را صادر خواهد نمود (ماده ۳۲۹). در این فرض، دیگر نیازی به اثبات موضوعات مقرر در ماده ۳۳۲ نیست بلکه صرف عدم ابراز سند، حمل بر صحت ادعای مدعی می‌گردد. وفق ماده ۳۳۲، هرگاه سند گمشده از اسناد مذکور در ماده ۳۲۲ نباشد، یعنی دارای ورقه‌های کوپن یا دارای ضمیمه جدید اوراق کوپن نباشند، دادگاه چنانچه ادعای مدعی سبق تصرف و گم کردن سند را قابل اعتماد دید، حکم می‌دهد که مدیون وجه سند را در صورت حال بودن فوراً و در صورت مؤجل بودن پس از انقضای مدت به صندوق عدلیه تودیع کند. در این صورت، چنانچه قبل از انقضای مدت مرور زمان مربوط به مطالبه وجوه، سند ابراز گردد دادگاه وفق مادتين ۳۳۳ و ۳۲۸ قانون تجارت به مدعی اخطار می‌کند که دعوی خود را در مهلت مناسبی که می‌دهد، تعقیب و دلایل خود را ابراز دارد والا هرگاه سند ابراز نشود مقرر می‌دارد که وجه تودیعی در صندوق عدلیه به مدعی داده می‌شود.

در تمامی مواردی که ماده ۳۵ قانون مدنی و سایر مقررات مشابه حاکمیت پیدا کرده و تصرف به عنوان دلیل مالکیت پذیرفته می‌شود باید توجه داشت که اگرچه وجود اماره تصرف، متصرف را در موضع مدعی علیه قرار داده و بار اثبات دعوی را بدوش مدعی مالکیت می‌اندازد لیکن متصرف از اثبات تصرف خود بی‌نیاز نیست. به عبارت دیگر، اماره تصرف در جایی دلیل قانونی مالکیت شمرده می‌شود که خود تصرف ثابت گردد، لهذا در این قسمت متصرف ابتدا باید وجود تصرف خود بر مال را ثابت کند تا بتواند از اماره قانونی تصرف سود جوید. والا چنانچه متصرف قادر به اثبات نفس تصرف خود نگردد، هیچگونه اماره و دلیلی تحت عنوان مالکیت نیز به نفع او ایجاد نمی‌گردد.

### فصل سوم

#### عنوان و مقام تصرف

مبحث اول - قاعده عمومی در مورد دلالت تصرف در مقام و عنوان مالکیت

نکته مهمی که قابلیت بحث و بررسی دارد ماهیت تصرف و قدرت و دلالت آن در اثبات مالکیت است. سؤالی که مبنای عنوان این قسمت را تشکیل می‌دهد، استنباط و استخراج یک قاعده عمومی از مواد ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی است دائر به این مضمون که آیا به طور کلی تصرف را می‌توان به عنوان دلیل عمومی و مناسب در عنوان مالکیت شمرده؟ به عبارت دیگر آیا صرف تصرف همواره به عنوان مالکیت انصراف دارد یا این که هر نوع

تصرفی را باید متناسب با مقام و ماهیت تصرف مورد توجه و اثبات قرار داد؟ پاسخ به سؤال فوق دارای آثار حقوقی ویژه‌ای است. زیرا هرگاه از صرف تصرف بخواهیم قاعده‌ای در پذیرش عنوان مالکیت بسازیم، نتیجه آن خواهد شد که همواره تصرف به عنوان مالکیت شناخته شود و متصرف در دعوی مالکیت همواره در موضع مدعی علیه قرار گیرد. اما به عکس، اگر تصرف را در هر موردی مقید به عنوان خاص کنیم، نتیجه چیز دیگری خواهد شد. در صورت اخیر باید ثابت شود که متصرف تحت چه عنوانی، متصرف مال مورد تصرف است و از همین جا معلوم می‌گردد که با فرض مزبور، موضع تصرف، موضع مدعی است و او باید ثابت کند که تصرف او به عنوان مالکیت می‌باشد. با توجه به وضعیت، اخیر لازم است که برای اعتبار تصرف، شرایطی در نظر بگیریم که طی آن متصرف پس از اثبات آن شرایط، به عنوان مالک شناخته شود، و این نظر دوم، نظری است که برخی از حقوقدانان<sup>۷</sup> اختیار نموده‌اند. این دسته از حقوقدانان در مبحث مربوط به شرایط اعتبار تصرف، تصرفی را دلیل مالکیت می‌دانند که دارای دو شرط اساسی باشد: ۱- تصرف به عنوان مالکیت باشد و ۲- تصرف باید مشروع باشد. اما در جایگاه بار اثباتی دعوی، به گونه‌ای دیگر اظهار عقیده می‌کنند؛ استاد دکتر ناصر کاتوزیان در توضیح ماده ۷۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق اشعار می‌دارند کسانی که به عنوان امین یا نماینده دیگری، مال را در تصرف خود دارند، مالک آن محسوب نمی‌شوند، مانند تصرف پدر در اموال مولی علیه به عنوان ولایت. در چنین فرضی ولی قهری در برابر فرزند یا دیگران نمی‌تواند به تصرف خود به عنوان دلیل

۷. دکتر کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اموال مالکیت، صص ۱۸۷ و ۱۸۸، ش ۲۰۲.

مالکیت خویش استناد جسته و مدعی مالکیت گردد. در این موارد، عرف آن اموال را در استیلای کسی می‌داند که به حساب یا به دستور او، دیگران (ولی قهری یا امین یا مباشر) اقدام به تصرف کرده‌اند و اینان با طرح پرسشی دائر بر این که هرگاه در عنوان تصرف بین متصرف و دیگران اختلاف افتد، آیا مدعی مالکیت باید ثابت کند که استیلای متصرف فعلی از جانب غیر است و دلیل مالکیت او محسوب نمی‌شود یا متصرف تکلیف دارد که شرایط اعتبار تصرف خود را ثابت کند؟ پاسخ می‌دهند که ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق حکم قضیه را روشن ساخته است،<sup>۸</sup> در حالی پذیرش ماده ۷۴۷ با مبحث مربوط به قبول شرایط اعتبار تصرف در تغایر است. چه آن که:

اولاً- هرگاه بخواهیم برای اعتبار و پذیرش یک تأسیس یا اماره حقوقی، قائل به اجتماع شرایطی باشیم، در صورت تردید در وجود شرایط مزبور و جریان اصل عدم شرط، باید اماره مزبور را نادیده گرفت.<sup>۹</sup> زیرا تا زمانی که تحقق شرایط مزبور احراز نگردد، پذیرش موضوع آن و نتیجه آن بی‌وجه است. در نتیجه با فرض فوق همواره جایگاه متصرف، موضع مدعی خواهد بود زیرا می‌باید در مقام اثبات تحقق شرایط اعتبار تصرف برآید تا به تصرف خود به عنوان مالکیت اعتبار بخشد.

ثانیاً- به عکس نظر استاد کاتوزیان، ماده ۷۴۷ قانون یاد شده مؤخر در مادتين ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی تصویب و به نحوی در مقام تأسیس یک اصل می‌باشد. بدین مضمون که همواره و به عنوان یک قاعده عمومی،

۸. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان منبع، ص ۱۸۷، ش ۲۰۲.

۹. دکتر شهیدی، مهدی، ارث، انتشارات سمت، چاپ دوم، تابستان ۱۳۷۶، ص ۲۳، ش ۲۱.

عنوان تصرف، منصرف به مالکیت است مگر این که مدعی مالکیت ثابت نماید که شروع به تصرف از طرف غیر بوده و متصرف مالک مال تلقی نمی‌گردد. به عبارت دیگر اصولاً در بدو امر، از تصرف نمی‌توان عنوان دیگری به غیر از مالکیت اتخاذ نمود و مثلاً ادعا نمود که اگر تصرف به عنوان ولایت یا وقفیت و غیره باشد، دلیل بر ولایت یا وقفیت است. همین مفهوم را می‌توان از مواد ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی استنباط نمود زیرا اگرچه ماده ۳۵ اعلام می‌دارد: تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، لیکن متعاقب آن، ماده ۳۶ قانون مدنی اتخاذ عنوانی غیر از مالکیت را در مورد تصرف، موقوف به اثبات آن می‌داند چه آن که می‌گوید هرگاه ثابت شود که تصرف مزبور ناشی از سلب ملک یا ناقل قانونی نبوده، چنین تصرفی اماره و دلیل مالکیت محسوب نخواهد شد؛ مانند آن که ثابت شود که تصرف مزبور ناشی از اعمال ولایت بر ملک مولی علیه است.

ثالثاً- هرگاه فقط به عنوان تصرف توجه کنیم و مثلاً بگوییم همان‌طور که تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است و یا تصرف به عنوان اجاره دلیل بر استیجار است مواجه با یک اشکال خواهیم شد؛ این ادعا اگرچه در ماهیت و نتیجه، منطقی بوده و ممکن است درست باشد اما از حیث قاعده عمومی مقرر در ماده ۳۵ قانون مدنی و ۷۴۷ آیین دادرسی مدنی سابق و همچنین از جهت آثار متفاوتی که دارند، درست در نمی‌آید. زیرا اولاً تصرف را از جهت عناوین آن، در عرض هم قرار داده و قاعده سازی نمی‌کند و همین امر موجب می‌شود که در استنباط و استخراج احکام و تعیین تکلیف در موارد مبهم و مردد، دچار سردرگمی شویم. ثانیاً در فرض فوق در دعاوی،

جایگاه مدعی و مدعی علیه و تکلیف بار اثبات دعوی معلوم نمی گردد چه این که دیگر نمی توان در تمامی موارد، تصرف را به عنوان دلیل عمومی مالکیت شمرد و مدعی فرض خلاف آن را مکلف به اثبات آن دانست. چه ممکن است تصرف مزبور عنوان دیگری داشته باشد.

بهترین نظری که می توان ابراز نمود پذیرش تصرف به عنوان دلیل عمومی مالکیت است و این همان چیزی است که مواد ۳۵ و ۳۶ قانون مدنی و علی الخصوص ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را در مقام تأسیس یک قاعده عمومی قرار می دهد. ماده ۳۵ قانون مدنی تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت شمرده و ظاهراً تصرف را به طور مطلق دلیل مالکیت نمی داند و آن را مقید به عنوان مالکیت نموده است. بدین ترتیب که اگر تصرف در راستا و به هدف اعمال و عنوان مالکیت باشد، اماره و دلیل مالکیت است والا اگر صرف تصرف مورد نظر قرار گیرد و عنوان مالکیت را نتوان در تصرف مزبور پیدا نمود، چنین اماره ای به دست نخواهد آمد. اگرچه چنین استدلالی حقیقت قانونی ندارد ولی همین عبارت ظاهری در ماده ۳۵ قانون مدنی، دیوانعالی کشور را نیز گمراه کرده و مرجع مزبور در مقام صدور رأی اصراری، ره به خطا برده است.<sup>۱</sup> حقیقت آن است که مقنن نظر قاطع خود را در دو ماده ۳۶ و ۳۷ قانون مدنی و ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی بیان می دارد: ابتدا مقنن در ماده ۳۶ قانون مدنی فرض خلاف مالکیت ناشی از تصرف را در مواردی می پذیرد که ثابت شود تصرف مزبور ناشی از سبب مملکه (حیازت مباحات) یا ناقل

۱۰. رأی مزبور در قسمتی دیگر مورد بررسی و نقادی قرار خواهد گرفت. (رأی اصراری شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۳۴/۴/۱۷ هیأت عمومی شنب حقوقی دیوانعالی کشور).

قانونی (مانند عقود و ارث) نبوده و به همین ترتیب نیز در ماده ۳۷ تنها دلیلی را که اماریت تصرف مالکانه را از بین می‌برد، اقرار شخص متصرف بر سبق مالکیت مدعی می‌شمرد. اثبات فرض خلاف در ماده ۳۶ قانون مدنی از موقعیت استثنایی برخوردار بوده و بیانگر این نکته است که همواره وجود تصرف دلالت بر مالکیت متصرف به واسطه سبب مملکه و یا ناقل قانونی دارد و کسانی که مدعی خلاف این اماریت هستند باید ثابت کنند که منشأ تصرف مزبور، سبب مملکه و یا ناقل قانونی نیست. اگرچه ممکن است این ایراد وارد باشد که مفاد ماده ۳۶ در فرضی مطرح می‌گردد که ماده ۳۵ در آن مقام بوده یعنی هرگاه تصرف به عنوان مالکیت باشد، دلیل مالکیت است و به همین ترتیب ماده ۳۶ قانون مدنی نیز با فرضی که ماده ۳۵ مقرر داشته یعنی تصرف با عنوان مالکیت بوده، اثبات خلاف آن را تنها در صورتی می‌پذیرد که مدعی مالکیت ثابت کند که تصرف مزبور ناشی از سبب مملکه یا ناقل قانونی نبوده است. اما این اشکال اگرچه در ماهیت خود و با توجه به مواد ۳۰ به بعد قانون مدنی که در مبحث مالکیت تقریر حکم می‌کند وارد نیست مضافاً با توجه به ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق نیز با حکم صریح خود آن را رد می‌کند. ماده ۷۴۷ قانون مدنی می‌گوید:

«کسی که متصرف است تصرف او به عنوان مالکیت شناخته می‌شود ولیکن اگر ثابت شود که شروع به تصرف از طرف غیر بوده است متصرف غیر شناخته خواهد شد، مگر این که متصرف ثابت کند که عنوان تصرف او تغییر کرده و به عنوان مالکیت متصرف شده است.»



مطابق منطوق ماده ۷۴۷، دیگر نیازی نیست که حتماً تصرف به عنوان مالکیت باشد تا دلیل مالکیت به حساب آید بلکه همین قدر که شخص متصرف مالی باشد، تصرف او به عنوان مالکیت شناخته می‌شود. فی الواقع، از نظر مقنن در هر تصرفی، عنوان مالکیت مفروض و مستتر است و صرف تصرف متصرف، بدون این که مستلزم اثبات عنوان مالکیت باشد، دلیل مالکیت شمرده خواهد شد. به عبارت دیگر، فرض می‌شود که هر تصرفی به عنوان مالکیت شناخته شود و به همین جهت تصرف مزبور، دلیل مالکیت است. ماده ۳۵ قانون مدنی و ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را باید بدین ترتیب جمع نمود که اگرچه تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است ولی متصرف در اثبات اماره تصرف، محتاج به اثبات عنوان مالکیت نبوده و همین که صرف تصرف را ثابت نماید، دلیل مالکیت او تلقی می‌شود.

#### مبحث دوم - رویه قضایی

برخلاف نظری که در مبحث قبل مطرح شد، رویه قضایی به نحوی دیگر و در دو مقطع زمانی مختلف، نظرات متفاوتی را ابراز داشته است. چند سؤال در اینجا قابل طرح است. اول آن که آیا همانند بحث مالکیت، تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است یا خیر؟ دیگر آن که در تعارض میان تصرف فعلی با اثبات سبق وقفیت، کدام یک را باید مقدم شمرد؟

## گفتار اول - تصرف به عنوان وقفیت

هیأت عمومی دیوانعالی کشور در پاسخ به سؤال اول که به نحوی پاسخ دوم را نیز دربردارد، نظری را ابراز می‌دارد که مغایر نظر نگارنده در مبحث اول است؛ فی‌الواقع هیأت عمومی دیوانعالی کشور در اولین نظری که مطرح می‌کند به نحوی در مقام انشای حکم مقرر در ماده ۳۵ برای موضوع وقفیت است، رأی اصراری شماره ۶۹۹-۱۷/۴/۱۳۳۴:

«... پس از قرائت رأی‌های صادره از شعبه ۴ و ۶ و استماع توضیحات آقایان رئیس‌ان و مستشاران شعبتین نامبرده و مذاکره و بحث در اطراف مسأله روشن گردید که نسبت به اصل و اساس حکم قضیه اختلاف نظر و رویه بین دو شعبه نبوده است و از هر دو شعبه در مسائل زیر متفق می‌باشند: ۱- به طوری که طبق ماده ۳۵ قانون مدنی تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است تا خلافش ثابت شود، تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است تا خلافش ثابت شود. ۲- تصرف به عنوان وقف قابل اثبات با شهادت شهود است ۳- ید فعلی حاکم بر ید سابق است یعنی تصرف فعلی به عنوان مالکیت را تصرف سابق وقف ولو ثابت شود از اعتبار ساقط نمی‌کند مگر در صورتی که ضمن اثبات تصرف سابق وقف، محرز گردد که منشأ تصرف فعلی مالکانه غصب و بدون مجوز قانونی عدواناً عین موقوفه از تصرف وقف انتزاع شده است و در این صورت تصرف وقف معتبر است تا خلافش ثابت شود، با توافق نظر در سه اصل فوق مجال و موردی برای اختلاف نظر شعبتین باقی نبوده است تا برای رفع آن و توحید رویه موضوع طرح و اخذ رأی هیأت عمومی به عمل آید».

مطابق رأی اصرای فوق همان‌طور که تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است. در حالی که این نظر بنابه دلایل پیش گفته در مبحث قبل و با توجه به ماده ۷۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی سابق که به کیفیتی در مقام بیان و تفسیر ماده ۳۵ قانون مدنی بوده، هیچگونه پایه و اساس قانونی ندارد. هیچگاه نمی‌توان دلیل مناسب برای اثبات وقفیت را تصرف به عنوان وقفیت معرفی کرد. چه آن که این اماره قانونی مختص مبحث مالکیت است.

اثبات وقف، با تصرف صورت نمی‌گیرد و تصرف اساساً دلیل متناسب برای ثابت کردن وقفیت نیست بلکه دلیل متناسب بر آن را باید ادله‌ای همچون سبق مالکیت واقف و اثبات عقد وقف به واسطه ابراز وقف‌نامه عادی یا رسمی یا شهادت شهود بر انعقاد عقد وقف و قبض آن دانست. به عکس، در بحث وقف ما هیچگونه اماره قانونی بر اثبات آن نداریم مگر این که دادگاه با توجه به اوضاع و احوال و قرائن موجود و به واسطه حصول علم از طریق اماره قضایی، تحقق عقد وقف را احراز نماید.

### گفتار دوم - زوال عنوان تصرف در مالکیت با اثبات و احراز وقف

نکته جالب آن که هیأت عمومی دیوانعالی کشور در مقطعی دیگر، نظری متفاوت با نظر سابق خود ارائه می‌کند. رأی اصراری شماره ۱۳۷۹/۲/۲۷-۶ ردیف ۳/۷۹ هیأت عمومی بدین شرح است:

«نظر به این که وقفیت عنوانی است طاری، برای اثبات آن دلیل کافی لازم است صرف اشاره به وقفیت در سند اجاره و یا شهادت شهود به نحوی که در پرونده منعکس است کافی بر احراز و تحقق وقف

نمی‌باشد، به علاوه تصرفات ممتد خواندگان در رقبه مورد بحث به عنوان مالکیت مؤیداً به ماده ۳۵ قانون مدنی که تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است خلاف ادعای وقفیت را محرز می‌دارد، مضافاً به این که عمل به وقف به اثبات نرسیده است. علی‌هذا، دادنامه تجدیدنظر خواسته به اکثریت آراء نقض می‌شود.

رأی اخیر هیأت عمومی دیوانعالی کشور و استدلال مندرج در آن تقریباً با رأی سابق‌الذکر همان هیأت عمومی مغایرت داشته و از قوت و منطق بیشتر و بهتری برخوردار است. فی‌الواقع، همانطور که ما نیز بر آنیم عنوان تصرف همواره منصرف به مالکیت است و تصرف به عنوان وقفیت را نمی‌توان دلیل وقفیت محسوب داشت زیرا وقف اموال مطابق تعریفی که بر مبنای اخبار واصله در قانون مدنی آمده، حبس‌العین و تسبیل ثمر است که به قصد قربت انجام می‌پذیرد. به‌طور معمول مالکین به نحو استثنایی، املاک و اموال خود را وقف عام و خاص می‌نمایند، در نتیجه نمی‌توان همانند قاعده‌ای که در باب مالکیت و از تصرف به عنوان مالکیت وجود دارد، وحدت ملاک گرفت و همان علت را به وقفیت نیز تسری داد. به ویژه آن که اگر بخواهیم نوعی ترتب زمانی و تاریخی در این مبحث قائل شویم حتی مالکیت را نیز باید امری استثنایی به شمار آوریم زیرا همواره ملک و املاک مبحث مالکیت به ویژه در اموال غیرمنقول مسبوق بر اراضی موات و اشیای مباحه بلامالک است و پس از احیای اراضی موات و حیازت مباحات اشیای مباحه که به قصد تملک (مواد ۱۴۳، ۱۴۹ و ۱۶۰ قانون مدنی) صورت می‌گیرد تغییر عنوان پیدا می‌نماید. به علاوه، وقفیت نیز

حاصل نمی‌گردد مگر در ملک واقف، بدین تعبیر که نمی‌توان تصور نمود مالک، مالی را وقف کند بدون این که مسبوق به ملکیت باشد. چه آن که تا زمانی که مالی وصف ملکیت پیدا نکند وقف آن بی‌اعتبار و غیرممکن است. در نتیجه، اصل بر موات بودن اراضی و اشیای مباحه است و استثناء بر آن ملک و تملک این اموال می‌باشد و نهایتاً استثناء بر استثناء، وقف اموال تحت تملک است. به همین لحاظ نیز نسبت به وقفیت، مالکیت اموال را باید مطابق با اصل دانست.

اداره حقوقی دادگستری نیز در نظریه شماره ۷/۱۵۱۲-۳/۲۱-۱۳۶۵ خود به نحوی این نکته را تأیید می‌کند:

«در مورد اموال، اصل بر مالکیت است نه وقفیت، بنابراین بقای ایادی متصرفین به عنوان مالکیت و استمرار و تداوم تصرفات مالکان دلیل بر مالکیت بودن رقبه مورد تصرف خواهد بود مگر آن که حسب وقفنامه و دلایل مثبته دیگر امر وقفیت مسجل و محرز شود و به هر تقدیر وقفیت حال و ماضی اموال استثنایی بوده و اعلام آن نیاز به اثبات قانونی دارد.»

از مطالب فوق این نتیجه گرفته می‌شود که در تعارض میان اماره تصرف به عنوان مالکیت در مقابل ادعای وقفیت سابق، همواره اماره تصرف و مالکیت ملک مقدم بوده و ترجیح دارد و صرف ادعا یا دعوی وقف را نمی‌توان نافی اماره تصرف به عنوان مالکیت پنداشت. مگر آن که به نحو وجودی و مسلم، تحقق عقد وقف اثبات گردد. با اثبات سبق وقف، اماره تصرف کارآیی خود را از دست می‌دهد و دیگر به عنوان اماره قانونی نمی‌توان بدان استناد جست.

برخی از اساتید بزرگوار حقوق مدنی<sup>۱۱</sup> با تقابل اماره تصرف و اصل استصحاب وقفیت، و در نتیجه قوت اماره بر اصل، استدلال نمودند که حتی اگر وقفیت سابق محرز گردد و با جریان اصل استصحاب هم بتوان آن را تا زمان حاضر باقی فرض کرد، به جهت عدم قابلیت معارضه اصل با اماره، نمی‌توان اثری بر اصل استصحاب و نفوذ وقفیت مترتب نمود چه آن‌که استصحاب اصل است و تصرف، اماره و همواره در تعارض این دو، اماره بر اصل مقدم بوده و ارجحیت دارد. البته مرحوم دکتر امامی در این بخش از کتاب خود صرفاً در مقابل تقابل و تعارض میان اماره و اصل و قوت یکی بر دیگری بوده و به منظور بیان ارجحیت اماره بر اصل، متوسل به مثالی شده که مثال مزبور قادر به اثبات قوت اماره بر اصل نیست و یا حداقل می‌توان گفت که در اینجا مصداق ندارد. نظر استاد گرانقدر حقوق مدنی اگرچه در عنوان و نفس تقابل و اصل و اماره صحیح است ولی به نظر می‌رسد در مصداق و مثالی که برای موضوع اصل و اماره و تعارض میان آن دو آورده‌اند با موازین و احکام ناظر بر مثال مورد نظر انطباق ندارد. زیرا:

اولاً، تصرف اگرچه اماره مالکیت متصرف بوده و به عنوان اماره بر اصول عملیه قوت و برتری دارد اما باید توجه داشت که این امر در مواردی که امکان مالکیت در آن وجود ندارد، نمی‌توان صادق باشد. یعنی کاربرد اماره تصرف به عنوان مالکیت در جایی که موقعیت نقل و انتقال و

۱۱. دکتر امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ششم، ص ۲۱۰.

امکان تملک وجود ندارد، منتفی است.<sup>۱۲</sup> در نتیجه هرگاه مثلاً ملکی جزء اموال عمومی باشد، از آنجا که نقل و انتقال اموال عمومی اصولاً ممنوع و جز با اجازه مجلس شورای اسلامی میسر و ممکن نبوده و متولیان آن نیز حق نقل و انتقال اموال عمومی را ندارند، لهذا تصرف در اموال مزبور حتی با عنوان مالکیت نیز که باشد، اماره مالکیت متصرف نخواهد بود. حتی در مواردی اجازه مجلس نیز در مورد نفایس منحصر به فرد کافی برای نقل و انتقال نیست (اصل ۸۳ قانون اساسی). ماده ۲۵ قانون مدنی اشعار می‌دارد:

«هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پلها و کاروان سراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدان‌گاه‌های عمومی تملک کند و همچنین است قنوت و چاهایی که مورد استفاده عموم است.»

تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری و ماده ۲۶ قانون مدنی و اصل ۴۵ قانون اساسی نیز در همین ارتباط بوده و درخصوص اموال عمومی متضمن احکام خاص می‌باشد.

علاوه بر اموال عمومی که شرح آن در بالا آمد، اموال موقوفه نیز از جمله اموالی است که تملک خصوصی آن علی‌الاصول ممکن نبوده و به طور استثنایی صورت می‌پذیرد زیرا وقف مطابق ماده ۵۵ قانون مدنی عبارت است از این که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود. در چنین وضعیتی فی‌الواقع واقف نه تنها از خود رفع مالکیت می‌نماید بلکه اصولاً

۱۲. برخی از اساتید حقوق همانند آقای دکتر کاتوزیان نیز این نظر را تأیید می‌کنند، کتاب اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۰، ص ۱۲۳، ش ۶۷

قابلیت تملک خصوصی موقوفه را نیز زائل می‌سازد. در نتیجه، تنها فقط در موارد بسیار استثنایی از قبیل خراب شدن عین موقوفه یا خوف از خرابی و یا بیم سفک دمای میان موقوف علیهم از اسباب جواز فروش مال موقوفه شمرده شده است (مواد ۸۸ و ۳۴۹ قانون مدنی).

ثانیاً: چنانچه از طریق ادله قانونی و متناسب با موضوع وقف، تحقق وقف در زمان سابق ثابت گردد، اماره تصرف متصرف در زمان حال، حاکم بر وقف سابق نخواهد شد چه آن که در این فرض اگرچه ظاهراً وقف سابق محقق و بقای آن استصحاب می‌گردد اما آنچه که موجب انتفاء اماره تصرف به عنوان مالکیت می‌گردد، اصل استصحاب نیست بلکه عدم قابلیت تملک موقوفه است. به عبارت دیگر با اثبات تحقق وقف در زمان سابق، موقوفه از وضعیت املاک قابل نقل و انتقال و یا قابل تملک خصوصی خارج شده و تملک و نقل و انتقال آن منتفی می‌گردد. به همین لحاظ اماره تصرف نمی‌تواند در مقابل وقف سابق، دلیل بر مالکیت متصرف گردد مگر این که متصرف ثابت کند که بلحاظ حدوث یکی از اسباب جواز فروش و انتقال موقوفه، آن را تحت تملک خویش در آورده یا به انتقال گرفته است. در این صورت، متصرف دیگر در موضع مدعی علیه قرار نخواهد داشت زیرا دیگر اماره تصرف از او حمایت نمی‌کند به همین جهت با اثبات وقف سابق، متصرف در جایگاه مدعی قرار گرفته و بار اثبات دعوی مالکیت اثبات انتقال قانونی و تبدیل وقف به ملک را به دوش می‌کشد.

یکی از حقوقدانان بنام ایران نیز به نوعی دیگر و در مبحث مربوط به تعارض وقف و ملک، جانب ملک را ترجیح داده است. مثلاً در باب



تقاضای ثبت ملک معین هرگاه دو شخص با هم اختلاف داشته و یکی ملک خود بداند و دیگری آن را موقوفه بنامد، رعایت یک اصل کلی ایجاب می‌کند که اگر مدارک طرفین کافی برای اثبات مدعی آنان نباشد و مرجع رسیدگی کننده در تقابل ادله و اظهارات طرفین مردد و درمانده گردد، باید جانب ملک را ترجیح دهد زیرا در صورت شک در ملکیت و وقفیت، اصل ملکیت است و وقفیت خلاف اصل بوده و محتاج به اثبات است.<sup>۱۳</sup>

#### نتیجه

در این مقاله سعی بر این بوده تا دلیل متناسب در اثبات و احراز مالکیت را شناخته و دلیل یا وضعیتی را که از نظر قوانین جاری، اصولاً به عنوان دلیل مالکیت معرفی شده، توصیف و تشریح نماییم. از جمع مقررات مورد استناد در متن مقاله از جمله ماده ۳۵ قانون مدنی، مواد ۶۱، ۶۲ و ۱۰۱ قانون اجرای احکام مدنی و مقررات قانون ثبت اسناد املاک و همچنین ضوابط مقرر در قانون تجارت، برمی‌آید که اولین دلیل اصولی و متناسب در اثبات مالکیت، دلیل تصرف به عنوان مالکیت است که این خود نیز در بسیاری موارد از طریق اقامه سایر دلایل و وسایل اثبات دعوی مانند اقرار، شهادت، سند و تحقیقات محلی ثابت می‌گردد. البته واضح است که عنوان دلیل تصرف به عنوان مالکیت طبق ماده ۳۵ و با رعایت ماده ۱۳۲۲ و بند ۴ ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی یکی از مصادیق اماره قانونی تلقی شده و به عنوان

۱۳. دکتر جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، جلد اول، گنج دانش، چاپ دوم، سال ۱۳۷۸، ص

دلیل متناسب و اصولی در بسیاری از اموال و املاک و حقوق قانونی، ایفای نقش کرده و به نفع مدعی و متصرف، اثبات و احراز مالکیت می‌کند. رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۴/۷/۱۱ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوانعالی کشور نیز که مؤید نحوه احراز مالکیت می‌باشد به عنوان رویه قضایی قابل ملاحظه و توجه است.<sup>۱۴</sup> بنابراین، با توجه به مقررات حاضر و نتیجه حاصله از این مقاله اصولاً اشخاصی که در دعاوی مطروحه، مدعی مالکیت خویش بر اموال منقول و غیرمنقول متنازع‌فیه هستند. تنها می‌توانند با اماره قانونی تصرف به عنوان مالکیت، دعاوی خود را بر مسند اثبات بنشانند و اصولاً تنها دلیل متناسب و قانونی در ثابت نمودن مالکیت، اماره تصرف است. النهایه تعدادی از اموال و حقوق هستند که در اثبات مالکیت بر آنها، اماره تصرف کارآیی و کاربرد ندارد. به همین جهت، اماره تصرف در این دسته از اموال و حقوق، دلیل متناسب و قانونی به شمار نرفته و قادر به اثبات مالکیت مدعی نخواهد بود. اثبات مالکیت بر این دسته از اموال و حقوق که، ابراز و ادله دیگری را به عنوان دلیل متناسب و قانونی می‌طلبند، موکول به تحریر مقاله دیگری است که در این مختصر نمی‌گنجد و انشاءالله طی عنوان جداگانه و مقاله دیگری طرح و تحریر خواهد شد.

۱۴. به نقل از مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوانعالی کشور در سال ۱۳۷۴، جلد اول، دفتر مطالبات و تحقیقات دیوانعالی کشور، روزنامه رسمی، تهران سال ۱۳۷۶، صص ۲۸۸ - ۳۷۱.

بخش

ترجمه



# «روابط دیوان بین‌المللی کیفری و سازمان ملل متحد»\*

نوشته: ارنلا پورچیا

ترجمه: دکتر ابراهیم بیگ‌زاده

## مقدمه

روابط دیوان کیفری بین‌المللی با سازمان ملل متحد هسته اصلی<sup>۱</sup> برای درک گستره و کارآیی این نهاد جدید می‌باشد.<sup>۲</sup>

\* مقاله حاضر تحت عنوان:

“Les relations entre la cour pénale internationale et l’organisation des Nations Unies”  
از کتاب “la Justice pénale internationale entre passé et avenir” که تحت نظر “Mario Chiavario”  
در سال ۲۰۰۳ توسط انتشارات Dalloz و Giuffré به زیور طبع آراسته شده است، انتخاب و ترجمه شده  
است.

۱. این مسأله در طول مذاکرات توسط دکترین مطرح شده بود. رجوع شود به:

SiDi, “Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale”, Napoli, 1999.

U. Leanza, “The Rome conference on the establishment of international Criminal Court: a  
fundamental step in the stenghtening of international criminal law in Essays on the Rome Statute  
of the International Criminal Court”, sous la direction de F. Lattanzi et W. Schabas, Napoli,  
1999, 9, sp. 13.

۲. نمی‌توان در اینجا ابتکارات و تلاشهای سازمان ملل متحد برای ایجاد دیوان بین‌المللی کیفری را مطرح  
نمود. فقط باید یادآوری کرد که در جریان نخستین بحث‌ها، ایجاد دیوانی در درون نظام ملل متحد مطرح  
شده بود. برای ملاحظه این بحث‌ها رجوع شود به:

L. Condorelli – S. Villalpando, “Relationship with UN”, in “The Rome statute of the ICC”, sous  
la dir. A. Cassese. P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, Oxford, 2002, 219.

F. Mosconi N. Paris: “Cooperation between ICC and states parties” in: The ICC. Comments on  
the draft statute, F. Cattanzi, Napoli, 1998, 15, nt. 12.

پیشگفتار اساسنامه، اراده دولت‌ها را برای تشکیل یک دیوان بین‌المللی کیفری دائمی و مستقل و مرتبط با سازمان ملل متحد،<sup>۳</sup> که دارای صلاحیت رسیدگی به شدیدترین جنایاتی که جامعه بین‌المللی را متأثر می‌کند، اعلام می‌دارد. شماری از مواد اساسنامه دیوان به نظام ملل متحد اشاره دارند، اما توجه خاص در واقع به نقش شورای امنیت در عملکرد دیوان است.<sup>۴</sup>

قبل از مسائلی که ممکن است مطرح شوند، باید نقش و صلاحیت‌های دیوان و شورای امنیت را یادآوری نمود.<sup>۵</sup> بدیهی است که دیوان یک رکن

۳. اشاره به ماده ۴ اساسنامه دارد که برای دیوان قائل به شخصیت حقوقی است. به طور کلی در مورد رابطه دیوان با نظام ملل متحد رجوع شود به:

L. Condorelli – S. Villalpando, "Relationship with the United Nations in the Rome Statute of the International Criminal Court", sous la direction de A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, Oxford 2002, 219. Egalement sur le point, F. Mosconi – N. Parisi, "Co-operation between International Criminal Court and States Parties, in The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute", sous la direction de F. Lattanzi, Napoli, 1998, 315, nt. 12.

۴. باید یادآوری نمود که طبق ماده ۲ اساسنامه، رابطه دیوان با سازمان ملل متحد مبتنی بر موافقتنامه‌ای است که از سوی رییس دیوان و به نام آن رکن منعقد و توسط مجمع دولتهای عضو تصویب می‌شود. در این مورد رجوع شود به پیش‌نویس موافقتنامه مربوط به روابط دیوان و سازمان ملل متحد که توسط کمیسیون مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری تهیه شده (PNICC/2001/1) و توسط مجمع دولتهای عضو در جریان اولین اجلاس خود (نیویورک ۱۰-۳ سپتامبر ۲۰۰۲) تصویب شده است. در مورد ماهیت روند انعقاد این موافقتنامه، به طور خاص، رجوع شود به:

L. Condorelli – S. Villalpando, "Relationship", précité, 219. Egalement sur la particularité de l'accord, P. Mori, "L'institutionnalizzazione della giurisdizione penale", précité, 141.

۵. برای ملاحظه بحث‌ها و مذاکرات و تاریخچه مقررات اساسنامه که در این مقاله مورد نظر ماست رجوع شود به:

P. Gargiulo, "the Relationship between the ICC and the Security Council in The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute", sous la direction de F. Lattanzi, Napoli, 1998;

P. Gargiulo, "Il controverso rapporto tra corte penale internazionale e consiglio di sicurezza per la repressione dei crimini di diritto internazionale", CI, 1999, 429 s.

قضایی است، در حالی که شورای امنیت، براساس منشور ملل متحد، یک رکن سیاسی است و مسؤولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را بر عهده دارد. اما، در اغلب موارد، از دیوان خواسته می‌شود به جنایاتی که مرتبط با وضعیت‌های مطروحه در شورای امنیت هستند رسیدگی کند؛ وضعیت‌هایی که طبق فصل هفتم منشور ملل متحد، تهدیدی بر ضد صلح می‌باشند.<sup>۶</sup>

دلیل وجود چنین پیوندی باید معلوم شود. مع‌هذا مقاله حاضر محدود به مطالعه روابط کاری میان این دو سازمان می‌باشد که به طور کلی در حالات زیر قابل طرح هستند:

- شورای امنیت دارای حق ارجاع موقعیت‌هایی به دیوان بین‌المللی کیفری می‌باشد که تهدیدی علیه صلح یا نقض صلح، بر طبق فصل هفتم منشور دارد (ماده ۱۳ بند ب) (I).

- شورای امنیت می‌تواند با تصویب قطعنامه‌ای براساس فصل هفتم منشور، از دیوان تقاضای تعلیق تحقیق یا تعقیب را بنماید (ماده ۱۶) (II).

- جنایت تجاوز باید به طور خاص مورد توجه قرار گیرد و این امر پذیرفته شود که تعریف آن منوط به مقررۀ خاصی است (ماده ۵ اساسنامه دیوان) که دقیقاً نشان از شناخت صلاحیت شورای امنیت در این مورد

۶. در مورد سازمان ملل متحد، بخصوص منشور ملل متحد رجوع شود به: "A commentary", sous la direction de B. Simma, Oxford, 2002, P. Picone, "Interventi della Nazioni unite e diritto internazionale", Padova, 1995, S. Marchisio "L'Onu. Il diritto Nazioni Unite", Bologna, 2000; L. Forlati Picchio "Le Nazioni Unite", Torino, 2000, B. Conforti "Nazioni Unite", Padova, 2001.

در مورد اختیارات شورای امنیت به طور خاص رجوع شود به: "The Development of the Role of the Security Council: Peace - keeping and Peace - Building", sous la direction R.J Dupuy, Dordrecht, 1993, G. Arangio Ruiz "On the Security Council's «Law - making»", in *Rdint* 2000, 609 s.

دارد (III).

– همچنین باید به نقش شورای امنیت در صورت نقض تعهد از سوی دولتها در همکاری با دیوان (مواد ۸۷-۸۶) توجه شود (IV).  
 – بالاخره باید روابط دیوان با سایر ارکان ملل متحد، به طور خاص امکان همکاری اداری آنها با یکدیگر، امکان درخواست نظر مشورتی از دیوان بین‌المللی دادگستری و همچنین روابط مالی میان سازمان ملل متحد و دیوان بین‌المللی کیفری بررسی شوند (V).

این مقاله به طور خلاصه به بررسی موضع دیوان نسبت به نظام ملل متحد می‌پردازد، و به خصوص ماهیت و گستره اشتغال قضایی دیوان را در وضعیت‌هایی که شورای امنیت دخالت می‌کند مد نظر و تحلیل قرار می‌دهد (VI).

I- ارجاع وضعیت‌های تهدید علیه صلح یا نقض صلح به دیوان بین‌المللی کیفری توسط شورای امنیت

طبق ماده ۱۳ (بند ب) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، شورای امنیت می‌تواند، مطابق فصل هفتم منشور، وضعیت<sup>۷</sup> را به دادستان آن دیوان

۷. در مورد تاریخچه مقرر رجوع شود به:

P. Garguilo, "Il controverso rapporto", précité, 434., M. CH. Bassiouni, "The Statute of the International Criminal Court. A documentary History", New York, 1999. Id., "Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court", in *cornell Int'l LJ*, 1999, 443.

در مورد اهمیت ارجاع وضعیت‌ها و نه موارد (ساده) به دیوان، رجوع شود به:



ارجاع دهد.<sup>۸</sup>

کلیه وضعیت‌ها باید به گونه‌ای باشند که طبق ماده ۳۹ منشور تهدید علیه صلح یا نقض صلح، یا تجاوز قلمداد شوند.<sup>۹</sup> شورای امنیت نمی‌تواند وضعیتی را به صرف وجود نسل‌کشی، جنایات جنگی یا جنایات بر ضد بشریت<sup>۱۰</sup> به دیوان ارجاع دهد. شورا قبل از هر چیز باید یک وضعیت عینی را احراز کند و بعد از آن است که می‌تواند ارتکاب یک یا چند جنایت را در آن (وضعیت) لحاظ نماید.

در مورد آیین رأی‌گیری در این خصوص نیز باید دانست که چون مسأله در زمره مسائل ماهوی است<sup>۱۱</sup> لذا دولت‌های عضو دائم شورا از حق وتو برخوردارند.<sup>۱۲</sup> از لحاظ شکلی هم فقط موافقت شورای امنیت همراه با

F. Lattanzi, "Compétence de la Cour Pénale internationale et consentement des Etats", *Rgdint*, 1999, 425 s., sp. 459.

برای نظر مخالف رجوع شود به:

L. Conderelli - S. Vilalpando, "Referral and Deferral by the Security Council", in *The Rome Statute*, précité, 627 s., sp. 632.

۸. در مورد اشتغالات و وظایف دادستان رجوع شود به:

S. Zappala, "Il procuratore della corte penale internazionale: luci e ombre", in *RDint*, 1999, 39, *Egalement Voir infra*, S. Quattrococo.

۹. در مورد جنایت تجاوز به مطالب بعدی رجوع شود.

۱۰. رجوع شود به:

F. Lattanzi, "compétence de la Cour", précité, 440, *egalement*, P. Mori, "L'istituzionalizzazione della giurisdizione penale", précité, 223-224.

برای نظر مخالف رجوع شود به:

L. Conderelli - S. Vilalpando, "Referral and Deferral", précité, 631.

۱۱. برای دکترین در این مورد رجوع شود به:

S. Sur, "Vers une Cour pénale internationale: la convention de Rome entre les Ong et le Conseil de sécurité", in *RgdintP*, 28 s., sp. 44.

۱۲. رجوع شود به:

مدارک و سایر ادله منضم به آن<sup>۱۳</sup> می‌تواند توسط دبیرکل سازمان ملل به دادستان دیوان تسلیم گردد.<sup>۱۴</sup>

اعطای چنین اختیار و صلاحیتی به شورای امنیت سؤال‌های زیادی را مطرح می‌کند. در اولین مرحله مسأله برابری دولت‌ها مطرح می‌شود.<sup>۱۵</sup> به عبارت دیگر، دولت‌های عضو شورای امنیت که اساسنامه را تصویب نکرده‌اند<sup>۱۶</sup> در شرایط مساعدی برای متهم کردن سایر دولت‌ها قرار می‌گیرند

F. Latanzi, "Compétance de la Cour", précité, 440.

۱۳. رجوع شود به:

P. Gargiulo, "Il controverso rapporto", précité, 440-441, L. Condorelli - S. Vilalpondo, "Referral and Deferral", précité, 642.

۱۴. در صورت عدم نتیجه قطعی می‌توان با یک اطلاع ساده به دادستان، که به او امکان شروع کار را بدهد، بسنده نمود. رجوع شود به:

L. Condorelli - S. Vilalpondo, "Referral and Deferral", précité, 634.

۱۵. رجوع شود به:

B. Conforti, "I rapporti tra consiglio di Sicurezza e Corte Penal internazionale (Tavola rotonda)" in SiDi, cooperazione, cité, 233.

در همین راستا رجوع شود به:

N. Ronzitti, "Crimini internazionali individuali, Tribunali interni e giustizia penale internazionale", in SiDi, "Cooperazione", précité, 1, sp. 34-35.

در مورد مذاکرات رجوع شود به:

P. Gargiulo, "il controverso rapporto", précité, 435.

۱۶. در مورد نقش آمریکا در مورد این مقرر رجوع شود به:

S.V. Ratner, "The Relationship between the International Criminal Court and the Security Council: an appraisal to the United States position", in SiDi, précité, 237.

در مورد موضع آمریکا باز رجوع شود به:

R. Wedgwood, "The United States and the International Criminal Court: achieving a wider consensus through the 'Ithaca Package'", in *CornellInt'lL*, 1999, 535.; D. Sheffer, "The United States and the International Criminal Court", in *AmJint'lL*, 1999, 18 s., J.R. Bolton, "The Risks and the Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective", in *VaJint'lL*, 2000.

بدون این که از این نگران باشند که خود نیز ممکن است در خطر چنین اتهامی قرار گیرند.<sup>۱۷</sup>

در مرحله دوم، صلاحیت اولیه شورای امنیت، که سبب تسری تئوریک اساسنامه به دولت‌های غیر عضو آن نیز می‌گردد، موجب می‌شود که دیوان بین‌المللی کیفری از یک ویژگی جهانی<sup>۱۸</sup> حداقل در وضعیت‌هایی که شورا به آنها رسیدگی می‌کند برخوردار گردد. این حالت مغایر اصل توافقی بودن عملکرد دیوان است<sup>۱۹</sup> و به علاوه به نظر می‌رسد که به طور کلی با اصل «عدم امکان ایجاد تعهد برای ثالث بدون رضای او» (pacta tertiis nec nocent nec prosunt)<sup>۲۰</sup> مغایرت داشته باشد.

نسبت به مورد اول، ماده ۱۱ بند ۲ اساسنامه دیوان پیش‌بینی کرده است که دیوان در صورتی می‌تواند اعمال صلاحیت کند که یکی از دولت‌ها یا هر دو که رابطه نزدیکی با جنایت ارتكابی دارند، عضو اساسنامه

۱۷. رجوع شود به:

E. Decaux, "Actions au regard de la souveraineté des Etats et moyens d'investigation", in *La Cour Pénale Internationale - Colloque droit et démocratie*, Paris 1999, 77, sp. 84-85.

۱۸. در مورد ویژگی جهانی بودن دیوان رجوع شود به:

G. Danilenko, "The Statute of the International Criminal Court and third States", in *MichJint'IL*, 2000, 445 s., sp. 452 et 456.

۱۹. در مورد توافقی بودن عملکرد دیوان رجوع شود به:

G. Danilenko, précité, 453, P. Picone, "Corte penale internazionale e criminal internazionale degli stati", in *SIDI*, précité, 63 s., sp 68.

یک مسأله دیگری که مطرح می‌شد صلاحیت زمانی *ratione temporis* است در این مورد رجوع شود به:

L. Condorelli, S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 634.

۲۰. رجوع شود به ماده ۳۴ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات. در این مورد رجوع شود به:

G. Danilenko, "The Statute", précité, 447-448.

همچنین در مورد آثار اساسنامه نسبت به دولت‌های ثالث رجوع شود به:

G. Palmisano, "The International Criminal Court and Third States", in *Essays*, précité, 391 s.

دیوان باشند،<sup>۲۱</sup> یا صلاحیت دیوان را طبق ماده ۱۲ بند ۳ (اساسنامه آن) پذیرفته باشند؛<sup>۲۲</sup> به عبارت دیگر، دیوان در صورتی اعمال صلاحیت می‌کند که صلاحیت آن از سوی دولت محل وقوع جنایت یا توسط دولت متبوع متهم پذیرفته شده باشد. برعکس، زمانی که دادستان براساس قطعنامه مصوب شورای امنیت براساس فصل هفتم عمل می‌کند هیچ شرطی پیش‌بینی نشده است. دخالت شورای امنیت نشان از اقتدار آن رکن بوده و مستقل از رضای دولت‌ها می‌باشد. شورا می‌تواند به وضعیت‌های مرتبط با دولت‌هایی رسیدگی کند که عضو اساسنامه دیوان نیستند. به همین دلیل هم هست که می‌توان گفت این مقرر می‌تواند به اصل «رضایت» خدشه وارد کند.

برای درک روابط ماده ۱۳ و اصل کلی «عدم امکان ایجاد تعهد برای ثالث بدون رضای او» یعنی آثار این ماده نسبت به کشورهای ثالث، ارجح است که ماهیت اشتغال دیوان در حالت احاله مسأله از سوی شورای امنیت مورد توجه قرار گیرد. در واقع این مقرر، در پیوند با مسأله صلاحیت شورای امنیت برای ایجاد محاکم بین‌المللی است. این مسأله، هم در نتیجه‌گیری و هم بعد از آن که به سایر اختیارات شورای امنیت در اساسنامه دیوان اشاره نمودیم مورد توجه قرار می‌گیرد. همچنین مقرر ماده ۱۳،

۲۱. باید یادآوری نمود که دولت‌ها می‌توانند برای یک دوره هفت ساله صلاحیت دیوان را برای رسیدگی به جنایات جنگی نپذیرند، در این مورد رجوع شود به:

P. Mori, "L'instituzionalizzazione della giurisdizione penale", précité, 197.

۲۲. اعلامیه نزد مدیر دفتر تودیع شده است. دولتی غیر عضو که صلاحیت دیوان را پذیرفته است با آن رکن بدون هیچگونه تأخیر و بهانه‌ای طبق فصل نهم اساسنامه همکاری می‌کند. رجوع شود به:

G. Palmisano, "La nuova corte penale internazionale e il problema degli Stati terzi", in *RGCoopInt* 1999, 21 ("l'art. 12, par. 3, può a mio avviso considerarsi come stipulazione pattizia in favore di terzi").

مسأله دیگری را در ارتباط با اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان به شکل مندرج در ماده ۱۷ اساسنامه مطرح می‌کند. در حقیقت، براساس ماده ۱۸، زمانی که وضعیتی طبق ماده ۱۳ شق الف در دیوان مطرح شده باشد یا زمانی که دادستان تحقیقی را طبق ماده ۱۳ شق ج و ماده ۱۵ آغاز نموده باشد، و مراتب را به کلیه طرف‌ها و دولت‌هایی که طبق اطلاعات موجود، در اصل صالح برای رسیدگی به جنایات ارتكابی هستند اعلام کند،<sup>۲۳</sup> این ماده نمی‌تواند از سوی شورای امنیت برای احاله مسأله به دیوان مورد استفاده قرار گیرد.

در واقع، بازخوانی دقیق‌تر اساسنامه دیوان امکان‌گذار از این مسأله را می‌دهد. طبق ماده ۵۳ اساسنامه، دادستان<sup>۲۴</sup> به هر حال مکلف است بررسی کند که آیا قضیه طبق ماده ۱۷ قابلیت پذیرش دارد یا احیاناً می‌تواند داشته باشد.<sup>۲۵</sup> به عبارت دیگر بر مبنای این مقرر، دادستان مکلف است بررسی کند که آیا «قضیه موضوع یک تحقیق یا پیگرد از سوی یکی از دولت‌های ذیصلاح در آن مورد قرار گرفته است، مگر آن که آن دولت

۲۳. در ماه بعد از دریافت ابلاغیه، دولت می‌تواند به دیوان اطلاع دهد که تحقیقی را برای جنایات مندرج در ماده ۵ اساسنامه آغاز کرده یا می‌کند. در مورد آیین آن رجوع شود به:

P. Mori, "L'instituzionalizzazione della giurisdizione penale", précité, 226.

۲۴. رجوع شود به:

L. Condorelli - S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 633.

۲۵. برای یک بازخوانی محدودتر اصل تکمیلی بودن رجوع شود به:

F. Lattanzi, "Compétence de la Cour", précité, 431.

همچنین در مورد اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان رجوع شود به:

S. Brown Bartram, "Primacy as complementary: reconciling the jurisdiction of national Courts and International Criminal Tribunal", in *YaleJIntlL*, 1998, 383 s.

همچنین رجوع شود به:

P. Picone, "Corte penale internazionale", précité, 68.

اراده‌ای بر این کار نداشته یا فاقد توانایی لازم برای انجام تحقیق یا پیگرد باشد.<sup>۲۶</sup> ماده ۱۹ در همین راستا تنظیم شده است.<sup>۲۷</sup> این مقرر به کلیه نهادها از جمله شورای امنیت که وضعیتی را در اجرای ماده ۱۳ به دیوان ارجاع داده‌اند این امکان را می‌دهد که نظرات خود را به دیوان، که صلاحیت اعلام نظر در مورد قابلیت پذیرش آن وضعیت را طبق ماده ۱۷ دارد، بدهند.<sup>۲۸</sup>

به عبارت دیگر، از طریق اصل صلاحیت تکمیلی، دیوان صالح برای

۲۶. در مورد اهمیت اجرای اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان رجوع شود به:

P. Gargiulo, "Il controverso rapporto", précité, 449-450.

باز در مورد اجرای اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان در زمان احاله مسأله از سوی شورای امنیت رجوع شود به:

A. Pellet, "compétence matérielle et modalités de saisine", in La Cour pénale, précité, 41 s., sp. 53.

G.H. Oosthuizen, "Some preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and UN Security Council", in Nilr, 1999, 326.

P. Mori, "L'instituzianolizzazione della giurisdizione penale", précité, 238.

برای اجرای خاص اصل صلاحیت تکمیلی رجوع شود به:

L. Condorelli - S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 639.

۲۷. برای بازخوانی قاعده «اصل صلاحیت در صلاحیت» رجوع شود به:

L. Condorelli - S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 64.

۲۸. در همین جهت هم شورای امنیت باید در لحظه‌ای که تصمیم می‌گیرد، اراده و توانایی دولتی را برای سرکوب این جنایات طبق ماده ۱۷ اساسنامه در نظر بگیرد. رجوع شود به:

F. Lattanzi, "Compétence de la Cour", précité, 440.

همچنین در این مورد رجوع شود به:

L. Condorelli S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 633.

برای نظر مخالف آن رجوع شود به:

P. Mori, "L'instituzionlizzazione della giurisdizione penale", précité, 238.

قضاوت در مورد مؤثر و کارآمد بودن نظام قضایی یک دولت می‌شود.<sup>۲۹</sup> حال اگر در همین زمان آن دولت بخواهد به صلاحیت دیوان اعتراض کند، فقط می‌تواند بر مبنای ماده ۱۷ این کار را انجام دهد و مدعی شود که قضیه موضوع تحقیق یا پیگرد از سوی دولتی است که در آن مورد صلاحیت دارد.<sup>۳۰</sup>

در این چشم‌انداز، اگر به خطر نابرابری که قبلاً به آن اشاره کردیم توجه شود، مقرره فوق می‌تواند مشوقی برای دولت‌ها محسوب شود تا آنها با تصویب اساسنامه دیوان یا حداقل همکاری با آن وارد این نظام (حقوقی) شوند.<sup>۳۱</sup>

## II- تعلیق تحقیق یا تعقیب به تقاضای شورای امنیت

دومین امکان مداخله شورای امنیت در دیوان بین‌المللی کیفری سبب انتقادهای شدیدتری شده است. شورای امنیت، طبق ماده ۱۶ اساسنامه دیوان،<sup>۳۲</sup> می‌تواند درخواست تعلیق هرگونه تحقیق یا تعقیبی را از دیوان

۲۹. از طریق همین اصل صلاحیت تکمیلی، دیوان حتی صلاحیت بررسی توانایی و کارآیی نظام قضایی کشورهای ثالث را نیز دارد. رجوع شود به:

G. Palmisano, "La nuova Corte penale internazionale", précité, 26-27.

A. Cassese, "The Statute of the International Criminal Court: Some preliminary Reflections", in *EjintL*, 1999, 159.

30. G. Danilenko, "The Statute", précité, 449 et 479: «In such a situation, a policy of "total non cooperation" with ICC could only be counterproductive», nt. 16.

31. F. Lattanzi, "Compétence de la Cour", précité, 442.

«پذیرش اساسنامه دیوان از سوی یک دولت نه فقط بیانگر یک عمل از سوی یک تمدن بزرگ است، بلکه تقویت حاکمیت و پرستیژ آن به عنوان یک دولت حاکم و مستقل می‌باشد».

۳۲. برای تشریح این مقرره، که ناشی از پیشنهاد سنگاپور بود، رجوع شود به:

P. Gargiulo, "The Relationship", précité, 118.

بنماید مشروط بر این که این تقاضا از دیوان در قالب قطعنامه‌ای مصوب براساس فصل هفتم منشور ملل متحد باشد. با این درخواست شورا تحقیق یا تعقیب را دوازده ماه به حالت تعلیق در می‌آورد. امکان این تعلیق با همان شرایط از سوی شورای امنیت باز وجود دارد.<sup>۳۳</sup>

امکان جلوگیری از فعالیت دیوان مشکل حفظ ادله را در زمان تعلیق بوجود می‌آورد،<sup>۳۴</sup> بخصوص همان طور که گفتیم، این تعلیق قابل تمدید هم می‌باشد. در این حالت، مشخص نمودن کاری که دادستان می‌تواند در مدت تعلیق انجام دهد نیز حائز اهمیت است.<sup>۳۵</sup>

شناخت چنین اختیاری برای شورای امنیت اصل صلاحیت تکمیلی را، که اصل محوری اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری است، خدشه‌دار می‌کند. مقرر ماده ۱۶ در واقع نقش برتری را برای شورای امنیت قائل است و آن

L. Condorelli – S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 645.

۳۳. در بیان تفسیر اساسنامه رجوع شود به:

The International Criminal Court, "The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results", sous la dir de R. Lee, The Hague, 1999, 143-151.

"Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court", sous la dir de D. Triffterer, Baden Baden, 1999.

"Reflections on the International Criminal Court Essays in Honour of Adriaan Bos", sous la dir de Hebel, Lammers, schukking, The Hague, 1999.

"The Rome Statute of the International Criminal Court", sous la dir, de M. Politi, G. Nesi, Aldershot 2001.

34. L. Condorelli – S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 641.

۳۵. در این دکترین، تعیین نقطه شروع حرکت کار دادستان در زمان متوقف شدن رسیدگی در دیوان مورد بحث است، برای مثال دکترین در این حالت پیشنهاد می‌کند که دادستان به گردآوری اطلاعات و تصویب تدابیر لازم در مورد قضیه بپردازد. در این خصوص رجوع شود به:

L. Condorelli – S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 651, nt. 96.



به این دلیل است که هدف، حفظ صلح بین‌المللی است.<sup>۳۶</sup>  
 در هر حال تقاضای تعلیق نیازمند توافق کلیه اعضای دائمی شورای امنیت است. در این مورد، استفاده از وتو می‌تواند مانع تعلیق تحقیق یا تعقیب شود.<sup>۳۷</sup>

باید توجه داشت که ماده ۱۶ هیچ مطلبی را در مورد آیین دادرسی مطرح نمی‌کند، همچنین قواعد آیین دادرسی و ادله چنین فرضی را پیش‌بینی نکرده‌اند.<sup>۳۸</sup>

به طور خلاصه، بنا به دلایلی که ذکر آنها رفت، قدرت تعلیق، در دیوان سبب طرح سؤال‌ها و تأملات زیادی در مورد تعادلی که باید فی‌مابین

۳۶. درخصوص تفسیر مضیق این اختیار شورای امنیت و بخصوص در این جهت که دیوان امکان کنترل مشروعیت تصمیم شورای امنیت را داشته باشد رجوع شود به:  
 L. Condorelli – S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 630, 632.

۳۷. رجوع شود به:

A. Pellet, "Compétence matérielle", précité, 51-52.

آلن پله بعد می‌گوید که «این قابل تصور نیست که یکی از اعضای دائمی یا شش دولت دیگر عضو شورای امنیت زمانی که رسیدگی به یکی از جنایات واقع در صلاحیت دیوان مطرح است با تصمیمی از این نوع مخالفت نکنند». او سپس با انتقاد از این مقرر می‌گوید: «پس چرا چنین مقرر غیر قابل اجرا و بدون گستره‌ای که فقط اشتغال قضایی دیوان را در مقابل به اصطلاح واقع‌گرایی از اعتبار می‌اندازد در اساسنامه پیش‌بینی شده است». همچنین رجوع شود به:

F. Lattanzi, "Compétence de la Cour", précité, 443.

M. Politi, "Il diritto umanitario alla svolta della conferenza di Roma sulla istituzione di una Corte penale internazionale": un auspicio e un impegno dell'Italia, in SiDi, "Cooperazione", précité, 58-60.

۳۸. قطعنامه مصوب براساس ماده ۱۹ فوراً توسط دبیرکل سازمان ملل متحد به رییس و دادستان دیوان ابلاغ می‌گردد. رجوع شود به:

L. Condorelli, S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 646-651.

این نویسندگان معتقدند که دیوان دارای قدرت تبعیضی در این مورد نیست، مع‌هذا می‌تواند مشروعیت تصمیم شورا را به طور (ex officio) کنترل کند.

این دو نهاد برقرار گردد، می‌شود.<sup>۳۹</sup>

### III- توجه خاص به جنایت تجاوز

در مورد جنایت تجاوز بند یک ماده ۵ اساسنامه، حداقل از لحاظ شکلی، صلاحیت دیوان را به رسمیت شناخته است. در واقع طبق بند ۲ «دیوان صلاحیت خود را نسبت به جنایت تجاوز زمانی اعمال خواهد کرد که مقرره‌ای طبق مواد ۱۲۱ و ۱۲۳ به تصویب برسد و این جنایت را تعریف و شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن را مشخص نماید». اما و به ویژه «این مقرره باید هماهنگ با قواعد منشور ملل متحد باشد». شکل این قاعده خود ملهم از ویژگی جنایت تجاوز است. در اینجا وضعیتی مطرح است که در آن جنایت فرد به طور مطلق در پیوند با جنایت دولت است، تا حدی که جنایت دولت به عنوان شرط اساسی و اولیه (*Conditio sine qua*) برای تصدیق وجود جنایت فرد می‌باشد.<sup>۴۰</sup> می‌توان در اینجا دلیل بحثی را که از یک سو مربوط به مسأله تعریف جنایت تجاوز است،<sup>۴۱</sup> و از سوی دیگر، مرتبط با نقش شورای امنیت، که

۳۹. رجوع شود به:

A. Pellet, "Cométence materielle", précité, 51.

به نظر نویسنده این امکان دخالت شورا بر خلاف ابتدایی‌ترین مسائل اخلاقی است.

۴۰. رجوع شود به:

P. Gargiulo, "Il controverso rapporto", précité, 458., P. Mori, "L'instituzionalizzazione della giurisdizione penale", précité, 157.

۴۱. برای یک ارزیابی موردی از جنایت تجاوز، با توجه به عدم وجود نشانی از آن در حقوق بین‌الملل عام و معاهدات و با عنایت به وجود قطعنامه ۳۳۱۴ مورخ ۱۴ سپتامبر ۱۹۷۴ مجمع عمومی در مورد تعریف تجاوز، رجوع شود به:

G. Goja, "The long journey towards repressing, in The Rome statute", précité, 427 s.

مسئولیت اصلی حفظ صلح و امنیت جهانی را طبق مفاد منشور برعهده دارد، فهمید.<sup>۴۲</sup>

ماده ۵ اساسنامه با توجه به مشکلات پیش گفته، صلاحیت دیوان را در مورد جنایت تجاوز اعلام می‌دارد، اما این جنایت فقط با رعایت آیین پیچیده اصلاح اساسنامه به شکل مندرج در ماده ۱۲۱ (اساسنامه دیوان) تعریف خواهد شد. احاله به مواد ۱۲۱ و ۱۲۳، که مربوط به اصلاح اساسنامه می‌باشد، بیانگر این موضوع است که هفت سال آینده حداقل طول خواهد کشید تا تعریفی برای تجاوز لحاظ نمود.<sup>۴۳</sup> به همین دلیل هم هست که صلاحیت تخیلی اعطایی به دیوان مطرح و مورد بحث است.<sup>۴۴</sup>

در واقع، نظام موقت (به شکل پیش‌بینی شده در اساسنامه) حداقل هفت سال به طول خواهد انجامید. تصویب یک اصلاحیه هم، تابع آیین و تشریفات سختی است،<sup>۴۵</sup> چون که نیازمند اکثریت دو سوم آرا و تصویب

۴۲. در مورد موضع شورای امنیت که به طور کلی تجاوز را نمی‌پذیرد رجوع شود به:

G. Goja, "The long journey...", précité, 434.

\* منظور هفت سال پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه است. اساسنامه از اول ژوئیه ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شده است. (مترجم)

۴۳. در مورد جنایت تجاوز رجوع شود به:

B. Ferencz, "Getting aggressive about preventing aggression", in *Brown Journal of world Affairs*, 1999, 87 s., G.M. Donson, "Defining Substantive Crimes within the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: What is the Crime of Aggression", in *NyshInt&ComL* 2000, 414 s., G. Venturini, "La competenza materiale della Corte", in *SiDI*, "Cooperazione", précité, 295, sp. 297.

۴۴. در مورد مسأله تفکیک فیما بین صلاحیت دیوان و شورای امنیت رجوع شود به:

N. Ronzitti, "Crimini internazionali individuali", précité, 32.

۴۵. در مورد سختی آیین اصلاح مواد اساسنامه رجوع شود به:

E. Sciso, "I rapporti fra consiglio di sicurezza e Corte penale internazionale (Tavola rotonda)", in *SiDI*, "Cooperazione", précité, 245, sp. 257.

۷۸ دولت است. در هر صورت، طبق بند ۵ ماده ۱۲۱، اصلاحیه فقط برای دولت‌های عضوی که آن را پذیرفته‌اند لازم‌الاجرا می‌باشد و آن هم یک سال پس از تودیع اسناد تصویب یا پذیرش خواهد بود. به علاوه اگر دولت عضوی اصلاحیه‌ای را که موضوع آن یکی از جنایات پیش‌بینی شده در اساسنامه است نپذیرد دیوان نمی‌تواند صلاحیت خود را نسبت به آن جنایت که توسط یکی از اتباع آن دولت یا در سرزمین آن دولت ارتکاب یافته است، اعمال کند.<sup>۴۶</sup>

در مورد مسأله دوم پیش‌گفته، که مربوط به نقش شورای امنیت می‌باشد، ماده ۵ اساسنامه تکلیف به رعایت مفاد منشور ملل متحد را پذیرفته است.<sup>۴۷</sup> اصلاحیه باید این وضعیت را هم مشخص کند، بخصوص مسؤلیت اصلی شورای امنیت را در این موضوع تضمین نماید.<sup>۴۸</sup>

۴۶. برای یک نظر انتقادی نسبت به وضعیتی که ماده ۱۲۱ بند ۵ اساسنامه می‌تواند بوجود آورد، رجوع شود به:

E. Sciso, "I rapporti fra consiglio di sicurezza", précité, 263.

باز در همین مورد رجوع شود به:

G. Goja, "The long journey...", précité, 439.

در جهت مخالف، که در هر صورت قائل به حق مداخله شورای امنیت است، رجوع شود به:

P. Picone, "Corte penale internazionale", précité, 78.

۴۷. رجوع شود به:

G. Goja, "The long journey...", précité, 433 (nt. 23-25)

۴۸. در مورد حالات مختلفی که ممکن است بتوان صلاحیت دیوان را در مقابل شورای امنیت اعمال نمود رجوع شود به:

G. Goja, "The long journey...", précité, 158., nt. 33.

در این مورد می‌توان به خطر نابرابری فیما بین دولت‌ها نیز توجه نمود. رجوع شود به:

P. Gorgiulo, "Il controverso rapporto", précité, 468.

بالاخره، مسأله تعریف ماهیت صلاحیت دیوان باقی می‌ماند.<sup>۴۹</sup> دکتترین در این مورد، با پذیرش تفاوت با سایر جنایات، قائل به صلاحیت انحصاری می‌باشد.<sup>۵۰</sup>

#### IV- نقش شورای امنیت در صورت نقض تعهد از سوی دولت‌ها در همکاری با دیوان

رابطه دیوان و شورای امنیت با مسأله اجرای صلاحیت دیوان هم ارتباط دارد. در این مورد باید به وضعیتی فکر کرد که در آن رجوع به دیوان از سوی شورای امنیت انجام شده است و دولت‌ها از همکاری با دیوان اجتناب می‌کنند. این وضعیت می‌تواند هم شامل دولت‌های عضو اساسنامه دیوان باشد که طبق ماده ۸۶ تعهد کلی به همکاری با دیوان را دارند<sup>۵۱</sup> و هم مرتبط با دولت‌های ثالث گردد. در مورد دولت‌های ثالث، به

۴۹. در مورد ملاحظات انتقادی مربوط به انتخاب انحصاری صلاحیت بین‌المللی که مبتنی بر یک معیار متفاوت بوده و ممکن است مغایر اصل *par in parem imperium non habet* باشد و به‌خصوص نتایج بسیار جدی را در روابط بین‌المللی ایجاد کند رجوع شود به:

N. Ronzitti, "Crimini internazionali individuali", précité, 25.

۵۰. رجوع شود به:

P. Gargiulo, "Il controverso rapporto", précité, 468.

نویسنده، به ویژه، محدود کردن اجرای اصل صلاحیت تکمیلی را در مورد جنایت تجاوز شرح می‌دهد. نویسنده همچنین با بررسی «مجموعه قواعد در مورد جنایات بر ضد صلح و امنیت بشری» پیشنهاد می‌کند که صلاحیت تکمیلی فقط در مورد محاکم کشوری که می‌خواهد اتباع خود را محاکمه کند پذیرفته شود. ۵۱. اساسنامه در مواد ۸۹، ۹۱، ۹۲، ۹۶ و ۹۹ خود اشکال مختلف همکاری با دولت‌های عضو را پیش‌بینی کرده است. در مورد تعهد دولت‌های عضو به همکاری با دیوان رجوع شود به:

D. Rinoldi - N. Paris, "International co-operation and judicial assistance between state parties and International Criminal Court", in essays, précité, 339 ss.

در مورد تعهد کلی دولت‌ها به همکاری با دیوان رجوع شود به:

Infra, M. Mattone.

طور خاص، بند ۵ ماده ۸۷ اساسنامه اشعار می‌دارد که:

«دیوان می‌تواند از هر دولت غیر عضو اساسنامه براساس این فصل، طبق ترتیبات خاص یا یک موافقتنامه منعقد با آن دولت و یا به هر طریق مناسب دیگر، درخواست کمک کند»؛ به عبارت دیگر مبنای تعهد به همکاری با دیوان می‌تواند تصویب اساسنامه یا یک موافقتنامه خاص باشد.<sup>۵۲</sup>

اجتناب از همکاری، بر حسب این که از سوی دولت عضو اساسنامه باشد یا از سوی دولت ثالث، آثار متفاوتی بوجود می‌آورد.<sup>۵۳</sup> «اگر دولت عضوی، بر خلاف اساسنامه تقاضای همکاری با دیوان را نپذیرد و بدین ترتیب مانع اجرای وظایف و اختیارات دیوان به شکل پیش‌بینی شده در اساسنامه شود، دیوان می‌تواند به مجمع دولت‌های عضو اساسنامه یا به شورای امنیت رجوع کند. حالت اخیر زمانی ممکن است که پرونده از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع شده باشد (ماده ۸۷ بند ۷). در مورد دولت غیر عضو اساسنامه، بند ۵ ماده ۸۷ اساسنامه پیش‌بینی می‌کند که

۵۲. رجوع شود به:

P. Gargiulo, "Il controverso rapporto", précité, 470.

به نظر نویسنده حداقل در زمانی که شورای امنیت طبق ماده ۱۳ شق ب عمل می‌کند، تعهد دولت ثالث به همکاری با دیوان مستقیماً از تصمیم شورا براساس فصل هفتم منشور ناشی می‌شود. برای توضیح در این مورد رجوع شود به:

P. Mori, "L'instituzionalizzazione della giurisdizione penale", précité, 269.

در هر صورت، مقرره‌ای در مورد آیین ضروری برای انعقاد موافقتنامه وجود ندارد رجوع شود به:

L. Condorelli - X. Villalpando, "Relationship", précité, 222.

۵۳. رجوع شود به:

G. Nesi, "The obligation to cooperate with the International Criminal Court and States not Party to the Statute", in The Rome Statute, sous la dir. de M. polity, G. Nesi, précité, 221.

«اگر دولت غیر عضو اساسنامه با دیوان به ترتیبات خاصی رسیده یا موافقتنامه‌ای منعقد نموده است<sup>۵۴</sup> اما از کمک و همکاری با دیوان، به شکل پیش‌بینی شده در آن ترتیبات خاص یا موافقتنامه منعقد، اجتناب می‌کند، دیوان می‌تواند مجمع دولت‌های عضو اساسنامه یا شورای امنیت را مطلع کند. در حالت اخیر باید پرونده از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع شده باشد. در این جا فقط مسأله اطلاع‌رسانی به این نهادها مطرح می‌باشد.<sup>۵۵</sup> پس از اطلاع‌رسانی یا احاله مسأله به شورای امنیت، شورا، طبق بند ۳ ماده ۱۷ پیش‌نویس موافقتنامه در مورد روابط دو نهاد، هرگونه اقدامی را که می‌تواند در این مورد انجام دهد از طریق دبیرکل سازمان ملل متحد به اطلاع دیوان (از طریق مدیر دفتر) می‌رساند.<sup>۵۶</sup>»

#### V- روابط دیوان بین‌المللی کیفری با سایر ارکان ملل متحد

اساسنامه فرض‌های دیگری در مورد روابط دیوان و سایر ارکان ملل

۵۴. رجوع شود به:

G. Polmisano, "La Corte", précité, 32.

به نظر نویسنده مقرر شده شامل دولت‌های ثالث که صلاحیت دیوان را طبق مفاد ماده ۱۲ بند ۳ اساسنامه پذیرفته‌اند نمی‌شود. این دولت‌ها همانند دولت‌های عضو لحاظ می‌شوند.

۵۵. برای یک نظر انتقادی از این مقرر رجوع شود به:

P. Gargiulo, "Il controverso rapporto", précité, 470.

۵۶. رجوع شود به:

L. Condorelli - S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 643.

برای یک نظر متفاوت که طبق آن شورای امنیت ممکن است بتواند هرگونه اقدام پیش‌بینی شده در منشور را انجام دهد با این نگاه که مشکل است بتوان توسل به اقدام‌های پیش‌بینی شده در فصل هفتم منشور را پذیرفت رجوع شود به:

P. Gargiulo, "Il controverso rapporto", précité, 471.

متحد را لحاظ نموده است.<sup>۵۷</sup>

طبق ماده ۴ پیش‌نویس موافقتنامه، دیوان می‌تواند به عنوان ناظر در کارهای مجمع عمومی سازمان ملل حضور داشته و مشارکت نماید. و به علاوه، سازمان ملل متحد می‌تواند از دیوان دعوت به عمل آورد که در گردهمایی‌ها یا کنفرانس‌های تحت نظر سازمان حضور یابد و آن زمانی است که حضور ناظران مجاز بوده و مسائل مورد علاقه دیوان به بحث گذاشته شوند.

در مورد مشارکت سازمان ملل متحد، با رعایت مقررات مربوط به آیین دادرسی و ادله، از سازمان به طور دائمی دعوت خواهد شد که در جلسات علنی شعب دیوان در مورد قضایایی که مربوط به آن سازمان است حضور به هم رساند.

سازمان ملل متحد می‌تواند ناظرانی را به گردهمایی‌های مجمع دولت‌های عضو اساسنامه اعزام نماید، و آن زمانی است که مسائل مرتبط با سازمان مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند. به صورت کلی‌تر، طبق ماده ۱۵ پیش‌نویس موافقتنامه، سازمان ملل متحد متعهد می‌شود که با دیوان همکاری نماید و کلیه اطلاعات یا مدارکی را که دیوان می‌تواند طبق بند ۶ ماده ۸۷ اساسنامه درخواست نماید در اختیار آن رکن قرار دهد. به ویژه، در حالتی که پخش اطلاعات، مدارک یا سایر اشکال همکاری ممکن است امنیت افراد اعزامی یا مستخدمان سازمان ملل متحد را به خطر اندازد یا به شکل دیگری امنیت یا اجرای درست هرگونه عملیات یا فعالیت سازمان را

۵۷. رجوع شود به:

L. Condorelli – S. Villapando, "Relationship of the Court", précité, 229-233.



دچار اختلال کند، دیوان می‌تواند، بخصوص به درخواست سازمان ملل متحد، تدابیر حمایتی مناسب را اتخاذ کند.

در مورد موضع شورای امنیت، قبلاً مهم‌ترین اختیارات آن را مورد توجه قرار دادیم. در این مورد، باز باید متذکر شد زمانی که شورا مسائلی را بررسی می‌کند که با فعالیت‌های دیوان مرتبط می‌باشند، رییس دیوان یا دادستان می‌توانند، بنا به دعوت شورا، در مقابل آن رکن اظهار نظر کرده و کمک‌های لازم در مورد مسائل واقع در صلاحیت دیوان را به آن ارائه نمایند.

باز در راستای همکاری، باید دانست که طبق ماده ۵، سازمان ملل متحد و دیوان در صورت امکان مبادرت به تبادل اطلاعات و مدارکی که دارای نفع مشترک هستند می‌کنند. طبق ماده ۶، دیوان می‌تواند، در صورتی که مناسب بداند، گزارش‌های مربوط به فعالیت‌های خود را از طریق دبیرکل به سازمان ملل متحد ارائه کند.

وانگهی یادآوری امکان برقراری رابطه فی‌مابین دیوان بین‌المللی کیفری و دیوان بین‌المللی دادگستری واجد اهمیت می‌باشد.<sup>۵۸</sup> در واقع، طبق بند ۲ ماده ۱۱۹ اساسنامه، مجمع دولت‌های عضو می‌تواند خود مبادرت به حل اختلافی کند یا توصیه‌هایی در مورد استفاده از سایر روش‌های حل و فصل اختلاف، از جمله ارجاع اختلاف به دیوان بین‌المللی دادگستری، را

۵۸. در مورد دلایل وجود این مقررہ رجوع شود به:

L. Condorelli – S. Villalpando, "Relationship of the Court", précité, 230.

طبق اساسنامه خود بنماید.<sup>۵۹</sup>

پیش‌نویس موافقتنامه همچنین امکان همکاری نزدیک اداری را فی‌مابین دو سازمان پیش‌بینی می‌کند و آن عبارت است از استفاده بهینه از تجهیزات، پرسنل و خدمات یکدیگر. دو سازمان همچنین می‌توانند در مورد دارا شدن تجهیزات و پرسنل مشترک در قلمروهای خاص برای صرفه‌جویی در هزینه‌ها با یکدیگر مشورت کنند (ماده ۹).

سازمان ملل متحد در نظام مالی دیوان هم مشارکت می‌کند.<sup>۶۰</sup> در این مورد، نظام مالی مختلطی تصویب شده است که در آن هم دولتها و هم سازمان ملل متحد مشارکت می‌کنند. در واقع، طبق ماده ۱۱۵، هزینه‌های دیوان، از طریق مشارکت دولت‌های عضو اساسنامه و منابعی که سازمان ملل متحد، در صورت تصویب مجمع عمومی خود، به دیوان می‌دهد تأمین می‌شوند. مشارکت مالی سازمان ملل متحد به خصوص مربوط به هزینه پرونده‌هایی است که از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع داده می‌شوند.<sup>۶۱</sup> در واقع، طبق ماده ۱۱۶، دیوان می‌تواند مشارکت‌های مالی داوطلبانه

۵۹. ماده ۱۳ پیش‌نویس اولیه موافقتنامه اشعار می‌داشت که «هر توصیه مربوط به احاله مسأله به دیوان بین‌المللی دادگستری برای دریافت نظر مشورتی باید از طریق مجمع عمومی سازمان ملل متحد انجام شود که طبق ماده ۹۶ منشور نظر خود را اعلام خواهد کرد.» در مورد این مقرر رجوع شود به: L. Condorelli – S. Villalpando, "Relationship of the Court", précité, 231, nt.52.

۶۰. رجوع شود به:

G. Nesi, "The organs of the International Criminal Court and their functions in the Rome Statute. The Assembly of States Parties", in essays on the Rome Statute, précité, 233.

باز در مورد مسائل مالی و اداری دیوان رجوع شود به:

"The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-1998 Preparatory Committee and Administrative and Financial Implications", sous la dir. Cherif Bassiouni, in Nouvelles Etudes Pénale 1997, 21 s.

۶۱. این یکی از آثار مرتبط با ارجاع پرونده به دیوان از سوی شورای امنیت می‌باشد.

سازمان ملل متحد را نیز دریافت کند. در هر صورت، شرایطی که طبق آن منابع مالی می‌توانند در اختیار دیوان قرار گیرند موضوع موافقتنامه‌های جداگانه‌ای می‌شوند.<sup>۶۲</sup>

**VI- ماهیت و گستره اشتغال قضایی دیوان در صورت دخالت شورای امنیت**  
در این مورد ممکن است مطالبی را در مورد ماهیت و اشتغال دیوان در صورت مداخله شورای امنیت و به طور کلی سازمان ملل متحد ارائه نمود.

در این خصوص دکترین دو نظریه را برای اشتغال دیوان بین‌المللی کیفری مطرح می‌کند:

- اولین نظریه، کلی و عام بوده و مبتنی بر رضای دولتهاست (به بیان دیگر، این قاعده مبتنی بر اصل انتقال صلاحیت کیفری دولتها به دیوان می‌باشد).<sup>۶۳</sup>

- دومین نظریه خاص بوده و فقط فرض‌هایی را طرح می‌کند که در آنها مداخله شورای امنیت مطرح است (بنابراین این نظریه یک نوع ضمانت اجرا<sup>۶۴</sup> مطرح می‌کند، ضمانت اجرایی که می‌تواند شامل دولتهای ثالث نیز

<sup>۶۲</sup> پیش‌نویس مقررات مالی دیوان (PCNICC/2001/1/Add.2) و پیش‌نویس قطعنامه مربوط به قواعد حاکم بر مشارکت‌های داوطلبانه مالی به دیوان بین‌المللی کیفری که توسط مجمع دولت‌های عضو اسانامه در اولین گردهمایی به تصویب رسیده‌اند؛ در این مورد رجوع شود به:  
P. Mori, "L'istituzionalizzazione della giurisdizione penale", précité, 142.

<sup>۶۳</sup> رجوع شود به:

P. Picone, "Corte penale internazionale", précité, 69, 73, 77.

نویسنده در این خصوص از یک الگوی افقی صحبت می‌کند.

<sup>۶۴</sup> رجوع شود به:

P. Picone, "Corte penale internazionale", précité, 73 e 77.

گردد).<sup>۶۵</sup>

آخرین مسأله یادآور بحثی است که در این دکتترین در خصوص مشروعیت ایجاد محاکم کیفری خاص توسط شورای امنیت مطرح شده است.<sup>۶۶</sup> اما در ورای حل این مسأله، که نمی‌توان در اینجا بدان پرداخت، ما چند پیشنهاد در مورد روابط دیوان بین‌المللی کیفری و محاکم کیفری خاص مطرح می‌کنیم.

در این چشم‌انداز، از یک سو، شق ب ماده ۱۳ ضرورت ایجاد محاکم کیفری خاص جدید را در آینده محدود می‌کند.<sup>۶۷</sup> در اینجا مسأله وجود یک مقررۀ تحمیلی نیست، چونکه پر واضح است که میان اشتغالات این دو دسته محاکم تفاوت وجود دارد.<sup>۶۸</sup> مع‌هذا، دلایلی منطقی منشأ این فکر

از منظری دیگر رجوع شود به:

F. Decaux, "Action au regard de la souveraineté", précité, 83.

۶۵. این دیدگاه به ما امکان دادن پاسخ منفی به مسأله نقض اصلی «عدم امکان ایجاد تعهد برای ثالث بدون رضای او» را می‌دهد.

۶۶. در مورد بحث مطروحه در دکتترین رجوع شود به:

P. Mori, "L'instituzionalizzazione della giurisdizione penal", précité, 77 s.

در این چارچوب نظریه‌ای مبتنی بر اراده دولت‌ها برای مجازات جمعی مرتکبان جنایات نیز مطرح شده است، رجوع شود به:

P. Picone, "sul fondamento giuridico del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia", in *CI* 1997, 3.

۶۷. در هر صورت باید خاطرنشان کرد که محاکم خاص برای یوگسلاوی سابق و رواندا صلاحیت رسیدگی به جنایات بر ضد صلح را ندارند. رجوع شود به:

G. Gaja, "the long journey", précité, 430.

در مورد نظر موافق برای ایجاد یک دادگاه خاص در کنار دیوان بین‌المللی کیفری توسط شورای امنیت رجوع شود به:

S. Sur, "Vers une Cour pénale", précité, 44.

برای مثال می‌توان ایجاد یک دادگاه خاص برای رسیدگی به جنایت تجاوز را لحاظ نمود.

۶۸. در مورد روابط این دو دسته رجوع شود به:

شده‌اند که ایجاد محاکم کیفری خاص جدید دیگر دارای همان منفعت سابق نخواهد بود.<sup>۶۹</sup> از سوی دیگر، نباید خطر تبدیل دیوان بین‌المللی کیفری به یک محکمه خاص دائمی در خدمت شورای امنیت را نیز نادیده انگاشت، و آن به ویژه با توجه به حق مداخله‌ای است که شورای امنیت در آن رکن دارد.<sup>۷۰</sup>

"Dai Tribunali internazionale ad hoc ad una Corte permanente", sous la dir: de F. Lattanzi et E. Esciso, Napoli 1996; M. Caianiello - G. Illuminati, "From the International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia to the International Criminal Court", in North Carolina Journal of International law and com.

Regulation 2001, 408., S. Cerest, un Report: "The ICJ, the International Criminal Court and the Hoc Tribunals", in NJHR 2001, 911 ss.; M. Bohlander, "Possible conflicts of Jurisdiction with the ad Hoc International Tribunals, in The Rome statute", sous la dir. de A. Cassese P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, précité, 686.

۶۹. رجوع شود به:

A. Pellet, "Compétence materielle", précité, 52.; M. Bohlander, "Possible conflicts", précité, 673; P. Gargiulo, "Il controverso rapporto", précité, 442, nt. 30; F. Pocar, "Un giudice per i crimini internaziali", in *Italia Oggi*, 30. 7. 1998, 37; S. Villalpando - L. Condorelli, "Can the Security Council extend the ICC's Jurisdiction?", in the Rome Statute, sous la dir. de A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, précité, 571 s., 582: "And the succes (or the failure) of these possible future and ad hoc international criminal tribunals will certainly help to determine the evolution of the ICC".

۷۰. رجوع شود به:

P. Picone, "Corte penale internazionale", précité, 74; N. Ronzitti, "Crimini internazionali", précité, 17; M. Politi, "Il diritto umanitario alla svolta della conferenza di Roma", précité, 37. sp. 58-59; A. Pellet, "Compétence matérielle", précité, 52; E. Decaux, "Actions au regard de la souveraineté", précité, 86; L. Condorelli, "La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli ...)", in *RgdintP*, 1999, 7 s., sp. 17.

او می‌نویسد که «در واقع اساستانامه رم کاری که می‌کند قرار دادن یک دادگاه بین‌المللی کیفری دائمی در اختیار شورای امنیت است». همچنین رجوع شود به:

دخالت‌هایی که تا به حال مورد بررسی قرار گرفته‌اند مسأله استقلال واقعی دیوان و توان آن در تعقیب اهداف مورد نظر اساسنامه را مطرح می‌کند.<sup>۷۱</sup> به طور کلی، شورای امنیت، حداقل در برخی وضعیت‌ها، اولویت دارد؛ بخصوص با توجه به آثار ماده ۱۶ این اولویت وجود دارد، اولییتی که خود توجیه یک عدالت مؤثر، بیطرف و مستقل را به سختی مواجه می‌کند.

### نتیجه‌گیری

به عنوان نتیجه‌گیری و بدون این که بتوانیم ارزیابی از دو نکته‌ای که ذکر می‌کنیم داشته باشیم، فقط آنها را که تلاششان ایجاد نوعی تعادل فیما بین دو نظام است، مطرح می‌کنیم.

اولین نکته پذیرش اصل «صلاحیت در صلاحیت» به نفع دیوان است که می‌تواند به آن رکن امکان بررسی مشروعیت مداخلات شورای امنیت براساس مواد ۱۳ و ۱۶ اساسنامه را بدهد.<sup>۷۲</sup> پذیرش چنین صلاحیتی

S. Pejic, "Creating a Permanent International Criminal Court: The obstacles to independence and effectiveness", in *ColHrlawR*, 1998, 291; P. Mori, "L'instituzionalizzazione della giurisdizione penale", précité, 193 et nt. 13-15.

۷۱. باید یک نکته دیگر را هم متذکر شد که چندان روشن نیست، و آن یک سؤال عامتری است در مورد این که آیا شورای امنیت می‌تواند به دیوان صلاحیت‌هایی را اعطا کند که اساسنامه به آن نداده یا آنها را غیر اجرایی کرده است. در این مورد رجوع شود به:

A. Pellet, "Compétence matérielle", précité, 52.; S. Villalpando - L. Condorelli, "Can the Security Council Extend ...", précité, 573 s.

نویسندگان فوق به این سؤال پاسخ منفی داده‌اند. پاسخ آنها یا با توجه به اساسنامه دیوان بوده یا بر مبنای منشور ملل متحد ارائه شده است.

۷۲. برای یک دیدگاه بازتر که فقط محدود به اصل صلاحیت تکمیلی نیست، رجوع شود به:

L. Condorelli - S. Villalpando, "Referral and Deferral", précité, 640.

برای نظر مخالف رجوع شود به:

برای دیوان امکان کسب استقلال و از جهاتی برتری در مقابل شورای امنیت را به آن رکن می‌دهد.

دومین نکته در مورد محدودیت‌هایی است که می‌توانند ناشی از موافقتنامه‌ای باشند که فی‌مابین دو نهاد منعقد می‌گردد و از سوی دیوان و سازمان ملل متحد پذیرفته می‌شود.<sup>۷۳</sup> بنابراین، درچنین حالتی شورای امنیت نمی‌تواند تعهدات و محدودیت‌های پیش‌بینی شده در آن موافقتنامه را نادیده بگیرد.<sup>۷۴</sup>

در واقع، تمامی مسائل مطرح شده بیانگر نوعی تضاد دیالکتیکی فی‌مابین دو نهاد مختلف در درون نظام دیوان بین‌المللی کیفری است:<sup>۷۵</sup> نظامی که از یک سو، چارچوب قراردادی مبتنی بر اراده دولتها دارد، و از سوی دیگر، رجوع به نظام ملل متحد را پیش‌بینی کرده است.<sup>۷۶</sup>

P. Mori, "L'instituzionalizzazione ...", précité, 238-240.

۷۳. رجوع شود به:

S. Villalpando - L. Condorelli, "Can the Security Council Extend ...", précité, 57 s.

همچنین رجوع شود به:

L. Condorelli - S. Villalpando, "Relationship", précité, 227.

۷۴. رجوع شود به:

E. Decaux, "Action au regard de la souveraineté", précité, 80.

نویسنده در این مقاله نهاد سومی را پیشنهاد می‌کند که همان «کل جامعه جهانی» است.

۷۵. رجوع شود به:

S. Villalpando - L. Condorelli, "Can the Security Council Extend ...", précité, 571 s.

۷۶. این وضعیت پس از تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت مورخ ۱۲ ژوئیه ۲۰۰۱، در پی لازم‌الاجرا شدن اساسنامه دیوان مشاهده شد، در این قطعنامه شورای امنیت طبق ماده ۱۶ اساسنامه اعمال صلاحیت دیوان نسبت به اعمال ارتكابی نیروهای حافظ صلح سازمان ملل متحد را به مدت ۱۲ سال به حالت تعلیق در آورد. (این قطعنامه در سال‌های بعد نیز تکرار شده است.) در این مورد رجوع شود به:

F. Lattanzi, "La Corte penal internazionale: una sfida per le giurisdizioni degli Stati", in *DPCE*, 2002, 1265, sp. 1370.





# حمایت از بزه‌دیده و نهادهای مردمی\*

ترجمه دکتر علی صفاری

## مقدمه مترجم

پس از بررسی پدیده بزه‌دیدگی، انواع و گستره آن، در این نوشته به حمایت از بزه‌دیده و تحولات مربوط به نقش و چگونگی عملکرد دولت و نهادهای مردمی در ارائه خدمات و کمک به بزه‌دیدگان پرداخته شده است. ابتدا بحثی پیرامون پیشرفتهای نظام عدالت کیفری کشور انگلستان و ولز در زمینه حمایت از بزه‌دیده ارائه می‌گردد. سپس خلاصه‌ای از نحوه شکل‌گیری، فعالیت و تغییرات حاصله در نهادهای مردمی (غیردولتی و غیرانتفاعی) یا داوطلبانه در کمک به بزه‌دیدگان خواهد آمد.

---

\* اثر حاضر جزء دوم از ترجمه‌ای است که قسمت اول آن تحت عنوان: «تأملی بر بزه‌دیدگی و انواع آن» در شماره ۳۸ همین مجله به چاپ رسید. هر دو قسمت [و قسمت سوم که در شماره بعدی خواهد آمد] ترجمه فصل پنجم با عنوان «بزه‌دیدگان، بزه‌دیدگیها و بزه‌دیده‌شناسی» از کتاب ذیل می‌باشد. یادآور می‌شود که نام خانوادگی مؤلف در قسمت قبل بدون حرف "S" در آخر آن تایپ شده بود که بدینوسیله اصلاح و پوزش خواهی می‌گردد. همچنین در چاپ جدید کتاب مزبور به سال ۲۰۰۱ تغییراتی حاصل شده که آنها در نوشته حاضر مد نظر قرار گرفته‌اند ولی قسمت قبلی از چاپ سوم کتاب و بدون اصلاحات جدید می‌باشد. برخی مطالب که در چاپ جدید حذف شده ولی وجود آنها به نظر مترجم لازم بوده، به صورت پاورقی آورده شده یا در متن باقی مانده است:

Williams, K.S. (2001), Textbook on Criminology, 4 th edn., Blackstone Press Limited, London, pp. 95-138.

اضافه می‌نماید که به دلیل طولانی بودن متن اصلی، بقیه آن در شماره بعدی تحت عنوان جداگانه یعنی: «روش زندگی و تأثیرگذاری بزه‌دیده بر وقوع جرم» چاپ می‌گردد (مترجم).

یادآور می‌شود که مطالب داخل قلاب [ ] در متن اصلی وجود نداشته و صرفاً جهت روشن‌تر شدن موضوع، توسط مترجم اضافه شده ولی نوشته‌های داخل کمان ( ) از متن اصلی است.

### حمایت و خدمات برای بزه‌دیدگان

بزه‌دیدگان بایستی برای جلب کمک مورد نیاز خود [از جامعه و حکومت] با همهٔ گروه‌های محروم و بدشانس دیگر [مثلاً نیازمندان، بیماران و قربانیان حوادث پیش‌بینی نشده] رقابت نمایند. بنابراین گروه‌هایی که به نفع بزه‌دیدگان کار می‌کنند باید منظور خود را به روشنی بیان کنند و مشخص نمایند که چرا تقاضاهای ویژه آنها [برای بزه‌دیده] بایستی برآورده شود. وضعیت بد بزه‌دیدگان توسط شورای اروپا (در کنوانسیون ۱۹۸۳ و راه‌کارهای ۱۹۸۹ آن) و سازمان ملل متحد (در اعلامیه ۱۹۸۵) مورد شناسایی قرار گرفت و حقوق و منافع [بزه‌دیده] در زمره کارهای دادگاه کیفری بین‌المللی نیز گنجانده شده است.<sup>۱</sup> هر شخصیت بین‌المللی در [مصوبات خود] فهرست مشابهی از نیازهای بزه‌دیدگان را گنجانده است: نیاز به برخورد همراه با احترام و حفظ شخصیت؛ اجازه دسترسی به راه‌های رسیدن به عدالت و فرایندهای قانونی جبران ضررهای وارد شده به آنان؛ لزوم جبران خسارتهای وارده به بزه‌دیدگان و خانواده‌ها و وابستگان آنها توسط مرتکبین؛ و [این‌که] باید انتخاب چنین جبرانی به صورت یکی از روشهای مجازات در پرونده‌های جنایی امکان داشته باشد، تأمین اطلاعات مرتبط با پیشرفت پرونده برای بزه‌دیدگان، اجازه لحاظ

1. The International Criminal Court (see Amnesty International 1999).

کردن نظرات بزه‌دیدگان در جایی که منافع شخصی آنها تحت تأثیر قرار گرفته؛ (البته تا جایی که باعث ایجاد ذهنیت نسبت به متهم و خدشه به [حقوق] او نشود)؛ یاری کردن بزه‌دیده در اثنای فرآیند قانونی، استفاده از روشهای حل غیررسمی اختلاف مثل میانجیگری در جایی که مناسب است؛ و کمکهای مادی، پزشکی، روانی و اجتماعی از طرق مردمی و دولتی برای بزه‌دیدگان (اینها از اسناد سازمان ملل متحد گرفته شده است). در سال ۱۹۹۰ در اتحادیه پادشاهی انگلستان «منشور بزه‌دیدگان»<sup>۲</sup> منتشر شد که عمدتاً ترتیبات موجود برای بزه‌دیدگان را با واژه‌های کلی و عام تنظیم کرد و در سال ۱۹۹۶ نیز روزآمد شد. این [منشور] دربردارنده بسیاری از عناوین تحت پوشش اسناد بین‌المللی می‌باشد، ولی جالب اینکه راه غیررسمی حل اختلاف از قلم می‌افتد. در نسخه ۱۹۹۰ این منشور واژه «حقوق»<sup>۳</sup> بکار رفته [ولی] در نسخه ۱۹۹۶ آن به «استانداردهای خدمات»<sup>۴</sup> اشاره گردید.<sup>۵</sup> به هر حال، مهمترین عامل محدودکننده منشور این است که هیچ ابزار اجرایی در آن وجود ندارد تا جایی که هیچ حقی [که قانوناً قابل مطالبه باشد] به بزه‌دیدگان اعطا نمی‌کند، اگرچه این [منشور] نشان‌دهنده

2. Victim's Charter.

3. "Rights".

4. "Standards of Service".

۵. علت تأکید مؤلف بر واژه «حقوق» از یک طرف و «استانداردهای خدمات» از سوی دیگر و مقایسه آنها با هم، این است که در ادبیات بزه‌دیده‌شناسی برای تقویت موضع بزه‌دیده در نظام عدالت کیفری دو طرز تفکر وجود دارد. یکی تأکید بر ایجاد حقوق قانونی و قابل مطالبه برای بزه‌دیده دارد ولی دیگری تنها از کمک به وی، آنها اغلب به صورت صلاح‌دیدی توسط مقامات دست‌اندرکار، دفاع می‌نماید. ضعف نظر دوم این است که موقعیت بزه‌دیده را نسبت به قبل تغییر چندانی نخواهد داد و اگر مقامات مسؤول درخواست کمک وی را رد کنند یا اصولاً بزه‌دیده از آن مطلع نشود، جایی برای اعتراض باقی نخواهد ماند (مترجم).

شناسایی رسمی منافع بزه‌دیدگان است و برای سازمانهای بزه‌دیدگان ابزار قوی فراهم می‌کند تا بر مجلس [قانونگذاری] اثر بگذارند. استحکام این منشور در تأمین حمایت مبتنی بر رفاه و نه بر حقی [قابل مطالبه] در نظام عدالت کیفری [برای بزه‌دیده] است. این منشور راهی که در هر حال نیازهای بزه‌دیدگان مورد عنایت قرار گرفته را با دو رویکرد بسیار متفاوت تداوم می‌بخشد. اول: به صورت رسمی از طریق نظام عدالت جزایی و دوم به طور غیر رسمی با شبکه‌ای عمدتاً داوطلبانه از طرحهای حمایتی که چشمگیرتر از همه VSS<sup>۶</sup> است. در هر دو رویکرد به طور کلی فرصتهایی به جای حقوق [قابل مطالبه] برای بزه‌دیده فراهم می‌شود.

### ۱- بزه‌دیدگان در فرآیند عدالت جزایی

تا تشکیل نیروی پلیس واقعی در نیمه قرن گذشته<sup>۷</sup> غالباً بزه‌دیده مهمترین عامل در معرفی هر مجرم به [دستگاه] عدالت بود. پلیس به تدریج کارکرد تعقیب‌کنندگی بزه‌دیده را از او گرفت. امروزه، تعقیبهای خصوصی ممکن است ولی نادراند و در جایی ظهور پیدا می‌کنند که دولت [رأساً مرتکب را] تعقیب نمی‌نماید. این معمولاً دولت است که از طریق پلیس و اکنون با اداره تعقیب سلطنتی<sup>۸</sup> [یا همان دادستانی] این وظیفه را

#### 6. Victim Support Schemes

منظور طرحهای غیررسمی و جامعه‌ی حمایت از بزه‌دیده است (مترجم).

۷. با توجه به این که متن انگلیسی این نوشته در اواخر قرن بیستم به چاپ رسیده و در تجدید چاپ نیز اصلاح نشده (احتمالاً به این دلیل که اصلاحات زودتر از زمان چاپ انجام گرفته) و تاریخ تشکیل پلیس جدید نیز سال ۱۸۲۴ می‌باشد، بنابراین منظور از «نیمه قرن گذشته» نیمه قرن نوزدهم است نه قرن بیستم (مترجم).

#### 8. Crown Prosecution Service.

انجام می‌دهد. نقش بزه‌دیده به طور گسترده‌ای به گزارش تخلفات و ارائه دلایل، چنانچه [از سوی دادگاه یا پلیس] خواسته شود، تنزل داده شده است. اگرچه اینها [پلیس و دادسرا] برای نظام ضرورت دارند ولی برای بزه‌دیده هیچ قدرت تصمیم‌گیری فراهم نمی‌کنند. برخی ادعا می‌کنند که این [نبود قدرت تصمیم‌گیری] احساس جبران شدن بزه‌دیدگی [از طریق نظام عدالت کیفری] را تنزل می‌دهد: [چرا که] به نظر می‌رسد مقام تعقیب به آنها و آنچه که اتفاق افتاده کمتر توجه دارد و به دولت و سیاستهای [عملی] پلیس توجه بیشتری می‌نماید. تا سالهای ۱۹۶۰ این احساس یا نبود امکان جبران خسارت یا اعاده وضع<sup>۹</sup> [به طرق کیفری] تقویت می‌شد. اگرچه مقررات قانونی نسبتاً کمی برای پرداخت خسارت [از طریق حقوقی] وجود داشت ولی کمتر استفاده می‌شد و بزه‌دیده هیچ حقی برای [مطالبه] خسارت [از مراجع کیفری] نداشت. در سالهای اخیر، به ویژه از ۱۹۹۷ و پس از فشارهای زیاد سیاسی، پیشرفتهای مهم و متعددی [در این زمینه] شده است. اکنون از کلیه نهادهای [عدالت کیفری] انتظار می‌رود تا بزه‌دیدگان را مد

۹. جبران یا پرداخت خسارت ترجمه کلمه Compensation و واژه «اعاده وضع» معادل restitution در نظر گرفته شده است. توضیح این که واژه اول بیشتر به جبران خسارات ناشی از جرم یا شبه آن اطلاق می‌گردد و واژه اخیر در مفهوم خاص آن به معنی استرداد عین مال است، به ویژه در جرایم نسبت به اموال مثل سرقت، و نیز بازگرداندن هر مال (اعم از وجه نقد یا غیر آن) به صاحب آن که به هر دلیل غیرقانونی از ید و تصرف او خارج شده است. منتهی در مفهوم عام آن واژه مزبور به هرگونه روشی نیز اطلاق می‌گردد که از طریق آن بتوان جبران ضرر کرد که در این صورت استرداد مال و پرداخت خسارت نیز از مصادیق آن قرار می‌گیرند. برای اطلاع بیشتر رک. واژه‌های مزبور در:

- Campbell Black, H. M. A. (ed., 1983), Black's Law Dictionary, Minn, West Publishing Co. ST. Paul, Minnesota.

- Martin, Elizabeth, A.M.A. (ed., 1994), A Dictionary of Law, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford (مترجم).

نظر قرار دهند و کیفیت [عملکرد] آنان نیز تحت نظارت و کنترل قرار دارد (به عنوان مثال نگاه کنید به: گزارش بازرس [اداره] تعلیق مراقبتی علیا حضرت ملکه، سال ۲۰۰۰).<sup>۱۰</sup>

بزه‌دیدگان جدای از احساس فراموش‌شدگی در نظام عدالت جزایی، غالباً احساس می‌کنند که مورد [سوء] استفاده دادگاهها قرار گرفته‌اند. از آنها انتظار می‌رود که به پلیس گزارش بدهند ولی همیشه از انجام آن احساس راحتی نمی‌کنند؛ [و به همین دلیل] مقرر پلیس برای بیشتر بزه‌دیدگان محیط نسبتاً ناخوشایندی باقی خواهد ماند. چنین عملکردی تأثیر کنترل جرم را کاهش می‌دهد، چرا که شانس مرتکبین را برای عدم شناسایی افزایش می‌دهد. اگر از بزه‌دیدگان خواسته شود که مرتکبین را معرفی و شناسایی کنند آنها کمتر تحت حفاظت [و حمایت پلیس] قرار می‌گیرند و ممکن است به خاطر ترس از رویارویی با مرتکب در معرفی او کوتاهی کنند. زمانی که [بزه‌دیدگان] برای ارائه دلایل احضار می‌شوند آنها ندرتاً اجازه می‌یابند تا تجربیات خود را با کلمات خودشان گزارش کنند بلکه مجبور می‌شوند تا سؤالهایی را پاسخ دهند که ممکن است در واقع برداشت خود آنها را از آنچه که اتفاق افتاده بد معرفی کند. علاوه بر این اگر آنها از همکاری احتراز کنند ممکن است تحت تعقیب قرار گیرند چرا که آنها از این طریق [ندادن اطلاعات] مانع اجرای عدالت می‌شوند. [تأکید می‌شود که] در واقع وضع این مقررات، اغلب نیاز حکومت است زیرا به خاطر نقض صلح و مقرراتی [که ایجاد کرده] بزه‌دیده شده است. [توضیح اینکه] دولت در کنترل اجتماعی مرتکبین نفعی دارد و بنابراین حق دارد

10. H.M. Inspectorate of Probation (2000).

که هر کسی را ملزم به ارائه مدارک کند. برای کاهش برخی از فشارهای ناشی از این گونه مشکلات و پشتیبانی [دولت]، اکنون ادارات خدمات شهود دادگاه سلطنتی<sup>۱۱</sup> وجود دارند ولی اینها به تنهایی نمی‌توانند مشکلات ذاتی یک نظام ترافیعی [یا تقابلی که معارضه و مقابله حقوق و مصالح معارض و نیز تحمیلی بودن ذاتی آن است] را جبران کنند. [در نتیجه] این احساس که چنین نظامی به ویژه با بزه‌دیدگان رابطه دوستانه‌ای ندارد ادامه یافته است: در یک ارزیابی از نظام محاکم در ۱۹۹۱، قاطع‌ترین یافته این بود که بزه‌دیدگان و شهود ناراضی بودند (راین و اسمیت)،<sup>۱۲</sup> هم زمان رایت<sup>۱۳</sup> یافته‌های مشابهی را گزارش می‌کند.

البته بهبودهایی [در رفع مشکلات فوق] وجود داشته است. اولین طرح جبران خسارت در سال ۱۹۶۳ در زمانی وجود پیدا کرد که نیوزیلند یک طرح پرداخت خسارت توسط دولت را تأسیس نمود با این فرض که نیاز بزه‌دیده برای اتکا بر توانایی مالی مرتکب را از بین ببرد. یک سال بعد، بریتانیا با یک طرح دولتی جبران خسارت برای بزه‌دیدگان جرایم خشونت‌آمیز از آن کشور دنباله‌روی کرد. این یک طرح مبتنی بر قانون نبود و تنها در قانون عدالت جزایی ۱۹۸۸ به صورت قانونی رسمیت یافت. به موجب این طرح، بزه دیده هیچ حقی برای [مطالبه] خسارت ندارد و پرداخت [خسارت] مطابق صلاحدید هیأت جبران خسارتهای جنایی می‌باشد.<sup>۱۴</sup> در واقع، این طرح بدون در نظر گرفتن نیاز بزه‌دیدگان برقرار

11. Crown Court Witness Services.

12. Raine, J. & Smith, R. (1994).

13. Wright, M. (1995).

14. Criminal Injuries Compensation Board (CICB).

گردید، و هیچ مدرک خارجی وجود نداشت که بزه‌دیدگان از خشونت می‌خواستند تا دولت خسارات آنها را جبران کند. این طرح بیشتر از قصد دولت برای دفع اعتراضات احتمالی درباره مجازات‌های ملایم ناشی می‌شود که در آن زمان در پیروی از ایده «اصلاح» بر نظام عدالت کیفری حکمفرما بود و همزمان نوعی توسعه اصل رفاه در حمایت دولت از افراد نیازمند که در آن زمان قوی بود، نیز تلقی شد. [البته] این طرح هرگز به عنوان قسمتی از یک نظریه فراگیر برای احقاق حقوق بزه‌دیدگان [که قانوناً قابل مطالبه باشند] جلوه نکرد.

یکی از مهمترین لوازم برای احراز شرایط دریافت خسارت [طبق طرح مزبور]، این است که بزه‌دیده «بی‌گناه» تشخیص داده شود، به بیان دیگر، ادعا متقالبانه نباشد و بزه‌دیده در تحمل خسارت [ناشی از بزه‌دیده شدن خویش]، مقصر نباشد. این شرط به طور کلی مواردی را استثنا می‌کند که بزه‌دیده ممکن است در خشونت مشارکت داشته باشد. هرگونه پرداختی با ارزیابی مسؤولیت بزه‌دیده به میزانی که بتوان گفت در ایجاد خسارت سهمیم بوده کاهش داده می‌شود. این نکته واجد اهمیت است که جبران خسارت براساس شرایط فرد نیازمند نیست و برای رفع یک نیاز به خصوص [برای فرد بزه‌دیده] تأسیس نشده است. این نظام براساس میزان خسارتی تنظیم شده که هیأت پرداخت خسارات جنایی برآورد می‌کند و بزه‌دیده متحمل آن شده است، نه براساس میزان کمکی که شخص نیاز دارد. [همچنین]، این نظام فقط خسارت کسانی را جبران می‌کند که از جرایم خشونت‌آمیز رنج می‌برند، و براین اساس کسانی را که از خسارات جسمی ناشی از سایر جرایم رنج می‌برند مثل نقض مقررات کارخانجات یا خسارات



ناشی از جرایم رانندگی، محروم می‌کند. مجرم مجاز نیست که از هرگونه پرداختی بهره‌مند شود، لذا تقاضاهای خسارت در موارد خشونت‌های خانوادگی فقط زمانی مورد حمایت قرار می‌گیرند که طرفین در حال حاضر [زمان دریافت خسارت] جدای از هم زندگی کنند و غیرمحمتمل باشد که در آینده نیز زندگی مشترک داشته باشند. اخیراً قانون جبران خسارتهای جنایی ۱۹۹۵ یک تعرفه قانونی برای خساراتی که بین ۱۰۰۰ و ۲۵۰۰۰۰ لیره [پوند] است برقرار کرده و به علاوه یک پرداخت اضافی در مقابل مخارج و از دست دادن درآمد یا از دست دادن امکان قدرت درآمد داشتن [نیز وجود دارد]. یک تغییر حمایت‌گرانه‌تر برای بزه‌دیدگان می‌توانست کاهش حداقل (احتمالاً به ۱۰۰ لیره) باشد و بعد این که هیأت جبران خسارت مجاز شود تا به همه بزه‌دیدگان خسارت بپردازد و نه فقط به بزه‌دیدگان جرایم خشونت‌آمیز (موبی و واکلت).<sup>۱۵</sup>

لذا این طرح در کمکهایی که ارائه می‌دهد، افرادی که واجد شرایط می‌داند، و در روشی که آنها را واجد شرایط تشخیص می‌دهد دارای محدودیتهایی است. در عین حال، این [طرح در حد خود] یک شناسایی از رنجهای بزه‌دیدگان است. یکی از بزرگترین مشکلات، ناشی از جهل مردم نسبت به وجود آن است.<sup>۱۶</sup> هیچ روش اطلاع‌رسانی خودکار در نظام عدالت جزایی وجود ندارد تا چنانچه آنها پرونده قابل طرحی [دلایل خوبی برای

15. Mawby, R.I. & Walklate, S. (1994).

۱۶. در چاپ قبلی متن اصلی، جمله زیر نیز وجود داشت که در چاپ جدید حذف شده ولی دلیل آن مشخص نیست:

«شاپلند (Shapland, J.)، ویلمور (Willmore, J.) و داف (DUFF) (۱۹۸۵) دریافتند بیشتر مردمی که امکان شکایت را از دست می‌دهند به خاطر این است که آنها نمی‌دانند که می‌توانند تقاضا نمایند» (مترجم).

دریافت خسارت] داشته باشند از امکان جبران خسارت مطلع شوند. به موجب «منشور بزه‌دیدگان» از پلیس انتظار می‌رود تا هر بزه‌دیده را از [وجود] نظام جبران خسارات آگاه نماید، اما به عنوان یک عملکرد پسندیده و نه به عنوان یک لزوم قانونی.

بسیاری ادعا می‌کنند به جای این که دولت بزه‌دیدگان را کمک کند، مرتکب بایستی ملزم به آن شود. در چنین فضایی، بازسازی<sup>۱۷</sup> و جبران خسارت هر کدام به عنوان روشی برای جبران ظلم تحمل شده به وسیله بزه‌دیده در نظر گرفته شده‌اند. «پرداخت» ممکن است به شکل استرداد اشیا مسروقه؛ پرداخت نقدی برای آسیبهای انجام شده (مثل دستوره‌های جبران خسارت، نگاه کنید به پایین)؛ و انجام کار برای بزه‌دیده (بازسازی مستقیم) یا کار برای بزه‌دیدگان از اعمال سایر مرتکبین باشد (بازسازی غیرمستقیم). یک شیوه غیرمستقیم از بازسازی در قالب دستورات خدمات عمومی [اجتماعی] وجود دارد (که این تأسیس به وسیله مواد ۱۷-۱۴ اصلاح قانون اختیارات دادگاههای جنایی ۱۹۷۳ به اجرا گذاشته شده) و به موجب آن مرتکب یک کار مفید برای عموم، خصوصاً برای بزه‌دیدگان انجام می‌دهد. بازسازی مخصوصاً می‌تواند برای مرتکبین بی‌پول مفید باشد. امکان دیگر میانجیگری<sup>۱۸</sup> است که ممکن است به عنوان راهی برای از بین بردن یا کاهش دشمنی بین مجنی‌علیه و مرتکب به کار برده شود و این راه با دیدار آنها برای بحث کردن از اختلافاتشان صورت می‌پذیرد. این

17. Reparation.

18. Mediation.

در این زمینه از اصطلاحات دیگری مثل مصالحه یا سازش معادل واژه Conciliation و Reconciliation و گفتگو یا نشست قضا دادایی معادل واژه Diversionary Conferencing نیز استفاده می‌شود (مترجم).

روش غالباً متضمن برخی اشکال بازسازی توافقی است و زمانی که استفاده می‌شود معمولاً با کمک یک میانجی مثل یک مددکار اجتماعی بر سر آن توافق می‌گردد. چنین توافقی ممکن است بعداً به وسیله قرار [دستور] دادگاه قدرت قانونی پیدا کند و یا به صورت غیررسمی رها شود. به طور کلی، بازسازی و میانجیگری در این کشور [انگلستان و ولز] برای مرتکبین بزرگسال به کار برده نمی‌شوند، ولی به موجب قانون «جرم و بی‌نظمی ۱۹۹۸»<sup>۱۹</sup> بازسازی می‌تواند به عنوان قسمتی از یک حکم بازسازی یا اخطار «تذکر یا اخذ تعهد»<sup>۲۰</sup> یا تحت عنوان یک حکم مستقل دادگاه یا به عنوان یکی از لوازم دستور نظارت به کار گرفته شود. قبل از این که چنین اقدامی مد نظر قرار گیرد، پلیس و یا دادگاه بایستی با بزه‌دیده مشورت نمایند.<sup>۲۱</sup>

#### 19. Crime and Disorder Act 1998.

#### 20. Reparation or Warning (a caution plus).

۲۱. مطالب ذیل در چاپ سوم وجود داشته که در چاپ چهارم حذف شده است:  
 «تحقیقات ۱۹۸۴ و ۱۹۸۲ به ارزیابی میزان حمایتی اقدام کردند که چنین طرحهایی ممکن است از بزه دیدگان یا عامه مردم به خود جلب کند. در هر دو مورد به نظر می‌رسید که آن طرحها بیش از ۵۰٪ حمایت را جلب کرده بودند ولی همانطوری که از گزارشها برمی‌آید سؤالی که پرسیده شده بازپرداخت مالی یا جبران خسارت را به روشنی از خدمات مورد نیاز تفکیک نکردند. بنابراین روشن نیست که بازسازی به تنهایی قابل قبول یا محبوب است. محبوبیت واقعی آن احتمالاً می‌تواند فقط به وسیله یک ارزیابی از خود طرحهای بازسازی اندازه‌گیری شود. در اوایل دهه ۱۹۸۰ وزارت کشور چهار پیش‌پروژه تحقیقاتی برای بازسازی ایجاد کرد. اینها به وسیله مارشال. (Marshall, T.) (۱۹۸۴) و والپول (Marshall, T. & Walpole, M.) (۱۹۸۵) توضیح داده شده‌اند. مارشال بیان می‌دارد که بسیاری از طرحهای ارائه‌کننده خدمات به بزه‌دیدگان از استقبال کم توسط آنان رنج می‌برند. این ممکن است دلایل زیادی داشته باشد: بزه‌دیده ممکن است برای ملاقات با مرتکب یا سایر مرتکبین آمادگی نداشته باشد؛ آنها ممکن است به مرتکب اعتماد نکنند که وظیفه توافقی شده را انجام دهد، و آنها ممکن است نگران باشند از این که مرتکب برای انجام خدمات به آنها نزدیک شود، خصوصاً اگر چنین کاری نیاز به دسترسی مرتکب به داخل خانه آنها داشته باشد. برخی طرحها بزه‌دیده را موظف می‌کنند که توافق کند تا از ادامه پیگیری قانونی صرفنظر کند. قابل درک است که بزه‌دیدگان کراهت دارند تا هرگونه حقوق قانونی خود را از دست بدهند حتی اگر این غیرمتحمل باشد که آنها قادر به استفاده از آنها [حقوق] بوده

منافع احتمالی برای بزهدیدگان - مثلاً انجام یک کار، تشریف خاطر از این که مرتکب [در برابر جرم خود] چیزی را بازپرداخت کرده است - کوچک هستند ولی غیرقابل توجه نیز نیستند، [همچنین] آگاهی به این که آنها [بزهدیدگان] در تصمیم اتخاذی در برخورد با بزهدکار نقشی را ایفا کرده‌اند می‌تواند برای برخی بزهدیدگان پراهمیت جلوه کند. [در عین حال]، منافع آنها برای مرتکبین ممکن است بیشتر باشد، به این خاطر که توافق بر بازسازی ممکن است مجازات [آنها] را کاهش دهد. منافع چنین کاری برای دولت با کاهش احتمالی جمعیت زندان همزمان با این که مرتکب وادار به پرداخت بیشتری می‌شود حتی از این هم بیشتر است.<sup>۲۲</sup>

یا مرتکب خسارات وارد به آنها را بپردازد. عوامل پیچیده دیگری نیز وجود دارند که می‌توانند طرحهای مزبور را کم جاذبه کنند، مانند تأثیر بازسازی بر هر گونه ادعای بیمه [یعنی از بین رفتن حق بیمه‌گذار برای درخواست خسارت از بیمه‌گر در نتیجه پذیرش و اجرای بازسازی موضوع طرحهای مذکور].  
 تعمیقی ندارد که بزهدیدگان در پرتو این گونه مشکلات بالقوه و این واقعیت که منافع آن [طرحها] کم است - مثل انجام یک کار کم ارزش [در مقابل یک جرم] و خشنودی یا دل‌خوشی به جبران خسارتی که در آن مرتکب بهای کمی بازپرداخت کرده - به چنین طرحهایی علاقه کمی دارند».

۲۲. در مورد مفید بودن طرحهای بازسازی و این که آیا پروژه‌های مبتنی بر آن در مناطق مختلف کشور مورد استقبال بزهدیدگان قرار گرفته‌اند یا نه، مطالب ذیل در چاپ سوم متن اصلی به چشم می‌خورد ولی از متن جدید حذف شده که جهت مزید آگاهی و بهره‌برداری عیناً نقل می‌گردد: «گزارش رسمی ۱۹۹۰ دولت (The 1990 White Paper) این که آیا بازسازی مرتکب را بیشتر از بزهدیده منتفع می‌کند مورد سؤال و خدشه قرار می‌دهد و استفاده رسمی و اداری از بازسازی به وسیله دادگاهها از طریق قرارها را رد می‌کند زیرا [به نظر آنان] انتخاب مجازات متناسب نایستی تحت تأثیر تصمیم بزهدیده برای قبول بازسازی قرار گیرد. گزارش مزبور، این امر که بازسازی و میانجیگری می‌تواند بر یک اساس غیررسمی ادامه یابد اگر مرتکب و بزهدیده آزادانه چنین بخواهند، را به رسمیت شناخت. وسیله اجرای این مسأله در سازمانی وجود دارد که به انجمن پیشاهنگان [پیشگامان] بازسازی و میانجیگری (Forum for Initiatives in Reparation and Mediation (FIRM) موسوم هستند و بسیاری از طرحهای داوطلبانه را هماهنگ و کنترل می‌کند.

طرحهای اولیه عمدتاً از دستگاه قضایی مستقل بودند که غالباً از طریق اداره خدمات تعلق مراقبتی (Probation Service) به وجود آمدند. پروژه‌های جدیدتر ارتباط نزدیک‌تری با دستگاه قضایی داشته‌اند. بنابراین پروژه نرمتون شایر (Northampton Shire) در کنار آن [دستگاه قضایی] کار می‌کند و از طرف

تمایلاتی برای افزایش حمایت از کاربرد وسیع‌تر میانجیگری و بازسازی وجود داشته است. تحقیقات انجام شده، مثل تحقیق مک کی و مودی،<sup>۲۳</sup> حمایت‌هایی را از میانجیگری مردمی<sup>۲۴</sup> برای حل و فصل اختلافات همسایگی گزارش کردند، در حالی که زندر<sup>۲۵</sup> مدعی است چنین نهادهایی منافع همه اعضا [درگیر در یک اختلاف] و نیز جامعه در سطح وسیع‌تر را حداقل همانند، و در برخی موارد بهتر از، نظام سنتی عدالت جنایی تأمین می‌نمایند. تمام چیزی که این [ادعا] پیشنهاد می‌کند این است که ممکن است زمان آن رسیده باشد تا توسعه کاربرد میانجیگری و بازسازی در مورد مرتکبین بزرگسال را مورد عنایت قرار داد. راهبردهای جدید

بزهدیدگانی که پرونده آنها به آن ارجاع گردیده استقبال نسبتاً خوبی شد: ۷۱٪ از اشخاص حقوقی بزهدیده [شرکتها] و ۶۲٪ از افراد بزهدیده رضایت خود را تصریح کردند (دیگنان ۱۹۹۱؛ همچنین نک. به دیگنان (Dignan, Jim) ۱۹۹۴، ۱۹۹۲، ۱۹۹۹). یکی از منافع طرح میانجیگری کاملاً مستقل [از نظام کیفری] این است که بزهدیده احساس نمی‌کند که برای قبول شرکت در آن تحت فشار قرار می‌گیرد اگرچه در واقع امر نتیجه میانجیگری به طور قابل درکی در اتخاذ تصمیم برای تعقیب یا تغییر مسیر آن [قضازدایی] و این که چه نوع مجازاتی اعمال گردد در نظر گرفته می‌شود. همانطور که رایب (Wright, M.) (۱۹۹۵) پیشنهاد می‌کند: راه‌حل پیش رو ممکن است چنین باشد که میانجیگری و بازسازی را تفکیک کنیم [به این شکل که] به مرتکب فرصت بازسازی برای بزهدیده یا برای جامعه (بسته به خواست بزهدیده) داده شود که چنین امری در تعیین مجازات در نظر گرفته می‌شود؛ اما هرگونه میانجیگری و عذرخواهی پس از تعیین مجازات رخ دهد تا بدینوسیله فشار برای شرکت در آن از روی بزهدیده برداشته شود. جدیداً مک کی (Mackay, R.E.) و مودی (Moody, S.R.) (۱۹۹۶ و ۱۹۹۴) در تحقیق خود پشتیبانی قابل ملاحظه‌ای برای بکارگیری میانجیگری اجتماعی برای حل نزاعهای همسایگی یافتند که حل آنها عادتاً برای مقامات قضایی مشکل است و نظام دادگاهی در [حل] آنها خیلی مؤثر نیست. با در نظر گرفتن این واقعیتها، احتمالاً وقت آن است که نظر دیگری بر بازسازی و میانجیگری بیندازیم، خصوصاً در پرتو تحلیل زندر [Zender] که مبتنی است بر این که این نظامها حداقل به اندازه نظام سنتی قضایی و در برخی موارد بهتر از آنها منافع همه طرفهای [درگیر] و جامعه در سطح وسیعتر را تأمین می‌کنند».

23. Mackay & Moody (1994 and 1996).

24. Community mediation.

25. Zender, L. (1997).

متضمن عدالت ترمیمی توسط پولارد<sup>۲۶</sup> با قدرت و استحکام طرح شده است. اخیراً اظهار علاقه‌ای به ایجاد طرحهای ابتکاری دیگری شده که به آنها کنفرانس [نشست] قضاذا [گفتگوی قضاذا]<sup>۲۷</sup> اطلاق می‌گردد. اینها شباهت زیادی به نظریه شرمساری سامان ده<sup>۲۸</sup> دارند (که تا اندازه‌ای در بازسازی و میانجیگری به کار رفته) و به وسیله بریت ویت<sup>۲۹</sup> طرح شده، مشعر بر این که می‌توان از احترام و روابط بین مرتکب و کسانی که او برایشان اهمیت قائل است و برای کسانی که به مرتکب اهمیت می‌دهند، استفاده سازنده نمود. کنفرانس قضاذا روابط مردمی را در برخورد با مرتکبین مورد استفاده قرار می‌دهد. این [شیوه] در هر دو کشور نیوزیلند (برگرفته از یک عملکرد سنتی مائوری<sup>۳۰</sup> یعنی نژاد اولیه نیوزیلند) و استرالیا شروع شده است و مبتنی بر این اندیشه است که مرتکبین بایستی با رفتار مجرمانه و آثار جرم‌شان مواجهه داده شوند [یعنی مستقیماً در جریان آنها قرار گیرند و بخواهند مشکلات ناشی از آن را حل کنند]، - مرتکبین ملزم می‌شوند تا بفهمند که اعمال آنها عوارض جدی و غالباً خیلی زیادی برای هر فرد بزه‌دیده دارد. انجام دادن این کار در حضور افرادی که مرتکب نسبت آنها احساس احترام [یا شرمساری] دارد و شروع جریان با چیزی که مرتکب ممکن است با آن وابستگی‌هایی ایجاد کند، روحیه اطاعت از قانون را تقویت خواهد کرد. کنفرانس [قضاذا] توسط مأموران

26. Pollard, C. (2000).

27. Diversionary Conferencing.

28. Reintegrative Shaming.

29. Braithwaite, John (1988).

30. Maori practice.

پلیس به عنوان جزء [یا شرط] اضافی در توییح یا اخطار به مرتکبینه استفاده می‌شود که ممکن است در غیر این صورت پرونده آنها به اداره دادستانی کراون ارسال گردد. یک کنفرانس [قضازدای] موفق بایستی باعث شرمزدگی مرتکب، خانواده و دوستانش شود، عذرخواهی آنان را تسریع نماید و راه را به وسیله یک طرح عملی توافقی برای بازپذیری مرتکب در جامعه بگشاید و او را با مسؤولیتهای معینی (بازسازی یا خدمت عمومی) درگیر نماید. بنابراین کنفرانس قضازدا نیز دقیقاً چیزی شبیه بازسازی است. عامل تفاوت این است که در یک طرح عملی توافقی، مردم نیز بایستی برخی مسؤولیتهای برعهده بگیرند. (کاریابی، کمک برای برخورد با مشکلاتی مثل اعتیاد به الکل و مواد مخدر). کنفرانس [قضازدا] با میانجیگری و طرحهای بازسازی تفاوت زیادی دارد. به خاطر این که یک نشان روشن از عدم رضایت [از مرتکب] یا مجازات [او در آن وجود دارد] و این طرح [کنفرانس قضازدا] به عنوان بخشی از نقش اجرای قانون توسط مأمورین پلیس به اجرا گذاشته می‌شود و مستلزم حضور و وجود بزه‌دیده و مرتکب [در آن] است.<sup>۳۱</sup> هدف از چنین تأسیسی پاسخگو کردن بیش از پیش مرتکبین و دادن فرصتی به بزه‌دیدگان است تا احساس کنند که جزئی از نظام رسمی عدالت کیفری هستند و به بازساماندهی مرتکبین در جامعه نیز کمک نماید. این تأسیس، زمانی که در موارد مناسب استفاده

۳۱. در چاپ قبلی متن اصلی یکی از تفاوت‌های دیگر بین بازسازی و کنفرانس قضازدا چنین اعلام شده بود که کنفرانس قضازدا جزء لاینفک نظام عدالت کیفری است ولی در چاپ جدید دلیل مزبور حذف شده است و بنابراین می‌توان گفت که هر دو طرح می‌توانند به عنوان جزئی از نظام کیفری یا خارج از آن باشند (مترجم).

شده، هم در نیوزیلند (موریس و دیگران)<sup>۳۲</sup> و هم در استرالیا (استرنگ<sup>۳۳</sup> و فرسایت)<sup>۳۴</sup> نسبتاً موفق بوده است و به وسیله تعدادی از مقامات پلیس [مناطق مختلف پلیس] مورد پذیرش قرار گرفته است. متأسفانه در اعمال این نهاد، نیازهای مرتکبین غالباً نادیده گرفته شده‌اند که آن را بیشتر شبیه یک طرح بازسازی صرف جلوه می‌دهد.

برخلاف موارد فوق، اخیراً جبران خسارت از سوی مرتکبین در نظام عدالت جزایی به صورت یک عامل مهم درآمده است. تغییر با قانون عدالت جزایی ۱۹۷۲ شروع شد. این قانون مقرر کرد که علاوه بر برخورد با مرتکبین از راههای دیگر، دادگاه می‌تواند جبران خسارت را برای هر نوع «صدمات شخصی، ضرر یا خسارتی» که ناشی از جرم است مقرر نماید (مقررات مربوطه در حال حاضر در قانون اختیارات دادگاههای جزایی (برای تعیین مجازات) مصوب سال ۲۰۰۰، مواد ۱۳۰ تا ۱۳۴ بیان گردیده است). چنین دستوراتی فقط به صورت منضم به مجازاتهای دیگر مجاز شناخته شده تا هم نشان داده شود خسارت به عنوان یک جایگزین مجازات نیست و هم راهی برای مرتکبین ثروتمند نبوده تا راه نجات خود را خارج از پیامدهای محکومیتشان بخرند. همانطور که قاضی برجسته، لرد اسکارمن<sup>۳۵</sup> (که بعداً لرد شد) شرح داده، هدف از دستورات جبران خسارت این بود تا

«... یک ابزار راحت و سریع احتراز از [پرداخت] هزینه دادخواهی

32. Morris, Allison, Maxwell, Gabrielle M. & Robertson, Jeremy, p. (1993).

33. Strang, Heather (1993).

34. Forsythe, Lubica (1994).

35. Lord Justice Scarman.



حقوقی [البته] زمانی که مسلماً مجرم قادر به پرداخت خسارت باشد»<sup>۳۶</sup> را برای بزه‌دیده تدارک ببیند.

این استقلال روشن در هدف دستور جبران خسارات [از مجازات] تا تصویب قانون عدالت جزایی ۱۹۸۲ باقی ماند که مقرر نمود یک دستور جبران خسارت می‌تواند به جای (یا در کنار) هر مجازات دیگری از دادگاه باشد. این اولین بار بود که جبران خسارت به عنوان یک جایگزین مجازات در نظر گرفته شد. قصد هرچه که باشد، مرتکب خسارات را به عنوان مجازات می‌بیند و به همان اندازه از آن ناراحت [رنجیده] می‌شود که از جریمه نقدی. برای مرتکب نتیجه یکی است، و به ویژه رنجیده می‌شود چنان چه خسارت به شخصی پرداخت شود که در شرایط خیلی بهتری از مرتکب قرار دارد.

در جایی که دادگاه، هم جبران خسارات و هم جریمه را با هم متناسب تشخیص دهد ولی مرتکب سرمایه کافی برای پرداخت هر دو را ندارد، آنگاه دادگاه بایستی دستور جبران خسارت را بر [وصول جریمه نقدی] مقدم بدارد. دادگاهها ملزم هستند تا دلایل عدم صدور دستور جبران خسارت برای صدمات، ضرر یا خسارت را در حکم بیان کنند. متأسفانه هنوز بسیاری از بزه‌دیدگان در دریافت خسارت موفق نمی‌شوند و عمده دلیل آن این است که اطلاعات کافی برای ارزیابی میزان خسارات در اختیار دادگاهها قرار نمی‌گیرد و بزه‌دیدگان نیز هیچ حقی به عنوان یک طرف در این مسأله ندارند. علیرغم تصویب کلی این نظام که مرتکبین

۳۶. نام پرونده‌ای که لرد اسکارمن این نظریه را در آن ابراز کرده عبارت است از (مترجم).

R. v. Inwood (1975) 60 Cr APP R 70.

مجبور به پرداخت خسارت شوند، بسیاری از بزه‌دیدگان دچار بلا تکلیفی و ناامیدی می‌شوند زیرا مجبورند برای پرداخت شدن اقساطی خسارت خود صبر کنند.

مشکل اصلی در اخذ حکم جبران خسارت این است که بسیاری از بزه‌دیدگان از وجود [امکان صدور] چنین احکامی بی‌خبرند، یا وقت کافی برای ترک کار و حضور در دادگاه به منظور ارائه تقاضا را ندارند.<sup>۳۷</sup> به همین دلیل، دادگاهها غالباً اطلاعات کافی را در اختیار ندارند تا بتوانند سطح ضررها را ارزیابی کرده و در احکام خود میزان خسارات را معین نمایند. احتمالاً نظام اسکا تلند در این مورد می‌تواند برای اصلاح این کمبودها به کار گرفته شود. در اسکا تلند دادستان محل، هر پرونده‌ای را

۳۷. در چاپ قبلی، موارد ذیل نیز وجود داشته که از چاپ جدید حذف شده ولی یادداشت آنها در نظر مترجم ضروری آمد:

«به ویژه زمانی که مرتکب به خاطر یک جرم محکوم می‌شود، [امکان] تقدیم یک تقاضا برای صدور حکم جبران خسارت ناشی از جرایم معین دیگری که بایستی مدنظر قرار بگیرند، وجود ندارد. [به نظر می‌رسد که منظور از «جرایم خاص دیگری» که مرتکب انجام داده و قانوناً بایستی هنگام محکومیت وی به خاطر یک جرم دیگر، آنها نیز مدنظر قرار گیرند، مواردی است که در پرونده چند جرم مطرح است و به خاطر اعمال مقررات خاص مربوط به تعدد یا تجمیع پرونده‌های مطروح در شعب مختلف، فقط یک جرم مورد حکم قرار می‌گیرد. در حالی که بخشی از خسارات ناشی از جرایم دیگر بوده و برای صدور حکم جبران خسارت برای آنها طبق قانون لازم است جرایم مربوطه نیز مورد حکم قرار گیرند در حالی که ظاهراً طبق مقررات قانونی موجود در کشور مورد بحث چنین نمی‌شود (مترجم)]. بزه‌دیده آن جرایم معین که بایستی مدنظر قرار گیرند بندرت از امکان وجود حکم به جبران خسارت یا حتی از این که جرم [ارتكابی علیه] آنان از جرایمی است که باید مدنظر قرار گیرند آگاه می‌شوند. در برخی از مناطق، پلیس به طور منظم بزه‌دیدگان را از حق تقدیم درخواست و اطلاعات مربوطه آگاه می‌سازند. دادستانها نیز می‌توانند پیشنهاد کنند، و گاهی نیز چنین می‌کنند، که خسارت بایستی پرداخت شود و دادگاه قدرت صدور حکم جبران خسارت را حتی زمانی که درخواست نشود دارد. البته انجام چنین مواردی نسبتاً غیررایج است. شاپلند، ویلمور و داف (۱۹۸۵) دریافتند که مهمترین عامل در این که آیا یک حکم جبران خسارت صادر می‌شود یا نه این بود که دادستان امکان‌پذیر بودن آن را متذکر شود و یا اطلاعات کاملی در مورد نیاز صدمات تحمل شده را در اختیار دادگاه بگذارد.»

بررسی کرده و در می‌یابد که آیا بزه‌دیده قابل شناسایی برای جرم ارتكابی وجود دارد یا نه. سپس برای هر یک از چنین بزه‌دیدگانی یک تقاضانامه چاپی [فرم] برای تکمیل شدن با اطلاعاتی در مورد میزان خسارات وارده، به همراه اطلاعاتی مربوط به امکان صدور حکم پرداخت خسارت و وجود هیأت‌های جبران خسارتهای کیفری فرستاده می‌شود. چنین تقاضانامه‌ای در زمان تعیین مجازات، به وسیله دادستان به حضور قاضی تقدیم می‌شود. بدین طریق، قاضی تعیین‌کننده مجازات هم از امکان صدور حکم جبران خسارت آگاه می‌گردد و هم اطلاعات لازم برای صدور حکم در اختیارش قرار می‌گیرد.<sup>۳۸</sup> حرکتهای قوی در این جهت وجود دارند. در سال ۱۹۹۷ نظامی مبتنی بر بیانیه تأثیرگذار بزه‌دیده (که در حال حاضر «بیانیه شخصی بزه‌دیده» نامیده می‌شود)<sup>۳۹</sup> در شش منطقه پلیس به آزمایش گذاشته شد. در این پروژه‌های مقدماتی، آثار و پیامدهای جرم برای بزه‌دیده (یا خویشان او در صورت فوت) جزء به جزء بیان شد. این طرح آزمایشی فقط در برخی موارد معین از تقاضانامه مخصوصی [فرم] استفاده کرد - مثل سرقت از

۳۸. براساس نگارشهای مؤلف در چاپ قبلی، تا سال ۱۹۹۷ مشکلات متعددی در این زمینه در نظام حقوقی انگلستان و ولز وجود داشته که با تغییراتی به شرح مذکور در چاپ چهارم قدمهایی در جهت رفع مشکلات برداشته شده ولی ظاهراً هنوز به طور کلی رفع نشده‌اند (مترجم). در چاپ قبلی آمده بود: «در انگلستان و ولز کسب اطلاعات راجع به سطح ضرر وارده هنوز مشکلی است که تقاضانامه‌های صدور حکم جبران خسارت را کاهش می‌دهد، بنابراین بندرت اتفاق می‌افتد که صدور حکم به جبران خسارت تنها حکم دادگاه باشد. در پی اصلاحات [قانونی] ۱۹۸۸ افزایش کمی در تعداد چنین احکامی وجود داشته اما چنین امری امکان ادامه ندارد مگر این که مشکلات عملی رفع شود - یعنی تأمین اطلاعات برای قاضی تعیین‌کننده مجازات راجع به سطح خسارات. [این که به] مرتکبین اجازه پرداخت در طول یک زمان بیشتری داده شود، و [معرفی کردن] بزهکارانی که در اجرای حکم دادگاه کوتاهی می‌کنند. قبول نظام اسکاتلند ممکن است مشکل اول را رفع کند در حالی که پرداخت خسارت از طریق طرحهای دولتی و اخذ بعدی آن از مرتکب می‌تواند دو مشکل آخر را تعدیل کند».

39. Victim Effect Statement and Victim Personal Statement.

منازل، جرایم خشونت‌آمیز، جرایم جنسی، خسارتهای کیفری [تخریب] بالای ۵۰۰۰ پوند [لیره استرلینگ]، جرایم با انگیزه نژادی، و شروع یا تبانی برای هر یک از این جرایم. اطلاعات به دست آمده توسط پلیس و اداره دادستانی کراون [پادشاهی یا عالی]<sup>۴۱</sup> در تصمیم‌گیریهای آنان به کار گرفته شد. در پی نتایج حاصل از این تحقیقات (هوئل و دیگران)<sup>۴۲</sup> مورگان و ساندرز<sup>۴۳</sup> تصمیم گرفته شد تا یک سیستم ملی از «بیانیه شخصی بزه‌دیده» از پاییز سال ۲۰۰۱ معرفی و برقرار گردد. اگرچه در حال حاضر روشن نیست، احتمال دارد که اداره دادستانی کراون طبق قانون ملزم شود تا محتوای چنین بیانیه‌هایی را در اختیار قضات تعیین‌کننده مجازات (اعم از قضات غیرتخصصی ماجیستریت یا قضات تخصصی)<sup>۴۴</sup> قرار دهد تا در تصمیمات آنان منعکس گردد، هرچند مسؤولیت نهایی ناشی از محکومیت همیشه بایستی برعهده قاضی تعیین‌کننده مجازات باقی بماند (این مسؤولیت در پرونده R. v Hayes (1999) The Times, 5 April 1999 به رسمیت شناخته شد.

برای بزه‌دیدگان مشکل‌ترین جنبه‌های قرار پرداخت خسارت عبارتند از این که به مرتکبین اجازه داده می‌شود تا زمان پرداخت [اجرای قرار] را طولانی نمایند؛ و این که مرتکبین [بعضاً] در پرداخت کامل کوتاهی می‌کنند. [در این گونه موارد] پرداخت توسط دولت و وصول بعدی آن از مرتکب می‌تواند کمک به تعدیل هر دو مشکل نماید.

40. CPS= Crown Prosecution Service.

41. Hoyle et al (1998).

42. Morgan and Sanders (1999).

43. Magistrates and Judges.

کسانی که در بین بزه‌دیدگان نظام عدالت جنایی به ویژه ممتاز و قابل توجه‌اند کودکان هستند. اگر آنها بزه‌دیده جرایمی مثل آزار یا سوءاستفاده‌های جسمی و جنسی قرار گیرند از خانواده جدا می‌شوند، یا گاهی مرتکب (که معمولاً پدر یا پدرخوانده است) خانواده را ترک می‌کند. هر یک از این دو اقدام می‌تواند تأثیرات بسیار شدیدی بر کودک داشته باشد و احتمالاً احساس گناه در مورد بزه‌دیده شدن خود نماید. گاهی نیز یکی از والدین، عموماً مادر، یا سایر اعضا، کودک را [در مورد بزه‌دیدگی خود] متهم به اشتباه کردن می‌کنند که احساس گناه [کودک] را افزایش می‌دهد.

مشکل اصلی که کلیه کودکان در نظام عدالت کیفری با آن روبرو هستند همان نحوه ارائه دلیل [در دادگاه] است. تا ۱۹۸۸ کلیه کودکان موظف به ارائه دلیل در یک محیط دورافتاده و غیرقابل تحمل در دادگاه بودند که در آنجا بایستی با متهم مواجهه داده شوند، متهمی که ممکن است افعال بسیار زننده و هولناکی نسبت به آن کودک انجام داده باشد یا کودک شاهد اعمال زننده وی بوده است. در برخی موارد کودک ممکن است به گریه بیفتد و اگر چنین کودکی یک شاهد تعیین‌کننده برای تصمیم‌گیری باشد در نتیجه پرونده ممکن است بسته شود. پیامدهای عاطفی فراوان چنین مسأله‌ای ممکن است به بدی یا حتی بدتر از خود جرم برای آن کودک باشد. به همین دلایل، ماده ۳۲ قانون عدالت جنایی ۱۹۸۸، اصلاحی به موجب قانون عدالت جنایی ۱۹۹۱ اجازه می‌دهد که اخذ شهادت [از کودکان] که در مورد پرونده‌های مربوط به خشونت، تا سن ۱۴ سالگی، و در پرونده‌های سوءرفتارهای جنسی، تا سن ۱۷ سالگی، به صورت ضبط

ویدئویی باشد، که نوار مزبور حاصل یک مصاحبه بین یک فرد بالغ، غیر از متهم، و کودک باشد. این امر استفاده از بازسازی ویدئویی پس از وقوع جرم را مجاز می‌کند و این که مصاحبه به وسیله یک فرد بالغ انجام شود، چه او آموزش قانونی دیده باشد یا نباشد. [البته] در جایی که کسب اطلاعات بیشتر ضروری باشد، موانع و سپرهای تعبیه گردیده و مقرراتی برای استنطاق بیشتر در نظر گرفته شده، معهذا گستره این بازجوییهای اضافی به وسیله ماده ۶۲ قانون استنطاقات و رسیدگیهای جنایی ۱۹۹۶ کاهش یافته است. این ماده مقرر می‌دارد که یک حکم مقدماتی مبنی بر کفایت نوار، معمولاً از استنطاق بیشتر کودک برای ارائه دلیل پیشگیری می‌کند مگر این که اخذ اطلاعات بیشتر از کودک برای جلوگیری از یک بی‌عدالتی ضرورت حیاتی داشته باشد. هدف اساسی از چنین کاری حفاظت از کودک در برابر آسیبهای ناشی از ارائه دلیل در دادگاه و روبرو شدن با متهم است. اقدامات بسیار کم دیگری برای کودکان بزه‌دیده انجام می‌شود و در پرونده‌هایی که متضمن خشونت یا سوء رفتار جنسی نیست هنوز کودکان بایستی در یک دادگاه علنی ارائه دلیل کنند.

این قسمت نشان می‌دهد که اگرچه در حال حاضر اقدامات بیشتری برای بزه‌دیدگان انجام شده، اما حکومت هنوز نیازهای آنها را به طور کامل در نظر نگرفته و احتمالاً نمی‌تواند چنین کند. برای مثال بسیاری از بزه‌دیدگان نیاز به اطلاعات درباره نحوه [پیشرفت] کلی جریان عدالت کیفری دارند، این که از کجا می‌توانند کمک بگیرند و حقوق آنها چیست، [اطلاع] از راههایی که ممکن است به طور کلی وضعیت آنها را بهبود بخشد (از طریق هیسأت‌های تعیین و جبران خسارات کیفری یا غیر آن) و

[این‌که] از میزان پیشرفت پرونده خود با اطلاع باشند. چنین اطلاعاتی می‌تواند با اصرار بر این‌که پلیس به هر بزه‌دیده‌ای یک دفترچه اطلاعاتی بدهد و این‌که آنها موظف به آگاه کردن بزه‌دیدگان از پیشرفت پرونده‌شان باشند تأمین گردد. اگرچه برخی دستورالعمل‌های اخیر برای رسیدگی به پرونده‌های مربوط به خشونت‌های خانوادگی، ارائه اطلاعات درباره دفاتر کمک [به بزه‌دیدگان] و نحوه پیشرفت پرونده، به ویژه آزادی مرتکب مورد ادعا، را مطرح کرده‌اند و در یک دفترچه راهنمای دیگر نیز از پلیس خواسته شده تا اطلاعات بیشتری به بزه‌دیدگان درباره موضوعاتی مثل پیشرفت پرونده، مجازات و غیره بدهد، در عین حال چنین مواردی الزام‌آور نیستند: یعنی دادن [چنین اطلاعاتی] به بزه‌دیده به عنوان حق [قابل مطالبه] برای وی نیست. [البته] یک استثنا وجود دارد، در مورد جرایم شدید جنسی یا جرایم خشونت‌آمیز در حال حاضر اداره تعلیق مراقبتی ملزم است تا بزه‌دیده را از آزادی مرتکب آگاه سازد (معیارهای ملی برای نظارت و راهنمایی مرتکبین در جامعه، ۲۰۰۰).

به طور کلی، هوپل و دیگران<sup>۴۴</sup> در ارزیابی پروژه‌های مقدماتی دریافتند که بزه‌دیدگان واقعاً میزان کمی از اطلاعات مازاد [بر موارد مذکور] را در اختیار داشتند، که آن هم غالباً به سختی تأمین می‌شد. از این رو به خاطر اینکه فقط یک نامه دریافت می‌کردند ناراضی بودند که آن هم غالباً خیلی دیرتر از زمانی می‌رسید که بتوان حضور در دادگاه را ترتیب داد یا پس از این‌که اطلاعات مربوط به صدور حکم رسیده بود، واصل می‌گشت. معهدنا، علیرغم این تجربه واقعی که بزه‌دیدگان به طور جزئی

44. Hoyle, C., Cape, E., Morgan, R. and Sanders, A. (1998).

پیشرفتی داشته‌اند، در عین حال اهمیت بزه‌دیدگان در حال حاضر برای نظام شناخته شده و دولت و اغلب نهادهای عدالت کیفری، کمیته‌هایی دارند که نماینده منافع آنها باشند. وزارت کشور قسمتی تحت عنوان «واحد بزه‌دیدگان و روشها»<sup>۴۵</sup> دارد و متناوباً خود این نهاد یا قسمت‌هایی از آن از جنبه بزه‌دیده - مدار بودن مد نظر [برخی محققین] قرار می‌گیرند. مطمئناً هیچ جابجایی در نظام [عدالت کیفری] رخ نمی‌دهد مگر این که دیدگاه‌های [موجود در مورد حمایت از] بزه‌دیده به طور کامل مورد لحاظ قرار گیرند. کارگزاران [نهاد] عدالت جنایی و سایر سازمانهایی که با بزه‌دیده در تماس هستند دارای یک گروه بین سازمانی [تحت عنوان] «گروه رهبری بزه‌دیدگان»<sup>۴۶</sup> هستند که مقصود از [تشکیل و فعالیت] آن کسب اطمینان از اجرای دومین «منشور بزه‌دیدگان» و نیز اظهارنظر پیرامون طرح‌های دولتی می‌باشد. علاوه بر این، کاربرد شیوه‌های شرمساری بازسامانده و عدالت ترمیمی<sup>۴۷</sup> برای مرتکبین جوان که برگرفته از قانون جرم و بی‌نظمی ۱۹۹۸ است، به بزه‌دیده یک نقش محوری می‌دهد. شاید بتوان از طریق کاربست قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ [امکانات] بیشتری به دست آورد. علیرغم همه این اقدامات، بایستی گفت که بسیاری از این ابتکارات که وضعیت بزه‌دیده را بهبود بخشیده، در بخش‌های داوطلبانه رخ داده است، که در بخش بعدی به طور خلاصه توضیح داده می‌شوند.

45. Procedures and Victims Unit.

46. Victims Steering Group.

۴۷. نویسنده در اینجا از لفظ Restorative Justice استفاده کرده که به طور کلی در معنای Restorative Justice و عدالت ترمیمی است هرچند از لحاظ لغوی reparation یعنی بازسازی خرابیها، بنابراین کاربرد این واژه در چنین ترکیبی به یک معنی است (مترجم).



## ۲- بزه‌دیدگان و بخشهای داوطلبانه [غیرانتفاعی]

چنانچه قرار است کمکی به بزه‌دیده‌گان شود، [شناسایی] و ارزیابی نیازهای آنها واجد اهمیت است. این وظیفه آسانی نیست چرا که افراد متفاوتند. اما مگوایر<sup>۴۸</sup> تعدادی از این نیازها را شناسایی و معرفی کرده که قابل تلخیص در سه حوزه کلی هستند. اول، بزه‌دیدگان نیاز به اطلاعات دارند، بدین معنی که در فقدان یک دعوای موفق [یا اقدام مثبت قانونی از سوی دست‌اندرکاران نظام اجرای قانون]<sup>۴۹</sup> دفاتر بخشهای داوطلبانه غالباً منبع اطلاعاتی اصلی و گاهی منحصر به فرد بزه‌دیدگان هستند و متأسفانه با اطلاعات [کم] مربوط به برخی پرونده‌ها قادر به کمک نیستند. دوم، ممکن است بزه‌دیده نیاز به یک کمک خاص داشته باشد مثل مساعدت در تکمیل کردن درخواست استفاده از بیمه، تعمیر اموال، حمل و نقل به بیمارستان یا دادگاه و غیر آن اغلب این نیازها فوراً پس از وقوع جرم [بزه‌دیدگی] ظاهر شده و عموماً پس از مدت کوتاهی از بین می‌روند. سوم، بزه‌دیدگان ممکن است نیاز به حمایت‌های عاطفی داشته باشند که ارزیابی میزان دقیق آن امکان‌پذیر نیست اما یک تخمین محافظه‌کارانه در انگلستان و ولز (از سوی مگوایر)<sup>۵۰</sup> این است که هر سال صدها هزار نفر از آثار روانی [بزه‌دیدگی] رنج می‌برند. برای برخی ممکن است چنین مشکلاتی کوتاه مدت باشد اما

48. Maguire, Mike (1985).

۴۹. منظور عدم تعقیب و پیگیری پرونده و یا اطلاع ندادن به بزه‌دیده پس از شروع تعقیب از سوی دست‌اندرکاران نظام اجرای قانون یعنی پلیس و دادستان است. در هر دو صورت تنها راه جبران خسارت بزه‌دیده و کسب اطلاعات در این زمینه همانا بخش غیرانتفاعی و مردمی است، مگر این‌که بزه‌دیده بخواهد از طرق مدنی (حقوقی) اقدام نماید (مترجم).

50. Maguire, Mike (1985).

برای برخی دیگر ناهنجاریهای روانی پس از بزه‌دیدگی<sup>51</sup> ممکن است برای دو یا چند سال باقی بماند. این گونه پیامدها معمولاً همراه با جرایمی مثل تجاوز جنسی، آدم‌ربایی و سایر جرایم خشونت‌آمیز است (حتی بزه‌دیدگان برخی جرایم نسبت به اموال نیز چنین‌اند)، در حالی که چنین مشکلاتی در بریتانیا به وسیله دولت فراموش شده، [ولی] بخش داوطلب آنها را از دو طریق مدنظر قرار داده است. یکی از آنها صرفاً با خشونت‌های علیه زنان سر و کار دارد و دیگری به سایر بزه‌دیدگان می‌پردازد.

نهضت فمینیسم در کمک به بزه‌دیدگان مؤنث خیلی فعال بوده و آنها را بازماندگان [یعنی نجات یافتگان از واقعه جرم] خطاب می‌کنند، چرا که چنین تعبیری دیدگاه مثبت و کمتر آزاردهنده‌ای از موقعیت زنان به آنها می‌دهد. سازمانهای فمینیستی به ویژه در کمک به نجات‌یافتگان خشونت‌های خانوادگی و تجاوز جنسی یا سایر جرایم جنسی مفید بوده‌اند. آنها همچنین از کودکان نجات یافته (بزه‌دیده) حمایت کرده‌اند چه آنهایی که همراه با زنان بزه‌دیده از خشونت‌های خانوادگی هستند و چه آنهایی که در گروه‌های حمایتی دیگر مانند «گروه حمایت از [بزه‌دیدگان] زنانی با محارم»<sup>52</sup> قرار می‌گیرند.

کمک ارائه شده به نجات‌یافتگان خشونت‌های خانوادگی معمولاً در قالب یک جا و مکان در یک پناهگاه است و بسیاری از آنها به فدراسیون ملی کمک به زنان وابسته هستند. سرپناهها یا پناهگاهها به عنوان بهشت‌های امن برای زنانی تأسیس شدند که مورد ضرب و شتم مجرمانه قرار گرفته یا

51. Post-traumatic stress disorder.

52. The Incest support group.

فرزندان آنان توسط افرادی که با آنها زندگی می‌کنند مورد تعرض قرار گرفته‌اند، که عموماً شوهران و یا معشوقان آنها هستند.

این پناهگاهها یک پاسخ فمینیستی به مشکلی بوده که از سوی کارگزاران اجرای عدالت کیفری مثل پلیس و دادگاهها نادیده گرفته شده است، هرچند در برخی از اینها تغییراتی شروع شده است. در خشونت‌های خانوادگی، زن به طور کلی به عنوان یک هویت مستقل مدنظر قرار نمی‌گیرد؛ او قسمتی از یک رابطه تلقی می‌شود و احساس کارگزاران اجرای قوانین کیفری این است که او چنین ارتباطی را حفظ کند تا این که به فکر حمایت از خود باشد. در برخی موارد، همین حفظ ارتباط و یکپارچگی خانوادگی و در مفهوم واقعی‌تر آن وابستگی مالی یک زن است که او را مجبور به ماندن و مورد سوءاستفاده جسمی (ضرب و شتم) قرار گرفتن می‌نماید. زنان به کمک همین پناهگاهها به مبارزه با این عامل قدرت و بی‌پناهی ناشی از آن پرداخته و بر آن پیروز می‌شوند.

بسیاری از نجات‌یافتگان تجاوز جنسی احساس می‌کنند که نظام عدالت کیفری نیازهای آنان را در نظر نمی‌گیرد؛ چنین زنی غالباً احساس می‌کند که به همان اندازه‌ای که با خشونت اولیه بزه‌دیده شده، توسط پلیس و دادگاه بزه‌دیده می‌شود. حتی در بعضی مواقع زنان به خاطر مورد حمله قرار گرفتن‌شان [بزه‌دیده شدن] مقصر قلمداد می‌شوند (نک. به شامبرز و میلار؛ اسمارت).<sup>۵۳</sup> در پاسخ به وضعیت بد چنین زنانی اولین مرکز بحران

53. Chambers, G. & Millar, A. (1983),

- Smart, C. (1989).

تجاوز جنسی (م.ب.ت.ج.)<sup>۵۴</sup> در لندن در سال ۱۹۷۶ گشایش یافت و در حال حاضر تعداد زیادی از اینها در بریتانیا وجود دارد. م.ب.ت.ج. از طریق خطوط تلفن اضطراری<sup>۵۵</sup> یا مراجعه [شخص قربانی] به آن محلها شروع به اقدام می‌کند. این مراکز به زنان اجازه می‌دهند که خودشان در مورد گزارش به پلیس یا ملاقات با یک روانپزشک یا سایر متخصصین مربوط به سلامتی تصمیم‌گیری نمایند. هر واحد محلی در بیشتر موارد مستقل عمل می‌کند و هیچ مؤسسه ملی [یا اتحادیه سرتاسری] در این مورد وجود ندارد. این مراکز هرگونه کمکهای عاطفی، قانونی و پزشکی به آنها [بزهدیدگان] می‌نمایند.

پناهگاهها و م.ب.ت.ج. همچنین یک نقش سیاسی و آموزشی [فرهنگی] نیز ایفا می‌کنند. آنها سعی می‌کنند تا عموم مردم را از واقعیت وجودی تجاوز جنسی و خشونت خانوادگی آگاه نمایند و قانون، دیدگاه اجتماعی و سیاست اجتماعی مربوط به این مشکل را تغییر دهند. چنین سیاسی‌سازی موضوع احتمالاً منتهی به کمک مالی کم دولت به آنها شده است (نک. ماوی و گیل)<sup>۵۶</sup> و همچنین تأثیر آنها بر دولت را کاهش داده است. [بنابراین] بهبودهایی که در این خصوص به وجود آمده بیشتر ناشی از واکنش جامعه نسبت به مواردی است که تحت پوشش رسانه‌ها قرار می‌گیرند و همین طور ناشی از عکس‌العمل نسبت به برنامه‌های مستند

54. Rape Crisis Centre (RCC).

مراکز بحران تجاوز جنسی به محلهایی اشاره می‌شود که خدمات فوری، اعم از مادی و عاطفی، مشاوره و غیره در اختیار قربانیان (بزهدیدگان) جرایم جنسی، به ویژه تجاوز به عنف، قرار می‌دهند و از ابداعات فمینیست‌هاست (مترجم).

55. Telephon hotlines.

56. Mawby, R.I. & Gill, M. (1987).

تلویزیون است مانند برخوردی که پلیس تامز ولی<sup>۵۷</sup> با زنان شاکی از تجاوز جنسی داشت (بی بی سی ۱، ۱۸ ژانویه ۱۹۸۲) و نیز در [عکس‌العمل] نسبت به اظهارات قضات دربارهٔ مسامحه مشارکتی<sup>۵۸</sup> زنان بزه‌دیده [در ایجاد بزه‌دیدگی و خطر برای خود] و تأکید آنها بر نیاز به محافظت و حمایت از مردانی می‌باشد که [به خاطر عدم کفایت یا فقدان دلیل، یا دست کم به خاطر رفتار نادرست خود زن، بی‌گناه و] قابل احترام هستند (آدلر ۱۹۸۷).<sup>۵۹</sup> وزارت کشور در بخشنامه شماره ۶۰/۱۹۹۰ مقرراتی برای رفتار پلیس در پرونده‌های مربوط به خشونت‌های خانوادگی وضع کرد که طبیعت مجرمانه خشونت خانوادگی را مورد تأکید قرار داد اما پیشنهاد کرد تا اسامی «زنان در معرض خطر»<sup>۶۰</sup> و نه مردان خشن [و دارای سابقه تجاوز و تعرض جنسی یا بدنی به زنان] ثبت گردد، موضعی که اکثر زنان آن را

57. Thames Valley Police.

58. Contributory negligence.

مراد از مسامحه مشارکتی فعل یا ترک فعل بزه‌دیده می‌باشد که محرک یا تسهیل‌کننده جرم است. در مواردی مثل تجاوزات جنسی، رفتار سهل‌انگارانه خود زن مانند پوشیدن لباس‌های نامناسب و طنزی کردن به هنگام شرکت در میهمانی‌های مختلط و شبانه یا به هنگام تنها بودن با مردان و حتی با رفتن به منزل مردان، یا سوار شدن بر ماشین غریبه‌ها در اوقات و مکان‌های غیرمعمول یا اظهار دوستی‌هایی که در مردان تصویری را به وجود می‌آورد که زن راضی به داشتن رابطه جنسی با اوست. اینگونه موقعیت‌ها می‌توانند باعث شوند یا فرصتی را به وجود آورند تا زن علیرغم میل باطنی خود بزه‌دیده جرمی مثل تجاوز جنسی واقع شود. اینگونه مسامحه‌ها در سایر جرایم نیز مصداق دارند، مثل فردی که پول زیادی را آشکارا و بدون محافظ با خود حمل می‌کند و سبب می‌شود که بزه‌دیده سرقت واقع گردد یا فردی که بدون توجه به مقررات رفت و آمد و گذر از خیابان، سبب تصادف با اتومبیل و در نتیجه بزه‌دیدگی یا آسیب‌دیدگی خود می‌شود. در چنین مواردی، هرچند فرد مرتکب مقصر است اما رفتار بی‌محابانه یا جاهلانه بزه‌دیده نیز در بروز و پرورش موقعیت مجرمانه مؤثر بوده است و برخی از قضات و جرم‌شناسان معتقد به لحاظ کردن سهم بزه‌دیده در چنین مواردی هستند که تعبیر حقوقی آن را لفظ مورد بحث بیان می‌کنند. در قسمت بعد توضیحات بیشتری در این مورد داده خواهد شد. (توضیح مترجم).

59. Alder, z. (1987).

60. Women at risk.

غیرقابل قبول می‌دانند. آنچه که این نهادها و برخی نویسندگان فمینیست انجام داده‌اند، حمله به این ایده است که منزل ضرورتاً یک مکان امن است و این که با گسترش مفاهیم «بزهدیده» و «مجرم» و با آشکار نمودن آن دسته از مشکلات اجتماعی که قبلاً «پنهان» بوده‌اند، مسیرهایی را برای برخورد با چنین مسائلی باز می‌نمایند.<sup>۶۱</sup>

۶۱. متن زیر در چاپ قبلی وجود داشته ولی به دلیل نامعلومی از چاپ جدید حذف شده که به دلیل اهمیت مطالب مربوطه و جهت اطلاع بیشتر عیناً درج می‌گردد:

«یک روش بهتر در برخورد با چنین مشکلی توسط رابرتز و رابرتز (Roberts, A.R. & Roberts, B.S. (۱۹۹۰) مطرح شد که یک نحوه مدیریت محتاطانه بحران (Careful crisis management of the situation) در چنین موقعیتی را پیشنهاد کردند. در عین حال، لویز و دیگران (Loyds, S., Farrell, G. & Pease K. (۱۹۹۳) به طور جانبدارانه‌ای از یک طرح پیشگیرانه برای بزهدیدگی مکرر (An Initiative to prevent repeat victimisation) خبر می‌دهند که یک پاسخ سریع و همه‌جانبه از سوی مسئولین با توسل به یک زنگ خطر شخصی برای بزهدیدگان خشونت‌های خانوادگی و جرایم مشابه را تضمین نماید.

[معهدنا] حل مشکلات بزهدیدگان تجاوز جنسی پیچیده‌تر از این است و احیاناً نیاز به یک سیاست وسیع و عمیق مداخله‌گرانه دارد. نظام عدالت جنایی در محافظت و حمایت از بزهدیدگانی که تجاوز جنسی را گزارش می‌دهند کوتاهی نموده است: کمتر از یک سوم از تجاوزات گزارش شده به دادگاه می‌رسد (کمتر از ۱۹۰۰ مورد از ۵۷۰۰ موردی که گزارش شده است) و همینطور کمتر از یک مورد از هر ده مورد منتهی به محکومیت مرتکب می‌گردد (یعنی فقط ۵۰۰ مورد). این ارقام خیلی بدتر از اوایل دهه هشتاد بود زیرا در این زمان تعداد کمتری از تجاوز جنسی گزارش می‌شد اما از هر سه مورد یکی از آنها منتهی به محکومیت می‌گردید. بسیار غیر محتمل است که گفته شود از هر ۱۰ نفر زن ۹ نفر آنها دروغ می‌گویند یا اگر موارد راه یافته به دادگاه را مدنظر قرار دهیم تصور شود که سه چهارم از زنان دروغ گفته‌اند. لذا بایستی دلایل ساختاری برای تبیین چنین کاستی وجود داشته باشد. یک دلیل برای این کاستی می‌تواند [ارزیابی] کارآیی اداره تعقیب‌های سلطنتی [یا همان دادستانی] با تعداد پرونده‌های منتهی به محکومیت باشد. بنابراین، دادستانی نمی‌خواهد موارد مشکل برای اثبات را تعقیب کند (مثل مورد فاحشه‌ها [بی که مدعی تجاوز هستند]، تجاوز بین همسران یا مواردی که ادعا از سوی مرد علیه زن مطرح است [تا بدینوسیله با رد شدن تقاضای دادستان برای مجازات، حرمت و هیبت آن کاهش یابد یا بی تجربه و غیر کارآ معرفی شود]). یک نشانه روشن در مورد این که حتی موارد بسیار قوی [از لحاظ دلایل اثباتی توسط دادستانی] رد می‌شود این است که در سال ۱۹۹۶ دو زن فاحشه پس از رد شکایت‌شان از سوی CPS به لحاظ «فقدان دلیل» (Lack of evidence) یک تعقیب خصوصی (Private prosecution) را شروع کردند، و موردی که در سال ۱۹۹۵ پس از رد شکایت از سوی دادستانی (CPS) منتهی به صدور حکم پرداخت خسارت بالغ بر ۵۰۰۰۰ لیره استرلینگ در یک دعوی مدنی گردید. [لذا می‌توان گفت] وقتی

هر چند پیشرفتهایی در جهت حل مشکلات بزه‌دیدگان تجاوز جنسی حاصل شده ولی هنوز کارهای زیادی باقی مانده است. اقدام در جهت کمک به سایر بزه‌دیدگان که اکثر آنها از جرایم نسبت به اموال رنج برده‌اند حتی از این هم کمتر بوده است. [برای این گروه بزرگ از بزه‌دیدگان]، کمکهای عملی از سوی طرحهای حمایت از بزه‌دیده (ط.ح.ب.) تأمین شده که تنها بخشی از طرحهای داوطلبانه [مردمی] می‌باشد که از دولت مرکزی کمک مالی دریافت داشت. سازمان (ط.ح.ب.) [نسبت به سازمانهای حمایتی زنان] خصوصاً در شکل بیرونی آن کمتر سیاسی بوده و سعی نکرده تا نظام عدالت جنایی را تغییر داده یا حتی آن را مورد انتقاد

پرونده‌ای مطرح می‌شود، قانون و قضات در حمایت لازم از زنان کوتاهی می‌کنند. [مثلاً] در سال ۱۹۹۶ قاضی اجازه داد، تا یک زن (Julia Mason) به مدت شش ساعت توسط مردی که متهم به تجاوز به وی بود، بازجویی متقابل شود و قاضی دیگری اجازه داد تا یک زن بزه‌دیده از تجاوزات متعدد به مدت دوازده روز توسط وکلای مدافع [متهم] به طور جداگانه مورد بازجویی و پرسش متقابل قرار گیرد. قضات همچنین به بیان نظریات غیرقابل قبولی ادامه می‌دهند - مثلاً در سال ۱۹۹۳ قاضی Ian Stanforth Hill پاکدامنی یک دختر هشت ساله که بزه‌دیده تجاوز جنسی بود را مورد تردید و سؤال قرار داد و در سال ۱۹۹۱، قاضی Alliot مجازاتی کمتر از حداقل [قانونی برای مرد متجاوز] تعیین کرد زیرا [در نظر قاضی] «زن بزه‌دیده یک روسپی است». قاضی Raymond Dean نیز گفت: «زمانی که یک زن می‌گوید «نه»، او واقعاً منظورش «نه» گفتن [و نفی اقدام مرد در نزدیکی با او] نیست. وزیر کشور، جک استرا، در حال بررسی نظامی است که در آن دادستانان آموزش‌دیده و مناسب‌تری [برای اینگونه پرونده‌ها] دخالت خواهند داشت و هدفش به دادگاه آوردن تعداد بیشتری از پرونده‌های مشکل [از نظر دلایل اثباتی] است تا نشان دهد که متجاوزین [جنسی] از مجازات‌هایی نخواهند یافت. در عین حال تغییرات کوچکی در این مورد [رفع مشکلات موجود در جهت تعقیب و مجازات موارد گزارش شده تجاوز جنسی] رخ داده است که عبارتند از:

- عفت و پاکدامنی زنان در هنگام آزمایش پزشکی و استنطاق بیشتر مراعات می‌شود.

- هویت زنان در پرونده‌های تجاوز جنسی بر ملا نمی‌گردد.

- و اخیراً نیز قانون مرتکبین جرایم جنسی ۱۹۹۷ (مطالب محافظت و طبقه‌بندی شده) [The Sexual Offenders (Protected Materials) Act 1997] تضمین می‌نماید که اطلاعات حساس، آزادانه در اختیار

متهم یا شخص سوم قرار نگیرد».

شدید قرار دهد. در اصل، این نهاد کمکهای کوتاه مدت برای بزه‌دیدگان را طبق اصل همسایه خوب [وظیفه اخلاقی در کمک و همدلی با همسایه مصیبت‌زده] ارائه می‌داد [ولی] در حال حاضر و گاهی با استفاده از همین قاعده، کمکهای بلندمدت نیز ارائه می‌دهد. در واقع جلوه کمتر سیاسی آن در سال ۱۹۷۹ تقویت شد، زیرا در این زمان حوزه عملکرد آن برای مبارزه و ایجاد هیجانهای سیاسی محدود گردید. چنین رویکردی حمایت پلیس را نیز جلب کرده است و (ط.ح.ب.) از آنها اطلاعات مربوط به بزه‌دیدگان نیازمند کمک را دریافت می‌دارد. چنین رویکرد کمتر سیاسی [به مشکل بزه‌دیدگان] باعث شده تا پروژه‌های این سازمان در نظر دولت مرکزی نیز مطبوع‌تر جلوه کرده و برای تقویت عملکرد آن بودجه سالیانه سازمان را افزایش دهد. اینگونه کمکها بر سازمانی که تاکنون با مساعدتهای محلی ادامه حیات می‌داده تأثیر بسزایی داشته است. سازمان (ط.ح.ب) در کسب اطلاع از وجود بزه‌دیدگان همیشه بر همکاری پلیس تکیه داشته و بسیاری از طرحهای آن طبق یک نظام ارجاع مستقیم [از پلیس] عمل می‌کنند. شکل این همکاری چنین است که پلیس وجود بزه‌دیدگان همه جرایم که نیاز به کمک دارند را به سازمان اطلاع می‌دهد، چه بزه‌دیده آن کمک را بخواهد یا نخواهد و حتی گاهی بدون کسب رضایت وی چنین می‌کند.

در واقع طرحهای حمایت بزه‌دیده دارای دو قسمت هستند: یکی قسمت عمومی و جامعه‌مدار حمایت داوطلبان از بزه‌دیده است که بزه‌دیده را از راههای عملی متعددی حمایت و کمک می‌کنند. دیگری اداره خدمات شهود<sup>۶۲</sup> است. در اوایل ۱۹۸۰ نهاد مربوط به طرحهای حمایت



بزه‌دیده یک اداره خدمات شهود به دادگاه کراون [سلطنتی] معرفی کرد و اخیراً نیز شروع به برپایی یک واحد مشابه در دادگاه ماجیستریت کرده است. کارمندان اعم از حقوق بگیر و داوطلب، به خوبی آموزش دیده و براساس مقررات و معیارهای تخصصی و دقیق کار می‌کنند. این دو اداره همکاری نزدیک داشته و ارجاع اولیه توسط پلیس (یا بزه‌دیده) منتهی به صدور و ارسال نامه‌ای برای بزه‌دیده یا یک مکالمه تلفنی توسط یک همکار داوطلب با وی می‌شود. این فرد حمایت‌های عاطفی و عملی به بزه‌دیده ارائه می‌دهد. اولین کار، آموزش بزه‌دیده در مورد مسیر بررسی توسط پلیس و کمک به وی در جهت ایفای نقش در این مرحله است (این همکار داوطلب ممکن است در زمان حضور بزه‌دیده و بیان مطلبی در اداره پلیس یا در واحد شناسایی، وی را همراهی کند). در پرونده‌های پیچیده یا [جرایم] خیلی شدید چنین حمایتی در سراسر دوره آماده‌سازی پرونده برای محاکمه جریان دارد. اگر قرار باشد که بزه‌دیده با مرتکب برای انجام بازسازی یا میانجیگری ملاقاتی داشته باشد (معمولاً فقط مرتکبین جوان) حمایت مأمور این نهاد ضروری است. اگر قرار باشد که پرونده‌ای به دادگاه برود و مورد مقابله و معارضه [از سوی طرف مقابل یا دادستان] قرار گیرد، بزه‌دیده و همه شهود مطلع می‌شوند که اداره خدمات شهود در آماده‌سازی پرونده به آنها کمک می‌کند. این اداره، دادگاه را به آنها نشان می‌دهد و به آنها یادآوری می‌نماید که در طول محاکمه چگونه کمکی را تقاضا کنند. پس از این آماده‌سازی، داوطلب با بزه‌دیده در دادگاه حاضر می‌شود ولی نمی‌تواند به بزه‌دیده بگوید که در دادگاه چه اتفاقی می‌افتد.

سومین کارکرد مهم طرح‌های حمایت بزه‌دیده، آگاه ساختن آنها از

تأثیری است که ابتکارات جدید می‌تواند در مورد آنها داشته باشد. این طرحها توسط تمامی شرکای چندسازمانی که به موجب قانون جرم و بی‌نظمی ۱۹۹۸ تأسیس شدند، حمایت می‌شوند و اینها می‌توانند کمکهای ذی‌قیمتی به بزه‌دیده بنمایند. آنها همچنین به گروههای مشاوره دولتی دعوت می‌شوند که ممکن است روی منافع بزه‌دیده تأثیرگذار باشند. به عنوان مثال، در ۱۹۹۷ و ۱۹۹۸ آنها با «گروه کاری بین دپارتمانی درخصوص مقررات ویژه برای شهود آسیب‌پذیر و تهدید شده»<sup>۶۳</sup> همکاری کردند. این نهاد خواستار پیشگیری از اجبار بزه‌دیده به اتخاذ تصمیم در مورد مرتکب است. به نظر مؤلف همچنین لازم است که از مرتکبین ضعیف در برابر بزه‌دیدگان قدرتمند و عصبانی، به ویژه کسانی که به وسیله رسانه‌ها حمایت شده‌اند، دفاع شود.

بایستی توجه نمود که همانند [مسأله مربوط به] هیأت تعیین و جبران خسارتهای کیفی یعنی CICB، دولت به حق [قانونی و قابل مطالبه] بزه‌دیدگان برای کمک اذعان و اعتراف نمی‌نماید و صرفاً نشان می‌دهد که کشور یک تعهد اخلاقی برای کمک به بزه‌دیدگان یا دست کم بزه‌دیدگان شایسته [بی‌گناه] دارد.<sup>۶۴</sup> بنابراین به نظر می‌رسد که انواع مشخصی از جرایم به کلی از چنین طرحهایی مستثنی شده‌اند. کربت و مگوایر<sup>۶۵</sup> در این رابطه چنین اظهارنظر کرده‌اند:

63. Interdepartmental Working Group on Special Provision for Vulnerable and Intimidated Witnesses.

64. Deserving (innocent) victims.

این پارگراف و دو پارگراف بعدی از چاپ جدید حذف شده، لیکن به دلیل اهمیت محتوای آنها از ترجمه حذف نشده‌اند (مترجم).

65. Corbett, Claire & Maguire, Mike (1988).

«نسبتاً غیرمحمتمل است که بزه‌دیدگان جرایم خشونت خانوادگی، تهدیدها، به ستوه آوردنهای جنسی و نژادی، خرابکاریهای [تخریب] کوچک مکرر<sup>۶۶</sup> و حتی موارد شدید «بزه‌دیدگیهای متعدد»<sup>۶۷</sup> به پروژه‌های کمک به بزه‌دیده ارجاع یا توسط آنها حمایت شوند».

به هر حال، تحقیق پیمایشی ۱۹۸۴ (BCS)<sup>۶۸</sup> تخمین زد که در واقع فقط یک درصد از بزه‌دیدگان به VSS ارجاع داده می‌شوند؛ با فرا رسیدن سال ۱۹۸۷ این رقم به سه درصد رشد یافته بود و در ۱۹۹۱ به شش درصد رسید. در سال ۱۹۹۲، زمانی که BCS از بزه‌دیدگان سؤال کرد که آیا آنها تمایل دارند تا با آنها تماس گرفته شود، فقط ۴٪ از کل بزه‌دیدگان اظهار تمایل کردند. اما این رقم در مورد بزه‌دیدگانی که آسیب‌دیدگی خود را گزارش کرده بودند به ۱۰٪ رسید. براین اساس، نهاد مزبور هرچند مفید است اما در رسیدگی به بزه‌دیدگانی که ممکن است از کمکهای آن نفعی ببرند موفق نیست.

نهاد مردمی خدمات داوطلبانه [غیرانتفاعی]، کمکها و حمایتهای ارزشمندی را برای بزه‌دیدگان یا بازماندگان جرایم تأمین می‌کند. از آنجا که دولت بیش از پیش روی اقدامات نهاد مورد بحث برای تأمین خدمات ارزان و مؤثر برای بزه‌دیدگان تکیه کرده و احساس می‌کند یک دولت پاسخگو بایستی از امکان دسترسی بزه‌دیده به آنها اطمینان حاصل کند، در

#### 66. Repeated minor Vandalism.

منظور تخریب و آسیب رسانی جزئی به اموال (مثل خانه و خودرو) است که اگرچه در برخی موارد کوچک است (مثل خط کوچک انداختن روی خودرو یا دیوارنویسی روی درب و دیوار منزل) اما در صورت تکرار می‌تواند بسیار آزاردهنده و غیرقابل تحمل باشد (مترجم).

#### 67. Multiple Victimisation.

#### 68. The 1984 British Crime Survey.

نتیجه این نهاد در ایجاد فشار برای [تأمین] منافع بزه‌دیدگان اعتماد به نفس حاصل کرده است. به خاطر چنین موقعیتی و نیز به دلیل اقتضای سیاسی برای دولت به منظور کسب اطمینان از این که بزه‌دیدگان حقوق [قابل مطالبه] و مساعدتهای بیشتری دریافت می‌کنند به نظر می‌رسد که پیشرفتهای واقعی در حال انجام است.<sup>۶۹</sup>

---

۶۹. مؤلف در قسمت بعد به طرح و نقد مباحثی پیرامون تأثیر بزه‌دیده بر بزه‌دیدگی خود پرداخته که در شماره‌ای جداگانه تقدیم گردد (مترجم).

# معرفی کتاب



معرفی کتاب\*  
حقوق بین الملل معاهدات  
(کتاب سال تشویقی ۱۳۸۰)

مؤلف: دکتر هدایت ا... فلسفی استاد فرزانه حقوق بین الملل در  
دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی  
چاپ دوم با تجدید نظر و اضافات  
ناشر: فرهنگ نشر نو - تهران ۱۳۸۳  
۹۴۳ صفحه

حقوقدان بودن با تکنیسین بودن متفاوت است  
به تاریخ سرکشیدن، و از مبانی تغذیه کردن، جامعه شناسی را به  
خدمت گرفتن و بالاخره حوزه‌های متعدد و متنوع علوم انسانی را به  
استخدام حقوق در آوردن، این رشته را پُربارتر و برای اهل نظر اهمیت آن  
را هویداتر خواهد کرد. بی تردید چنین نگاه عمیق و چندجانبه است که  
نشان می‌دهد (حقوقدان بودن از تکنیسین حقوق بودن متفاوت است).  
درک این نکته که حقوق چیزی بیش از مجموعه قواعد و مقررات است و  
فهم حقوقی کاری بسیار فراتر از حفظ و تکرار تعداد محدودی ماده قانونی  
و یا مواد معاهده‌ای است.

---

\*. دکتر سید محمد قاری سید فاطمی، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

این مهم البته در حقوق بین‌الملل معاصر که به دلیل مباحث نظری حول ماهیت آن و تفاوت‌های ظاهری و حتی گاه ماهوی آن با حقوق داخلی چارچوب و دستگاه تحلیلی متفاوتی می‌طلبد گاه اهمیت مضاعفی می‌یابد.

«حقوق بین‌الملل معاهدات» و البته نه «حقوق معاهدات بین‌الملل» اولین و موفق‌ترین کار تألیفی در این زمینه بوده که با قلم شیوای استاد فرزانه دانشگاه شهید بهشتی جناب آقای دکتر فلسفی به رشته تحریر در آمده است. فلسفی با قلمی که از یک سو ریشه در سنت زیبای فارسی روان و بی‌آلایش داشته و از سوی دیگر از مفاهیم معاصر دو زبان انگلیسی و فرانسه و گاه لاتین تغذیه کرده، کاری در خور هم برای اهل تحقیق و هم برای اهل تحصیل به ویژه برای دوره‌های تحصیلات تکمیلی فراهم نموده است.

معرفی کتابی با حجم نزدیک به هزار صفحه که البته حجم آن نه از باب اطناب ممل، که کمتر از آن ایجاز مغل بوده در چند صفحه گاه ظلم و ستمی است بر نگاشته و نگارنده، لیکن معرفی نکردن آن هم ممکن است ستمی باشد بر اهل تحقیق و تحصیل.

مؤلف پس از دو بحث عمیق و البته تحلیلی، و تفصیلی مقدماتی که در یکی به منزلت معاهده در میان منابع حقوق بین‌الملل و دیگری به مبانی تاریخی مفهوم معاهده، تعریف معاهده بین‌المللی، طبقه‌بندی معاهدات پرداخته و البته در همین بخش به خوبی با مثال‌های روشنی نشان داده که چگونه معاهده پدیده‌ای است در بند دو نظام مختلف. پیکره اصلی این تألیف ارزشمند سه دفتر نسبتاً مفصل و تحلیلی را در خود جای داده است.



در دفتر اول مباحث مرتبط با انعقاد معاهده و به تعبیر فلسفی معاهده از نظر شکل مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. و در دفتر دوم مباحثی از معاهده از قبیل اعتبار و زوال و اجرای معاهدات و یا آن گونه که خود مؤلف نامیده، معاهده از نظر محتوا مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. دفتر سوم که حاوی اختتامیه چاپ قبلی این کتاب بوده، به اختتام و تعلیق معاهدات پرداخته است، لیکن مؤلف در این چاپ جدید کار را به همین جا ختم نکرده است. ضمیمه بسیار ارزشمندی که به جرأت می‌توان آن را تألیف مستقل و انصافاً بی‌نظیری دانست به حقوق معاهدات سازمان‌های بین‌المللی می‌پردازد. نگارنده به مؤلف این نقد همدلانه را دارد که چرا کاری که خود ارزش ارائه‌ای مستقل داشت را در حد تکمله‌ای برای کار هر چند ارزشمند قبلی فرو کاسته است.

معرفی دست آوردها و نوآوری‌های این اثر در این مختصر قطعاً میسر نیست، لیکن از باب چشیدن و چشاندن قطراتی هر چند محدود به ذکر نمونه‌هایی اکتفا می‌کنم. در مباحث نظری مؤلف به خوبی نشان داده است که تا چه میزان حقوقدان صاحب مبنای و اهل نظر نیازمند سرکشی به حوزه‌های فلسفی است. نگارنده بعید می‌داند حقوقدان ناآشنای به کانت و هگل بتواند این گونه در مبانی تحلیلی پدیده‌ای حقوقی آن هم چنانچه خود مؤلف اشاره کرده، مهم‌ترین بحث حقوق بین‌الملل معاصر یعنی حقوق معاهدات تحلیلی سازگار و غیرمتناقض ارائه دهد، بگذریم از ضرورت اطلاع نسبت به منطق دیرپای ارسطویی. تطبیق هر چند مختصر آنچه به نام حقوق بین‌الملل اسلامی معروف است با Jus Gentium حقوق روم در کنار دیگر مباحث تاریخی و ارائه سیر تحول تاریخی حقوق معاهدات نشان

می‌دهد که مؤلف حتی در گزارش‌های تاریخی به گفته کانت نگاهی عینکی و منظر دار به مسأله داشته و با یک چارچوب تحلیلی منسجم کار را پی‌گیری نموده است. ارائه اطلاعات گسترده حقوقی در کنار مباحث تطبیقی در نظام‌های داخلی کشورهای متعدد نشان از تلاش مؤلف دارد و البته مصرف کنندگانی چون نگارنده و دیگر اهل تحقیق و تحصیل را به سر خوان آماده شده‌ای قرار می‌دهد که آشپز آن با مهارت عناصر لازم را در کنار هم چیده است.

نگارنده در پی فهرست کردن جزئیات مباحث این اثر نیست، که چنین کاری خارج از حوصله معرفی کوتاه چنین اثری است و بیشتر بحث معرفی خود را حول ضمیمه جدید التالیف این کار یعنی: «حقوق معاهدات سازمان‌های بین‌المللی» خواهد نمود. لیکن ذکر این نکته را خالی از فایده نمی‌بیند که چه بجا بود اگر مؤلف محترم در اثری چنین گسترده حول حقوق بین‌المللی معاهدات جایی برای معاهدات حقوق بشری نیز در نظر می‌گرفت. به باور این جانب\* معاهدات حقوق بشری ماهیتی متفاوت از معاهدات متعارف حقوق بین‌المللی داشته و تحلیل متفاوت با ماهیت چنین معاهداتی پیامدهای قابل تأملی در بحث‌های مهمی همچون مسأله شرط نسبت به این معاهدات خواهد داشت که به دلیل عدم پرداختن به اولی، مؤلف محترم در مباحث مربوط به شرط از کنار دومی نیز گذشته است.

\* دکتر قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، فصل اول بخش سوم (ص ۱۹۹-۱۷۵) تحت عنوان معاهدات حقوق بشری فضایی متفاوت و فصل دوم (ص ۲۱۰-۲۰۳) تحت عنوان مسأله شرط در معاهدات حقوق بشری.

نقطه ثقل معرفی این اثر توسط نگارنده بر ضمیمه نسبتاً کم حجم ولی پُر بار این کتاب است که جامعه حقوقی ما برای اولین بار شاهد حضور چنین اثر ارزشمندی است. «حقوق معاهدات سازمان‌های بین‌المللی» چنانچه متذکر شدم، خود ارزش ارائه یک اثر مستقل را دارد و انتشار آن به عنوان ضمیمه‌ای در کتاب حقوق بین‌الملل معاهدات گرچه در بادی امر از اهمیت ظاهری آن کاسته، لیکن خللی بر ارزش علمی آن وارد نکرده است.

هسته اصلی بحث فلسفی بر روی «معاهده وین درباره حقوق معاهدات میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی یا میان سازمان‌های بین‌المللی وین مارس ۱۹۸۶» است که البته ترجمه دقیق و روان این معاهده زینت‌بخش پایانی کتاب شده است. شکل و محتوای معاهدات میان سازمان‌های بین‌المللی و یا میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی اولین بحثی است که مؤلف به تفصیل به آن پرداخته است. این بحث در پرتو اسناد و قواعد حقوق بین‌الملل تحلیل و در پرتو آراء برخی از مراجع بین‌المللی غنا یافته است، لیکن همان‌گونه که یاد شد تحلیل حقوق معاهده ۱۹۸۶ وین نقطه ثقل این ضمیمه ارزشمند است. اهلیت سازمان‌های بین‌المللی در انعقاد معاهده، وجوه تمایز دو سند مهم حقوق معاهداتی یعنی معاهده ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ وین مورد بررسی و تجزیه و تحلیل حقوقی مؤلف قرار گرفته است و البته مباحث کلاسیک حقوق معاهدات بین دولت‌ها این بار در ارتباط با سازمان‌های بین‌المللی با محوریت معاهده ۱۹۸۶ وین و بسط تحلیلی آن در پرتو سایر اسناد و آرا به خامه ارزشمند مؤلف در آمده است. در پایان بایستی اعتراف کرد که ضمیمه نمودن گزیده کتاب‌ها و مقاله‌هایی که تاکنون درباره مباحث مختلف حقوق بین‌الملل معاهدات به

رشته تحریر در آمده گنجینه ارزشمندی از منابع را در اختیار اهل تحقیق قرار می‌دهد. و البته بایستی انصاف داد که فهرست‌های متنوع اعم از علائم اختصاری، نام‌ها و موضوعات زینت‌بخش پایانی این اثر گرانبها است، گرچه جای خالی لیست اسناد بین‌المللی و آراء مورد استناد در این فهرست‌ها مشهود است.

در مجموع می‌توان گفت که کتاب ارزشمند «حقوق بین‌الملل معاهدات بین‌الملل» اثر ماندگاری است که نه محققان حقوق از آن بی‌نیازند و نه محصلان این رشته. خدا را سپاس که اهل قلم این مرز و بوم با همه دشواری‌ها و نامهربانی‌ها و نگرانی‌ها از بی‌سپاسی‌ها و دست‌بردها هنوز هم فروتنانه گرد و غبار کتابخانه‌ها را توتیای چشم خود نموده و دل و دیده خود را وقف اعتلای فرهنگ و دانش ایران همیشه پاینده می‌کنند. به جناب دکتر فلسفی این استاد فرزانه حقوق بین‌الملل و تمامی خدمتگزاران فرهنگ دوست این آب و خاک دست مریزاد گفته و چشم انتظار دیگر آثار ارزشمندشان هستیم.

# گزارش آموزشی

(فهرست پایان نامه های پذیرفته شده)



# فهرست پایان نامه‌های پذیرفته شده

## گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی

- **حمایت کیفری از اموال تاریخی - فرهنگی**  
دانشجو: محمد ریواسی  
استاد راهنما: دکتر رضا نوربها  
بخش تمهیداتی: کلیات  
بخش اول: مبانی نظری حمایت کیفری از اموال تاریخی - فرهنگی  
بخش دوم: مصادیق جرایم
- **بررسی تطبیقی جرم خیانت در امانت در حقوق ایران، انگلستان و مصر**  
دانشجو: لیلا پورنجفی قوشچی  
استاد راهنما: دکتر باقر شاملو  
فصل اول: کلیات  
فصل دوم: رکن مادی جرم خیانت در امانت  
فصل سوم: رکن معنوی و مجازات
- **جایگاه قانونی سازمان تعزیرات حکومتی در دادرسی و پیشگیری از جرایم اقتصادی**  
دانشجو: علی احمدی  
استاد راهنما: دکتر حسین میر محمد صادقی  
بخش اول: کلیات  
بخش دوم: فرایند دادرسی در سازمان تعزیرات حکومتی  
بخش سوم: پیشگیری از جرایم اقتصادی در قلمرو سازمان تعزیرات حکومتی
- **بررسی تحلیلی صلاحیت کیفری دادگاه انقلاب**  
دانشجو: علی شکاری شیراز  
استاد راهنما: دکتر رجبعلی گلدوست جویباری  
بخش نخست: صلاحیت ذاتی دادگاه انقلاب در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب

بخش دوم: صلاحیت محلی دادگاه انقلاب و اختلاط در صلاحیت

- بررسی تطبیقی بزه سقط جنین در حقوق ایران و انگلیس  
دانشجو: قربانعلی نجفی  
استاد راهنما: دکتر محمد علی اردبیلی

بخش اول: مفاهیم، پیشینه قانونگذاری و مبانی نظری سقط جنین  
بخش دوم: صور سقط جنین و مصادیق حمایت کیفری از جنین

- بررسی تطبیقی بزه کلاهبرداری در حقوق جزای ایران و مصر  
دانشجو: عبدالرضا خانلری المشیری  
استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا

بخش اول: کلیات

بخش دوم: عناصر تشکیل دهنده بزه کلاهبرداری

بخش سوم: مجازات آثار و صور خاص بزه کلاهبرداری

- بررسی تطبیقی دادرسی اطفال بزهکار در حقوق ایران و انگلستان  
دانشجو: اصغر خدا بنده لو خان کندی  
استاد راهنما: دکتر علی صفاری

بخش نخست: سیر تاریخی و مبانی: از سن بلوغ تا رشد کیفری

بخش دوم: جایگاه اصول بنیادین دادرسی اطفال در نظامهای حقوقی ایران و انگلستان

## گروه حقوق خصوصی

- تشکیل قراردادهای الکترونیکی

دانشجو: نوید رهبر

استاد راهنما: دکتر میرقاسم جعفرزاده

بخش مقدماتی: تعاریف، ساختار، اهمیت تجارت الکترونیک و ضرورتها

بخش اول: قواعد عام تشکیل قراردادهای الکترونیکی

بخش دوم: روشهای مختلف تشکیل قراردادهای الکترونیکی



- بررسی تطبیقی قواعد حل تعارض در زمینه اموال  
دانشجو: علیرضا نواریان  
استاد راهنما: دکتر فرهاد خمایی زاده  
بخش اول: قواعد حل تعارض در اموال مادی  
بخش دوم: قواعد حل تعارض در اموال غیرمادی
  
- اصول مسؤولیت مدنی  
دانشجو: علیرضا یزدانیان (دوره دکتری)  
استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی  
فصل اول: اصول مربوط به مسؤولیت پذیری و جبران کامل و معقول خسارات  
فصل دوم: اصول مربوط به اوصاف و شرایط مسؤولیت
  
- اعراض از ملک در حقوق ایران  
دانشجو: مرتضی دیناری  
استاد راهنما: دکتر سید مصطفی محقق داماد  
بخش اول: کلیات  
بخش دوم: شرایط، آثار و ضوابط تحقق اعراض از ملک و مطالعه تطبیقی
  
- شرایط فعل  
دانشجو: هادی حبیبی  
استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی  
فصل نخست: کلیات  
فصل دوم: آثار حقوقی شرط فعل  
فصل سوم: اجرای اجباری شرط فعل، اجرای خیار تخلف شرط و انتفای آن
  
- جبران ضرر و زیان در الزامات خارج از قرارداد در حقوق ایران و حقوق تطبیقی  
دانشجو: علی احمد پناهی  
استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

- بخش اول: تحلیل عناصر موضوع  
بخش دوم: ارتباط نحوه جبران ضرر با ارکان دعوی مسؤلیت مدنی و شیوه‌های جبران ضرر و زیان در حقوق ایران و مصر
- حقوق متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی در اسناد بین‌المللی حقوق بشر و تطبیق آن در حقوق ایران  
دانشجو: محسن دلاوری باریزی  
استاد راهنما: دکتر رجبعلی گلدوست جویباری  
بخش اول: کلیات، توضیح واژگان پایه  
بخش دوم: اصول بنیادین حامی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی  
بخش سوم: آزادی و حق دفاع متهم و حقوق متهمین در بند
  - گروه حقوق عمومی**
  - حقوق بشر در نظریه عدالت جان رولز  
دانشجو: جواد کارگزاری  
استاد راهنما: دکتر محمد راسخ  
فصل اول: کلیات  
فصل دوم: نظریه عدالت جان رولز  
فصل سوم: نظریه حق جان رولز
  - بررسی حقوق و آزادی‌های سندیکایی در ایران  
دانشجو: سید مهدی رضوی حاجی آقا  
استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی  
فصل اول: پیدایش و توسعه سازمان‌های سندیکایی  
فصل دوم: نظام سندیکایی ایران
  - تبیین مفهوم امنیت ملی با تأکید بر نظام حقوقی ایران  
دانشجو: مهدی رضائی

- استاد راهنما: دکتر محمد راسخ  
 فصل اول: تبیین مفهوم امنیت ملی  
 فصل دوم: ارتباط امنیت ملی با حقوق با تأکید بر نظام حقوقی ایران
- ساختار تشکیلاتی وظایف و اختیارات کانون وکلا در ایران و آمریکا  
 دانشجو: ملیحه رضائی زاده  
 استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند  
 فصل اول: نظام حقوقی کانون وکلا  
 فصل دوم: سازماندهی کانون وکلا در ایران و آمریکا  
 فصل سوم: شرح و بررسی وظایف و اختیارات کانون‌های وکلا در ایران و آمریکا
- بررسی نظری و عملی حقوق سندیکایی در ایران  
 دانشجو: شهین خدمتی  
 استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی  
 بخش اول: پیدایش و تکامل سندیکا  
 بخش دوم: تشکل‌های مشترک  
 بخش سوم: انجمن صنفی
- حقوق بنیادین بشر و مکانیزم‌های تضمین آن در نظام حقوق عمومی ایران  
 دانشجو: ولی‌اله چراغی  
 استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی  
 فصل اول: مفهوم حقوق بنیادین بشر  
 فصل دوم: مکانیزم‌های تضمین حقوق بنیادین بشر در نظام حقوق عمومی ایران
- حق اعتصاب در حقوق ایران با نگرشی به موازین بین‌المللی  
 دانشجو: احسان باقرزاده  
 استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی  
 بخش اول: مفهوم، ارکان و جایگاه تاریخی و حقوقی حق اعتصاب در میان سایر حقوق و

آزادی‌های اجتماعی

بخش دوم: بررسی حق اعتصاب در حوزه مشاغل خصوصی و عمومی و آثار آن با نگرشی به نظام حقوقی ایران و موازین بین‌المللی  
بخش سوم: آثار حقوقی مترتب به انجام اعتصاب و مسؤولیتهای ناشی از آن

- بررسی حقوق شهروندان در قوانین و مقررات تعزیرات حکومتی  
دانشجو: علی باقی

استاد راهنما: دکتر سید محمد قاری سید فاطمی

بخش اول: نظام تعزیرات حکومتی

بخش دوم: حقوق متهم و شاکی در قانون تعزیرات حکومتی

- بررسی تخلفات انضباطی کارکنان نیروهای مسلح  
دانشجو: علیرضا برجی

استاد راهنما: دکتر سید محمد قاری سید فاطمی

فصل اول: تخلفات اداری و انضباطی در قوانین نیروهای مسلح

فصل دوم: مراجع رسیدگی کننده به تخلفات انضباطی کارکنان نیروهای مسلح

- تفویض اختیار در نظام حقوقی ایران  
دانشجو: مریم اصغری نسب

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیر ارجمند

فصل اول: کلیاتی در خصوص تفویض اختیار

فصل دوم: تفویض اختیار در قوه مجریه

فصل سوم: تفویض اختیار در قوه مقننه

- نظارت اداری و قضایی بر شورای اسلامی شهر  
دانشجو: ابراهیم اسلامی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیر ارجمند

فصل اول: نظارت اداری

فصل دوم: نظارت قضایی

## گروه حقوق بین‌الملل

- بررسی تحلیلی کنوانسیون منع شکنجه و رفتار یا مجازات بی‌رحمانه، غیر انسانی و تحقیرکننده

دانشجو: مهسا بیک محمدی

استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی

فصل اول: سابقه تاریخی ممنوعیت شکنجه

فصل دوم: شکنجه و ارکان آن

فصل سوم: راهکارهای کنوانسیون ۱۹۸۴ در مقابله با شکنجه

فصل چهارم: نظارت بر اجرای کنوانسیون و راهکارهای آن

- حقوق بشر و حمایت از پناهندگان

دانشجو: آرمین برومند

استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

قسمت اول: سیر تحولات حمایت از پناهندگان در عرصه حقوق بین‌الملل

قسمت دوم: حقوق پناهندگان در اسناد حقوق بشری و راهکارهای اجرای آن

- بررسی حقوقی کنوانسیون تأسیس آژانس تضمین سرمایه‌گذاری چند جانبه (MIGA) و پیامدهای الحاق جمهوری اسلامی به آن

دانشجو: علیرضا دلخوش

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیر ارجمند

فصل اول: سرمایه‌گذاری خارجی و توسعه اقتصادی

فصل دوم: بررسی مقررات داخلی جمهوری اسلامی ایران راجع به سرمایه‌گذاری خارجی

فصل سوم: بررسی مفاد کنوانسیون تأسیس آژانس میگا (MIGA)

فصل چهارم: بررسی تطبیقی مقررات میگا (MIGA) با مقررات ناظر بر سرمایه‌گذاری خارجی

در جمهوری اسلامی ایران

- اعتبار معاهدات بین‌المللی از دیدگاه فقه شیعه  
 دانشجو: عبدالمجید سودمندی  
 استاد راهنما: دکتر سید محمد قاری سید فاطمی  
 بخش اول: تبیین مفهوم معاهده بین‌المللی در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلامی  
 بخش دوم: جهاد ابتدایی به عنوان مانعی برای برقراری روابط معاهداتی حکومت اسلامی  
 بخش سوم: موازین حاکم بر اعتبار معاهدات بین‌المللی
  
- نقش کمیسیون حقوق بشر در نظارت بر حسن اجرای قواعد بین‌المللی حقوق بشر  
 دانشجو: عطاءاله صالحی  
 استاد راهنما: دکتر اردشیر امیر ارجمند  
 فصل اول: مبانی حقوقی، ساختار و آیین کار کمیسیون  
 فصل دوم: جایگاه کمیسیون حقوق بشر در نظام بین‌المللی حقوق بشر  
 فصل سوم: نقش کمیسیون در ترویج حقوق بشر  
 فصل چهارم: نقش کمیسیون حقوق بشر در حمایت از حقوق بشر
  
- بررسی ماهیت و عملکرد نهادهای ملی حقوق بشر  
 دانشجو: زیبا صادقی  
 استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگزاده  
 فصل اول: مبانی ایجاد، تعریف، طبقه‌بندی و روابط نهادهای ملی حقوق بشر  
 فصل دوم: وظایف و صلاحیت‌های نهادهای ملی حقوق بشر
  
- نقش سازمان ملل متحد در استقرار مجدد دولت  
 دانشجو: ماهرو غدیری  
 استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگزاده  
 قسمت اول: علل و آثار فروپاشی دولت  
 قسمت دوم: واکنش سازمان ملل متحد به فروپاشی دولت  
 قسمت سوم: اقدامات عملی سازمان ملل متحد برای استقرار مجدد دولت

- **دادرسی عادلانه: مفهوم و ساز و کار**  
**دانشجو: غزال مجدزاده**  
**استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگزاده**  
 قسمت اول: بررسی مفهوم حق بر دادرسی عادلانه  
 قسمت دوم: تأثیر ساز و کارها در شکل‌گیری مفهوم دادرسی عادلانه
  
- **بررسی رژیم حقوقی حاکم بر رود هیرمند در پرتو نظام حقوقی حاکم بر رودهای بین‌المللی**  
**دانشجو: هادی مزدارانی**  
**استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی**  
 فصل اول: سیر تکوینی رژیم حاکم بر رودهای بین‌المللی و هیرمند  
 فصل دوم: بررسی رژیم حقوقی حاکم بر استفاده‌های غیرکشتریانی از رودهای بین‌المللی  
 فصل سوم: حفاظت از آبراههای بین‌المللی و حقوق محیط زیست  
 فصل چهارم: وضعیت کنونی رود هیرمند و تطابق آن با نظام حقوقی رودهای بین‌المللی و حقوق محیط زیست  
 فصل پنجم: مسؤلیت بین‌المللی و چگونگی شکل‌گیری مسؤلیت دولت افغانستان
  
- **جنایات جنگی علیه زنان در مخاصمات مسلحانه**  
**دانشجو: زهره موسوی فر**  
**استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگزاده**  
 بخش اول: جنایات جنگی علیه زنان از آغاز تا پایان جنگ جهانی دوم  
 بخش دوم: برخورد جامعه بین‌المللی با جنایات جنگی علیه زنان بعد از جنگ جهانی دوم  
 بخش سوم: رسیدگی به جنایات جنگی علیه زنان در مخاصمات مسلحانه؛ از اقدامات سازمان ملل تا کمیسیون جبران غرامت سازمان ملل متحد  
 بخش چهارم: محاکم کیفری بین‌المللی و جنایات جنگی علیه زنان در مخاصمات مسلحانه

**“The Proportionality of Positive Evidence of Possession to  
Prove ownership”**

**Fereydoon NAIHREINI**

**Persian text, pp. 203 - 258**

**Abstract**

This article has a particular view on the proportionality of positive evidence in substantiation of claims to establish ownership, an issue which is neglected or some times disregarded in legal proceedings.

The main idea is to highlight one of the legal proofs i.e. possession and its significance among other proofs and evidence. As a matter of fact considering all the rules governing the positive evidence, possession is the first and the most significant logical and proportionate reason in establishment of the ownership as it can be applied for all properties either movable or immovable.

Needles to say, there are some exceptional properties and rights for which we have to resort to some other evidence and proofs to clarify their ownership status.



the Rule of Law. Therefore, Good Governance has a significant relation with institutional aspects of government and such democratic institutions are prerequisite to Good Governance.

In analysing the political system of Iran, sovereignty has been divided into two inspiring sources of republicanism and Islam. According to Iranian Constitution, republic values reflect in democratic and elective representatives and establishments and authorities and Islam is the source of higher supervisory, monitory and supra-powers and non-elective bodies and institutions. Based on this, the source of sovereignty does not adapt to fundamental principle of Good Governance and structural arrangements of government does not correspond to the logic of Separation of Powers and the principle of Checks and Balances. Accordingly, Iranian Constitution produces a unique model of Government which cannot be realized as an institutional and procedural framework of Good Governance.

## Good Governance, Sovereignty and Government in Iran

Mohammad Hossein ZAREI

Persian text, pp. 155 - 202

### Abstract

Good Governance is a concept consists of standards, procedures and principles of governance through which governments render public services, allocate and manage public resources and guarantee human rights. The essential components of Good Governance are transparency, responsibility, accountability, participation, the Rule of Law, and responsiveness. Good Governance interweaves with democracy and democratic processes. In other words, Good Governance is operational and implementary criteria of democratic political systems in its procedural, institutional and substantive aspects. Furthermore, the implementation of Good Governance and Democratic Sovereignty requires Democratic Government.

The principle of Separation of Powers as an institutional benchmark serves human rights and liberties and establishes a mutual system of accountability through the distribution of state powers which in turn results in accountable and transparent Government and

Then, the issue is studied in the light of the concept of “expediency” or public interest and the derived conclusion is that if there is a social interest in detecting the crimes and in effectively suppressing the criminal phenomena, abstaining from witness bearing may be criminalized.

Obliging the individuals to appear before a court to give testimony or offer information must be free from any physical or mental pressure so that they can freely choose to assist the court. Coercing or forcing the individuals to state special things against their own conscience is no way permissible; indeed such submissions may not be invoked as witness or testimony. Required guarantees must also be provided so that the individuals’ liberties face the least deprivation in the process of bearing witness or offering information.

**Key words:** bearing witness, giving witness, summoning to the court, obliging to give witness, the principle 38 of the constitution of The Islamic Republic of Iran.

**The Obligation to Give Witness in Criminal Proceedings: a Fiqhi  
Perspective**

**Rahim NOBAHAR**

**Persian text, pp. 93 - 153**

**Abstract**

The laws of many countries oblige witnesses to and those aware of the event of certain crimes to make their information available to the criminal justice system and provide sanctions in the case of non-fulfillment of the obligation.

This article examines this issue on the basis of fiqhi principles. It first analyses such concepts as “obligation to bear witness”, “necessity of giving witness”, and the “prohibition of concealing witness” which are more familiar to fiqhi literature. In this section the author supports the approach according to which in case of there being a mandatory obligation (to act or refrain, prescribing or proscribing), and there being no harm to or unreasonable hardship for the witness, it is allowed to oblige the individuals to bear witness and it is justified by the rule allowing for obliging the people to fulfil their obligations.

grounds for further basic researches that provide for professional and public education in the field. Moreover, the said research and education aspire to help legal and moral institutions to come up with an up to date and optimal approach to modern and, of course, complication problems in the afore-mentioned sphere.

**Biotechnology and Human Being:  
Problems and Perspectives**

**Mohammad RASEKH\***

**Persian text, pp. 11 - 92**

**Abstract**

In this research-based essay, we endeavour to introduce and briefly explain the main problems and themes arising from the formation and development of biotechnology in relation with human life. The said problems are indeed Circles around three axes: human birth, life and death. These axes in turn include many other significant themes and problems such as infertility, abortion, cloning, stem cell, organ transplantation, human genome and euthanasia. The problems and themes are not, of course, explicated from just one perspective. Thus, various perspectives are put forward and in this respect four particular perspectives are briefly pinpointed and introduced: the philosophical, sociological, religious and legal. The purpose of dealing with the above problems and perspectives is to introduce new

---

\*. Assistant Professor, the Faculty of Law, University of Shahid-Beheshti.

## Articles

- ◆ **BIOTECHNOLOGY AND HUMAN BEING: PROBLEMS AND PERSPECTIVES**  
*Mohammad RASEKH*
- ◆ **THE OBLIGATION TO GIVE WITNESS IN CRIMINAL PROCEEDING: A FIQHI PERSPECTIVE**  
*Rahim NOBAHAR*
- ◆ **GOOD GOVERNANCE, SOVEREIGNTY AND GOVERNMENT IN IRAN**  
*Mohammad Hossein ZAREI*
- ◆ **THE PROPORTIONALITY OF POSITIVE EVIDENCE OF POSSESSION TO PROVE OWNERSHIP**  
*Fereydoon NAHREINI*

## Translated Article

- ◆ **LES RELATIONS ENTRE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES**  
*Ornella PORCHIA, Translated by Ebrahim BEIGZADEH*
- ◆ **VICTIMISATIONS AND VICTIMOLOGY**  
*Katherine S. WILLIAM, Translated by Ali SAFFARI*

## Book Review

## Educational Report

- ◆ **LIST OF THE APPROVED DISSERTATIONS**
- ◆ **ABSTRACTS IN ENGLISH & FRENCH**

# REVUE DE RECHERCHE JURIDIQUE

**Tome 40**

**2005**

**Directeur**

***G. EFTEKHAR JAHROMI***

**Rédacteur En Chef**

***S.M.GH.S.FATEMI***

**Comité de Rédaction**

***Mohammad ACHOURI, Mohammad-Reza AHMADI, Mohammad-Reza PASBAN,***

***Abdollah SHAMS, Mehdi CHAHIDI, S.Hossein SAFAIE, Ezatollah ERAGHI,***

***Amir-Hossein FAKHARI, Hedayatollah FALSAFI, S.Mostafa MOHAGHEGH-***

***DAMAD, Reza NOURBAHA, S.Mohammad HACHEMI***

***Avec la collaboration de l'Association Iranienne du Droit Comparé, l'Association***

***Iranienne du Droit Pénal et l'Association Iranienne d'Arbitrage***

**Édition**

**Université Chahid Behehti**

**Faculté de droit**

**Téhéran-Evine**

**Tel. (021)2422649**

**Fax. (021)2422648**