

فهرست مطالب

صفحه

عنوان

۳		سرمقاله
۹		بنی یا جرم سیاسی از نظر اسلام سید محمد حسن مرعشی
۲۷		طلاق قضائی و طبیعت حقوقی آن دکتر حسین مهرپور
۵۳		دعاوی و اختلافات راجع به اسناد سجلی فتح الله باوری
۶۹		دادرسی فوری و دستور موقت در قلمرو صلاحیت دیوان عدالت اداری سید نصرالله صدرالحفاظی
۸۵		از سیاست مبارزه با بزهکاری تا سیاست دفاع از بزه دیده ترجمه مؤسسان خطاطان - علی حسین نجفی ابرندآبادی
۱۱۳		شروع به جرم در قانون راجع به مجازات اسلامی و قانون مجازات اسلامی حمید دلیر
۱۲۵		آیا ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوانعالی کشور با اصل قطعیت و اعتبار احکام دادگاهها منافات و تعارض دارد ؟ دکتر رضا نوری
۱۳۱		مطالعه ای در اصول حقوق بین الملل (۲) کریمعلی کمایستانی
۱۵۰		نظریه های بشورتی اداره حقوقی میشاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی
۱۵۹		بخش عربی قانون العقوبات الاسلامیة
۱۸۵		مصادر التشريع عند الامامية الاثنی عشریة (۳) السید محمد الموسوی الیچنوردی
۲۰۹		بخش انگلیسی

1- The Iranian Civil Code and its Amendments

2- The Law of War in Islam

S. Mustafa Mohaghegh Damad

سر مقاله

بنام آنکه هستی نام از او یافت

شکر و سپاس و منت و عزت خدای را، که توفیق رفیقان ساخت
و همت یاران همراه، نصیبان و توانستیم شماره سوم مجله را در موعد
مقرر تقدیم ارباب فضل و دانش و علاقمندان مسائل حقوقی و قضایی
به خصوص قضات محترم بنمائیم.

مجله با همه کاستی‌ها و اشکالاتی که ممکن است دارا باشد،
جای خود را در محافل قضائی و حقوقی باز می‌کند و به لطف همکاری
و عنایت حقوقدانان با ذوق و دادرسان اهل نظر و فقیهان آگاه
به مقتضیات زمان و مکان و دانشجویان متعلم و پژوهشگر، بتدریج
راه کمال را طی می‌کند و کاستی‌ها را کاهش می‌دهد.

باز هم، از فقیهان تیزبین و علاقمند به حل مسائل جامعه و عالمان
حقوق و مباشرین فن قضاء و دادرسی دعوت می‌کنیم، تا در این میدان
تضارب آراء و برخورد اندیشه‌ها گام نهند و با بذل زکات علم خود،
براین سفره گسترده علم و معرفت، غنای بیشتری ببخشند.

از دادرسان محترم نیز می‌خواهیم آراء جالب و مستدل و منسجم خود را ارسال دارند تا با درج آن در مجله هم مبتدیان کار قضا را مفید افتد و هم برای اهل تحقیق به‌خصوص، دانشجویانی که رساله‌های تحقیقی خود را می‌گذرانند در جهت دسترسی به روید قضایی بکار آید. در عین حال این آراء می‌تواند مورد نقادی استادان و صاحب‌نظران قرار گیرد و در مجموع نتایج خوب و مفیدی در پی داشته باشد. در این شماره ترجمه قسمتی از قانون مدنی را به انگلیسی و ترجمه قسمتی از قانون مجازات اسلامی را به عربی همراه با مقدمه‌ای در خصوص سیر تحولات قانونگذاری در مورد هر کدام منتشر نمودیم و انشاءالله در شماره‌های آینده دنباله ترجمه این دو قانون را خواهیم آورد.

این روزها مقارن با سوئین سالگرد خزان عمر پر برکت رهبر راحل انقلاب، بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران امام خمینی (ره) است، امام همایی که زندگی خود را وقف احیاء اسلام و عزت مسلمین و سرنگونی بساط ظلم و استبداد کرد، با ایمان و خلوص و علم و درایت و روشن بینی و موقع شناسی و ایثار و فداکاری فوق‌العاده، توانست دل‌های خفته را بیدار کند و بدجانیهای مرده و افسون شده روح تازه‌ای ببخشد و حیات دوباره‌ای در آنها بدمد و حس عزت‌طلبی و عدالت‌خواهی و ظلم‌ستیزی را در آنها زنده کند و بیاری آنها زلزله‌ای در ارکان حاکمیت جهان مادی بیفکند. به مدد الهی و همراهی توده مسلمان بی‌باک‌استه ایرانی، موفق شد نظام فاسد استبدادی را در هم ریزد و حکومت جمهوری اسلامی را بنیان نهد، او توانست انقلابی در دل‌های دیگر مسلمانان و ملل محروم ایجاد نماید و اسوه و الگویی برای همه رنج‌دیدگان نظام غیرعادلانه حاکم بر جهان ماده‌گرای امروز باشد بطوری که آثار این بیداری و عدالت‌طلبی و پیروی از افکار و اندیشه‌های بلند این بزرگ مرد را در گوشه و کنار جهان و به‌خصوص در جهان اسلام بخوبی مشاهده می‌کنیم.

سوئین سالگرد خاموشی شمع وجود آن پیر طریقت و محیی

شریعت و صاحب مقام ولایت را در حالی برگزار می‌کنیم و گرامی می‌داریم که بسیاری از آرزوها و پیش‌بینی‌های او جامه عمل به خود پوشید و سمت‌گیری حوادث جهانی نشان از تحقق تدریجی دیگر آمل و اندیشه‌های الهی، انسانی، آن بزرگ‌مرد، دارد. او با ژرف‌بینی و آینده‌نگریش فروریختن حصار آهنین دنیای مادی کمونیسم و دفن شدن آن در موزه‌های تاریخ را به روشنی و صراحت پیش‌بینی کرد و بعد از ۲ سال از فروستن دیده جهان‌بین و خاموشی زبان گویای آن عزیز، جهانیان شاهد فروپاشی کامل نظام مارکسیستی و سپرده شدن آن به موزه تاریخ بودند.

امام (ره) در پیام تاریخی خود به گورباچف دنیای سرمایه‌داری غرب را نیز دچار حادثه و مشکل دانستند و اعلام کردند آن نظام هم به لحاظ عدم اعتقاد واقعی به خدا به بن‌بست رسیده یا خواهد رسید. هیچ بعدی ندارد این نظام مادی سرمایه‌داری نیز که امروز خود را بیکه‌تاز جهان یک قطبی می‌داند، سرنوشتی همانند نظام رقیب خود پیدا کند، حادثه بی‌سابقه اخیر لوس آنجلس و عصیان گسترده مردم علیه تبعیض و تبعیض در قلب آمریکا که رهبری نظام سرمایه‌داری غربی را به‌عهده دارد، صدای شکستن استخوانهای پوک شده این نظام را به گوش می‌رساند. «الا بعد المدين، کما بعدت ثمود.» (سوره هود آیه ۹۵).

بهرحال، یاد آن امام عزیز و فراموش‌نشدنی را گرامی می‌داریم و امیدواریم جملگی، خط او را که همان خط ولایت و صراط‌مستقیم هدایت است نه فقط در گفتار که، در کردار دنبال کنیم.

هفتم خردادماه سال جاری، مجلس چهارم در نظام جمهوری اسلامی ایران فعالیت خود را آغاز می‌کند و نمایندگان منتخب مردم، به‌عنوان عصاره فضیلت ملت بفرموده امام راحل، همچون سلف خویش به‌حل و فصل امور کشور می‌پردازند و هدایت‌کشی نظام حکومتی اسلامی را زیر نظر مقام معظم رهبری و ولایت فقیه به‌عهده می‌گیرند، نظام جمهوری اسلامی ایران در عین اینکه یک نظام

الهی است و مقررات آن از منشاء وحی سرچشمه می گیرد و زمام اصلی آن به دست مقام ولایت است گردش چرخهای آن به اتکاء آراء مردم و پشتمانه حضور مستقیم یا غیرمستقیم آنان است، براساس نص قرآنی: «و امرهم شوری بینهم و مشاورهم فی الامر» و سیره پیامبر اکرم (ص) و رویه امیرمؤمنان علی علیه السلام در گرفتن بیعت از مردم و احترام به رأی و نظر است در امور اجتماعی و حکومتی رأی و نظر و انتخاب مردم در نظام اسلامی، حائز اهمیت فراوانی است. به مقتضای حدیث معروف: «کلکم راع و کلکم مسئول عن رعیت» شرکت مردم در امور مملکت و از جمله رأی دادن در اموری مثل انتخابات مجلس تنها یک حق نیست بلکه وظیفه و مسئولیتی است که بردوش هر مسلمانی گذاشته شده که باید آگاهانه در امور اجتماعی دخالت کند و بی تفاوت از کنار مسائل نگذرد در زمینه انتخاب نماینده مجلس، نیز، ضمن اینکه شرکت در انتخابات و رأی دادن حق مردم است، نوعی وظیفه و مسئولیت نیز برای مردم وجود دارد که بطور جدی در انتخابات شرکت کنند و با تحقیق و تفحص، کسانی را که صالح و شایسته و امین خود می دانند به مجلس قانونگذاری بفرستند، اصول ۶ و ۷ قانون اساسی تصریح دارند که در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکاء آرای عمومی اداره شود و شوراهای منتخب مردم از مجلس شورای اسلامی تا شوراهای بخش و روستا از ارکان تصمیم گیری و اداره امور کشورند.

بحمدالله ملت بزرگوار ایران در این دوران ۱۳ ساله بعد از انقلاب، آگاهی خود را نسبت به این مسئولیت بزرگ اسلامی ابراز داشتند و در تمام انتخابات حضور چشمگیر خود را نشان دادند. در انتخابات چهارمین دوره مجلس شورای اسلامی نیز با درک و آگاهی و در پاسخ به دعوت و توصیه رهبر معظم انقلاب حضرت آیت الله خامنه ای مدظله العالی فعالانه شرکت جستند و نمایندگان مورد نظر خود را انتخاب نمودند.

هم اکنون، این وظیفه سنگین الهی، سیاسی، ملی بردوش

نمایندگان منتخب مردم است که به بهترین وجهی وظیفه امانتداری
نمایندگی ملت را انجام دهند و به مسئولیت سنگینی که بردوش
آنها قرار گرفته واقف باشند و در عمل نشان دهند که به راستی
عصاره فضیلت ملت اند .

طبعاً مجلس که اعمال قوه مقننه به وسیله آن صورت می گیرد،
در نظام جمهوری اسلامی ایران و هر نظام مبتنی بر دموکراسی،
جایگاه متمایزی دارد هر اندازه مجلس قوی و نیرومند و برخوردار از
نمایندگانی آگاه، مؤمن، دلسوز، زحمتکش و با درایت و بینش
باشد استقلال و آزادی ملت و پیشرفت و ترقی مملکت بهتر تأمین
می شود و استبداد و خودکامگی نمی تواند عرض اندام نماید،
استعمار خارجی نیز قادر نیست جای پائی برای خود باز کند. ولی
اگر خدای نا کرده مجلس در موضع ضعف باشد و یا نمایندگان چنانکه
باید به وظایف خود عمل نکنند و بار امانت را به درستی بردوش
نکشند، آن وقت است که تمام مظاهر استبداد و استعمار در لباس
دموکراسی خودنمایی می کند. امیدواریم مجلس چهارم در پرتو
رهنمودهای مقام معظم رهبری و ولی امر مسلمین بتواند با قدرت
و متانت و درایت و کفایت و تصمیم گیری بجای و قانونگذاری صحیح
در راه صلاح دین و امت و ملک و ملت قدم بردارد .

بغی یا جرم سیاسی از نظر اسلام

بغی از مراد آنست که در صورتیکه بعضی از افراد جامعه بخواهند از حدود و قیود شرعی خارج گردند و یا در امور سیاسی و اجتماعی اقداماتی نمایند که با موازین اسلام منافات داشته باشد. این عمل را بغی میگویند. در این باره در قرآن کریم و احادیث و تفاسیر و کتب معتبره اسلامی مطالبی درج شده است. از جمله اینها اینست که هرگاه جمعی از مردم بخواهند از حدود و قیود شرعی خارج گردند و یا در امور سیاسی و اجتماعی اقداماتی نمایند که با موازین اسلام منافات داشته باشد، این عمل را بغی میگویند. در این باره در قرآن کریم و احادیث و تفاسیر و کتب معتبره اسلامی مطالبی درج شده است. از جمله اینها اینست که هرگاه جمعی از مردم بخواهند از حدود و قیود شرعی خارج گردند و یا در امور سیاسی و اجتماعی اقداماتی نمایند که با موازین اسلام منافات داشته باشد، این عمل را بغی میگویند.



بغی یا جرم سیاسی از نظر اسلام

بغی یا جرم سیاسی از نظر اسلام

یکی از جرائمی که در شریعت مقدس اسلام مورد عنایت و توجه شارع بوده، بغی و یا جرم سیاسی است هرچند بعضی چنین می‌اندیشند که در شریعت اسلام جرم سیاسی مطرح نگردیده است و شاید علت آن این باشد که در نظام مقدس جمهوری اسلامی ذکر از قوانین مربوط به جرم سیاسی بطور مستقل و جدای از قوانین حدود و قصاص و دیات بمیان نیامده بنابراین عده‌ای تصور می‌نمایند که اسلام توجهی بجرم سیاسی نداشته است و متأسفانه در اثر همین اندیشه نادرست بسیاری از حقوق‌دانان اگر بخواهند درباره جرم سیاسی اظهار نظر نمایند فوراً بسراغ نوشته‌ها و کتابهای حقوق‌دانان غربی می‌روند و نظرات خود را براساس اندیشه‌های آنان ابراز میدارند و این نظرات هرچند یک سلسله نظرات حقوقی هستند و ارزش حقوقی حتی از نظر اسلام هم دارند و باید از آنها هم استفاده کرد و بمقتضای آیه شریفه «الذین یستمعون القول فیتبعون احسنه» نظرات صحیح آنها را پذیرفت اما نباید چنین فکر کرد که اسلام جرم سیاسی را مطرح نکرده است.

جرم سیاسی در متون اسلامی

جرم سیاسی در متون اسلامی تحت عنوان کلمه بغی مطرح گردیده است و منشأ

انتخاب این کلمه آیه شریفه: «و ان طائفتان من المؤمنین اقتتلوا فاصلحوا بینهما فان بغت احدهما علی الاخری فقاتلوا الی تبغی حتی تقیی الی امرالله فان فائت فاصلحوا بینهما بالعدل و اقسطوا ان الله یحب المقسطین» (سوره حجرات ۹) میباشد.

و در این آیه چنانکه ملاحظه میشود کلمه بغت و تفسی ذکر شده است و اختصاص باقتال و نبرد و جنگ دارد اما از آنجائیکه جنگ یکی از جرائم سیاسی میباشد (چنانکه خواهیم گفت) میتوان دانست که مراد از بغی در این آیه جرم سیاسی است.

و در روایات وارده در کتب روایی شیعه و اهل سنت نیز کلمه بغی در معنای جرم سیاسی، بکار رفته است:

در وسائل الشیعه، کافی، من لایحضره الفقیه، و غیره ابواب متعدد، درباره بغات مطرح گردیده که در تمامی آنها از کلمه بغی همین معنی قصد شده است.

و فقهاء شیعه و اهل سنت نیز تحت همین عنوان جرم سیاسی را مطرح کرده اند و آنرا بمعنای خروج بر امام عادل دانسته اند.

فقهاء عامه نیز در روایات و کلمات خود از کلمه بغی جرم سیاسی را قصد کرده اند احمد بن حجر عسقلانی در کتاب خود بنام بلوغ المرام من ادله الاحکام صفحه ۲۲۱ حدیثی را از پیامبر نقل میکند که راوی آن ام سلمه میباشد و آن حدیث این است که: «ام سلمه می گوید پیامبر (ص) درباره عمار یاسر فرمود: «تقتل عماراً الفتنه الباغیه» یعنی عمار را فتنه باغیه بقتل میرسانند سپس میگوید این روایت را مسلم روایت کرده است.

فقهاء، عامه و حقوقدانان اخیر آنان نیز بغی را جرم سیاسی دانسته اند.

عبدالقادر عوده در کتاب ارزشمند خود الشریع الجنائی میگوید:

فی تقسیم الجرائم بحسب طبیعتها الخاصة، جرائم عادیه و جرائم سیاسیه ای البغی.

و سپس میگوید:

اسلام از بدو پیدایش، بین جرائم عاد و جرائم بغی یعنی جرائم سیاسی فرق گذاشته و این فرق را از این جهت در نظر گرفته که عنایت به مصلحت جامعه و امنیت و حفظ نظام و کیان آن داشته است.

بنابراین نمیتوان هر جرمی را که بمنظور سیاسی انجام میپذیرد جرم سیاسی

دانست بلکه بعضی از جرائم عادی که در شرائط خاصی انجام میگیرد، جرم سیاسی محسوب میشوند.

بنابراین جرم سیاسی با جرم عادی از نظر طبیعت متفاوت نیست و تفاوت آنها این است که انگیزه در جرائم سیاسی با انگیزه در جرائم عادی فرق میکند زیرا در جرائم سیاسی انگیزه سیاسی مطرح است اما در جرائم عادی انگیزه سیاسی مطرح نیست. و بالاخره نامبرده میگوید جرم سیاسی در اصطلاح فقهاء بغی و مجرمین سیاسی را بغات یا، فئه باغیه میگویند. مرحوم سید اسماعیل صدر در پاورقیهای التشریح- الجنائی ص ۱۴۴ میگوید:

«البغی فی عرف الفقه الجعفری هو الخروج عن طاعة الامام كما فی کتاب جواهر الكلام للفقیه الکبیر الشیخ محمد حسن النجفی و کتاب المنتهی آیة الله العلامة العلی» سپس میگوید:

«والباغی هو من خرج علی امام عادل و قاتله و منع تسلیم الحق الیه كما جاء فی کتاب الخلاف لشیخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسی ره».

یعنی بغی در اصطلاح فقه شیعه امامیه عبارت است از خروج از اطاعت امام (حاکم عادل) چنانکه مرحوم صاحب جواهر و آیة الله علامه حلی در کتاب منتهی فرموده اند: باغی کسی را میگویند که بر امام عادل خروج کند و با او بجنگد و از دادن حق وی خودداری نماید فقیه عالیقدر شیخ جعفر کاشف الغطاء در کتاب کشف الغطاء، کتاب جهاد میفرمایند:

«و یدخل فی البغی کل باغ علی الامام او نائبه الخاص او العام ممنوع عن طاعته فیما امر به و نهی عنه فمن خالف فی ترک زکوة او خمس او رد حقوق حاربه».

یعنی هر کس علیه امام معصوم (ع) و یا نائب خاص و یا نائب عام او خروج کند و از فرمان او سرپیچی نماید امر او را اطاعت نکند و نهی او را ترک ننماید و با او از راه ترک زکات و یا خمس مخالفت ورزد و یا حقوق شرعی او را ندهد باید با او جنگید. و از کلام این فقیه محقق و عالیقدر استفاده میشود که جرم سیاسی با جرم عادی از نظر طبیعت و ماهیت ممکن است متفاوت نباشد زیرا ایشان ندادن خمس و زکات و حقوق شرعی را بغی دانسته اند با اینکه عدم پرداخت آنها همیشه جرم سیاسی نیست بلکه در وقتی جرم سیاسی تلقی میشود که غرض از ندادن آنها خروج از فرمان امام عادل باشد و بدون شک اسلام نمیتواند در مقابل این جرم و مجرمین

بی تفاوت باشد.

رسول اکرم (ص) فرموده اند: «من حمل علينا السلاح فليس منا» (بلوغ المرام من ادلة الاحکام ابن حجر عسقلانی) یعنی هر کس علیه ما اسلحه بر دارد از ما نیست.

و منظور از کلمه (علینا) حاکم عادل میباشد خواه آن حاکم شخص رسول خدا (ص) باشد و یا یکی از ائمه معصومین (ع) و یا نائبین ایشان چه نائب عام باشند و یا خاص و در صورت نبودن آنها عدول مؤمنین و نیز فرمودند:

«هل تدري يا ابن ام عبد» كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال، الله ورسوله اعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها يعني آیا میدانی (ای ام عبد) حکم خدا درباره کسی که از این امت مرتکب بغی شود چیست؟ عرض کرد خدا و رسول بهتر میدانند. فرمود: مجروحین و اسیران آنان را نباید کشت و فراریان آنها را نباید دنبال کرد و غنیمت آنها را نباید تقسیم کرد.

از این حدیث استفاده میشود که با آنها باید جنگید اما اگر مجروح و یا اسیر گشتند و یا فرار نمودند نباید متعرض آنها گشت و نیز فرمودند: «من اتاكم امرکم جميع يريده ان يفرق جماعتكم فاقتلوه» و از این حدیث استفاده میشود که شارع مقدس اسلام چقدر نسبت بحفظ نظام اهمیت داده بطوریکه برهم زننده آن را محکوم بقتل نموده است اما باید توجه داشت مراد رسول اکرم (ص) از چنین شخصی، شخصی خواهد بود که قدرت چنین کاری را داشته باشد و بدیهی است. وقتی قدرت چنین کاری را خواهد داشت که قدرت و توان نظامی و سیاسی داشته باشد.

شخصی (و یا درونی بودن) جرم سیاسی (بغی) و یا مادی و بیرونی بودن آن از نظر اسلام

در جرم سیاسی بین دانشمندان حقوق جزا نظرات مختلف و گوناگونی وجود دارد که مهمترین آنها دو نظریه زیر میباشند:

۱- نظریه شخصی یا سیستم درونی بودن جرم سیاسی

۲- نظریه مادی یا سیستم بیرونی بودن جرم سیاسی

در کتاب الموسوعة الجنائية ج ۳ ص ۴۸ نوشته جنیدی عبدالملک آمده است: «ويمكن ارجاع آرائهم الى مذهبين اساسيين: المذهب الشخصي و المذهب المادی» در توضیح این دو نظریه میگوئیم: طرفداران مکتب شخصی بودن جرم سیاسی معتقدند جرم سیاسی بستگی بانگیزه مجرم دارد. بنابراین اگر شخصی، یک نفر از مسئولین را بقتل رساند بانگیزه آنکه حکومت را براندازد جرم وی جرم سیاسی خواهد بود اما براساس نظر مادی بودن جرم سیاسی لازم نیست انگیزه سیاسی در کار باشد بلکه کافی است امر سیاسی بر آن بار شود بنابراین اگر یکی از مسئولین را بانگیزه دشمنی شخصی بقتل رساند و بر کشتن وی آثار سیاسی مترتب گردد چنین قتلی جرم سیاسی است. و طبق این نظریه عمل این ملجم مرادی که اقدام بقتل امیرالمؤمنین نمود جرم سیاسی محسوب میشود و به خاطر عملی که وی انجام داد نظام سیاسی اسلام تغییر کرد و بعضی از حقوقدانان معاصر معتقدند که جرم وقتی جنبه سیاسی دارد که هردو امر وجود داشته باشد یعنی هم مجرم جرم را بانگیزه امر سیاسی مرتکب شود و هم آثار سیاسی بر آن بار گردد و در این مورد میتوان نظریه دیگری نیز ابراز کرد و آن این است که گفته شود در جرم سیاسی کافی است یکی از دو امر (قصد، و یا بار شدن آثار سیاسی) مترتب گردد.

و از ظاهر تعریفی که فقهاء شیعه و سنی درباره بغی کرده و آنرا بمعنای خروج بر امام عادل گرفته اند استفاده میشود که در جرم سیاسی باید قصد خروج وجود داشته باشد، زیرا خروج بر امام عادل موضوعاً تحقق نمییابد مگر آنکه شخصی که خروج میکند قصد خروج داشته باشد، خواه بر عمل وی آثار سیاسی مترتب گردد و یا مترتب نگردد. بنابراین اگر گروهی بر علیه نظامی قیام نمایند و از اطاعت آن سر باز زنند و سرکوب شوند با آنان طبق احکام بقات عمل میشود مانند خوارج نهروان که بر علیه امیر مؤمنان علی (ع) شوریدند و همه سرکوب شدند و بقتل رسیدند و همچنین در جنگ جمل که همگی آنان را آنحضرت سرکوب کرد اما باید توجه داشت که جرم سیاسی یا بغی وقتی میشود که مجرم دست بانجام کاری زند که بر آن خروج بر امام عادل و اطاعت از وی صدق نماید اما اگر داخل در اطاعت

ولی امر هست و وظایف خود را نسبت به امام انجام میدهد، اما از نظر عقیده‌ای حکومت و ولایت شخص وی را قبول ندارد، مجرم سیاسی نخواهد بود.
فقیه بزرگوار کاشف الغطاء در کتاب کشف الغطاء میفرماید:

« ولا يجوز لمن اضر البغی او اظهره بلسانه التعرض له قبل الشروع فيه » یعنی نباید کسی را که در درون خود بغی را نگه داشته و اظهار نمیکند و یا اظهار میکند اما فقط اظهارش جنبه قولی دارد مورد تعرض قرارداد و البته باید توجه داشت که اگر اظهار بغی و مخالفت با امام و ولی امر بمنظور جمع‌آوری عده و عده (افراد و آمادگی) باشد چنین کسی باغی محسوب میشود.

و دلیل بر آنچه گفته شد عمل امیرالمؤمنین (ع) با عبدالله بن عمر میباشد که وی با آنکه از بیعت با امام خودداری ورزید امام (ع) متعرض او نگشت و اصحاب آنحضرت که میخواستند متعرض وی گردند، از تعرض وی منع کرد و حتی خوارج که آنحضرت را لعنت میکردند هم تا نادامیکه از فرمان آنحضرت سرپیچی نکرده بودند و از حاکم خود که از طرف آنحضرت منصوب گردیده بود اطاعت میکردند مورد تعرض واقع نگردیدند.

بنابراین نمیتوان بطریق اولی کسی را که در اطاعت و فرمان حاکم عادل است اما از کارهای وی انتقاد میکند و اشتباهات وی را گوشزد میکند باغی دانست و متعرض او گردید مانند بعضی از خلفاء که هرگاه مورد انتقاد قرار میگرفتند به خشم نیامدند و میپذیرفتند نه مانند عثمان که وقتی عمار یاسر از طرف اصحاب پیامبر او را نصیحت کرد و نامه اصحاب پیامبر را باو داد چنان به سر و صورت و سینه عمار زد که استخوانهای سینه‌اش شکست و بهر حال شخص ناصح باغی محسوب نمیشود اما اگر بخواهد از راه انتقاد حکومت را تضعیف نماید با توجه باینکه سوء قصد دارد باغی و مجرم سیاسی محسوب میشود.

آیا باغی کسی است که بر امام

معصوم خروج نماید؟

ظاهر کلمات بعضی از فقهاء این است که جرم بغی اختصاص بخروج بر امام

معصوم دارد و شامل خروج بر امام عادللی که معصوم نیست نمیشود اما با توجه باطلاق ادله بغی، نمیتوان آنرا مختص بخروج بر امام معصوم دانست بلکه شامل خروج بر نائب امام (ع) در زمان غیبت نیز میشود و شاید بعضی از فقهاء که فکر میکردند جرم بغی اختصاص بخروج بر امام معصوم دارد متشأ آن این بوده که چون در زمان حضور امام حکومت و ولایت فقط اختصاص به او داشته است روایات وارده بر بغی را حمل بر خروج امام معصوم نموده‌اند اما با توجه باینکه مورد نمیتواند مخصوص باشد باید به اطلاق روایات عمل نمود.

مضافاً باینکه اگر بپذیریم اطلاعات انصراف به امام معصوم دارند میتوان از باب عموم ملائک، احکام بغات را نسبت به کسانی که بر نائب امام (عج) خروج مینمایند نیز جاری دانست زیرا اگر با بغات در عصر غیبت، فقیه و نائب امام (ع) نتوانسته باشد برخورد داشته باشد و آنان را طبق موازین اسلامی مجازات کند اساس نظام عدل اسلامی را متزلزل میسازند و هرج و مرج در جامعه اسلامی بوجود خواهند آورد و قطعاً شارع مقدس اسلام باین گونه امور راضی نخواهد بود. بنابراین امام عادل و فقیه جامع الشرائطی که حکومت اسلامی را بدست گرفته باید با آنان طبق موازین اسلامی برخورد نموده و آنان را قلع و قمع نماید و در این امر هیچگونه فرقی نیست بین اینکه ما معتقد بولایت فقیه باشیم و حاکم را از باب اختیاراتی که شرعاً به او تفویض شده مسئول حکومت بدانیم و یا آنکه از باب حسیه لازم باشد متصدی امر ولایت گردد زیرا بهر حال حفظ حکومت اسلامی و دفاع از کیان آن واجب است و نمیتوان گفت وقتی دفاع از اسلام واجب میباشد که حاکم ولایت فقیه را ثابت بداند اما اگر ولایت فقیه را ثابت ندانسته باشد از باب حسیه حق نداشته باشد حکومت کند و از اسلام دفاع نماید و با افرادی که بر علیه حکومت اسلامی قیام نموده‌اند مبارزه نماید و آنان را قلع و قمع نماید. و بر همین اساس روشن میگردد که فقهاء خواه معتقد بولایت فقیه باشند و خواه معتقد بولایت فقیه نباشند در زمان غیبت واجب است از اسلام و مسلمین دفاع و حکومت اسلامی را حفظ نمایند و اینکه بعضی فکر میکنند فقهای که معتقد بولایت فقیه نیستند تشکیل و یا حفظ حکومت اسلامی را لازم و یا جائز نمیدانند و معتقد بحکومت طاغوت میباشد سخت دچار اشتباه شده و محل نزاع در مسأله ولایت فقیه برای

آنان روشن نگردیده است بلکه اصولاً میتوان گفت از نظر اسلام اگر شخصی عادل و با ایمان و آشنای با مسائل شرعی و سیاسی متصدی حکومت گردد و در مقام تقویت اسلام و مسلمین و دفاع از حریم مقدس اسلام باشد همکاری با او لازم است. همانطوریکه فقهای بزرگی مانند علامه مجلسی، محقق کرکی، شیخ بهائی و بسیاری دیگر از بزرگان حکومت‌های زمان خود را تأیید میکردند زیرا آنچه از نظر فقهاء عظام اهمیت داشته حفظ اسلام و مسلمین و ترویج و تبلیغ آن است خواه ولایت فقیه ثابت باشد و یا نباشد بنابراین هرگاه گروهی بر علیه امام عادل که زماندار امور مسلمین گردیده و در مقام نشر اسلام و احیای احکام آن باشد قیام نماید باغی محسوب میشود و احکام بغات را باید درباره آنان اجراء کرد خواه آن امام عادل فقیه باشد و خواه از عدول مؤمنین و خواه حاکم بر اساس ولایت شرعی متصدی حکومت شده باشد و خواه از باب حسبه. کما اینکه اگر حاکمی در مقام تضعیف اسلام و مسلمین بوده و بخواهد از قوانین ضد اسلام و مسلمین ترویج و تبلیغ نماید بر همه فقهاء واجب است با او مبارزه کرده و او را از حکومت خلع نمایند همانطوریکه همه فقهاء و علماء شیعه و غیر شیعه بر رهبری حضرت امام رضوان الله تعالی علیه با حکومت ضد اسلامی و رژیم منحوس گذشته مبارزه برخاستند و آنرا سرنگون ساختند.

شرایط جنگ با بغات یا مجرمین سیاسی

فقهاء جنگ با بغات را مشروط بشرائطی دانسته‌اند که ذیلاً به آنها اشاره میشود:

مرحوم کاشف الغطاء در کتاب جهاد از کتاب ارزشمند کشف الغطاء در فصل دوم

از باب پنجم شرائط مبارزه با بغات را چنین بیان میفرمایند:

«والمبادر من اطلاق الباغين على احد الخلفاء الراشدين بعد ان تثبت له الوصاية ويكون عصاء الشرع بيده قائمه بشروط» یعنی متبادر از اطلاق کلمه باغیان کسانی هستند که بر یکی از خلفای راشدین (یعنی ائمه معصومین و فقهاء) که زمان امور را بدست گرفته‌اند با شرائطی که ذیلاً نقل میشود، خروج نماید.

شرط اول این است که از امام جدا گردیده و از پیروی وی خودداری نمایند و خود را از رعایای او قداسته باشند خواه در شهری اقامت کرده باشند و یا در قریه‌ای و یا در صحرا و بیابانی.

شرط دوم این است که دارای قدرت و شوکت باشند بطوریکه حاکم نتوانسته باشد بدون تهیه نیروهای کافی آنان را سرکوب سازد، زیرا اگر امکان داشته باشد از راه آسانتری آنان را سرکوب کنند سرکوب آنان باید از آن طریق باشد نه با جنگ و خونریزی.

شرط سوم در تشخیص خود نسبت بحاقانیت حکومت حاکم دچار اشتباهی شده باشند که در آن معذور نباشند و در اثر آن شبهه غلط از فرمان حاکم خارج گردند. شرط چهارم آنکه ارشاد آنان از راه بحث و اقامه حجت و دلیل ممکن نباشد. شرط پنجم آنکه از راه ایجاد اختلاف و فتنه بین ایشان دفع آنان ممکن نباشد و حاکم برای دفع آنان نیاز به جنگ با آنان داشته باشد.

و پس از ذکر این شرائط میفرمایند:

«ولا يجوز له قتلهم الا بالمقاتله» یعنی کشتن آنان جائز نیست مگر از راه جنگ پس اگر اقدام به جنگ نمایند نمیتوان آنان را بقتل رسانید.

و دلیلی را که میتوان برای بیشتر این شرائط اقامه نمود رفتاری است که امیر مؤمنان علی (ع) در جنگ جمل داشته است.

استاد بزرگوار و علامه محقق حاج شیخ محمد تقی شوشتری در کتاب ارزشمند خود بهج الصباغه فی شرح نهج البلاغه (ج ۶ ص ۳۹۶ انتشارات صدر) از طبری نقل میکند که امیر المؤمنین (ع) در روز جنگ جمل قرآنی را در دست گرفت و در میان اصحاب خود آورد و بایشان فرمود کدامیک از شما حاضر است این قرآن را بدست گیرد و دشمن را به آنچه در آن هست دعوت کند هر چند کشته شود جوانی از اهل کوفه که قبای سفیدی دربر داشت بلند شد و گفت من حاضریم چنین کاری را انجام دهم آنحضرت از او اعراض کرد و مجدداً آنحضرت همان مطلب را تکرار کرد و همان جوان مجدداً اعلام آمادگی نمود تا با رسوم آنحضرت قرآن را باو داد و آن جوان قرآن را در میان دشمن برد و آنان را دعوت به اطاعت از قرآن کرد دست راست او را قطع کردند و قرآن را با دست چپ گرفت دست چپ او را هم قطع کردند آنرا با سینه خود تکه داشت و همچنان آنان را به قرآن و پیروی از آن دعوت میکرد تا شهید شد.

آنچه از این قضیه و سایر قضایای مربوط به رفتار امیر المؤمنین علی (ع) در جنگ جمل و نهروان، بدست میآید این است که امام قبل از اقدام به کشتن بغات باید از ارشاد و هدایت آنان خودداری نکند و آن را بعنوان یک وظیفه مقدس الهی بمورد اجرا در آورد و مجاز نیست دست خود را بخون کسانی که دچار اشتباه شده اند تا اقدام به جنگ نکرده باشند آغشته سازد.

رفتار امام با اسیران و مجروحین جنگی

سپس کاشف الغطاء در ادامه بحث میفرماید:

«ولا یجهز علی جریحهم» یعنی مجروحین جنگی را نباید کشت «ولا یتبع مدبر هم» و آنانی را که فرار کرده اند نباید تعقیب کرد اما این در صورتی است که رئیسی نداشته باشند مانند اهل بصره در جنگ جمل و اهل نهروان و اگر رئیسی داشته باشند مانند اهل شام در جنگ صفین هم اسیران مجروحشان بقتل میرسند و هم فراریان آنان تعقیب میگردند تا مجدداً نتوانسته باشند قدرتی بدست بیاورند اما نباید فرزندان آنان را اسیر و اموالشان را مصادره کرد خواه آن اسوال بدست دشمن افتاده باشد و یا در دست خودشان باشد.

و اگر در حال جنگ توبه کردند از آنان پذیرفته میشود و جنگ خاتمه مییابد و مانند سایر افراد با آنان رفتار میشود و اگر در حال جنگ یکی از آنان دستگیر شود او را امر بتوبه مینمایند و چنانکه بپذیرد آزاد میشود.

و اگر نپذیرد او را تا پایان جنگ نگه میدارند و مجدداً او را توبه میدهند و اگر توبه کرد او را رها میسازند و اگر توبه نکرد و وجودش خطرناک نباشد آزاد میشود و اگر وجودش خطرناک باشد او را در زندان نگه میدارند تا توبه کند و یا بمیرد.

و سایر فقها نیز همین نظریه را درباره مجروحین و اسیران جنگی دارند خوانندگان میتوانند بسایر منابع و مأخذ فقهی مراجعه فرمایند.

خلاصه کلام

از آنچه تا حال درباره مجرمین سیاسی گفته شد بدست میآید که مجرمین سیاسی اگر مسلمان باشند دو دسته‌اند، یک دسته کسانی هستند که اصلاً قیام مسلحانه نکرده‌اند حاکم باید در ابتدا آنان را ارشاد و هدایت نماید و اگر قابل هدایت و ارشاد نباشند و خطری برای نظام نداشته باشند نباید متعرض آنان گردد اما اگر برای نظام خطرناک باشند و فعالیت‌های تبلیغاتی بر علیه نظام مینمایند تا نظام را سرنگون سازند لازم است حاکم شدیداً با آنان برخورد نموده و تحت تعقیب قرار دهد و حسب مورد مجازات حبس برای آنان در نظر گیرد و دسته دیگر کسانی هستند که قیام مسلحانه کرده‌اند و آنان نیز دو دسته‌اند؛ یک دسته کسانی هستند که دارای سرپرست و حکومت مستقلی هستند و دسته دیگر آنانی هستند که سرپرست ندارند یعنی حکومت مستقلی ندارند در ارتباط با دسته اول که خطرناک هستند مجروحین را بقتل میرسانند و فراریان را تعقیب میکنند و در ارتباط با دسته دوم که خطرناک نیستند مجروحینشان را درمان میکنند و فراریانشان را تعقیب نمی‌کنند بلکه آنان را ابتداء توبه میدهند و اگر توبه نکردند و خطرناک نباشند آزادشان میکنند و اگر خطرناک باشند در حبس نگه میدارند تا توبه کند و اگر توبه نکردند همچنان در حبس میمانند تا بمیرند و در اینجا ذکر دو نکته لازم است؛ نکته اول این است که مجرمین سیاسی اگر در جنگ مرتکب قتل کسی شوند از آنان قصاص نمیشود همانطوریکه امیرمؤمنان علی(ع) کسی را در جنگ جمل پس از پایان جنگ قصاص نکرد با اینکه اگر آنان محکوم بقصاص بودند چون حق قصاص حق اولیاء دم میباشد میبایست از اولیاء دم بخواهد در مورد قصاص تصمیم بگیرند و آنحضرت نه تنها نسبت بقصاص آنان اقدامی نکرد بلکه همه را مورد عفو قرار داد و نکته دوم این است که فقهاء که فرموده‌اند مجروحین را در صورتیکه حکومتی مستقل داشته باشند بقتل میرسانند وقتی آنان را میکشند که توبه نکرده باشند زیرا قتل آنان از این جهت است که برای حکومت اسلام خطرناک میباشد ولیکن اگر توبه کنند خطری نخواهند داشت و همچنین اگر توبه نکنند اما از همراهی با باغیان و کمک به آنها خودداری نمایند و یا آنکه باغیان قبل از کشتن مجروحین تسلیم شوند دست از بغی و یا جنگ با حکومت اسلامی بردارند و افراد فراری هم همین

حکم را دارند اما چون امکان دارد برگردند و بدشمن کمک کنند لازم است آنان را تعقیب و دستگیر کرد و پس از دستگیری اگر توبه کنند و یا حاضر به توبه باشند و یا دست از کمک باغیان بردارند و یا قادر به کمک کردن آنان نیستند از تبلیغ خودداری میکنند و بهر حال هر چند کلمات اصحاب و فقهاء مطلق بنظر می رسد اما با توجه باینکه قتل آنان را بشروط بد داشتن حکومت دانسته اند معلوم میگردد مقصود آنان از قتل مجروحین و فراریان اختصاص بصورتی دارد که وجودشان خطرناک باشد و اگر وجود آنان خطرناک نباشد نباید آنان را به قتل برسانند.

تعریف جرم سیاسی از نظر اسلام

با توضیحاتی که داده شده میتوان جرم سیاسی را چنین تعریف کرد:
جرم سیاسی، عملی را میگویند که گروهی مسلمان (که تشکیلاتی قوی و نیرومند بدست آورده اند، و از فرمان و اطاعت ولی امر مسلمین در اثر شبیهاتی بی اساس که برای آنان بوجود آمده خارج گردیده اند) با قصد و اختیار انجام دهند خواه آن عمل از راه افساد فی الارض و محاربه و یا از راه جاسوسی برای دولتهای اجنبی و یا جنگ مسلحانه با حکومت اسلامی و یا اسور دیگر صورت گیرد و مجرمین سیاسی عبارتند از گروهی که دارای صفات مذکوره در این تعریف میباشند.

بنابراین اگر عمل، گروهی نباشد بلکه فردی و شخصی باشد و یا گروهی باشد اما تشکیلات نیرومندی نداشته باشند آن عمل جرم سیاسی محسوب نمیشود، و اگر مسلح باشند و ایجاد رعب و وحشت در جامعه نمایند محارب بوده و حکم محارب درباره آنان جاری میگردد و همچنین اگر عمل آنان براساس فکر و عقیده ای غلط و شبیهه ای بی اساس نباشد بلکه بمنظور بدست گرفتن قدرت و سرکوبی نظام حکومت حقه اسلام باشد عمل آنان نیز جرم سیاسی محسوب نمیشود و چنانکه مسلح باشند با شرایط محاربه، محارب خواهند بود و اگر در هر دو صورت مسلح نباشند حکم محارب را ندارند و حاکم براساس قانون تعزیرات آنان را تعزیر میکند.

و اینکه در تعریف قید مسلمان ذکر شده است بخاطر این است که اگر مجرمین

مذکور مرتد باشند و یا کافر حربی بوده باشند طبق احکام خاص مرتدین و کفار درباره آنان عمل میشود.

و فقهاء عظام در کتب فقه بطور مشروح درباره آنان بحث کرده اند بنابراین در جرم سیاسی عقیده به اسلام و مکتب یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم سیاسی است و با این ترتیب نمیتوان ارتداد را جرم سیاسی دانست.

تعریف جرم سیاسی از نظر دانشمندان

حقوق و مقایسه آن با تعریف جرم

سیاسی از نظر اسلام

گروهی از حقوقدانان در تعریف جرم سیاسی میگویند:

جرم سیاسی عبارت از جرمی است که علیه تشکیلات و طرز اداره حکومت و یا مابین حقوق ناشیه آن برای افراد ارتکاب میشود. (۱) این تعریف از طرف حقوقدانانی است که جرم سیاسی را جرم مادی میدانند یعنی طرفدار سیستم بیرونی بودن جرم سیاسی هستند.

و دسته ای دیگر از حقوقدانان که برای جرم سیاسی جنبه شخصی در نظر می گیرند یعنی قصد و غرض مجرم را از مقدمات جرم سیاسی میدانند در تعریف جرم سیاسی می گویند جرم سیاسی عبارت است:

از جرمی که بقصد مبارزه علیه تشکیلات و طرز اداره حکومت انجام پذیرد و تفاوت بارزی که در این دو تعریف با تعریفی که ما درباره جرم سیاسی کردیم، وجود دارد این است که در جرم سیاسی از نظر اسلام عامل مذهب یکی از عوامل اساسی در تحقق جرم سیاسی میباشد بنابراین اگر افرادی بر علیه یک نظام غیر اسلامی قیام کنند قیام آنان یک جرم سیاسی محسوب نمیشود و اصولاً باید در حکومت های الهی این ویژه گی از برای جرم سیاسی در نظر گرفته شود مضافاً باینکه

۱ - (حقوق جنائی) علی آبادی ج ۱ ص ۱۰۳ چاپخانه مالک ملی .

مجرمین سیاسی نیز باید انگیزه مذهبی داشته باشند و این شرط از کلمه (شبهة حصلت لهم) «اولشبهة لايعذرون فيها» که کاشف الغطاء تعبیر فرموده است استفاده میشود.

و تفاوت دیگری که جرم سیاسی از نظر اسلام با جرم سیاسی از نظر حقوقدانان دارد این است که از نظر اسلام قیام مجرمین باید دسته جمعی بوده و قیام کنندگان باید دارای قدرت و نیرو و توان آنچنانی باشند که بتوانند بر علیه نظام قیام کنند اما اگر فردی باشد و یا گروهی باشد ولیکن آن گروه ناتوان و ضعیف باشند عمل آنان جرم سیاسی محسوب نمیشود.

مزایای مجرمین سیاسی از نظر دانشمندان حقوق و اسلام

۱- در ارتباط با مجرمین سیاسی در اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی به جرائم سیاسی را علتی و با حضور هیأت منصفه در محاکم دادگستری دانسته است و اختیارات هیأت منصفه و تعریف جرم سیاسی را بر اساس موازین اسلامی بعهده قانون وگذار کرده است و بنظر میرسد لزوم شرکت هیأت منصفه در محاکم دادگستری برای این است که مجرمین سیاسی دستخوش اسیال و اغراض قضائی که وابسته بدولت هستند نگردند و دانشمندان حقوق این امر را لازم دانسته اند و با توجه باینکه شرکت هیأت منصفه در محاکم بغیرتی با موازین شرعی ندارد بلکه دلیل بر بی طرفی دستگاه قضائی در محاکمه مجرمین سیاسی میباشد شرکت آنان در محاکم بلامانع خواهد بود و بر همین اساس است که قانون اساسی جمهوری اسلامی آنرا لازم دانسته است و در اصل هفتاد و نهم متمم قانون اساسی قبل نیز شرکت هیأت منصفه را در محاکم لازم دانسته است.

۲- مجرمین سیاسی معاف از استرداد هستند و این قاعده طبق یک سنت بین المللی تشبیه گردیده است و ما درباره باغیان فراری نظر اسلام را بیان داشتیم و در آنجا خاطر نشان ساختیم که اگر باغی فراری فرارش خطری را متوجه حکومت اسلامی نمکند نباید وی را مورد تعقیب قرار داد و از ملأک این حکم تکلیف

پناهندگان نیز روشن میگردد هرچند به کشورهای غیر اسلامی پناهنده شده باشند و در صورت پناهندگی به کشورهای غیر اسلامی اموال و دارائی آنان نیز از نظر اسلام محترم است زیرا آنان مسلمانند و مشمول حدیث معروف «ان حرمة ماله كحرمة دمه» میباشند و همچنین اگر فردی یا افرادی از کشورهای غیر اسلامی به کشور اسلامی پناهنده شوند و باو پناهندگی داده شود لازم است از او حمایت شود و تا سادامیکه طبق شرائط پناهندگی عمل میکند نقض آن حرام است و اگر رئیس دولت و ولی امر تشخیص دهد که پناهندگی به آنان موجب فساد و افساد خواهد بود و یا مصلحت برای حکومت نمیباشد لازم است به آنها اخطار کند و مهلتی به آنها دهد تا بجائی دیگر پناهنده شوند و بهر حال نباید آنان را به کشوری که از آن فرار کرده اند مسترد نمود.

۳- احکام تکرار جرم نسبت به مجرمین اعمال نمیشود و در ماده ۲۶ قانون مجازات عمومی سابق آمده است (احکام تکرار جرم درباره اشخاصی که بواسطه ارتکاب جرم سیاسی محکوم شده اند جاری نخواهد بود).

۴- مجازات اعدام درباره مجرمین سیاسی که در حال جنگ نباشند از نظر موازین شرعی داده نمیشود مگر آنکه مرتکب قتل شده باشند که در این صورت با تقاضای اولیاء دم محکوم بقصاص میشود همانطوریکه ابن ملجم را محکوم بقصاص کردند نه اعدام و از اینجا روشن میگردد که در جرائم مرکب از جرم سیاسی و جرم عادی حکم جرم عادی اجراء میشود و مجازات براساس جرم عادی در نظر گرفته میشود هرچند علمای حقوق نظرات مختلفی در این باره داده اند. بنابراین اگر کسی هم محارب باشد و هم مجرم سیاسی حکم محاربه که اشد است درباره وی جاری میگردد و لازم نیست محاکمه وی با حضور هیأت منصفه صورت گیرد و این مسأله خود یکی از مسائلی است که دادگاهها باید به آن توجه داشته باشند زیرا در این موارد لازم است پرونده را بدادگاهی ارجاع دهند که صلاحیت رسیدگی به جرم عادی را دارد. و با توجه به آنچه گفته شد بدست میآید که در اسلام و قوانین موضوعه مجرم سیاسی از تخفیف و ارفاق بیشتری برخوردار هستند.

د کفر حسین مهر پور

«طلاق قضائی و

طبیعت حقوقی آن»

۱- حدود اختیار مرد در امر طلاق

با توجه بدلجن خطاب و بیان آیات متعدد قرآن^(۱) در مورد طلاق و حدیث نبوی معروف: «الطلاق بيد من اخذ بالساق» یا «انما يملك الطلاق من اخذ بالساق»^(۲) طبق فتوای فقها اختیار طلاق بدست مرد است، و او میتواند با رعایت شرائط صحت طلاق، بدون جلب نظر و موافقت زن، و یا مراجعه بدادگاه و اخذ حکم و بدون الزام بداشتن دلیل موجه و یا علل و جهات خاص، همسر خود را طلاق دهد، هرچند از لحاظ اخلاقی، این عمل مکروه و مبنغوضترین حلالها، شمرده شده است.^(۳)

قانون مدنی نیز بر همین مبنا در ماده ۱۱۳۳ مقرر میدارد: «مرد میتواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد.» در صورتیکه زن بپهر علنی از ادامه زندگی با شوهر خود ناراضی است و کراهت دارد با او زندگی کند، میتواند با بخشیدن مهریه خود یا مال دیگری به شوهر او را ترغیب و تشویق به طلاق نماید و در

۱- آیات ۲۲ تا ۲۳ سوره بقره و آیات ۱ و ۲ سوره طلاق.

۲- شرح لمعه جلد ۶ ص ۲۴ باورقی بنقل از متن دارقطنی والحدائق الناضرة بحرانی جلد ۲ ص ۱۷۲ بنقل از الجامع الصغير.

۳- عن ابی عیدالله علیه السلام قال: «ما من شیء مما احله الله ابغض الیه من الطلاق و ان الله عز وجل یبغض المطلق الذواق» وسائل الشیعه جلد ۱ ص ۴۶۷.

هر حال، این امر، در اختیار مرد است که بخشش زن را قبول کند و او را طلاق دهد یا قبول نکند و از دادن طلاق امتناع ورزد، در میان فقهاء، تنها شیخ طوسی در کتاب نهایه ظاهراً بر این نظر است که اگر زوجه شدیداً مایل به طلاق بود و کراهت و نفرت شدید خود را از ادامه زندگی اعلام داشت بر شوهر، واجب است او را طلاق خلع دهد یعنی مالی را از زن بگیرد و او را مطلقه سازد. (۱) سایر فقهاء این الزام را نپذیرفتند و شیخ طوسی هم بیان نکرده اگر شوهر از انجام این امر واجب، سرباز زد و حاضر به طلاق دادن نشد، آیا با درخواست زن، دادگاه میتواند او را ملزم به انجام طلاق کند یا خیر؟ (۲)

قانون دادگاه مدنی خاص مصوب مهرماه ۱۳۵۸ شورای انقلاب که هم اکنون اجرا میشود، اختیار مرد را از لحاظ شکلی و نه ماهوی محدود ساخته است.

طبق تبصره ۲ ماده ۳ قانون مزبور «... در مواردی که شوهر باستناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق میکند، دادگاه بدو حسب آیه کریمه: «فان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من اهله و حکما من اهلها ان یریدا اصلاحا یوفق»

۱- النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی ص ۵۳۹ عبارت شیخ در این مورد چنین است: «وانما یجب الخلع اذا قالت المرأة لزوجها: انی لا اطیع لک امرأ، ولا اقیم لک حدا ولا اغتسل لک من جنابة ولا وطن فراشک من تکرهه ان لم تطلقنی، فمئی سمع منها هذا القول او علم من حالها عصبیانه فی شی من دلک و ان لم تنطق به، وجب علیه خلعها.»

۲- اگر نقل تفسیر الدرالمشور در مورد اولین طلاق خلعی که در اسلام در زمان پیامبر اکرم (ص) واقع شده درست باشد مطلب از این حیث نیز درخور توجه و قابل تأمل است و حداقل امکان این بحث را میدهد که در این صورت بتوان شوهر را ملزم بطلاق کرد. ملاحظه کنید تعبیری را که در این خصوص الدرالمشور نقل میکند، وی میگوید: حبیه دختر سهل زوجه ثابت بن قیس بن شماس بود که از او خوشش نمیآمد، زن آمد نزد پیامبر اکرم (ص) و گفت: بخدا قسم به او نگاه نمیکنم و اگر ترس از خدا نبود آب دهان بصورتش میافکندم پیامبر (ص) به او فرمود: آیا باغی را که صدق تو قرار داده به او برمیگردانی، زن گفت: آری، پس باغ را به شوهرش برگرداند و پیامبر (ص) بین آنها جدائی انداخت...

قالت: یا رسول الله (ص) الی لا اراه، فلو لا محافاة الله لیزقت فی وجهه فقال لها: اتردین علیه حدیفته الی اصدقک؟ قالت: نعم، فردت علیه حدیفته و فرق بینهما فكان ذلك اول خلع کان فی الاسلام، تفسیر المیزان جلد ۲ ص ۲۶۶ بنقل از الدرالمشور.

الله بینهما ان الله کان علیما خبیراً» (سوره نساء آیه ۳۵) موضوع را به داوری ارجاع میکند و در صورتیکه بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج خواهد داد، در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق، توافق شده باشد مراجعه به دادگاه لازم نیست...

بر اساس ماده واحده طرح قانونی اصلاح قانون طلاق که به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسیده و هم اکنون برای اتخاذ تصمیم در مورد یکی از تبصره‌های آن که بین مجلس و شورای نگهبان اختلاف حل نشده وجود داشت، در مجمع تشخیص مصلحت مطرح است، حتی در موردی که زوجین بر طلاق توافق داشته باشند، نیز باید به دادگاه مدنی خاص مراجعه کنند و دادگاه با ارجاع امر به داوری، سعی در سازش میکند و در صورت عدم حصول سازش، اجازه طلاق میدهد.

بهر حال هر چند نفس الزام مرد به مراجعه به دادگاه و گرفتن اجازه برای طلاق، محدودیتی برای او ایجاد مینماید و احياناً جلو برخی از تصمیمات و طلاقیها گرفته میشود ولی چون طبق قانون، زوج ملزم نیست علل و جهات خاص برای تصمیم خود بر طلاق ارائه دهد، طبعاً در صورتیکه مساعی دادگاه برای ایجاد سازش و منصرف کردن شوهر از تصمیم خود بجائی نرسد، اجازه طلاق را به زوج خواهد داد. بنابراین، این الزام مراجعه به دادگاه در ماهیت امر محدودیتی در اختیار مرد در مورد طلاق ایجاد نمیکند. بعلاوه، ضمانت اجرای عدم مراجعه به دادگاه و نگرفتن اجازه، متنوع بودن ثبت طلاق در دفتر رسمی طلاق است و گرنه هرگاه مردی بدون مراجعه به دادگاه و اخذ اجازه با رعایت شرائط صحت طلاق، خود مبادرت به طلاق دادن زوجه خویش نماید، دادگاه نمیتواند این طلاق را باطل اعلام نماید.

در اینکه اصل اختیار مرد در امر طلاق، سبب سدید خلل ناپذیر و غیرقابل خدشه است یا میتوان با توجیهاتی از جمله اینکه علی الاصول، طلاق بدون بروز شقاق واقع نمیشود و در مورد شقاق طبق آیه شریفه فوق الذکر خداوند امر به تعیین داور برای ایجاد سازش در حد امکان داده است و انجام این کار، طبعاً

جز بوسیله دادگاه انجام پذیر نیست، در اصل مطلق العنان بودن مرد در امر طلاق، خدشه وارد کرد و پای دادگاه را به میان کشید، مطلبی است که شاید قابل طرح و بحث باشد ولی در این مقال، مجال بحث در این خصوص نیست.

بهرحال، با این برداشت و بیان که اختیار طلاق بدست مرد است و تصمیم و خواست اوست که طلاق را واقع میسازد شارع و قانونگذار یک فرصتی هم باو داده اند که پس از انجام طلاق، اگر احیاناً از کرده خود پشیمان و از تصمیم خویش منصرف شد بتواند بدون لزوم عقد مجدد، دوباره زندگی مشترک را ادامه دهد و رشته زوجیت را که با تصمیم یکطرفه خود، گسسته است، پیوند زند و یا چون هنوز کاملاً این رشته قطع نشده، آن را تربیم کند و امکان ادامه آن را فراهم آورد. بدین صورت است که در طلاق، حق رجوع به مرد داده شده و قرآن کریم میفرماید: زنان مطلقه باید عده نگهدارند و در ایام عده شوهران آنها حق رجوع و برگرداندن آنها را به زناشویی دارند. تعبیر قرآن در این خصوص چنین است: «و ان عزموا الطلاق فان الله سمیع علیم و المطلقات یتربصن بانفسهن ثلثة قروء و لایحل لهن ان یکتمن ما خلق الله فی ارحامهن ان کن و یؤمن بالله و الیوم الاخر و بعولتهن احق بردهن فی ذلک ان ارادوا اصلاحا» (آیات ۲۷۷ و ۲۸۸ سوره بقره) و در سوره طلاق میفرماید: «یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة و اتقوا الله ربکم... لاتدری لعل الله یحدث بعد ذلک امرا» (آیه ۱ سوره طلاق)

مفسرین در مورد قسمت اخیر آیه گفته اند منظور این است که شاید در طول مدت عده تغییر وضعی حاصل شد و رأی و نظر شوهر تغییر کرد و علاقه و تمایل به رجوع و بازگشت به وضع سابق در او پدید آمد. (۱)

و بهر حال آیه دوم همین سوره خطاب به مردان میفرماید: «فادابلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف...» یعنی وقتی دارد عده پایان میرسد تصمیم بگیرید یا بخوبی و رعایت حقوق آنان بطور قطع جدا شوید و یا به نیکی و

۱- العیزان فی تفسیر القرآن از علامه طباطبائی جلد ۱ ص ۳۶۳، تفسیر مجمع البیان طبریزی جلد ۹ ص ۵۸ که ذیل یحدث بعد ذلک امرا میگوید: ای یغیرای الزوج فی محبة الطلاق و یوقع فی قلبه المحبة لرجعتها...

خوبی و خوش رفتاری آنها را نگه دارید یعنی رجوع کنید. (۱)
 در عین حال، برخی موارد با وجودی که اختیار طلاق در دست مرد است و
 باراده او واقع میشود، اگر از این اختیار استفاده کرد و طلاق را واقع ساخت، دیگر
 حق رجوع ندارد که اصطلاحاً این نوع طلاق را، طلاق باین میگویند.
 در شش مورد، طلاقی که مرد واقع میسازد باین است. از این شش مورد،
 سه مورد آن، اساساً زن، پس از وقوع طلاق، تکلیفی به نگه داشتن عده ندارد و
 میتواند بلافاصله شوهر اختیار کند، بنابراین مردی برای حق رجوع شوهر باقی
 نمیماند، زیرا رجوع در ایام عده امکان پذیر است و از آیات ۲۲۶ سوره بقره و
 ۱ و ۲ سوره طلاق که قبلاً نقل شد بخوبی، این معنی (رجوع در ایام عده)
 فهمیده میشود، این سه مورد عبارتند از: طلاق غیرمدخوله، طلاق صغیره و طلاق
 یائسه.

سه مورد دیگر طلاق بائن که ممکن است زن مکلف به نگه داشتن عده باشد
 ولی در عین حال شوهر حق رجوع ندارد، عبارتند از: طلاق سوم (سه طلاقه)
 خلع و مبارات.

در طلاق سوم، از این جهت، حق رجوع، از مرد گرفته شده و حتی ازدواج
 او نیز با زن مطلقه اش حرام شده است که وی مکرراً میبایست به طلاق و رجوع
 نموده و نتیجه این امر، بلا تکلیف و معلق گذاشتن وضع زن است. لذا قرآن کریم
 این اختیار مرد را حداکثر به دو مرتبه محدود کرده و مقرر داشته است که اگر برای
 دفعه سوم، مرد مبادرت بطلاق کرد، دیگر حق رجوع ندارد بلکه نمیتواند با زن
 سه طلاقه ازدواج هم بنماید مگر اینکه آن زن با مرد دیگری ازدواج کند و سپس
 از آن شوهر جدا شود: (الطلاق مرتان فامسك بمعروف او تسريح باحسان... فان
 طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما ان
 يتراجعا... آیات ۲۲۹ و ۲۳۰ سوره بقره)

۱- العیزان فی تفسیر القرآن از علامه طباطبائی جلد ۱۹ ص ۳۶۳ ذیل آیه فوق :
 «... المراد من بلوغهن اجلهن اقترابهن من آخر زمان العدة واشرافهن علیه والمراد
 باساکهن الرجوع علی سبیل الاستعارة و بمفارقتهن ترکهن لیخرجن من العدة و بین و
 مجمع البیان جلد ۹ ص ۴۶۰»

و در طلاق خلع و تبارات از این جهت حق رجوع از شوهر سلب شده که زن، بلحاظ کراهت و نفرتی که از شوهر دارد و میخواهد خود را از او خلاص کند مالی را به وی ببخشد و او را راضی به انجام طلاق مینماید وقتی شوهر این بخشش را پذیرفت و طلاق را واقع ساخت، دیگر حق رجوع ندارد مگر اینکه زن بفدیه خود رجوع کند، یعنی در اینجا که خواست زن اقدام و عمل او در وقوع طلاق، نقشی داشته است دیگر، برای مرد حق رجوع نیست.

۲- طلاق بدرخواست زن و حکم دادگاه

با توجه باینکه حسب فتاوی فقها و قانون مدنی، اختیار طلاق، علی الاصول بدست مرد است، باید دید اگر زن خواستار طلاق باشد، چه باید بکند و چگونه میتواند پیوند زناشویی را بگسلد.

با توجه بموازین فقهی و مبانی قانونی ما پیداست که زن در هیچ مورد نمیتواند خود تصمیم به طلاق بگیرد و جدائی را واقع سازد طبیعی ترین راه برای رسیدن بدین مقصود، توسل به طلاق خلع است یعنی با بخشیدن مالی به شوهر، او را راضی به انجام طلاق نماید، ولی اگر شوهر راضی نشد و یا او بضاعتی نداشت که مالی به شوهر بدهد، در عین حال به عللی میخواهد طلاق بگیرد چه باید بکند؟ آیا میتواند به دادگاه مراجعه و از محکمه درخواست صدور حکم بر طلاق نماید؟ به چه ترتیب و بر مبنای کدام غل و جهاتی میتواند چنین درخواستی را مطرح نماید و به نتیجه برسد؟

در کتب فقهی و کلمات فقها، مواردی که زن میتواند درخواست طلاق کند و دادگاه حکم طلاق میدهد محدود است که ذیلا باین موارد اشاره میکنیم:

الف - طلاق زوجه غایب مفقودالاثر

شایع ترین موردی که تقریباً در همه کتب فقهی ذکر شده، مورد غایب مفقودالاثر است.

اگر مردی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر بوده و خبری از حیات و ممات او در دست نباشد، همسر او میتواند به دادگاه رجوع کند و تقاضای طلاق نماید. وفق نظر بسیاری از فقهاء در صورتیکه شوهر مالی نداشته باشد که از آن نفقه زن

داده شود و یا کسی نباشد که نفقه زن را بدهد، در این صورت بدخواست زن، حاکم او را طلاق میدهد و باید عده وفات نگه دارد ولی اگر از لحاظ نفقه، زن در مضیقه نباشد، باید صبر کند، تا شوهرش پیدا شود و یا خبر قطعی سرگش به او برسد. (۱)

ب - عجز و امتناع شوهر از انفاق

در موردی هم که شوهر ناتوان از دادن نفقه زن است یا باوجود قدرت بر انفاق، از دادن نفقه خودداری میکند و اجبار او به انفاق ممکن نیست بعضی از فقها گفته اند حاکم شوهر را ملزم میکند یا نفقه بدهد و یا طلاق دهد و اگر از هر دو امتناع کرد، حاکم خود طلاق را واقع میسازد. (۲)

برخی روایات وارده از ائمه اطهار علیهم السلام نیز دلالت بر این امر دارد که در صورت امتناع یا عجز شوهر از دادن نفقه، حاکم او را مجبور به انفاق یا طلاق مینماید و اگر شوهر سرباز زد حاکم بین آنها جدائی میافکند. (۳)

۱ - شرح لمعه جلد ۶ ص ۶۵ تحریر الوسیله امام خمینی (ره) جلد ۲ ص ۳۴۰ منهاج الصالحین خوئی، جلد ۲ ص ۲۹۱ ایضاح الفوائد فی شرح القواعد جلد ۲ ص ۳۵۲.

۲ - کسیکه بالصراحه این مطلب را بیان کرده است آیه الله خوئی است در منهاج الصالحین جلد ۲ ص ۲۸۰ مسئله ۱۴۰۶ که در مورد عجز شوهر از انفاق میگوید: «... يجوز لها ان ترجع امرها الى الحاكم الشرعی فیامر زوجها بالطلاق فان امتنع طلقها الحاكم الشرعی» و در مورد امتناع از انفاق میگوید: «و اذا امتنع القادر علی النفقة عن الانفاق جاز لها ایضا ان ترفع امرها الى الحاكم الشرعی فیلزمه باحد الامرین من الانفاق والطلاق فان امتنع عن الامرین ولم یکن الانفاق علیها من ماله جاز للحاکم طلاقها و لافرق فی ذلك بین الحاضر والغائب...»

آنچه مایه شگفتی است این است که ایشان بدنبال بیان این مطلب میفرمایند: «ولی اگر زوج مفقود باشد اما زن علم به حیات و زنده بودن او داشته باشد، بر او واجب است صبر کند و نمیتواند تقاضای طلاق نماید، هر چند نه از شوهر مالی برای نفقه موجود باشد و نه دیگری نفقه زن را میدهد.»

۳ - از جمله روایت ابویصیر از امام باقر علیه السلام، بدین شرح: «من کافت عنده امرأة فلم یکسها مایواری عورتها و یطعمها ما یتقیم صلبها، کان حقا علی الامام ان یفرق بینهما...» وسائل الشیعه جلد ۱۵ ص ۲۲۳.

ج- امتناع شوهر از انجام سایر وظایف زوجیت

در صورتیکه شوهر از انجام وظایف و تکالیف زوجیت امتناع ورزد یعنی غیر از اتفاق که حکم آن قبلاً گفته شد نسبت به انجام دیگر حقوق زوجه نیز سرپیچی نماید، زن میتواند به دادگاه مراجعه نماید و الزام زوج را به انجام وظایف و تکالیف خود بخواهد، دادگاه در صورت احراز موضوع، شوهر را ملزم به انجام تکلیف و رعایت حقوق زوجه مینماید و حتی در صورت امتناع شوهر از انجام این تکالیف او را تعزیر و مجازات مینماید.

با تتبعی که در بسیاری از کتب فقهی بعمل آمد، جز یکی دو مورد دیده نشد کسی تصریح نموده باشد که در صورت امتناع شوهر از انجام دستور دادگاه مبنی بر رعایت حقوق زوجه و انجام وظایف زوجیت، دادگاه میتواند حکم طلاق را صادر نماید^(۱) (غیر از مسئله ترك اتفاق)

آقای خوئی در این زمینه عبارتی دارند که احتمالاً، مفهوم این معنی است که اگر زوج در غیر مورد نفقه نیز از سایر وظایف زوجیت، امتناع ورزد و الزام دادگاه نیز مفید واقع نشد، حاکم میتواند زوجه را طلاق دهد، ایشان در ذیل فصل مربوط به نشوز میگویند: اگر زن و شوهر از یکدیگر کراهت داشتند، حاکم دونفر داور تعیین میکند تا در صورت امکان رفع شقاق و اختلاف نمایند، اگر توانستند بین آنها سازش برقرار میکنند و اگر نظرشان بر جدائی بود از آنها میخواهند که طلاق واقع سازند (زن مهر خود را ببخشد و مرد طلاق دهد) چنانچه زن و شوهر همچنان به اختلاف خود ادامه دهند، اگر نافرمانی و سرپیچی از تکالیف، از ناحیه زن یا از سوی زن و شوهر هر دو است، زن باید صبر کند ولی اگر نافرمانی و تخلف فقط از ناحیه مرد است، زن میتواند به حاکم شرع مراجعه کند و حاکم، شوهر را ملزم میکند یا از تخلف و نافرمانی دست بردارد و نفقه زن را بدهد یا او را طلاق

۱- بعنوان نمونه جواهر الکلام جلد ۳۱ ص ۲۰۷ شرح لمعه جلد ۵ ص ۴۲۹ در این زمینه میگوید: «ولتشر الزوج بمنع حقوقها الواجبة لها عليه من قسم و نفقة فلها المطالبة بها، وللحاکم الزامه بها فان اساء خلقه و اذاها بضرب و غيره بلاسبب صحيح نهاه عن ذلك فان عاد اليه عزره بما يراه...» تحرير الوسیله امام خمینی جلد ۲ ص ۳۰۹ الحدائق الناضرة جلد ۴ ص ۲۰۹ و وسیله مبدء ابوالحسن اصفهانی جلد ۲ ص ۴۰۹.

دهد و رها کند و در صورت سرپیچی شوهر از این دستور دادگاه، زن را طلاق میدهد. (۱) و مرحوم میرزای قمی نیز در کتاب جامع الشکات باین مسئله پرداخته و در پاسخ سؤالی در مورد بد رفتاری و اذیت و آزار شدید شوهر و اینکه آیا در این صورت حاکم شرع میتواند زوج را اجبار به طلاق نماید یا خیر، میگوید: «... شکی نیست در اینکه چنانکه زوج را حقوق چند بر زوجه است که در تخلف از آنها زوجه ناشزه است همچنین زوجه را بر زوج، حقوقی چند هست که در تخلف آن، زوج ناشز میشود و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه او را موافق شریعت مقدسه بدهد و با او بدون وجه شرعی کج خلقی نکند و او را اذیت نکند، پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه نفعی نکرد، به حاکم شرع رجوع میکند و بعد از ثبوت در نزد حاکم او را الزام و اجبار میکند بر وفای حقوق و اگر تخلف کرد، تعزیر میکنید و هرگاه زوجه راضی نمیشود بر بقای برتحمل نشوز زوج، حاکم، الزام میکند زوج را بر رعایت حقوق یا بر طلاق دادن زوجه و هرگاه برای حاکم علم حاصل شود باینکه زوج سلوک به معروف نمیکند و وفای به حقوق زوجه نمیکند، او را اجبار میکند بر طلاق و این اجبار منافی صحت طلاق نیست...» (۲)

د - عسر و حرج زن

مورد دیگری که برای درخواست طلاق از ناحیه زن عنوان شده است، عسر و حرج وی در ادامه زندگی زناشویی است. بر این مبنا، اگر ادامه زندگی زناشویی بهر علت از قبیل سوء رفتار شوهر یا بیماری صعب العلاج یا اعتیاد یا غیبت طولانی یا حبس طول مدت شوهر و امثال آنها، زندگی را بر زن دشوار و او را در مضیقه و سختی شدید قرار دهد، میتواند از دادگاه درخواست طلاق کند و چنانچه، موضوع در دادگاه، اثبات شد، بحکم دادگاه شوهر ملزم به طلاق دادن میشود و چنانچه الزام وی بطلاق ممکن نباشد به اذن دادگاه طلاق واقع میگردد.

۱ - منهاج الصالحین آقای خوئی جلد ۲ ص ۲۷۴ مسئله ۱۳۶۶.

۲ - جامع الشکات میرزای قمی ص ۵۲۳.

قرار دادن عنوان کلی عسر و حرج، بعنوان مبنا و علت درخواست طلاق، از سوی زن، در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ قانون مدنی مورد توجه قرار گرفت.

طبق ماده ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ که در اصلاحات آبان ماه سال ۱۳۷۰ نیز با مختصر اصلاح شکلی و عبارتی، تصویب شد، در صورتیکه برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج است، میتواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده میشود.

در قانون مدنی، قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱، جهات درخواست طلاق، از سوی زن، عبارت بودند از: استتکاف شوهر و عجز او از انفاق، (ماده ۱۱۲۹) (۱) عدم ایفاء سایر وظایف زوجیت از سوی شوهر، غیرقابل تحمل بودن زندگی زن در اثر سوء رفتار شوهر و در خطر بودن زندگی زن بدحفاظ ابتلاء شوهر به امراض صعب العلاج (ماده ۱۱۳۰ ق.م. قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱) (۲).

چنانکه ملاحظه میشود، مبنای حکم دادگاه بر طلاق، به درخواست زن در ماده ۱۱۳۰ سابق قانون مدنی، الزاماً، عسر و حرج زوجه نیست هرچند در برخی موارد با عسر و حرج او نیز منطبق است.

اصلاحیه قانون مدنی چنانکه دیدیم، بندهای سه گانه را حذف کرد و ملاک حکم دادگاه بر طلاق بدخواست زن را، عنوان کلی عسر و حرج زوجه قرار داد.

- ۱- ماده ۱۱۲۹ ق. م. : «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او بدادن نفقه زن میتواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار بطلاق مینماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.
- ۲- ماده ۱۱۳۰ ق. م. قبل از اصلاح سال ۱۳۶۱: «حکم ساده قبل در موارد ذیل نیز جاری است:

۱- در موردی که شوهر، سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد.

۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیرقابل تحمل سازد.

۳- در صورتیکه بواسطه امراض مسریه صعب العلاج، دوام زندگی زناشویی برای زن، موجب مخاطره باشد.»

البته عجز و امتناع از انفاق، موضوع ماده ۱۱۲۹ نیز بقوت خود باقی ماند.

مبنای فقهی عسرو حرج برای درخواست طلاق

باتتبع در کلمات فقهاء ملاحظه میشود تعداد اندکی از آنان در مورد امکان درخواست طلاق از سوی زوجه بلحاظ عسر و حرج ادامه زندگی، بحث کرده‌اند، تا آنجا که ما برخورد کردیم، مرحوم شیخ انصاری در رساله‌ای در پایان کتاب مکاسب باین موضوع اشاره‌ای دارد. وی در خصوص عیوب موجب فسخ نکاح در مرد، این مطلب را مطرح میکند که آیا وجود جذام و برص در مرد موجب حق فسخ نکاح برای زن میشود یا خیر؟ و پاسخ میدهد «قول مشهور این است که حق فسخ برای زن ایجاد نمیشود ولی از برخی فقهاء از جمله شهید ثانی نقل شده که وجود این دو عیب در مرد موجب حق فسخ است و استدلال آنها علاوه بر استناد به عموم برخی روایات، این است که وقتی وجود این دو عیب در زن، برای مرد ایجاد حق فسخ میکند، باینکه مرد میتواند بلحاظ داشتن اختیار طلاق، خود را خلاص کند، بطریق اولی، وجود آنها در مرد باید برای زن ایجاد حق فسخ کند، زیرا زن اختیار طلاق را در دست ندارد و بنابراین برای خلاصی از این ضرر و حرج که در اثر ادامه زندگی مشترک با شوهر جذامی یا مبتلا به برص برایش پیش آمده، جز از طریق داشتن حق فسخ، راه دیگری ندارد».

شیخ انصاری در پاسخ باین استدلال میگوید: برای خلاصی از این ضرر، زن میتواند به حاکم رجوع کند و حاکم در صورت تشخیص ضرر و حرج زن، شوهر را مجبور بطلاق مینماید^(۱).

چنانچه در صفحات قبل دیدیم، مرحوم میرزای قمی نیز، الزام شوهر را بر طلاق در مورد اذیت و آزار وی نسبت به زن امکان‌پذیر میدانست آیت‌الله حلی از علمای معاصر نیز در کتاب حقوق الزوجیه دخالت حاکم شرع و الزام مرد را بطلاق، در مورد بدرفتاری با زن و عدم انجام وظایف و تکالیف زوجیت و یا بهر علت، زیان‌بار بودن ادامه زندگی زناشویی برای زن، مورد تأکید قرار میدهد^(۲).

۱- مکاسب شیخ انصاری ص ۳۹۵: «... والتخلص يمكن مع الضرر باجبار الحاكم له على الطلاق لو تضررت بالمباشرة والمعاشرة...»

۲- بنا بنقل استاد شهید مرتضی مطهری در کتاب نظام حقوق زن در اسلام ص ۳۲۲.

مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، در این خصوص، نظر روشن و جالب و قابل توجهی دارد. وی در بحث مربوط به زوجه غایب مفقود الاثر و شرایط و ترتیباتی که باید، اعمال شود تا حاکم او را مطلقه نماید، میگوید: «...بعید نیست حاکم شرع بتواند در مورد شوهر مفقودی که زنده بودن او معلوم است ولی همسرش نمیتواند صبر کند و انتظار بکشد، در صورت درخواست زن، او را طلاق دهد، همچنین شوهری که مفقود نیست ولی در حبس ابد بسر میرد و یا شوهری که حاضر است ولی معسر است و توانائی دادن نفقه را ندارد و زن هم نمیتواند بر این حال صبر کند، پس در تمام این اقسام و صور مختلف و نظایر آنها، هر چند ظاهر کلمات فقهاء این است که حاکم نمیتواند زن را طلاق و او را آزاد کند، زیرا طلاق بدست مرد است (الطلاق بیدمن اخذ بالساق) ولی ممکن است گفته شود باستناد قاعده نفی ضرر و حرج، مخصوصاً اگر زن، جوان بوده و صبر کردنش مستلزم مشقت شدید برای او باشد، حاکم شرع میتواند او را طلاق دهد...».

و بعد از نقل چند روایت مبنی بر اینکه اگر مرد نفقه زن خود را ندهد باید او را مطلقه سازد، میگوید:

«...از این روایات استفاده میشود که در صورت ندادن نفقه، شوهر، اجبار به طلاق میگردد، بنابراین، بطریق اولی، در صورتیکه بقاء زوجیت، موجب وقوع زن در معصیت و حرام باشد، باید حاکم شرع، اختیار طلاق او را داشته باشد...» (۱). از فقهاء معاصر، حضرت امام خمینی رضوان الله تعالی علیه نیز عقیده دارند، در صورتیکه ادامه زندگی زناشویی برای زن موجب عسر و حرج باشد، وی میتواند از دادگاه درخواست طلاق نماید و دادگاه نیز حکم طلاق را بر این مبنا صادر مینماید. این نظر امام (ره) در پاسخ پرسشی که از سوی فقهای شورای نگهبان هنگام اصلاح قانون مدنی و ماده ۱۱۳ از ایشان بعمل آمده، ایراز شده است.

جهت اطلاع از دیدگاههای مختلف فقهاء در این مورد، و فتوا و نظر مبارک حضرت امام (ره) که موجب تصویب و تأیید ماده ۱۱۳ ق.م. شد سؤال و جواب فوق ذیلا نقل میشود:

بسم الله الرحمن الرحيم

«محضر مبارك رهبر عالیقدر انقلاب اسلامی ایران حضرت آیت الله العظمی امام خمینی داشت برکاته پس از سلام و اهداء تحیت، پاره‌ای از مسائل در شورای نگهبان، مورد اختلاف قرار میگیرد و بالنهايه نظر شریف، متبع است، من جمله از این مسائل، موادی است از قانون مدنی که اخیراً مورد بررسی و اصلاح قرار گرفته است که یکی از مواد مربوط به طلاق این است: در صورتی که ادامه زندگی زناشویی برای زن، موجب عسر و حرج باشد میتواند با مراجعه به حاکم شرع تقاضای طلاق کند و حاکم پس از بررسی و ثبوت موضوع شوهر را اجبار بطلاق کند و چنانچه مرد از طلاق، ابا کند، حاکم شخصاً اقدام بطلاق نماید، در اینجا بعضی از فقهاء شورا نظر منفی دارند و میگویند آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و بر فرض، که ادله حرج در اینجا حاکم باشد، میتواند لزوم عقد را بر دارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه باینکه موارد فسخ، اجماعاً محدود است و این مورد جزء آن موارد نیست. پس حق فسخ قهراً منتفی میشود. عده‌ای از فقهاء میگویند که علت حرج در اینجا تنها لزوم عقد نیست بلکه انحصار طلاق بدست مرد منشأ حرج است و ما بادلّه حرج، این انحصار را بر میداریم و با مراجعه به حاکم احتیاط و ثبوت موضوع در نزد حاکم، مرد مجبور بطلاق میشود و یا حاکم طلاق میدهد. با توجه باین نظرات، نظر مبارك را مرقوم فرمائید...»

حضرت امام (ره) در پاسخ چنین مرقوم فرمودند:

بسمه تعالی

«طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت والا با الزام وادار بطلاق نمایند و در صورت میسر نشدن باذن حاکم شرع طلاق داده شود. و اگر جرئت بود، مطلبی دیگر بود که آسان تر است.»
روح الله الموسوی الخمينی

در حال حاضر، طبق قانون مدنی با اتکا به سوابق و نظرات فقهی، در چهار مورد زن میتواند از دادگاه درخواست طلاق نماید:

- ۱- غایب مفقوالاً اثر بودن زوج (ماده ۱۲۰۹ ق.م.)
- ۲- استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان الزام او به انفاق (ماده ۱۱۲۹ ق.م.)
- ۳- عجز شوهر از دادن نفقه (ذیل ماده ۱۱۲۹ فوق الذکر)
- ۴- عسر و حرج زوجه در ادامه زوجیت (ماده ۱۱۳۰ ق.م.)

البته در موردی هم که طبق ماده ۱۱۱۹ در ضمن عقد شروطی بر شوهر بشود و مقرر گردد که در صورت تخلف از شرط زن، وکیل و وکیل در توکیل باشد که خود را مطلقه نماید، باید موضوع، در دادگاه مطرح گردد و پس از اثبات تحقق شرط در محکمه، زن میتواند خود را مطلقه سازد. ولی در اینجا مداخله و رسیدگی دادگاه محدود به اثبات و تحقق موضوع شرط و تخلف از آن است، دادگاه حکم به طلاق نمیدهد بلکه زن به وکالت از شوهر، نسبت به مطلقه ساختن خود تصمیم میگیرد، فعلاً این نوع طلاق مورد بحث ما نیست.

۳- آیا طلاق که بدرخواست زن و حکم دادگاه واقع میشود رجعی است یا باین؟

وقتی مرد مایل به طلاق است و برای انجام آن اقدام میکند حتی اگر قانوناً ملزم باشد که به دادگاه مراجعه کند و اجازه طلاق را دریافت نماید، (تبصره ۲ ماده ۳ قانون دادگاه مدنی خاص) طلاق که بدرخواست و اراده او واقع میشود، علی-الاصول رجعی است و در ایام عده، حق رجوع دارد مگر اینکه طلاق در قالب یکی از طلاقهای شش گانه: غیر مدخوله، یائسه، صغیره، سه طلاقه، خلع و مبارات واقع شود که در آن صورت، بائن محسوب و پس از وقوع طلاق، دیگر، برای زوج حق رجوع نیست، ولی وقتی، متقاضی طلاق زوجه است و دادگاه به موضوع رسیدگی و حکم طلاق صادر مینماید یعنی رسیدگی و تصمیم دادگاه تنها مربوط به اجازه ثبت طلاق نیست، بلکه در ماهیت امر وارد رسیدگی میشود و با احراز ذیحق بودن و موجه بودن درخواست زن، شوهر را محکوم و ملزم به انجام طلاق و در صورت

استناع، خود، طلاق را واقع میسازد، باید به بینیم، این نوع طلاق، رجعی است یا باین؟

به تعبیر دیگر آیا چنین طلاق نیز از نظر طبیعت رجعی یا باین بودن، همانند طلاقهائی است که به خواست و تصمیم مرد واقع میشود و بنابراین برای تشخیص ماهیت آن باید دید در قالب یکی از طلاقهای شش گانه باین قرار دارد تا آن را باین دانست و در غیر آن صورت حکم بر رجعی بودن آن کرد، یا در اینجا مسئله متفاوت است؟

بنظر میرسد در مورد طلاق که بحکم دادگاه، واقع میشود، باید، بین طلاق زوجه غایب مفقودالاثار و طلاق بلحاظ ترك اتفاق یا عسر و حرج فرق گذاشت:

الف- طبیعت طلاق در مورد غایب مفقودالاثار

در این مورد بلحاظ مفقودبودن شوهر و بیخبری از حیات و بمات او بعد از تحقیق و تفحص در مدت نسبتاً قابل توجه، حاکم برای بیرون آوردن زن از بلا- تکلیفی مداخله میکند و او را طلاق میدهد و به او امر میکند که عده نگهدارد و با انقضای ایام عده، زن از بلا تکلیفی درآمده از قید زوجیت سابق رها میگردد و میتواند بدیگری شوهر کند.

طلاق که بدین صورت واقع میشود، رجعی است یعنی اگر قبل از انقضای عده، شوهر پیدا شد میتواند رجوع کند و زندگی زناشویی را ادامه دهد رجعی بودن طلاق زوجه غایب مفقودالاثار هم در قانون مدنی^(۱) و هم در کلمات فقها^(۲) به آن تصریح شده است.

طلاق در این فرض، طلاق خاصی است که هر چند عنوان طلاق را با خود دارد ولی با طلاقهای دیگر، متفاوت است و لذا مدت عده آن، معادل عده وفات

۱- ماده ۱۰۳۰ ق.ا.م. : «اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضای مدت عده مراجعت نماید، نسبت به طلاق حق رجوع دارد ولی بعد از انقضای مدت مزبور حق رجوع ندارد.»

۲- شرح لمعه، جلد ۶ ص ۶۷، جواهر الکلام جلد ۳۲، ص ۲۹۷، منهاج الصالحین آقای خوئی، جلد ۲ ص ۲۹۳ مسئله ۱۴۶۷، تحریر الوسیله امام خمینی (ره) جلد ۲ ص ۳۴۳ مسئله ۲۱

است (۱).

بعضی از فقهاء در این مورد وقوع طلاق را نیز لازم نمیدانند بلکه معتقدند حاکم، زن را امر میکند که عده وفات نگهدارد (۲) در طول این مدت وضرب الاجلی که بعنوان عده وفات تعیین شده اگر احياناً شوهر پیدا شد، میتواند رجوع کند و اگر عده منقضی شد دیگر تکلیف قطعی زن تعیین شده و از قید زوجیت سابق خلاصی یافته است.

ولی مشهور فقهاء طلاق حاکم را لازم میدانند و میگویند، طلاق، رجعی است و احکام آن را دارد ولی در عین حال، زن باید عده وفات نگهدارد (۳) که قانون مدنی نیز از همین نظر پیروی نموده است.

در واقع، علت اقدام حاکم بر طلاق دادن زوجه در این فرض، غیبت وی خبری از شوهر و تعیین تکلیف زوجه است، طبیعی است که اگر در ایام عده، این علت مرتفع گردید یعنی شوهر حاضر شد فرصت رجوع را دارد.

ب- ماهیت طلاق حاکم در مورد ترك انفاق و عسر و حرج

در سایر مواردی که طلاق به درخواست زن و حکم دادگاه واقع میشود، نسبت به باین یا رجعی بودن این طلاق، اختلاف نظر است. برخی، این طلاق را طبیعتاً طلاق رجعی میدانند (۴) مگر اینکه بر یکی از موارد شش گانه باین منطبق باشد، یعنی درخواست زن و دخالت دادگاه و حکم او بر طلاق، تأثیری در چگونگی طلاق ندارد، اصل در طلاق، رجعی بودن آن است و بهرگونه که واقع شود، اگر از اقسام شش گانه باین نبود، رجعی محسوب و برای شوهر در مدت عده حق رجوع وجود دارد. ولی برخی از صاحب نظران عقیده دارند، چنین طلاق باین است، زیرا وقتی

۱- ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی: «زنی که شوهر او غایب مفقودالثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد، باید از تاریخ طلاق عده وفات نگهدارد.» همچنین ملاحظه شود کتب فقهی ذکر شده قبلی.

۲- الحدائق النافره جلد ۲۵ ص ۴۸۲، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، جلد ۳ ص ۳۵۳.

۳- العروة الوثقی، جلد ۲ ص ۶۸.

۴- دکتر لنگرودی، آرث، جلد ۱ ص ۲۱۹.

اجازه داده میشود، زن به دادگاه، رجوع کند و پس از طی مراحل دادرسی و اثبات موضوع پس از مدتی موفق به اخذ حکم طلاق گردد و شوهر با جبار دادگاه، طلاق دهد و یا در صورت استکفاف او، از جانب دادگاه طلاق واقع شود، اگر باز شوهر بتواند رجوع نماید و وضعیت زناشویی را به حال اول درآورد، مراجعه زن به دادگاه و صدور حکم دادگاه پس از طی این مراحل بی معنی خواهد بود و حکم قانون لغو و بی اثر است^(۱).

متأسفانه فقهاء عموماً متعرض این موضوع نشده و از باین یا رجعی بودن این طلاق سخنی بمیان نیاوردند فقط در هنگام بحث از طلاق زوجه غایب مفقودالاثَر تصریح کرده اند که این طلاق رجعی است.

تنها کسی که دیده شد، در یک مورد متعرض این مسئله شده آیت الله خوئی است که در مورد طلاق حاکم بلحاظ امتناع شوهر از دادن نفقه، نظر بر باین بودن این طلاق داده است. ایشان در این خصوص میفرماید: «هرگاه زوج از دادن نفقه امتناع کند، زوجه به حاکم شرع رجوع میکند و حاکم، شوهر را ملزم، بدادن نفقه یا طلاق مینماید. اگر شوهر هیچیک از این دو کار را انجام نداد، حاکم زن را طلاق میدهد، و ظاهر، این است که چنین طلاق باین است و شوهر در ایام عده، حق رجوع ندارد»^(۲).

ایشان، متعرض طلاق دادگاه به لحاظ عسر و حرج نشده اند ولی واضح است که فرقی بین این دو مورد وجود ندارد و اگر طلاق بحکم دادگاه در مورد عسر و حرج را صحیح دانستیم، طبیعت آن با طلاق که دادگاه بلحاظ امتناع شوهر از دادن نفقه میدهد یکسان است.

باین بودن طلاق به حکم دادگاه را میتوان از نحوه بیان و تعبیر روایاتی که در مورد اختیار حاکم بر طلاق در مورد امتناع شوهر از دادن نفقه وارد شده بخوبی

۱- دکتر مهدحسن امانی، حقوق مدنی جلد ۵ ص ۶۵.

۲- منهاج الصالحین ج ۲ ص ۲۹۳ مسئله ۱۴۶۹: «مران الزوج اذا كان مستنعا من الاتفاق علی زوجة مع استحقاقها النفقة علیه رفعت امرها الی الحاکم فیسر زوجها بالاتفاق والطلاق فان امتنع عن کلیمها طلقها الحاکم والظاهر ان الطلاق حیثه باین لا یجوز للزوج الرجوع بها اثناء العدة وعدتها عدة الطلاق».

فهمید، مثلاً در روایت منقوله از امام باقر (ع) که قبلاً هم نقل کردیم امام میفرماید: «اگر کسی زنی داشته باشد که خوراک و پوشاک او را تأمین نکند، امام (حاکم) حق دارد که بین آنها جدائی افکند (آن حقایق امام آن یفرق بینهما)، این تعبیر که در صورت ندادن نفقه، امام (حاکم) حق دارد بین زن و شوهر جدائی بیاندازد نمیتواند با رجعی بودن طلاق و بودن حق رجوع برای مرد، سازگاری داشته باشد و روشن است که میخواهد بگوید، در این صورت، بوسیله حاکم، جدائی و یتوئت بین زن و شوهر تحقق پیدا میکند.

کسانیکه برایشان دشوار است بپذیرند طلاق حاکم، باین محسوب میشود، استدلالشان، این است که طلاق باین در شرع و قانون، احصا شده و منحصر به شش مورد است. طلاق که در قالب این شش مورد نگنجد ناگزیر باید رجعی باشد و گونه میبایست آنهم در عداد طلاقیهای باین ذکر میشد، در حالیکه در ابتدای این بحث هم اشاره کردیم اصل رجعی بودن طلاق با توجه به اختیار مرد در امر طلاق مورد نظر بوده، و قابل توجیه است و منصرف از مواردی است که دادگاه بدرخواست زن حکم به طلاق میدهد و یا سرانجام طلاق را واقع میسازد، در واقع طلاق بحکم دادگاه، تفریق و جدائی زن و شوهر بوسیله دادگاه از طریق خود شوهر (بصورت الزام او به طلاق) یا راساً وسیله خود دادگاه میباشد. از همین رو است که آیت الله خوئی با اینکه طلاق را بر دو قسم باین و رجعی تقسیم میکند، و ۶ مورد را جزء قسم اول یعنی باین میشمارد و میگوید بغیر از اینها، طلاق رجعی است و زوج در اثناء عده حق رجوع دارد (۱) در مورد طلاق حاکم به لحاظ ترك اتفاق تصریح میکند که این طلاق باین است، و شاید بهمین جهت است که قانون مدنی مواد مربوط به طلاق حاکم را در ذیل فصل مربوط به فسخ نکاح و جدای از فصل مربوط به طلاق آورده است و انصافاً هم منطقی نیست که مثلاً زنی به لحاظ سوء اخلاق و رفتار شوهر ناگزیر به دادگاه مراجعه نموده و پس از مدت‌ها دوندگی این موضوع را اثبات کرده و از دادگاه حکم طلاق گرفته است پس از اجرای طلاق بگوئیم این طلاق رجعی است یعنی شوهر میتواند براحتی با گفتن یک جمله یا

۱- منهاج الصالحین جلد ۲ ص ۲۸۷ مسأله ۱۴۳۵: «الطلاق سنة قسمان: باین و رجعی الاول... والثانی ما عدا ذلک و يجوز للزوج الرجوع فيه اثناء العدة».

حتی با یک لبخند معنی دار و اظهار تمایل، رجوع کند^(۱) و وضع را بحال اول برگرداند آیا این کار، بی اعتبار کردن حکم دادگاه و لغو و بی اثر ساختن حکم شرعی و قانونی قرار دادن عسر و حرج و ترك انفاق بعنوان دلیل موجه درخواست طلاق زن از دادگاه نیست؟

کسانیکه مصر بر رجعی بودن طلاق حاکم هستند در رابطه با ایراد فوق میگویند در این مورد اگر مرد رجوع کرده، باز زن میتواند مجدداً درخواست طلاق نماید و برای دفعه دوم هم اگر حکم طلاق صادر و طلاق واقع شد و باز هم شوهر رجوع کرد و همچنان عسر و حرج برای زن باقی بود وی برای سومین بار از دادگاه درخواست طلاق مینماید و این بار اگر حکم طلاق صادر و طلاق واقع شد، چون سه طلاقه است، باین محسوب و بدین جهت دیگر مرد نمیتواند رجوع کند آیا واقعاً این کار یک عمل لغو و عبث و در عین حال موجب زحمت برای زن نیست؟ و آیا معقول است با استنباط خشک و جامد از اصل رجعی بودن طلاق و انحصار طلاق باین در موارد ششگانه، به باین بودن طلاق حاکم نظر نداد و برای رسیدن به فایده و نتیجه مربوط به تشریع طلاق حاکم، به این اعمال صوری دست و پاگیر متوسل شد بدون شک مقررات شرعی در مورد روابط اجتماعی مردم، برای این است که بطور معقول و منطقی مشکلات پیچیده اجتماعی حل گردد از این رو است که میبینیم با وجود اینکه شرعاً حق طلاق و اختیار آن علی القاعده با مرد است، اگر زن بلحاظ کراهتی که از شوهر دارد مالی را به او ببخشد و از او درخواست طلاق نماید طلاقى که بدین گونه واقع میشود باین محسوب میگردد. باین دانستن این طلاق هیچ حکمت و علت پیچیده و ناشناخته ای ندارد که نتوان در موارد مشابه همین حکم را بر آن بار نمود.

طلاق خلع و مبارات، از این رو باین محسوب میشوند که زن یا دادن مالی به مرد میخواهد از او مطلقه و رها گردد اگر قرار باشد این نوع طلاق، رجعی محسوب گردد و شوهر پس از گرفتن فدیة از زن و ایقاع طلاق بتواند رجوع کند دادن فدیة از سوی زن و راضی کردن شوهر به انجام طلاق بی معنی خواهد بود همین امر در

۱- ماده ۱۱۴۹ ق. م. : رجوع در طلاق بقرائن فعلی حاصل میشود که دلالت بر رجوع کند مشروط بر اینکه مقرون بقصد رجوع باشد.

مورد طلاقى که بدرخواست زن و با حکم دادگاه واقع میشود صادق است و آن حکمتى که برای باین بودن طلاق خلع و مبارات وجود دارد، در مورد طلاق حاکم به نحو واضح تری مشهود است.

بهرحال، بنظر ما، طلاقى که بدرخواست زن و به حکم دادگاه واقع میشود باین است، یعنى مرد در ایام عده حق رجوع ندارد و اصل رجعى بودن طلاق بر فرض صحت متصرف از این مورد و ناظر به مواردی است که مرد، اختیار طلاق را در دست دارد و بمیل خود طلاق را واقع میسازد، مفاد برخی روایات و فتوای برخی از فقهاء معاصر نیز چنانکه دیدیم مؤید همین معنی است. ذوق سلیم و عقل و منطق نیز با این برداشت سازگار است.

کمیسیون قوانین مدنى اداره حقوقى دادگستری نیز در نظریه مشورتى شماره ۶۹۷/۷ - ۶۹/۳/۲۹ بر همین مبنا اعلام نظر کرده است، کمیسیون مزبور در مورد سؤال ذیل: «آیا در مواردی که زوجه ضمن مطالبه حقوق شرعى و قانونى به لحاظ عسر و حرج خویش از دادگاه تقاضای طلاق نماید و یا امتناع زوج، حاکم، زوجه را مطلقه کند، طلاق مذکور رجعى است؟» چنین پاسخ داده است: «احصاء موارد طلاق باین در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنى، با توجه به موارد عادى طلاق است که وفق موازین شرع و قانون مدنى علی الاصول در اختیار زوج است و طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنى مرد، مى تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد. بنابراین مى توان گفت که طلاقهاى که زوج با اختیار و حقى که دارد واقع مى شود اصولاً رجعى است و در ایام عده مرد حق رجوع دارد به جز مواردی که تصریح به باین بودن آن شده است و این امر متصرف از مواردی است که علی رغم اراده و خواست مرد، به حکم دادگاه طلاق واقع مى شود، بنابراین با توجه به حکمتى که برای الزام شوهر به طلاق، توسط دادگاه وجود دارد و ملاک موجود در روایات مربوط به اختیار حاکم در تفریق زوجین در مورد استتکاف شوهر از دادن نفقه و فتوای برخی از مراجع به باین بودن طلاق حاکم در مورد مزبور، به نظر کمیسیون طلاقى که در اجرای مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنى به حکم دادگاه واقع مى شود، باین محسوب است و زوج در ایام عده، حق رجوع ندارد.»

در قانون بعضی از کشورهای اسلامى نیز، باین بودن طلاق حاکم مورد

تصریح قرار گرفته است، چنانکه ماده ۶ قانون احوال شخصیه مصر میگوید:

«هرگاه زوجه مدعی شد اداامه زندگی با شوهر برای او موجب ضرر غیرقابل تحمل است میتواند از دادگاه درخواست طلاق نماید و دادگاه در صورت اثبات، زن را به طلاق بائن مطلقه میکند» (۱).

در قانون احوال شخصیه سوریه نیز همین حکم وجود دارد (۲).

طبعاً وقتی گفتیم طلاق باین است، تمام آثار طلاق باین بر آن بار میشود یعنی مرد حق رجوع ندارد و زن هم در ایام عده مستحق نفقه نیست و اگر یکی از زوجین در ایام عده فوت کند دیگری حق ارث بردن ندارد همانگونه که در طلاق خلع و مبارات و سایر طلاقهای باین است و التزام به این نتایج هیچ اشکالی ببار نمی آورد، بنابراین استبعادی که بعضی از حقوقدانان نموده و ایراد گرفته اند که باین دانستن طلاق حاکم موجب محرومیت زوجه از ارث میشود وارد نیست (۳).

البته طلاق زوجه غایب بلحاظ وضع خاص خود، رجعی است، چنانکه با وجود داشتن عنوان طلاق و لزوم اجراء صیغه طلاق بنظر مشهور فقهاء عده ای که زن باید نگهدارد عده وفات است.

حق رجوع، در صورت مرتفع شدن علت طلاق در ایام عده

مطلبی که میتواند قابل توجه باشد و مورد بحث قرار گیرد این است که اگر در ایام عده، احیاناً علت و موجب حکم طلاق، رفع شد آیا میتوان حق رجوع را به مرد داد یا خیر؟

یعنی اگر بلحاظ عجز یا امتناع مرد از انفاق یا بلحاظ سوء رفتار و اعمال شوهر، دادگاه زوج را ملزم به طلاق کرد و طلاق واقع شد ولی در ایام عده، شوهر عاجز،

۱- قانون احوال شخصیه از مجموعه قوانین منتشره در سال ۱۹۵۱، قاهره، ماده ۶:

«إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما...»

۲- قانون الاحوال الشخصيه سال ۱۹۵۳ بند ۲ ماده ۱۱۲: «إذا ثبت الاضرار وعجز القاضي عن الاصلاح فرق بينهما و يعتبر هذا التفريق طلاقاً بائناً.»

۳- دکتر لنگرودی، ارث جلد اول ص ۲۱۹.

متمکن از اتفاق گردید یا حاضر شد نفقه را بدهد و یا دست از سوء رفتار برداشت یا عامل دیگری که موجب تضرر زوجه و عسر و حرج در ادامه زندگی مشترک بود برداشته شد و زوجه نیز به این امر اطمینان پیدا کرد و مورد قبولش بود، آیا میتوان گفت، طلاق باین تبدیل به رجعی شده و مرد میتواند رجوع کند؟ یا چون طلاق عنوان باین را دارد، دیگر بهیچ وجه برای مرد حق رجوع نیست و اگر زوجه هم بخواهد زندگی مشترک را از سر گیرد باید، مجدداً عقد ازدواج را واقع سازند.

با توجه به مقررات قانونی موجود، طبعاً نمیتوان نظر مثبت داد، بخصوص که سابقه فتوی و نظر فقهی هم در این قضیه وجود ندارد، اما میتوان گفت اصل طرح این موضوع یعنی رجعی شدن طلاق حاکم در صورت برطرف شدن علت طلاق در ایام عده، استبعاد چندانی هم ندارد. وضعیت طلاق خلع و مبارات نمونه خوبی برای امکان برقراری همین وضع در مورد طلاق حاکم است.

با اینکه طلاق خلع و مبارات، جزء طلاقیهای باین محسوب میشوند ولی چون وقوع طلاق با خواست زن و بذل مال از ناحیه او انجام گرفته، چنانچه، این عامل برداشته شود یعنی در ایام عده زن مال مبذول خود را پس بگیرد، طلاق، حکم طلاق رجعی را پیدا کرده و مرد میتواند رجوع کند علی القاعده استبعادی ندارد که همین فرمول در مورد طلاق حاکم نیز پیاده شود مخصوصاً در مورد طلاقی که بلحاظ عجز از شوهر از اتفاق واقع میشود، اگر بگوئیم در صورت تمکن شوهر از اتفاق در ایام عده و حاضر شدن او با اتفاق و مخصوصاً با تصدیق زن بر این امر، مرد حق رجوع دارد، ایراد ماهوی شرعی و مبنائی بر آن وارد نیست و میتوان با وضع و اصلاح مقررات قانونی، تکلیف این موضوع را روشن کرد. در ماده ۱۱۱ قانون احوال شخصیه سوریه پیش بینی شده که در صورت وقوع طلاق بحکم دادگاه بلحاظ عدم اتفاق، اگر زوج تمکن و آمادگی خود را برای دادن نفقه در ایام عده ثابت کند، حق رجوع دارد. (۱)

تبصره ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ نیز مقرر میداشت طلاقی که بموجب این قانون و براساس گواهی عدم امکان سازش واقع میشود

۱- ماده ۱۱۱: «تفريق القاضي لعدم الاتفاق يقع رجعياً وللزوج ان يراجع زوجته في العدة بشرط ان يثبت بساره ويستعد للاتفاق».

فقط در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عده قابل رجوع است.

اشکال مهم این تبصره (که البته بعد از استقرار نظام جمهوری اسلامی و تصویب قانون دادگاه مدنی خاص و تبصره ۲ ماده ۳ آن قابل اجرا نیست) این بود که ظاهراً همه طلاقها را حتی آنهایی که بخواست و تقاضای مرد هم واقع میشود باین محسوب و در عین حال همه آنها را با توافق کتبی طرفین قابل رجوع میدانست. بهر صورت بنظر میرسد، هیچ اشکال مبنائی وجود ندارد که در مورد طلاق حاکم نیز همانند طلاق خلع و مبارات، در قانون پیشبینی شود که در صورت رفع عامل موجب طلاق در ایام عده، مرد، حق رجوع داشته باشد.

در پایان این مقال، از علاقمندان و صاحب نظران مخصوصاً همکاران قضائی در دادگاه مدنی خاص انتظار دارد چنانچه نظریات اصلاحی و تکمیلی و یا مغایر دارند و راه حل بهتری در مورد مسائل مطروحه بنظرشان میرسد و یا بر نظریات ابراز شده در این نوشته، تأملات فقهی و حقوقی دارند، ما را از اظهار نظر خود بهره‌مند فرمایند.

فتح ال... یاوری

معاون اول قضایی دیوانعالی کشور



دعاوی و اختلافات راجع

به اسناد سجلی

دعاوی و اختلافات راجع به اسناد سجلی که تحت عناوین مختلف در ۳۳۸ دادگاه حقوقی یک و دادگاه حقوقی ۲ مستقل سراسر کشور مطرح میشود بر طبق قوانینی که از سال ۱۳۰۴ شمسی تا کنون راجع به اسناد سجلی تصویب و اصلاحات کلی در آنها بعمل آمده مورد رسیدگی واقع و دیوانعالی کشور در مرحله نهائی نظارت قانونی خود را اعمال نموده است.

گزارشی که دبیرخانه دیوانعالی کشور راجع به این پرونده‌ها از دفاتر مربوطه استخراج نموده نمایانگر این واقعیت است که در هر ماه بطور متوسط ۴۰۰ پرونده مربوط به دعاوی راجع به اسناد سجلی بدیوانعالی کشور میرسد که در یکسال ۴۸۰۰ پرونده و در مقایسه با سایر پرونده‌های واصله بدیوانعالی کشور معادل $\frac{1}{7}$ کل پرونده‌های حقوقی و کیفری و در مجموع بار سنگینی برای دیوانعالی کشور است.

برای ریشه‌یابی علل ازدیاد دعاوی مزبور لازم است قوانین سجل احوال و قوانین دادرسی حقوقی و اصلاحات و تغییراتی که در ۶۵ سال گذشته در این قوانین بعمل آمده بررسی شود و نمونه‌هایی از رویه‌های قضائی دیوانعالی کشور و آراء وحدت رویه که در رابطه با این مسائل میباشد ارائه گردد.

قانون سجل احوال مصوب ۱۴ خرداد ۱۳۰۴ و قوانین اصلاحی مربوطه مصوب ۲ مرداد ۱۳۰۷ و یازدهم آذرماه ۱۳۱۰ و اول بهمن‌ماه ۱۳۱۲ و ۱۲ اردیبهشت ماه ۱۳۱۹ رسیدگی به دعاوی راجع به اسناد سجلی را در صلاحیت محاکم ابتدائی

و در محل هائی که محکمه ابتدائی نباشد در صلاحیت محاکم صلح قرارداد و احکام صادر از این دادگاهها فقط قابل پژوهش در محکمه استیناف بود و رسیدگی قضائی در دو مرحله ماهوی انجام میشد و خاتمه می یافت و مجوزی برای طرح این پروندهها در دیوانعالی کشور وجود نداشت.

قانونگذاران سابق توجه داشتند که دیوانعالی کشور عالیترین مرجع قضائی در سطح مملکت میباشد و باید مشکلات و معضلات قضائی را حل کند و مسائل مهم را برای ارشاد و راهنمایی قضات محاکم تشریح نماید و با ایجاد رویه قضائی هم چون چراغی فراراه آنان در اجرای عدالت و احقاق حق باشد.

دعاوی راجع به تغییر تاریخ تولد صاحب سند سجلی مثلاً از خرداد به مرداد یا تغییر نام دارنده شناسنامه از قدمعلی به حسنعلی از مسائلی نیست که توجه و وقت قضات دیوانعالی کشور را از حل و فصل مشکلات قضائی باز دارد و باین امور معطوف سازد نتیجه آنکه:

رسیدگی بدعاوی و اختلافات راجع به اسناد سجلی در مدت ۶۰ سال بر طبق قوانین موصوف در محاکم ابتدائی و محاکم صلح و محاکم استیناف در دو مرحله ماهوی رسیدگی شد و طرح این دعاوی در دیوانعالی کشور ضرورت پیدا نکرد.

قانون ثبت احوال مصوب دهم تیرماه ۱۳۵۵ مقرراتی برای رفع اشتباه و تصحیح اسناد سجلی در ماده ۳ این قانون پیش بینی نمود که از آنجمله تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات اسناد ولادت و مرگ بعد از امضاء سند، تکمیل اسناد سجلی از نظر مشخصاتی که نامعلوم مانده، رفع اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت وقایع یا نقل مندرجات اسناد بدفاتر ثبت کل، تصحیح اشتباه در ثبت جنس صاحب سند، تغییر نام های متنوع، حذف کلمات زائد و غیر ضروری میباشد. قانون مزبور مقرر داشته که رسیدگی باین مسائل در هیئتی بنام هیئت حل اختلاف ثبت احوال بعمل آید مرکب از رئیس اداره ثبت احوال، مسئول بایگانی یا معاون او یا نمایندگان آنها، و یکی از کارمندان مطلع اداره مزبور بانتخاب رئیس ثبت احوال استان و این هیئت ها در مقرر تمام ادارات ثبت احوال تشکیل گردید. با اجرای این قانون مراجعات مردم به ادارات ثبت احوال و هیئتهای حل اختلاف شروع شد و مراجعین تحت عنوان رفع اشتباه و تصحیح مندرجات سند سجلی خود تقاضای تغییر تاریخ تولد یا تغییر نام یا حذف و ابطال قسمتی از مندرجات شناسنامه خود را داشتند و مأمورین

ثبت احوال به استناد ماده ۹۵ قانون مدنی که مقرر میدارد «تغییر مطالبی که در دفاتر سجل احوال ثبت شده است ممکن نیست مگر بموجب حکم محکمه» ادعای اشتباه را نپذیرفته و رسیدگی را در صلاحیت محاکم دادگستری اعلام و مراجعین را بدادگاههای دادگستری هدایت نمودند.

مراجعات مردم بدادگاههای دادگستری برای تغییر متدرجات اسناد سجلی مواجه گردید با اصلاحات و تغییراتی که در قوانین دادرسی و تشکیلاتی دادگاههای حقوقی بعمل آمد باین شرح:

قانون تشکیل دادگاههای حقوقی ۱ و ۲ مصوب آذرماه ۱۳۶۴ که بجای لایحه قانونی تشکیل دادگاههای عمومی و مخبر دهم مهرماه ۱۳۵۸ شورای انقلاب بمرحله اجرا درآمده رسیدگی باختلاف راجع به اسناد سجلی را در صلاحیت دادگاههای حقوقی یک و در حوزه هائی که دادگاه حقوقی یک تشکیل نشده در صلاحیت دادگاه حقوقی ۲ بنام دادگاه حقوقی ۲ مستقل قرار داده و محکمه استیناف (دادگاه استان) از تشکیلات قضائی دادگستری حذف گردیده است.

قانون تعیین سوار تجدید نظر احکام دادگاهها و نحوه رسیدگی آنها مصوب ۱۴ مهرماه ۱۳۶۷، دیوانعالی کشور را مرجع تجدید نظر احکام دادگاههای حقوقی یک و دادگاه حقوقی یک را مرجع تجدید نظر احکام دادگاههای حقوقی ۲ معین نموده و نتیجه این شده است:

۱- اگر دعاوی و اختلافات راجع به اسناد سجلی در دادگاههای حقوقی یک مطرح شود رسیدگی بصورت یک مرحله ماهوی انجام میشود زیرا رسیدگی دیوانعالی کشور در مرحله تجدید نظر بصورت شکلی است ولی همین دعاوی اگر در حوزه هائی که دادگاه حقوقی ۲ مستقل تشکیل شده مطرح و رسیدگی شود رسیدگی بصورت ماهوی در دو مرحله انجام میشود مرحله اول در دادگاه حقوقی ۲ مستقل و مرحله دوم در دادگاه حقوقی یک زیرا دادگاه حقوقی یک میتواند حکم دادگاه حقوقی ۲ را نسخ نماید و حکم جدید انشاء کند یا آنرا تأیید نماید.

۲- دادگاههای حقوقی ۲ در رسیدگی نخستین و دادگاههای حقوقی یک در رسیدگی تجدید نظر پس از خاتمه رسیدگی حکم صادر مینمایند در صورتیکه اگر این دعاوی در دادگاههای حقوقی یک اقامه شود دادگاه باید پس از رسیدگی نظر بدهد و بطرفین دعوی ابلاغ نماید تا چنانچه در ظرف پنج روز اعتراض شود پرونده برای

اعمال نظارت قانونی بدیوانعالی کشور ارسال شود و پس از اعاده پرونده، دادگاه میتواند به تشخیص خود حکم صادر کند و اگر از این حکم تجدید نظر خواسته شود مجدداً پرونده بدیوانعالی کشور ارسال گردد و دیوانعالی کشور میتواند حکم را صحیح ندانسته و نقض نماید و رسیدگی را بدادگاه دیگری ارجاع دهد و اگر این دادگاه هم در رأی خود اصرار ورزد این امر مستلزم طرح پرونده در هیئت عمومی حقوقی دیوانعالی کشور برای رسیدگی با اعتراض محکوم علیه است.

بنابراین رسیدگی بدعاوی راجع به اسناد سجلی در فرض اول بصورت دو مرحله ماهوی و در فرض ثانی بصورت یک مرحله ماهوی آنهم با این مسیر طولانی و غیر ضروری انجام میشود که بهیچوجه قابل توجیه نیست و حجم زیاد پروندههای راجع به اسناد سجلی این نقیصه را نشان میدهد و عدم رضایت مردم را بیشتر میسازد.

برای رفع این مشکل و جلوگیری از تأخیر رسیدگی در دادگاهها و عدم ارسال این پروندهها از اقصی نقاط مملکت بدیوانعالی کشور که موجب سرگردانی و بلا تکلیفی مردم میباشد لایحه ای از طرف قوه قضائیه تهیه و به مجلس شورای اسلامی ارسال و در کمیسیون امور حقوقی و قضائی بررسی و تصویب شد و در دستور کار مجلس قرار گرفت، در این لایحه پیش بینی شده که دادگاههای حقوقی یک هم مانند دادگاههای حقوقی ۲ پس از رسیدگی نخستین بدعاوی که مطرح میشود رأی صادر نمایند و رسیدگی بدعاوی و اختلافات راجع به اسناد سجلی در صلاحیت دادگاهها حقوقی ۲ و حقوقی ۳ مستقل باشد و احکام صادر از این دادگاهها در دادگاههای حقوقی یک به عنوان مرجع تجدید نظر رسیدگی ماهوی شود و دعوی مخومه گردد و مسیر طولانی این دعاوی و پروندههای مربوطه از دیوانعالی کشور قطع شود.

تصویب این لایحه در مجلس شورای اسلامی بمناسبت پایان دوره قانونگزاری مجلس معوق مانده و اقتضا دارد که با تشکیل دوره چهارم مجلس و پیگیری موضوع از طرف مقامات مسئول قوه قضائیه، این لایحه بتصویب برسد زیرا در تسهیل کار و رفع مشکلات مردم و تسریع در رسیدگی های قضائی اثرات انکارناپذیر دارد.

قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آنها مصوب دوم بهمن ماه ۱۳۶۷ برای جلوگیری از دعاوی متعدد و بیموردی که برای تغییر تاریخ تولد دارندگان اسناد سجلی اقامه میشود بتصویب رسیده و متن آن عیناً نقل میشود:

«از تاریخ تصویب این قانون تغییر تاریخ تولد اشخاص ممنوع است صاحب

شناسنامه تنها یکبار در طول عمر و در صورتیکه اختلاف سن واقعی با سن مندرج در اسناد سجلی به تشخیص کمیسیون مرکب از فرماندار یا بخشدار- رئیس ثبت احوال محل- پزشک منتخب مدیرعامل سازمان بهداری استان- رئیس شورای اسلامی شهر و یا بخش محل صدور شناسنامه- با عضویت و ریاست قاضی دادگاه صالحه محل- تشکیل میگردد بیش از پنج سال باشد میتواند سن خود را اصلاح نماید».

قانون مزبور تغییرتاریخ تولد را که در اسناد سجلی ثبت شده ممنوع ساخته و این ممنوعیت از طرف مراجع قضائی دادگستری باید رعایت شود و دادگاههای دادگستری بطور کلی نباید دعوی راجع به تغییرتاریخ تولد را پذیرفته و رسیدگی نمایند بلکه باید در این نوع پروندهها به استناد ماده ۱۶ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۲۵ خردادماه ۱۳۵۶ و به اعتبار صلاحیت کمیسیون مذکور در قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی قرار عدم صلاحیت ذاتی صادر نموده و برای ملاحظه دیوانعالی کشور ارسال دارند تا پس از تأیید قرار، پرونده به کمیسیون ثبت احوال محل صدور شناسنامه فرستاده شود. (۱)

قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی برای جلوگیری از حجم زیاد دعاوی راجع به اسناد سجلی که در مورد تغییرتاریخ تولد در دادگاهها مطرح میشود تأثیری نکرد و با اینکه هیئت عمومی حقوقی دیوانعالی کشور در رأی اصراری شماره ۱۸-۶۹/۸/۸ استدلال و اظهارنظر نموده که دادگاهها نباید بدعاوی راجع به تغییرتاریخ تولد رسیدگی نمایند با این حال متقاضیان تغییرتاریخ تولد برای این نوع دعاوی عنوان جدیدی انتخاب نموده و ادعا میکنند که شناسنامه مورد دعوی مربوط به برادر یا خواهر آنان بوده که فوت شده و متقاضی پس از فوت او تولد یافته و برای وی شناسنامه نگرفته‌اند و از شناسنامه متوفی استفاده مینماید و تقاضا دارد که این شناسنامه ابطال شود و شناسنامه جدیدی بنام او با تغییرتاریخ تولد صادر شود.

۱ - لازم بتذکر است که اگر دعوی حقوقی عنوان نسب یا نفی ولد یا انکار زوجیت و امثال آنها را پیدا نماید دعاوی مزبور از شمول اختلافات راجع به اسناد سجلی خارج و رسیدگی آنها در صلاحیت دادگاههای مدنی خاص میباشد و آراء صادر از دادگاههای مدنی خاص در ظرف ده روز پس از ابلاغ به محکوم علیه قابل رسیدگی تجدیدنظر در دیوانعالی کشور است

شک نیست که دادگاههای حقوقی میتوانند با استفاده از ارشاد قانونی دیوانعالی کشور که در رأی اصراری ۱۸- ۶۹/۸/۸ هیئت عمومی حقوقی مشروحاً استدلال شده از رسیدگی به این نوع دعاوی که نتیجه آن تغییر تاریخ تولد میباشد خودداری نموده و قرار عدم صلاحیت صادر نمایند زیرا رسیدگی بدخواست ابطال شناسنامه متوفی و اصدار شناسنامه بنام کسانی که شناسنامه نگرفته اند از وظایف ادارات ثبت احوال میباشد و دلیلی بر امتناع مسئولین ادارات مزبور در انجام وظیفه ارائه نمی گردد و فقط بگواهی گواهان و گواهی پزشکی استناد میشود که نمیتواند در امر صلاحیت دادگاه مؤثر باشد و مجوز رسیدگی دادگاه و الزام ادارات ثبت احوال دایر به ابطال شناسنامه سابق و اصدار شناسنامه جدید با تغییر تاریخ تولد متقاضی گردد و راه قرار از قانون گشوده شود.

بعضی از دادگاهها بهمین ترتیب عمل کرده و در مورد ادعای فوت صاحب شناسنامه و درخواست صدور حکم برای اخذ شناسنامه با تاریخ تولد مورد نظر متقاضی قرار عدم صلاحیت صادر نموده اند که در دیوانعالی کشور ابرام شده است و لی اکثر دادگاههای حقوقی با الهام از رأی وحدت رویه شماره ۴۷- ۱۳۵۳/۳/۱۵ هیئت عمومی دیوانعالی کشور و بدون رعایت قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی باین نوع دعاوی رسیدگی نموده و حکم صادر نموده اند تا اداره ثبت احوال شناسنامه مورد اختلاف را ابطال و شناسنامه دیگری با تغییر تاریخ تولد بنام خواهان صادر نماید (۱) بنابر آنچه ذکر شد قوانین لازم الاجرای کنونی که در رسیدگی بدعاوی و اختلافات راجع به اسناد سجلی میتواند مستند دادگاهها قرار گیرد منحصرأ قانون ثبت احوال مصوب دهم تیرماه ۱۳۵۵ و

۱- رأی وحدت رویه ۲۷- ۱۳۵۳/۳/۱۵ «نظر باینکه ادعای خواهان مبنی بر عدم تعلق شناسنامه موجود به او مورد قبول اداره آمار و ثبت احوال نبوده و بهمین جهت برای ابطال آن ناچار بمراجعه دادگاه شده است دعوی عنواناً اختلاف در اسناد سجلی است و برطبق ماده ۴۴ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۱۹ رسیدگی آن در صلاحیت محاکم دادگستری میباشد لذا رأی شعبه سوم دادگاه استان خراسان که دادگستری را صالح تشخیص نموده صحیحاً صادر شده است این رأی بموجب ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آئین دادرسی کیفری مصوب اول مردادماه ۱۳۳۷ در موارد مشابه برای دادگاهها لازم الاتباع است.

قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آنها مصوب دوم بهمن ماه ۱۳۶۷ می باشد و قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۱۹ و قوانین ثبت احوال قبلی بشرح ماده ۴۵ قانون مصوب ۱۳۵۵ کلاً نسخ شده و اعتبار آنها زایل گردیده است.

مسئله ای که در اینجا مطرح میشود این است که رأی وحدت رویه شماره ۲۷ براساس ماده ۴۴ قانون ثبت احوال ۱۳۱۹ صادره شده و قانون مزبور منسوخ است آیا با این حال رأی وحدت رویه موصوف به قوت و اعتبار خود باقی است یا اعتبار خود را از دست داده است؟

برای پاسخ باین مسئله نکات ذیل قابل توجه است:

۱- ماده اول قانون ثبت احوال ۱۳۵۵، ثبت ولادت و صدور برگ شناسنامه و هم چنین ثبت واقعه فوت و صدور گواهی فوت را از وظایف سازمان ثبت احوال قرار داده که در هر حوزه اداره ثبت احوال انجام میشود بنابراین اگر صاحب سند سجلی فوت شود مأمورین ثبت احوال مراتب را در دفتر متوفیات ثبت نموده و شناسنامه متوفی را ابطال و گواهی فوت صادر مینمایند و بدون انجام این مقدمات تشریفات کفن و دفن انجام نمیشود، لذا ادعای اینکه صاحب سند سجلی فوت شده و شناسنامه او ابطال نگردیده غیر معقول است مگر اینکه فرض شود متوفی شناسنامه مکرر داشته و یکی از آنها بدون ثبت در دفتر متوفیات و مهر ابطال باقی مانده باشد که در اینصورت هم ابطال شناسنامه مکرر برطبق بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ در صلاحیت ادارات ثبت احوال است.

۲- صدور شناسنامه برای اشخاصی که پس از تولد شناسنامه نگرفته اند و یا از شناسنامه متوفی یا شناسنامه دیگران استفاده کرده اند در صلاحیت ادارات ثبت احوال میباشد و مأمورین ثبت احوال برطبق ماده ۵۴ اصلاحی قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ اگر در هویت و تابعیت متقاضی تردید نداشته باشند بنام او شناسنامه صادر مینمایند و در صورت تردید و عدم ارائه مدارک لازم (مانند اتباع افغانستان یا پاکستان و غیره مراتب را برای اثبات هویت متقاضی بمراجع انتظامی و برای اثبات تابعیت متقاضی به شورای تأمین شهرستان ارجاع میدهند و در صورت تأیید هویت و تابعیت ایرانی متقاضی بنام او شناسنامه صادر مینمایند.

بنابراین در دعاوی که تحت عنوان ابطال شناسنامه متوفی و اصدار شناسنامه بنام متقاضی با تاریخ تولد جدید اقامه میشود باین مسائل باید رسیدگی شود که

از صلاحیت ذاتی دادگاههای دادگستری خارج و در صلاحیت ادارات ثبت احوال است.

آمار پرونده‌های راجع به اسناد سجلی که همه‌ماهه بدیوانعالی کشور می‌رسد نشان می‌دهد که ۹۵٪ از پرونده‌های مزبور براساس ادعای فوت صاحب شناسنامه و استفاده خواهان از شناسنامه متوفی و در خواست ابطال شناسنامه سابق و اصدار شناسنامه با تاریخ تولد جدید مطرح و رسیدگی شده و مدرك دعوی يك برگ استشهاد نامه یا گواهی پزشك از نظر سن تقریبی متقاضی بوده است.

۳- آراء وحدت رویه هیئت عمومی دیوانعالی کشور که به استناد قانون وحدت رویه قضائی مصوب ۱۳۳۸ یا ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷ صادر میشود برای جلوگیری از تفسیرهای قضائی ناصحیح قضات و سوء استنباط آنان از قوانین میباشد که به‌صورت آراء معارض و متهاافت منتهی گردیده است.

هیئت عمومی وحدت رویه دیوانعالی کشور براساس اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تفسیر قضائی صحیح را با رأی وحدت رویه اعلام مینماید تا برای دادگاهها و شعب دیوانعالی کشور در موضوعات مشابه لازم‌الاتباع باشد. رأی وحدت رویه یا تفسیر قضائی صحیح از قانون قائم باعتبار قانون است و هر زمان که قانون مورد تفسیر نسخ شود و اعتبار خود را از دست بدهد رأی وحدت رویه هم که تفسیر قضائی قانون منسوخ بوده فاقد ارزش و اعتبار میگردد.

از این مقدمه میتوان نتیجه گرفت که قانون ثبت احوال ۱۳۱۹ و ماده ۴۴ آن بموجب قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ و قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی مصوب ۱۳۶۷ نسخ شده و فاقد اعتبار گردیده و بالملازمه رأی وحدت رویه شماره ۲۷- ۵۳/۳/۱۵ مبنی بر تفسیر ماده ۴۴ این قانون هم منسوخ و اعتبار و در رسیدگی بدعاوی و اختلافات راجع به اسناد سجلی قابل تبعیت و استناد نیست. بدیهی است اگر هیئت عمومی دیوانعالی کشور در مورد سوء استنباط قضات محاکم از قوانین لازم‌الاجرای اخیر التصویب، رأی وحدت رویه صادر نماید مشکلات کنونی تقلیل می‌یابد و با تصویب لایحه‌ای که در دستور کار مجلس شورای اسلامی میباشد این مشکلات بکلی برطرف میشود.

در پایان این مطالب چند نمونه از آراء وحدت رویه هیئت عمومی دیوانعالی

کشور که در رسیدگی بدعاوی و اختلافات راجع به اسناد سجلی صادر شده و برای دادگاهها و شعب دیوانعالی کشور در موارد مشابه لازم الاتباع میباشد نقل میشود:

۱ - رسیدگی بدعوی تغییر نام در شناسنامه در صلاحیت دادگاههای دادگستری است

شماره ۲ - ۱۳۶۲/۱/۲۱

نظر باینکه تبصره ۳ ماده ۴ قانون ثبت احوال مصوب تیرماه ۱۳۵۵ ناظر به اعطاء اختیار به هیئت حل اختلاف برای تغییر نامهای ممنوع میباشد و رسیدگی به سایر دعاوی مربوط به نام اشخاص در صلاحیت عام محاکم عمومی دادگستری است لذا دادنامه صادر از شعبه سوم دیوانعالی کشور که بر همین اساس صدور یافته صحیح و موافق با موازین قانونی است. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲ ص ۴۷).

۲ - رسیدگی بدعوی حذف یکی از دو نام در شناسنامه در صلاحیت دادگاههای دادگستری است

شماره ۲۲۴ - ۱۳۴۹/۷/۸

نظر باینکه بحکایت جریان کار معلوم میشود تقاضا کنندگان مندرجات اسناد سجلی را هنگام تنظیم آن صحیح دانسته و دعوی آنان بر مخدوش بودن آن اسناد نیست، بلکه مورد درخواست آنان حذف یکی از دو نام مذکور در اسناد است که زائد و منافی با شهرت دارنده اسناد مزبور میدانند و این ادعا مخالف با مندرجات سند رسمی نیست تا بتوان مورد را مشمول مادتين ۹۹۹ و ۳۰۹ قانون مدنی دانست و شهادت شهود در چنین موردی قابل ترتیب اثر میباشد لذا حکم شعبه ۶ دادگاه استان مرکز صحیح تشخیص میگردد. (مجموعه قوانین سال ۱۳۴۹ ص ۷ رویه قضائی).

(این رأی مقدمه مشروحي دارد که در قانون چاپ شده است).

۳ - رسیدگی بدعوی تغییر نام از لحاظ جنس در صلاحیت دادگاههای دادگستری است

شماره ۵۰۴ - ۱۳۶۶/۲/۱۰

درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی از حیث جنس (ذکور به اناث یا

بالعکس) از مسائلی است که واجد آثار حقوقی میباشد و از شمول بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ خارج و رسیدگی آن در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری است بنابراین رأی شعبه ۱۳ دیوانعالی کشور که نتیجه براساس این نظر صادر شده صحیح و منطبق با موازین قانونی است. (مجموعه قوانین ۱۳۶۶ ص ۲۴۰)

۴- رسیدگی بدعوی حذف واقعه فوت از سند سجلی در صلاحیت دادگاههای دادگستری است

شماره ۵۱۲-۵/۸/۱۳۶۷

دعوی راجع به ابطال واقعه فوت یا رفع این واقعه از اسناد ثبت احوال علاوه بر اینکه متضمن آثار حقوقی میباشد از شمول ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب تیرماه ۱۳۵۵ خارج و رسیدگی بدعوی مزبور در صلاحیت دادگاههای عمومی دادگستری است لذا رأی شعبه ششم دیوانعالی کشور بر صلاحیت محاکم عمومی دادگستری صحیح و منطبق با موازین قانونی است.

(مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷ ص ۶۸۵)

۵- ادعای وجود رابطه مادر و فرزندی دعوی نسب و رسیدگی آن در صلاحیت دادگاههای مدنی خاص است

شماره ۵۱۳-۵/۸/۱۳۶۷

ادعای وجود رابطه مادر و فرزندی از جمله دعاوی راجع به نسب میباشد که بر طبق بند ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب مهرماه ۱۳۵۸ شورای انقلاب باید در دادگاه مدنی خاص رسیدگی شود لذا رأی شعبه ۱۳ دیوانعالی کشور که با این نظر مطابقت دارد صحیح تشخیص میشود. (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷ ص ۶۸۳)

در پایان این بحث بی مناسبت نیست به یکی از آثار ناشی از احکامی که دادگاههای حقوقی بدون رعایت قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آنها مصوب ۱۳۶۷ صادر میشوند توجه شود:

ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۲۹ مهرماه ۱۳۶۳ مجلس شورای اسلامی باین عبارت است:

«سن مشمولان و افراد تحت تکفل از لحاظ خدمت وظیفه و یا معافیت از آن تابع مندرجات اولیه اولین شناسنامه بوده و هرگونه تغییری که بعداً بعمل آمده باشد از لحاظ وظیفه عمومی معتبر نخواهد بود».

در ماده ۸ آئین نامه اجرایی قانون مزبور هم تصریح شده... «ابطال شناسنامه و اسناد سجلی مربوط به آن ولو براساس حکم صادره از مراجع قضائی معتبر نخواهد بود».

احکامی که دادگاههای دادگستری پس از رسیدگی بادهای دارندگان اسناد سجلی صادر نموده و ادعای فوت برادر یا خواهر متقاضی و تعلق شناسنامه را به متوفی ثابت دانسته و ادارات ثبت احوال را مکلف ساخته اند که شناسنامه ارائه شده را ابطال و شناسنامه دیگری با تاریخ تولد جدید صادر نمایند برای سن مشمولین خدمت وظیفه عمومی مورد قبول حوزه های نظام وظیفه واقع نشده و مسئولین ادارات نظام وظیفه باستناد قسمتی از ماده ۸ آئین نامه اجرایی ماده ۳ قانون موصوف سن افراد ذکور را برای خدمت وظیفه، همان سن مندرج در شناسنامه اولیه شناخته اند.

یکی از کسانی که باستناد حکم دادگاه بداره ثبت احوال مراجعه نموده و شناسنامه اولیه را تحویل داده و شناسنامه دیگری با تاریخ تولد جدید گرفته ولی با ایراد و اشکال حوزه های نظام وظیفه مواجه شده بدیوان عدالت اداری شکایت کرده و ابطال آن قسمت از ماده ۸ آئین نامه اجرایی را که ناظر بدغیرمعتبر بودن احکام مراجع قضائی میباشد درخواست نموده است.

نماینده وزارت کشور در پاسخ این شکایت به قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آنها استناد کرده و توضیح داده که ثبت واقعه فوت و ابطال شناسنامه متوفی در صلاحیت ادارات ثبت احوال میباشد و بامورین ثبت احوال برای افرادی که شناسنامه نگرفته اند برطبق قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ و ماده ۵ اصلاحی آن شناسنامه صادر مینمایند و نیازی برای مراجعه بدادگاههای دادگستری نیست اما کسانی که در مقام تغییر تاریخ تولد خود میباشند ادعای فوت صاحب شناسنامه ای را که در دست دارند مطرح میسازند تا شناسنامه اولیه ابطال شود و شناسنامه ای با تاریخ تولد جدید برای آنها صادر شود بدیهی است چنین شناسنامه ای برطبق ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی و ماده ۸ آئین نامه اجرایی

آن نمیتواند ملاک سن مشمولین برای خدمت وظیفه عمومی باشد و آئین نامه مزبور بر وفق قانون صادر شده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از رسیدگی به شرح رأی شماره ۱۳۳ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۲۴ چنین رأی داده است (۱).

«آن بخش از ماده ۸ آئین نامه اجرائی قانون وظیفه عمومی که جمله [ابطال شناسنامه] در آن مندرج است بدلیل استفاده از تعبیر [ابطال شناسنامه] و اینکه در متن ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی عبارت [تغییر شناسنامه] قید گردیده و از نظر مفهوم قانونی و قضائی تغییر شناسنامه مقوله ای غیر از ابطال آن است خروج قوه مجریه از حدود اختیارات شناخته شد بنا بر مراتب هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مستنداً ب ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری قسمتی از ماده ۸ آئین نامه اجرائی قانون خدمت وظیفه عمومی را به ترتیبی که در فوق قید گردید ابطال مینماید.»

تفسیر قضائی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از جمله «تغییر شناسنامه» که در ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی ذکر شده و جمله «ابطال شناسنامه» که در ماده ۸ آئین نامه اجرائی این ماده تصریح شده، بر تعداد دعاوی راجع به اسناد سحلی برای تغییر تاریخ تولد چندین برابر افزوده است.

بر تفسیر قضائی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که تغییر شناسنامه و ابطال شناسنامه را بالاخص در مورد تاریخ تولد صاحب شناسنامه از دو مقوله تشخیص گردیده اشکال وارد است باین شرح:

۱- اگر شناسنامه علی الاطلاق ابطال شود کلیه مندرجات آن بی اعتبار خواهد بود که اعم از نام و نام خانوادگی و تاریخ تولد صاحب شناسنامه و نام پدر و مادر او و تاریخ تولد آنها و محل تولد و غیره میباشد و حال آنکه متقاضی ابطال شناسنامه که دادگاههای دادگستری مراجعه مینماید هویت خود و هویت پدر و مادر و مشخصات آنها را صحیح میداند و ابطال شناسنامه را بنحو اطلاق تقاضا ندارد بلکه از دادگاه میخواهد که تاریخ تولد او از آنچه که در شناسنامه اولیه قید شده بد تاریخ تولد جدید تغییر پیدا کند و کلمه ابطال شناسنامه که در دادخواست بکار رفته واقعاً بمعنای تغییر است.

۲- دادگاههای دادگستری هم در احکامی که در این نوع دعاوی صادر

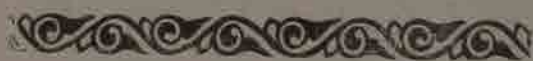
مینمایند بدون اظهار نظر قضائی در مورد هویت و مشخصات صاحب شناسنامه و هویت و مشخصات پدر و مادر او براساس گواهی پزشک یا استشهادنامه تاریخ جدیدی را برای تولد متقاضی تعیین و در حکم خود قید مینمایند که غیر از تاریخ تولد مندرج در شناسنامه اولیه است.

۳- در رابطه با مسئله مشمولان خدمت وظیفه عمومی آنچه که مورد نظر قانونگذار میباشد سن واقعی است که بحکم ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی از مندرجات اولیه اولین شناسنامه بدست می آید و هرگونه تغییری که بعداً بعمل آید از لحاظ خدمت وظیفه عمومی فاقد اعتبار میباشد. ماده ۸ آئین نامه اجرائی قانون خدمت وظیفه عمومی هم هرگونه تغییرات بعدی تاریخ تولد مشمولین را ولو اینکه با حکم دادگاه باشد در امر خدمت نظام وظیفه معتبر ندانسته که با ماده ۳ قانون موصوف منافات ندارد و مؤید آن است.

نتیجه آنکه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری برای کسانی که در مقام فرار از اجرای قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آنها باشند روزنه امید گشوده است و بار سنگین این نوع دعاوی و شکایات که بی نهایت روزافزون میباشد در مرحله نهائی بر دیوان عالی کشور تحمیل میشود.

نصر الله صدر الحفاظی

رئیس شعبه و دیوان عدالت اداری



دادرسی فوری و دستور موقت

در قلمرو صلاحیت دیوان

عدالت اداری

مهمترین و نخستین هدف دادرسی در دعاوی بین اشخاص رفع تجاوز و تأمین حقوق تضییع شده افراد براساس موازین عدل و انصاف است. اما اجرای عدالت مستلزم کشف حقیقت است که جز از طریق استماع صبورانه اظهارات طرفین دعوی و بررسی دقیق مدارک و مستندات آنان و انجام تحقیقات لازم میسر نیست. تدارک هریک از این مقدمات و اقدامات ضروری به صرف وقت و تشکیل جلسات متعدد احتیاج دارد و لزوم انقضای سواعد قانونی و طی مراحل اعتراض و تجدیدنظر و یا پژوهش و فرجام و بالاخره کثرت مراجعات و تراکم نامتناسب حجم کار در مراجع محدود قضائی هم از دیگر عواملی است که بر کندی جریان محاکمات و اطاله آنها میافزاید بطوری که در بسیاری از موارد تعیین تکلیف قطعی دعاوی سالهایتمادی بطول میانجامد و گاهی از رهگذر این تأخیر و تطویل در امر دادرسی خسارات سنگین و حتی غیرقابل جبرانی متوجه اشخاص میشود و گاهی نیز بهمین علت موضوع حکم منتفی و یا اجرای آن عملاً غیرممکن میگردد و رأی صادره حکم نوشنداروی پس از مرگ را پیدا میکند. همچنین در برخی از دعاوی مسئله مبتلا به خواهان بقدری حاد و حیاتی است که باید فوراً نسبت به آن تعیین تکلیف شود و تأخیر در این امر و نشستن به انتظار صدور حکم قطعی مشکل او را وخیمتر میسازد و در طول دادرسی او را گرفتار عسر و حرج مینماید. بنابراین عامل زمان که در حد معقول از خصائص طبیعی روند محاکمات است در مسائل

حادث و حیاتی نقش منفی و مخرب دارد و اقتضای عدالت آن است که در این قبیل امور در حد امکان حذف شود. مشروط براین که به اساس دادرسی و اجرای عدالت هم لطمه نزنند.

برای حل این مشکل در قوانین بسیاری از کشورهای جهان از جمله در قانون آئین دادرسی کشور ما مقررات ویژه‌ای در نظر گرفته شده است که طبق آن قضات دادگاهها میتوانند بتقاضای خواهان و تحت شرایط خاص بدون ورود در ماهیت قضیه نسبت به حفظ حقی که در مخاطره جدی قرار گرفته است دستور مقتضی صادر نمایند و تا تعیین تکلیف ماهوی دعوی از ایجاد عسر و حرج و یا ورود خسارات سنگین و احتمالاً غیرقابل جبران به خواهان جلوگیری کنند.

در باب دوازدهم قانون آئین دادرسی مدنی که به دادرسی فوری اختصاص یافته مقرراتی در زمینه شرایط و کیفیات این نوع رسیدگی وضع شده و به شرح ماده ۷۷۰ مقرر گردیده است که: «در اموری که محتاج به تعیین تکلیف فوری است و همچنین در مورد اشکالاتی که در جریان اجرای احکام یا اسناد لازم الاجرای اداره ثبت پیش میاید و محتاج به دستور فوری است دادرس دادگاه میتواند بدخواست ذینفع موافق مواد زیر دستور موقت صادر نماید.»

استفاده مقنن از لفظ کلی امور مفید شمول قسمت اول ماده مزبور به تمام دعاوی اعم از مالی و غیرمالی میباشد و نسبت به هر امری میتوان از دادگاه تقاضای رسیدگی فوری و صدور دستور موقت کرد. قبول این درخواست موکول به آن است که دادگاه ضرورت تعیین تکلیف فوری نسبت به آن را احراز کند و چنانچه گفتیم ایجاد عسر و حرج و یا خسارات و صدمات مادی و معنوی سنگین را میتوان ضابطه اساسی تشخیص فوریت مسئله مطروحه قرارداد در هر حال ماده ۷۷۷ قانون مزبور تشخیص این فوریت را به قاضی محول کرده است که پس از احراز آن باید بدون فوت وقت و حتی در روزهای تعطیل طبق ماده ۷۷۵ اقدام به رسیدگی کند و چنانچه ابلاغ اوراق دادرسی به خواننده و یا الحضر او برای رسیدگی منافی با فوریت باشد از آن صرف نظر نماید. ماده ۷۷۶ و پس از صدور دستور موقت بلافاصله و حتی قبل از ابلاغ به خواننده آن را به مرحله اجرا بگذارد. ماده ۷۸۲

گفتیم هر امری که محتاج به تعیین تکلیف فوری باشد میتواند موضوع دستور موقت واقع شود ماده ۷۷۸ در این خصوص تصریح است باینکه دستور موقت

ممکن است دایر به توقیف مال یا انجام عمل یا منع از امری باشند مثل اینکه مال بعضی که در معرض فروش یا اتلاف است توقیف و نگهداری شود و یا کسی به حضانت و سرپرستی طفل صغیری ملزم گردد و یا از حفرچاه آبی که قنات قریه‌ای را می‌خشکاند جلوگیری بعمل آید.

دستور موقت غالباً بدنبال یک بررسی اجمالی در مستندات خواهان و اوضاع و احوال قضیه صادر میشود و مطلقاً مفید تأیید ادعا در ماهیت امر نیست. کما اینکه ماده ۷۷۹ در این زمینه تصریح کرده است که دستور موقت بهیچوجه تأثیری در اصل دعوی ندارد و ممکن است مدعی در اصل ادعا محکوم به بی‌حقی شود ماده ۷۸۵. بنابراین دستور موقت برخلاف حکم قطعی قاطع دعوی و تعیین کننده سرنوشت آن نمیباشد و جنبه موقتی دارد در نتیجه هرگاه جهتی که موجب صدور آن بوده مرتفع شود دادگاه صادر کننده قرار مزبور آن را ملغی میکند. ماده ۷۸۴ و نیز اگر خوانده دعوی تأمین مناسب بدهد از دستور موقت رفع اثر میشود. ماده ۷۸۳ و بالاخره در صورت محکومیت خواهان به بی‌حقی در اصل دعوی دستور موقت هم لغو میگردد.

بنابر آنچه گفته شد هدف از دادرسی فوری جلوگیری از ایجاد عسر و حرج و خسارات سنگین و غیرقابل جبران است و در این مورد خصوصیات طرفین دعوی نقشی در قبول یا رد تقاضای رسیدگی فوری ندارد و دادگاهها میتوانند در دعاوی مدنی علیه دولت نیز در صورت لزوم مبادرت به صدور دستور موقت نمایند. اکنون باید دید که در دعاوی داخل در صلاحیت دیوان عدالت اداری نیز مسائل حاد و حساسی که محتاج تعیین تکلیف فوری باشد قابل تصور است یا نه. عبارت دیگر آیا اموری مفروض است که عدم اتخاذ تصمیم فوری نسبت به آنها موجب ایواد خسارات سنگین یا غیرقابل جبران و یا ایجاد عسر و حرج گردد؟

برای روشن شدن پاسخ این سؤال به چند مثال اشاره میکنیم.

فرض کنیم دادگاه انتظامی سردفتران با صدور رأی قطعی سردفتری را به اتهام تخلف از مقررات کتبی به انقصال موقت از سمت سردفتری به مدت ۶ ماه محکوم کند و سردفتر به این رأی معترض باشد یا کمیسیونهای مستقر در اداره نظام وظیفه عمومی بموجب رأی قطعی، شخصی را سرباز و مشمول انجام خدمت زیرپرچم

بشناسد و شخص مذکور به ادعای استحقاق معافیت از انجام خدمت زیرپرچم خواستار نقض رأی صادره گردد یا کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری رأی بتخریب ساختمانی صادر نماید و مالک ساختمان به رأی قطعی کمیسیون معترض باشد و بالاخره وزرات مسکن و شهرسازی به استناد ماده ۹ قانون زمین شهری مصوب ۲۲/۶/۶۶ و تبصره های آن زمین کسی را تملک کند و در مقام تقسیم آن بین افراد فاقد مسکن برآید و صاحب ملک تصمیم آن وزارتخانه را مغایر جواز مقرر در قانون فوق الذکر بداند و تقاضای ابطال آن را نماید.

رسیدگی بتمام این دعاوی در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد و دیوان علی القاعده طبق ماده ۱۲ قانون و مقررات آئین دادرسی مربوط دادخواست و پیوسته های آن را به سشتکی عنه ابلاغ میکند تا ظرف ده روز با رعایت مسافت قانونی پاسخ دهد. پس از انقضای مدت یا وصول پاسخ، پرونده بنوبت در شعبه مرجوع الیه مطرح میشود و شعبه مزبور در صورت لزوم وقت جهت رسیدگی و اخذ توضیح از طرفین تعیین و به آنان ابلاغ میکند و پس از استماع اظهارات طرفین دعوی و بررسی مدارک و دلائل ابرازی و ملاحظه اوراق و اسناد و پرونده های مربوط و انجام تحقیقات لازم رأی مقتضی صادر مینماید. رسیدگی و صدور رأی در دیوان مانند سایر مراجع قضائی با توجه به مراتب مذکور و کثرت دعاوی ماهها و گاهی سالها بطول میانجامد در حالی که تعیین تکلیف فوری نسبت به امور فوق الاشعار احتیاجی بتوضیح ندارد.

اکنون این سؤال مطرح میشود که اگر شاکیان این قبیل دعاوی ضمن دعوی اصلی خواستار صدور دستور موقت بر منع اجرای آراء قطعی مورد اعتراض و یا منع سازمان زمین شهری از واگذاری و انتقال ملک به افراد ثالث باشند تکلیف دیوان عدالت اداری در این خصوص چیست؟ عبارت دیگر آیا شعب دیوان مجاز به قبول تقاضای شاکی در زمینه صدور دستور موقت هستند یا نه؟

در باب جواز یا عدم جواز صدور دستور موقت در دیوان عدالت اداری دو نظریه متفاوت وجود دارد.

اهم دلائل کسانی که معتقد به عدم جواز صدور دستور موقت میباشند عبارت است از:

اول - تنافی دستور موقت و اصول عدالت

هرچند دستور موقت دارای جنبه موقتی است و در ماهیت دعوی هم تأثیری ندارد اما به هر حال متضمن الزام مشتکی عنه به انجام امر و یا منع از اجرای تصمیم یا اقدامی است که مبادرت به صدور آن بعزت عدم استماع اظهارات مدعی علیه و ملاحظه دلایل و مدارک او با اصول مسلم دادرسی و عدالت منافات دارد زیرا آرا مراجع قضائی برپایه اظهارات طرفین و دلایل و اسناد آنان استوار می باشد و اقتران دستوری که منحصرأ مبتنی بر ادعای خواهان دعوی باشد با اصول عدالت و نصفت قویاً مورد تردید است. گرچه استماع مدافعات خواننده و توجه بمدارک او از مقوله مقررات آئین دادرسی محسوب شده لیکن از اسباب و لوازم محتوم وصول بحق و اجرای عدالت و جزء لاینفک آن است و چشم پوشی از آن مجاز نیست.

دوم - تضاد دستور موقت با فوریت اعمال اقتدارات و حقوق عمومی

وظیفه اصلی واحدهای دولتی اعمال اقتدارات و حقوق عمومی و تأمین حوائج و منافع و مصالح جامعه است که غالباً به سرعت عمل احتیاج دارد و ایجاد موانع گوناگون در مسیر حرکت سریع واحدهای مذکور و تعویق و تعطیل اقدامات آنها ولو بصورت موقت قبل از اینکه صحت ادعای مدعی محرز شود سبب اختلال در امور عمومی و نظام جامعه میگردد و به فرض اینکه رسیدگی و تعیین تکلیف نسبت به ادعائی فوریت داشته باشد این فوریت با لزوم تسریع و فوریت در امور عمومی معارض است و یا توجه به اولویت و رجحان مصالح عامه بر منافع افراد تجویز دادرسی فوری و دستور موقت در دعاوی علیه دولت در دیوان عدالت اداری مقرون به مصلحت جامعه نیست.

سوم - عدم تجویز قانونگذار

دادرسی فوری و دستور موقت خلاف اصول دادرسی و قاعده‌ای استثنائی است که اعمال آن محتاج اذن صریح قانونگذار است. کیفیت تدوین قانون آئین دادرسی مدنی باید این معنی می‌باشد چه در این قانون مقررات متداول و اصولی آئین رسیدگی در مراحل مختلف تعیین شده و پس از آن باب علیحده‌ای به دادرسی فوری اختصاص یافته و در خصوص صدور دستور موقت شرایط و ضوابط ویژه‌ای وضع شده است که حتی بفرض اجتماع شرایط مذکور هیچیک از قضات دادگاهها مجاز به صدور دستور موقت بدون داشتن اجازه مخصوص از مقام صلاحیتدار نیستند (قسمت آخر ماده ۷۷۳ قانون آئین دادرسی مدنی).

در قانون دیوان عدالت اداری و آئین دادرسی آن حکمی راجع به دادرسی فوری و دستور موقت انشاء نشده است و استفاده از مقررات قانون آئین دادرسی مدنی در این زمینه در قلمرو صلاحیت دیوان عدالت اداری به استناد وحدت ملاک آن جایز نیست زیرا اصل جواز تمسک به وحدت ملاک در موارد مشابه مختص قواعد عام و کلی می‌باشد و تعمیم اصل مزبور به احکام استثنائی که اعمال آن منحصر بموارد خاص است منطبق اصولی و قانونی ندارد.

مهمترین دلائلی که در توجیه جواز دستور موقت در دعاوی داخل در صلاحیت دیوان می‌توان اقامه کرد بقرار ذیل است

الف - ضرورت حفظ حق

یگانه هدف اصلی قضاوت در دعاوی احقاق حق می‌باشد. البته احقاق حق موکول به کشف حقیقت است و کشف حقیقت قبل از استماع مدافعات خواننده دعوی و بررسی مدارک و اسناد او غالباً میسر نیست اما هدف اصلی نباید قربانی وسایل و ابزار و تشریفات سطول دادرسی شود. مثلاً صدور رأی بنفع سردفتری که دوران محکومیت خود به انقصال موقت از سمت سردفتری را گذرانیده و یا تأیید ادعای شخصی که به حکم قانون باید از انجام خدمت زیر پرچم معاف شود پس از طی تمام یا قسمتی از خدمت نظام وظیفه و احتمالاً معلول یا شهید شدن او در ترمینات نظامی یا جبهه جنگ چه ثمری دارد؟ آیا اساساً در این قبیل موارد امکان احقاق حق وجود دارد؟ آیا تخریب ساختمان در اجرای رأی قطعی

کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و یا تقسیم زمین بین افراد فاقد مسکن که با شتاب هرچه تمامتر در آن به احداث خانه میپردازند و در آن سکونت اختیار میکنند برای مالک ساختمان یا زمین در صورتی که در ادعای خود بحق شناخته شوند ایجاد عسر و حرج نمیکند؟

آیا حکم دیوان عدالت اداری مبنی بر تأیید ادعای اشخاص مزبور متضمن احقاق حقوق تضييع شده آنان در معنی و مفهوم حقیقی کلام میباشد. در حالی که صاحب ساختمان تخریب شده ناچار است برای مطالبه خسروزیان خود از شهرداری راهی دادگاههای دادگستری شود و مالک زمین نیز ناگزیر است برای خلع ید اشخاص ثالث از زمین خود مبادرت به اقامه دعوی در محاکم حقوقی نماید و سالهای متمادی به امید وصول به حق خود در مراجع مختلف قضائی گرفتار دعاوی متعدد و مشاجرات و مناقشات گوناگون شود.

در کدامیک از مثالهای فوق الذکر میتوان ادعا کرد که دیوان عدالت اداری در انجام مسئولیت اصلی خود یعنی احقاق حقوق تضييع شده اشخاص موفق بوده است؟

لازمه احقاق حق در مواردی حفظ حق میباشد و چنانچه حق در معرض خطر جدی باشد و ندادن آن از طریق دادرسی و صدور حکم متعسر یا غیرممکن باشد وظیفه اصلی قاضی ایجاب میکند که در مقام تأمین و حفظ حق برآید و با صدور دستور موقت از اتلاف حق و ایجاد عسر و حرج برای صاحب آن و تحمیل بار سنگین مسئولیت مدنی ناشی از خسارات وارده به بیت المال جلوگیری بعمل آورد.

ب - تساوی اشخاص در برابر قانون

اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی چه در بخش خصوصی و چه در بخش عمومی در دعاوی علیه یکدیگر در برابر قانون مساوی و یکسانند. همانطوری که صدور دستور موقت در دعاوی مدنی و بازرگانی اشخاص علیه دولت و بالعکس جایز است و دادگاههای حقوقی میتوانند در این قبیل دعاوی در صورت لزوم با صدور دستور موقت در مقام تأمین و حفظ حق برآیند. دلیلی ندارد که استفاده از این روش مؤثر و مفید در قلمرو صلاحیت دیوان عدالت اداری ممنوع باشد و اصولاً اتلاف حقوق اشخاص به ادعای اهمیت اعمال اقتدارات و حقوق عمومی و ضرورت فوریت آنها

وجه منطقی و عادلانه‌ای ندارد و صدور دستور موقت در موارد نادر و معدود خللی در انجام امور عمومی ایجاد نمی‌کند.

ج - اصول و مقررات کلی

دستور موقت قاطع دعوی و تعیین کننده نهائی سرنوشت آن نیست تا اعمال آن به مقررات خاص آئین رسیدگی نیازمند باشد بلکه یک اقدام احتیاطی در جهت تأمین و حفظ حق است که حتی در صورت سکوت قانونگذار هم قاضی می‌تواند به استناد اصول کلی امر قضا آنرا اعمال کند. همچنین اختصاص باب جداگانه‌ای در قانون آئین دادرسی مدنی به دادرسی فوری مفید استثنائی بودن آن نمی‌باشد. و تفکیک آن از سایر مقررات مربوط به دادرسی از مقوله روش معقول در تنظیم و تدوین قواعد متفاوت است و تمسک به مقررات مزبور به جهت وحدت ملاک فلسفه وضع آن، منعی ندارد.

در دیوان عدالت اداری رویه معتبری مبنی بر صدور دستور موقت بدست نیامد لیکن قضات دیوان با وجود اعتقاد شدید به ضرورت دادرسی فوری و دستور موقت در اموری که محتاج تعیین تکلیف فوری می‌باشد آراء متعددی بر رد تقاضای شاکیان در این زمینه بعلت فقد مجوز قانونی صادر کرده‌اند، از آن جمله رأی شماره ۹۰۰ مورخ ۷۰/۱۲/۲۵ شعبه نهم دیوان عدالت اداری بشرح ذیل است.

«هرچند دادرسی فوری و صدور دستور موقت در اموری که جنبه فوریت دارد یکی از اهم طرق جلوگیری از ایجاد عسر و حرج و ایراد خسارات سنگین و یا جبران ناپذیر در روابط و مناقشات بین افراد و مالا عاملی مؤثر و مفید در طریق احقاق حق و اجرای عدالت است لیکن حسب قوانین و مقررات موضوعه از حیث روشن رسیدگی دارای قواعد خاص و متمایز از آئین دادرسی به شیوه متداول و معمول بوده و در قیاس با آن قاعده‌ای استثنائی و خلاف اصل می‌باشد که انجام آن محتاج اذن خاص مقنن است. بنا به جهات فوق الذکر و اینکه در قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۴ و آئین دادرسی دیوان نحوه رسیدگی به شکایات معین و مشخص گردیده و ذکر آن از دادرسی فوری و دستور موقت و ضوابط و قواعد خاص آن بعمل نیامده و به عبارت اخری این معنی در مقررات مربوط به دیوان عدالت اداری تجویز نشده است لذا انجام تقاضای شاکی مبنی

بر صدور دستور موقت بر منع شهرداری از جمع آوری دکه مورد تصرف او و جواز قانونی ندارد ورد میشود».

بعضی از شاکیان هم به امید استفاده از دستور موقت راه دادگاههای حقوقی را در پیش گرفته اند و تقاضای خود را در این خصوص بطور مستقل یا ضمن دعوی اصلی در دادگاههای مزبور مطرح نموده اند که زمینه طرح مسئله جدید و ابراز نظرات و آراء متفاوت در باب تشخیص مرجع صالح را فراهم کرده است.

نظریه اغلب این است که دادگاههای حقوقی فاقد صلاحیت اظهار نظر در مورد تقاضای صدور دستور موقت در قلمرو صلاحیت دیوان عدالت اداری میباشد و اتخاذ تصمیم در این خصوص در صلاحیت اختصاصی دیوان قرار دارد. زیرا رابطه صلاحیت بین دیوان و دادگاه حقوقی از مقوله صلاحیت ذاتی است که عدول از مقررات آراء حاکم بر آن به هیچ وجه جایز نیست. رد یا قبول درخواست صدور دستور موقت مختص مرجعی است که صلاحیت رسیدگی ماهوی به اصل دعوی را دارد. مضافاً این که اتخاذ تصمیم در این قضیه مستلزم رسیدگی به ادعای شاکی و ارزیابی مدارک و اسناد ابرازی او و در نتیجه حصول اطمینان به صحت ادعا و یا عدم احراز آن است که به هر تقدیر یک اظهار نظر قضائی محسوب میشود و طبعاً مرجعی که صلاحیت اظهار نظر در ماهیت دعوی را ندارد نباید در امور جنبی آن نیز نفیاً یا اثباتاً اظهار نظر نماید و قسمت اخیر ماده ۷۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی که مقرر داشته «... مرجع درخواست دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد.» مؤید این معنی است.

شعبه نوزده دادگاه حقوقی یک تهران به شرح رأی شماره ۶۷۰ مورخ ۶۹/۱۳/۲۱ در پرونده کلاسه ۶۳۷/۶۹ چنین اظهار عقیده نموده است که «نظریه اینکه آقای ... در دادخواست تنظیم شده علیه شهرداری منطقه ۱۷ تهران خواسته خود را صدور دستور موقت مبنی بر عدم اجرای مفاد اخطاریه شهرداری و جلوگیری از جمع آوری دکه مورد تصرف خود اعلام نموده است و نظر به اینکه مطابق ماده ۷۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی مرجع رسیدگی بدخواست مذکور دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد و نظر به اینکه موضوع ادعای نامبرده در واقع تظلم و اعتراض از اقدامات شهرداری در نحوه اجرای لایحه قانونی راجع به مستثنی شدن شهرداری تهران در مورد واگذاری قسمتی از پارکها و میادین

و اسوال عمومی اعم از عرصه و اعیان از شمول قانون مالک و مستاجر مصوب ۱۰ دیهشت ماه ۱۳۵۹ شورای انقلاب جمهوری اسلامی است. لذا رسیدگی به درخواست خواهان از حدود صلاحیت این دادگاه خارج است و مستنداً به ماده ۷۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی و بند ۱ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری باعتبار صلاحیت دیوان عدالت اداری مبادرت به صدور قرار عدم صلاحیت مینماید. شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور هم بموجب رأی شماره ۲۵/۵۹۶ مورخ ۱۰/۲۳/۱۳۷۰ که در مقام حل اختلاف در تشخیص صلاحیت صادر نموده بطور اجمال چنین استدلال کرده است که «نظریه خواسته دعوی و مواد ۷۷۱ و ۷۷۲ قانون آئین دادرسی مدنی و بالحفاظ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری و با تشخیص صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به این دعوی حل اختلاف مینماید.»

برخی هم معتقدند که چون در قانون و آئین دادرسی دیوان مقرراتی در باب دادرسی فوری و دستور موقت پیش بینی نشده است دادگاههای حقوقی به حکم مرجعیت عام خود صالح برای اتخاذ تصمیم در قضیه مورد بحث هستند. کلیت و اطلاق حکم مندرج در ماده ۷۷۰ قانون آئین دادرسی مدنی که مقرر داشته «در اموری که محتاج تعیین تکلیف فوری است...» مفهم شمول آن به کلیه دعاوی فارغ از خصوصیات متنوع و متفاوت آنها میباشد و تفویض این اختیار به دادگاههای که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را ندارد مبین این امر است چه به موجب ماده ۷۷۲ قانون مزبور «هرگاه موضوع درخواست دستور موقت در مقر دادگاههای غیر از دادگاههای مذکور در ماده ۷۷۱ باشد ممکن است درخواست از دادگاههای که موضوع درخواست دستور موقت در مقر آن دادگاه است بعمل آید اگر چه آن دادگاه صلاحیت رسیدگی باصل دعوی را نداشته باشد.»

برخی از دادگاههای حقوقی در یکی دو مورد پس از اظهار نظر راجع به تقاضای خواهان در زمینه دستور موقت در ماهیت امر به اعتبار صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار عدم صلاحیت خود را صادر کرده اند. و نیز شعبه هفده دیوان عدالت اداری به شرح دادنامه شماره ۳۵۶ مورخ ۷/۸/۷۰ در پرونده کلاسه ۳۳۴/۷۰ چنین رأی داده است که «خواسته شاکی با توجه به مندرجات مستون خواسته و متن دادخواست صدور دستور موقت مبنی بر عدم اجرای مفاد اخطاریه ۶۹/۱۰/۲ شهرداری منطقه ۱۷ تهران در مورد جمع آوری دکه دارای پروانه

رسمی است و اصل دعوی و بطلان اقدامات شهرداری که در صلاحیت دیوان میباشد درخواست نگردیده علیهذا نظر به اینکه با مراجعه شاکی به دادگاههای حقوقی یک تهران شعبه مرجوع الیه بهر تقدیر حسب مقررات ماده ۷۷۲ قانون آئین دادرسی مدنی تکلیف رسیدگی به درخواست مطروحه را داشته و از طرفی در مقررات مربوط به دیوان عدالت اداری اساساً دستور موقت پیش بینی نشده و مورد عمل و قابل طرح و اقدام در دیوان نمیباشد. رسیدگی به درخواست شاکی با توجه به مراتب و مراجعه وی به دادگاههای حقوقی یک در صلاحیت دیوان نبوده قرار عدم صلاحیت دیوان باعتبار صلاحیت دادگاههای حقوقی یک تهران صادر و اعلام و چون اختلاف در صلاحیت حاصل گردیده مقرر است پرونده در اجرای ماده ۲۲ قانون دیوان عدالت اداری به دیوانعالی کشور ارسال و مراتب به شاکی ابلاغ شود.» و چنانکه گفتیم شعبه ۲۵ دیوانعالی کشور در مقام حل اختلاف دیوان عدالت اداری را مرجع صالح تشخیص داده است.

بالاخره شعبه چهار دادگاه حقوقی یک اصفهان در دعوی مطروحه به طرفیت سازمان برق به خواسته رفع اثر از تصمیم آن سازمان مبنی بر تملک قسمتی از ملک خوانده به منظور نصب ترانسفورماتور و صدور دستور موقت به استناد ماده ۷۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی و اینکه دعوی از مصادیق ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری بوده و اتخاذ تصمیم راجع به درخواست صدور دستور موقت هم به تبع دعوی اصلی در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد در اردو قسمت قرار عدم صلاحیت خود را صادر کرده و پرونده به واسطه اعتراض وکیل خواهان به قرار مزبور در قسمت دستور موقت به دیوانعالی کشور ارسال شد و شعبه هشتم آن دیوان به شرح دادنامه شماره ۸/۴۸۸ مورخ ۲۷/۷/۱۳۴۷ چنین رأی داده است که «با توجه به محتویات پرونده اعتراض تجدیدنظر خواه فقط مربوط به صدور قرار عدم صلاحیت نسبت به تقاضای دستور موقت است این اعتراض وارد نیست. زیرا سابقاً مطابق ماده ۱۶ قانون سازمان برق ایران مصوب ۱۳۴۶ رسیدگی بموضوع در صلاحیت هیئت مقرر در بند الف ماده مزبور بوده و رأی صادره از طرف هیئت قطعی و غیرقابل اعتراض بود. و بعد از تصویب لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ و در موضوع مشروحه طبق مقررات قانون مزبور عمل میشود و نتیجتاً در اصل

موضوع مرجع دادگستری صالح برسیدگی نمیباشد و صدور دستور موقت هم در صلاحیت مراجع دادگستری نخواهد بود و اگر راجع به تملک زمین طبق قانون فوق-الاشعار که در سال ۸۰ بتصویب شورای انقلاب رسیده است اعتراضی باشد مطابق ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری دیوان مزبور صالح برسیدگی است. نتیجتاً قرار عدم صلاحیت ابرام میگردد.

گرچه رأی فوق الذکر از حیث تأیید صلاحیت دیوان عدالت اداری موافق اصول و سوازین قانونی میباشد. لیکن صدور آن قبل از حدوث اختلاف در تشخیص صلاحیت بین دیوان عدالت اداری و دادگاه دادگستری با توجه به صراحت ماده ۲۲ قانون دیوان عدالت اداری و رأی شماره ۲۸ مورخ ۶۴/۹/۱۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که در مقام ایجاد وحدت رویه قضائی صادر شده محل تأمل است. کما اینکه شعبه مزبور نیز بشرحی که خواهد آمد مقررات مذکور را متعاقباً مورد عنایت قرار داده است. توضیح اینکه پس از ارسال پرونده به دیوان عدالت اداری شعبه دهم این دیوان چنین رأی صادر کرده است که «در خصوص درخواست دستور موقت مطروحه در شعبه ۴ دادگاه حقوقی یک اصفهان که به تبع اصل دعوی و مستنداً به ماده ۷۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی منتهی به صدور قرار عدم صلاحیت شماره ۸۹-۶۷/۲/۳۱ گردیده و همچنین درخواست وکیل شاکیه در این خصوص بشرح دادخواست تقدیمی نظر به اینکه حسب ماده ۷۷۲ همان قانون که تصریح دارد هرگاه موضوع دادخواست دستور موقت در مرقه دادگاهی غیر از دادگاههای مذکور در ماده ۷۷۱ باشد ممکن است در خواست از دادگاهی که موضوع درخواست دستور موقت در مقر آن داده شده است بعمل آید اگر چه آن دادگاه صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را نداشته باشد. بهر تقدیر دادگاه مزبور با مراجعه شاکیه تکلیف رسیدگی به درخواست مطروحه را داشته است و از طرفی در مقررات مربوط به دیوان عدالت اداری اساساً دستور موقت پیش بینی نشده و مورد عمل و قابل طرح در دیوان عدالت اداری نمیشد. علیهذا رسیدگی نسبت به درخواست دستور موقت در صلاحیت شعبه ۴ دادگاه حقوقی یک اصفهان تشخیص و با حدوث اختلاف در صلاحیت و با عنایت به اینکه رأی شعبه هشتم دیوان عالی کشور شماره ۸/۴۸۸ مورخ ۶۷/۷/۱۷ در مقام تجدیدنظر خواهی از قرار مزبور صادر گردیده و منصرف از رسیدگی بحدوث اختلاف در صلاحیت موضوع ماده ۲۲

قانون دیوان عدالت اداری میباشد. پرونده به منظور رفع اختلاف بدیوانعالی کشور ارسال میگردد...

سرانجام شعبه هشتم دیوانعالی کشور با قبول استدلال شعبه دهم دیوان عدالت اداری طی دادنامه ۸/۶۳۵ مورخ ۶۸/۹/۲۷ بشرح ذیل اقدام به صدور رأی کرده است «با توجه به محتویات پرونده موضوع مطروحه در دیوانعالی کشور فقط منحصر است به دستور موقت که قبلاً این شعبه قرار عدم صلاحیت را به اعتبار صلاحیت دیوان عدالت اداری ابرام کرده که با عنایت به تصمیم دیوان عدالت اداری که تذکر داده رأی دیوانعالی کشور در مقام تجدیدنظر خواهی از قرار صادر گردیده و منصرف از رسیدگی به حدوث اختلاف در صلاحیت موضوع ماده ۲۲ قانون دیوان عدالت اداری میباشد و با توجه به استدلال دیوان مزبور و لایحه مورخ ۶۷/۱۰/۳ مدیرعامل شرکت برق منطقه‌ای اصفهان و با در نظر گرفتن مواد ۷۷۱ و ۷۷۲ قانون آئین دادرسی مدنی در مقام رفع اختلاف در صلاحیت شعبه چهارم دادگاه حقوقی یکم اصفهان مرجع صالح جهت اتخاذ تصمیم تشخیص میشود».

صرفنظر از ایرادات صوری آراء مذکور از لحاظ مبانی استدلال نیز محل تردید و تأمل میباشد چه عدم تصریح به دادرسی فوری و دستور موقت در مقررات مربوط به دیوان عدالت اداری و یا عدم قابلیت اعمال و اجرای آن در دیوان مزبور موجب صلاحیت دادگاههای دادگستری نخواهد بود و حکم مندرج در ماده ۷۷۲ قانون آئین دادرسی مدنی هم ناظر به امکان تقدیم دادخواست صدور دستور موقت به دادگاهی است که برای رسیدگی به اصل دعوی فاقد صلاحیت محلی یا نسبی میباشد و تعمیم آن به مواردی که دادگاه فاقد صلاحیت ذاتی است ملاک موجهی ندارد. مضافاً اینکه دادگاه مقرر در ماده ۷۷۲ به قائم مقامی دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد از جهت سهولت امر و توفیق در تعیین تکلیف فوری نسبت به موضوع اقدام میکند و چنانچه مرجع صالح یعنی دیوان عدالت اداری خود فاقد چنین اختیاری باشد طبعاً دادگاه حقوقی هم دارای چنین اختیاری نخواهد بود. که با توجه به تناقض آراء شعب هشت و بیست و پنج دیوانعالی کشور موضوع از حیث ایجاد وحدت رویه قضائی قابل طرح در هیئت عمومی دیوانعالی کشور میباشد.

نتیجه اینکه اولاً دادگاههای دادگستری در دعاوی داخل در صلاحیت دیوان عدالت اداری صلاحیت اتخاذ تصمیم در خصوص تقاضای دادرسی فوری و دستور موقت را ندارند و باید از خود نفی صلاحیت کنند. ثانیاً صدور دستور موقت در دیوان عدالت اداری به لحاظ فقد مجوز قانونی در حال حاضر ممکن نیست و قانونگذار باید با تجدیدنظر در قانون دیوان عدالت اداری و رفع نواقص و نارسائیهای آن با وضع مقررات خاص این مشکل را هم حل نماید. اما در شرایط فعلی شعب دیوان میتوانند ضمن ابلاغ اوراق دادخواست و پیوستهای آن در صورت لزوم با تعیین وقت مناسب طرفین را برای رسیدگی و بررسی مدارک و اسناد و پروندههای مربوط دعوت کنند و در حداقل زمان ممکن با صدور رأی مقتضی تکلیف دعوی را تعیین نمایند.

نوشته: عزت فتاح *

ترجمه: سوسن خطاطان

دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی:



از سیاست مبارزه با بزهکاری
تا سیاست دفاع از بزه دیده
« ضرورت يك تغيير بنيادی
در سیاست جنائی کنونی »**

* نوشتار حاضر موضوع کنفرانس نویسنده (استاد جرم‌شناسی دانشگاه سیمون فریزر کانادا)
در گردهم‌آمی بین‌المللی که از ۳ تا ۴ آوریل ۱۹۹۱ پیرامون «بزه‌دیده‌شناسی و حقوق
بزه‌دیده» در دانشگاه تامپسون، پانکوکه، برگزار گردید، میباشد.

*** «FATTAH Ezzat A, t, From crime Policy to victim Policy. The need for a fundamental
policy change, in, International Annals of criminology, Vol. 29, nos 1 +2, 1991, pp. 43-60.

در سالهای اخیر گامهای مؤثری در زمینه «بزه‌دیده‌شناسی»^(۱) کاربردی برداشته شده است. در دهه ۱۹۸۰ تصویب قوانین گوناگون، ارائه خدمات و طرح‌ریزی برنامه‌های متعدد و مختلف، جلگی بمنظور کمک به بزه‌دیدگان و بهبود بخشیدن به سرنوشت ناخوش‌آیند آنان انجام پذیرفته است. یکی از مهمترین پیشرفت‌ها در این زمینه، بیانیته رسمی سازمان ملل پیرامون اصول اساسی عدالت برای بزه‌دیدگان و منع سوءاستفاده از قدرت میباشد که در یازدهم نوامبر ۱۹۸۵ به تصویب مجمع عمومی رسید.^(۲)

بهنگام تصویب این بیانیه، مجمع عمومی سازمان ملل متحد چنین بیان داشت:

«براین نکته آگاهی دارد که میلیونها نفر در سراسر جهان از ارتکاب بزه و سوء استفاده

۱- برای کسب اطلاعات بیشتر راجع به «بزه‌دیده‌شناسی» «یا مجنی‌علیه‌شناسی» ر.ک به: آنسل (مارک)، دفاع اجتماعی، ترجمه دکتر محمد آشوری و دکتر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۰؛ پیکا (ژرژ)، جرم‌شناسی، ترجمه دکتر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۰؛ کی‌نیا (دکتر مهدی)، «بزه‌دیده‌شناسی یا مجنی‌علیه‌شناسی»، حقوق، نشریه دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۱، ۱۳۷۰، ص ۱۲-۱۵.

۲- تاریخچه بیانیه سازمان ملل و تلاشهای بعمل آمده در این زمینه توسط ژوتسن (Joutsen) ۱۹۸۷، ص ۵۵-۹۰ تشریح گردیده است.

از قدرت رنج می‌برند و حقوق این بزه‌دیدگان هرگز بعد کافی مورد شناسائی قرار نگرفته است»^(۱). همه این پیشرفت‌ها، اماراتی هستند که فرا رسیدن عصر طلایی حمایت از حقوق بزه‌دیده را نوید می‌دهند.

آنچه که در مورد پیشرفتهای دهه اخیر در زمینه وضعیت و حقوق بزه‌دیدگان قابل توجه می‌باشد، آنست که تغییرات و اصلاحات قانونی با سهولت و بدون اشکال مورد تدوین و تصویب قرار گرفت. نه تنها روشهای مبتکرانه پیشنهادی با مخالفت روبرو نشد، بلکه حتی مطالعاتی که بطور معمول برای ارزیابی اثرات احتمالی این گونه تغییرات قانونی بر روی نظام عدالت جنائی و کل جامعه، قبل از تصویب آنها انجام می‌پذیرد، در این مورد بعمل نیامد. شگفت‌انگیزتر آنکه این تغییرات و اصلاحات بدون ارائه مدارک عینی روشنی دال بر اینکه نمایانگر تمایلات واقعی بزه‌دیدگان باشند، مطرح و پیشنهاد گردیده‌اند.

بهین سبب، زمان آن فرا رسیده که این اصلاحات جدید قانونی را که در مورد بزه‌دیدگان اعمال گردیده ارزیابی کنیم و ببینیم تا چه میزان در بهبود وضعیت آنان مؤثر بوده است.

هدف از این مقاله اثبات این نکته است که، علیرغم گرافه‌گوئی‌هایی که بهنگام مطرح ساختن این تغییرات بعمل آمد، این تدابیر و اقدامات دگرگونی محسوسی در جهت بهبود وضع بزه‌دیدگان به‌ارمغان نیاورده‌اند. این مقاله نشان خواهد داد آنچه که برای دستیابی به هدف مورد نظر ضروری است، ایجاد یک سیاست جدید برای عدالت جنائی و یک فلسفه نو در زمینه رسیدگی و محاکمه کیفری است که بجای تکیه بر مجازات و انتقام‌جویی، بر میانجیگری، ترمیم آثار بزه، آشتی و سازش میان بزه‌کار، بزه‌دیده و جامعه مبتنی باشد. در غالب موارد، دستیابی به این دو هدف (سزادهی - ترمیم) بطور همزمان در عمل ممکن نیست. به موازات این تغییر، یک تحول بنیادی دیگر نیز در دیدگاه سنتی جامعه راجع به بزه، باید ایجاد نمود. از این پس بزه را نباید بتوان یک بی‌جرمتی آشکار نسبت به دولتها، بلکه به مثابه جرمی علیه فرد بزه‌دیده و نه به منزله نقض یک قانون مجرد، بلکه بعنوان نقض حقوق بزه‌دیده بشمار آورد.

۱- ژوتسن (Joutsen)، ۱۹۸۷، ص ۶۸.

بحثی را که در پیشبرد آن می‌کوشیم اینست که اگر توجه واقعی به حال بزه دیدگان داشته باشیم و حقیقتاً بخواهیم وضعیت آنان را بطور اساسی بهبود بخشیم، آنگاه به چیزی بیش از شعارهای توخالی از قبیل (عدالت برای بزه‌دیدگان)، حرکت‌های نمادی (مثل تأثیر اظهارات و لوایح مجنی علیه بر مفاد حکم)، (۱) تدابیر تنبیهی (مثل اخذ جریمه مضاعف برای بزه‌دیده) (۲) و تدابیر سیاسی تسکینی که فقط بمنزله نسخه‌هایی جهت جلب رضایت بیمار تجویز می‌شوند (مثل طرح‌های مربوط به ترسیم خسارات وارده به بزه‌دیده) (۳) نیاز خواهیم داشت.

موقعیت حقوقی بزه‌دیدگان

حمایت از قربانیان بزهکاری و کمک به آنها باید بخشی از ارزشهای اساسی جامعه محسوب شود. تعهدات هر جامعه نسبت به بزه‌دیدگان باید، از نظر اعتقادی در اعماق نظام کلی آن جامعه ریشه بگستراند. از اینرو، ایجاد منابع قانونی که حقوق بزه‌دیدگان از آنها سیراب شوند اهمیتی بسزا دارد. اگر بخواهیم که اقدامات و سیاست‌های مورد نظر علاوه بر ملاحظات بشر دوستانه در مورد بزه‌دیدگان و وضعیت آنها، بر معیارهای دیگری نیز مبتنی باشند، لازم است پایه‌های حقوقی و اجتماعی تعهدات جامعه و نیز مسئولیت بزهکار را نسبت به بزه‌دیده تعیین نماییم.

در دهه ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ بهنگامیکه مارگری فرای (۴) و سایر حامیان مکتب دفاع از بزه‌دیده، خواستار جبران خسارات بزه‌دیدگان از سوی دولت‌ها شدند، تلاش‌های پی‌گیری برای تعیین پایه‌های حقوقی و فلسفی که چنین خساراتی باید بر آنها مبتنی باشند، بعمل آمد. در میان نظریه‌های پیشرفته آن زمان، می‌توان نظریات شبه‌جرم حقوقی (۵)، قرارداد اجتماعی، سودمندی (۶) و همبستگی اجتماعی را نام برد. اما تلاش مشابهی برای رفع نگرانی‌های موجود در مورد تحکیم حقوق بزه‌دیدگان و نتیجه‌گیری

1. Victim Impact Statements .

2. Fine Victim Surcharge .

3. Victim Compensation Schemes .

4. Margery Fry .

5. Legal tort Theory .

6. Utilitarian Theory .

از بحثهایی که پیرامون آن مطرح میگردد، بعمل نیامده است. این امر شاید معلول تدوین و تصویب لایحه قانونی حقوق بزه‌دیدگان باشد که بجای ابتکارات حقوقی و قضائی از ابتکارات سیاسی و مردمی نشئت گرفته است.

از آنجا که حقوق قانونی از موقعیت حقوقی فرد سرچشمه گرفته و با آن ارتباطی تنگاتنگ دارد، برای تعیین حقوق بزه‌دیده، بدو تعریف موقعیت حقوقی او ضروری است. این موضوع از آنجهت بیشتر حائز اهمیت است که در بسیاری از مراجع قضائی، در حال حاضر، بزه‌دیدگان پایگاه حقوقی مشخصی ندارند. قبل از این که اصلاحاتی در قانون جزای کانادا در ۱۹۸۸ بعمل بیاید^(۱) این امر بوضوح کامل در آراء دادگاههای انتاریو و کلمبیای انتاریو و کلمبیای بریتانیائی نمایان بود. در نوامبر ۱۹۸۷ در پرونده کیفری مربوط به حادثه خطرناک رانندگی که منجر به مرگ یک جوان ۱۶ ساله گردید، قاضی دیوان عالی کشور در ایالت کلمبیای بریتانیائی، تقاضای دادستان را مبنی بر تقدیم لایحه‌ای از سوی خانواده بزه‌دیده، رد کرد. وی بدادنامه صادره از دیوان عالی انتاریو با نقل این عبارت که «اصول حکم دادگاه، صرفاً رهنمودهایی را برای قضات دادگاهها ایجاد نموده و شامل ملاحظات مربوط به تأثیرات مرگ نابهنگام بزه‌دیده بر روی بازماندگان او نمیگردد»^(۲) اشاره نمود. این استدلال قضائی نمایانگر آنست که بزه‌دیده (یا بازماندگانش در صورت

۱- قانون اصلاح قانون جزا معروف به لایحه قانونی C-89 (مصوب ۲۱ ژوئیه ۱۹۸۸) برای اصلاح این وضعیت بند زیر را به ماده ۶۶۲ قانون جزای کانادا اضافه نمود:

«بمنظور تعیین مجازات بزهکار یا احرار اینکه آیا بزهکار باید طبق بند ۱ ماده ۶۶۲ از هرگونه بزه تبرئه گردد یا خیر، دادگاه می‌تواند لایحه‌ای را که طبق بند ۱۰۲ از سوی بزه دیده تهیه و تقدیم و طی آن صدمه یا زیان وارده به شخص بزه‌دیده در اثر اقدام بزه‌کارانه، توصیف گردیده است مد نظر قرار دهد».

بند دیگر، بزه‌دیده را بدین‌گونه تعریف میکنند: «شخصی که در اثر اقدام بزهکارانه یا زیانی وارد آمده و یا متحمل خسارت مادی یا معنوی گردیده است» و اضافه میکند که در صورت فوت یا بیماری یا عدم اهلیت اقامه دعوی توسط بزه‌دیده، تعریف مزبور شامل «همسر یا هر یک از اقرباء بزه‌دیده که قانوناً یا واقعاً قیم آن شخص محسوب شده و یا مسئول مراقبت یا حمایت از او باشد و یا هر یک از وابستگان او میگردد».

۲- The Vancouver Sun ، نوامبر ۱۹۸۷

فوت وی) از هیچ موقعیت حقوقی برخوردار نبوده و بنابراین نمی‌توانند در محاکمات کیفری طرف دعوی قرار گیرند. این عدم شناسائی پایگاه حقوقی برای بزه‌دیده، ضرورت تغییر بنیادی در دیدگاه جامعه را نسبت به جرم و مجازات، مورد تأکید قرار میدهد. این ضرورت، در صورتی احساس میشود که قرار باشد بزه‌دیده را در محاکمات کیفری بعنوان طرف دعوی تلقی کنیم و پایگاه حقوقی از دست رفته‌اش را به او باز گردانیم. عبارت دیگر، آنچه که به فوریت مورد نیاز است، یک فلسفه جدید در عدالت کیفری است. در این فلسفه جدید، که در واقع یک فلسفه بسیار قدیمی است، به جرم بعنوان یک عمل خطا کارانه که به کیفر نیاز دارد نگریسته نمیشود، بلکه رفتار زیان‌آوری محسوب می‌گردد که در زمان حاضر به جبران و ترمیم نیاز دارد و پیشگیری از ارتکاب آن در آینده ضروری میباشد.

در روزگاران قدیم که همه اعمال زیان‌آور، شبه‌جرم‌های مدنی تلقی می‌گردیدند و هیچگونه تفاوتی بین حقوق مدنی و حقوق جزا وجود نداشت، بزه‌دیدگان از موقعیت بهتری برخوردار بودند. در آن زمان بزه صرفاً دارای جنبه خصوصی بود و بزه‌دیدگان نقش مدافعان اصلی را در محاکمات ایفا می‌نمودند و باین ترتیب تعقیب مجرم بجای آنکه بعهده مقام سلطنت باشد بعهده بزه‌دیده یا نماینده وی قرار داشت. بعدها با ایجاد سمت دادستان عمومی، نقش بزه‌دیده تضعیف گردید و اهمیت خود را در مراحل مختلف عدالت کیفری از دست داد^(۱).

اما افول واقعی موقعیت مجنی‌علیه با پیدایش حقوق کیفری تحقق پیدا کرد، زیرا براساس آن، عمل بزه‌کارانه، بجای آنکه اقدامی علیه فرد بزه‌دیده تلقی گردد، عمل مجرمانه‌ای علیه مقام سلطنت و بعدها علیه دولت محسوب گردید. رفته‌رفته بزه‌دیده که نقش اصلی را در مراحل مختلف عدالت کیفری ایفا می‌نمود و محاکمات به‌نام و از سوی او انجام می‌پذیرفت، به‌شاهدی که از او برای پشتیبانی از کیفر خواست مقام سلطنت استفاده میشد و، در صورت استناع از همکاری یا شهادت دادن، مورد لعن و دشنام قرار میگرفت، تبدیل گردید. هنگامیکه دولت حق تعقیب جزائی را به‌انحصار خود در آورد و غرامت قابل پرداخت به بزه‌دیده^(۲) را به جرمه قابل

1. Gallaway and Hudson , 1981 .

2. wergeld .

پرداخت به خزانه پادشاه تبدیل نمود، بزه دیده به صورت یک فرد از یادرفته و فاقد موقعیت حقوقی در آمد.

منشأ سقوط تاریخی موقعیت بزه دیده، آنگونه که کمیسیون اصلاح حقوق کانادا^(۱) توصیف میکند، به تدوین حقوق جزا باز میگردد. کمیسیون مزبور، این سیر تاریخی را بدینگونه بیان میکند:

«تا آنجا که ما اطلاع داریم، سابقاً در نظام حقوقی آنگلوساکسون در کشور انگلستان، حقوق جزا وجود نداشته است. اختلافات، معمولاً، به روشی بسیار مشابه با حقوق مدنی ما، مورد رسیدگی قرار میگرفته است. هنگامیکه فردی احساس می نمود در اثر عمل خلاف کارانه فرد دیگر، متضرر گردیده، مجاز بود توافق به سازش نماید و یا آنکه شکایت خود را نزد دیوانی مطرح سازد. روش معمول در قبال چنین امری، پرداخت غرامت بود و سایر کیفرها منجمله مجازات حبس، ندرتاً مورد استفاده قرار میگرفتند.

با توسعه کامن لو، حقوق جزا بصورت شاخه مستقلی از علم حقوق در آمد. در این زمان مشاهده میگردید که اعمال ضد اجتماعی بیشماری بجای آنکه خطاهای شخصی یا شبه جرم محسوب شوند، بزه علیه دولت و یا جرم نام می گرفتند. این گرایش به توصیف پاره ای از خطاها بعنوان «جرم»، به سبب وجود یک عرف که بموجب آن املاک و اموال شخص محکوم برفع پادشاه و یا لردهای فئودال توقیف میشد، رو به فزونی گذارده بود. ضمناً غرامت نیز دیگر به شخص بزه دیده تعلق نمی گرفت بلکه بصورت جریمه به لردهای فئودال پرداخت میشد.

باین ترتیب، رویه معمولی برای جبران خسارت بزه دیده یا بستگان او رو به زوال گذارد زیرا اعمال رویه مزبور را فی نفسه نوعی جرم برای اختفاء عمل مجرمانه یا تبدیل جرم بیک منبع سودآور، قلمداد نمودند. به مرور زمان، غرامات و جوهیکه در جبران خسارت بزه دیده می بایست به او پرداخت گردد، بسوی خزانه دولت، تغییر مسیر داد. سازش مخفیانه مابین مجرم و مجنی علیه برای مخفی نگاه داشتن جرم (قبول وجه نقد توسط مجنی علیه از شخص مجرم در ازاء عمل خلافکارانه بدون اطلاع و رضایت دادگاه یا بطریقی که مخالف منافع یا مصالح عمومی جامعه

باشد)، هنوز به موجب قانون جزای کانادا، جرم محسوب شده و این منع قانونی مانع از سازش خصوصی طرفین یا جبران خسارت بزه دیده می‌گردد.

اکنون چنین بنظر میرسد که این تحولات تاریخی هر چند با حسن نیت توأم بوده لیکن در عمل، فرد بزه دیده را از سیاستهای مربوط به محاکمه کیفری، حذف نموده و این نظریه را که بنا بر آن جرم یک تعارض اجتماعی می‌باشد در هاله‌ای از ابهام فرو برده است» (۵-۴: ۱۹۷۴).

شکی نیست که این تحولات تاریخی ناشی از نیرنگهای سیاسی بوده است که حقوق مشروع بزه دیدگان از طریق آنها بنفع حکمرانان غصب و پایمال گردیده است. این همان عمل غاصبانه‌ایست که کریستی^(۱)، بهنگام بیان این مطلب که اختلافات از دست طرفینی که مستقیماً در آن دخیل می‌باشند خارج شده و بدینوسیله محور گردیده و یا به سایر مردم تعلق گرفته است، بآن اشاره می‌نماید. ضمناً این یک واقعیت تاریخی است که با گذشت زمان، حقوق جزا به ابزار قدرت دولتها و حکمرانان برای انقیاد افراد ملت و سلطه جوئی بر آنها تبدیل گردید و این مسئله که بسیاری از قوانین جزا با سرفصلی تحت عنوان «جرائم علیه دولت» آغاز می‌گردند، یک امر اتفاقی نیست.

امروزه در اجرای عدالت کیفری بر نقشهائی که افراد حرفه‌ای و متخصص از قبیل قضات، دادستانها، وکلای مدافع، کارشناسان و غیره ایفا می‌کنند، تکیه می‌شود. افراد مزبور جایگاه مهمی را بطور فزاینده در نظام عدالت کیفری بخود اختصاص می‌دهند، حال آنکه نقش بزه دیده بیک نقش فرعی تبدیل گردیده و در دیدگاه نظام مزبور کاملاً بی‌ارتباط و بی‌اهمیت می‌باشد^(۲).

کریستی^(۳) معتقد است که ریشه مسئله عدالت کیفری به اختلافات و تعارضهایی باز می‌گردد که بجای آنکه حل و فصل آنها بدست خود مردم باشد به حیطه اقتدار و صلاحیت افراد حرفه‌ای درآمده است. وی اضافه می‌کند که افراد حرفه‌ای با پرداختن به اختلافات فیما بین مردم، این فرصت را از جامعه سلب نموده‌اند که از

1. Christie, 1977 .

2. Gallaway and Hudson, 1981 : 229 .

3. Christie, 1978 .

اختلافات فیما بین افراد تجربیاتی بیاموزد و ساختارهای خود را برای بهبود بخشیدن به وضعیت موجود اصلاح نماید.

فلسفه‌های قدیمی و نوین عدالت کیفری

وضعیت فعلی بزه‌دیدگان ناشی از این واقعیت است که بزه دیگر بعنوان یک تعارض مابین دو انسان، دو موجود بشری محسوب نشده بلکه بعنوان یک اختلاف میان بزهکار و جامعه بشمار می‌آید. با چنین نگرشی، بزه تعهدی را در مورد بزه‌دیده ایجاد نمی‌کند بلکه بزهکار را در قبال جامعه مدیون می‌سازد و زمانی که بزهکار به مجازات برسد، دین او نیز ادا شده است. در چنین نمایشنامه‌ای، بزه‌دیده جایگاه و نقشی برای ایفا کردن ندارد. مطالعه گزارش اخیر کمیسیون احکام کانادا^(۱) باین استنباط تلخ منجر می‌گردد که با وجود تمامی بحث‌هایی که در مورد بزه‌دیدگان، حقوق و وضعیت آنها می‌شود، دیدگاه اساسی هنوز تغییر نکرده است. بجای بیان این مطلب که هدف اولیه از صدور حکم محکومیت جبران زیان وارده به بزه‌دیده و پیشگیری از تکرار چنین زبانی در آینده می‌باشد، متأسفانه کمیسیون احکام در ۱۹۸۷ چنین اعلام می‌نماید که:

«هدف اساسی از صدور حکم، حفظ قدرت قانون و افزایش احترام به آن از طریق اعمال مجازاتهای عادلانه می‌باشد» (۱۵۱: ۱۹۸۷).

چنین هدفهای انتزاعی باعث گردیده است که نظام قضائی، بصورت یک نظام غیربشری و بی‌اعتنا به فرد که در آن بزهکار و بزه‌دیده هر دو به‌اشیائی بیجان تبدیل گردیده‌اند، درآید. در عصری که قرار بود عصر طلایی بزه‌دیدگان باشد، یک نوع تأکید و سواس گونه بر مجازات که بطور استعاری آنرا «سزاهای عادلانه» می‌خوانند، به چشم می‌خورد. اما تعیین مجازات بعنوان نقطه اصلی تمرکز نظام عدالت کیفری، نه از نظر اخلاقی مشروع است و نه در عمل مؤثر می‌باشد. یک چنین روشی فقط می‌تواند به حال بزه‌دیده زیان بخش باشد. حل و فصل اختلافات،

میانجیگری، سازش، داوری و ترمیم خسارت، همگی مفاهیمی هستند که نسبت به یک نظام متمرکز بر روی مجازات بیگانه می‌باشند. زیرا چنین نظامی بجای آنکه بزه را اقدامی سرزده از سوی یک فرد بشر بداند، به آن بعنوان یک تخلف قانونی مینگرد.

نظامی اینگونه، بجای آنکه در رفع تعارض بکوشد به تشدید آن می‌پردازد و بجای نزدیک ساختن طرفین دعوا بیکدیگر، فاصله میان آنها را عمیق‌تر می‌سازد. تأکید و سواس‌گونه در مورد مجازات، منجر به قائل شدن یک تفاوت ناموجه میان قربانیان اعمال جنائی و قربانیان سایر اعمال ناپسند گردیده و منتج به بی‌عدالتیهای شدیدی نسبت به بزه‌کاران و بزه‌دیدگان خواهد شد.

در فلسفه جدید عدالت کیفری، هدف اولیه حقوق جزا التیام بخشیدن به صدمه وارده، ترمیم زیان، جبران خسارت و پیشگیری از وقوع جرم در آینده میباشد.

چنین نظامی نیاز به یک بازنگری و بررسی مجدد در مورد مرزهای تصنعی که در طول سالیان متمادی بین حقوق مدنی و حقوق جزا، بین دادگاههای مدنی و دادگاههای کیفری و نیز تفاوت تصنعی که میان جرم و شبه جرم ایجاد شده خواهد داشت. این تفکیک تصنعی که ظاهراً عادی تلقی میشود، به حال قربانیان جرم و منافع آنان مضر است. اکثریت عمده جرائم که به محاکمه منجر میگردند، سرانجام با یک حکم جریمه به پایان میرسند، در حالیکه پرونده‌های مدنی نیز با پرداخت خسارت ختم میگردند. تنها تفاوت واقعی در نتیجه یک پرونده مدنی و یک پرونده کیفری اینست که در مورد اول، خسارت به شخص زیان دیده پرداخت میشود در حالیکه در مورد اخیر، این دولت است که به قیمت زیان بزه‌دیده، از حکم صادره منتفع میگردد و این خصوصیتی است که باید تغییر یابد.

سلسله تدابیر امدادی که در طول ده سال گذشته توسط کشورها اتخاذ گردیده، به ریشه‌های واقعی شرایط فعلی بزه‌دیدگان بی‌اعتنا بوده‌اند. اندیشه‌های فلسفی، اخلاقی و مذهبی و منافع سیاسی که منجر به ظهور مفاهیم جرم و مجازات گردیدند، مسبب افول حقوق و منافع بزه‌دیدگان میباشند. روشهای مفیدی از قبیل ترمیم خسارات، سازش و آشتی موجب ظهور کیفرهایی بمنظور کفاره یا جبران آثار جرم گردید. بهبود بخشیدن به سرنوشت قربانیان جرم مستلزم آنست که مفهوم جرم به ریشه‌های اجتماعی خود باز گردد. از نظر جامعه‌شناسی، جرم یک گناه و یک رفتار

غیر اخلاقی محسوب نمیشود بلکه یک اقدام زیان‌آور و لطمه‌انگیز بشمار می‌آید. از آنجا که جرم یک چهره مسلم زندگی اجتماعی است، منطق منحصراً چنین ایجاب میکند که در یک جامعه مادی و تکنولوژیکی، آثار یک خطر اجتماعی، یعنی خطری که ناشی از زندگی نو می‌باشد، بشمار آوریم، که با سایر خطراتیکه مردم را بطور روزمره تهدید میکند، تفاوت چندانی ندارد. همان روش رویارویی با سایر خطرات اجتماعی از طریق کاهش امکان بروز و رفع آثار ناشی از آنها باید رهنمود سیاست گذاران کیفری در نحوه مقابله با جرم واقع شود. جنایت، همانند مصائب طبیعی و قهری از قبیل حوادث رانندگی، بیماری و مرگ، جزئی از واقعیات زندگی محسوب میشود. اما آنگونه که سایر خطرات اجتماعی در یک جامعه مرفه تحت پوشش انواع گوناگون بیمه قرار دارند، خطر قربانی یک جنایت واقع شدن، بنحو کافی و لازم تحت پوشش ایمنی قرار نگرفته است. سیاستها و طرحهای مربوط به جبران خسارات بزه‌دیده، گام چندان مؤثری در راه اصلاح و بهبود این وضعیت برنداشته‌اند. عدم تأمین بودجه کافی، اطلاعات ناقص و تعیین ضوابط مشکل برای واجد شرایط شناختن بزه‌دیده، باعث شده است که اکثریت بزه‌دیدگان از شمول برنامه‌های ترمیمی مستثنی گردند (۱). از آنجا که بودجه اختصاص داده شده به این برنامه‌ها بسیار محدود میباشد، تعمیم و افزایش درخواستها صرفاً موجب کاهش کمکهای جبرانی و افزایش سوار امتناع از اعطاء این کمکها خواهد گردید. جبران خسارت توسط مجرم نیز بدلائل آشکار، روشی است که ندرتاً مورد استفاده قرار می‌گیرد و اثر جبرانی بسیار ناچیزی دارد. این روش فقط بعنوان یک روش جایگزین (نه بعنوان یک روش الحاقی) بجای مجازات حبس برای مجرم، بکار میرود و در جو کیفرگرای فعلی، این پیشنهاد جدایت چندانی ندارد.

قوانین مدون در کشورهای گوناگون این واقعیت را آشکارا نشان میدهد که دولتها مایل نیستند در راه بهبود وضع بزه‌دیدگان اقداماتی بیش از حرکت‌های متظاهرانه، که جنبه تسکین دهنده سیاسی برای جلب رضایت بیمار دارد، انجام دهند. مثلاً در سال ۱۹۸۷، دولت کانادا پیرو اقدامات بعضی از ایالات آمریکا،

۱- برای تجزیه و تحلیل تفصیلی برنامه‌های ترمیمی در کانادا، رجوع شود به فتاح (۱۹۸۸).

لایحه‌ای را به مجلس فدرال آن کشور تقدیم نمود^(۱) که یکی از هدفهای آن، اعمال یک جریمه اضافی در رابطه با مجنی علیه^(۲) می‌باشد که میزان آن نباید از ۱۰٪ هر جریمه دیگری در مورد مجرم تجاوز نماید و چنانچه هیچ نوع جریمه دیگری برای جرم قابل اعمال نباشد، میزان این جریمه اضافی، بالغ بر مبلغ ده هزار دلار می‌گردد. باین ترتیب بجای پرداخت جریمه‌ها به صاحبان اصلی و قانونی آن، از طریق واریز آنها به صندوقی که مختص جبران خسارات بزه‌دیدگان باشد، یا بجای استفاده از این وجوه بمنظور تأمین یک طرح بیمه کامل و جامع برای قربانیان جرم، این قانون جدید قصد دارد هزینه برنامه‌های ترمیمی فعلی را از محل تحمیل یک جریمه اضافی به مجرم، تأمین نماید. اجرای مفهوم جریمه اضافی در رابطه با مجنی علیه، نه عملی است و نه منصفانه زیرا بسیاری از مجرمین، بویژه آنهائیکه مرتکب جرائم خشونت‌آمیز می‌گردند، قادر نیستند جریمه‌ای را که پرداخت آن محکوم می‌گردند، بپردازند و نتیجتاً مجبور میشوند مدت زمان اضافی را بلحاظ عدم پرداخت در زندان سپری کنند و نتیجه واقعی تحمیل جریمه اضافی ایست که وضع نامطلوب قبلی را وخیم‌تر می‌سازد. ضمناً این اندیشه باین لحاظ غیرمنصفانه است که همه مجرمین، نه فقط کسانی را که مسئول جبران خسارت هستند، محکوم به پرداخت جریمه می‌کند. اکثر جرائمی که بزه‌دیده‌ای ندارند مشمول جریمه می‌گردند و آنانکه در رابطه با این جرائم محکوم گردیده‌اند، باید مبالغ اضافی بابت جبران تنگ‌نظری دولت بپردازند. قاچاقچیان مواد مخدر و مرتکبین جرائم غیر خشونت‌آمیز باید همان مبلغی را که مرتکبین جرائم خشونت‌آمیز بآن محکوم می‌گردند، پرداخت نمایند.

نیازهای بزه‌دیدگان و خدمات مربوط بآنها

این مسئله که در حال حاضر چگونه با بزه‌دیدگان رفتار میشود و دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری چگونه باید با آنان رفتار کنند، یک مسئله اداری است و به دیدگاه، سیاست و نحوه عملکرد نظام و برخورد متقابل آنانی که در این نظام کار میکنند و مراجعین آنان مرتبط می‌باشند، همانگونه که در فصل اول بیان گردید، با

۱- لایحه قانونی ۸۹-۱۰۰، قانون اصلاح قانون جزا.

2. Victim Fine Surcharge.

تماسی کسانی که از این نظام برخوردار میشوند باید بنوعی رفتار نمود که با نزاکت، حساسیت کرداری، تفاهم، محبت و احترام به حیثیت آنان توأم باشد. این نوع رفتار باید بدون در نظر گرفتن نقش یا خصوصیات آنان اعم از اینکه شاکی یا متهم، مجنی علیه یا مجرم، پیر یا جوان، زن یا مرد، فقیر یا غنی، سفید یا سیاه باشند، در مورد همه آنان یکسان باشد. بهبود دیدگاههای کلی دست اندرکاران نظام عدالت کیفری در قبال استفاده کنندگان از این نظام بسیار مفید و ضروری میباشد. افرادی که در این نظام کار میکنند باید بنحوی آموزش یابند که نسبت به نیازها و سرنوشت مراجعین خود، حساس و علاقمند باشند. به افرادی که مسئول رسیدگی به گروهها یا انواع خاصی از قربانیان جرم هستند، باید آموزش های ویژه داده شود. همچنین افرادی که فعالیت آنان مستلزم مداخله در پاره ای از تعارضات از قبیل خشونت های خانوادگی میباشد، نیاز به آموزش ویژه دارند.

بزه دیدگان چه نیازهایی دارند و این نیازها چگونه باید برطرف گردد؟^(۱) این ها مسائلی است که با تحقیقات روشن خواهد شد. برخی از نیازها واضح و برخی دیگر چندان آشکار نیستند. نیازهای گوناگونی وجود دارد و پاره ای از نیازها مختص برخی از گروهها یا انواع بزه دیدگان هستند. وقتی که نیازها بطور صحیح مشخص گردیدند این سؤال مطرح میشود که: کدام خدمات باید پاسخگوی این نیازها باشند؟ چه خدماتی باید ایجاد یا تقویت گردند تا بتوانند در رفع این نیازها مؤثر واقع شوند؟ این امر مستلزم ارزیابی کامل از خدمات موجود میباشد. سپس در این راستا تصمیمات سیاسی باید اتخاذ گردد. اجرای مفاد اعلامیه سازمان ملل در مورد اصول اساسی عدالت برای قربانیان جرم در این مورد بعلاوه هزینه های مالی آن، با اشکال روبرو میشود. از آنجائیکه تعهدات سیاستمداران معمولاً با بیانات آنان مطابقت ندارد، این انتظار، بویژه در عصر فشار و مشکلات اقتصادی، که وجوه زیادی بسوی صندوق خدمات بزه دیدگان سرازیر گردد، انتظار ساده لوحانه است. معذالک در این زمینه

۱- مهمترین نیاز بزه دیدگان، نیاز به کسب اطلاعات در مورد پرونده کیفری خود میباشد، یعنی بزه دیدگان از مقاسات ذریع انتظار دارند که نسبت به حقوق آنها علاقمند و پی گیر باشند و همواره ارتباط و تبادل اطلاعات پیرامون چگونگی پرونده را با آنها برقرار و حفظ نمایند.

است که جامعه میتواند میزان تعهد واقعی خود را نسبت به قربانیان جرم نشان دهد. قبل از ایجاد خدمات لازم برای بزه‌دیدگان در مقیاس وسیع، ارزیابی بعضی از خطرات ناشی از این اقدام لازم میباشد. خدمات اجتماعی در یک جامعه مرفه اعم از اینکه توسط افراد حرفه‌ای یا داوطلبین اجرا گردد، براین گرایش دارد که وابستگی را در میان مراجعین (بزه‌دیدگان) افزایش دهد و حتی آنان را از شبکه‌های اجتماعی خودشان، جدا سازد. در بلند مدت، این شبکه‌ها که از بستگان، همسایگان، دوستان و هم‌تاها و غیره تشکیل میشود تضعیف میگردند. زیرا که اعضای این شبکه‌ها از تعهدات اجتماعی خود آزاد میشوند، اجرای خدمات مربوط به بزه‌دیدگان توسط کارشناسان حرفه‌ای نیز خطر دیگری را در بر دارد. توجه و مراقبت فردی که توسط شبکه اجتماعی مجنی علیه انجام می‌پذیرد، جای خود را به مراقبت غیر فردی دولت میدهد. قربانی جرم که در خانواده، در میان همسایگان یا جامعه کوچک خود بعنوان یک شخص با او رفتار میشود و در چنان محیطی بعنوان یک فرد، احساس و رفتار میکند، بیک ارباب رجوع یا دریافت کننده خدمات تبدیل میگردد. (۱) او باید از این سلب هویت که او را از شخص بیک شماره تبدیل نموده، رنج ببرد. امنیت و حمایت روانی و تجدید حیاتی که بزه‌دیده در اثر مراقبت خانواده یا دوستان خود

۱- مورگان «Morgan»، ۱۹۸۱، در تحلیل انتقادی خود از تعمیم بوروکراسی و حرفه سالاری به جنبش کمک و حمایت از بزه‌دیدگان نشان میدهد که چگونه مجنی علیهم، برای مثال زناییکه مورد ضرب و شتم همسران خود قرار میگیرند، به مشتریان چنین برنامه‌هایی تبدیل میگردند. مورگان خطرات و مشکلات دیگر را نیز مشخص میکند. برای مثال او توضیح میدهد که چگونه ابزارهای کنترل اجتماعی (بازرسی اجتماعی) در زیر نقاب خدمات تخصصی نوین پنهان میشوند، چگونه نیاز به ارزیابی و گزارش میتواند اعتماد مراجعین را بطور جدی سلب کند و چگونه برخی از مراجعین در اثر تقلب نسبت به تدابیر رقاهی (تأسیس اجتماعی) و مسائل مربوط به مواد مخدر پدام میفتند. بنظر مورگان افزایش دولتهای مداخله‌گر بمعنی افزایش اشکال بوروکراتیک و تخصصی و نفوذ آنها در زندگی روزمره میباشد. او همچنین به مطالب Betsy Warrior، یکی از سازمان دهندگان جنبش حمایت و کمک به بزه‌دیدگان اشاره میکند که علیه استثمار بزه‌دیدگان توسط بوروکراتها و کارشناسان حرفه‌ای هشدار داده است، زیرا آنان بجای صرف جوییکه به جبران خسارات بزه‌دیدگان اختصاص داده شده از وجوه مزبور برای دارا شدن خود استفاده میکنند.

احساسی میکند جای خود را به احساس سر درگمی و تحقیر توسط افراد بیگانه‌ای که روزها با دهها بزه‌دیده سر و کار دارند، میدهد.

علاوه بر خطرات فوق‌الاشعار، خطرات عمومی ناشی از مداخله نیز وجود دارند. در مراقبت و کمک به بزه‌دیدگان و پشتیبانی از آنان، باید نهایت احتیاط را جهت اجتناب از وارد نمودن لطمات بیشتری به آنان، اعمال نمود. مداخله شدید و بیش از حد ممکن است در روند طبیعی تسکین و التیام بزه‌دیده، وقفه ایجاد کند. چنین عملی میتواند رنج و عذاب ناشی از وقوع جرم را طولانی‌تر نموده و نگرانیهای بیموردی را در رابطه با وضعیت بزهکاری و خطر قربانی جرم واقع شدن ایجاد نماید و بی‌اعتمادی یا بدگمانی را در میان قربانیان واقعی و بالقوه جرایم افزایش دهد. بهمین سبب دلائلی وجود دارد که مابین وجود یک نوع رابطه بین استراتژیها و روش‌های نوین مداخله در مورد بزه‌دیدگان و تشدید و افزایش درد و رنج قربانی جرم شدن مشکوک میسازد. این امر چنین سؤالی را مطرح میکند که آیا رعب و وحشت از وقوع جرم که طبق گزارشات موجود در سالهای اخیر رو به فزونی گذارده بنحوی یا افزایشی توجهات و تبلیغات در مورد قربانیان جرم مرتبط میباشد؟ آیا سیاستهای مربوط به مداخله در زندگی مجنی‌علیه بجای آنکه جراحات و اثرات ناشی از بزه‌دیدگی را التیام دهد موجب طولانی شدن مدت تسکین آن نمیکرد؟ سئوالات بسیاری از این قبیل مطرح میگردد که ارزش تحقیق و بررسی جدی را دارد. اشتیاق به کمک و مساعدت به قربانیان جرم نباید ما را در مورد خطرات بالقوه ناشی از اقداماتمان نایبنا سازد. (۱)

بحثها و صحبت‌هایی که در سالهای اخیر بطور مداوم راجع به ارائه خدمات لازم به بزه‌دیدگان میشود، باعث افزایش انتظارات قربانیان جرم گردیده است. اگر باین انتظارات پاسخ داده نشود، موجبات نارضایتی و سرخوردگی از خدمات عدالت کیفری و نیز از جامعه بزرگتر فراهم خواهد گردید.

تاریخچه مربوط به خدمات قابل ارائه به بزه‌دیدگان، هرچند که ممکن است کوتاه باشد لیکن حاکی از وعده‌های انجام شده و انتظارات دست نیافتنی بوده است. دلائل تجربی فراوانی مبنی بر نارسائی خدمات و سرخوردگیهایی که این موضوع

به دنبال دارد، درست است. در انگلستان خانم شپلند^(۱) به یک نوع ناهماهنگی میان انتظارات بزه‌دیدگان از نظام عدالت کیفری و تعهدات و تکالیف نظام مزبور در خصوص نیازهای آنان، پی برده است. نتیجتاً وی چنین هشدار میدهد که ممکن است پی‌آمدهای نامطلوب بیانیتهای عمومی راجع به ارزش و موقعیت بزه‌دیدگان که توخالی بودن آنها بعدها مشخص میگردد، گریبان‌گیر کسانی شود که خود متکثر چنین طرحهای بی‌تأثیری بوده‌اند. نتایج مطالعات او این امر را تأیید میکند که در پایان روند رسیدگی و تحقیقات پلیسی و نیز دادرسی محاکم، بزه‌دیدگان ناراضی‌تری شدیدی از نحوه برخورد پلیس با پرونده اظهار نموده و بدین ترتیب خصوصیات مثبتی که آنها بطور کلی برای افراد پلیس قائل بودند رو به افول گذارده است. الیاس^(۲) در ایالات متحده آمریکا، به ناخرسندی قابل توجه و حتی دلائلی مبنی بر ناراضی‌تری شدیدتر در میان بزه‌دیدگان متقاضی جبران خسارت پی برده است که از جمله، تأخیرات، مشکلات یا اطلاعات ضعیف، عدم امکان شرکت بزه‌دیدگان در مراحل مختلف عدالت کیفری، محدودیتهای شدید جهت واجد شرایط تشخیص دادن بزه‌دیدگان برای جبران خسارت، امتناع از صدور حکم و تصمیم مناسب برای ترمیم خسارات وارده به آنان در چندین پرونده و بالاخره پیش‌بینی سقف‌های غیر واقع بینانه برای میزان ترمیم خسارت و غیره را میتوان نام برد.

نقش بزه دیده در روند عدالت کیفری

اعلامیه سازمان ملل متحد چنین مقرر میدارد که «باید نظرات و خواسته‌های بزه‌دیدگان در مراحل مناسب دادرسی، یعنی در سراحلیکه منافع شخصی آنان مطرح است، بیان گردد و مورد توجه قرار گیرد». این توصیه سازمان ملل مسائل اساسی را در خصوص موارد ذیل مطرح میسازد: موقعیت حقوقی بزه‌دیدگان و نقش آنان در روند عدالت کیفری و اینکه آیا استماع از بزه‌دیدگان در مراحل مختلفی که متجر به قرار آزادی مجرم با قید ضمانت میشود، یا در مرحله صدور حکم و استماعات مربوط به آزادی مشروط مجرمین یا تصمیم‌گیری مربوط بان و غیره لازم است؟ و اینکه

1- Shapland, 1986

2- Elias, 1983

چنین مشارکتی به چه شکلی باید تحقق پذیرد؟ (۱)

یک سرور کوتاه بر ابتکاراتی که در سالهای اخیر برای شرکت بزه دیدگان در روند عدالت کیفری بعمل آمده، حاکی از آنست که تغییرات قانونی شتاب زده‌ای، بدون ارزیابی کامل بی‌آمدهای بالقوه آن و نیز بدون توجه باینکه آیا با سیاستها و تفکرات موجود سازگاری دارند یا خیر، ایجاد شده است. این مرور همچنین دلائل غیر قابل تردیدی را در مورد مقاصد واقعی قانونگذار از تدوین چنین قوانینی در مورد بزه دیدگان آشکار میسازد.

بنابراین یک تحلیل بی‌نظر از لوایح قانونی مربوط به حقوق بزه دیدگان، بی‌تردید منجر به این نتیجه میشود که چنین قوانینی لزوماً بمعنای بهبود سرنوشت آنان نبوده بلکه نظام مجازاتها را که بخودی خود سخت می‌باشد، شدیدتر ساخته است. برای مثال جرج دوکمجیان^(۲)، دادستان کل که بعداً به فرمانداری یک ایالت منصوب شد، در خصوص لایحه پیشنهادی شماره ۸ ایالت کالیفرنیا چنین اظهار نظر میکند: «لایحه قانونی حقوق بزه دیدگان هیچگونه شبهه‌ای در مورد اهداف واقعی این قانون باقی نمی‌گذارد.» وی در بولتن رأی‌گیری مربوط به خود چنین می‌نویسد: «جای هیچگونه تردیدی نیست که تصویب این پیشنهاد، منجر به افزایش محکومیت‌های کیفری، احکام حبس بیشتر و نیز حمایت شدیدتر از شهروندان مطیع قانون خواهد گردید»^(۳).

اظهارات فوق نیت پنهانی کسانی را که مایل به بهره‌برداری از موضوع اصیل حمایت از حقوق بزه دیدگان، باهدف تشدید مجازاتهای موجود میباشند، آشکار میسازد.

۱- روسینی (Rossini) ، ۱۹۸۷، متذکر میگردد که پیش‌بینی یک جایگاه حقوقی برای بزه دیدگان بآنان این اجازه را میدهد که مبادرت به طرح دعوی کیفری نموده، برای اعتراض به تصمیم دادستان قادر به پژوهشخواهی باشند، مستندات تقدیمی در جریان محاکمه را بررسی کنند و بالاخره بتوانند لوایحی در خصوص احکام محکومیت و آزادی مشروط به دادگاه تقدیم نمایند.

2. George Deukmejian .

۳- بتل از Paltrow ، ۱۹۸۲، ص ۱۰۱.

لایحه پیشنهادی شماره ۸ کالیفرنیا یعنی لایحه حمایت از حقوق بزه‌دیدگان قطعاً یکی از کوششهای جدی برای رسمیت بخشیدن به نقش مجنی علیه در روند قضائی میباشد. لایحه مزبور به بزه‌دیدگان حق شرکت در محاکمه^(۱) را میدهد که همان حق حضور و استماع در جلسات محاکمات جنائی است. تحقیق دانشکده حقوق مک جورج که در سال ۱۹۸۳ پیرامون رعایت این حق توسط دولت و کارگزاران محلی آن صورت گرفت، نشان داد که کمتر از سه درصد از بزه‌دیدگان واجد شرایط در جلسات محاکمه حضور یافته‌اند. یک نتیجه جالب دیگر اینکه اکثریت قضات و مسئولین تعلیق مراقبتی^(۲) حق شرکت در محاکمه را غیر ضروری تلقی میکردند، حال آنکه اکثریت دادستانهای شهرستان با دید مثبت بآن نگرسته و بیش از قضات، به تاثیر آن بر امر محاکمه و صدور حکم اطمینان داشتند. بدیهی است اکثریت قابل توجه مجنی‌علیه‌هم، به دلایلی، مایل به اعمال حقوقی که به آنها اعطا میشود نیستند. بنابراین ارزش عملی و فوائد اعطای چنین حقوقی به بزه‌دیدگان با وجود اعتراضات شدید که از ناحیه بسیاری مقامات بعمل می‌آید، ممکن است محل تردید قرار گیرد.^(۳)

تأثیر اظهارات و لوايح مجنی علیه

آیا لوايح و اظهارات مجنی علیه و شرکت او در روند عدالت کیفری بر امر محاکمه و صدور حکم تأثیری دارد؟ عدم تأثیر آن بر حکم دادگاه، لزوماً و لا اقل در بلندمدت موجب، دلسردی بزه‌دیدگانی خواهد شد که حق مزبور را با

1. Right of Allocation .

2. Chief Probation officers .

۳- در این خصوص، مدارک موجود در ایالات متحده آمریکا، استرالیا و انگلستان حاکی از آنست که حقوق اعطائی به مجنی‌علیه‌هم تنها توسط اقلیت کوچکی از آنان، اعمال میشود، واکر (walker)، ۱۹۸۵، متذکر میگردد که در سیستم حقوقی ایالات آریزونا کالیفرنیا، حق شرکت در روند عدالت کیفری برای مجنی‌علیه‌هم شناخته شده لیکن دلایل و شواهد نشان میدهد که در واقع بزه‌دیدگان خواستار نقش فعال در روند مزبور نیستند.

حسینیت و با این باور که تأثیری بر تصمیم دادگاه خواهد داشت اعمال میکنند. در صورت وجود چنین تأثیری، ممکن است در خصوص اثرات آن بر اصول انصاف و عدالت سؤالاتی مطرح گردد. اقلیت کوچکی مجرمانی که در طی محاکمه آنان حق فوق‌الذکر اعمال میشود، با مجازاتهای شدیدتری در مقایسه با کسانی که مرتکب همان جرائم گردیده‌اند، روبرو خواهند شد. عبارت دیگر، عدم تأثیر لوایح و اظهارات مجنی‌علیه بر حکم صادره، موجب پیدایش این احساس برای وی میگردد که نقش و جایگاهی در روند عدالت کیفری ندارد و بالعکس، وجود چنین تأثیری صرفاً مشکل تشدد احکام دادگاهها را تشدید مینماید.

علیرغم تمامی مسائل مربوط به تأثیر لوایح و اظهارات مجنی‌علیه، در هیچ زمانی مخالفت جدی علیه قانون پیشنهادی کانادا (لایحه قانونی C-89) بعمل نیامد و تنها نظرات معدودی در مخالفت با تغییرات شکلی پیشنهادی، بیان گردید. آقای پل کالارکو^(۱)، یکی از وکلای مشهور انتاریو، در اظهارات خود در پیشگاه کمیته قانونگذاری مجلس عوام کانادا درخصوص لایحه قانونی C-89^(۲)، لایحه مزبور را باین لحاظ که مملو از ایراد بوده و حق متهم را برای برخورداری از یک محاکمه عادلانه برسمیت نشناخته، مورد انتقاد قرار داد.

وی همچنین پیش‌بینی نمود که قانون مزبور در صورت تصویب، منتج به محاکمات طولانی‌تر، پژوهش‌خواهی بیشتر و افزایش هزینه‌های دادرسی برای فرد متهم و عموم در قالب افزایش تعرفه وکلا و مخارج کمکهای قضائی و تراکم پرونده‌ها در دادگاهها خواهد شد. وی چنین اضافه می‌نماید که این لایحه قانونی ممکن است واقعاً منجر به صدور احکام غیرقانونی، و نیز محرومیت بیمورد از آزادی فردی گردد که البته این امور بستگی به اصول قانون اساسی و موانعی خواهد داشت که این قانون ممکن است بر سر راه آنها ایجاد نماید.

با اشاره به مسئله خاص تأثیرات اظهارات و لوایح مجنی‌علیه، آقای کالارکو چنین می‌افزاید:

«نهایتاً طبق استدالات من، مسئله تأثیر اظهارات و لوایح بزه دیده در مقام

1. Paul Calarco .

۲- قانون اصلاح قانون جزاء، بخش مربوط به مجنی‌علیه.

حکم بحث کاملاً نابجائی است. مفاد حکم به این موضوع که یک جرم چه اثراتی بر روی شاکی خصوصی گذارده است توجهی ندارد و نباید هم توجهی باین امور داشته باشد، چنانچه شاکی خصوصی احتمالاً از وقوع بزه احساساتش بشدت جریحه دار شده باشد، آیا باید این اثر لطمه‌انگیز، باعث شود که بجای حکم مجازات شش ماه حبس این مجازات را بمدت ۱۲ یا ۱۸ ماه یا بیشتر افزایش دهیم؟ بالعکس چنانچه شاکی خصوصی مجرم را کاملاً مورد عفو قرار دهد یا آنکه ضایعه‌ای از وقوع جرم باو وارد نشده باشد، آیا می‌توان گفت که چنین مجرمی بجای مجازات شش ماه حبس که طبق نظر جامعه باید متحمل آن گردد فقط به حبس تعلیقی محکوم شود؟

اظهارات کلارکو در پیشگاه کمیته قانونگذاری مجلس عوام، نظرات سایر حقوق‌دانان را نیز منعکس می‌نمود. ازارل لوی^(۱) رئیس کانون وکلای انتاریو در مجله گلوب اندیل^(۲) چنین نقل شده است که «تأثیر اظهارات و لوايح مجنی علیه یک روحیه احساساتی را در روند صدور حکم القاء می‌نماید... احساس میکنم اکنون با مشکلات کافی در مورد تشدت آراء دادگاهها مواجه می‌باشیم» لوی چنین می‌افزاید که تأثیر امر مزبور بر روی حکم فقط مشکل موجود را تشدید می‌نماید، زیرا که با توجه به طبیعت بشر آنگونه که هست، قضات مجبور خواهند شد تحت تأثیر یک جو احساساتی قرار بگیرند. حقوق‌دان دیگر بنام ریچارد پک^(۳) که در آن زمان ریاست بخش عدالت جنائی کانون وکلای کانادا را بعهده داشت به نشریه وان کوورسان^(۴) چنین اظهار نمود که از قضات انتظار می‌رود بدون در نظر گرفتن احساسات عمل نموده و نظام عدالت به قضات بیطرفی که احکام را براساس یک سلسله معیارهائی سنجیده صادر می‌نمایند باید متکی باشد. او تأکید ورزید که «هیچ جایی برای انتقام‌جویی در یک محاکمه بدور از احساسات و منطقی وجود ندارد»، و اینکه بزه‌دیدگان «هرگز نباید بطور مستقیم در طول دادرسی تا صدور حکم نفوذی داشته باشند».

1. Earl Levy .

2. Globe and Mail 1984 . Apr (۱۱ آوریل ۱۹۸۴)

3. Richard peck .

4. Vanconver sun . ۲۱ سپتامبر ۱۹۷۳ ص ۷

در همان مقاله (استیل)^(۱) سخنان یکی دیگر از وکلای وان کوور، بنام میکائیل بولتون^(۲)، را نقل میکند. وی از این موضوع که ظاهراً دولت تحت تأثیر گروههای فشار (از جمله گروه طرفداران حقوق بزه‌دیدگان) عمل نموده اظهار تأسف کرد و چنین افزود که گروههای سازمان یافته، گرچه نقش مفیدی در کمک به تعدیل نارضائى بسیار از بزه‌دیدگان ایفا میکنند، لیکن نباید در اصلاحات مربوط به آئین دادرسی دخالت داشته باشند.

ملاحظات سیاسی، ایرادات حقوقی را تحت الشعاع قرار داد و لایحه قانونی مورد بحث با اکثریت شگفت‌انگیزی با تغییرات اندک بتصویب رسید. اهمیت اظهارات و لوایح مجنی‌علیهم، علیرغم ایراداتیکه حقوقدانان بویژه وکلا و قضات مطرح نمودند، بخشی از قانون جزای کانادا را بخود اختصاص داد. هنوز زود است اگر بخواهیم تأثیر این اصلاحات آئین دادرسی را ارزیابی نموده و مشخص نمائیم که آیا پیش‌بینی‌های بعمل آمده توسط مخالفین آن در عمل بواقعیت تبدیل شده است یا خیر؟ تحول اخیر در ایالات متحده شایان توجه است که باعث شده برخی از دادگاهها چنین نظر دهند که تأثیر اظهارات و لوایح مجنی‌علیه بر مفاد حکم در پرونده‌های مهم، مخالف قانون اساسی است^(۳). همچنین مدارکی دال بر این وجود دارد که لااقل بعضی از مفاد قانونی مربوط به حمایت از بزه‌دیدگان که در ظاهر برای کمک بآنان وضع گردیده، ممکن است اثر معکوس داشته باشد. برای مثال یکی از مفاد لایحه قانونی حمایت از حقوق بزه‌دیدگان در کالیفرنیا (پیشنهاد شماره ۸) عبارت از «حقیقت در مدارک و مستندات»^(۴) میباشد.

هدف قانونگذار از پیش‌بینی این مقررات، آن بوده است که قاعده‌ای را که بموجب آن مدارک بدست آمده بطور غیرقانونی در دادگاهها قابل پذیرش نیستند، لغو نماید. این بخش خاص از قانون کالیفرنیا چنین مقرر میدارد که «دلیل و مدرک تقدیمی مربوط به یک دادرسی کیفری را نمی‌توان رد نمود». بعدها معلوم

1. Still, 1983.

2. Michael Bolton.

3. Sharman, 1988.

4. Truth in Evidence.

گردید که وجود چنین ماده‌ای در قانون مزبور، در واقع بمنزله یک شمشیر دولبه می‌باشد. پالترو^(۱) چنین گزارش می‌دهد که طبق این ماده جدید و کلاً قادر گردیدند در پرونده‌های تجاوز به عنف، بزه‌دیدگان را تحت معاینه روانپزشکان قرار داده و یا در مورد روابط جنسی که آنان مدت زمان کوتاهی قبل از وقوع تجاوز مورد ادعا، داشته‌اند از آنان پرسش نمایند.

مسائل متعدد دیگری نیز در رابطه با تأثیر اظهارات و لوایح مجنی علیه و حق شرکت وی در روند عدالت کیفری وجود دارد. نتو^(۲) چنین متذکر گردید که معمولاً دادستانها بعد کافی از حقوق و منافع بزه‌دیدگان حمایت و دفاع می‌نمایند و بنابراین مداخله بزه‌دیدگان تأثیر چندانی مفیدی در اکثر پرونده‌ها بدنبال ندارد و صرفاً موجب تراکم بیشتر کار سیستم عدالت کیفری از طریق انباشتن اطلاعات و تقاضاهای بی‌ربط و بیمورد خواهد گردید.

همچنین پاره‌ای از نویسندگان معتقدند که اعطای نقش مستقیم به مجنی علیه در روند محاکمه و صدور حکم موجب تزریق یک عامل احساسی در روندی می‌شود که علی‌الاصول می‌بایست بطور منطقی و بدور از احساسات، طی گردد. این دسته از نویسندگان باین موضوع نیز اشاره می‌نمایند که در صورت شرکت مجنی علیه در روند عدالت کیفری، از آنجا که باید حق اعتراض نسبت به ادعاهای مجنی علیه و نیز حق تقاضای احراز صحت آن از دادگاه، به‌متهم اعطا گردد، محاکماتی که خود بخود طولانی هستند، طولانی‌تر نیز خواهند گردید^(۳).

با در نظر گرفتن این نکته که زندانها بخودی خود مملو از زندانی می‌باشند، استفاده وسیع از حق فوق‌الذکر ممکن است وضعیت غیرقابل تحمل فعلی زندانها

1. Paltrow, 1982 .

2. Neto, p.7, 1986 .

۳- روسینی Rossini، ۱۹۸۷، ص ۱۶ : در مورد پاره‌ای از مسائل ناشی از مشارکت بیشتر مجنی علیه در روند عدالت کیفری تأکید می‌ورزد. خانم روسینی متذکر می‌گردد که دلائل چندی در این مورد که چرا بزه‌دیدگان باید فقط گهگاه در روند کیفری شرکت کنند، وجود دارد. هزینه‌های اضافی حضور جداگانه مجنی علیه در دادگاه، یک عامل بازدارنده است. استفاده از بودجه دولت در این مورد (از جمله کمکهای قضائی) بار مالی دولت را افزایش می‌دهد.

را دشوارتر سازد زیرا قضات ممکن است احکام حبس طولانی تر صادر نموده و در هنگام تصمیم گیری و صدور حکم نسبت به اعمال تدابیر جایگزینی برای کیفر سالب آزادی، اکراه داشته باشند.

مهمتر از همه اینکه، اگر به بزه دیده نقش مستقیم در محاکمه و نیز حق تقاضای مجازات بیشتر برای بزهکار اعطا شود، در آن صورت منطقاً ما باید به بزه دیده حق تقاضای تبرئه یا تقاضای عدم مجازات مجرم را نیز بدهیم. آیا مایلیم که خواسته بزه دیده را جایگزین حق جامعه بنمائیم؟ یا اینکه میخواهیم خواسته او را فقط زمانی برآورده نمائیم که تقاضا مبنی بر تشدید مجازات باشد؟ و از همه اینها گذشته مسئله پژوهشخواهی چه میشود؟ آیا در صورتیکه بزه دیده از مفاد حکم ناراضی باشد، باید با و حق پژوهشخواهی اعطا نمود؟

کمیته احکام ویکتوریا^(۱) (استرالیا) پس از بررسی استدالات موافق و مخالف لحاظ اظهارات و لوایح مجنی علیه و پس از احرار این موضوع که بسیاری از بزه دیدگان علاقه ای به شرکت در روند عدالت کیفری در قالب ارائه مدارک و دلائل مبنی بر تأثیر جرائم بر زندگیشان ندارند، چنین نتیجه گیری نمود که دلائل مخالف تأثیر اظهارات و لوایح مجنی علیه بر مفاد حکم از دلائل موافق آن بیشتر است. نتیجتاً کمیته مزبور چنین توصیه نمود که شرکت مجنی علیه در روند عدالت کیفری در ویکتوریا پذیرفته نشود.

طبق برآوردهای کلی^(۲)، حدود ۹۰٪ از پرونده های کیفری در ایالات متحده آمریکا از طریق معامله و توافق میان مقام قضائی تعقیب کننده و مجرم^(۳) فیصله می یابد. این امر بدین معناست که حضور و مداخله مجنی علیه در مرحله معامله و توافق میان مقام قضائی تعقیب کننده و مجرم حتی از مرحله محاکمه و صدور حکم، مهمتر میباشد.

تمایل و گرایش حاکم مبنی بر تعیین مفاد احکام کیفری باین معنی است که مداخله مجنی علیه به میزان قانونی فقط باید در مرحله معامله و توافق فوق الذکر

1. Australia, Victorian Sentencing Committee 1988, p. 545.

2. Schichor and Ranish, 1985.

3. Plea Bargaining.

تحقیق پذیرد. کمیسیون احکام کانادا^(۱) پس از بررسی موضوع، این اندیشه را که مجنی علیهم بعنوان اطراف مستقل در مذاکرات مربوط به معامله و توافق تلقی گردند، رد نمود. کمیسیون مزبور معتقد بود که این امر با مسئولیت نهائی دادستان کل در هر ایالت جهت تعقیب جرائم مندرج در قانون جزا، مباینت دارد. همچنین کمیسیون اضافه نمود که چنین مفهومی بالقوه می تواند رابطه خصمانه ای را میان مدعی العموم و مجنی علیهم بوجود آورد و اینکه چنین مقرراتی ممکن است بزه دیدگان را در مقابل فشارهای وارده از سوی دادستان یا وکیل مدافع ذینفع در معامله و توافق فوق، آسیب پذیر نماید.

رانیش و شیکور^(۲) باین نتیجه میرسند که دلایل در این زمینه روشن است. دو روشی که آنها مورد بررسی قرار داده اند یعنی: حضور مجنی علیه در جلسات استماع و در مقابل هیئت آزادی مشروط، هیچ گونه تأثیر محسوسی بر چگونگی صدور احکام و نیز تصمیم گیری در خصوص آزادی مشروط ندارند. والش^(۳) پس از بررسی احکام مجرمین و اظهارات و توصیه های مجنی علیه در پرونده های جرائم جنسی در ناحیه اهائو بین سالهای ۱۹۸۰ و ۱۹۸۳، چنین نتیجه گیری نمود که منظور نمودن اظهارات و توصیه های مجنی علیه بعنوان بخشی از گزارشی که مبنای صدور حکم قرار میگیرد^(۴)، صرفاً جنبه تشریفاتی برای رعایت قانون را دارد. وی همچنین به بی اعتنائی محسوسی نسبت به اولویتهای مورد نظر قربانیان جرائم جنسی از نوع زنا با محارم در محاکم پی برده است.

انتقاداتی که تا کنون مطرح گردید فقط بخشی از ایراداتی را که نسبت به نوآوریهای مربوط به حمایت از حقوق بزه دیدگان، عنوان میشود، تشکیل میدهد. الیاس^(۵) راجع به سیاستهای حمایتی بزه دیدگان انتقاداتی را، بلاخاط وجود یک نوع پیش داوری صریح یا ضمنی در اینگونه سیاستها، مطرح میسازد که مربوط به وسعت حقوق متهمین و تأکید در مورد تضاد بین حقوق مجنی علیه و مجرم میباشد.

1. Canadian Sentencing Commission, 1987.

2. Ranish and Shichor, 1985.

3. Walsh, 1986.

4. Presentence Report.

5. Elias, 1990.

باینصورت که حقوق بزه‌دیده باید به‌قیمت سلب حقوق مجرم تأمین گردد.

الیاس بسیاری از تغییرات حاصله را مضر تشخیص می‌دهد که عبارتند از: افزایش صدور اجتناب ناپذیر احکام حبس، طولانی شدن مدت احکام و حذف آزادی مشروط. وی چنین معتقد است که اصلاحات مزبور جلوه‌های جدیدی از سیاستهای سخت‌گیرانه و ناموفق میباشد که احتمالاً نیازهای بزه‌دیدگان را که مهمترین آنها مظلوم واقع نشدن است، برآورده نمیسازد. الیاس نوآوریهای مربوط به حمایت از حقوق بزه‌دیدگان را بنحوی شدیداً بیاد انتقاد میگیرد. او در این خصوص چنین می‌نویسد:

«با وجود همه این ابتکارات و نوآوریها بزه‌دیدگان به‌کمتر از آنچه که به آنها وعده داده شده است، دست یافته‌اند. حقوق بزه‌دیدگان غالباً تأمین نشده یا غیرقابل تأمین بوده است، شرکت آنان در روند عدالت کیفری نامنظم بوده و یا با راهنمایی صحیح توأم نبوده است، خدمات پیش‌بینی شده برای بزه‌دیدگان بطور اتفاقی و بدون حمایت مالی میباشد و نیازهای آنان اگر بیشتر به‌مخاطره نیفتاده باشد، تأمین نیز نگردیده است و اگر در دادگاهها مظلوم واقع نشوند یقیناً در کوچه و بازار قربانی اعمال مجرمانه واقع خواهند شد.» (۱)

نتیجه

بنظر میرسد نوآوریها و ابتکارات بسیاری که در زمینه حقوق بزه‌دیدگان بعمل آمده با ارزیابی دقیق پیرامون تأثیر احتمالی آنها بر نظام عدالت کیفری و نیز جامعه در سطح وسیعتر، همراه نبوده است. از سوی دیگر ارزیابیهای موجود به‌مرحله بعد از اعمال و اجرای این حقوق مربوط میشوند. نتیجه ارزیابیهای مزبور تصویری متفی از تأثیر چنین نوآوریهایی را ترسیم می‌نماید. البته این موضوع بمعنای آن نیست که اصول و اهداف بشر دوستانه‌ای را که این تدابیر جدید بر آنها مبتنی هستند، بیاد انتقاد بگیریم یا محکوم نمائیم. مطلب دیگری که شایان ذکر میباشد اینست که در چهارچوب ساختار فعلی نظام عدالت کیفری، احتمال اینکه

تدابیر امدادی و حمایتی بزه‌دیدگان کارساز بوده یا آثار مطلوب در بر داشته باشند، ضعیف است. برخی از این تدابیر بزه دیده را بیشتر از خود بیگانه میسازد حال آنکه برخی دیگر احساس بیهودگی را در او تقویت میکنند.

دلایل عدم تأثیر اینگونه ابتکارات، بآسانی قابل درک است. پاره‌ای از آنها برای اهداف سیاسی و اداری پیش‌بینی و طرح‌ریزی شده‌اند، بدون آنکه هیچگونه ارتباطی به حمایت و کمک به بزه‌دیدگان داشته باشند. این امر بویژه در مورد طرح‌ها و تدابیر ترمیمی برای جبران لطمات وارده به بزه‌دیدگان که شاپل^(۱) و برنز^(۲) آنها را بدرستی دلخوش‌کننده سیاسی^(۳) و مسکن‌های سیاسی^(۴) نامیده‌اند، صادق می‌باشد.

بسیاری از این برنامه‌ها، گرچه بعنوان ابزارهای تعدیل‌کننده درد و رنج بزه دیده شهرت یافته‌اند، لیکن در واقع برای افزایش تمایل بزه‌دیدگان در مراجعه به پلیس و یاد در جهت بهبود همکاری آنان با نظام عدالت کیفری، طراحی شده‌اند. فوائد اولیه برنامه‌های مزبور توسعه مشارکت و همکاری مجنی‌علیه و نتیجتاً افزایش کارآیی و تأثیر مفید نظام عدالت کیفری، بوده است.

همین موضوع در مورد برنامه‌های کمک به بزه‌دیدگان نیز صادق است، محرک عمده برنامه‌های مزبور ملاحظات عاطفی یا بشردوستانه برای بزه‌دیدگان نبوده بلکه اهداف اداری مؤسسات حمایت از حقوق بزه‌دیدگان می‌باشد. برنامه خدمات بزه‌دیدگان کالگری^(۵) که از سال ۱۹۷۷ در کانادا آغاز گردیده و در نوع خود یکی از نخستین برنامه‌های امداد به بزه‌دیدگان است، نمونه بارزی از این موارد می‌باشد. این برنامه طی سندی که از سوی اداره کل مشاورین حقوقی در اتاوا بچاپ رسید، تشریح گردیده است. سند مزبور این موضوع را کتمان نمی‌کند که هدف برنامه یاد شده «توسعه روابط کاری مطلوب با بزه‌دیدگان بمنظور تشویق آنان در همکاری با پلیس در زمینه پیشگیری از بزهکاری است.» این گزارش مطالب بسیاری را

1-Chappell, 1973.

2.Burns, 1980.

3. Political Placebos.

4. political Palliatives.

5. Calgary Victim Services program.

در مورد برنامه‌های خدمات به بزه‌دیدگان که توسط ادارات مختلف پلیس در کانادا و سایر کشورها طرح‌ریزی شده، بیان می‌نماید. سند مزبور متذکر می‌گردد که اجرای اینگونه برنامه‌ها باید ترجیحاً در ادارات پلیس یا دادستانها متمرکز گردد تا در جامعه، خطر نُهائی بسیاری از این برنامه‌ها در این است که به پلیس اجازه کنترل بیشتری را در مورد بزه‌دیدگان و آنهم برای مدت طولانی، اعطا می‌نماید.

بالاخره بعضی از مقررات جدید در خصوص مشارکت مجنی‌علیه در روند عدالت کیفری و آزادی مشروط، اصل اساسی رعایت تشریفات قانونی* را محترم نمی‌شمارد. مقررات مزبور این خطر را در بردارند که تشتت موجود در نحوه محاکمه و صدور حکم را تشدید نموده و عنصر احساسات را در روندی که قاعدتاً باید بیطرفانه و عاری از هرگونه هیجان باشد، وارد نماید به‌علاوه همانطور که رانیش و شیکور^(۱) اشاره می‌کنند، پاره‌ای از این نوآوریها آشکارا بمنظور تحت فشار قرار دادن قضات و اعضای هیئت آزادی مشروط و هدایت آنان در مسیر یک سیاست خاص (یعنی تشدید مجازات یا امتناع از آزادی مشروط) میباشد. آثار و نتایج قابل توجه چنین سیاستی بر نظام عدالت سرکوبگر موجود و نیز بر زندانهای لبریز از جمعیت کیفری، بآسانی قابل پیش‌بینی است.

اگر قرار باشد که مجنی‌علیهم موقعیت حقوقی از دست رفته خود را بازیابند، اگر قرار باشد که بزه‌دیدگان یک نقش واقعی و مفید (نه یک نقش صرفاً نمادی) در نظام عدالت کیفری ایفا نمایند، در آنصورت باید پاداش‌گرایی و سزادهی به ترمیم‌گرایی و نیز عدالت سرکوبگر^(۲) به عدالت ترمیمی و توزیعی^(۳) تبدیل گردد. عبارت دیگر، آنچه که ضروری است، یک فلسفه نوین عدالت کیفری و یک تغییر بنیادی در سیاست جنائی است.

* عبارت دیگر اصل دادرسی منظم (Due Process of Law).

1. Ranish and Schichor, 1985.

2. Punitive Justice.

3. Distributive Justice.

حمید دلیر

دادیار دادسرای نظامی تهران و
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا



شروع به جرم در قانون راجع به مجازات اسلامی
و قانون مجازات اسلامی

مقدمه

بحث از شروع به جرم مقوله جدیدی نیست و در کتب حقوقی پیرامون آن به تفصیل بحث شده و حقوقدانان به تشریح آن پرداخته‌اند. هدف ما در این مختصر بیان آنچه تا کنون گفته شده نیست و علاقمندان در این خصوص می‌توانند به کتب و مقالات موجود مراجعه کنند.

هدف ما در این مقاله بررسی و تشریح تغییراتی است که بموجب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۵/۸ در مقررات راجع به شروع به جرم بوجود آمده است و برای درک بهتر مقررات این قانون، اشاره‌ای به مقررات شروع به جرم در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱ ضروری است. بنابراین ابتدا توضیحاتی اجمالی پیرامون قانون راجع به مجازات اسلامی بیان میکنیم و سپس اصول کلی شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی را تشریح خواهیم کرد.

بدیهی است این نوشته نمیتواند خالی از عیب و ایراد باشد و بدین جهت از کلیه خوانندگان محترم تقاضا دارد تا با طرح ایرادات و انتقادات و پیشنهادات خود نویسنده را در تصحیح و تکمیل آن یاری فرمایند.

بخش اول : شروع به جرم در قانون راجع به مجازات اسلامی

در قانون راجع به مجازات اسلامی، مواد ۱۵ الی ۱۸ به شروع به جرم اختصاص داده شده بود. ما ابتدا این مواد را ذکر میکنیم و سپس توضیحی پیرامون آن عرض میکنیم:

ماده ۱۵ - هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید ولی بواسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مداخلت نداشته قصدش معطل بماند و جرم منظور واقع نشود چنانچه عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم میشود والا تأدیب خواهد شد.
تبصره مراد از تأدیب، مجازاتی است از نوع تعزیری که دادگاه با توجه به احوال مجرم متناسب بداند.

ماده ۱۶ - مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد شروع به جرم نبوده و از این جهت قابل مجازات نیست.

ماده ۱۷ - هرگاه کسی شروع به جنایتی کرده و به سبب خود آن را ترک کند از جهت جرم منظور مجازات نخواهد شد.

ماده ۱۸ - شروع به ارتکاب جرم در صورتی قابل مجازات است که در قانون تصریح شده باشد.

همانطور که در ماده ۵ آمده است آنچه مانع عدم تحقق جرم است عبارت است از موانع خارجی و در این خصوص نیز همه موانع خارجی مورد نظر نیست بلکه باید مانعی باشد که اراده فاعل در آن مداخلت نداشته باشد. و اگر اراده فاعل در آن مداخلت داشت و به اصطلاح از موارد انصراف ارادی بود، بر عمل انجام شده شروع به جرم اطلاق نمیگردید. در خصوص انصراف ارادی باید گفت که معیار و ملاک قطعی و محکمی وجود ندارد و در بعضی موارد تشخیص انصراف ارادی و انصراف غیر ارادی مواجه با اشکال میشود. فرض کنیم شخصی به قصد سرقت وارد منزلی شده و در غیاب صاحبخانه مشغول جمع آوری اثاثیه منزل است که در این هنگام ناگهان زنگ تلفن به صدا در میآید و شخص مذکور گوشی را بر میدارد و به تلفن جواب میدهد. تلفن از اداره پلیس است و اطلاع میدهد که به منظور بازرسی منزل چند دقیقه بعد مأمورین پلیس به آن منزل مراجعه میکنند یا اینکه یکی از دوستان صاحبخانه است که میگوید لحظاتی بعد برای عیادت دوستش به آنجا خواهد آمد. فرد مذکور با شنیدن خبر مراجعه پلیس یا دوست صاحبخانه از ادامه عمل منصرف میشود و خانه را ترك میکند. حال سؤال این است که آیا شروع به جرم محقق شده است یا خیر و به عبارت دیگر آیا زنگ تلفن را میتوان یک مانع خارجی بشمار آورد یا خیر یعنی آیا انصراف از ادامه عمل انصراف ارادی محسوب میشود یا خیر؟ در این خصوص ممکن است دو نظریه ارائه شود: یکی اینکه آنچه که مسلم است این است که زنگ تلفن و شنیدن خبر مراجعه پلیس یک عامل و مانع خارجی است و از طرفی اراده فاعل نیز تأثیری در آن نداشته است و اگر زنگ تلفن نبود، شخص مذکور جرم را انجام میداد پس شروع به جرم محقق است. نظر دیگر که به واقعیت نزدیکتر است این است که عوامل متعددی ممکن است مانع از ادامه عمل شوند و مرتکب را از انجام فعل مجرمانه منصرف گردانند اما آنچه باید به آن توجه کرد میزان تأثیر عوامل مذکور در انصراف شخص میباشد یعنی اگر عامل مذکور به حدی مؤثر و قوی باشد که قدرت ادامه عمل را بطور کلی از مرتکب سلب نماید مثل اینکه در حین ارتکاب جرم پلیس دست شخص را بگیرد و او را توقیف کند که در این صورت هیچ شکنی در تحقق شروع به جرم باقی نماند و میتوان

عامل مذکور را مانعی دانست که اراده فاعل در آن مداخلیت نداشته است. و به عبارت دیگر عاملی که مانع ادامه عمل شده است باید یک عامل پویا باشد که مقاومت در برابر آن غیرممکن باشد و شخص را بالاجبار از ادامه عمل باز دارد. نه یک عامل ایستا مانند زنگ تلفن که ممکن است شخصی را از ادامه عمل باز دارد و شخص دیگری به آن توجهی نکند و جرم را به اتمام برساند. مضافاً اینکه اقتضای تفسیر به نفع متهم این است که این نوع انصراف را، انصراف ارادی بدانیم و نهایتاً معتقد شویم که شروع به جرم محقق نشده است.

نکته دیگری که قابل توجه است مسئله مجازات شروع به جرم است که با توجه به ماده ۱۵ در فرض قابل تصور است:

۱- عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد: در صورتیکه عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد، شخص به مجازات همان جرم محکوم میشود مثلاً اگر شخصی بطور غیر مجاز اقدام به تهیه اسلحه نماید و سپس با همراه داشتن آن اسلحه در صدد ربودن انسانی برآید ولی بواسطه حضور پلیس موفق به ربودن وی نشود و توسط پلیس دستگیر شود، چون حمل و نگهداری غیرمجاز اسلحه جرم محسوب میشود، شخص به مجازات حمل و نگهداری غیرمجاز اسلحه محکوم میشود. مثال دیگر موردی است که شخصی به قصد قتل دیگری با کارد ضرباتی به او وارد کند ولی بعلت دخالت مردم موفق به کشتن او نشود که در این مثال نیز چون همین مقدار عملی که انجام شده است یعنی ایراد جرح عمدی جرم محسوب میشود، شخص به همین مجازات محکوم میشود.

۲- عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم نباشد: برخلاف مورد قبل ممکن است عملیات و اقداماتی که شخص شروع به اجرای آن کرده است جرم نباشند مثل اینکه شخصی دست خود را در جیب دیگری به قصد سرقت داخل کند اما بلاحاط توجه شخص مذکور نتواند چیزی را سرقت کند که در این مثال اعمالی که شخص انجام داده است که عبارت است از فرو کردن دست در جیب دیگری به خودی خود جرم محسوب نمیشود. قسمت اخیر ماده ۱۵ با ذکر عبارت «...والا تأدیب خواهد شد» در این خصوص تعیین تکلیف کرده است یعنی در این فرض مجازات شخص عبارت خواهد بود از تأدیب و تأدیب نیز در تبصره ماده مذکور تعریف شده است. اگر مقررات راجعه به مجازات شروع به جرم صرفاً عبارت از ماده

۱۵ بود اشکالی پیش نمی‌آمد و با استعانت از عنوان کلی تعزیرات، مرتکب قابل تعزیر بود. اما اشکال مسئله این است که ماده ۱۸ قانون مذکور برخلاف ماده ۱۵ مقرر می‌دارد که شروع به جرم در صورتی قابل مجازات است که در قانون تصریح شده باشد.

در خصوص امکان جمع بین مادتين ۱۵ و ۱۸ بین حقوقدانان اختلاف عقیده وجود دارد. گروهی معتقدند که تعارض آشکار بین این دو ماده وجود دارد که قابل رفع نیست یعنی ماده ۱۵ در صورتیکه نفس عمل انجام شده جرم نباشد بطور مطلق تأدیب مرتکب را تجویز کرده است ولی ماده ۱۸ این تأدیب را مستلزم تصریح قانون دانسته است یعنی اگر قانون تصریح کرده باشد مرتکب تأدیب میشود. نظر دیگر که به واقعیت نزدیکتر است این است که بگوئیم بین این دو ماده تعارضی وجود ندارد هر چند که ممکن است خالی از ابهام نباشد یعنی درست است که ماده ۱۵ تأدیب مرتکب را بصورت مطلق ذکر کرده است اما این اطلاق ماده ۱۵ بوسیله ماده ۱۸ مقید میشود و به عبارت دیگر ماده ۱۸ مکمل ماده ۱۵ میباشد و تأدیب مرتکب در مواردی است که در قانون تصریح شده باشد. برای جلوگیری از این ابهام بهتر بود که ماده ۱۸ در قالب ماده مستقلی ذکر نشود و مفاد آن در ادامه ماده ۱۵ ذکر شود یعنی عبارت ماده ۱۵ بدین صورت ذکر شود که: «... والا در صورتی که در قانون تصریح شده باشد تأدیب خواهد شد».

بخش دوم : شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی

قانون مجازات اسلامی مصوب ۷۰/۵/۸ که از تاریخ ۷۰/۱۰/۲۶ قابلیت اجرایی یافته است در خصوص شروع به جرم تغییراتی ایجاد کرده است. در این قانون ماده ۴۱ و دو تبصره آن اصول مربوط به شروع به جرم را بیان کرده‌اند که ابتدا ماده مذکور را ذکر و سپس به تغییرات ایجاد شده می‌پردازیم:

ماده ۴۱- هر کس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن نماید لکن جرم منظور واقع نشود چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم میشود.

تبصره ۱ - مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد شروع به جرم نبوده و از این حیث قابل مجازات نیست.

تبصره ۲ - کسی که شروع به جرمی کرده است، به سبیل خود آن را ترك کند و اقدام انجام شده جرم باشد از موجبات تخفیف مجازات برخوردار خواهد شد.
از مقایسه دو قانون در خصوص وجوه افتراق و وجوه اشتراك آندو باید گفت که یکی از موارد مشترك این است که نفس عمل انجام شده جرم باشد که مطابق هر دو قانون مرتکب به مجازات همان جرم محکوم میگردد. وجه مشترك دیگر عبارت از آن چیزی است که در تبصره ۱ ماده ۴ آمده است که عیناً در ماده ۱۴ قانون راجع به مجازات اسلامی ذکر شده بود.

اما وجوه افتراق این دو قانون کدامست؟ وجوه افتراق دو قانون مذکور عبارتند از:

۱- اولین مورد اختلاف این است که در ماده ۴ قانون جدید عبارت «...ولی بواسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مداخلت نداشته قصدش معلق بماند و جرم منظور واقع نشود» را حذف نموده و صرفاً به ذکر عبارت «...لکن جرم منظور واقع نشود» اکتفا نموده است و اشاره‌ای به موانع خارجی که مانع از ادامه عمل میشوند و اراده فاعل نیز در آن دخالتی ندارد نکرده است و آنچه از نظر قانون جدید ملاك است این است که جرم منظور واقع نشود. به نظر میرسد دلیل حذف این قسمت از ماده ۱۵ چیزی باشد که در تبصره ۲ ماده ۴ آمده است که در جای خود به آن اشاره خواهیم نمود.

۲- دومین اختلاف که شاید بتوان آن را مهمترین اختلاف دانست مسئله حذف قسمت اخیر ماده ۱۵ میباشد یعنی قسمت اخیر ماده ۱۵ که مقرر میداشت اگر نفس عمل انجام شده جرم نباشد مرتکب در صورت تصریح قانون (ماده ۱۸) تأدیب خواهد شد را حذف نموده است. حذف این قسمت از ماده ۱۵ و به تبع آن حذف ماده ۱۸ بطور کامل این سؤال را مطرح کرده است که در حال حاضر با توجه به ماده ۴ اگر نفس عمل انجام شده جرم نباشد تکلیف چیست؟ آیا باید متهم را تبرئه کرد؟ در این خصوص نظرات متفاوتی ارائه شده است:

بعضی از اساتید معتقدند که در شرایط فعلی نیز این شخص قابل مجازات است

زیرا مواردی که در قانون تحت عنوان شروع به جرم مطرح شده است را میتوانیم اینطور تفسیر کنیم که قانونگذار در آن موارد نفس عمل انجام شده را جرم مستقلی دانسته است. این گروه در تأیید نظر خود استدلال میکنند که اگر معتقد شویم که مواردی که به عنوان شروع به جرم مطرح شده است با توجه به ماده ۱۴ قانون جدید قابلیت اجرایی ندارد با مصالح جامعه و صیانت جامعه منافات دارد و جامعه را در مقابل خطر این افراد بدون دفاع میگذارد و میافزایند که از نظر جرم‌شناسی درجه خطرناکی شخصی که جرمی را شروع کرده است ولی بعلمت موانع خارجی موفق به اتمام آن نشده است با کسی که جرم را بطوری انجام داده است یکسان است و اگر مانع خارجی نبود شخص اول نیز جرم را بطور کامل انجام میداد و دفاع اجتماعی مانع از این است که این شخص را بدون مجازات بگذاریم (۱).

یکی دیگر از اساتید نیز حذف ماده ۱۸ قانون راجع به مجازات اسلامی در قانون جدید را به این نحو تفسیر کرده‌اند که چون شرط لزوم تصریح در قانون جدید حذف شده است پس شروع به جرم در کلیه جرائم قابل تصور است (۲).

اما به نظر ما این استدلالات قانع کننده به نظر نمی‌رسند و با پاسخ به ایرادات ارائه شده نظر مخالفی ابراز خواهیم کرد:

اولین استدلال این بود که وقتی قانونگذار مقرر میدارد که فرضاً مجازات شروع به سرقت تعزیر تا ۷۴ ضربه شلاق است (ماده ۱۰۹ قانون تعزیرات) بدین معنی است که نفس عمل انجام شده جرم مستقل است و مطابق قسمت اخیر ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی قابل مجازات است. در پاسخ به این استدلال چنین می‌گوییم که مگر این عبارت ماده ۴۱ در ماده ۱۵ سابق ذکر نشده بود؟ واقعیت این است که ماده ۱۵ سابق این قسمت ماده ۴۱ را دربر داشت مضافاً به اینکه در آخر ماده با ذکر عبارت «... والا تأدیب خواهد شد» فرض دیگری را پیش‌بینی کرده بود. اگر مواردی که در قانون تصریح شده بود مانند شروع به سرقت یا کلاهبرداری یا... مشمول قسمت اول ماده بود پس معنای عبارت والا تأدیب خواهد شد چه بود؟

۱- تقریرات درس حقوق کیفری اختصاصی ۲- دوره کارشناسی ارشد - دانشگاه شهید بهشتی - استاد دکتر امیر سپهوند - نیمسال دوم سال تحصیلی ۷۱-۱۳۷۰
۲- زمینه حقوق جزای عمومی - دکتر رضا نوربها - ص ۳۶۸

و چه مواردی مشمول قسمت اخیر ماده ۱۵ بود؟ حقیقت این است که با حذف عبارت مذکور مسلم است که قانون جدید و قدیم از جهتی با هم متفاوت هستند حال باید از این گروه پرسید با توجه به حذف قسمت اخیر ماده ۱۵ تفاوت دو قانون در چیست؟ مخالفین استدلال میکنند که تفاوت قانون قدیم و جدید صرفاً در موردی است که قانونگذار به قابل مجازات بودن شروع به جرم تصریح نکرده باشد که مطابق این عقیده مواردی مانند شروع به قتل یا شروع به تخریب که در قانون، در خصوص مجازات شروع به ارتکاب این قبیل جرائم تصریحی وجود نداشت ولی میتوانستیم مطابق قسمت اخیر ماده ۱۵ مرتکب آن را تأدیب کنیم ولی در قانون جدید با توجه به حذف این قسمت مواردی مانند شروع به قتل و... که تصریح نشده اند قابل تأدیب نیستند یعنی مطابق قانون قدیم اگر تصریح هم وجود نداشت طبق قسمت اخیر ماده ۱۵ تأدیب مرتکب امکان داشت ولی در قانون جدید در صورت عدم تصریح، تأدیب مرتکب غیر ممکن است. (۱) اما این استدلال نیز صحیح بنظر نمیرسد زیرا گفتیم که مادتين ۱۵ و ۱۸ قانون سابق مکمل یکدیگرند و از تلفیق دو ماده مذکور استنباط میشود که شروع به جرم در صورتی قابل مجازات است که در قانون تصریح شده باشد و اعتقاد به امکان مجازات شخصی که فرضاً شروع به قتل نموده است مخالف صریح ماده ۱۸ میباشد.

استدلالی که در خصوص صیانت جامعه و مصلحت اجتماع و نیز خطرناکی مرتکب جرم ارائه شده است صحیح به نظر میرسد و قانون جدید از این حیث قابل انتقاد است. اما نقض قانون را نمیتوان با تفسیری ناصحیح برطرف کرد. بدین توضیح که آیا صیانت جامعه و مصلحت اجتماع فقط منحصر به مواردی است که در قانون تصریح شده است؟ آیا میتوان گفت که مجازات شخصی که شروع به سرقت کرده است ضرورت داشته و عدم مجازات وی مخالف صیانت و دفاع اجتماعی است ولی مجازات شخصی که شروع به قتل یا آدم ربائی کرده است در قانون تصریح نشده و ضرورت نداشته است؟ آیا عدم مجازات شروع کننده جرم قتل به مراتب خطرناکتر از عدم مجازات مرتکب شروع به سرقت نیست؟ واضح است که هم عدم مجازات

۱- تقریرات درس حقوق کیفری اختصاصی ۲ - دوره کارشناسی ارشد - دانشگاه شهید بهشتی - استاد دکتر امیر مپهوند - نیمسال دوم سال تحصیلی ۷۱-۱۳۷۰

شروع کننده قتل خطرناک است و هم عدم مجازات شروع کننده سرقه و هم... و این مسئله را باید یا ناشی از غفلت و یا تعمد قانونگذار دانست چرا که در قانون جدید مواردی که قبلا وجود نداشته است ولی لزوم آن انکارناپذیر بوده است اضافه شده است مانند حکم معاونت در قتل و سایر موارد مشابه ولی در باب شروع به قتل یا جرائم مهم دیگر حکمی بیان نشده است.

استدلالی که در خصوص حذف ماده ۱۸ نیز بعمل آمده است نارسا میباشد زیرا درست است که امکان تصور شروع به جرم در کلیه جرائم وجود دارد ولی باید دانست که قابل تصور بودن شروع به جرم در کلیه جرائم هیچ ملازمه‌ای با امکان مجازات آن ندارد یعنی هر چند از نظر عملی و در عالم خارج امکان تحقق شروع به قتل و شروع به لواط و... وجود دارد (صرف تصور قبلا نیز وجود داشته و مطلب جدیدی نیست) ولی باید دانست که امکان مجازات شروع به جرم آن هم در موارد مصرحه فقط تا زمانی بود که قسمت اخیر ماده ۱۵ حاکمیت داشت در حال حاضر که ماده ۱۵ اصلاح شده و عبارت اخیر آن حذف شده است امکان مجازات شروع به جرم وجود ندارد مگر در صورتیکه نفس عمل انجام شده جرم محسوب شود. سؤالی که در اینجا قابل طرح است که مواردی در قوانین یافت میشود که عمل ارتكابی از نظر ماهیت شروع به جرم وجود ندارد مگر در صورتیکه نفس عمل انجام شده جرم مستقلی محسوب شود.

سؤالی که در اینجا مطرح است این است که مواردی در قوانین یافت میشود که عمل ارتكابی از نظر ماهیت شروع به جرم است ولی قانونگذار عنوان شروع به جرم را در آن خصوص بکار نبرده است مانند ماده ۳۵ مکرر قانون گذرنامه که مقرر میدارد: هر ایرانی که بدون داشتن گذرنامه یا اسناد در حکم گذرنامه بخواهد از مرز غیرمجاز خارج شود و به هنگام عبور دستگیر گردد، به یکماه تا یک سال حبس یا پنجاه هزار ریال تا سیصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد و چنانچه مرتکب دارای گذرنامه و یا اسناد در حکم گذرنامه باشد، به حبس از یک ماه تا شش ماه یا جزای نقدی از پنجاه هزار ریال تا دویست هزار ریال محکوم خواهد شد. «الحاقی» ۱۳۶۷/۷/۱۴.

بدیهی است که شخصی که در حال خروج از کشور دستگیر میگردد و در واقع عمل وی عبارت است از شروع به خروج غیرمجاز از کشور که مجازات اصل جرم

در ماده ۳۵ قانون مذکور ذکر شده است. حال سؤال این است آیا قانون مجازات اسلامی مواردی مانند ماده ۳۵ مکرر را نیز حذف کرده است؟ آیا مقررات ماده ۱۴ قانون جدید بطور ضمنی فاسخ ماده ۳۵ مکرر قانون گذرنامه است؟ به نظر میرسد با توجه به آنچه قبلاً گفته شد این موارد را بتوان در زمره مواردی دانست که نفس عمل انجام شده جرم مستقلی محسوب میشود و دلیل مسئله نیز این است که قانونگذار آن را تحت عنوان شروع به جرم ذکر نکرده است بلکه تحت عنوان خاص در ماده ۳۵ مکرر قانون گذرنامه ذکر کرده است و نتیجه اینکه مواردی نظیر این ماده قابلیت اجرایی داشته و ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی آن را نسخ نکرده است.

۳- سومین مورد اختلاف ظاهری قانون جدید و قدیم موردی است که در تبصره ۲ ماده ۱۴ آمده است یعنی موردی که شروع کننده جرم به میل خود آنرا ترك کند که مطابق این تبصره اگر اقدام انجام شده جرم باشد از موجبات تخفیف مجازات برخوردار خواهد شد حال آنکه ماده ۱۷ قانون سابق مقرر میداشت که اگر شروع کننده جرم به میل خود آن را ترك کند از جهت جرم منظور مجازات شد. ظاهراً بین ماده ۱۷ قانون سابق و تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون جدید تعارضی وجود دارد اما باید دانست که این تصور خطاست زیرا از بررسی دقیق ماده ۱۷ استفاده میشود که قانونگذار مقرر کرده که شخص از جهت جرم منظور یعنی جرمی که شخص قصد ارتکاب آن را داشته مجازات نخواهد شد ولی عدم مجازات شخصی از جهت جرم منظور هیچ منافاتی نداشت با این مطلب که اگر نفس عمل جرم مستقلی بود فاعل به مجازات آن محکوم شود. مثلاً اگر شخصی که بوسیله اسلحه قصد آدم ربائی داشت به میل خود آدم ربائی را ترك میکرد مطابق ماده ۱۷ از جهت آدم ربائی قابل مجازات نبود ولی از نظر حمل و نگهداری غیر مجاز اسلحه قابل مجازات بود زیرا مطابق ماده ۱۵ این عمل جرم مستقلی محسوب میشد و قانونگذار اشاره ای به تخفیف مجازات نمیکرد ولی در قانون جدید در خصوص چنین شخصی قانونگذار امکان تخفیف مجازات را بیان نکرده است و در واقع مطلبی را بیان کرده است که در قانون راجع به مجازات اسلامی سابقه ای نداشته است نه اینکه مطلبی مخالف ماده ۱۷ قانون سابق بیان کرده باشد.

امید است با وضع مقرراتی جامع و مانع، ابهامات موجود در مقررات فعلی از بین برود و تکلیف مراجع قضائی مشخص شود و صراحت و وضوحی که از خصایص قوانین جزائی است در این خصوص رعایت گردد.

دکتر رضا نوری
وکیل پایه یک دادگستری

آیا ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای
کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوانعالی کشور
با اصل قطعیت و اعتبار احکام
دادگاهها منافات و تعارض دارد؟

در شماره دوم مجله قضائی و حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران در مقاله نگاهی اجمالی به چند قانون اخیرالتصویب، جناب آقای دکتر حسین مهرپور تحت عنوان تفسیر ماده ۳۰ اشاره ای مختصر به منطوق و مفهوم این ماده و نیز طرح تفسیر ماده مرقوم و نظریه مجلس شورای اسلامی داشته و با توجه به رهنمودی که برای تحقیق و بررسی در خصوص این ماده ارائه نموده اند ضروری است اصلاً فلسفه وجودی این ماده و نقش آن در قانون بخصوص از لحاظ اینکه ممکن است اعمال این ماده بصورت گسترده یا حداقل بصورتی که در حال حاضر برای همه اصحاب دعوی مطرح است، موجب خدشه و صدمه به اصل قطعیت و اعتبار احکام قضائی گردد مورد مذاقه قرار گیرد فلذا در این نوشتار سعی شده است جلب توجهی از صاحب نظران برای ارائه طریق جهت اعمال صحیح این ماده قانونی مادام که مورد تجدیدنظر قانون گذار یا اصلاح واقع نگردیده بعمل آید تا اصول اساسی قضائی و قدرت و اعتبار احکام دادگاهها مورد تزلزل قرار نگرفته برعکس اعمال این ماده بتواند موجب انجام و اهمیت تصمیمات قضائی در جامعه اسلامی باشد.

یکی از اصول مسلم قضائی اعتبار قضیه محکوم بها میباشد که عبارت است از اینکه قدرت و اثر احکام دادگاهها باید بنحوی باشد که اموری که مورد رسیدگی دادگاه واقع و نسبت به آن حکم صادر شده است و حقوقی در آن برای طرفین تصدیق

گردیده و یا تکلیفی برای آنان مقرر شده است باید ثابت و تغییر ناپذیر باشد و نه تنها دادگاه صادرکننده حکم نتواند از آن عدول کرده یا بنحوی از انحاء آن را تغییر دهد بلکه وقتی حکم با رعایت تشریفات قانونی قطعیت حاصل نمود آن حکم دارای قوت قضائی و اهمیت اعتباری قضیه محکوم بها گردیده بطوریکه هیچ دادگاهی در هیچ زمان نتواند خدشه و اشکالی بر آن وارد نموده و از نظر دستگاه قضائی بعنوان امر مختومه تلقی گردد و بهمین دلیل است که در اکثر سیستم های قضائی جهان پس از قطعیت حکم و طی مراحل مشخصه تجدیدنظر، هیچ مرجع قضائی حق شک و ایراد نسبت به آن حکم قطعی را ندارد در جمهوری اسلامی ایران نیز با توجه به اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی که قوه قضائیه را پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت قرار داده و وظیفه اصلی آن را رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات و تعدیات و شکایات و حل و فصل دعاوی و رفع خصومات مردم دانسته و باید همیشه از قدرت قطع و فصل دعاوی برخوردار باشد در صورتیکه بطریقی ولو با وجود قانونی این قدرت خلل پذیر گردد در ابتدا باید، قوه قضائیه خود، برای حفظ این اقتدار و اعتبار بوسیله اختیاری که قانون اساسی در اصل یکصد و شصت و یکم برای دیوانعالی کشور قرار داده که مقرر داشته است دیوانعالی کشور بمنظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضائی ایجاد میشود، اعمال نظر نموده و در جهت حفظ و بقاء اهمیت و اعتبار احکام دادگاهها جهت صیانت تأمین قضائی جامعه تلاش کند و علیهذا وقتی حکمی در مرحله اولیه صادر و سپس در مرحله تجدیدنظر مورد تأیید واقع گردید علی الاصول نباید مرحله سومی بعنوان تجدیدنظر هرچند به حکم قانون وجود داشته باشد.

ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوانعالی کشور مصوب کمیسیون امور قضائی و حقوقی مجلس محترم شورای اسلامی در ۱۳۶۸/۴/۲۰ که در تاریخ ۱۳۶۸/۴/۲۹ به تأیید شورای محترم نگهبان نیز رسیده است و برای مدت پنج سال بطور آزمایشی به اجراء درآمده است چنین مقرر داشته است:

«هرگاه رئیس دیوانعالی کشور یا دادستان کل کشور آراء هریک از محاکم اعم از حقوقی کیفری، مدنی خاص، انقلاب و نظامی را ولو اینکه در مقام تجدیدنظر صادر شده باشد، نسبت به موارد تجدیدنظر مذکور در قانون تعیین موارد تجدیدنظر احکام دادگاهها و نحوه

رسیدگی آنها قابل تجدیدنظر بداند حق درخواست تجدیدنظر بنحو مندرج در قانون مذکور را دارند. در مورد این ماده مرجع تجدیدنظر مجدد آراء صادره وسیله دادگاه در مقام تجدیدنظر دیوانعالی کشور است.

قانون مورد اشاره در این ماده یعنی قانون تعیین موارد تجدیدنظر احکام دادگاهها و نحوه رسیدگی آنها مصوب ۱۳۶۷/۷/۲۶ مجلس شورای اسلامی در ماده ۶ خود موارد امکان تقاضای تجدیدنظر را در سه قسمت مشخص نموده و علاوه به محکوم علیه یا وکیل و یا قائم مقام قانونی او و نیز در ماده ۷ به خود قاضی صادر کننده حکم و در ماده ۸ به دادستان یا دادیار تنظیم کننده کیفرخواست و یا مجری حکم در دو مورد حق درخواست تجدیدنظر را داده است همچنین این حق بموجب ماده ۳۴ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ در مورد صدور حکم برائت متهم به شاکی یا مدعی خصوصی نیز تفویض گردیده است و علی الاصول با توجه به ماده یک قانون تعیین موارد تجدیدنظر احکام دادگاهها و نحوه رسیدگی آنها در صورت نقض حکم صادره وسیله دادگاه که مورد تجدیدنظر خواهی واقع شده موضوع مورد رسیدگی مجدد واقع و حکم قطعی نسبت به قضیه مطروحه صادر خواهد گردید اما ماده ۳۵ متأسفانه مرحله سومی را در تجدیدنظر مطرح کرده است که گرچه در موارد خاصی شاید بتواند موجب حفظ و بقاء حقوق اصحاب دعوی که در رسیدگی دادگاه تجدیدنظر مورد تضییع واقع گردیده است بشود اما موجب خواهد گردید که در صورت اعمال گسترده بدین صورت که در حال حاضر معمول است (... بقرار اطلاع درخواست های زیادی مطرح رسیدگی است و در واقع خود این نوع درخواست ها در نوبت قرار میگیرد... به نقل از مقاله تفسیر ماده ۳۵ نوشته آقای دکتر حسین مهرپور مجله قضائی و حقوقی، دادگستری جمهوری اسلامی ایران شماره دوم زمستان ۱۳۷۰ (صفحه ۱۰۷) میتواند موجب لطمه به اعتبار و قدرت بقاء احکام دادگاهها گردد فلذا باید با تفسیر دقیق این ماده اعمال آن را محدود نموده و یا صاحب نظران محترم قضائی طرح اصلاح این ماده را به مجلس محترم شورای اسلامی تقدیم تا مجلس در مصوبه خود تجدیدنظر و آن را اصلاح نماید.

مسئله مهم در این ماده توجه به: اولاً تشخیص ریاست دیوانعالی کشور یا دادستان کل کشور بر قابل تجدیدنظر بودن احکام صادره و ارجاع آن به یکی از

در شماره گذشته در خصوص دو اصل مهم تساوی حاکمیت‌ها (برابری مطلق کشورها) و نیز حاکمیت دائمی کشورها بر منابع طبیعی بحث نمودیم و در آن مباحث دیدیم که در بین اصول اساسی حاکم بر روابط بین‌المللی تساوی و برابری حاکمیت‌ها، بی‌تردید جزء معدود اصولی بود که مورد موافقت بی‌قید و شرط کلیه کشورها صرف نظر از گرایش‌های سیاسی و وابستگی‌های، عقیدتی آنها قرار گرفته است. تمام کشورها اهمیت فوق‌العاده و محتوی اساسی اصل تساوی حاکمیت‌ها را قبول داشتند و بر این اعتقاد بودند که اصل تساوی حاکمیت‌ها ستون اصلی مجموعه قواعد بین‌المللی و بطور کلی بنای اساسی روابط بین‌المللی است. اصل تساوی حاکمیت‌ها بدین مفهوم بود که اولاً «کشورها از لحاظ حقوقی برابرند»، ثانیاً از همه حقوقی که از حاکمیت آنها ناشی می‌شود برخوردارند، ثالثاً «تمامیت ارضی و استقلال سیاسی آنها باید محترم شمرده شود» و رابعاً اینکه «دولتها موظف هستند در صحنه بین‌المللی وظایف خود را بنحو احسن انجام دهند». بطور کلی دیدیم که تساوی حاکمیت‌ها یعنی اینکه در مورد هیچ یک از اعضای جامعه جهانی نمی‌توان قائل به تبعیض شد و از نقطه نظر بین‌المللی همه کشورها علیرغم وسعت جمعیت و قدرت اقتصادی باید یکسان محسوب شوند. همچنانکه واتل (Vattel) در سال ۱۷۵۸ اعلام نمود «یک کوتوله، هم آدم است و هم غول، یک جمهوری

«اعلامیه اعطای استقلال به کشورها و مردم تحت استعمار» گفته شده است :

«تمام مردم حق دارند سرنوشت خود را تعیین نمایند و عدم اعطای استقلال به بهانه عدم کفایت و آمادگی سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ایشان هرگز سوجه نخواهد بود، و هر گونه اقدامات مسلحانه یا هر گونه تدابیر سرکوبگرانه در مقابل ملل مستقل باید متوقف شود تا ایشان فرصت یابند به طور آزاد و مسالمت آمیز برای دستیابی به یک استقلال تمام عیار از حقوقی که دارند استفاده نمایند.» (۳۷)

دانشمندان علم حقوق از جمله براون لی، استارک، اکرست براین اعتقادند که اصل تعیین سرنوشت ملتها امروزه یک اصل پذیرفته شده حقوق بین الملل می باشد :

«اصل تعیین سرنوشت و خود مختاری ملل امروزه دیگر صرفاً یک سفارش و توصیه نیست، بلکه این اصل به عنوان یک اصل صحیح حقوق بین الملل نوین مورد قبول واقع شده است.» (۳۸)

همچنین در کنفرانس کشورهای غیرمتعهده که در سال ۱۹۶۴ در باندونگ (Bondung) اندونزی برگزار گردید، اصل تعیین سرنوشت ملتها، به عنوان یکی از اصول و مبانی جنبش عدم تعهد مورد تصویب کلیه اعضا قرار گرفت. آقای نوهویونگ پارک No - Hyoungpark استاد دانشگاه سئول کره جنوبی در مقاله خود تحت عنوان «مشارکت کشورهای جهان سوم در توسعه حقوق بین الملل» در خصوص نقش و تلاش کشورهای جنبش عدم تعهد در شناساندن اصل آزادی تعیین سرنوشت توسط ملتها می نویسد که این در نتیجه تلاش های کشورهای عضو جنبش عدم تعهد بود که مبارزات ضد استعماری تبدیل به یک واقعیت شده و موضوع تعیین سرنوشت ملتها به عنوان یک اصل حقوقی جای خود را در حقوق بین الملل باز نمود.» (۳۹)

37. Daniel Thurer : Self - Determination, Encyclopedia of P. Int'l Law, Vol. 8, 1985, P.472.

38. M. Akehurst, A Modern Introduction to International Law, 1984, p.252.

39. No - Hyoung Park, Third World Participation in Development of International Law, Third World Law Journal, Vol. VII, No.1, 1987, p.55.

پرفسور دانیال تئورر در بحث خود راجع به این اصل والزام آور بودن آن برای دولت‌ها به منظور حفظ صلح و امنیت جهانی، آن را یکی از اصول مسلم و کلی حقوق بین الملل معاصر می‌داند که هیچ گونه شک و شبهه‌ای در آن وارد نمی‌شود. (۴۰)

ب - اسناد بین المللی

این اصل نخستین بار در قانون صلح شوروی سابق در مورخ ۸ نوامبر ۱۹۱۷ و متعاقباً در ۱۵ نوامبر همان سال در اعلامیه حقوق مردم شوروی اعلام گردید، که به موجب آن کلیه مردم حق دارند سرنوشت خود را تعیین نمایند، حق دارند مستقل زندگی کنند و حق دارند واحد و دولت مستقلی ایجاد نمایند. (۴۱)

قبل از تشکیل سازمان ملل حق تعیین سرنوشت ملت‌ها در تعداد محدودی از معاهدات منعقد بین دولت‌ها پیش‌بینی شده بود بطور نمونه در معاهده ورسای که بین دولت آلمان و متفقین در سال ۱۹۱۹ در پایان جنگ جهانی اول منعقد شد حق تعیین سرنوشت درباره سیلسیاعلیا (Upper Silesia) پیش‌بینی شده بود و براساس آن این حق برای مردم این سرزمین بوجود آمد که خود را تابع یکی از دو کشور لهستان یا آلمان نمایند. (۴۲)

اگرچه در میثاق ملل متحد راجع به سرزمین‌های تحت قیمومت و نیز حق تعیین سرنوشت ملت‌های تحت استعمار صراحتاً ماده‌ای وجود نداشت لیکن ماده ۲۲ میثاق تلویحاً حق تعیین سرنوشت ملت‌های تحت قیمومت را در آینده به رسمیت شناخته است اگرچه مدت زمان مشخصی را در این خصوص پیش‌بینی نکرده بود. (۴۳)

بعد از تشکیل سازمان ملل متحد، ماده اول منشور که هدف سازمان را بیان می‌دارد صراحتاً از اعضای می‌خواهد که روابط دوستانه بین کشورها را براساس اصل تساوی حقوق و نیز اصل تعیین سرنوشت، توسعه بخشند. همچنین در ماده ۵۵ منشور، سازمان اساسی روابط دوستانه بین کشورها

40. Daniel Thurer, Encyclopedia, OP. Cit, p. 472.

41. Crawford, The Creation of States in National Law, Oxford, 1979, p. 351.

42. Akehurst, op. cit. p. 291.

43. ICJ. Reports, Namibia Case. 1971. pp. 16, 28-32.

یافت و به صورت واقعیت عینی درآمد و در میان اصول بنیانی
حقوق بین الملل در قطعنامه سازمان ملل راجع به مناسبات دوستانه
دولتها گنجانده شد.^{۴۹}

ج- رویه های بین المللی

۱- مسئله فلسطین و آفریقای جنوبی

سازمان ملل متحد در قطعنامه های متعددی که از سال ۱۹۴۹ به این طرف
صادر کرده است ملت های آفریقای جنوبی و فلسطین را در تعیین سرنوشت خود مختار
و آزاد دانسته و تمایل به شیوه های نظامی را توسط مردم این کشورها برای احقاق
حقوقشان مجاز و قانونی دانسته است. عده ای از کشورهای اروپای غربی و نیز
ایالات متحده بر این اعتقادند که سازمان ملل در این رابطه استاندارد دوگانه ای
را اعمال نموده است زیرا آنچه از مفاد قطعنامه های مجمع عمومی سازمان ملل
راجع به حق تعیین سرنوشت ملتها برمی آید عمدتاً در خصوص سرزمین های تحت
استعمار می باشد که یک کشور خارجی با اعمال زور و خشونت بر مردمی غیر غم
میل باطنی آنها حکومت کند و چنین استنباطی در باره کشورهای نظیر اسرائیل
و آفریقای جنوبی که دو کشور مستقل و عضو سازمان ملل هستند مصداق ندارد
و چنین تبعیضی در خصوص این کشورها برخلاف اصل تساوی حاکمیت دولتها
که یکی از اصول شناخته شده و مسلم حقوق بین الملل نوین است می باشد.^{۵۰}
در مقابل این بحث حقوقدانان کشورهای مسلمان و در حال توسعه معتقدند
که کسانی که امروز در آفریقای جنوبی به عنوان حکومت مستقل و برا کثرت
قریب به اتفاق جمعیت سیاه پوست این کشور حکومت می کنند همان نمایندگان
حکومت های استعماری دیروز می باشند که وظیفه حفاظت از منافع قدرتهای
استعمارگر را به عهده داشته اند و لذا اگر چه این کشورها بظاهر مستقل هستند اما
این استقلال مشروعیت حکومت غاصبانه آنها بر مردم نمی باشد.

49. D. Thurer, Encyclopedia, op. cit, vol. 8, p. 473.

50. In 1980 all member states of the European Communities recognized that the Palestinians were entitled to self-determination [see Keesing's Contemporary Archives, 1980, p. 30633.

در رابطه با اسرائیل نیز این حقوقدانان براین نظریه‌اند که اکثریت جمعیت فعلی اسرائیل را یهودیانی تشکیل می‌دهد که بعد از استقلال در سال ۱۹۴۸ از کشورهای دیگر به این سرزمین مهاجرت کرده‌اند و در اصل مردم بومی منطقه نمی‌باشند و لذا نمی‌توان گفت که استقلال ظاهری این کشورها مانع از شناسایی حق تعیین سرنوشت ملت‌های تحت ستم این سرزمین‌ها توسط سازمان ملل می‌باشد. از دیدگاه این حقوقدانان استعمار همچنان بر این سرزمین‌ها حکومت می‌کند امانه در شکل قدیم آن بلکه در شکل جدید که «استعمارنو» نامیده می‌شود.

علی رغم فشار کشورهای غربی در سازمان ملل این سازمان همچنان از مواضع قبلی خود راجع به حق تعیین سرنوشت ملت‌های فلسطین و آفریقای جنوبی تا این تاریخ حمایت کرده است.

۲- رویه‌های قضایی بین‌المللی

رویه مراجع بین‌المللی نیز حاکی از تأیید اصل حق تعیین سرنوشت ملل است. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در دعوی نامیبیا اعلام کرد که:

«تحول حاصله در حقوق بین‌الملل و در مورد سرزمین‌های غیر خودمختار، به نحوی که در منشور ملل متحد قید گردیده، طوری است که قاعده حق تعیین سرنوشت را نسبت به کلیه این قبیل سرزمین‌ها قابل اعمال و اجراء می‌سازد. (۵۱)»

قاضی ویلارد در نظر منفرد خود در رابطه با این اظهار نظر دیوان راجع به اصل «ند کور می‌نویسد:

«بیان دیوان بدین گونه به نظر من نشان می‌دهد که در حقوق بین‌الملل یک دکترین جدیدی بوجود آمده که به لحاظ استعمارزدایی از کلیه سرزمین‌های غیر خود مختار که تحت حمایت سازمان ملل هستند، قابل اعمال و شمول است.» (۵۲)

51. Neo-Colonialist. see. A. Igo Sureda, The Evolution of the Fight of Self-Determination, Chapters, 2. 5.

52. ICJ Reports, Namibia case, 1971, p. 130.

53. Ibid, pp. 121 - 122.

سازمان ملل تعریف نسبتاً جامعی ارائه داده است . در این گزارش آمده است :

«مصونیت به معنای دادن امتیاز در مورد معافیت، تعلیق، یا عدم
مسئولیت در مورد اعمالی است که به مقامات صالحه یک دولت
یا سرزمینی اعطاء می شود.» (۵۹)

اکثریت علمای حقوق بر این اعتقادند که اصل مصونیت دولتها یکی از
اصول مسلم حقوق بین الملل می باشد . این عده ضمن رد و انتقاد از اصل مصونیت
مطلق یا کامل (Absolute Immunity) معتقدند که با توسعه روابط
تجاری، دولتها بعضاً با صدور اعلامیه رسمی یا انعقاد یک قرارداد دوجانبه و یا
چند جانبه و در پاره ای موارد با گنجانیدن شرط داوری برای محاکم خارجی وگاه
با حضور خود در یک محکمه خارجی و یا حتی با طرح یک دعوی متقابل در
مقابل خواهان در یک دادگاه خارجی از بخشی از مصونیت خویش صرف نظر کرده
و عملاً از تئوری مصونیت نسبی پیروی می کنند . (۶۰)
اینهایم در کتاب خود راجع به حقوق بین الملل در باره این اصل می نویسند :

«با اصل مصونیت حاکمیت دولتها از صلاحیت محاکم کشورهای
دیگر به گونه ای رفتار شده است که دادگاههای اکثریت کشورها
آن را به عنوان یک اصل حقوق بین الملل به کار می برند.» (۶۱)

ب : تحولات بوجود آمده در اصل مصونیت دولتها

مصونیت حاکمیت دولتها از محاکم دیگر دولتها ناشی از یک اصل
قبول شده حقوق بین الملل یعنی اصل تساوی حاکمیت هاست . خانم
Wallace معتقد است که منشأ این مصونیت به یک اصل قدیمی لاتین
pari parum non habet imperium برمی گردد که مراد از آن این است که
یک کشور نمی تواند بر کشور دیگری که با او دارای حاکمیت مساوی است اعمال

59. Yearbook of the Int'l Law Commission, Vol. VI, 1980, p. 230 .

60. L.J. Bouchez, Netherlands Yearbook of Int'l L., vol. X, 1979, pp. 7-10.

61. Oppenheim, Op. cit., p. 267 .

صلاحیت نماید.^(۶۲) امروزه نیز این اصل که سران حکومت‌ها حتی در اعمال صلاحیت شخصی نیز اگر مرتکب تخلفی شوند، مصون می‌باشند مورد قبول اکثریت دولتهاست. معهذا دولتها به لحاظ مسائل سیاسی - اقتصادی مایل نیستند که مصونیت مطلق اعمال شده در باره سران کشورهای دیگر را به نمایندگی آنها نیز اعطا نمایند. ایالات متحده نخستین کشوری بود که در سال ۱۹۵۲ با صدور بیانیه‌ای رسمی اعلام نمود که «اگرچه سیاست دولت ایات متحده به رسمیت شناختن مصونیت حاکمیت دولتها در اعمال حاکمیت و انجام کارهای عمومی (Jus imperii) است معهذا انجام اعمالی به عنوان صلاحیت شخصی و تجاری (Jus gestiais) را نمی‌توان مشمول اصل مصونیت حاکمیت دانست.^(۶۳) قانون مصونیت حاکمیت خارجی ایالات متحده در سال ۱۹۷۶ این سیاست را تأیید و اصل مصونیت نسبی دولتها را نصب العین خود ساخت.^(۶۴) جنگ جهانی اول و دوم و توسعه سریع و ناگهانی علم و تکنیک در کشورهای اروپای غربی و آمریکا، کشورهای در حال توسعه را برآن داشت تا به اقتصاد خود سرو سامانی بدهند. چنین توسعه‌ای نیاز به سرمایه‌گذاری وسیعی بود که از عهده بخش خصوصی خارج بود و یا اینکه دولت مایل نبود تا سرمایه‌گذاری در اینگونه صنایع اصلی و مادر را به بخش خصوصی واگذار کند. معهذا در این راستا دولت‌ها خود به عنوان تاجر وارد کارهای تجارتی شده و انحصار صنایع بزرگی نظیر نفت، پتروشیمی، راه‌آهن، کشتیرانی، پست، تلفن و تلگراف و... را به عهده گرفت. چرخش این صنایع بزرگ نیاز به داد و ستد مداوم دولت بود و در این خصوص چندان منفعت کشورهای اروپای غربی نبود که مصونیت حاکمیت دولت را به فعالیت‌های تجاری و خصوصی وی نیز سرایت دهند. لذا از این تاریخ اصل

62. R. Wallace, op. cit. p. 108. see also Brownlie, principles of public Int'l law, 6th 1990, p. 324.

63. Whiteman, Digest of Int'l law, vol. 6, p. 569 - 571.

64. This approach, often called the doctrine of restrictive or relative immunity, has been adopted by the courts of at least twenty countries and many other countries have supported the restrictive approach in principle. For further information see, Brownlie, op. cit. chapter, xv, pp. 322-340.

مصونیت نسبی دولتها جایگزین اصل مصونیت مطلق گردید و در عمل کشورهای اروپائی با انعقاد معاهدات و کنوانسیونهای دوجانبه و چند جانبه از اصل مصونیت نسبی پیروی نمودند.

در سال ۱۹۶۲ کنوانسیون اروپائی مصونیت دولت به همت و تلاش کشورهای اروپای غربی به تصویب رسید. ماده ۶ کنوانسیون فوق الذکر در رابطه با مصونیت نسبی دولتها مقرر می دارد:

«هیچکدام از کشورهای طرف این کنوانسیون نمی تواند ادعای مصونیت از صلاحیت محاکم اعضای دیگر نماید اگر آن دولت با یک یا چند شخص حقیقی یا حقوقی در سازمان یا کمپانی که مقر و محل ثبت آن در کشور محل دادگاه می باشند دارای فعالیت تجاری و مشارکتی باشد. اختلافات ناشی از فعالیت های تجاری دولت مورد نظر با کمپانی یا دولت میزبان در صلاحیت محاکم داخلی کشور میزبان می باشد.» (۶۵)

ماده ۷ کنوانسیون نیز کشورهای طرف کنوانسیون را که دارای فعالیت های تجاری با اشخاص حقیقی یا حقوقی هستند از شمول اصل مصونیت دولت ها استثناء نموده و محاکم دولت میزبان را که شرکت یا مؤسسه تجاری در قلمرو آن به ثبت رسیده و فعالیت می کند صالح به رسیدگی به اختلافات دولت و اشخاص حقیقی یا حقوقی دانسته است. (۶۶)

آنچه که از مفاد کنوانسیون اروپائی راجع به مصونیت دولتها به ذهن متبادر می شود این است که اصل مصونیت که یکی از اصول شناخته شده حقوق بین الملل می باشد مانند دیگر اصول چندان جنبه اجباری برای دولتها ندارد. دولتها می توانند با انعقاد معاهدات دوجانبه و یا حتی بعضاً با رفتاری که در پیش می گیرند بطور غیر رسمی از مصونیت خود صرف نظر نمایند.

در سالهای اخیر بسیاری از دولتها با انعقاد معاهدات دوجانبه یا چند جانبه

65. 21LM. /19721, p. 470.

66. Council of Europe, Explanatory Reports on the European Convention on State Immunity and the Additional Protocol /1972/. 12. Columbia. J. Trans. Law /1973/. pp. 130-54.

از بخشی از مصونیت خود در فعالیت‌های کشتیرانی، تجاری، بازرگانی و... صرف‌نظر نموده و با گنجاندن شرایطی در معاهدات صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های یکی از دو طرف و یا یک مرجع ثالث را جهت اختلافات قبول کرده‌اند. در این رابطه می‌توان از کنوانسیون ۱۹۲۶ بروکسل نام برد که تمامی کشتی‌ها را که در آب‌های داخلی یک کشور فعالیت می‌کنند مشمول صلاحیت دادگاه‌های داخلی آن کشور می‌داند. (۶۷) معه‌ذا در دو کنوانسیون مهم ژنو یعنی کنوانسیون دریای سرزمینی و منطقه مجاور آن و نیز کنوانسیون دریای آزاد که در سال ۱۹۵۸ به تصویب رسیده است، در رابطه با اینکه کشتی دولتی دارای هدف تجاری است یا غیر تجاری قائل به تفکیک شده است. ماده ۹ کنوانسیون راجع به دریای آزاد مقرر کرده است: «کشتی‌های دولتی اعم از اینکه دولت مالک آن باشد یا آن را اجاره نموده باشد اگر برای خدمات غیر تجاری در دریای آزاد فعالیت نماید دارای مصونیت مطلق از صلاحیت دیگر دولت‌ها بجز دولت متبوعش که پرچم آن را حمل می‌کند، می‌باشد.» (۶۸)

بنظر می‌رسد اکثر علمای حقوق بر این اعتقادند که با وجود اختلافات فراوان در دیدگاه‌های کشورهای عضو سازمان ملل گرایش و تمایل رو به رشد بطرف نظریه مصونیت محدود دولت‌ها کفه ترازو را بنفع این تئوری سنگین کرده است. (۶۹)

ج: اسناد و مقررات بین‌المللی

از آنجا که اصل مذکور دارای مصادیق فراوانی است لذا در اینجا سعی می‌شود فقط به مهم‌ترین آنها از جمله مصونیت دیپلماتیک و کنسولی، مصونیت اسوال هیأت دیپلماتیک و مصونیت از صلاحیت محاکم داخلی کشور میزبان مختصر اشاره‌ای بعمل آید.

67. Brownlie, op. cit. p. 329.

68. Mc Dougal & Burke, The Public Order of the Oceans / 1962/ pp. 1180 - 9

69. Int'l Law Commission Reports on Fortieth Session, In Conclusion Mr Schreuer has said: From a general pererspective it can be said that the doctrine of restrective immunity has been strengthened to a point where practically all countries from which any substantive material is avallable have embraced it.

ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۶۱ وین اعضای هیئت‌های دیپلماتیک را به سه گروه :

- ۱ - اعضای دیپلماتیک نظیر سفیر، کتسول و وابسته نظامی .
 - ۲ - کارمندان اداری و فنی نظیر حسابدار و یایگان و . . .
 - ۳ - کارکنان خدمات مانند راننده و آشپز، تقسیم نموده است که از گروه‌های فوق‌الذکر مصونیت فقط شامل گروه اول یعنی اعضای دیپلماتیک می‌شود و دو گروه دیگر دارای مصونیت مذکور در کنوانسیون نمی‌باشند .
- همچنین ماده ۲۲ کنوانسیون مذکور در رابطه با مصونیت محل سفارت یا هیئت‌های نمایندگی دیپلماتیک مقرر می‌دارد :

« ۱ - ساختمانهای نمایندگی باید دارای مصونیت باشد . نمایندگان دولت میزبان حق ورود به ساختمان یا محل نمایندگی بدون اجازه سرپرست هیئت را ندارند .

۲ - دولت میزبان موظف است تمام اقدامات مناسب را برای حمایت از ساختمانهای نمایندگی در مقابل شورش یا ورود خسارات بعمل آورد . همچنین دولت موظف است از هر گونه ناآرامی و وناامنی که صلح و آرامش هیئت را به هم می‌زند جلوگیری نماید .

۳ - تمامی ساختمانهای هیئت نمایندگی و وسایل آنها، وسایل نقلیه از جستجو، تحقیق، ضبط و اجراء مصون می‌باشند . » (۷۰)

مواد ۲۳ تا ۲۸ نیز راجع به امتیازها و مصونیت‌های مختلف هیأت‌های نمایندگی سیاسی دولتها بحث نموده است . ماده ۲۹ ، ۳۰ ، ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون اعضای هیأت نمایندگی را از صلاحیت محاکم داخلی کشور میزبان در زمینه جرایم مختلف معاف نموده است . (۷۱)

د: رویه‌های قضائی بین‌المللی

به نظر می‌رسد که رویه قضائی داخلی دولتها و نیز رویه قضائی بین‌المللی

70, Art. 1 /it defines the premises of the mission as the buildings ... and the land ancillary there to ... used for the purposes of the mission; See, premises of the Islamic Republic of Iran /1980/ WLR , p. 979 .

71, I. Brownlie , op . cit , pp . 213 - 224 .

همواره از مصونیت نسبی دولتها حمایت کرده‌اند. به‌طور نمونه رویه قضایی دادگاههای ایالات متحده همواره از تئوری مصونیت نسبی دولتها پیروی کرده است. به‌نظر این دادگاهها مشارکت وسیع دولتها ومؤسسات وابسته به‌آن در تجارت بین‌المللی با اعمال تئوری مصونیت کامل ومطلق سازگار نیست. این دادگاهها در دعاوی زیر از تئوری نسبی بودن مصونیت پیروی کرده‌اند. (۷۲)

1. The philippine Admiral case, philippine V. Japan.

2. Trendex Trading Corporation V. Central Bank of Nigeria.

دیوان دایمی دادگستری بین‌المللی نیز در دعوی Eastern Carclia ضمن نظر مشورتی خود راجع به‌صلاحیت حل وفصل دعاوی دولتهای غیر عضو توسط شورای جامعه‌ملل، وبا استناد به‌اصل مصونیت دولتها به‌لحاظ صلاحیت دیگر مراجع ومحاکم داخلی و بین‌المللی بدون رضایت آنها، اصل حاضر را یکی از اصول مسلم حقوق بین‌الملل بشمار آورد. (۷۳)

دیوان دادگستری بین‌المللی در رأی مورخ ۴ می ۱۹۸۰ خود در دعوی

United States Diplomatic and Consular staff in Tehran

که طی آن دانشجویان مسلمان به‌سفارت امریکا حمله برده وآنجای را به‌تصرف درآوردند ضمن مسئول قراردادن دولت ایران به‌جهت قصور در حمایت از سفارت امریکا در مقابل حمله دانشجویان مسلمان وزیر پا گذاشتن مقررات کنوانسیون ۱۹۶۱ وین راجع به‌مصونیت دیپلماتیک، اصل مصونیت را یکی از اصول مسلم حقوق بین‌الملل معرفی نموده ومی‌نویسد:

«حکومت ایران نه تنها براساس روابط قراردادی با دولت ایالات متحده بلکه براساس اصول ومقررات حقوق بین‌الملل عمومی وظیفه حمایت از دیپلماتهای امریکائی را برعهده داشته است.» (۷۴)

72. Green, Int, 1 LOW through the cases, 4th ed., 1978, pp. 271 - 275.

73. PCIJ Reports, 1923, Series B, no. 5, p. 27.

74. ICJ. Reports, United States Diplomatic and Consular Staffs in Tehran v. Iran. / 1979, p. 31 In its judgment on the Merits the Court observed that the obligation of the Iranian Government here in question are not merely contractual ... but also obligations under general international Law.

نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی

«سن قانونی در قوانین ایران»

شماره نظریه ۷۰/۲/۱۱-۷/۹۳۴-کلاس پرونده ۷۶-۱۱۳۴-۶۹

سوال- سن لازم و قانونی برای ازدواج- عقد و قراردادهای دیگر- شرکت در انتخابات- نامزد شدن برای نمایندگی مجلس شورای اسلامی و ریاست جمهوری را اعلام دارند.

جواب- ۱- سن بلوغ و ازدواج، برای پسر ۱۵ سال تمام و برای دختر ۹ سال تمام- (مادتین ۱۰۴۱ اصلاحی و ۱۲۱۰ قانون مدنی)

۲- سن لازم برای رأی دادن در انتخابات نمایندگان مجلس شورای اسلامی و انتخابات ریاست جمهوری ورود بد ۱۶ سالگی- (بند ۲ ماده ۲۹ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۹ و اصلاحات بعدی آن و بند ۲ ماده ۳۶ قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۴/۴/۵)

۳- سن لازم برای کاندیداتوری مجلس شورای اسلامی حداقل ۲۶ سال و حداکثر ۷۵ سال است (بند ۷ ماده ۲۹ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی)

۴- برای کاندیداتوری ریاست جمهوری اسلامی ایران، شرط سن وجود ندارد (ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری)

۵- سن لازم برای کلیه معاملات و عقود و ایقاعات- باسثناء نکاح و طلاق

۱۸ سال تمام است (ماده واحده قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳ شهریور ۱۳۱۳) (۱) و (۲)

۶- سنی که افراد ذکور مشمول مقررات خدمت وظیفه عمومی میشوند، اول فروردین ماه سالی است که طی آن سال وارد ۱۹ سالگی میشوند (ماده ۲ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹)

۷- سن لازم برای ورود به خدمت رسمی حداقل ۱۸ سال تمام و نداشتن پیش از ۴۰ سال تمام است (بندالف ماده ۱۴ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵/۳/۳۱ یا اصلاحات بعدی).

(۱)- وحدت رویه ردیف ۳۷/۶۲ رأی شماره ۳۰-۳/۱۰/۶۴ بسمه تعالی: رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوانعالی کشور ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی هشتم دیماه ۱۳۶۱ که علی القاعده رسیدن صغار بسن بلوغ را دلیل رشد قرار داده و خلاف آن را محتاج باثبات دانسته ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط بخود میباشد مگر در مورد امور مالی که بحکم تبصره ۲ ماده مرقوم مستلزم اثبات رشد است عبارت اخیری صغیر پس از رسیدن بسن بلوغ و اثبات رشد میتواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ مالک شده مستقل تصرف و مداخله نماید و قبل از اثبات رشد از این نوع مداخله معنوع است و بر این اساس نصب قیم بمنظور اداره امور مالی و استیفاء حقوق ناشی از آن برای افراد فاقد ولی خاص پس از رسیدن بسن بلوغ و قبل از اثبات رشد هم ضروری است بنابراین رأی دادگاه عمومی حقوقی فسا قائم مقام دادگاه مدنی خاص در حدی که با این نظر مطابقت دارد صحیح تشخیص میشود. این رأی بر طبق ماده ۳ از سواد اضافه شده بقانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷ برای دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است.

(۲)- ماده واحده راجع برشد متعاملین مصوب ۱۳ شهریورماه ۱۳۱۳- از تاریخ اجرای این قانون در مورد کلیه معاملات و عقود و ایقاعات باسشتهای نکاح و طلاق محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که بسن ۱۸ سال شمسی تمام نرسیده اند اعم از ذکور و اناث غیر رشید بشناسند مگر آنکه رشد آنها قبل از اقدام بانجام معامله یا عقد و یا ایقاع بطرفیت مدعی العموم در محاکم ثابت شده باشد اشخاصیکه بسن ۱۷ سال شمسی تمام رسیده اند در محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی رشید محسوب میشوند مگر اینکه عدم رشد آنها بطرفیت مدعی العموم در محاکم ثابت گردد. مناط تشخیص سن اشخاص اوراق هویت آنهاست مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.

لزوم صدور حکم طلاق در مورد زوجه غایب مفقودالاثر

سؤال- در صورتیکه حکم موت فرضی شوهر صادر، دادگاه نیز حکم بطلاق زوجین داده باشد آیا میتوان حکم طلاق صادره در مورد افراد فوق الذکر را به اجرا در آورد؟

نظریه کمیسیون قوانین مدنی اداره حقوقی بشرح زیر است:

جواب- با توجه به فتاوی فقهای معاصر در کلیه مواردی که زوج غایب مفقودالاثر است با درخواست زوجه، دادگاه بایستی پس از انجام تشریفات قانونی حکم طلاق صادر نماید و صیغه طلاق جاری شود و زوجه عده وفات نگهدارد. خواه حکم موت فرضی صادر شده یا مورد از مصادیق حکم موت فرضی نباشد. عدم نص قانونی برخلاف مطلب فوق بلکه لحن بیان مواد ۱۰۲۹ (۱) و ۱۱۵۶ (۲) قانون مدنی موید حکم فوق میباشد و در هر حال در مورد سؤال چون طبق اظهار دادگاه حکم طلاق صادر شده طبعاً باید طلاق اجرا شود.

(۱) - ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد زن او میتواند تقاضای طلاق کند در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق میدهد.»

ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی - در مورد مواد ۱۰۲۰ و ۱۰۲۱ و ۱۰۲۲ محکمه وقتی میتواند حکم موت فرضی غایب را صادر نماید که در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه های کثیرالانتشار تهران اعلانی در سه دفعه متوالی هر کدام بفاصله یکماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت نماید که اگر خبر دارند باطلاع محکمه برسانند. هرگاه یکسال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود حکم موت فرضی او داده میشود.

(۲) - ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی - زنی که شوهر او غایب مفقودالاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق عده وفات نگهدارد.

مسائلی از وثیقه و کفالت

سوال ۱- اگر متهم مکانی که وجود ندارد بعنوان نشانی محل کار و سکونت خود اعلام و با تودیع وثیقه آزاد شود و یا نشانی خود را در خیابان و کوچه‌ای واقعی اعلام ولی پلاک منزل را که وجود خارجی ندارد اعلام نماید و با تودیع وثیقه آزاد شود و بطور کلی چنانچه متهمی با اعلام آدرس اشتباهی و تودیع وثیقه آزاد شود و بهمین علت در مرحله محاکمه، ابلاغ احضاریه به او غیرممکن باشد، آیا میتوان وثیقه تودیع شده را به نفع دولت ضبط کرد، و آیا در چنین مواردی میتوان حکم غیابی صادر کرد؟

۲- اگر کفیل متهم مکان موهومی را بعنوان نشانی محل سکونت و کار اعلام کند و در نتیجه در وقت حاجت ابلاغ احضاریه معرفی مکفول به وی ممکن نباشد و متهم نیز در دادگاه حاضر نشود آیا در چنین صورتی میتوان وجه الکفاله تعیین شده را به نفع دولت اخذ کرد؟

۳- اگر کفیل متهم عمداً از گرفتن احضاریه معرفی مکفول امتناع کند و در نتیجه اوراق مطابق قانون به وی ابلاغ قانونی شود و مشارالیه مکفول خود را هم معرفی نکند آیا در چنین صورتی میتوان وجه الکفاله تعیین شده را به نفع دولت اخذ کرد یا خیر؟

۴- آیا برای اخذ وجه التزام یا وجه الکفاله یا وثیقه تودیع شده ابلاغ واقعی ضرورت دارد یا اینکه ابلاغ قانونی کافی خواهد بود؟

۵- آیا برای رعایت حال وثیقه گذاران میتوان لااقل یکبار به او اخطار کرد که متهم را معرفی کند و الا وثیقه تودیع شده به نفع دولت اخذ خواهد شد؟
پاسخ: مشورتی اداره حقوقی بشرح زیر است:

جواب ۱- اگر اقامتگاهی که متهم در موقع تحقیق و تفهیم تبصره ذیل ماده ۱۲۵ قانون آئین دادرسی کیفری و تفهیم اتهام تعیین کرده است شناخته شده و موجود باشد باید اوراق مربوطه بهمان محل ارسال و ابلاغ قانونی شود و اگر از وی تحقیق بعمل نیامده و یا محلی که تعیین نموده است شناخته نمیشود و یا

وجود ندارد (مثلاً عمداً نشانی نادرست اعلام کرده) باید از طریق درج آگهی در مطبوعات احضار شود و در صورت احضار از این طریق و انقضای مهلت قانونی در صورتیکه جرم از حقوق الله نباشد (چه حق الناس باشد و چه از حقوق عمومی) دادگاه میتواند غیاباً او را محاکمه نماید البته حق اعتراض وی بر حکم غیابی محفوظ است.

۲- وصول وجه الکفاله از کفیل فقط با رعایت مقررات ماده ۱۳۶ مکرر قانون آئین دادرسی کیفری (با توجه به قانون منع بازداشت افراد در قبال تعهدات و الزامات مالی) و رأی وحدت رویه (۱) شماره ۴۲. ۲. مورخ ۵/۵/۴ هیئت عمومی دیوانعالی کشور امکان پذیر است.

۳- عدم اخذ اختاریه از سوی کفیل و امتناع حضوری او از اسضاء نسخه دوم اختاریه، اطلاق ابلاغ واقعی را از بین نمیرد. در نتیجه اخذ وجه الکفاله از کفیل با رعایت سایر شرایط مقرر فاقد اشکال بنظر میرسد.

۴- برای وصول وجه الکفاله با عنایت به رأی وحدت رویه فوق الذکر ابلاغ واقعی اختاریه به کفیل ضرورت دارد ولی برای ضبط وثیقه به نفع دولت ابلاغ به وثیقه گذار لازم نیست.

۵- با استفاده از وحدت ملاک ماده ۱۳۶ قانون آئین دادرسی کیفری در صورت عدم حضور متهم میتوان مورد وثیقه را بنفع دولت ضبط نمود و قانونگذار مهلتی برای وثیقه گذار در نظر نگرفته است.

۶- چنانچه احضار متهم برای محاکمه ممکن باشد خواستن او از کفیل مورد ندارد و در صورتی میتوان به کفیل اختاریه معرفی مکفول صادر کرد که حضور متهم برای انجام تحقیقات و یا دادرسی لازم باشد و متهم با وجود احضار حضور نیافته باشد احضار متهم توأم با اختار به کفیل مستند قانونی ندارد.

(۱) - قسمی از رأی وحدت رویه فوق الذکر:

... فقط اختار واقعی بکفیل بوجوب حصول اطمینان باستحضار او از این امر است بنابراین تنها به ابلاغ قانونی اختاریه نمیتوان اکتفا کرد.

ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۲۹۱ ... برای یکبار اعمال میشود.

سؤال- چنانچه پرونده‌ای در دادگاه کیفری ۲ منتهی بصدور رأی شود در اجرای قانون تعیین موارد تجدید نظر احکام دادگاهها و نحوه رسیدگی آنها به مرجع تجدیدنظر دادگاه کیفری یک ارسال گردد، دادگاه کیفری یک نیز رأی صادره از سوی دادگاه کیفری ۲ را تأیید نماید و در اجرای ماده ۳۵ (۱) قانون تشکیل

(۱)- ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوانعالی کشور مصوب سال ۶۸ «هرگاه رئیس دیوانعالی کشور یا دادستان کل کشور آراء هریک از محاکم اعم از حقوقی، کیفری، مدنی خاص، انقلاب و نظامی را ولو اینکه در مقام تجدیدنظر صادر شده باشد نسبت بموارد تجدیدنظر مذکور در قانون تعیین موارد تجدیدنظر احکام دادگاهها و نحوه رسیدگی آنها قابل تجدید نظر بدانند حق درخواست تجدید نظر بدو مستدرج در قانون مذکور را دارند. در مورد این ماده مرجع تجدیدنظر مجدد آراء صادره وسیله دادگاه در مقام تجدیدنظر دیوان عالی کشور است.

تبصره- آرائی که وسیله دادگاههای حقوقی یا کیفری و نظامی یک در مقام رسیدگی تجدیدنظر نسبت به آراء دادگاههای حقوقی یا کیفری یا نظامی دو صادر میشود جز به درخواست رئیس دیوانعالی کشور یا دادستان کل کشور قابل تجدیدنظر مجدد در دیوانعالی کشور نمیشود
تفسیر قانونی ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوانعالی کشور:

ماده واحد- منظور از ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ این است که:
۱- در صورت درخواست رئیس دیوانعالی کشور یا دادستان کل، دیوانعالی کشور ملزم است به درخواست تجدیدنظر رسیدگی کند و در صورتیکه نظر به نقض داشت خود رسیدگی ماهوی نماید، ۲- مفاد ماده ۳۵ شامل احکام صادره از شعب دیوانعالی کشور و غیر از آرائی که در مقام رسیدگی ماهوی صادر میشود نیز میگردد، ۳- هریک از دو مقام ریاست دیوان عالی کشور و دادستان کل میتوانند درخواست تجدیدنظر نمایند و عدم درخواست یکی یا مخالفت او مانع طرح درخواست دیگری نیست.

دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوانعالی کشور پرونده بدیوانعالی کشور ارسال و دیوان عالی کشور رأی صادره از دادگاه کیفری یک را نقض نماید و پرونده به دادگاه کیفری یک دیگری ارسال گردد و دادگاه کیفری یک اقدام به صدور رأی نماید آیا رأی اخیر دادگاه کیفری یک قابل تجدید نظر است یا خیر؟
نظریه کمیسیون قوانین جزائی اداره حقوقی بشرح زیر است:

جواب: چون حکمی که در مقام تجدیدنظر صادر میشود به تصریح تبصره ذیل ماده ۳۵ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ ... قابل تجدیدنظر نیست مگر از طریق ماده ۳۵ آن قانون، و چون حکم مورد سؤال حکم تجدیدنظر است لذا مشمول تبصره مذکوره بوده و قابل تجدیدنظر نیست. ضمناً چون ماده ۳۵ برای یکبار اعمال میشود نه بیشتر، اعمال مجدد آن نیز محل تأمل است نتیجتاً حکم مورد سؤال قطعی و غیرقابل تجدیدنظر مجدد است.



میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

تذکر

چنانکه در شماره پیشین مجله گفتیم (۱) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مشتمل بر یک مقدمه و پنجاه و سه ماده در تاریخ ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ (۱۳۴۵/۹/۲۵) به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید. طبق بند ۱ ماده ۴۹ میثاق، سه ماه پس از تاریخ تودیع سی و پنجمین سند تصویب یا الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد لازم الاجرا میشود.

تاکنون بالغ بر ۹۲ کشور، این میثاق را تصویب و ۵ کشور آن را امضاء کرده‌اند دولت ایران نیز در تاریخ ۱۳۴۷/۱/۱۵ آن را امضاء و در اردیبهشت ماه سال ۱۳۵۴ از تصویب مجلس گذرانده است و بنابراین قاعدتاً و قانوناً باید به‌مفاد آن عمل نماید طبق ماده ۴، دولتهای طرف این میثاق متعهد میشوند درباره تدابیری که اتخاذ کرده‌اند و آن تدابیر به حقوق شناخته شده در این میثاق ترتیب اثر میدهند و درباره یی‌سرفتهای حاصل در تمتع از این حقوق گزارشهایی تقدیم بدارند اولین گزارش ظرف یکسال از تاریخ لازم الاجرا شدن این میثاق برای هر دولت باید ارائه شود، از آن پس هر پنج سال، یکبار یا هر وقت کمیته درخواست نماید باید گزارش تقدیم گردد.

دولت ایران (قبل از انقلاب اسلامی) گزارش مقدساتی خود را دره آگست ۱۹۷۷ (۱۸ مرداد ۱۳۵۶) تقدیم کرد و در ۲ فوریه ۱۹۷۸ (بهمن ماه سال ۱۳۵۶) در جلسات متعدد کمیته مورد بررسی قرار گرفت. و چون گزارش مقدساتی بسیار کوتاه و منطبق با چهارچوب و ضوابط کمیته حقوق بشر نبود، گزارش تکمیلی مقدساتی را در ۲۹ می ۱۹۷۸ (۸ خرداد ۱۳۵۷) تحویل داد.

اولین گزارش دوره‌ای پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در ژوئیه ۱۹۸۲ (تیرماه ۱۳۶۱) تقدیم کمیته و مورد بررسی قرار گرفته است.

گزارش دوره‌ای بعدی نیز تهیه شده و در جلسات آینده کمیته مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت.

برای یادآوری و آگاهی و توجه قضات محترم و اساتید و دانشجویان حقوقی متن میثاق در این شماره منتشر میشود و انتظار میرود علاقمندان و دست اندرکاران مسائل حقوقی و قضائی آن را مطالعه و بررسی نموده و مخصوصاً در ارتباط با قوانین داخلی و مقررات نظام جمهوری اسلامی ایران که باید براساس موازین اسلامی باشد، آن را مورد ارزیابی قرار داده و چنانچه نظر و بحثی در این زمینه دارند، نظرات خود را ابراز و برای استفاده دیگران به‌جمله ارسال دارند.

همکاران محترم قضائی میتوانند در زمینه نحوه اعمال و اجرای مواد میثاق و انطباق آن با مقررات داخلی و چگونگی همسازی آنها و تعیین تکلیف در موارد تعارض و اینکه کدامیک حق تقدم و حاکمیت دارد به بحث بپردازند و راه حل ارائه دهند، و دانشجویان حقوق میتوانند برای رساله‌های تحقیقی خود از مطالب فوق الهام گرفته تحقیقات مفیدی عرضه بدارند.

میثاق بین المللی

حقوق مدنی و سیاسی

مقدمه

دول طرف این میثاق

با توجه باینکه برطبق اصولی که در منشور ملل متحد اعلام گردیده است شناسائی حیثیت ذاتی و حقوق یکسان و غیرقابل انتقال کلیه اعضاء خانواده بشر بنیای آزادی- عدالت و صلح در جهان است. با اذعان باینکه حقوق مذکور ناشی از حیثیت ذاتی شخص انسان است. با اذعان باینکه برطبق اعلامیه جهانی حقوق بشر کمال مطلوب انسان آزاد رهائی یافته از ترس و فقر فقط در صورتی حاصل میشود که شرایط تمتع هر کس از حقوق مدنی و سیاسی خود و همچنین از حقوق اقتصادی- اجتماعی و فرهنگی او ایجاد شود. با توجه باینکه دولتها برطبق منشور ملل متحد به ترویج احترام جهانی و مؤثر رعایت حقوق و آزادیهای بشر ملزم هستند. با در نظر گرفتن این حقیقت که هر فرد نسبت با افراد دیگر و نیز نسبت به اجتماعی که بدان تعلق دارد عهده دار وظایفی است و مکلف است باینکه در ترویج و رعایت حقوق شناخته شده بموجب این میثاق اهتمام نماید. با مواد زیر مه افقت دارند:

بخش یک

- ۱-۱- کلیه ملل دارای حق خودمختاری هستند. بموجب حق مزبور ملل وضع سیاسی خود را آزادانه تعیین و توسعه اقتصادی- اجتماعی و فرهنگی خود را آزادانه تأمین میکنند.
- ۲- کلیه ملل میتوانند برای نیل بهدفهای خود در منابع و ثروتهای طبیعی خود بدون اخلال بالزامات ناشی از همکاری اقتصادی بین المللی مبتنی برمنافع مشترک و حقوق بین الملل آزادانه هرگونه تصرفی بنمایند. در هیچ مورد نمیتوان ملتی را از وسائل معاش خود محروم کرد.

۳- دولتهای طرف این میثاق از جمله دولتهای مسئول اداره سرزمینهای غیر خودمختار و تحت قیمومت مکلفند تحقق حق خودمختاری ملل را تسهیل و احترام این حق را طبق مقررات منشور ملل متحد رعایت کنند.

بخش دوم

ماده ۱-۲- دولتهای طرف این میثاق متعهد میشوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو و تابع حاکمیتشان بدون هیچگونه تمایزی از قبیل نژاد- رنگ- جنس- زبان- مذهب- عقیده سیاسی یا عقیده دیگر- اصل و منشأ ملی یا اجتماعی- ثروت- نسب یا سایر وضعیتها محترم شمرده و تضمین بکنند.

۳- هر دولت طرف این میثاق متعهد میشود که بر طبق اصول قانون اساسی خود و مقررات این میثاق اقداماتی در زمینه اتخاذ تدابیر قانونگذاری و غیر آن بمنظور تنفیذ حقوق شناخته شده در این میثاق که قبلاً بموجب قوانین موجود یا تدابیر دیگر لازم الاجراء نشده است بعمل آورد.

۴- هر دولت طرف این میثاق متعهد میشود که:

الف- تضمین کند که برای هر شخصی که حقوق و آزادیهای شناخته شده در این میثاق درباره او نقض شده باشد وسیله مطمئن احقاق حق فراهم بشود هر چند که نقض حقوق بوسیله اشخاص ارتکاب شده باشد که در اجرای مشاغل رسمی خود عمل کرده باشند.

ب- تضمین کند که مقامات صالح قضائی- اداری یا مقننه یا هر مقام دیگری که بموجب مقررات قانونی آن کشور صلاحیت دارد درباره شخص دادخواست دهنده احقاق حق بکنند و همچنین امکانات تظلم بمقامات قضائی را توسعه بدهد.

ج- تضمین کند که مقامات صالح «نسبت به تظلماتی که حقایق آن محرز بشود ترکیب اثر صحیح بدهند» (۱)

ماده ۳- دولتهای طرف این میثاق متعهد میشوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیشبینی شده در این میثاق تأمین کنند.

۱- در متن انگلیسی «حکم صادر بر حقایق را بموجب اجراء بگذارند».

ماده ۴- ۱- هرگاه یک خطر عمومی استثنائی (فوق العاده) موجودیت ملت را تهدید کند و این خطر رسماً اعلام بشود کشورهای طرف این میثاق میتوانند تدابیری خارج از الزامات مقرر در این میثاق به میزانی که وضعیت حتماً ایجاب مینماید اتخاذ نمایند مشروط بر اینکه تدابیر مزبور با سایر الزاماتی که برطبق حقوق بین الملل بعهدہ دارند مغایرت نداشته باشد و منجر به تبعیضی منحصرأ بر اساس نژاد- رنگ- جنس- زبان- اصل و منشا مذهبی یا اجتماعی نشود.

۲- حکم مذکور در بند فوق هیچگونه انحراف از مواد ۶- ۷- ۸ (بندهای اول و دوم) ۱۱- ۱۵- ۱۶- ۱۸ را تجویز نمیکند.

۳- دولتهای طرف این میثاق که از حق انحراف استفاده کنند مکلفند بلافاصله سایر دولتهای طرف میثاق را توسط دبیرکل ملل متحد از مقرراتی که از آن انحراف ورزیده و جهاتی که موجب انحراف شده است مطلع نمایند و در تاریخی که باین انحرافها خاتمه میدهند مراتب را بوسیله اعلامیه جدیدی از همان مجری اطلاع دهند.

ماده ۵- ۱- هیچیک از مقررات این میثاق نباید بنحوی تفسیر شود که متضمن ایجاد حقی برای دولتی یا گروهی یا فردی گردد که به استناد آن بمنظور تضييع هریک از حقوق و آزادیهای شناخته شده در این میثاق و یا محدود نمودن آن بیش از آنچه در این میثاق پیش بینی شده است مبادرت بفعالیتی بکند و یا اقدامی بعمل آورد.

۲- هیچگونه محدودیت یا انحراف از هریک از حقوق اساسی بشر که بموجب قوانین کنوانسیونها- آئین نامه ها یا عرف و عادات نزد هر دولت طرف این میثاق برسمیت شناخته شده یا نافذ و جاری است بعذر اینکه این میثاق چنین حقوقی را برسمیت شناخته یا اینکه به میزان کمتری برسمیت شناخته است قابل قبول نخواهد بود.

بخش سوم

ماده ۶- ۱- حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است. این حق باید بموجب قانون حمایت بشود. هیچ فردی را نمیتوان خودسرانه (بدون مجوز) از زندگی محروم کرد.

۲- در کشورهایی که مجازات اعدام لغو نشده حدود حکم اعدام جایز نیست مگر در مورد مهمترین جنایات طبق قانون لازم الاجراء در زمان ارتکاب جنایت که آنهم نباید با مقررات این میثاق و کنوانسیونها راجع به جلوگیری و مجازات جرم کشتار دستجمعی (ژنوسید) منافات داشته باشد. اجرای این مجازات جایز نیست مگر بموجب حکم قطعی صادر از دادگاه صالح.

۳- در مواقعی که سلب حیات تشکیل دهنده جرم کشتار دستجمعی باشد چنین معهود است که هیچیک از مقررات این ماده دولتهای طرف این میثاق را مجاز نمیدارد که بهیچ نحو از هیچیک از الزاماتی که بموجب مقررات کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرم کشتار دستجمعی (ژنوسید) تقبل شده انحراف ورزند.

۴- هر محکوم باعدامی حق خواهد داشت که درخواست عفو یا تخفیف مجازات بنماید عفو عمومی یا عفو فردی یا تخفیف مجازات اعدام در تمام موارد ممکن است اعطا شود.

۵- حکم اعدام در مورد جرائم ارتكابی اشخاص کمتر از هیجده سال صادر نمیشود و در مورد زنان باردار قابل اجرا نیست.

۶- هیچیک از مقررات این ماده برای تأخیر یا منع العاء مجازات اعدام از طرف هریک از دولتهای طرف این میثاق قابل استناد نیست.

ماده ۷- هیچکس را نمیتوان مورد آزار و شکنجه یا مجازاتها یا رفتارهای ظالمانه یا خلاف انسانی یا ترضیلی قرار داد. مخصوصاً قرار دادن یک شخص تحت آزمایشهای پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه او ممنوع است.

ماده ۸- ۱- هیچکس را نمیتوان در بردگی نگاهداشت. بردگی و خرید و فروش برده بهر نحوی از انحاء ممنوع است.

۲- هیچکس را نمیتوان در بندگی (غلامی) نگاهداشت.

۳- الفد هیچکس بانجام اعمال شاقه یا کار اجباری وادار نخواهد شد.

ب- شق الف بند ۳ را نمیتوان چنین تفسیر نمود که در کشورهایی که بعضی از جنایات قابل مجازات با اعمال شاقه است مانع اجرای مجازات اعمال شاقه مورد حکم صادر از دادگاه صالح بشود.

ج- «اعمال شاقه یا کار اجباری» مذکور در این بند شامل امور زیر نیست:

اول- هرگونه کار یا خدمت ذکر نشده در شق «ب» که متعارفاً به کسی که بموجب یک تصمیم قضائی قانونی زندانی است یا یکی که موضوع چنین تصمیمی بوده و در حال آزادی مشروط باشد تکلیف می‌گردد.

دوم- هرگونه خدمت نظامی و در کشورهایی که امتناع از خدمت وظیفه برسمیت شناخته شده است هرگونه خدمت سلبی که بموجب قانون بامتناع کنندگان تکلیف می‌شود.

سوم- هرگونه خدمتی که در موارد قوه قهریه (فرس ماژور) یا بلیاتی که حیات یا رفاه جامعه را تهدید می‌کند تکلیف بشود.

چهارم- هر کار یا خدمتی که جزئی از الزامات مدنی (اجتماعی) متعارف باشد. ماده ۹-۱- هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچکس را نمیتوان خود سرنانه (بدون مجوز) دستگیر یا بازداشت (زندانی) کرد. از هیچکس نمیتوان سلب آزادی کرد مگر بجهات و طبق آئین دادرسی مقرر بحکم قانون.

۲- هر کس دستگیر میشود باید در موقع دستگیر شدن از جهات (علل) آن مطلع شود و در اسرع وقت اخطاریه‌ای دایر بهرگونه اتهامیکه باو نسبت داده میشود دریافت دارد.

۳- هر کس باتهام جرمی دستگیر یا بازداشت (زندانی) میشود باید او را با اسرع وقت در محضر دادرسی یا هر مقام دیگری که بموجب قانون مجاز با اعمال اختیارات قضائی باشد حاضر نمود و باید در مدت معقولی دادرسی یا آزاد شود. بازداشت (زندانی نمودن) اشخاصی که در انتظار دادرسی هستند نباید قاعده کلی باشد لیکن آزادی موقت ممکنست موکول باخذ تصمیمهایی بشود که حضور متهم را در جلسه دادرسی و سایر مراحل رسیدگی قضائی و حسب مورد برای اجرای حکم تأمین نماید. ۴- هر کس که بر اثر دستگیر یا بازداشت (زندانی) شدن از آزادی محروم میشود حق دارد که بدادگاه تظلم نماید باین منظور که دادگاه بدون تأخیر راجع بقانونی بودن بازداشت اظهار رأی بکند و در صورت غیر قانونی بودن بازداشت حکم آزادی او را صادر کند.

۵- هر کس که بطور غیر قانونی دستگیر یا بازداشت (زندانی) شده باشد حق جبران خسارت خواهد داشت.

ماده ۱۰-۱- درباره کلیه افرادی که از آزادی خود محروم شده‌اند باید با

انسانیت و احترام به حیثیت ذاتی شخص انسان رفتار کرد.

۲- الفد متهمین جز در موارد استثنائی از محکومین جدا نگاهداری خواهند شد و تابع نظام جداگانه‌ای متناسب با وضع اشخاص غیرمحکوم خواهند بود.

ب- صغار متهم باید از بزرگسالان جدا بوده و باید در اسرع اوقات ممکن در مورد آنان اتخاذ تصمیم بشود.

۳- نظام زندانها متضمن رفتاری با محکومین خواهد بود که هدف اساسی آن اصلاح و اعاده حیثیت اجتماعی زندانیان باشد. صغار بزهکار باید از بزرگسالان جدا بوده و تابع نظامی متناسب با سن و وضع قانونیشان باشند.

ماده ۱۱- هیچکس را نمیتوان تنها باین علت که قادر با اجرای یک تعهد قراردادی خود نیست زندانی کرد.

ماده ۱۲- هر کس قانوناً در سرزمین دولتی مقیم باشد حق عبور و مرور آزادانه و انتخاب آزادانه مسکن خود را در آنجا خواهد داشت.

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

۳- حقوق مذکور فوق تابع هیچگونه محدودیتی نخواهد بود مگر محدودیتهائی که بموجب قانون مقرر گردیده و برای حفظ امنیت ملی- نظم عمومی- سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی‌های دیگران لازم بوده و با سایر حقوق شناخته در این میثاق سازگار باشد.

۴- هیچکس را نمیتوان خودسرانه (بدون مجوز) از حق ورود بکشور خود محروم کرد.

ماده ۱۳- بیگانه‌ای که قانوناً در قلمرو یک دولت طرف این میثاق باشد فقط در اجرای تصمیمی که مطابق قانون اتخاذ شده باشد ممکن است از آن کشور اخراج بشود و جز در مواردی که جهات حتمی امنیت ملی طور دیگر اقتضاء نماید باید امکان داشته باشد که علیه اخراج خود موجهاً اعتراض کند و اعتراض او در مقام صالح یا نزد شخص یا اشخاص منصوب بخصوص از طرف مقام صالح یا حضور نماینده‌ای که باین منظور تعیین میکند رسیدگی شود.

ماده ۱۴- ۱- همه در مقابل دادگاهها و دیوانهای دادگستری متساوی هستند. هر کس حق دارد باینکه بدادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح مستقل و بیطرف تشکیل شده طبق قانون رسیدگی بشود و آن دادگاه در باره حقایق

اتهامات جزائی علیه او یا اختلافات راجع بحقوق و الزامات او در امور مدنی اتخاذ تصمیم بنماید. تصمیم بسری بودن جلسات در تمام یا قسمتی از دادرسی خواه بجهات اخلاق حسنه یا نظم عمومی یا امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک و خواه در صورتیکه مصلحت زندگی خصوصی اصحاب دعوی اقتضاء کند و خواه در مواردیکه از لحاظ کیفیات خاص علنی بودن جلسات مضربه مصالح دادگستری باشد تا حدی که دادگاه لازم بداند امکان دارد لیکن حکم صادر در امور کیفری یا مدنی علنی خواهد بود مگر آنکه مصلحت صغار طور دیگری اقتضاء نماید یا دادرسی مربوط باختلافات زناشویی یا ولایت اطفال باشد.

۳- هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد حق دارد بپیکناه فرض شود تا اینکه مقصر بودن او برطبق قانون محرز بشود.

۴- هر کس متهم بارتکاب جرمی بشود با تساوی کامل لاقابل حق تضمینهای ذیل را خواهد داشت:

الف- در اسرع وقت و بتفصیل بزبانی که او بفهمد از نوع و علل اتهامی که باو نسبت داده میشود مطلع شود.

ب- وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد.

ج- بدون تأخیر غیرموجه درباره او قضاوت بشود.

د- در محاکمه حاضر بشود و شخصاً یا بوسیله وکیل منتخب خود از خود دفاع کند و در صورتیکه وکیل نداشته باشد حق داشتن یک وکیل باو اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح دادگستری اقتضاء نماید از طرف دادگاه رأساً برای او وکیلی تعیین بشود که در صورت عجز او از پرداخت حق الوکاله هزینه ای نخواهد داشت.

ه- از شهودی که علیه او شهادت میدهند سوالات بکند یا بخواهد که از آنها سوالاتی بشود و شهودی که علیه او شهادت میدهند با همان شرایط شهود علیه او احضار و از آنها سوالات بشود.

و- اگر زبانی را که در دادگاه تکلم نمیشود نمیفهمد و یا نمیتواند بان تکلم کند یک مترجم مجاناً باو کمک کند.

ز- مجبور نشود که علیه خود شهادت دهد و یا مجرم بودن اعتراف نماید.

۴- آئین دادرسی جوانانی که از لحاظ قانون جزا هنوز بالغ نیستند باید بدینحوی باشد که رعایت سن و مصلحت اعاده حیثیت آنان را بنماید.

۵- هرکس مرتکب جرمی اعلام بشود حق دارد که اعلام مجرمیت و محکومیت او بوسیله یک دادگاه عالیتری طبق قانون مورد رسیدگی واقع بشود.

۶- هرگاه حکم قطعی محکومیت جزائی کسی بعداً فسخ بشود یا یک امر حادث یا امری که جدیداً کشف شده دال بر وقوع یک اشتباه قضائی باشد و بالنتیجه مورد عفو قرار گیرد شخصی که در نتیجه این محکومیت متحمل مجازات شده استحقاق خواهد داشت که خسارات او طبق قانون جبران بشود مگر اینکه ثابت شود که عدم افشاء بموقع حقیقت مکتوم کلاً یا جزاً متناسب بخود او بوده است.

۷- هیچکس را نمیتوان برای جرمی که بعلت اتهام آن بموجب حکم قطعی صادر طبق قانون آئین دادرسی کیفری هرکشوری محکوم یا تبرئه شده است مجدداً مورد تعقیب و مجازات قرارداد.

ماده ۱۵- ۱- هیچکس بعلت فعل یا ترك فعلی که در موقع ارتکاب برطبق قوانین ملی یا بین المللی جرم نبوده محکوم نمیشود و همچنین هیچ مجازاتی شدیدتر از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل اعمال بوده تعیین نخواهد شد. هرگاه پس از ارتکاب جرم قانون مجازات خفیفتری برای آن مقرر دارد مرتکب از آن استفاده خواهد نمود.

۲- هیچیک از مقررات این ماده با دادرسی و محکوم کردن هر شخصی که بعلت فعل یا ترك فعلی که در زمان ارتکاب برطبق اصول کلی حقوق شناخته شده در جامعه ملتها مجرم بوده منافات نخواهد داشت.

ماده ۱۶- هرکس حق دارد باینکه شخصیت حقوقی او همه جا شناخته شود. ماده ۱۷- ۱- هیچکس نباید در زندگی خصوصی و خانواده و اقامتگاه یا مکاتبات مورد مداخلات خودسرانه (بدون مجوز) یا خلاف قانون قرار گیرد و همچنین شرافت و حیثیت او نباید مورد تعرض غیرقانونی واقع شود.

۲- هرکس حق دارد در مقابل اینگونه مداخلات یا تعرض از حمایت قانون برخوردار شود.

ماده ۱۸- ۱- هرکس حق آزادی فکر وجدان و مذهب دارد. این حق شامل

آزادی- داشتن یا قبول یک مذهب یا معتقدات بانتخاب خود همچنین آزادی ابراز مذهب یا معتقدات خود خواه بطور فردی یا جماعت خواه بطور علنی یا در خفا در عبادات و اجرای آداب و اعمال و تعلیمات مذهبی میباشد.

۲- هیچکس نباید مورد اکراهی واقع شود که بآزادی او در داشتن یا قبول یک مذهب یا معتقدات بانتخاب خودش لطمه وارد آورد.

۳- آزادی ابراز مذهب یا معتقدات را نمیتوان تابع محدودیتهائی نمود مگر آنچه مستحضرأ بموجب قانون پیش بینی شده و برای حمایت از امنیت، نظم، سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادیهای اساسی دیگران ضرورت داشته باشد.

۴- دولتهای طرف این میثاق متعهد میشوند که آزادی والدین و برحسب مورد سرپرستان قانونی کودکان را در تأمین آموزش مذهبی و اخلاقی کودکان مطابق معتقدات خودشان محترم بشمارند.

ماده ۱۹- ۱- هیچکس را نمیتوان بمناسبت عقایدش مورد مزاحمت و اخافه قرار داد.

۲- هر کس حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی تفحص و تحصیل و اشاعه اطلاعات و افکار از هر قبیل بدون توجه بسرحدات خواه شفاهاً یا بصورت نوشته یا چاپ یا بصورت هنری یا بهر وسیله دیگر بانتخاب خود میباشد.

۳- اعمال حقوق مذکور در بند ۲ این ماده مستلزم حقوق و مسئولیتهای خاصی است و لذا ممکنست تابع محدودیتهای معینی بشود که در قانون تصریح شده و برای امور ذیل ضرورت داشته باشد:

الف- احترام حقوق یا حیثیت دیگران.

ب- حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی یا سلامت یا اخلاق عمومی.

ماده ۲۰- ۱- هرگونه تبلیغ برای جنگ بموجب قانون ممنوع است.

۲- هرگونه دعوت (ترغیب) به کینه (تنفر) ملی یا نژادی یا مذهبی که محرك تبعیض یا مخاصمه یا اعمال زور باشد بموجب قانون ممنوع است.

ماده ۲۱- ۱- حق تشکیل مجامع مسالمت آمیز برسمیت شناخته میشود. اعمال این حق تابع هیچگونه محدودیتی نمیتواند باشد جز آنچه برطبق قانون مقرر شده و در یک جامعه دموکراتیک به مصلحت امنیت ملی یا ایمنی عمومی یا نظم

عمومی یا برای حمایت از سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادیهای دیگران ضرورت داشته باشد.

ماده ۲۲-۱- هر کس حق اجتماع آزادانه با دیگران دارد از جمله حق تشکیل سندیکا (اتحادیه‌های صنفی) و الحاق به آن برای حمایت از منافع خود.

۲- اعمال این حق تابع هیچگونه محدودیتی نمیتواند باشد مگر آنچه که بموجب قانون مقرر گردیده و در یک جامعه دموکراتیک به مصلحت امنیت ملی یا ایمنی عمومی نظم عمومی یا برای حمایت از سلامت یا اخلاق عمومی یا حقوق و آزادیهای دیگران ضرورت داشته باشد. این ماده مانع از آن نخواهد بود که اعضای نیروهای مسلح و پلیس در اعمال این حق تابع محدودیتهای قانونی بشود.

۳- هیچیک از مقررات این ماده دولتهای طرف کنوانسیون مورخ ۱۹۴۸ سازمان بین‌المللی کار مربوط بازادی سندیکائی و حمایت از حق سندیکائی (حق متشکل شدن) را مجاز نمیدارد که یا اتخاذ تدابیر قانونگذاری یا با نحو اجرای قوانین به تضمینهای مقرر در آن کنوانسیون لطمه وارد آورند.

ماده ۲۳-۱- خانواده عنصر (۱) طبیعی و اساسی جامعه است و استحقاق حمایت جامعه و حکومت را دارد.

۲- حق نکاح و تشکیل خانواده برای زنان و مردان از زمانی که پس از دواج میرسد برسمیت شناخته میشود.

۳- هیچ نکاحی بدون رضایت آزادانه و کامل طرفین آن منعقد نمیشود.

۴- دولتهای طرف این میثاق تدابیر مقتضی بمنظور تأمین تساوی حقوق و مسئولیتهای زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد. در صورت انحلال ازدواج پیش‌بینی‌هایی برای تأمین حمایت لازم از اطفال بعمل خواهند آورد.

ماده ۲۴-۱- هر کودکی بدون هیچگونه تبعیض از حیث نژاد- رنگ- جنس- زبان- مذهب- اصل و منشأ ملی یا اجتماعی- مکنت یا نسب حق دارد از تدابیر حمایتی که به اقتضای وضع صغیر بودنش از طرف خانواده او و جامعه و حکومت کشور او باید بعمل آید برخوردار گردد.

۱- در متن انگلیسی بجای «عنصر» کلمات «واحد گروهی» استعمال شده است.

۲- هر کودک کی باید بلافاصله پس از ولادت به ثبت برسد و دارای نامی بشود.
۳- هر کودک کی حق تحصیل تابعیتی دارد.
ماده ۲۵- هر انسان عضو اجتماع (۱) حق و امکان خواهد داشت بدون (در نظر گرفتن) هیچیک از تبعیضات مذکور در ماده ۱ و بدون محدودیت‌های غیرمعقول:
الف- در اداره امور عمومی بالمباشره یا بواسطه نمایندگانیکه آزادانه انتخاب شوند شرکت نماید.

ب- در انتخابات ادواری که از روی صحت بآراء عمومی مساوی و مخفی انجام شود و تضمین کننده بیان آزادانه اراده انتخاب کنندگان باشد رأی بدهد و انتخاب بشود.

ج- با حق تساوی طبق شرایط کلی بتواند به مشاغل عمومی کشور خود نائل شود.

ماده ۲۶- ۱- کلیه اشخاص در مقابل قانون متساوی هستند و بدون هیچگونه تبعیض استحقاق حمایت بالسویه قانون را دارند. از این لحاظ قانون باید هرگونه تبعیض را منع و برای کلیه اشخاص حمایت مؤثر و متساوی علیه هر نوع تبعیض خصوصاً از حیث نژاد- رنگد- جنس- زبان- مذهب عقاید سیاسی و عقاید دیگر اصل و منشأ ملی یا اجتماعی مکنند نسب یا هروضعیت دیگر تضمین بکند.

ماده ۲۷- در کشورهاییکه اقلیتهای نژادی- مذهبی یا زبانی وجود دارند اشخاص متعلق به اقلیتهای مزبور را نمیتوان از این حق محروم نمود که مجتمعاً با سایر افراد گروه خودشان از فرهنگ خاص خود متمتع شوند و بدین خود متدین بوده و برطبق آن عمل کنند یا بزبان خود تکلم نمایند.

بخش چهارم

ماده ۲۸- ۱- یکک کمیته حقوق بشر (که از این پس در این میثاق کمیته نامیده خواهد شد) تأسیس میشود. این کمیته مرکب از هجده عضو است و متصدی خدمات بشری ذیل میباشد:

۱- انسان عضو اجتماع ترجمه لغت Citoyen بدو زبان فرانسه Citizen بدو زبان انگلیسی است.

۲- کمیته مرکب خواهد بود از اتباع دولتهای طرف این میثاق که باید از شخصیت‌های دارای مکارم عالی اخلاقی بوده و صلاحیتشان در زمینه حقوق بشر محرز (شناخته شده) باشد. مفید بودن شرکت بعضی اشخاص واجد تجربه در امور قضائی در کارهای این کمیته مورد توجه واقع خواهد شد.

۳- اعضای کمیته انتخابی هستند و برحسب صلاحیت شخصی خودشان (۱) خدمت خواهند نمود.

ماده ۲۹-۱- اعضای کمیته با رأی مخفی از فهرست اشخاص واجد شرایط مذکور در ماده ۲۸ که باین منظور بوسیله دولتهای طرف این میثاق نامزد شده‌اند انتخاب میشوند.

۲- هر دولت طرف این میثاق نمیتواند بیش از دو نفر نامزد کند. این دو نفر نیز بایستی از اتباع دولت معرف بوده باشند.

۳- تجدید نامزدی یک شخص مجاز است.

ماده ۳۰- ۱- اولین انتخابات دیرتر از ششماه پس از لازم الاجراء شدن این میثاق انجام نخواهد شد.

۲- برای انتخابات کمیته هر بار حداقل چهار ماه پیش از تاریخ انجام آن بااستثنای انتخاباتی که برای اشغال محل خالی طبق ماده ۲۴ بعمل میاید دیر کل سازمان متحد از کشورهای طرف این میثاق کتباً دعوت خواهد نمود که نامزدهای خود را برای عضویت کمیته ظرف سه ماه معرفی کنند.

۳- دبیر کل سازمان ملل متحد فهرستی بترتیب حروف الفباء از کلیه اشخاصی که باین ترتیب نامزد میشوند با ذکر نام دولتهائیکه آنها را معرفی کرده‌اند تهیه و آنها حداکثر یکماه قبل از تاریخ انتخابات بدولتهای طرف این میثاق ارسال خواهد داشت.

۴- انتخاب اعضای کمیته در جلسه‌ای که بدعوت دبیر کل سازمان ملل متحد از دولت‌های طرف این میثاق در مرکز سازمان ملل متحد تشکیل خواهد شد انجام میشود. نصاب این جلسه دوسوم دولتهای طرف این میثاق است و

۱- منظور این است که این اشخاص در کمیته نماینده رسمی کشور متبوع خود محسوب میشوند.

منتخبین نامزدهائی خواهند بود که بیشترین تعداد رأی را بدست آورده و حائز اکثریت تام آراء نمایندگان دولتهای حاضر و رأی دهنده باشند.

ماده ۳۱-۱- کمیته نمیتواند بیش از یک تبعه از هر دولت عضو داشته باشد.

۲- در انتخاب اعضای کمیته رعایت تقسیمات عادلانه جغرافیائی و شرکت نمایندگان اشکال مختلف تمدنها و سیستم (نظام) های عمده حقوقی خواهد شد.

ماده ۳۲-۱- اعضای کمیته برای مدت ۴ سال انتخاب میشوند و در صورتیکه مجدداً نامزد شوند تجدید انتخاب آنان مجاز خواهد بود لیکن مدت عضویت ۹ تن از اعضاء منتخب در اولین انتخابات در پایان دو سال منقضی میشود. نام این ۹ تن بلافاصله پس از اولین انتخابات بوسیله قرعه توسط رئیس جلسه مذکور در بند ۴ ماده ۳ معین میشود.

۲- در انقضای دوره تصدی- انتخابات طبق مواد قبلی این بخش میثاق بعمل خواهد آمد.

ماده ۳۳-۱- هرگاه یک عضو کمیته بنظر مورد اتفاق آراء سایر اعضاء کمیته انجام خدمات خود را بهر علتی جز غیبت موقت قطع نموده باشد رئیس کمیته دبیرکل سازمان ملل متحد را مطلع و او کرسی عضو مزبور را بلامتصدی اعلام میکند.

۲- در صورت فوت یا استعفا یک عضو کمیته رئیس کمیته فوراً دبیرکل سازمان ملل متحد را مطلع و او آن کرسی را از تاریخ فوت یا تاریخی که باستعفاء ترتیب اثر داده میشود بلا متصدی اعلام میکند.

ماده ۳۴-۱- هرگاه بلامتصدی بودن یک کرسی برطبق ماده ۳۳ اعلام شود و دوره تصدی عضوی که بجائیشینی باید انتخاب گردد طرف ششماه از تاریخ اعلام بلامتصدی بودن منقضی نشود دبیرکل سازمان ملل متحد بهر یک از دولتهای طرف این میثاق اعلام خواهد نمود که میتوانند ظرف مدت دو ماه نامزدهای خود را برطبق ماده ۲۹ بمنظور اشغال کرسی بلا متصدی معرفی کنند.

۲- دبیرکل سازمان ملل متحد فهرستی بترتیب حروف الفباء از اشخاصی که باین ترتیب نامزد شده اند تهیه خواهد نمود و آنرا برای دولتهای طرف این میثاق ارسال خواهد داشت. انتخاب برای اشغال کرسی بلامتصدی برطبق مقررات مربوط این بخش از میثاق صورت خواهد گرفت.

۳- هر عضوی که برای اشغال کرسی بلا متصدی اعلام شده بشرح مذکور در ماده ۳۳ انتخاب میشود برای بقیه مدت عضویت عضوی که کرسی او در کمیته طبق مقررات آن ماده بلا متصدی شده است عضو کمیته خواهد بود.

ماده ۳۵- اعضای کمیته با تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد طبق شرایطی که مجمع عمومی با توجه با اهمیت خدمات کمیته تعیین نماید از منابع سازمان ملل متحد مقرری دریافت خواهند داشت.

ماده ۳۶- دبیرکل سازمان ملل متحد کارمندان و وسائل مادی مورد احتیاج برای اجرای مؤثر وظایفی که کمیته بموجب این میثاق بعهده دارد در اختیار کمیته خواهد گذاشت.

ماده ۳۷- ۱- دبیرکل سازمان ملل متحد اعضای کمیته را برای تشکیل نخستین جلسه در مرکز سازمان ملل متحد دعوت میکند.

۲- پس از نخستین جلسه کمیته در اوقاتی که در آئین نامه داخلی آن پیش بینی میشود تشکیل جلسه خواهد داد.

۳- کمیته معمولاً در مرکز سازمان ملل متحد یا در دفتر سازمان ملل متحد در ژنو تشکیل جلسه خواهد داد.

ماده ۳۸- هر عضو کمیته باید پیش از تصدی وظایف خود در جلسه علنی طی تشریفات رسمی تعهد کند که وظایف خود را با کمال بی طرفی و از روی کمال وجدان ایفا خواهد کرد.

ماده ۳۹- کمیته هیئت رئیسه خود را برای مدت دو سال انتخاب خواهد کرد. اعضای هیئت رئیسه قابل انتخاب مجدد هستند.

۲- کمیته آئین نامه داخلی را خود تنظیم میکند. آئین نامه مزبور از جمله مشتمل بر مقررات ذیل خواهد بود:

الف- حد نصاب رسمیت جلسات حضور دوازده عضو است.

ب- تصمیمات کمیته با کثرت آراء اعضاء حاضر اتخاذ میگردد.

ماده ۴۰- ۱- دولتهای طرف این میثاق متعهد میشوند درباره تدابیری که اتخاذ کرده اند و آن تدابیر بحقوق شناخته شده در این میثاق ترتیب اثر می دهد و درباره پیشرفتهای حاصل در تمتع از این حقوق گزارشهایی تقدیم بدارند؛

الف- ظرف یکسال از تاریخ لازم الاجراء شدن این میثاق برای هر دولت طرف

میثاق در امور مربوط بخود دولت.

ب- پس از آن هر موقع که کمیته چنین درخواستی بنماید.

۲- کلیه گزارشها باید خطاب بدیرکل سازمان ملل متحد باشد و او آنها را برای رسیدگی بکمیته ارجاع خواهد کرد. گزارشها باید حسب مورد حاکی از عوامل و مشکلاتی باشد که در اجرای مقررات این میثاق تأثیر دارند.

۳- دیرکل سازمان ملل متحد میتواند پس از مشورت با کمیته رونوشت قسمتهائی از گزارشها را که ممکنست مربوط بامور مشمول صلاحیت مؤسسات تخصصی باشد برای آن مؤسسات ارسال دارد.

۴- کمیته گزارشهای واصل از دولتهای طرف این میثاق را بررسی میکند و گزارشهای خود و همچنین هرگونه ملاحظات کلی که مقتضی بداند بکشورهای طرف این میثاق ارسال خواهد داشت. کمیته نیز میتواند این ملاحظات را بضمیمه گزارشهای واصل از کشورهای طرف این میثاق بشورای اقتصادی و اجتماعی تقدیم بدارد.

۵- دولتهای طرف این میثاق میتوانند نظریاتی درباره هرگونه ملاحظاتی که برطبق بند ۴ این ماده اظهارشده باشد به کمیته ارسال دارند.

ماده ۱- ۴- هر دولت طرف این میثاق میتواند بموجب این ماده هر موقع اعلام بدارد که صلاحیت کمیته را برای دریافت و رسیدگی باطلاعیه‌های دائر بر ادعای هر دولت طرف میثاق که دولت دیگر طرف میثاق تعهدات خود را طبق این میثاق انجام نمیدهد برسمیت می‌شناسد. بموجب این ماده فقط اطلاعیه‌هایی قابل دریافت و رسیدگی خواهد بود که توسط یک دولت طرف میثاق که شناسائی صلاحیت کمیته را نسبت بخود اعلام کرده باشد تقدیم بشود. هیچ اطلاعیه مربوط بیک دولت طرف میثاق که چنین اعلامی نکرده باشد قابل پذیرش نخواهد بود. نسبت باطلاعیه‌هایی که بموجب این ماده دریافت میشود بترتیب ذیل اقدام خواهد شد:

الف- اگر یک دولت طرف میثاق تشخیص دهد که دولت دیگر طرف میثاق بمقررات این میثاق ترتیب اثر نمیدهد میتواند بوسیله اطلاعیه کتبی توجه آن دولت طرف میثاق را بموضوع جلب کند. در ظرف مدت سه‌ماه پس از وصول اطلاعیه دولت دریافت کننده آن توضیح یا هرگونه اظهار کتبی دیگر دائر بروشن

کردن موضوع در اختیار دولت فرستنده اطلاعیه خواهد گذارد. توضیحات و اظهارات مزبور حتی الامکان و تا جائیکه مقتضی باشد از جمله حاوی اطلاعاتی خواهد بود در خصوص قواعد دادرسی طبق قوانین داخلی آن دولت و آنچه که برای علاج آن بعمل آمده یا در جریان رسیدگی است یا آنچه در این مورد قابل استفاده بعدی است.

ب- اگر در ظرف ششماه پس از وصول اولین اطلاعیه بدولت دریافت کننده موضوع با رضایت هر دو طرف مربوط فیصله نیابد هریک از طرفین حق خواهد داشت یا ارسال اخطاریه ای بکمیته و بطرف مقابل موضوع را به کمیته ارجاع نماید.

ج- کمیته بموضوع مرجوعه فقط پس از احراز اینکه بنابر اصول متفق علیه حقوق بین الملل کلیه طرق شکایت طبق قوانین داخلی در موضوع مورد استناد واقع و طی شده است به موضوع مرجوعه رسیدگی میکنند. این قاعده در مواردی که طی طرق شکایت بنحو غیر معقول طولانی باشد مجری نخواهد بود.

د- کمیته در موقع رسیدگی با اطلاعیه های واصل بموجب این ماده جلسات سری تشکیل خواهد داد.

هـ- با رعایت مقررات شق «ج» کمیته بمنظور حل دوستانه موضوع مورد اختلاف براساس احترام بحقوق بشر و آزادی های اساسی شناخته شده در این میثاق مساعی جمیله خود را در اختیار دولتهای ذینفع طرف میثاق خواهد گذارد.

و- کمیته در کلیه امور مرجوعه بخود میتواند از دولتهای (ذینفع) طرف اختلاف موضوع شق «ب» هرگونه اطلاعات مربوط به قضیه را بخواهد.

ز- دولتهای ذینفع طرف میثاق موضوع شق «ب» حق خواهند داشت هنگام رسیدگی بقضیه در کمیته نماینده داشته باشند و ملاحظات خود را شفاهاً «یا کتباً» یا بهریک از دو شق اظهار بدارند.

ح- کمیته باید در مدت ۱۲ ماه پس از تاریخ دریافت اخطاریه موضوع شق «ب» گزارش بدهد:

۱- اگر راه حلی طبق مقررات شق «ه» حاصل شده باشد. کمیته گزارش خود را بشرح مختصر قضایا و راه حل حاصله حاضر خواهد کرد.

۲- اگر راه حلی طبق مقررات شق «ه» حاصل نشده باشد کمیته در گزارش

خود، بشرح مختصر قضایا اکتفا خواهد کرد. متن ملاحظات کتبی و صورتجلسات ملاحظات شفاهی که دولتهای ذینفع طرف میثاق اظهار کرده‌اند ضمیمه گزارش خواهد بود. برای هر موضوعی گزارشی بدولتهای ذینفع طرف میثاق ابلاغ خواهد شد.

۲- مقررات این ماده موقعی لازم الاجراء خواهد شد که ده دولت طرف این میثاق اعلامیه‌های پیش‌بینی شده در بند اول این ماده را داده باشند. اعلامیه‌های مذکور توسط دولت طرف میثاق نزد دبیر کل سازمان ملل متحد تودیع میشود و او رونوشت آنرا برای سایر دولتهای طرف میثاق ارسال خواهد داشت اعلامیه ممکنست هر موقع بوسیله اختاریه خطاب بدبیر کل مسترد گردد. این استرداد برپایدگی هر مسئله موضوع یک اطلاعیه که قبلا بموجب این ماده ارسال شده باشد خللی وارد نمیکند. هیچ اطلاعیه دیگری پس از وصول اختاریه استرداد اعلامیه بدبیر کل پذیرفته نمیشود مگر اینکه دولت ذینفع طرف میثاق اعلامیه جدیدی داده باشد.

ماده ۴۳-۱ الف- اگر مسئله مرجوعه به کمیته طبق ماده ۴۱ با رضایت دولتهای ذینفع طرف میثاق حل نشود کمیته میتواند با موافقت قبلی دولتهای ذینفع طرف میثاق یک کمیسیون خاص سازش تشکیل بدهد (که از این پس کمیسیون نامیده میشود). کمیسیون بمنظور نیل بیک راه حل دوستانه مسئله براساس احترام این میثاق مساعی جمیله خود را در اختیار دولتهای ذینفع طرف میثاق میگذارد.

ب- کمیسیون مرکب از پنج عضو است که با توافق دول ذینفع طرف میثاق تعیین میشوند. اگر دولتهای ذینفع طرف میثاق درباره ترکیب تمام یا بعضی از اعضاء کمیسیون در مدت سه ماه بتوافق نرسند آن عده از اعضاء کمیسیون که درباره آنها توافق نشده است ازین اعضای کمیته با رأی مخفی با کثرت دوثلت اعضاء کمیته انتخاب میشوند.

۳- اعضای کمیسیون برحسب صلاحیت شخصی خودشان (۱) انجام وظیفه

۱- براد از «صلاحیت شخصی خودشان» این است که سمت نمایندگی کشور متبوع خود را ندارند.

میکنند. آنها نباید از اتباع دولتهای ذینفع طرف میثاق بوده یا از اتباع دولتی که طرف این میثاق نیست یا از اتباع دولت طرف این میثاق که اعلامیه مذکور در ماده ۱۴ را نداده باشند.

۳- کمیسیون رئیس خود را انتخاب و آئین نامه داخلی خود را تصویب میکند.

۴- جلسات کمیسیون معمولا در مرکز سازمان ملل متحد یا در دفتر سازمان ملل متحد در ژنو تشکیل خواهد شد مع هذا جلسات مزبور ممکنست با مشورت دیرکل سازمان ملل متحد و دول ذینفع طرف میثاق در محل مناسب دیگری تشکیل شود.

۵- دیرخانه پیش بینی شده در ماده ۳۶ خدمات دفتری کمیسیونهای متشکل بموجب این ماده را نیز انجام میدهد.

۶- اطلاعاتی که کمیته دریافت و رسیدگی میکند در اختیار کمیسیون گذارده میشود و کمیسیون میتواند از دولتهای ذینفع طرف میثاق تهیه هرگونه اطلاع تکمیلی مربوط دیگری را بخواهد.

۷- کمیسیون پس از مطالعه مسئله از جمیع جهات ولی در هر صورت حداکثر در مدت دوازده ماه پس از ارجاع امر بان گزارشی بر رئیس کمیته تقدیم میدارد و او آنرا بدولتهای ذینفع طرف میثاق ابلاغ مینماید.

الف- اگر کمیسیون نتواند در مدت دوازده ماه رسیدگی را با تمام برساند در گزارش خود اکتفا به بیان مختصر این نکته میکند که رسیدگی مسئله بکار رسیده است. ب- هرگاه یک راه حل دوستانه بر اساس احترام حقوق بشر بنحوشناخته شده در این میثاق حاصل شده باشد کمیسیون در گزارش خود بذکر مختصر قضایا و راهحلی که بان رسیده اند اکتفا میکند.

ج- هرگاه یک راه حل به مفهوم شق «ب» حاصل نشده باشد کمیسیون استنباطهای خود را در خصوص کلیه نکات ماهیتی مربوط به مسئله مورد بحث بین دولتهای ذینفع طرف میثاق و همچنین نظریات خود را در خصوص امکانات حل دوستانه قضیه در گزارش خود درج میکند. این گزارش همچنین محتوی ملاحظات کتبی و صورت مجلس ملاحظات شفاهی دولتهای ذینفع طرف میثاق خواهد بود.

د- هرگاه گزارش کمیسیون طبق شق «ج» تقدیم بشود دولتهای ذینفع طرف میثاق در مدت سه ماه پس از وصول گزارش برئیس کمیته اعلام میدارند که مندرجات گزارش کمیسیون را می‌پذیرند یا نه.

۸- مقررات این ماده به اختیارات کمیته برطبق ماده ۱ ع خلی وارد نمیکند.
۹- کلیه هزینه‌های اعضای کمیسیون بطور تساوی بین دولتهای ذینفع طرف میثاق براساس برآوردی که دیرکل سازمان ملل متحد تهیه میکند تقسیم میشود.

۱۰- دیرکل سازمان ملل متحد اختیار دارد در صورت لزوم هزینه‌های اعضاء را قبل از آنکه دولتهای ذینفع طرف میثاق طبق بند ۹ این ماده پرداخت کنند کارسازی دارد.

ماده ۳-۴- اعضای کمیته و اعضای کمیسیونهای خاص سازش که طبق ماده ۴۲ ممکنست تعیین شوند حق دارند از تسهیلات و امتیازات و مصونیت‌های مقرر درباره کارشناسان مأمور سازمان ملل متحد مذکور در قسمتهای مربوط کنوانسیون امتیازات و مصونیت‌های ملل متحد استفاده نمایند.

ماده ۴-۴- مقررات اجرائی این میثاق بدون اینکه به آئین‌های دادرسی مقرر در زمینه حقوق بشر طبق اسناد تشکیل دهنده یا بموجب کنوانسیونهای سازمان ملل متحد و مؤسسات تخصصی خلی وارد مازد اعمال میشود و مانع از آن نیست که دولتهای طرف میثاق برای حل یک اختلاف طبق موافقت‌نامه‌های بین‌المللی عمومی یا اختصاصی که ملزم بان هستند متوسل بآئین‌های دادرسی دیگری بشوند.
ماده ۵-۴- کمیته هر سال گزارشی کارهای خود را توسط شورای اقتصادی و اجتماعی به مجمع عمومی سازمان ملل متحد تقدیم میدارد.

بخش پنجم

ماده ۶-۴- هیچیک از مقررات این میثاق نباید بنحوی تفسیر شود که بمقررات منشور ملل متحد و اساسنامه‌های مؤسسات تخصصی دائر بتعریف مسئولیت‌های مربوط بهریک از ارکان سازمان ملل متحد و مؤسسات تخصصی نسبت به مسائل موضوع این میثاق لطمه‌ای وارد آورد.

ماده ۷-۴- هیچیک از مقررات این میثاق نباید بنحوی تفسیر شود که بحق

ذاتی کلیه ملل به تمتع و استفاده کامل و آزادانه آنان از منابع و ثروتهای طبیعی خودشان لطمه ای وارد آورد.

بخش ششم

ماده ۴۸- ۱- این میثاق برای امضای هر دولت عضو سازمان ملل متحد یا عضو هریک از مؤسسات تخصصی آن یا هر دولت طرف متعاقد اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری همچنین هر دولتی که مجمع عمومی سازمان ملل متحد دعوت کند که طرف این میثاق بشود مفتوح است.

۲- این میثاق موکول بتصویب است. اسناد تصویب باید نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع شود.

۳- این میثاق برای الحاق هریک از دولتهای مذکور در بند اول این ماده مفتوح خواهد بود.

۴- الحاق بوسیله تودیع سند الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد بعمل میآید.

۵- دبیرکل سازمان ملل متحد کلیه دولتهائی را که این میثاق را امضاء کرده اند یا بان ملحق شده اند از تودیع هر سند تصویب یا الحاق مطلع خواهد کرد.

ماده ۴۹- ۱- این میثاق سه ماه پس از تاریخ تودیع سی و پنجمین سند تصویب یا الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد لازم الاجراء میشود.

۲- درباره هر دولتی که این میثاق را پس از تودیع سی و پنجمین سند تصویب یا الحاق تصویب کند یا بان ملحق بشود این میثاق سه ماه پس از تاریخ تودیع سند تصویب یا الحاق آن دولت لازم الاجراء میشود.

ماده ۵۰- مقررات این میثاق بدون هیچگونه محدودیت یا استثناء درباره کلیه واحدهای تشکیل دهنده دولتهای متحد (فدرال) شمول خواهد داشت.

ماده ۵۱- ۱- هر دولت طرف این میثاق میتواند اصلاح (این میثاق) را پیشنهاد کند و متن آنرا نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع کند. در اینصورت دبیرکل سازمان ملل متحد هر طرح اصلاح پیشنهادی را بدولتهای طرف این میثاق ارسال میدارد و از آنها درخواست مینماید باو اعلام دارند که آیا مایلند

کنفرانسی از دولتهای طرف میثاق بمنظور بررسی و اخذ رأی درباره طرحهای پیشنهادی تشکیل گردد. در صورتیکه حداقل یک ثلث دولتهای طرف میثاق موافق تشکیل چنین کنفرانسی باشند دبیرکل کنفرانس را در زیر لوای سازمان ملل متحد دعوت خواهد کرد. هر اصلاحی که مورد قبول اکثریت دولتهای حاضر و رأی دهنده در کنفرانس واقع بشود برای تصویب به مجمع عمومی سازمان ملل متحد تقدیم خواهد شد.

۲- اصلاحات موقعی لازم الاجراء میشود که بتصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد برسد و اکثریت دو ثلث دولتهای طرف این میثاق برطبق قواعد قانون اساسی خودشان آنرا قبول کرده باشند.

۳- موقعی که اصلاحات لازم الاجراء میشود برای آن دسته از دولتهای طرف میثاق که آنرا قبول کرده اند الزام آور خواهد بود سایر دولتهای طرف میثاق کماکان بمقررات این میثاق و هرگونه اصلاح آن که قبلاً قبول کرده اند ملزم خواهند بود. ماده ۲۰- قطع نظر از اطلاعیه های مقرر در بند ۵ ماده ۸ دبیرکل سازمان ملل متحد مراتب زیر را بکلیه دولتهای مذکور در بند اول آن ماده اطلاع خواهد داد:

الف- امضاهای این میثاق واسناد تصویب و الحاق تودیع شده طبق ماده ۸. ب- تاریخ لازم الاجراء شدن این میثاق طبق ماده ۹ و تاریخ لازم الاجراء شدن اصلاحات طبق ماده ۱۰.

ماده ۳۰- ۱- این میثاق که متن های چینی- انگلیسی- فرانسه- روسی و اسپانیائی آن دارای اعتبار مساوی است در بایگانی سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد.

۲- دبیرکل سازمان ملل متحد رونوشت مصدق این میثاق را برای کلیه دولتهای مذکور در ماده ۸ ارسال خواهد داشت.

القسم العربى

قانون العقوبات الاسلامية

المقدمة

قانون العقوبات في ايران، و التعديلات، و التغييرات الطارئة عليها

خلافا لما نجد في القانون المدني الايراني، الذي دون، و قرر رسميا من الوهلة الاولى، على ضوء الموازين الشرعية الاسلامية، و الافادة من الكتب الفقهية الامامية. فلما قانون العقوبات، منذ البداية، قررت رسميا، بدون رعاية القوانين الشرعية، و الاعتماد على الموازين العرفية، و الاستفادة من المفاهيم، و القوانين الجزائية، للبلدان الغربية. القانون الاول للعقوبات، تم تقريره، و كان بشكل قانون جزائي في ابواب مختلفة، رسمت الهيكل الجزائي الايراني، في قانون العقوبات العامة، الذي قرر، و وقع موقع التنفيذ، في ٢٨٠ مادة، عام ١٣٠٤ هجرية شمسية. والقانون المذكور، كما يبدو كان وليد التفكير بأن القوانين الجزائية الاسلامية، كالحدود، و القصاص، و الديات غير قابلة للتطبيق، و التنفيذ. و بما ان القرار في جلسة المجلس قبل بمخالفة العلماء، و رجال الدين، و باي صورة كانت، فال من المجلس الموافقة، بارجاعه الى اللجنة العديله، و قرر بان ينفذ بعد اقرار اللجنة العديله عليه، و بشكل اختياري، على ان يسلم للمجلس بعد مدة الاختيار لرفع التناقض، و اجراء التعديلات اللازمة فيه، للقرار النهائي. ولكن لم يتم هذا الترتيب بأية صورة، فقرار اللجنة مع التعديلات، و التغييرات التي طرأت عليه، بالتدريج كانت نافذة حتى اقرار القوانين الجزائية الجديدة، على اساس الموازين الاسلامية، بعد الثورة الاسلامية. من جانب

آخر، لتوجيه اقرار هذه القوانين البعيدة عن القوانين الجزائية الاسلامية، لقد تطرقت المادة الاولى من هذا القانون بالقول: «تتخذ في محاكم العدلية العقوبات المصروفة في هذا القانون، والمقررة للحفاظ على الامن الداخلي. واما الجرائم التي تلاحق، وتكشف وفقا للموازين الاسلامية، فيعاقبون طبقا للحدود، و التعزيرات المقررة في الشرع».

لأنه هناك جرما، قد عوقب عليه استناد الهذة المادة، بحيث يكون العقاب مطابقا للموازين الشرعية من حيث الكشف، وكيفية المحاكمة، طوال ٣٥ عاما من تاريخ الاقرار على القانون المذكور، حتى انتصار الثورة، واستقرار الحكومة الاسلامية على اى حال، لقد تم قرار قانون العقوبات العامة، التي اقتبست من قانون العقوبات الفرنسية العامة، لعام ١٨١٠، والتعديلات التي اجريت عليها بعد ذلك في ٢٨٠ مادة، على قسمين، فالقسم الاول من المادة ١ حتى المادة ١٦٩ في تاريخ ١٣٠٤/١٠/٢٣، والقسم الثاني من المادة ١٧٠ حتى النهاية بتاريخ ١٣٠٤/١١/٧ هجرية شمسية، ووضع موضع التنفيذ بعد قراره في اللجنة العدلية التابعة لمجلس الشورى الوطنى. وهذا القانون يشتمل على كليات من العناوين للجرائم، وحدود تنفيذ القوانين الجزائية، وتعريف مفاهيم المسؤولية الجزائية، والمشاركة، والتعاون في ارتكاب الجريمة، والمباشرة بارتكابها، والتقدم (مرور الزمن) الجزائى وماشابه ذلك. ايضا كانت الجرائم على اساس العقوبات المدبرة لها، تنقسم الى: الجنایات، والجنح الهامة، والجنح الصغيرة، والمخالفات. وعقوبات تلك الجرائم، عبارة عن: الاعدام، والسجن المؤبد مع الاشغال الشاقة، والسجن المؤقت مع الاعمال الشاقة، والسجن الانفرادى، والنفى، والحرمان من ممارسة الحقوق الاجتماعية، والسجن التأديبى، والاكرامى (التكديرى).

انواع الجرائم كالقيام ضد أمن الدولة، والتزوير، والتزيف، والتخريب والقتل، والجرح، والضرب العمدى، والغير العمدى، والاعمال المنافية للعفة، والسرقه، والتهديد، والاكرام والاحتيال، والخيانة فى الامانة، والافتراء، والاهانة، والتسول، وماشابه ذلك، من جرائم كانت موضع اهتمامهم، وبالتناسب معها،

(١)، (٢): محاضره الدكتور باهرى لتقريرات حقوق الجزاء العام، الجزء الاول، ص ٦٣ ومجموعة القوانين الجزائية لعام ١٣٥٧، الصفحات ٢ و ٩٢.

تحددت عقوبات الاعدام، والسجن، والغرامة النقدية . و بعد ذلك اجريت في القوانين المذكورة تعديلات، وتغييرات، و اضافات جزئية، وفي ازمة مختلفة، بالطبع بقي الاساس، والهيكل لقانون العقوبات كما هو. ولقد تغيرت مع الاصلاحات الكثيرة، في خرداد عام ١٣٥٢، المواد من ١ حتى ٥٩ لقانون العقوبات العامة، وتم قرارها في مجلس الشورى الوطنى. ففي خرداد عام ١٣٥٢، حذفت المادة الاولى من قانون العقوبات ١٣٠٤، حيث لم يكن هناك ما يدعو الى ضرورتها، والحاجة اليها. و تقسمت الجرائم الى الجنائيات، والجنتح، والمخالفات، وكذلك تقسمت العقوبات الى : الاعدام، والسجن المؤبد، والسجن الجنائى من الدرجة الاولى، والسجن الجنائى من الدرجة الثانية، والسجن الجنحوى، والغرامة النقدية . و قد حذفت عناوين الحبس المؤبد، والمؤقت مع الاعمال الشاقة، والسجن الانفرادى، والسجن التأديبى، والتكديرى وقد قدر الجرائم المخالفات، عقوبة الغرامة النقدية فقط. وايضا الغنى الحبس لمدة اقل من ٦١ يوما، و تقرر ان تكون الغرامة النقدية من ٥٠٠ الى ٣٠٧٠٠٠ ريال، بدلا عن الحبس لمدة اقل من ٦١ يوما. و بعد انتصار الثورة الاسلامية، يلاحظ ان هناك ضرورة لحدوث بعض التعديلات فى القوانين، و مطابقتها للموازين الاسلامية. و مباشرة بعد انتصار الثورة الاسلامية، تشكلت المحاكم الثورية الاسلامية، للتحقيق فى جرائم عملاء النظام البائد. فاجرت هذه المحاكم التحقيق وفاقا للموازين الاسلامية. واصدرت الحكم على اساس العقوبات المقررة فى الشرع، فبدلك لم يأخذ قانون العقوبات بعين الاعتبار، فى نطاق صلاحية هذه المحاكم . المادة ١٢، من النظام الداخلى للنيابة العامة، والمحاكم الثورية، والمقررة فى مجلس قيادة الثورة، بتاريخ ١٣٥٨/٣/٢٧، و الذى قرر ما يلى: «العقوبات طبقا لحدود الشريعة الاسلامية، تشمل الاعدام، والحبس، والنفى، و مصادرة الاموال التى حصلت بطريق غير مشروع بعد تسديد الديون».

ايضا أكد دستور (القانون الاساسى) جمهورية ايران الاسلامية، على ضرورة قرار القوانين المطابقة للموازين الاسلامية، و تنفيذ العقوبات المقررة فى الشرع. فحاز على القرار الشهاى فى مجلس التحقيق للدستور، بتاريخ ٢٤ آبان ١٣٥٨،

(١): مجموعة القوانين لعام ١٣٥٢، طبع الجريدة الرسمية الصفحات ٤٢ حتى ٦٥.

وفي شهر آذار من نفس العام، صوت الشعب عليه، في استفتاء عام، وصرح المادة الرابعة من الدستور، بأنه يجب أن تكون جميع القوانين على أساس الموازين الإسلامية، والوجه البارز لذلك هم فقهاء مجلس الرقابة على دستورية القوانين. أما المادة الحادية والستون تقرر بأنه يجب أن تتشكل المحاكم طبقاً للموازين الإسلامية، وأن تقسيم الحدود الهيئية. والمادة ١٥٦، تبين جملة من وظائف السلطة القضائية، من كشف الجرائم، و مطاردة و ملاحقة، و معاقبة، و تعزيز المجرمين، و تنفيذ الحدود، والقوانين المدونة للجزاء الإسلامي. ولقد أعلن من جهة مجلس الرقابة على دستورية القوانين - في السنوات ١٣٦٠ و أوائل سنة ١٣٦١، على أن بعض مواد قانون العقوبات العامة، مخالفة للشرع. وفي النهاية تم في النصف الثاني من عام ١٣٦١، وعلى مراحل، قرار ذلك في لجنة الشؤون القضائية للمجلس، لقانون الحدود، والقصاص، والديات، والقوانين العامة المتعلقة بالعقوبات. وتم قرار قانون الحدود، والقصاص، المشتمل على ٢١٨ مادة في ١٣٦١/٦/٣ (المواد ١ حتى ١٩٥)، والمواد ١٩٦ إلى ٢١٨، في ١٣٦١/٧/٢٠. وتم قرار قانون العقوبات الإسلامية، في لجنة الشؤون القضائية للمجلس، بتاريخ ١٣٦١/٧/٢١، الذي يشتمل على عناوين عامة، التي تتعلق بتعريف الجريمة، و أنواع الجرائم، و عقوباتها، والمباشرة بارتكابها، والمشاركة، والتعاون في ارتكابها، والمسئولية الجزائية، و غير ذلك. و أيضاً تم القرار في لجنة الشؤون القضائية التابعة للمجلس بشأن قانون الدييات المشتمل على ٢١١ مادة، بتاريخ ١٣٦١/٩/٢٤. وقد نفذت هذه القوانين، و بشكل اختياري، على أن يكون مدة اختبارها (٥) سنوات^٢. و بما أن هذه القوانين كانت مقررة في لجنة الشؤون القضائية

(١): خطاب مجلس الرقابة على دستورية القوانين - المورخ في ١٣٦٠/١١/١٥ إلى مجلس القضاء الأعلى، وذلك بأن المواد ١٧١ و ١٧٤ و ١٧٥ و ١٧٧ و ١٨٠ حتى ١٨٣ و ٢٠٧ و ٢١١ من قانون العقوبات العامة، مخالفة للشرع. و أيضاً إرسالتهم المؤرخة في ١٣٦١/٦/١ إلى مجلس القضاء الأعلى، والقاضي بأن المواد ٤٩ و ٥٠ و ٥١ و ٥٢ و ٥٣ و ٥٤ من قانون العقوبات العامة مخالفة للشرع.

(٢): مجموعة القوانين لعام ١٣٦١، طبع الجريدة الرسمية، الصفحات ٤٢ إلى ٦١ و من ٦٦ حتى ٧١ و من ٧٣ إلى ٨٥ و من ١١٦ حتى ١٤١.

للمجلس، فاستبدلت به قانون العقوبات العامة. تم القرار في مرداد ١٣٦٢ هـ في لجنة الشؤون القضائية للمجلس، لقانون التعزيرات، تحت عنوان المبحث الرابع، لقانون العقوبات في ١٥٩ مادة، ولمدة (٥) سنوات، وقع موقع التنفيذ، بشكل اختياري^١.

و بعد مرور (٥) اعوام على قرار القوانين السالفة، كان من الواجب تطرح تلك القوانين، لتكسب القرار النهائي من المجلس. ولكن قد تأخرت مدتا، تقرب من ٩ سنوات، حتى تم تقرير قانون العقوبات الاسلامية، في ١٣٧٠/٩/٧، وهو يشتمل على ٤٩٧ مادة، و ١٠٣ تبصرة، في لجنة الشؤون القضائية للمجلس، و بتصديق مجلس الرقابة على دستورية القوانين - و مجمع تمييز مصلحة النظام - ولمرة اخرى، و بشكل اختياري، لمدة (٥) سنوات، وضع موضع التنفيذ.

لم يوجد في قانون العقوبات الاسلامية تبويات للجرائم والعقوبات، التي جنائيات، و جنح، و مخالفات. و وفقا للمادة ١٢، العقوبات المقررة في هذا القانون، تنقسم الى خمسة اقسام، الحدود، و القصاص، و الديات، و التعزيرات، و العقوبات الاحترازية (الرادعة). و تعريف كل من الاقسام المذكورة اعلاه، في المواد ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧، الالفه الذكر، كما يلي: «- الحد:- يطبق على العقوبات التي نوعها، و كقيمتها معينة في الشرع».

«- القصاص:- عقوبة يعاقب بها المجرم، و يجب ان تكون مساوية مع المجناتية».

«- الدية:- و هي عبارة عن المال الذي يعينه الشرع للجنايات».

«- التعزير:- و هو عبارة عن التأديب، او العقوبة التي لم يتعين نوعها، او مقدارها من طرف الشرع، و انما يوكل الى رأى الحاكم، كالحبس، او الغرامة النقدية، او الجلد بالسوط، و يجب ان يكون مقدار الجلد اقل من الحد».

«- العقوبات الاحترازية (الرادعة):- و هي عبارة عن التأديب، او العقوبة التي تتعين من قبل الحكومة، لغرض حفظ النظام، و رعاية مصلحة المجتمع، مقابل خرقه للقوانين، و الانظمة الحكومية، كالحبس، و الغرامة النقدية، و غلق محل العمل

(١): مجموعة القوانين لعام ١٣٦٢ هـ.

الصفحات ٣٦٩ الى ٣٩٧.

والغاء رخصته العمل، وحرمانه من ممارسة الحقوق الاجتماعية، و تحديد اقامته في مكان او اماكن خاصة، ومنعه من الإقامة في مكان او اماكن معينة، و امثال ذلك».

و بعد ان تطرق القانون المذكور الى العناوين الكلية الخاصة بالجرائم، والعقوبات، بدأ يبحث عن موضوع ، عقوبات الحدود، والقصاص، والديات. ففي مبحث القصاص يندرج البحث حول احكام قصاص العضو. وفي باب الديات دارالبحث عن دية القتل العمدى، والغير العمدى ودية الاعضاء. و اما في باب الحدود، يتطرق عن جرائم الزنا ، واللواط، والمساحقة، والقوادية، والقذف، وشرب الخمر والمخارية ، والافساد في الارض، والسرقة، ودرج عقوباتهم و اما الاحكام المتعلقة بالعقوبات التعزيرية، و الاحترافية (الرابعة) التي تشمل جرائم عديدة، نظمت على لائحة مستقلة و هي الان في طريق الدراسة، و الاقرار عليها، ولحد الان ثمال القرار النهائي من المجلس، ولا يزال قانون التعزيرات السابق سارى المفعول. ان قانون العقوبات الاسلامية، ماعدا المبحث المتعلق بالتعاون الكلية (يعنى المواد ١ الى ٦٢) والذي اساسا اقتبس من قانون العقوبات العامة السابق، - بالطبع في بعض الحالات طبقت مع الموازين الفقهية- نظمت بقية المواد على اساس الموازين الشرعية، وفقه الامامية بالضبط. وكثيرا ما اعتمدت على فتاوى سماحة الامام الخميني، الزعيم الراحل للثورة الاسلامية، رضوان الله تعالى عليه، في كتابه تحرير الوسيلة.

و بعد عرض اجمالى لسير قانون العقوبات في ايران، نقدم الان للقراء الكرام، الترجمة العربية لقانون العقوبات الاسلامية. وسوف نشر في كل عدد من هذه المجلة قسم من الترجمة العربية للقانون، و بعونة تعالى ستطبع الترجمة الكاملة، بصورة مستقلة ليكون في متناول ايدي الراغبين من القراء الاعزاء.

الدكتور حسين مهرپور

ربيع ١٣٧١

قانون العقوبات الإسلامية

الكتاب الاول - العناوين الكلية

الباب الاول - المواد العامة

مادة ١ : قانون العقوبات يعود الى تعيين انواع الجرائم ، والعقوبات ، والاجراءات الوقائية و التربوية التي تنفذ على المجرم .

مادة ٢ : كل فعل او امتناع عن فعل يقر له القانون عقاباً ، يعتبر جريمة .

مادة ٣ : القوانين الجزائية تنفذ على كل من يرتكب جريمة ضمن حدود السلطة الارضية ، والبحرية ، والجوية لجمهورية ايران الاسلامية ، الا اذا نص القانون على غير ذلك .

مادة ٤ : في حالة ارتكاب جزء من الجريمة في ايران و اتمامها في خارج نفوذ السلطة الايرانية او ارتكاب قسم من الجريمة في ايران او خارجها و اتمامها في ايران ، تقع بحكم الجريمة المرتكبة في ايران .

مادة ٥ : اى شخص ايراني ، او اجنبي يرتكب خارج حدود السلطة الايرانية ، احدى الجرائم المذكورة ادناه ، و يعثر عليه في ايران او يسترد اليها ، يعاقب طبقاً لقوانين العقوبات لجمهورية ايران الاسلامية :

١ - العمل ضد جمهورية ايران الاسلامية ، و امنها داخلاً و خارجاً ، و استقلال ، و وحدة اراضيها .

٢ - تزوير او امر بسيادة القائد ، او خط يده او ختمه ، او توقيع ، او الاستفادة منها .

٣ - تزوير الكتب الرسمية الصادرة من رئيس الجمهورية او رئيس مجلس الشورى الاسلامي او - مجلس الرقابة على دستورية القوانين - او رئيس مجلس الخبراء او رئيس السلطة القضائية ، او معاوني رئيس الجمهورية ، او رئيس المحكمة العليا ، او المدعي العام للدولة ، او اى من الوزراء ، او الاستفادة من كل ذلك .

٤ - تزوير اوراق العملة المتداولة في ايران ، او الاسناد المصرفية الايرانية مثل السندات لامر المعتمدة من قبل المصارف ، او الشيكات الصادرة من المصارف ، او الوثائق المصرفية الموجبة للضمان ، و كذا تزوير وثائق الخزينة ، و سندات القروض الصادرة ، او المضمونة من قبل الحكومة ، او تقليد المسكوكات المتداولة في الداخل

اواى نوع من انواع الاحتيال فيها.

مادة ٦: فى حالة ارتكاب الجرم من قبل الاجانب العاملين لدى حكومة جمهورية ايران الاسلامية، او العاملين فى دوائر الحكومة خارج حدود سسلطة جمهورية ايران الاسلامية حسب عملهم ووظيفتهم، وكذلك ارتكاب اى جرم من قبل الهيئات السياسية، والقنصلية للحكومة الايرانية والذين تشملهم الحصانة الدبلوماسية، يعاقب كل هؤلاء طبقاً لقوانين العقوبات لجمهورية ايران الاسلامية.

مادة ٧: بالاضافة الى ما تضمنته المادتين ٥ و ٦ اعلاه، اى شخص ايراني يرتكب جرمًا خارج ايران ويعثر عليه فى ايران، يعاقب طبقاً لقوانين العقوبات لجمهورية ايران الاسلامية.

مادة ٨: بخصوص الجرائم التى لها قانون خاص، او اتفاقيات دولية، اذا القى القبض على المتهم فى اى دولة، يحاكم، و اذا القى القبض عليه فى ايران يحاكم، ويعاقب طبقاً لقوانين جمهورية ايران الاسلامية.

مادة ٩: على المجرم ان يعيد الاموال التى حصل عليها من جراء الجريمة، اذا كانت موجودة، عيناً، والا مثلاً، او قيمتها، ثم ترد الى صاحبها بالاضافة الى الخسائر الواردة.

مادة ١٠: فى حالة صدور قرار منع التعقب، او التوقف عنها، يجب على قاضى التحقيق، او المدعى العام تعيين مصير الاشياء، والاموال التى عثروا عليهما، والذي كان الدليل او الوسيلة للجرم، او ناتجة عن الجريمة، او استفيد منهما حين ارتكاب الجريمة، او خصص للاستفادة منهما، لكى يسترد، او يعدم، او يصادر، ويتعين مصير الاموال، والاشياء فى حالة مصادرة المحكمة لهما، كذلك طالما ملف القضية مفتوح لدى قاضى التحقيق، او المدعى العام، يجب عليهما - ويطلب من ذى العلاقة - مع رعاية الشروط ادناه بصدور قرار اعادة الاموال، والاشياء المذكورة اعلاه :

١- عدم ضرورة وجود كل او جزء من الاشياء، والاموال خلال التحقيق، او المحاكمة.

٢- عدم وجود مطالب للاموال، او الاشياء.

٣- و ان لا تعد الاموال، والاشياء من ضمن التى يجب ان تعدم، او تصادر. فى جميع الامور الجزائية، و من خلال صدور الحكم، او القرار، او بعد ذلك اعلم من ان يكون مدان، او برىء منه، او اوقف تعقيب المتهم بخصوص الاموال،

الاشياء التي كانت وسيلة للجرم، اونا تيجة عنها، او استئيد منها خلال ارتكاب الجريمة او اختصت للاستفادة منها خلال صدور حكم خاص بتعيين مصيرها بان يسترد، او يصادر، او يعلم.

تبصرة - ١ : يستطيع المتضرر من تصميم، او قرار قاضي التحقيق، او المدعى العام، او قرار، او حكم المحكمة بخصوص الاموال والاشياء المذكورة في هذه المادة، ان يقدم الدعوى، وان يطلب اعادة النظر طبقا لقوانين المحاكم الجزائية وان كان القرار، او حكم المحكمة للقضية الجزائية غير قابلة لاقامة الدعوى.

تبصرة - ٢ : اذا كانت المحافظة على الاموال تترتب عليها تكاليف باهضة للحكومة، او ي تلف، او ينقص من قيمتها فاحشا، وايضا ابقاء المال غير ضروري للمحاكمة وكذلك الاموال القابلة للتلف السريع، وبأمر من المدعى العام، او المحكمة، يباع بسعر اليوم ويودع مبلغه بعنوان الامانة في خزانة العدلية حتى تتعين النتيجة النهائية.

مادة - ١١ : في المقررات والانظمة الحكومية: يجب ان تكون العقوبات والاجراءات الوقائية والتربوية بموجب نص قانوني قبل ارتكاب الجريمة ولا يمكن معاقبة أى فعل، او امتناع عن فعل بموجب قانون متأخر، واما اذا وضع قانونا بعد اقتراف الجرم مقاده تخفيف او لا عقوبة له، او مؤثرة من جهات اخرى، و تساعد حال المقررف بالنسبة الى جرائمه السابقة للقانون المؤخر حتى صدور الحكم النهائي، في حالة صدور الحكم النهائي اللازم للتنفيذ، على اساس القانون السابق، يعامل بالشكل التالي:

١- اذا كان عملا في السابق جرماً، و بموجب القانون الجديد لا يعد جرماً، ففي هذه الحالة لا ينفذ الحكم النهائي، و اذا كانت تلك الاجراءات متواصلة تتوقف، وفي هذه الحالتين، وكذلك في حالة تنفيذ الحكم سلفاً، و بذلك لن يترتب له اي اثر جزائي، وهذه الاجراءات لا تنطبق على القوانين التي تتعين لمدة معينة وللحالات الخاصة.

٢- اذا خفضت العقوبات للجريمة، بموجب القانون اللاحق، يستطيع المحكوم عليه ان يطلب تخفيض العقوبة المعينة، وفي هذه الحالة المحكمة المصدرة للحكم، او المحكمة البديلة، مع ملاحظة القانون اللاحق، تخفض العقوبة.

٣- اذا بدلت عقوبة جرم بموجب قانون لاحق، باجراءات وقائية و تربوية، فقط

هذه الاجراءات تدخل حيز الحكم الصادر.

الباب الثانى - العقوبات والاجراءات الوقائية والتربوية

الفصل الاول - العقوبات والاجراءات الوقائية والتربوية

مادة - ١٢ : تنقسم العقوبات المقررة فى هذا القانون الى خمسة اقسام :

١ - الحدود ٢ - القصاص ٣ - الديات ٤ - التعزيرات ٥ - العقوبات الاحترازية

مادة - ١٣ : الحد : يطلق على العقوبات التى نوعها ومقدارها، وكميقيتها معينة

فى الشرع .

مادة - ١٤ : القصاص : عقوبة يعاقب بها الجانى، ويجب ان تكون مساوية بمع

الجناية .

مادة - ١٥ : الدية : وهى عبارة عن المال الذى يعينه الشرع للجنايات .

مادة - ١٦ : التعزير : وهو عبارة عن التأديب، او العقوبة التى لم يتعين نوعه،

او مقداره من طرف الشرع، وموكل الى رأى الحاكم، كالحبس، او الغرامة النقدية

او الجلد بالسوط، ويجب ان يكون مقدار الجلد اقل من الحد .

مادة - ١٧ : العقوبات الاحترازية : وهى عبارة عن التأديب، او العقوبة التى تتعين

من قبل الحكومة لغرض حفظ النظام، و رعاية مصلحة المجتمع مقابل خرقه للقوانين

والانظمة الحكومية، كالحبس، والغرامة النقدية، و غلق محل العمل، والغاء اجازة

العمل، وحرمانه من الحقوق الاجتماعية، والاقامة فى مكان او اماكن معينة، ومنعه

من الاقامة فى مكان او اماكن معينة، وامثال ذلك .

مادة - ١٨ : مدة الحبس تبدأ من اليوم الذى يسجن المحكوم عليه بالحكم النهائى

القابل للتنفيذ .

تبصرة : اذا كان المحكوم عليه فى التوقيف الاحتياطى قبل صدور الحكم

بسبب الاتهام ، او الاتهامات الواردة فى الملف ، وبعد تعيين المحكمة للتعزير،

تقطع مدة التوقيف السابق للحكم النهائى من مقدار التعزير المعين، او العقوبات

الاحترازية .

مادة - ١٩ : تستطيع المحكمة بتكميل الحكم التعزيرى ، او الاحترازى لكل

من حكم عليه بسبب ارتكابه جرماً عمدياً، بالتعزير، او العقوبات الاحترازية

بحرماته من الحقوق الاجتماعية لمدة، و ايضاً منعه من الاقامة في مكان من الاماكن
او اجاره بالاقامة في محل معين.

مادة ٢٠: يجب ان يكون الحرمان من بعض او كل الحقوق الاجتماعية
كالاقامة الجبرية في مكان معين، او منعه من الاقامة في محل معين، متناسباً مع
الجرم و خصائص المجرم، وفي مدة معينة. وفي حالة الادانة بالنفي، او الاقامة
الجبرية في مكان ما، او منعه من الاقامة في مكان معين، و خلال تنفيذ الحكم،
ترك المكان، او عاد الى المكان الممنوع، تستطيع المحكمة، و باقتراح من النيابة
المنفذة للحكم، تبديل العقوبات المذكورة بالغرامة النقدية، او الحبس.

مادة ٢١: تنظيم تنفيذ الاحكام الجزائية و وضعية السجون، يعينة قانون
اصول المحاكمات الجزائية و سائر القوانين والمقررات.

الفصل الثاني

تخفيض العقوبات

مادة ٢٢: في حالة احراز حالات التخفيف تستطيع المحكمة بتخفيض، او
تبديل العقوبات التعزيرية، او الاحترافية بعقوبات من نوع آخر كي تكون انسب
بحال المتهم، و حالات التخفيف كالآتي:-

- ١- تنازل الشاكي، او المدعى الشخصي.
- ٢- افادات و ارشادات مؤثرة من المتهم لمعرفة شركاء و معاوني الجرم، او
كشف الاشياء الناجمة عن الجرم.
- ٣- ارتكاب المتهم الجرم تحت ظروف و حالات خاصة مثل: سلوك و عبارات
مستغزة من المجنى عليه، او وجود هدف شريف في ارتكاب الجريمة.
- ٤- قيام المتهم بالابلاغ قبل ملاحقته، و اقراره اثناء التحقيق و المؤثرة في كشف
الجريمة.

- ٥- ظروف المتهم الخاصة، او سوابقه.
- ٦- العمل، او محاولة المتهم بهدف تخفيف آثار الجرم، و تعويض الخسائر
الناجمة عنها.
- تبصرة ١:- المحكمة مكلفة بدرج مبررات تخفيف العقوبات بشكل صريح في
الحكم.

تبصرة ٢:- ايضاً تستطيع المحكمة في حالة تعدد الجرائم ان تأخذ بنظر الاعتبار، الظروف المخففة.

تبصرة ٣:- في حالة تقرير مواد خاصة ترتبط بالظروف المخففة، و مشابهة لهذه المادة، لا يستطيع المحكمة باستناد تلك الظروف تخفيض العقوبات مرة اخرى.

مادة ٣٣:- في الجرائم التي يتنازل عنها المتضرر من الجريمة تتوقف ملاحقته، و اجراء التحقيق ، او تنفيذ الحكم ، و يجب ان يكون التنازل منخذاً ، و التنازل المشروط، او المعلق ليس له اعتبار مؤثر، وايضاً الرجوع عن التنازل غير مقبول في حالة تعدد الشكاة، او المتضررين. الملاحقة الجزائية تبدأ مع شكاية او اقامة دعوى اى منهم ولكن توقف التعقبات ، و المتابعة ، و العقوبات منوطة بتنازل كل الاشخاص الذين اقاموا الدعوى .

تبصرة: يتنقل حق التنازل الى الورثة القانونيين للمتضرر من الجرم، و في حالة تنازل جميع الورثة، تتوقف الملاحقة و المتابعة و تنفيذ العقوبات .

مادة ٣٤:- اعفاء، و تخفيف عقوبات المجرمين طبق الموازين الاسلامية، و بعد اقتراح من رئيس السلطة القضائية موكول لسيادة القائد.

الفصل الثالث

تعليق العقوبات

مادة ٣٥:- يستطيع القاضي في جميع الادانات التعزيرية، و الاحترازية تعليق جميع او جزء من العقوبات مع رعاية الشروط المذكورة ادناه من سنتين حتى خمس سنوات :-

الف- يجب ان يكون المحكوم عليه، له سابقة الادانة بالحكم النهائي للعقوبات التالية:-

١- الادانة القطعية بالحد.

٢- الادانة القطعية بقطع، او نقص في الاعضاء.

٣- الادانة القطعية بعقوبة الحبس باكثر من سنة من الجرائم العمدية.

٤- الادانة القطعية بالغرامة التقديرية بمبلغ اكثر من مليونين ريال.

٥- مسبق بمرتين او اكثر بالاوانة القطعية بسبب الجرائم العمدية باى

مقدار من العقوبات.

ب - تستطيع المحكمة تعليق ماقره متناسبا من تنفيذ كل اوجزه من العقوبات بعد ملاحظة الوضع الاجتماعى وماض حياة المحكم عليه، والظروف، والحالات التى ادت الى ارتكاب الجريمة.

تبصرة: لا يمكن التعليق فى الادانات الغير التعزيرية و الاحترازية، الا فى المواضع التى نص عليها الشرع و القانون.

مادة - ٢٦: الغرامات النقدية غير قابلة للتعليق فى الحالات التى تكون الغرامة النقدية مرفقة مع التعزيرات الاخرى.

مادة - ٢٧: يصدر قرار تعليق العقوبات ضمن حكم الادانة، وبأمر المحكمة يفرج فوراً عن المجرم اذا كان موقوف بالتوقيف الاحتياطى، فى حالة تعليق جميع احكام عقوبة الحبس.

مادة - ٢٨: المحكمة تدرج فى حكمها الاسباب والعلل الموجبة لى التعليق و الاوامر التى يجب ان يلتزم به المحكوم عليه خلال مدة التعليق، وايضا يتم تعيين مدة التعليق، بحسب نوع الجرم، والحالة الشخصية للمجرم مع رعاية المدة المذكورة فى المادة ٢٥.

مادة - ٢٩: تستطيع المحكمة مع ملاحظة حالات، وظروف المحكوم عليه، وما تحويه ملف القضية من تنفيذ امر، و الاوامر المذكورة ادناه خلال مدة التعليق للمحكوم عليه، والمحكوم عليه مكلف بتنفيذ تعليمات المحكمة.

١- مراجعة المستشفى، او المستوصف لمعالجة مرضه او ادمانه.

٢- الامتناع من مزاوله مهنة او حرفة معينة.

٣- مزاوله الدراسة فى احدى المؤسسات الثقافية.

٤- الامتناع بالتجاهر فى ارتكاب المحرمات، و ترك الواجبات، او معاشرت الاشخاص الذين منع معاشرتهم لتشخيص المحكمة ضررها للمحكوم عليه.

٥- الامتناع عن الذهاب، والاياب لمحللات معينة.

٦- ان يقدم نفسه خلال مدد معينة الى الشخص او المسؤول الذى يعينه المدعى العام.

تبصرة: فى حالة عدم اطاعة المجرم الذى علقت عقوبته لتعليمات موضوع هذه المادة، فى مدة التعليق، و بدون عذر مقبول، او منوجه، و على اساس طلب

المدعى العام، و بعد اثبات الموضوع فى المحكمة المصدرة لحكم التعليق، فللمرة الاولى يضاف الى مدة تعليق العقوبات من سنة الى سنتين، و للمرة الثانية يلغى حكم التعليق، و تنفذ العقوبة المعلقة.

مادة - ٣٠: تنفيذ الاحكام الجزائية التالية، غير قابلة للتعليق :-

- ١- عقوبة الاشخاص الذين يعملون فى استيراد، او صنع ، او بيع المخدرات ، او بشكل من الاشكال، يعاونون مرتكبى الاعمال المذكورة.
- ٢- عقوبة الاشخاص الذين ادينوا بجريمة الاختلاس، او الارتشاء، او الاحتيال او التزوير، او الاستفادة من الاسناد، او الوثائق المزورة، او الخيانة فى الامانة، او السرقة الغير موجبة للحد، او الاختطاف.
- ٣- عقوبة الاشخاص الذين يعاونون بنحو من الانحاء الاعمال التى تستوجب الحد.

مادة - ٣١: لا يؤثر على حقوق الناس، تعليق تنفيذ العقوبات التى ترتبط بحقوق الناس و تنفذ احكام العقوبات فى هذه الحالات بدفع الخسائر للمدعى الشخصى .

مادة - ٣٢: فى حالة ان المحكوم عليه لا يرتكب جرائم تستوجب الادانة المذكورة فى المادة ٢٥ من تاريخ صدور قرار تعليق العقوبات، و خلال المدة المقررة من قبل المحكمة، تسقط الادانة المعلقة، و تمحى من السجل الجزائى، و يجب مباشرة بعد ان حكم نهائياً جميع المدانين بالعقوبات، مع التعليق، تنظيم السجل الجزائى من قبل النيابة العامة المختصة، كى ترسله للجهات المختصة.

و يجب مباشرة ابلاغ الموضوع للجهات المختصة، فى حالة تغير مدة التعليق او الغاء حكم تعليق العقوبات، كى تدرج فى السجل الجزائى للمحكوم عليه.

تبصرة: لا تشمل احكام التعليق، الاحكام التى تؤدى الى الانفصال، فى الحالات المستندة بقوانين التعيينات، او الاستخدام العامة، الا اذا شملته القوانين او حكم المحكمة.

مادة - ٣٣: اذا ارتكب الشخص الذى علقت حكم عقوبته عليه، جرم جديد خلال المدة المقررة من قبل المحكمة، و التى تستوجب الادانة المذكورة فى المادة ٢٥، و عليه يجب ابلاغ الالغاء مباشرة بعد التعيين النهائى للمحكمة التى اصدرت حكم تعليق العقوبات السابقة، او المحكمة البديلة عنها، كى تنفذ على المحكوم عليه الحكم المعلق.

مادة ٣٤: متى ما علم بعد صدور قرار التعليق بأن المحكوم عليه له سوابق الادانة بالجرائم المستوجبة للادانة المذكورة في المادة ٢٥، وان المحكمة بدون النظر إليها أوقفت التعليق فالمدعى العام يطالب المحكمة و باستناد سوابق الادانة بإلغاء تعليق العقوبات، فيلغى قرار التعليق بعد اثبات ذلك في المحكمة.

مادة ٣٥: عند ما تصدر المحكمة قرار التعليق تدرج، وتبين بوضوح آثار عدم اطاعة التعليمات الصادرة، فإذا ارتكب خلال مدة تعليق الحكم احدى الجرائم المستوجبة للادانة المذكورة في المادة ٢٥، فتنفذ بحقه عقوبات الجرم الاخير بالاضافة للعقوبات المعلقة.

مادة ٣٦: القوانين المتعلقة بتعليق العقوبات، غير قابلة للتنفيذ على الاشخاص الذين يدانون بالجرائم العمدية المتعددة، و ايضاً اذا صدر بحق شخص احكام نهائية متعددة في الجرائم العمدية و التي من ضمنها اذانة، و تعليق، فيجب على المدعى العام المنفذ للحكم مطالبة المحكمة المصدرة بفسخ قرار او قرارات التعليق فالمحكمة تقوم باجراء اللازم لفسخ القرار او القرارات المذكورة.

مادة ٣٧: في حالة المحكوم بالحبس، و هو يقضى مدة اذانته، واصيب بالجنون قبل اتمام مدة حبسه فيستعلم من الطب الشرعى، و في حالة تأييد الجنون ينقل المحكوم عليه الى مستشفى الامراض النفسية، و مدة اقامته هناك تحسب جزء من مدة الادانة، و في حالة عدم وجود مستشفى للأمراض النفسية، فيتشخيص المدعى العام ينقل الى مكان مناسب.

الفصل الرابع

الافراج الشرطى للسجناء

مادة ٣٨: اى شخص ادين بالسجن بسبب ارتكابه جرماً، و للمرة الاولى في الجرائم التى عقوبتها القانونية تتجاوز أكثر من ثلاث سنوات سجنًا، و قضى ثلثى العقوبة، و فى الجرائم التى عقوبتها لا تتجاوز ثلاث سنوات سجنًا، و قضى نصف العقوبة، تستطيع المحكمة المصدرة للحكم المقرر بالادانة القطعية باصدار حكم الافراج تحت شرط، فى حالة وجود الشروط التالية :-

١- فى حالة ان يكون سلوكه جيداً بالاستمرار خلال مدة تنفيذ العقوبة.

٢- في حالة التكهّن من ظروف و اوضاع المدان، بانه سوف لا يرتكب جرمًا بعد الافراج.

٣- في حالة القدرة المستطاعة للمحكوم عليه لتسديد الخسائر، و الاضرار طبق حكم المحكمة، او في حالة تسديدها بموافقة المدعى الشخصي، او يتعهد بتسديدها، فاذا كانت العقوبة تضم السجن، و الغرامة التقديرية، يجب تسديد المبلغ المذكور، او اتخاذ تصميم آخر، مع موافقة المدعى العام.

تبصرة- ١ : يجب ان تنال الحالات المذكورة في البندين ١ و ٢ تصديق رئيس سجن محل قضاء ادانته، و المحقق العدلي المراقب على السجن، او مدعى عام المنطقة، و الحالات المذكورة في البند الثالث، يجب ان يحصل على موافقة المدعى العام المكلف بتنفيذ الحكم.

تبصرة- ٢ : في حالة حل المحكمة المصدرة للحكم، فالمحكمة البديلة عنها، ذو الصلاحية لصدور حكم الافراج المشروط.

تبصرة- ٣ : رعاية الترتيبات، و الشروط التي تعينها المحكمة للشخص المدان خلال مدة الافراج المشروط كالاقامة في محل معين، او التجنب عن الاقامة في محل معين، او الا بتعاقد عن مزاولة مهنة معينة، او ان يقدم نفسه بالتناوب الى مراكز معينة، و ما شابه ذلك مدون في متن الحكم، على انه اذا تخلف عن الشروط المذكورة، او عاد الى ارتكاب جريمة اخرى، فتسقط ادانته و يحكم المحكمة المصدرة للحكم، توضع موضع التنفيذ.

مادة- ٣٩ : صدور حكم الافراج الشرطي مشروط باقتراح المؤسسة العامة للسجون، و موافقة المدعى العام او المحقق العدلي المراقب.

مادة- ٤٠ : بناء على تشخيص المحكمة، مدة الافراج الشرطي، لا تكون اقل من عام، و لا اكثر من خمس سنوات.

الباب الثالث

الجرائم

الفصل الاول - الشروع بالجرم

مادة- ٤١ : أي شخص قصد ارتكاب جريمة، و شرع بتنفيذها، ولكن لم

تتحقق الجريمة المقصودة كاملاً، فإذا كانت الأعمال المنفذة جرمًا، يدان بنفس عقوبة الجريمة.

تبصرة - ١ : فقط مجرد قصد ارتكاب الجرم و الأعمال، والتدابير التي تكون مقدمة للجرم، وليس لها ارتباط مباشر مع وقوع الجرم، لا يعتبر شروع في الجرم، ومن هذه الناحية لا عقوبة له.

تبصرة - ٢ : الشخص الذي شرع بجرم، وكان العمل المنفذ جرمًا، وتركه بمحض ارادته، يحظى من الظروف المخففة للعقوبات.

الفصل الثاني

شركاء ومعاوني الجرم

مادة - ٤٢ : أي شخص يشارك عالمًا و عامدًا مع شخص، أو اشخاص آخرين في إحدى الجرائم القابلة للتعزيز، أو العقوبات الاحترازية، والجريمة مستندة بعمل جميعهم سواء كان عمل أي منهم منفردًا يكفئ لوقوع جرم أم لا يكفي، و سواء كان تأثير عملهم متساويًا أم مختلفًا، يعتبر شريكًا في الجرم، و عقوبته تكون عقوبة الفاعل المستقل للجرم.

تبصرة : إذا كان تأثير تدخل و مباشرة أحد الشركاء ضعيف في تحقيق الجرم فالمحكمة تخفف عقوبته تناسبًا مع تأثير عمله.

مادة - ٤٣ : بالنظر إلى شروط، و امكانات الخاطي، و فرص و حالات الجرم والتأديب من الوعظ، والتهديد، و درجات التعزير، يعتبر الاشخاص ادناه معاوني الجرم و يعزرون :

١- أي شخص حرص، أو رغب، أو هدد، أو طمع بارتكاب جرم، أو بواسطة الدبسية، والاحتيال، والخدعة، الذي سبب في وقوع الجرم.

٢- أي شخص هيا وسائل ارتكاب الجرم، بالعلم، والعمد، أو ذل على طريقة ارتكابها، مع العلم بقصد المرتكب.

٣- أي شخص سهل وقوع الجرم عالمًا و عامدًا.

تبصرة - ١ : لغرض تحقيق المعاونة في الجرم، وجود وحدة القصد، والتقدم، أو الاقتران الزمني بين عمل معاون ومباشر الجرم.

تبصرة- ٣: في حالة وجود عقوبة خاصة في القانون، او الشرع لمعاون الجرم، نفس تلك العقوبة تنفذ بحقه.

مادة- ٤٤: في حالة عدم امكان ملاحقة و معاقبة فاعل الجرم بسبب من الاسباب القانونية او تعقيبه ، او تنفيذ حكم عقوبته اوقفت بسبب من الاسباب القانونية، فليس له تأثير في حق معاون الجرم.

مادة- ٤٥: قيادة شخصين، او عدد من الاشخاص في ارتكاب جرم، من العلة المشددة للعقوبات، اعم من ان يكون عملهم المشاركة في الجرم، او المعاونة في الجرم.

الفصل الثالث

تعدد الجرائم

مادة- ٤٦: في الجرائم القابلة للتعزير، كلما كان الفعل الواحد له اوصاف متعددة للجرم، يعاقب بالجرم الذي عقوبته اشد.

مادة- ٤٧: في حالة تعدد الجرائم، كلما كانت الجرائم المرتكبة مختلفة، يجب ان يعين لكل من الجرائم عقوبات مستقلة ، و اذا لم تكن مختلفة ، فتعين عقوبة واحدة فقط، و تعدد الجرائم في هذا الجزء يستطيع ان يكون من الاسباب المشددة للعقوبة، و اذا كان مجموع الجرائم المرتكبة، له عنوان الجرم الخاص في القانون، فيدان المرتكب بالعقوبات المقررة في القانون .

تبصرة: حكم تعدد الجرائم في الحدود، و القصاص، و الديات نفسها المذكورة في ابوابها الخاصة.

الفصل الرابع

تكرار الجرائم

مادة- ٤٨: اى شخص يدان بالعقوبات التعزيرية، او الاحترازية بموجب حكم المحكمة، ففي حالة تكرار ارتكاب الجرم القابل للتعزير، بعد تنفيذ الحكم تستطيع المحكمة تشديد العقوبات التعزيرية، او الاحترازية، كلما اقتضت الضرورة. تبصرة: اذا تبينت الادانات السابقة للمجرم، الغير معلومة حين صدور الحكم

فالمدعى العام يقوم بإبلاغ المحكمة المصدرة للحكم، فى هذه الحالة اذا ثبتت للمحكمة الادانات السابقة، فتستطيع ان تقرر طبقاً لما تنص عليه هذه المادة .

الباب الرابع حدود المسئولية الجزائية

مادة - ٤٩ : فى حالة ارتكاب الاطفال جرائم ، مبرثون من المسئولية الجزائية، ويعهد تربيتهم - و باطلاع المحكمة الى المشرف على الاطفال، و عند الاقتضاء الى المؤسسة العامة للإصلاح و تربية الاطفال.

تبصرة - ١ : المقصود من الطفل، هو الذى لا يصل سنه حد البلوغ الشرعى.
تبصرة - ٢ : كلما كان التنبيه البدنى ضرورياً لتربية الاطفال الجانحين، فيجب ان يكون ذلك التنبيه بالمقدار والمصلحة اللازمة.

مادة - ٥٠ : كلما ارتكب الغير البالغ القتل، والجرح، والضرب، فالعاقلة تضمن تلك الاعمال، ولكن فى حالة اتلاف اموال الاشخاص، فالضامن هو الطفل نفسه، وادائها يكون من اموال الطفل، و بعهدة وليه.

مادة - ٥١ : الجنون وبإى درجة كانت، فى حال ارتكاب الجرم، تزيل المسئولية الجزائية.

تبصرة - ١ : يؤدب المرتكب بحكم المحكمة فى حالة ان يكون التأديب مؤثر بحاله.

تبصرة - ٢ : فى الجنون الدورى، الجنون حين ارتكاب الجرم شرط ازالة المسئولية الجزائية.

مادة - ٥٢ : فى حالة ان مرتكب الجرم كان مجنوناً حين ارتكابه، او ابتلى بالجنون بعد اقترافه الجرم، و كلما كان الجنون، و حالة المجنون المحفوفة بالخطر، بعد اثبات ذلك بأخذ تصديق المتخصص، يحجز باسم المدعى العام فى مكان مناسب حتى ازالة الحالة المذكورة، ولا يمكن الافراج عنه الا باسم المدعى العام. يستطيع المحجوز، او اقاربه الاعتراض لهذا القرار، و ذلك بمراجعة المحكمة ذات الصلاحية فى اجراء التحقيق لاصل الجرم، وفى هذه الحالة تجرى المحكمة التحقيق فى جلسة ادارية، ويدون مراعاة المواعيد القضائية، ويحضر المعارض، والمدعى العام، او مثله،

و بتصديق المتخصص، يصدر الحكم المقتضى بالافراج عن الشخص المحجوز، او
الابقاء على قرار المدعى العام، وهذا التصميم المتخذ، قطعى، ولكن يستطيع الشخص
المحجوز، او اقاربه الاعتراض لقرار المدعى العام، كلما شوهدت علامات التحسن فيه.
مادة ٥٣: اذا تعاطى شخصاً المسكر، و على اثر ذلك شلت ارادته، و لكن
تبين بعد ذلك ان الغاية من تناول المسكر كان لارتكاب الجرم، فيدان بعقوبة الجرم
المرتكب، بالاضافة الى عقوبة تناول المسكر ايضاً.

مادة ٥٤: لا يعاقب كل شخص متى ما ارتكب جرماً على اثر اجبار، او كراه
كان عادتاً غير قابل للتحمل في الجرائم التى موضوعها العقوبات التعزيرية والاحترازية،
ففى هذه الحالة يدان المجبر بعقوبات فاعل الجرم مع ملاحظة شروط و امكانات الخاطى،
و مراحل، و حالات الجرم، و مراحل التأديب من الوعظ، والتوبيخ، والتهديد، ومقادير
التعزير.

مادة ٥٥: لا يعاقب اى شخص ارتكب جرماً من شأنه ان يدفع الخطر المهدد
لنفس، او الملك، او لشخص آخر، حين بروز خطر شديد كالحريق، والفيضان،
والطوفان وبشرط ان لا يكون الفاعل قد تسبب قصداً فى احداث الخطر، ويجب ايضاً
ان يكون الفعل متناسباً، والخطر، و ان لا يتجاوز هذا العمل الغاية منه و هى دفع
الخطر.

تبصرة: ويستثنى من حكم هذه المادة الدية، والضمان المالى.

مادة ٥٦: الاعمال التى قور لها عقوبات لا يعتبر جرماً، الا فى الحالات التالية:

١- فى حالة ان يكون الفعل المرتكب بأمر الامر القانونى، و ان لا يخالف الشرع.

٢- فى حالة ان يكون الفعل المرتكب ضرورياً لتنفيذ القانون الاهم.

مادة ٥٧: يدان الامر والمأمور بالعقوبات المقررة فى القانون متى ما ارتكب

جرم بأمر غير قانونى من احدى السلطات الرسمية، الا ان المأمور الذى نفذ امر الامر
بسبب الغلط المقبول، وباعتقاد انه قانونى، فيدان فقط بتجريمه الدية والضمان.

مادة ٥٨: متى ما تسبب اهمال و غلط القاضى فى موضوع، او تطبيق الحكم

بتضرر شخص مادياً او معنوياً، و اما فى الضرر المادى، و فى حالة اهمال المهمل

فهو ضامناً طبقاً للموازين الاسلامية، و خلافاً لهذه الحالة فالدولة تعوض الاضرار.

و اما فى حالات الضرر المعنوى اذا كان اهمال او غلط القاضى تسبب فى هتك سمعة

شخص ما، يجب العمل على اعادة سمعته.

مادة - ٥٩ : لا يعتبر جرماً الأعمال التالية :

١- يجب ان تكون تدابير الوالدين و اولياء الامور القانونيين و المشرفين على الصغار، والمحجورين بهدف التأديب، او المحافظة عليهم بشرط ان تكون التدابير المذكورة فى الحد المتعارف للتأديب والحماية.

٢- فى الحالات الفورية لاجراء اى نوع من العمليات الجراحية او الطبية المشروعية، لا يلزم الحصول على موافقة الشخص او اولياء الامور او المشرفين، او الممثلين القانونيين لهم، و بشرط رعاية الموازين الفنية، والعلمية، والانظمة الحكومية.

٣- الحوادث الناجمة من الفعاليات الرياضية، بشرط ان لا تكون سبب تلك الحوادث نقصاً للمقررات المتعلقة بتلك الرياضة ، وايضاً ان لا تكون تلك المقررات مخالفة للموازين الشرعية.

مادة - ٦٠ : لا يضمن الطبيب الخسائر الجسدية او المالية، او نقص فى الاعضاء، اذا حصل على تبرئة الذمة من المريض ، او وليه قبل شروع المعالجة او العمليات الجراحية، والطبيب لا يضمن الحالات الفورية التى لا يمكن حصول الموافقة.

مادة - ٦١ : اى شخص يقدم على فعل اجرامى وهو فى حالة الدفاع عن النفس، او العرض، او الشرف، او ماله، او لآخر، او لحيته او آخر، لمواجهة اى اعتداء حالى، او قريب الوقوع، وفى حالة توافر الشروط ادناه لا يمكن ملاحقته ومعاقبته :

١- الدفاع متناسباً مع الاعتداء والخطر.

٢- ان لا يكون الفعل المرتكب اكثر من الحد اللازم.

٣- عملياً الاتصال بالسلطات الحكومية قبل فوات الاوان غير ممكن، او لا يقع مؤثراً مداخله السلطات المذكورة لردع الاعتداء والخطر.

تبصرة : حينما يجوز الدفاع عن النفس، او الشرف، او العرض، او المال، او حرية شخص آخر، متى ما كان عاجزاً عن الدفاع و احتياجه للمساعدة.

مادة - ٦٢ : لا تجوز المقاومة امام قوى الامن والنظام فى حين اداء خدمتهم، ولا يعتبر دفاعاً الا اذا خرجت القوى المذكورة عن نطاق وظيفتهم و عليه يجوز الدفاع وعلى اساس الادلة، والقرائن الموجودة من ان يخاف ان اعمالهم قد تسبب القتل، او الجرح، او تعرض للعرض، او الشرف.

السيد محمد الموسوي البجنوردي

العقل أحد الأدلة الأربعة



مصادر التشريع عند الإمامية الاثني عشرية

(٢)

العقل أحد الأدلة الأربعة

يعتبر الأصوليون الشيعة العقل أحد الأدلة الأربعة ، ولهم في هذا الباب مباحث هامة . فالاشاعرة يخطون خطوات في هذا الميدان في حديثهم عن الحسن و القبح العقليين ، فالبحث في الحسن و القبح يستوجب الحديث عن معانيهما المختلفة ، و التعرض لمعنى العقل يدعو الى تقسيمه الى عقل نظري و عقل عملي ، والكلام أخيراً عن الأحكام الشرعية و الأحكام العقلية ينقل الى البحث حول مفهوم قاعدة الملازمة : أعني كل ما حكم به العقل حكم به الشرع ، و في النتيجة يتبين موقع و مقام العقل باعتباره أحد الأدلة . ولكن قبل كل هذا و قبل التطرق الى أصل الموضوع ، من الأفضل أن نبادر في البدء الى عرض المسألة ، ونذكر آراء الباحثين المتقدمين والمتأخرين فيها .

عرض المسألة : ويتم بالصور المتعددة التي نشير إليها :

- ١ . هل يمكن القول : كما أن الكتاب وحده دليل و أن كلاماً من السنة والاجماع أيضاً ، ينبغى القول في مقام إقامة الحكم العقلي بالنسبة لمسألة أن هذا الحكم حجة ، و يجب العمل به ، ليتمكن في النتيجة القول ان كان العمل به يوجب الثواب ، أن العمل خلاف هذا الحكم العقلي يوجب العقاب ؟
- ٢ . أو أنه ينبغى القبول بأن الدليل العقلي لا يقع في عرض الكتاب والسنة و الاجماع بل أنه في طولها . أي أننا حينما نؤسس من الحصول على مسألة من الكتاب و السنة ، و لم نجد اجماعاً فيها ينبغى التمسك بالعقل والعمل طبقاً لحكمه .

٣. أن العقل يكون حجة فيما اذا لم تكن الاحكام التي نطلبها احكاماً توقيفية و تعبدية (١). ولا يتمسك بالعقل في نطاق التوقيفات والتعبديات. فينبغي قد هذا المقام أن يرى ما قال الشارع نفسه. وما الميزان و المقدار الذي عينه، و ينبغى في الواقع العمل بهذا المقدار و الميزان.

أما اذا كان موضوعنا عقلياً، فلا ترجع المسألة الى التعبد و التوقيف لانه يوجد مثل هذه الاحكام في أجواء العقلاء و المجتمعات الحضارية. و هنا نقول ان حكم العقل حجة.

٤. يحتمل أن العقل لا يعتبر دليلاً لاعرضاً و لا طولاً و لا على أساس المعنى الثالث - بل نصل الى حكم الشرع بحكم العقل أى يوصلنا عقلنا الى حكم الشرع طبقاً لضابطة سنيها فيما بعد، و ما هو حجة و ما هو دليل فتوى الفقيه، و دليل عقل المقلد يصبح الحكم الشرعي و ليس الحكم العقلي. و للحكم العقلي مقام و موقع المرشد والهادي فقط فهو يرى الطريق، و يوصلنا الى الحكم الشرعي.

آراء العلماء و المحققين: حينما نعود الى كلام العلماء و الباحثين المتقدمين و المتأخرين (٢)، نصل الى النقاط التالية:

- ١- لم ترد على الظاهر اشارة قبل زمان الشيخ المفيد (رضوان الله تعالى عليه) الى مسألة دليل العقل، و أول من تحدث عن حكم العقل هو الشيخ المفيد (ره) حيث يقول في باب العقل «وهو سبيل الى معرفة حجية القرآن و دلائل الاخبار»^٣ فالعقل يعتبر في هذا الكلام سبيلاً للكشف عن طريق الوصول الى حجية الكتاب و السنة.
- ٢- وكان أول من صرح بأن العقل أحد الأدلة هو المرحوم ابن ادريس في

١- الاحكام اما توقيفية و اما عقلانية، و الاحكام التوقيفية تقوم على ورود نص خاص و تتعلق بالعبادة المحضة. و بمعنى واحد هي تأسيس من الشارع الحكم الذي لم يكن عند العقلاء ثم وضع هذا الحكم بخصائص معينة و ضابطة مشخصه بأمر من الشارع المقدس.

٢- لا يعتبر علماء السنة و الجماعة العقل كما يبدو من الأدلة الأربعة. و يظهر واضحاً تقريباً في كلمات ابي حامد الغزالي («المستصفى» المجلد الأول) ان العقل وحده ليس دليلاً. لا شك في أنه ثم التمسك بالعقل في مسألة براءة الذمة من الواجبات، و حينما لا يوجد دليل، أو في باب المخرج، أو بالنسبة الى المعجزات لكن العقل الذي يدور بحثاً حوله و أحد الأدلة الأربعة هو غير هذه المسائل.

٣. «أوائل المقالات» ١، ص ١١.

قوله: فإذا فقدت الثلاثة فالمعتمد في المسألة الشرعية عند المحققين التمسك بدليل العقل^(١) «أى إذا أقيم الدليل العقلى على أن هذا الشئ فيه مصلحة ملزمة . نحكم بالوجوب أو العمل به. وإذا أقيم الدليل العقلى على هذا الامر ، بأن فى متعلق هذا الشئ مفسدة ملزمة، نحكم بحرمة ذلك الشئ أو بتركه.

٣- و يقسم المرحوم المحقق (رحمة الله عليه) أدلة الاحكام الى قسمين و يتوقف بعض هذه الادلة على الخطاب الذى ينقسم بدوره الى «لحن الخطاب» و «دليل الخطاب» و «فحوى الخطاب» و يقول فى القسم الآخر: «ما ينفرد العقل بالدلالة عليه»^(٢) و بناء على هذا التقسيم، لاجابة للخطاب فى بعض الامور. والعقل منفرد فى الدلالة عليه. كوجوب رد الوديعة، فالعقل منفرد فى وجوب اعادتها. وكذلك حسن الصدق والانصاف و قبح الظلم والكذب. فهذه الامور ضرورية، والعقل دال عليها ولا حاجة فيها للكتاب.

وقد أشار الشهيد الاول رضوان الله تعالى عليه فى كتابه الذكري كالمحقق الى هذا الموضوع أيضاً مع زيادات. و بهذا يلاحظ أن الشيخ المفيد (ره) لا يعتبر العقل فى الاصل أحد الادلة الاربعة و يقول «وهو سبيل الى معرفة...» و بناء على هذا فقد اختار من الاحتمالات الاربعة الاحتمال الرابع. و هو أن العقل ليس دليلاً عرضياً و لا طويلاً و لا ناظراً الى الامور العقلانية (فى الفصل بين التعبديات والامور العقلانية). فهو يرى السبيل و يرشد الى حكم الشرع. أى اننا نصل بحكم العقل الى حجية القرآن» ودلائل الاخبار.

وقد اختار الفقيه محمد بن ادریس حسب التعريف الذى أورده، الاحتمال الثانى. و فى كلامه يقع دليل العقل فى الطول. و التمسك بدليل العقل بعد اليأس من الحصول على الحكم من الكتاب و السنة والاجماع.

و فى هذه الحالة يعتمد على دليل العقل و ينبغى على المكلف ان يعمل بما يحكم به، فدليل العقل اذن من الادلة الاربعة ولكن طويلاً لا عرضياً.

و تنقسم أدلة الاحكام فيما أورده المحقق و الشهيد الاول الى قسمين. الخطاب فى قسم لازم، و فى القسم الآخر دليل العقل منفرد. و لاجابة للخطاب. و بناء على

١. «البرائر» ص ٤.

٢. «المعتبر» ص ٧.

هذا، هناك حاجة الى الخطاب في المسائل التوقيفية و التعبدية في أحد الانحاء الثلاثة أما في بعض المسائل كالانصاف و ردالوديعه و حسن الصدق و ايضاً في قبح الظلم والكذب هي مسائل عقلائية لاحاجة فيها الى الخطاب في جميع الاوساط العقلائية. و اذا كان من خطاب في هذه الحالات، أمكن القول ان لها صفة ارشادية. فما أورده المحقق و الشهيد الاول اذن. ينطبق على الاحتمال الثالث. و ذلك في بعد معين، و ليس في جميع الاحكام.

و على هذا يلاحظ أنه لم يلتفت أى من كبار الباحثين الى الاحتمال الاول، و هذا يعنى أنهم لم يجعلوا العقل فى عرض الكتاب و السنة والاجماع. والخلاصة: ان العقل مستقلاً لم يكن يعتبر دليلاً على الاحكام الشرعية حتى القرن الخامس الهجرى، و منذ القرن السادس فما بعد اعتبرة عدد من كبار علماء الشيعة أيضاً دليلاً على الاحكام الشرعية الفرعية، ولكن «عند فقدان النص والاجماع» و ذلك طويلاً لاعرضياً. و يبدو واضحاً مما أورده المحقق أيضاً فى كتاب المعبر بقوله:

«مستند الاحكام الكتاب و السنة والاجماع و دليل العقل» أنه و ان كان دليل العقل فى العرض لكن هذا الوضع فى الحالات التى يكون العقل متفرداً فى الدلالة و ذلك بالنظر الى الفصل بين أدلة الاحكام التى تحتاج الى الخطاب و غيره.

أى سبيل يوصلنا الى مصالح الاشياء و مفاسدها ؟

١. قول الشيعة العدلية:

تعتقد الشيعة العدلية بأننا لانملك حكماً جزافاً، والنقطة التى ينبغى الإشارة إليها و التحدث عنها باعتبارها أصل الموضوع ان الاحكام الشرعية تابعة للمصالح و المفاسد الموجودة فى متعلقاتها.

و يمكن تصور و جود المصلحة و المفسدة فى متعلق الشئ باحدى الصور الخمس التالية:

ان كان فى متعلق شئ مصلحة ملزمة، فالشارع المقدس هنا يقرر الوجوب و ان كان فى متعلقة مفسدة ملزمة، يقرر الشارع المقدس الحرمة. أما ان كان فى

متعلق الشيء مصلحة، ولكن غير ملزمة، فالشارع في هذه الحالة يقرر الاستحباب. وإن كان في متعلق شيء مفسدة غير ملزمة، يقرر الشارع المقدس الكراهية هنا. وأخيراً وإذا لم يكن في أمر مصلحة أو مفسدة، يقرر هنا الإباحة. فالاحكام التكليفية الخمسة بأسرها إذن ليست جزائية. وهي تابعة للمصالح والمفاسد التي في متعلقاتها وبعبارة أخرى المصالح والمفاسد بمنزلة علل الجعل. فحيث إن مقتضى العناية الربانية سوق الأشياء إلى كحالاتها واعلام المكلفين بصلاحيهم وفسادهم، وتحريكهم إلى ما فيه الصلاح والرشاد وزجرهم عما فيه الفساد.

في الموضوع الذي يحكم الشارع المقدس بوجود شيء نكشف أنا أن في متعلق هذا الشيء مصلحة ملزمة. وإذا حرم الشارع المقدس شيئاً نكشف أنا أن في متعلق هذا الشيء مفسدة ملزمة. وبالعكس إذا وصلنا بواسطة العقل إلى أن في متعلق شيء مصلحة ملزمة نحكم من هذا الأمر أن الشارع المقدس هنا أقر الوجوب وهذا الكشف لمي^(١). فالحركة إذن تحدث من طرفين: حينما نصل إلى خطاب شرعي ونقول يوجد في متعلق الشيء مصلحة أو مفسدة ملزمة... لماذا؟ لأن الشارع المقدس لا يوجب ويحرم شيئاً جزافاً... ينبغي في الرتبة السابقة أن يكون في متعلق الشيء مصلحة أو مفسدة ملزمة. لحكم الوجوب والتحريم. وفي وقت آخر لا ندرك الخطاب. ولكن نصل بعقلنا إلى أن في متعلق هذا الشيء مصلحة ملزمة، وفي النتيجة نقول إن الشارع المقدس لديه حكم وجوب في هذه الحالة، وهذا القول، قول العدلية، وهو الحجر الأساسي لقاعدة الملازمة.

٢. قول الأشاعرة:

أما الأشاعرة فيقولون أن الأحكام الشرعية ليست تابعة للمصالح والمفاسد. أي يمكن للشارع المقدس أن يأمر بعمل فيه مفسدة ولكن بعد الأمر بذلك الموضوع ذي المفسدة، يصبح ذا مصلحة. وبالعكس فإن نهى الشارع عن الموضوع «ذو المصلحة» يجعله «ذا المفسدة». ويقولون: «الحسن ما أمر به الشارع والقبح ما نهى عنه»، وعلى ضوء هذا البيان فإن ملاك الحسن والقبح أمر ونهى الشارع.

١- إذا أدركنا المعلول من العلة فالكشف لمي، وإذا أدركنا العلة من المعلول فالكشف

أنى.

ليست هناك قيم ذاتية للأفعال مع قطع النظر عن الحكم الشرعي. النتيجة: نحن نقبل أن «الحسن ما أمر به الشارع و القبيح ما نهى عنه» ولكننا نقول ان الاشاعرة غافلين عن أن الشارع المقدس لا يحكم جزافاً. ولا يعتبر جزافاً لما هو واجب، حراماً و أن الشارع المقدس في الرتبة السابقة وبعد الكشف عن أن في متعلق شيء مصلحة ملزمة يقول: هذا واجب. وبعد الكشف عن المفسدة الملزمة يقول: هذا حرام، النتيجة و أن الاحكام الشرعية تابعة للمصالح و المفسدات. و هذه النكتة صحيحة أن «الاحكام الشرعية ألطف في الاحكام العقلية». أي كما أن لدينا رسلاً ظاهرية و خارجية و هم أنبياء الله و الذين و بعثهم الله تعالى لاصلاح المجتمع و هدايتهم.

فلدينا رسول باطني أيضاً و هو العقل. و قد منح الله تعالى هذه العطية و الموهبة للانسان ليذكر الحسن و القبح و ينظم أعماله وفقاً لها. ولو أن الله لم يبعث الرسل و لم ينزل الكتب لما كان الانسان بحاجة الى ذلك و لكن بعثت الرسل و انزلت الكتب و قررت الامامة من باب قاعدة اللطف. و لو أن الباري تعالى لم يقم بهذا اللطف فللبشر عقل و كانوا سيعملون بعقولهم. و لكن البشر لا يستطيعون الوصول الى واقعية الاشياء و كنهها مع وجود الهواجس و هوى النفوس و انشغالهم بالامور المادية و بعدهم عن الحقيقة. و لذلك ارسل المرشد. و ما يأتي به الرسول الاعظم باسم القانون و الحكم الشرعي هو في الحقيقة نفس مسائل البشر الفطرية «كل مولود يولد على الفطرة (١)» و الفطرة هي استقامة الدرك العقلي حيث «يرى الاشياء كما هي». «فليس في الفكر الانساني و دركه أي اعوجاج و انحراف. فهذه الانحرافات و الاعوجاجات نتيجة العوامل الخارجية و البيئة و المجتمع الذي يعيش الانسان فيه. و الا فان الانسان بما هو هو مولود على الفطرة. ففطرة البحث عن الله و التوجه الى الله و حمد الله و عبادة الله توجد في أعماق ضمير البشر و بعبارة أخرى، طالما أن الانسان لم يقع تحت تأثير البيئة الفاسدة و التربية الخاطئة و لم يفقد فطرته الاصلية. فانه يتوجه نحو خالقه و يعبد من صميم قلبه. فالكفر و الالحاد و الشرك و عبادة الاصنام نتيجة انحراف الفطرة و تغييرها و تلويثها بالعوامل المضللة. و قد أشار القرآن بصراحة الى مسألة الفطرة و البحث عن الله و

التوجه الى الله و عبادة الانسان له: «فاقم وجهك للدين حنيفاً فطرة الله التي فطر الناس عليها». وقد سعى الاسلام باعتباره منقذاً و دليلاً و هادياً للبشر الى الاهتمام بالفطرة، و ايقاظ وجدانه الاصلي و تنزيه فطرته الاولى من الانحراف و التلوث بالوسائل المضللة. فالفطرة الانسانية تقول: أعدا الوديعه. و هي تقول أيضاً ان الظلم و الكذب قبيحان و ان الصدق حسن. أى ان الفطرة الانسانية تحكم على جميع المسائل التي ورثت في الشرع المقدس و تقول لنا ان الامر الفلاني حرام و العمل الفلاني واجب و بناء على هذا فان الرسل و الكتب السماوية يملكون منزلة الارشاد بالحكم العقلي: «الاحكام الشرعية الطاف في الاحكام العقلية». والمراد من العقل هو العقل السليم، أعني: «العقل السليم الخالي عن هواجس الافكار و شوائب الاوهام . «صحيح أنه لا يمكن الادعاء أن الانسان يصل الى واقعية وكنه الاشياء كلها(١)». وعليه فان مقتضى العناية الربانية سوق الاشياء الى كمالاتها و اعلام المكلفين بصلاحتهم و فسادهم، و تحريكهم الى ما فيه الصلاح و الرشاد و زجرهم عما فيه الفساد.

ولكن على كل حال فان العقل يصل الى سلسلة من الامور. فالعقل يستطيع أن يكتشف و أن يصل من المعلول الى العلة. فحينما يدرك عقلنا علة الوجوب في شيء و يقول ان المصلحة فيه ملزمة فاننا نقول بالوجوب في ذلك الشيء. و اذا أدرك علة التحريم في شيء و التي هي المفسدة الملزمة، نقول بالتحريم أيضاً.

١- حيث يقول الشيخ الرئيس ابو علي سينا في كتاب التعليقات. ان تعاريف الاشياء التي نتحدث عنها بعقولنا الناقصة هي تعاريف لفظية غير حقيقية اى ليست تعاريف بالحد التام و الناقص. فهي تعاريف لا تظهر الخواص بالرسم التام و الناقص، شرح الاسم و التعريف الحقيقي يعرفه الله تعالى وحده. فتعريف الانسان بالحيوان الناطق ليس تعريفاً للجنس و الفصل الحقيقيين ولكن تعريف لا تظهر الخواص. فهي أقرب و أظهر الخواص الانسانية. ولكن انت خير بأن هذا الكلام ترجع الى انكار وجود الحد، و القول بعدم امكان تحصيله في باب الحدود و التعاريف و انحصار التعاريف في الرسوم من التام و الناقص، و هذا مما لا يمكن أن يلتزم به نعم غالب الفصول التي ذكرها المنطقيون ليست الا خواصاً و آثاراً للفصول الحقيقية. و أما النفي على نحو السالبة الكلية و انها كلها من قبيل الخواص فمما لا سبيل اليه.

الحسن و القبح العقليان

١. رأى الاشاعرة ورأى عدليي المذهب

يقول الاشاعرة فى دراسة التحسين و التقييح العقليين، لاحكم للعقل فى حسن و قبح الافعال. و لاتعود هذه الامور الى واقعية و قيم ذاتية و انما هذه المعانى منتزعة من الاحكام الشرعية. و ليس لدينا حسن و قبح فيما وراء الاحكام الشرعية «الحسن ما أمر به الشارع و القبيح ما نهى عنه» و من الممكن أن يحسن الشارع المقدس القبيح و يقبح الحسن، و النتيجة، عودة الحسن و القبح الى تحسين و تقبيح الشارع. و الحقيقة انهم أنكروا التحسين و التقييح العقليين، بمعنى أنه ليست للافعال قيم ذاتية مع قطع النظر عن الحكم الشرعى.

و العدلية لا يقبلون هذه المقالة حيث يقولون ان للاشياء و الافعال قيم ذاتية و واقعية بغض النظر عن حكم الشارع. فالشئ الحسن ينبغى أن يكون حسناً فى نفسه و الامر القبيح فى نفسه. فالشارع المقدس يرى أن الشئ الحسن و اجب بقطع النظر عن أمر الشارع، و قبله. و يرى الشئ القبيح حراماً بغض النظر عن نهيه، و ينهى عنه، ففى الحسن و القبح قيمة ذاتية اذن.

٢. معانى الحسن و القبح

والان لابد من أن نرى كم معنى يوجد فى الحسن و القبح اللذين نتنا و لهما بالبحث.

الفـ قد يراد من الحسن و القبح أحياناً كمال النفس و نقصانها. و هنا يقال هذا الشئ حسن باعتبار أنه يؤدى الى كمال النفس و التطور فى وجود النفس، و يعتبر الامر الذى يؤدى الى النقصان فى الانسانية و التأخر فى وجودها قبيحاً فالتربية و التعليم حسنان لانهما كمال للنفس. و الجهل و الامية قبيحان لانهما نقصان للنفس.

بـ و فى معنى آخر يوردون الحسن و القبح باعتبار ملائمة النفس و تنفرتها. فقد يكون أمر حسناً لانه يلائم النفس، و الامر الاخر قبيح لانه يسبب تنفر النفس. و هذا الوجه الجميل و هذا المنظر الجميل حسنان لانهما يلائما النفس، و هذا المنظر أو هذه الصورة قبيحان لانهما يتفران النفس.

جـ و قد يطلق الحسن و القبح فى مقام آخر باعتبار المدح و الذم. فحينما يقال

هذا الفعل حسن، أى ان فاعل هذا الفعل ممدوح عند العقلاء. والعقلاء يمدحون فاعل مثل هذا الفعل. والمقابل الفعل الآخر قبيح لانه يدعو الى الذم و مذموم عند العقلاء، والنتيجة أن الفعل يجدهم الحسن و القبح باعتبار مدح و ذم العقلاء وعند العقلاء و تبعاً لحكم العقلاء، فالفعل المراد ليس واقعية في النفس تسبب الكمال و النقصان، و انما حكم العقل يقول مثل هذا، أى ان وجوب الفعل و تركه و حسنه و قبحه باعتبار حكم العقلاء.

٣. المقارنة بين الرايين :

كيف يفكر الاشاعرة بهذه المعاني؟ حينما يكون الحسن و القبح بمعنى الملائمة و المنافرة للنفس فليس هنالك شيء ازائها في الخارج و رغم أن منشأ الامر خارجي غير أنه ليس له في الخارج واقعية. و ينبغى أن تكون خارج شخص ليكون هذا الشيء ملائماً لنفسه أو أن يكون هذا الشيء في الخارج منافراً لنفس شخص ما و لاوجود لهذه الواقعية دون وجود المجتمع أو العقلاء . و هذا الامر يكون في حالة وجود المجتمع.

فينبغي أن يوجد مجتمع لتوجب الحالة المذكورة ملائمته أو منافرته . و هذا المعنى عارض على ذلك المجتمع.

وكذلك الحال فيما يتعلق بأمر يوجب المدح أو الذم. فالأمر عند العقلاء قبيح أو حسن، و ينبغى أن يقول العقلاء «هذا مذموم» أو «هذا ممدوح» أو بعبارة أخرى «ينبغي فعله و ينبغي تركه» فلا واقعية له فيما وراء حكم العقلاء. و واقعيته منوطة بوجود جماعة أو مجتمع عقلائي يصدر هذا الحكم.

و اذا قال الاشاعرة ليس في هذين المعنيين حسن و قبح ذاتيان . أى ليس للحسن و القبح بمعنى ملائمة النفس أو منافرتها، أو المدح و الذم واقعية ذاتية، و هي مولود حكم العقلاء . فنحن نقبل هذا الامر أيضاً و ليس بيننا اختلاف. والخلاصة، العودة الى العقل العملى، فالعقل العملى يقول «ينبغي فعله و ينبغي تركه» و ينتزع الحسن من «ينبغي فعله» و ينتزع القبح من «ينبغي تركه».

العقل النظري و العقل العملى

يقسم الحكماء و الفلاسفة الحكمة الى نوعين: الحكمة النظرية و الحكمة العملية،

وقد اعتمدوا في تقسيمهم هذا على اعتقادهم بأن ادراكات الانسان نوعان، بمعنى أن للانسان نوعين من التفكير يتعلق النوع الاول من مدركات الانسان بالموجودات و غير الموجودات أي انها خارجة من اطار عمل الانسان و لها مظهر نظري فقط كذات الباري تعالى موجودة، والعقل موجود و اجتماع النقيضين غير موجود، و اجتماع الضدين ممكن، و تحدث الفلسفة الاولى انطلاقاً من هذا القول عن الذي يكون ولا يكون وعن الحقائق. ولذلك قالوا في تعريف الحكمة (١): الحكمة هي العلم بأحوال أعيان الموجودات (بأحوال حقائق الموجودات) (٢) بقدر الطاقة البشرية.

و يقع النوع الثاني من مدركات و تفكير الانسان في مجال العمل. و يتعلق بما يجب و ما لا يجب، مثل: العدل جميل و الظلم قبيح، ويسمى القسم الاول من ادراكاته الحكمة النظرية و القسم الثاني الحكمة العملية. و يتفق على هذا التقسيم جميع الحكماء و الفلاسفة والاختلاف هو في هل تعادل الحكمة النظرية العقل النظري، و هل الحكمة العملية تساوي العقل العملي؟ و العقل لغة يعني الحيل الذي تربط به ركة الناقة كيلا تتحرك (٣) و هو كناية عن أن لنفس الانسان الناطقة قوة باسم العقل تمنع الانسان عن الزلل في الفكر و التفكير و العقل و الفعل. و للعقل العملي تفسيران مختلفان حيث اختار أحدهما فيلسوف الاسلام الكبير المعلم الثاني أبو نصر الفارابي و الشيخ الرئيس أبو علي ابن سينا في كتاب الاشارات و هو القسم الثاني من الادراكات نفسه. يقول المعلم الثاني: القوة النظرية يحصل الانسان بواسطتها على ادراكات ليس من شأنها العمل بها، و القوة العملية قوة تعرف بواسطتها أمور تقع في مجال العمل (٤)، وللشيخ الرئيس كلام في الاشارات أيضاً يشبه نظرية المعلم الثاني (٥) و أخيراً فإن العقل العملي تبعاً لهذه النظرية هو مبدأ الادراك، و على هذا فإن العقل النظري و العقل العملي قوتان لا تختلفان عن بعضهما. وليستا شيئين مستقلين متضمنين الى نفس الانسان و عمل احدهما العقل و الادراك، و عمل الاخرى تحريك

١. صدر المتألهين، كتاب الحكمة المتعالية.

٢. سقراط وأفلاطون و أرسطو.

٣. معجم مفردات الفاظ القرآن للعلامة راغب الاصفهاني، ص ٣٥٤

٤. شرح منظومة السبزواري، ص ٣١٠

٥. شرح الاشارات، ج ٣، ص ٣٥٢

فحينما كان العقل العملى المدرك بمعنى «ينبغي فعله أو ينبغي تركه» اعتبر العقل
احدى الادلة الاربعة. فهل يقال لموجب كمال النفس أو نقصانها و الحسن و القبيح
بهذا الاعتبار مدرك العقل العملى أو لا؟ و الحقيقة أنه توجد واقعية واحدة، و هذه
الواقعية تتبع ذوات الاشياء و تتبع واقعيتها، و شيء واحد يوجب نقصان النفس
سواء أكان هناك مجتمع عقلائى أم لا، أو أمر يوجب كمال النفس سواء أكان هناك
مجتمع عقلائى أم لا.

و على كل حال فإن معنى «كل ما كان موجبا لكمال النفس فهو حسن و كل
ما كان موجبا لنقصان النفس فهو قبيح» يتأتى من العقل النظرى و ليس العقل
العملى، و هذا الامر هو ما «ينبغي أن يعلم» و بعبارة أخرى هو من نوع مدركات
الانسان المتعلقة به يكون و لا يكون.

و لكن حينما يعتبر العقل النظرى نقصان النفس هذا قبيحا و كمال النفس هذا
حسنا و يدرك معنى «ينبغي أن يعلم يأتى العقل العملى، و بركة العمل النظرى يدرك
و يقول «ينبغي فعله» أو «ينبغي تركه» و بناء على هذا فالعقل العملى يأتى بعد درك
العقل النظرى و يحكم، و اولئك الذين يحكمون بهذا المعنى هم العقلاء. و الا فإن
العقل نفسه لا يحكم. و فى اكثر المواضع التى نواجه حكم العقل ينبغي القول فى
الحقيقة أنه حكم العقلاء و حكم العقلاء اعطاء الحق الى ذى الحق الذى ينبغي فعله،
و اعطاء الحق الى غير ذى الحق الذى ينبغي تركه، و اثر هذا الدرك يقول العقلاء
و المجتمع «الظلم قبيح و العدل حسن». و على هذا، اذا لم يكن عقلاء فى المجتمع
لاستطيع القول أن الظلم قبيح و العدل حسن، فينبغى وجود المجتمع و اتفاق آراء
العقلاء للحصول على هذه النتيجة.

و الان نقول «فى مناقشة الاشاعرة» اذا كان البحث باعتبار الآراء المحموده،
أى البحث عن مؤدى الآراء المحموده و مؤدى أحكام العقلاء، و أنها من القضايا
المشهورات فنحن نقول بهذا الامر أيضاً و نقبل أنه ليس فى هذه الامور حسن و قبح
ذاتى و هى مولودة حكم العقلاء. و بناء على هذا ان لم يكن مجتمع فليس هناك
حسن و قبح. أما اذا قيل انه ينبغي انكار الحسن و القبح كلياً على نحو السالبة الكلية.
فليس هذا مقبولا. فقد تقدم آنفاً ان بعض الامور مؤدى العقل النظرى. و كل ما
يوجب كمال النفس (العلم مثلاً) و كل ما يوجب نقصان النفس (الجهل مثلاً).

سواء اكان هناك مجتمع أم لم يكن فهو واقع، و لاعلاقة له بالعقلاء و اتفاق آرائهم. و هذا الحسن و القبح ذاتيان، و يعتبر ان من القضايا اليقينية والشارع المقدس لا يستطيع تقييح أمر حسن، والامر الحسن يؤدي العقل النظري. و بناء عليه يقول العقل العملي «ينبغي فعله» والشارع هنا لايقول «ينبغي تركه» بدلا من «ينبغي فعله».

والخلاصة أن ماوراء حكم العقلاء وماوراء المجتمع هو حسن وقبح القيم الذاتية و الممدوح و المذموم، و الملازمة أو المنافرة مع النفس، من المجتمع. و هذه آراء محمودة، و تتفق مع آراء العقلاء بما هم عقلاء. أما ماوراء حكم العقلاء فهي واقعات نصل اليها ببركة العقل النظري و من ثم العقل العملي.

الملازمة بين حكم العقل و حكم الشرع.

هل القاعدة هذه التي يقول بها الاصوليون أن «كل ما حكم به العقل حكم به الشرع» صحيحة، و كلية أولا؟ و هل يمكن أن نستخرج من هذه القاعدة و عكسها أي «كل ما حكم به الشرع حكم به العقل» قاعدة، و أن نقول ان كل ما يحكم به العقل يحكم به الشرع ايضاً؟

فيما اذا كان حكم العقل واقعاً في سلسلة علل الاحكام و ملاكاتها لا في سلسلة معاليلها و امتثالاتها، و بعبارة أخرى كلما كان حكم العقل متأخراً عن الامر كحكم العقل بحسن الطاعة و قبح العصيان، فلا محل لقاعدة الملازمة.

والسر في ذلك أن الاحكام العقلية التي مؤداها الطاعة عن المولى أو في مقام بيان كيفية الامتثال موطنها بعد ورود الامر من قبل الشارع المقدس، فقهرأ هذا الحكم العقلي يكون واقعاً في سلسلة معاليل الامر، و في أمثال المقام لا يمكن استكشاف الحكم الشرعي بقاعدة الملازمة، لانه لا معنى لجعل جديد من قبل الشارع المقدس في طاعة أمره السابق، لانه يوجب التسلسل الباطل، فقهرأ اذا ورد في أمثال المقام حكم شرعي كقوله تعالى: «أطيعوا الله و أطيعوا الرسول و اولى الامر منكم» يحمل على الارشاد المحض فراراً من العقاب، فقهرأ هذا الامر لم يكن ناشئاً عن المصالح و المفاسد الموجودة في متعلقات الاشياء لان المفروض ورودها بعد جعل الشارع المقدس و

تشريعہ فحينئذ الحاکم فی باب الاطاعة و الامتثال هو حکم العقل لا غير.

و ينکر الاخباريون من العدلية هذا المعنى عموماً، وقال بعضهم فی بعد الملازمة أن العقل لا يستطيع درک الحسن و القبح و واقعية الاشياء أصلاً. و علی هذا فهم ينكرون أن «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع».

و تقول فئة أخرى أن العقل يدرك الحسن و القبح، ولكن لا ملازمة بين حکم العقل و حکم الشرع. و يقول آخرون. و أن کان من غير الممكن انکار هذه الملازمة، فهل ينبغي اطاعة الحکم الشرعی حاصل عن طريق الملازمة بدليل عقلي؟ و هل الاطاعة هنا واجبة أيضاً، أو أن الاطاعة تتعلق بالموضع الذي يصل منه أمر الشرع بشكل خاص.

و علی کل حال فالملازمة موجودة؛ ذلك أن العقل حينما يدرك أن فی هذا الامر مصلحة ملزمة، و يدرك أن هذا الامر جزء من الاراء المحمودة و تتفق آراء العقلاء علی أن الظلم قبيح و العدل حسن أو الصدق حسن و الكذب قبيح، كيف يمكن القول أن الشارع يخالف هذا الامر؟ كيف يخالف الشارع المقدس و هو رئيس العقلاء و خالقهم يجعل القانون وفق العقلاء و يشرع؟ ليس الامر كذلك بل انه يأتي و يحکم وفق حکم العقلاء هذا، أي كما أننا ندرك علی أساس العقل و آراء العقلاء و اتفاق آراء العقلاء حسن الصدق و حسن العدل. و هنا جزء من الاراء المحمودة. فان الشارع المقدس يقول مؤكداً أيضاً أن هذا الامر «حسن». و حينما نصل الى حالة «ينبغي تركه» فلا يأتي الشارع المقدس فيحکم خلافًا لجميع آراء العقلاء، و علی هذا، فالملازمة ثابتة.

و النقطة المهمة أنه حينما كانت الاراء المحمودة، و لا اختلاف فی توافق آراء العقلاء أي أن الجميع يقبلونها، فان جميع الاسم فی کل القرون والاعصار والابصار ينفقون علی أن «العدل حسن» و تتفق جميع آراء العقلاء أيضاً علی أن «الظلم قبيح» و «ينبغي فعله» و «ينبغي تركه». ولكن ينبغي أن نرى هل أن أمر الشارع و نهييه فی «ينبغي فعله» و «ينبغي تركه» هو أمر و نهي مولوی أو أمر و نهي ارشادي ففی «أطيعوا الله و أطيعوا الرسول و أولى الامر منكم» مثلاً، فقد ورد الامر بصيغة الامر الحاضر الذي يدل علی الوجوب و السؤال الآن: هل «أطيعوا الله» أمر مولوی أو ارشادي؟ ولو أن «القرآن» لم يقل «أطيعوا الله» ألم يكن هنا اتفاق فی آراء العقلاء؟ ليس هذا الامر جزءاً من الاراء المحمودة؟ و الجواب: لا شک فی أن هذا الامر أظهر

الإراء المحموده وأجلها ، وأظهر آراء العقلاء وأجلها ، من باب شكر المنعم
و هو فطرى ، و حكم كافة العقلاء ، اذن . فى الرتبة السابقة على هذا الامر تطابق فى
آراء العقلاء على « أطيعوا الله » و « أطيعوا الرسول » أيضاً على أساس اطاعة الله ، و
بالعودة الى هذا الأساس وفى « أولى الامر منكم » أيضاً .

و على هذا فان الامر المذكور ينبغى أن يكون ارشادياً قهراً ، أى ارشاداً ما
حكم به العقلاء . و الا يلزم أن يكون تحصيل حاصل ، فهذه الاطاعة كانت حاصلة
قبلاً . و جزءاً من الآراء المحموده .

و اذا أردنا الإشارة الى قاعدة كلية ينبغى أن نقول حيثما دخل الشارع فى باب
« المستقلات العقلية » فهذا الباب جزء من الآراء المحموده ، و لابد من حملها على
التأكيد و القول بأن هذا الموضوع « تأكيد لما حكم به العقل » لاتأسيس . لان معنى
التأسيس أن يكون الشئ جديداً ، ولكن يمكن القول فى هذه الاحوال أنه لاملزمة
البتة بل هو نفسه . و حكم الشرع هو حكم العقلاء ، لان الشارع نفسه رئيس العقلاء
و بيانه من باب الكشف ، والوصول من العقلة الى المعلول . و علة جعل وجوب الشارع
هو تطابق آراء العقلاء و هو المصلحة الملزمة . و علة جعل حرمة الشارع هو المفسدة
الملزمة . و الحقيقة أن المصالح و المفاسد بمنزلة عدل الجعل ، و علة جعل الوجوب
و جعل الحرمة . و حكم الشارع معلول هذه المصالح و المفاسد أيضاً لأنه جاء مسا
وراءها بشئ جديد .

و فى بعض الحالات التى يخطئ فيها الشارع فانه يكشف أيضاً عن أن هذا
المجتمع مخطئ . و يبدو هذا الموضوع فى « أحل الله البيع و حرم الربا » . فمع أن الربا
رائج فى المجتمعات البشرية اليوم ، غير أن الشارع المقدس يأتى ، و ينيه الى النكسة
الظاهرة فى المجتمع ، و الانحراف الذى يوجد فيه . و يريد أن يمنع هذا الانحراف ،
و لذلك لايسمح بالربا و لايقبله (١) .

الخلاصة . هل يقع دليل العقل فى عرض الكتاب و السنة و الاجماع أو فى طولها .
أو ينبغى الاهتمام بالتفصيل المتعلق بالخطاب ، أو ينبغى اعتبار دليل العقل مرشداً
؟ مرشداً .

١ . هل أصل المعاملة الربوية باظلة أو الزيادة ، و هو ما يبحثه الفقهاء .

نصل به الى السنة (١). و النتيجة أنه لاموضوعية لدليل العقل.

و ينبغي القول بشكل موجز أنه لا يمكن تصور أن الشارع المقدس يعتبر أمراً واجباً ما لم يتعلق هذا الأمر بمصلحة ملزمة، أو يرى شيئاً حراماً ما لم يكن في الرتبة السابقة لمتعلق ذلك الشيء مفسدة ملزمة. و على هذا إذا اعتبرنا الدليل العقلي بمعنى ذلك المصالح و المفاسد و الوصول الى علل الجعل، فانتالئ نصل الى بحث طولى الدليل العقلي و عرضيه، أو القول بالفصل بين التعبديات و غير التعبديات. فحينما أقطع بحكم شرعى. و أصل الى علة الحكم ينبغى على أن أقول ان حجية القطع ذاتية؛ و اليه ينتهى حجية كل شيء و حجيته تكون انجعالية لاجعية و فى النتيجة ان وصلنا ببركة الحكم العقلى الى أن فى متعلق هذا الشيء مصلحة ملزمة، نحكم بأن هذا الشيء واجب و على هذا نقول ان الشارع المقدس هنا قرر الوجوب. و نقطع بالحكم الشرعى. و اذا وصلنا الى أن فى متعلق هذا الشيء مفسدة ملزمة، فقد قطعنا بالحكم الشرعى بجرمة هذا الشيء، و لاشك فى أن كل هذا يرجع الى الله، فهو الذى يشىء القانون، و الرسول الاعظم و الأئمة المعصومين (ع) واسطة واسطة للايصال. أما ان وصل العقل الى ما يقول الله، فيقطع بالحكم الشرعى، اذن ان الدليل العقلى دليل قوى جداً. و فى عرضهما و بمعنى آخر أنه يرجع الى نفسيهما. ليس فى الكتاب من حيث صدوره بحث، و هو قطعى الصدور. لكننا نفهم ببركة ظواهر الكتاب أشياء، و نأخذ ظاهره و نستنبط و نقول: هذا حكم الله مستندي الى الظن، و لكنه الظن المعبر، و ظواهر الاخبار حجة أيضاً، أى الروايات النبوية و روايات الأئمة الاطهار (ع) يعنى أنها «ظنية الصدور و ظنية الدلالة». و هنا عملنا بالظن المعبر ايضاً. فحجية الظواهر حجية جعلية أى ليست حجيتها ذاتية. و هى فى اصطلاح بعض الاعاظم كالمرحوم النائنى، «تتسيم الكشف» أى أن ظواهر الالفاظ ليست موجبة الكشف التام بل موجبة الظن. غير أن هذا الكشف الذى ليس تاماً يعتبره الشارع المقدس فى عالم الاعتبار التشريعى كشفاً تاماً. فحجة الظواهر تكون عن طريق تتسيم الكشف أما حجية القطع فذاتية و انجعالية فهو غنى عن الجعل و نحن ان أدركنا بالدليل العقلى حماً شرعياً فقد وصلنا الى القطع، فمن طريق حكم العقل نصل الى أن فى متعلق هذا الأمر

و الحقيقة، أن كل ما هو حجة سنة.

مصلحة ملزمة. فالعلم بالعلة يستلزم العلم بالمعلول، و العلم بالمصلحة الملزمة، في متعلق الشيء يستلزم العلم بهذا الحكم الشرعى و هو أن المطلب المراد واجب، و أن الله أوجبه و بهذا المعنى فإن العقل رسول باطنى. والحقيقة أنه يعلم صحة قول الله هذا بدليل العقل و إرشاده تعالى .

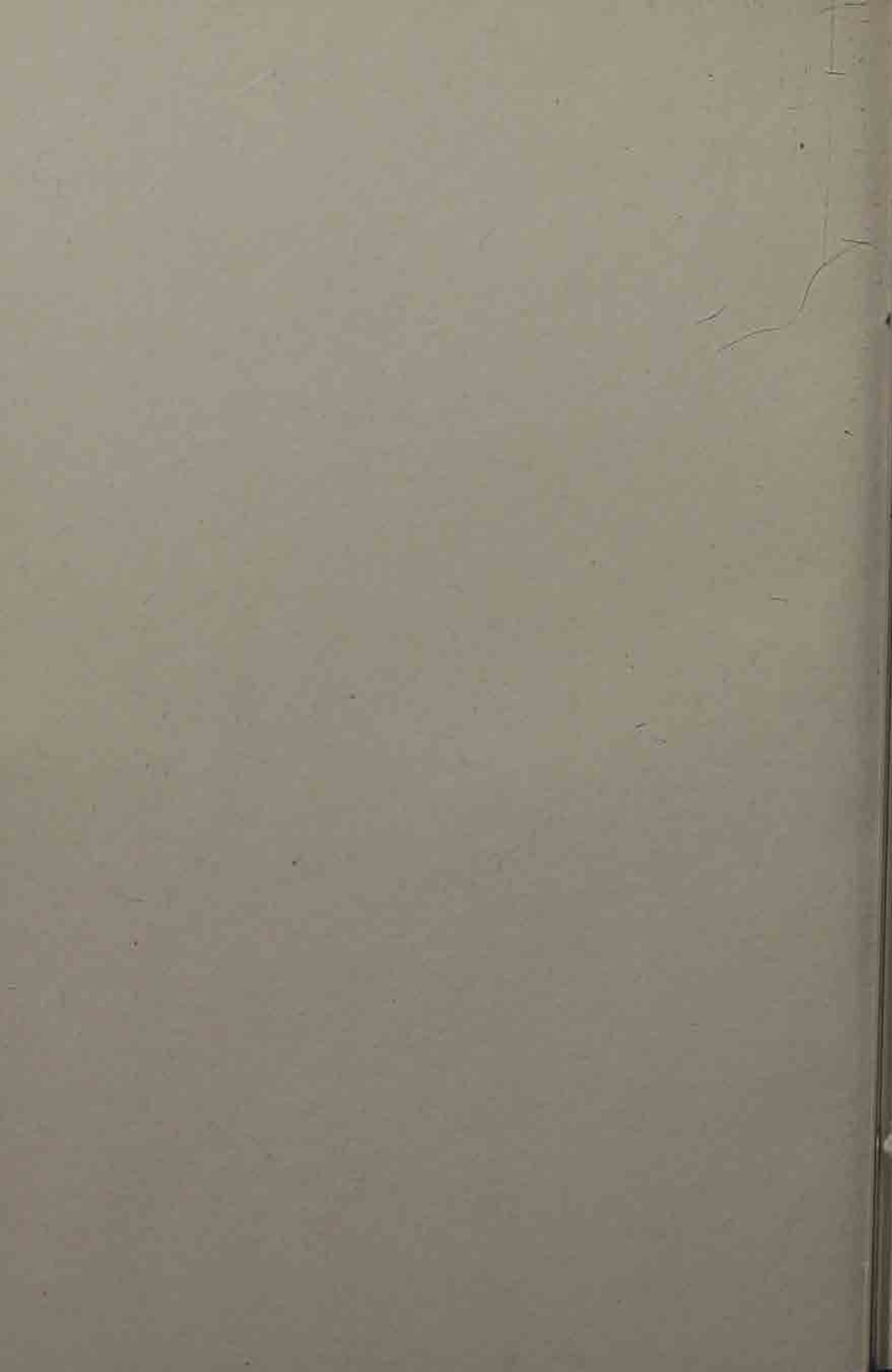
ولكن ينبغي التريث قليلا عند هذا الكلام و هو أنه يمكن الوصول بشكل أفضل الى الحكم الشرعى بالدليل العقلى. و يجدر أن نعلم بأن عقولنا فى قبضة الافكار الشيطانية. و تختلط بشوائب الاوهام. و من الصعب جداً أن يصل الانسان الى واقعية الاشياء، و الحقيقة أننا لانعجز أمام أى حادثة ببركة الكتاب و السنة و الاجماع قال الرسول الاكرام(ص) فى حجة الوداع: «ما من شيء يقربكم الى الجنة و يبعدكم عن النار الا و قد أمرتكم به، و ما من شيء يبعدكم عن الجنة و يقربكم الى النار الا و قد نهيتكم عنه.

و على هذا لابحث حول الخلاه القانونى و الحكيمى. فقد بينت جميع الاحكام الشرعية و ما يقال انه بواسطة الدليل العقلى يمكن الوصول بشكل أفضل الى الحكم الشرعى، فناظر الى الوضع الذى تكون جميع شروطه حاصلة. و لما كان تحصيل الانسان لهذه المعانى صعب جداً و نادر فقد ارسل الله تعالى الرسول و الكتاب السماوى لطفاً منه و منه. و بلغ الائمة المعصومون(ع) الاحكام أيضاً كيلا يعجز البشر و لا تأخذهم الحيرة . و على كل حال فقد شرحت جميع الاحكام الشرعية. أما ان وصل الدليل العقلى فى موضع الى واقعية أمر، فكلما يوصلنا الكتاب الكليم الى حكم شرعى، و توصلنا سنة النبى و الائمة الطهار(ع) و كذلك الاجماع مع الشروط المتعلقة بكل منها، الى حكم شرعى(١) فاننا نصل عن طريق الدليل العقلى أيضاً الى الحكم الشرعى مع تحقق الشرائط. و على ضوء هذا الكلام نقول: الشيعة تعتقد أن «العقل احدى الأدلة الاربعة».

و الحمد لله رب العالمين

١. لقد ذكرت فى جميع الكتب الاصولية أقسام الاجماع من محصل و منقول و اجماع دخولى و خروجى أو مجهول النسب و معلوم النسب و الشروط المعبرة فيها، و أى منها حجة.

از همکاران محترم قضایی و به خصوص روسای دادگستری
می‌خواهیم یک نسخه از آراء قابل توجه و مستدل و متسجم
را جهت درج در مجله قضایی و حقوقی به‌نشانی مندرج در مجله
اوسال دارند .



In the Name of God

**LAW AND JUDICIAL
REVIEW**

of

the Judiciary of the Islamic
Republic of IRAN

President and Director in Charge

Dr. H. Mehrpour

Vol. 1

No. 3

Spring, 1992

Under the Auspices of the Judicial Deputy

Fifth Floor, Building, No.2 Gharani Ave. Tehran Tel. (98) (21) 832001-7

Fax. (98)(21) 828858

ENGLISH SECTION



The Civil Code of the French Republic, which was the basis of the French Empire and the Empire of Germany, had formerly been adopted in 1804 in the whole of the French Republic. The first volume of the Civil Code, including 140 articles, had the approval of the National Constituent Assembly on May 6, 1804, in the form of a single law. The other 140 articles were then gradually approved by the Constituent Assembly on June 10, 1804, in the form of 140 laws.

The following is a list of the Civil Code of the French Republic, which was the basis of the French Empire and the Empire of Germany, had formerly been adopted in 1804 in the whole of the French Republic. The first volume of the Civil Code, including 140 articles, had the approval of the National Constituent Assembly on May 6, 1804, in the form of a single law. The other 140 articles were then gradually approved by the Constituent Assembly on June 10, 1804, in the form of 140 laws.

The following is a list of the Civil Code of the French Republic, which was the basis of the French Empire and the Empire of Germany, had formerly been adopted in 1804 in the whole of the French Republic. The first volume of the Civil Code, including 140 articles, had the approval of the National Constituent Assembly on May 6, 1804, in the form of a single law. The other 140 articles were then gradually approved by the Constituent Assembly on June 10, 1804, in the form of 140 laws.

Civil Code of the Islamic Republic of Iran

INTRODUCTION

The Iranian Civil Code and its Amendments

The Civil Code of Iran, Formulated Principally on the basis of Islamic precepts and the **Fiqaha of Imamiyeh**, had Primarily been adopted in 1335 articles within the time period between 1928 and 1935 . The first volume of the Civil Code, including 955 articles, met the approval of the National Consultative Assembly on May 8, 1928, in the form of a single act. The other 380 articles were then gradually approved by the Consultative Assembly as from 26 jan. 1934 up to 30 oct. 1935.¹

The formulating commission of the Civil Code-founded in Jan . 1927 at the Ministry of Justice-Comprised several theolobians as as well as modern jurists. The wain source of the Civil Code is the **Isamic Fiqaha** of the **Jafari Ithna Ashari** school of **Shi'ism** , while the

1. An Account of the law (Sargozasht-e -Ghanoon), Ali Pasha Saleh, Tehran University press, 1960, P P.269 - 70.

most significant jurisprudential sources applied by the formulators of the Civil Code are such well-known books of **fiqaha** as **sharh -e- lome** of **Shahid Sani Sharaye - e - Mohaghagh** and **makaseb** of **Sheik Mortaza Ansare** .¹

It can roughly be stated that the aforementioned authorities just formulated the most renowned ideas of the Islamic jurists. Civil Codes of France and Belgium, and especially the Swiss Civil Code had been consulted and possible use was made of them in the course of the formulation OF THE Civil Code, particularly on the more recent legal subjects such as nationality, residence and some issues concerning the rights of the family, and argumentation in proof of the claim. ²

Being one of the most coherent and integrated laws of Iran the Civil Code has undergone only relatively few alterations and amendments. Minor amendments were made in 1958 and 1969 in connection with Article 2 of the Code relating to fixing a unitary deadline of 15 days following the publication of laws in the Official Gazette for their entry into force , as well as with a few articles on the question of nationality .³

In 1967 a law entitled the Family Protection Law was adopted the new regulations of which on the question of divorce differed from those of the Civil Code. That law was then amended and supplemented in 1974 . Although its title didnot carry an explicit indication as to amending the Civil Code, the fact that its regulations did contradict those of the Civil Code would rescind the Civil Code in certain instances; inter - alia, in the case of divorce - which , in accordance with the Civil Code, is the right of the husband

1. Ibid, p.270.

2. Ibid, p.270.

3. Collection of laws, 1958-1969, Official Gazette.

(Article 1133) and the wife may, under certain circumstances appeal to the court for divorce (Article 1130) the Family Protection Law stipulated that either the husband or the wife who applies for divorce must appeal to the court, while conditions allowing for the right of divorce were restricted only to these stipulated by that law (Article 8, Family Protection law, 1974).¹

Minimum age for marriage has also undergone some changes whereas Article 1041 of the Civil Code had regulated the legal age of marriage for the male at 18 and for the female at 15, Article 23 of the Family Protection Law fixed the legal age of marriage for the male at 20 full years of age. Similarly in the case of the custodianship of the minors, whereas Article 1180 of the Civil Code had taken for granted the natural parental custodianship and that of the grandfather, Article 15 of the Family Protection Law restricted the said natural custodianship only to the father, while stipulating that the right of custodianship may by a decision of the court - be granted to the mother or the grandfather in the case of the father's death, or his legal prohibition and or²

Those regulations, being contradictory to the Civil Code, were repealed following the victory of the Islamic Revolution and prior to the approval of the Constitution, by the revolutionary Council of the Islamic Republic of Iran which was in fact a legislative authority itself.

The Single Act of 1 st. May 1979 stipulated that: Article 1041 of the Civil Code shall stand effective while regulations contradicting

1. Collection of Laws, 1974, Official Gazette.

2. Article 15, Family Protection Law, 1974, : A minor shall be under the natural custodianship of his /her father. Where his legal prohibition or treason or lack of ability and eligibility for the maintenance of the minor's affairs is proved or the father passes away, the right of custodianship shall be assigned, on request by the public prosecutor and the adoption by the court, to either the grandfather or the mother...

it shall be repealed .¹

Note 2 under article 3 of the Act on Special Civil Court adopted on 30 Sept . 1979 explicitly states that : conditions for divorce are those provided for by the Civil Code along with instructions of the shari 'a²

The Single Act of 9 Oct. 1979 also provided that: Rules and regulations of the Civil Code on custodianship and guardianship of the minors stand fully effective while regulations contradicting them shall be repealed.³ Thus some articles of the Civil Code which had been abrogated by the regulation of the Family Protection law again revived and had implemented it .

Thus, an essential task to be carried out following the approval of the new constitution and settlement of the Islamic Republic State, it has been to review the laws of the past with a view to revising and amending them towards their conformity with the Islamic precepts of the Shari 'a . Were formed, within the judiciary, comprising judges and renowned authorities of the Fiqaha and the Shari 'a for the fulfilment of the task, who proposed the necessary changes in various laws . In the same context, the Civil Code was also examined followed by the proposed amendments or deletion of some articles there of with a view to pringing them into conformity with the precepts of the Shari 'a and the Islamic Republic State, which were then submitted to the Islamic Consultative Assembly for its approval in November 1981 the Amendment to the Civil Code met the approval of the Judiciary Commission of the Islamic Consultative Assemaly and was subsequently confirmed by the Council of Custodians , and entered into effect as published in the

1. Collection of Laws, 1979, Official Gazette, p.12.

2. Ibid, p. 180 .

3. Ibid, p. 206 .

Official Gazette in March 1982 . Nevertheless , being approved by the commission on Judiciary Affairs, it could only be a tentative law¹ which came into force for a five year trial period .

The said Amendment, including totally 47 articles and 8 notes , either excluded some articles of the Civil Code or rephrased the wording of certain articles, in addition to substantial alterations of the law in a number of cases .

Among the most significant amendments to the Civil Code can be mentioned to include changed regulations concerning signatures and the procedure on notification and publication of laws for their implementation (Article 1), deletion of Article 218 concerning the invalidity of interactions when intended for evading a liability, deletion of marriage age condition (Article 1041), inclusion of the wife's right of application for divorce in the event of the insolvent of married life (Article 1130), exclusion of 18 years of age as evidence of maturity (Article 1209 and 1210), nationality (Article 980, 981, 982, 987, 991), giving more credibility to testimony² and

1. Article 85 of the Constitution ; the right of membership (of the Majlis or the Assembly) is vested with the individual and shall not be transferred to others. The Assembly cannot delegate the power of legislation to an individual or a committee . But when vere necessary , it can delegate the power of legislating certain laws to its own committees in accordance with Article 72 . In such a case, the laws will be implemented on trail basis for a period specified by the Assembly, and their final approval shall rest with the Assembly...
2. The crdibility of testimony as proof for claims was restricted to contracts, unilateral obligations and commitments the amount of which would not exceed 500 Rls. article 1306 stipulated that : except for cases specified by law, no contract, unilateral obligation and commitment the amount of which or its equivalent exceeds 500Rls . cannot be proved merely by virtue of oral or written testimony ; but this shall not hinder the courts to examine the statements of witness for further information and discovery of the truth . This article and other articles influenling it were deletedin the 1982 Amendment whil certain alterations were intruduced in the conditions of witnesses.

oath, and changes in certain conditions and circumstances in this connection (Article 1306, 1307, 1308, 1310, 1311, 1313, 1313bis 1328, 1328 bis and 1335).

Article 1205 of the Civil Code was also amended in 1984 this article is related to payment of subsistence and procedures for exacting subsistence from the persons who shall pay the subsistence of their relatives.¹

The Amendment to the Civil Code met the final approval of the Islamic Consultative Assembly and the confirmation of the council of the custodians of the Constitution in Nov. 1991. The 1991 Amendment is principally based upon that of 1982; i.e. the Amendment approved by the Judiciary Commission of the Assembly as tentatively implemented, subsequently met the final approval of the Islamic Consultative Assembly in accordance with the latter section of the first paragraph of Article 85 of the Constitution². There were however, certain alterations involved in comparison with the 1982 Amendment, the most significant of which deal with Article 218. Article 218 of the Civil Code of 1928 stipulated that: If it is known that the contract has been made with the intention evading some liability, it shall cease to be effective. That Article was deleted in the 1972 Amendment followed by its amendment in 1991 to read as follows: If it is known that the contract has been made with the intention evading formally some liability, the contract will be null and void. Another Article 218 bis was then added to read: If the creditor files a petition with the court submitting evidence to the effect that the debtor, to evade his / her liability, intends to dispose of his / her properties, the court may enter an attachment writ in the amount of his / her debt, in which event

1. Collection of Laws, 1985, Official Gazette, P. 528.

2. Cf. Footnote 10.

he / she cannot sell his / her properties without the authorisation of the court .

Notwithstanding, the translation of the Civil Code will be provided with due regard to the said developments in the process of its amendments and alterations, while taking into account the latest amendments as incorporated in the text of the Law . Since, The Amendment of Nov . 1991 is naturally in view, reference shall be made in the footnotes only to the same text, although the earlier text of the Civil Code as well as its Amendment of 1982 may also be mentioned in the footnotes where it is deemed important .

In order to preserve the order of articles, when ever an article has been deleted, the format used in the Amendment itself will be followed by mentioning the phrase deleted in front of the corresponding number of the article, while the deleted text will be quoted in the footnote .

It is hoped that this brief introduction to the Civil Code of Iran can provide a sufficient account of developments involved in its adoption, and that we have been able to render a satisfactory translation of it .

From this volume on, the translation of the Civil Code will gradually be published in the hope that, God - willing, the whole text may be published Separately.

Dr. H. Mehrpour, Spring , 1992 .

THE CIVIL CODE

preamble

On the publication,

Effects and Exeocution

of Laws in General

Article 1 - The Islamic Consultative Assembly's enactments and the results of the referendum, having gone through legal procedures will be notified to the president of the Republic. The President shall within five days sign them and notify them to executors, and issue instruction to have them published, and the Official Gazette shall be required to publish them within 72 hours after notification thereof.

Note : In case of the President's refusal to sign or notify an enactment within the time period referred to in this Article, the Official Gazette shall be required to publish it within 72 hours on

the order of the Chairman of the Islamic Consultative Assembly .¹

Article 2 - The legislative enactments come into force throughout the country fifteen days after their publication, unless a specific arrangement has been prescribed in the given legislation itself to the timing of its enforcement .

Article 3 - The text of laws must be published in the Official Gazette .

Article 4 - A law shall be effective only as from the date of its coming into force, and shall not be retrospective , unless special provisions to this effect have been laid down in its text .

Article 5 - All inhabitants of Iran , whether of Iranian or of foreign nationality , shall be subject to the laws of Iran except in in cases which the law has excepted .

Article 6 - The laws relating to personal status, such as marriage, divorce, capacity and inheritance, shall be observed by all Iranian subjects, even if resident abroad .

Article 7 - Foreign nationals resident territory shall within the limits laid down by treaties, be bound by the laws and decrees of the Government to which they are subject in questions relating to their personal status and capacity, and similarly in questions relating to rights of inheritance .

Article 8 - Immovable property, of which foreign nationals have taken possession or shall take possession under the terms treaties, shall in every respect come within the scope of the laws of Iran .

Article 9 - Treaty stipulations which have been, in accordance

¹ As amended in November 1991.

with the Constitutional Law, concluded between the Iranian Government and other government, shall have the force of law .

Article 10 - Private contracts shall be binding on those who have signed them, providing they are not contrary to the explicit Provisions of a law .

Volume 1 - Concerning Property

Book 1 - General Provisions Concerning Ownership

Chapter 1

In Definition of The Various kinds of Property

Article 11 - Property is of two kinds, movable and immovable .

SECTION 1

Concerning Immovable Property

Article 12 - Immovable property is that which cannot be transported from place to place either because it is the nature of the thing to be fixed in one place or because, as the result of human action, the damage or injury either to the property itself or its emplacement .

Article 13 - Land and buildings and mills and everything which which is fixed in a building and is by common use considered apart of it are immovable , and similarly pipes which have been laid under the ground or in a building for carrying water or for other purposes are to be accounted immovable .

Article 14 - Mirrors, Painted curtains, statues and similar objects, in so far as they are attached to the ground or to a building in such a way that their removal would cause injury or damage to their emplacements, are considered immovable .

Article 15 - Fruits and crops shall be deemed immovable that they havenot been picked or reaped, and if a portion shall have been picked or reaped, only that portion shall be accounted movable.

Article 16 - In general, trees and branches thereof, young plants and cuttings, as long as they have not been cut or dug, be considered immovable .

Article 17 - Animals and the equipment which the owner shall have provided specifically for cultivation such as oxen, buffaloes, machines, implements and appurtenances of husbandry, seeds etcetera, and in general all moveable goods which are necessary for the prosecution of farming operations and have been devoted by the owner exclusively to this purpose shall, for purposes of competency of courts and of attachment of property, be considered as forming part of the landed property and shall be treated as immovable property, as also shall pumps, oxen and other animals, appropriated for the irrigation of fields, houses and gardens .

Article 18 - Rights benefits from immovable objects such as a life interest, the right of residence and similarly the rights of easements over the land of another. Such as the rights of passags and of transit of water . and the claims related to immovable property such as demands for eviction and similar applications, shall follow the rules concerning immovable property .

SECTION 2

Concerning Movable Property

Article 19 - Articles which it is possible to transport from place, without causing damage either to the articles themselves or to their emplacements, are considered movable .

Article 20 - All debts arising out of loans, or the price of things sold, or the rent of things leased shall, for purposes of competency of courts, be considered movable, even if the thing sold or rented is itself immovable .

Article 21 - Ships, large and small, boats, mills, and bathhouses, plying on or situated rivers or seas, and capable of movement and all work places which, in view of the manner of their construction donot form part of a permanent building, shall be accounted movable, but the attachment of certain of the above - mentioned may, in view of their importance, be carried out in accordance with special arrangements .

Article 22- Building materials such as stone, bricks, etc. which have been prepared for use or because of some defect have become separated from the building,so long as they havenot been emboldied in the building, shall be considered movable .

SECTION 3

Concerning Property Which Has No Private Owner

Article 23- The use of a property which has no private owner shall be determined in accordance with the relevant laws .

Article 24- No one shall take possession of common roads and highways, nor of streets which have no thoroughfare .

Article 25- No one may take possession of property which serves the common good and which has no private owner, such as bridges, caravanserais, pubic reservoirs, ancient schools and public open places. And the same spplies to the qanats¹ and wells of which the

1: Qanat is a man - made underground water-channel.

use is public ¹.

Article 26 - Government property which is susceptible for the public service and welfare such as fortifications, fortresses, moats, military earthworks, arsenals, weapons, stores, warships and similarly the furniture and buildings of the Government buildings and telegraph wires, museums, public libraries, historical monuments and similar objects, in brief whatever property movable or immovable is in use by the Government for the service of the public or the profit of the state, may not privately be owned. And the same provisions shall apply to property which shall have been appropriated for the public service of a province, city or a region or a town ².

Article 27 - The properties which are not privately owned and which private individuals, in accordance with the regulations contained in this law and the special laws dealing with each particular category, are allowed to take into their possession and exploit, shall be termed «mobahat» and under this heading shall come waste lands, that is to say, lands which have fallen into disuse and on which are neither habitations nor cultivation.

Article 28 - Property of unknown ownership shall be the needs of the poor, subject to the judge's permission or that of a person authorized by him.

CHAPTER 2

CONCERNING THE VARIOUS RIGHTS WHICH ACCRUE TO PERSONS FROM THE POSSESSION OF PROPERTY

Article 29 - It is possible for people to derive the following rights

1. As amended in November 1991.

from property :

- 1- The right of possession (whether of the substance of the thing of its benefits).
- 2- The right of exploitation.
- 3- Rights of easement in the property of another.

SECTION 1

Concerning Ownership

Article 30 - Every owner has unlimited rights of occupation and exploitation over his property in matters in which the law has made an exception .

Article 31 - No property can be alienated from the possession its owner except in accordance with a legal order .

Article 32 - All products and appurtenances of the property whether movable or immovable , produced naturally or as the result of exploitation, are the property of the owner .

Article 33 - Products and crops which have come out of the ground are the property of the owner of the land, whether their growth is natural or the result of the owner's operations, unless the the product or crop has sprung from the roots or seeds of another party. If this is the case the trees or crops shall be the property of the owner of the roots or seeds, even if they have been sown without the approval of the owner of the land .

Article 34- The progeny of animals shall be of the same ownership the mother, and whoever is the owner of the mother shall be considered the owner of the offspring .

Article 35 - Possession by title of ownership shall be taken as

proof of ownership unless the contrary proved .

Article 37 - If the present occupier admits that the property formerly belonged to the claimant , he can not urge, in refutation of the other's claim, his own occupation of the property, unless he can prove that the property has been transferred to him according to the correct procedure .

Article 38 - The ownership of ground carries with it the ownership of the air immediately above it up to any height, and the same applies to the area under the ground; in brief, the owner has unlimited rights of possession in the air and the ground, unless the law shall have made provisions to the contrary .

Article 39 - All buildings and trees above the ground and all buildings and excavations beneath the ground shall be considered the property of the owner of the ground unless the contrary be proved .

SECTION 2

Concerning the Right of Exploitation

Article 40 - The right of exploitation comprises the right by which a person may derive profit from property which either belongs in proprietary right to someone else or has no special owner .

SUBSECTION 1

Concerning Life - Rights for a Prescribed Period and Rights of Occupation

Article 41- A Life - Right is a right of exploitation which has been

established by means of a contract entered into by the owner in favour of someone, either for his own lifetime or for the lifetime of the user or for that of a third party .

Article 42- A Right for a prescribed Period is a right of exploitation which the owner grants for a limited time .

Article 43 - If the right of exploitation includes the right of occupying a habitation, it is termed residential or the right of habitation and it is permissible for this right to be assigned as life - right or as a right for a limited period .

Article 44 - In cases where the owner has not prescribed a time - limit for the right of exploitation , the surrender is absolute, and the said right shall run until the death of the owner unless he revokes the surrender before his death .

Article 45 - In the above mentioned cases it is only permissible for the right of exploitation to be granted to a person or persons who were alive at the time of creation of the said right , but it is also possible for the right of exploitation to follow on in succession for persons who were not alive at the time of the conclusion of the contract, and as long as the owners of the right of exploitation are alive it shall be valid; and after their decease it shall lapse .

Article 46 - It is only possible for a right of exploitation to be granted in respect of property which is such that it can be used without affecting its own existence, whether the said property is movable, immovable held in undivided shares or divided up .

Article 47 - In the case of surrendered property, whether held as a life - right or not, taking delivery is the legal requirement for making the transaction valid .

Article 48 - The user must not misuse the property to which the

right of exploitation applies and, being in custody of it, must not allow excessive use or negligence .

Article 49 - The expenses necessary for the upkeep of the property which is subject to the right of exploitation is not an obligation on the user, unless a provision to the contrary has been agreed upon .

Article 50 - If the property which is subject to the right of exploitation becomes dissipated for any reason other than excessive use or negligence on part of the user , the latter shall not be held responsible .

Article 51 - In the following cases the right of exploitation lapses :

- 1 - In the event of the time - limit expiring .
- 2 - In the event of the property which is the object of the right of exploitation being destroyed .

Article 52 - In the following cases the user is a guarantor for the losses of the owner :

- 1 - In the event of the owner misusing the property which is the object of the right of exploitation .
- 2 - In the event of his not observing the conditions laid down by the owner and of such non - observance being the cause of damage to the object of the right .

Article 53 - The transfer of the substance of the property by the owner to another party shall not nullify the right of exploitation, but if the person to whom the property is transferred does not know that the right of exploitation has been granted to another party he shall have the option of dissolving the contract .

Article 54 - The rest of the circumstances concerning the exploitation of the property of another shall be as laid down by the owner

or demanded by custom and usage .

SUBSECTION

Concerning Endowment

Article 55- An Endowment consists in the surrender of a property, and the devotion of its profits to some purpose .

Article 56- An endowment takes place when the donor makes an offer by any form of words which definitely carry this meaning and when the first generation of beneficiaries, or their legal representative if they are limited in number, as in the case of children, accept it or if the beneficiaries are unlimited in number or the endowment be made for the benefit of the public, then the acceptance of the judge is required .

Article 57- The donor must be the owner of the property to be endowed and, in addition, must be possessed of capacity to contract and to make valid transactions .

Article 58- It is permissible to endow only such property as can be exploited without detriment to its existence, whether it be movable, held in undivided shares or divided up .

Article 59 - If the donor does not hand the substance of the endowment over to the possession of the foundation to which it has been bequeathed, the endowment is not yet complete, but once it has been delivered the endowment is authentic .

Article 60- In respect delivery, urgency is not essential; so long as the donor has not revoked endowment whenever is given the endowment becomes final .

Article 61- When the endowment takes place in the proper form

and is delivered, it is binding, and the donor is not permitted to revoke it nor to make any alterations in it, nor may he expel any one of the beneficiaries, nor make any new beneficiaries ; nor, if in the text of agreement the administrator is not specified , may he appoint an administrator, nor may he interfere in the capacity of administrator.

Article 62- In the event of the beneficiaries being limited in number they themselves shall take delivery, and delivery to the first generation shall be sufficient; and if the beneficiaries are unlimited or the bequest is to be devoted to the public use , either the administrator or the judge shall take delivery .

Article 63- The guardian and executor of persons who are under disability will take delivery of the endowed property on their behalf and if the donor has reserved the office of administrator to himself, then the fact of his taking delivery shall suffice .

Article 64- Property of which the profits are temporarily granted to another party can be the object of an endowment, and similarly it is permissible to endow landed property to which a right of easement is attached, without prejudicing the said right .

Article 65- The validity of an endowment which may result to the detriment of the donor's creditors, is dependent on the permission of the creditors .

Article 66- An endowment for an unlawful purpose is null and void.

Article 67- The endowment of property of which it is not possible to give and take delivery is null and void, but if the donor alone is not capable of taking and giving delivery, then such an endowment is valid .

Article 68- Anything which, either by nature or in accordance with usage and custom is reckoned as forming part of the dependencies and appurtenances of the endowed property, is in the endowment,

unless the donor has made special provision to the contrary, in the sense mentioned in the Chapter Concerning Sales .

Article 69- An endowment for the benefit of non - existent persons is invalid, unless it follows in succession from living beneficiaries .

Article 70- If an endowment is made jointly to persons who do not exist and to persons living, it is valid in so far as it concerns the living and null and void in so far as it concerns those who do not exist .

Article 71- Endowments to persons unknown have no validity .

Article 72- An endowment for the benefit of the donor himself in such a way that the donor makes himself the sole beneficiary or one of the beneficiaries or provides for the payment of his debts or other obligations out of the profits of the endowed is null and void, whether it is concerned with his life time or with the period after his decease .

Article 73- Endowments to children, relatives, servants or guests and so on, are valid.

Article 74- In the case of an endowment for the public use, if the donor also becomes entitled to benefit under the endowment he is permitted to benefit .

Article 75- The donor may reserve to himself the administration, that is to say, the management of the affairs of the property, either for his lifetime or for some specified period, and also may appoint as administrator some other person who either independently or in conjunction with the donor, shall administer the property . The administration of the endowed property may be handed over to one or more persons other than the donor who will carry out the administration either individually or jointly, and similarly the donor

may lay down the condition that he himself or the administrator appointed, may arrange for an administrator, or may make provision for any arrangements to that effect which he deems fit .

Article 76- Any one whom the donor has designated as administrator has the option, in the first instance, of accepting or refusing the trusteeship; once he has accepted he cannot withdraw ;and , once he has refused , it is as if he had never been designated as administrator .

Article 77- In any case in which the donor has vested the administration in two or more persons independently, when one of them deceases, the other or others take possession individually and if it be laid down that such taking possession shall be collective, then an act of taking possession on the part of anyone of the administrators shall not be valid unless it has the approval of the other or others, and after the death of one of them the judge shall appoint a person to be added to the survivors in order that they may jointly enter into possession .

Article 78- The donor may appoint a supervising trustee without whose knowledge and approval no administrative act may take place .

Article 79 - Neither the donor nor the judge can remove an administrator who has been specifically appointed in the deed of endowment, unless such a right shall have been provided for, and if the administrator be shown to be dishonest, the judge shall co-opt a trustee.

Article 80- If the donor has made a special provision concerning the qualifications of the administrator, and the administrator loses those qualifications, he ceases to act as an administrator .

Article 81- In the case of endowment to the public, if the donor has not appointed an administrator, the management of the affairs of the endowed property shall be carried in accordance with the views of Wali - ye Faqih .¹

Article 82- In all cases in which the donor has made special arrangements of the estate, the administrator shall carry out these arrangements, and if no arrangement are laid down, he shall act with regard to repairs, leases and the collection of profits and their division among the beneficiaries and the maintenance of the property and so on, like a trustworthy agent .

Article 83- The administrator may not entrust the administration to another unless the donor has given permission in the text of the deed of endowment , but if in the deed of endowment it is not stipulated that he shall personally administer the property, he may appoint an agent .

Article 84- It is permissible for the donor to make provision for a portion of the profits of the estates to be devoted to the remuneration of the administrator, and if no remuneration for the administrator has been specified , the administrator is entitled to a fair remuneration .

Article 85- After the profits of the estate have been realized and apportioned, each of the beneficiaries specified may take possession of the portion, even if the administrator withholds permission, unless the donor has made such permission a condition of possession.

Article 86- Should the donor not have made special provision, the expenses for upkeep and repairs and for the operations necessary

1. As amended in November 1991. Wali-ye faqih (sovereign Jurist) now means the Leader of the Islamic Republic of Iran.

for the exploitation of the estate shall be prior charge before the rights of the beneficiaries .

Article 87- The donor may laydown that the profits of the estate be divided between the beneficiaries equally or unequally, to that the division shall be made at the discretion of the administor or of some other person to divide the profits as he thinks best .

Article 88- The sale of the estate in the event of its suffering damage, or of fears being entertained that damage will be incurred of such a kind as to render it incapable of exploitation, is permissible, provided that the maintenance of it is impossible, or that no one can be found to undertake it .

Article 89- Whenever part of an estate becomes damaged or liable to damage in such a way that exploitation is rendered impossible, that portion shall be sold , unless the damage to that portion is detrimental to the exploitation of the remaninder, in which case the whole estate shall be sold .

Article 90- An endowment which is allowed to be sold shall be converted into an estate which is as near as possible to the intentions of the donor .

Article 91- In the following cases the profits of the estate endowed for the public shall be expended on public services :

1 - In cases where it is not known how the profits of the estate are to be expended, unless there exist some indications as to the donor' sreal desires .

2- In cases in which the expenditure of the profits of the estate in the special manner laid down by the testator is impossible .

SUBSECTION 3.

Concerning the Enjoyment of Rights Open to Everyone (Mubahat)

Article 92- Everyone may, in accordance with the laws and regulations applicable to each one of them, derive benefits from rights open to everyone (mubahat).

SECTION 3

Concerning the Rights of Easement Concerning the Property of

Another and the Rights and Privileges Appertaining to a Landed

Property in Relation to Adjacent Property.

SUBSECTION 1

Concerning Rights of Easement Relating to the Property of Others.

Article 93- The Right of Easement is a right held by one person on the property of another .

Article 94- Owners of property may grant to others such rights as they please on their own property, and in this case the basis of a claim arises out of a deed or contract in virtue of which the right was granted .

Article 95- Wherever someone's channel for running water or rain has passed through the land or house of another person, the owner of that house or land cannot prevent their passage, unless the absence of his right is proved .

Article 96- A spring situated in someone's land belongs to the owner of that land, unless another person has rights over its substance or its profits .

Article 97 - Whenever a person has for along time had a water channel running through the house or property of another to his own property or has had a right in his favour, the owner of that house or land shall not hinder the taking of water nor its passage through his property, and similarly with regard to rights such as holding rights in doors, openwork windows, aqueducts, irrigation channels and so on.

Article 98- If the owner of a property has given permission to pass through it to someone who cannot do so by right, he may rescind his permission whenever he wishes and prevent the other from passing through; and similarly with other rights of easement.

Article 99- No one has the right to take his water channel into the property of another, nor to cause rain water from his roof to flow onto the roof of the property of another, nor to throw snow on to it unless he has permission from the owner.

Article 100- If the water channel of one person passes through the house of another, and if it becomes damaged in such way as to cause damage to the house, the owner of the house has no right to oblige the owner of the channel to repair it, but he himself must take steps to prevent it from causing him loss. Should the damage to the channel obstruct the passage of water, the owner of the house is not obliged to repair the channel, but the owner of the right of passage must himself remove the obstruction, and to make the repairs may enter the house or land, but except when there is such a necessity, he has no right of entry, without the permission of the owner.

Article 101- Whenever someone derives profit, such as the working of a mill or similar things, from water which is the property of someone else in accordance with some right, the owner of the water cannot change the course of the channel in such way as to

prevent this right from being profitably exercised .

Article 102- Whenever an estate is transferred either in its entirety or in part to someone else, rights of easement over another estate or portion of it being included therein, such rights remain unchanged unless there be a stipulation to the contrary .

Article 103- Whenever the partners in a property possess rights and benefits and that estate is divided between them, each partner shall in proportion to his share, become the owner of those rights e. g. , if an estate possessing the right of passage through another estate be divided between several persons, they each have the same right of passage as before over the said place .

Article 104- A right of easement necessarily implies the exploitation of that right e.g., if a person has the right of taking water from the springs, tanks or reservoirs of others, he shall have the right of passage to such springs, tanks and resevoirs for the drawing of water .

Article 105- Any expenses which may be necessary for the enjoyment of a right of easement are a charge upon the owner of that right, unless an agreement to the contrary has been arrived at between him and the owner of the property .

Article 106- The owner of a property on which another person has a right of easement cannot use his property in such way as to result in damage, or suspension of the said right, except with the permission of the owner of the right .

Article 107- The benefits attaching to a right of easement are valid to the extent agreed upon , or to the extent recognized by common usage, and necessitated by the exigencies of exploitation .

Article 108- In all cases where a person's exploitation of another

person's property rests upon a simple permission, the owner can withdraw his permission whenever he pleases, unless there exists a legal impediment to this .

SUBSECTION 2

Concerning the Rights and Privileges Appertaining to a Property in Relation to Adjacent Property

Article 109- A wall situated between two properties is considered as common property of the owners of the two properties , unless there is an indication or reason to the contrary .

Article 110- Building by placing marks, or the placing of a beam, are among the indications which denote occupation and exclusive rights .

Article 111- Wherever there are buildings adjoining the wall in a permanent manner on both sides, or beams are placed on the wall on both sides, the wall is deemed common property unless the contrary is proved .

Article 112- Wherever there are circumstances of exclusive right on one side only, the whole wall is deemed to belong to the owner of that side, unless the contrary is proved .

Article 113 - Expenses in connection with a common wall are a charge upon those who have a share in it .

Article 114- Neither of the partners can oblige the other to build or repair a common wall, unless there is no other method of avoid in loss .

Article 115- In a case where a common wall is damaged and one of partners refuses to repair it or to allow it to be taken in hand

for common building operations, the other partner can repair his own special of the wall .

Article 116- If one of the partners agrees to the other taking the wall in hand for building operations, but declines to bear the expenses, the other partner can repair the wall, and in this, case if the new fabric is made with common materials, the wall will be a common wall , otherwise it belongs to the partner who has repaired it .

Article 117- If one of the partners damages a common wall and the damaging of it was unnecessary, he must rebuild what he has destroyed .

Article 118- Neither of the two partners has the right to raise a common wall, or to impose a structure or place a beam on it, or to open a window or a niche in it, or make any kind of change, except with the permission of the other partner .

Article 119- If one of the partners has beams on a common wall, he cannot change their position and place them on another part of the wall without the consent of the other partner .

Article 120- If the owner of a wall gives his neighbour permission to place a beam upon his wall or to build on it, he can withdraw his permission whenever he please, unless he has bound himself to forego this right .

Article 121- If someone has placed a beam upon a wall with the permission of the owner of the wall, and then removes it, he cannot replace it except with fresh permission from the owner of the wall; and the same applies to other encroachments .

Article 122- If a wall is leaning over towards another property or a highway, or the like, in such a way that it is near to collapsing,

the owner of it is obliged to pull it down .

Article 123- If a house or a piece of land is divided between two persons, one of them cannot oblige the other to join with him in erecting a wall between the two parts .

Article 124- If a beam of a building has in the past rested on a neighbour's private wall and the past history of this occupation is unknown, it must remain in its former state, and if by reason of the building , the beam is removed, the owner of the building can renew it, and the neighbour has no right to prevent him from doing so, unless he proves that the former state of affairs had been brought into being solely by permission .

Article 125- If a lower storey belongs to one person and an upper storey to someone else, each of the owners can make normal use of his own special part, but as regards the ceiling between the two storeys, each of the owners can use the floor or ceiling of this own special part only in such normal ways as not to interfere with the rights of the other .

Article 126- The owner of a lower apartment and the owner of an upper apartment are acknowledged as the sole possessors of the lower and upper apartments respectively, and as the joint possessor of the ceiling between the two apartments .

Article 127- An Upper staircase is accounted the property of the owner of the upper storey, unless the contrary is proved .

Article 128- Neither of the owners of an upper and lower storey can oblige the other to repair, or help to repair, their walls and ceiling .

Article 129- If a ceiling between an upper and lower apartment is damaged and the two owners donot agree as to its repairs, and no

binding agreement between them has formerly existed, and if one of the owners repairs the ceiling as a pious act, the ceiling is a common one of it has been made with common materials, and belongs to the person who has built it, if made with private materials

Article 130- No person possesses the right to put up a projecting porch on his house over looking his neighbour's courtyard without the latter's permission ; and if he has put up such a porch without permission, he will be obliged to remove it .

Article 131- If a branch of someone's tree enters the courtyard of his neighbour's house or into his land, the owner must bend it back, and if he does not, his neighbour can bend it back, and if he does not succeed, he can cut it away from the boundary of his property: and these provisions apply also to roots of trees which enter another's property .

Article 132- A person cannot make use of this property in such a manner as necessarily to involve a neighbour in loss, except such use as is customary and is required in order to satisfy his needs or to avoid loss .

Article 133- A person cannot put a door in a wall of his house leading to a neighbour's house, even if the wall is his private property ; but he can make an aperture or a lattice in his own private wall, and his neighbour has no right to prevent him, but can put up a wall or a curtain in front of the aperture or lattice to prevent his seeing through it .

Article 134- None of the partners in a ferry or a water - course can prevent the other partners from crossing it or taking water away .

Article 135- Trees, pits and the like, which separate properties will be subject to the same provisions as partition walls .

SUBSECTION 3

Concerning the Borders of Properties

Article 136- The borders of a quantity of land are the boundaries of the property, the water channels, the streams and the like, which are necessary for the complete exploitation of the land .

Article 137- The borders of a well are 20 gaz for drinking water and 30 gaz for cultivation 1.

Article 138- The borders of a spring or a qanat (water channel) are 500 gaz on all sides in loose earth, and 250 gaz in hard earth ; but if the distances on all sides in loose earth , and 250 gaz in hard earth ; but if the distances mentioned in this and the proceeding Article are not enough to avoid loss, distances to the extent required to prevent loss shall be added to them .

Article 139- Borders are governed by the provisions applicable to the property of the owner of the borders and any occupation or use of them which is contrary to the purpose of the borders is invalid without permission from the owner ; and therefore nobody can dig a well or water channel (qanat) within the borders of another spring or channel. But activities which do not cause loss are permissible .

BOOK 2

CONCERNING THE CAUSES OF ACQUISITION

Article 140- Ownerships are acquired :

1- By the rehabilitation of waste land and the annexation of the

1. A gaz or a yard is an old measure, replaced by the meter .

allowable properties .

2- By means of contracts and obligations .

3- By acquisition in virtue of a right of pre - emption .

4- By inheritance .

PART 1

CONCERNING THE REHABILITATION OF WASTE LAND THE ANNEXATION OF ALLOWABLE PROPERTIES

CHAPTER 1

CONCERNING THE REHABILITATION OF WASTE LANDS

Article 141- Actions directed towards the reclamation of land are those which make waste and unclaimed land profitable by means of operations which are included by custom under the heading of of cultivation, such as husbandry, tree planting , building etc .

Article 142- To begin to cultivate land e.g . by arranging stones round a plot or by digging a well etc; is called Levelling (Tahjir) and does not bring about ownership ; but it creates for him who has performed the levelling, a prior right to carry out the cultivation.

Article 143- A person who cultivates with the intention of taking possession thereof , a part of a stretch of waste and unclaimed land , becomes the owner of that part .

Article 144- The reclamation of the boundaries of a piece of land involves the ownership of the middle of it also .

Article 145- The cultivator must observe in every respect the other laws relating to this subject .

CHAPTER 2

CONCERNING THE ANNEXATION OF ALLOWABLE

PROPERTIES

Article 146- Annexation means occupation and laying hands upon a thing, or the preparation of the means of annexation or occupation

Article 147- A person who annexes allowable properties and observes the relevant laws becomes the owner of them .

Article 148- A person who digs a canal in a piece of unclaimed land and joins it to a river has made that canal and becomes the owner of it; but while it is still separate from the river it is accounted as levelling .

Article 149- If a person digs a stream or a channel for the purpose of annexing unclaimed water, the unclaimed water which flows into this stream or channel belongs to the owner of the channel, and another stream cannot be opened from it, or land watered from it without the owner's permission .

Article 150- If several persons are partners in the digging of a channel or a well, they become the owners of the water in proportion the labour and expense which has been effective in bringing about improvements, and the water will be divided between them in the same proportion .

Article 151 - None of the partners can open up another channel from a common channel, or broaden or narrow the mouth of a stream or build a bridge or a mill over , or plant trees beside it, or make any use of it , except with the permission of the other partners.

Article 152- If the appointed share of water of one of the partners

in a common stream flows into a private channel belonging to him, that water becomes his private property, and he can use it in any way .

Article 153-If a stream is common to a number of people, and there is a dispute about the size of each man's share, they shall be judged to have equal shares,unless there exists a reason for the share of some of them to exceed others .

Article 154- A person cannot carry water to his property across the property of another person without the latter's permission, even if there is no other route .

Article 155- Everyone has the right to irrigate his land form an unclaimed stream or to pen up another stream it for his land or his mill or his other needs .

Article 156- If the water of a stream is not enough to irrigate all the land round it and the owners of the land are in dispute about priority and non - priority, and none of them can prove a right of priority, every piece of land which is nearer to the source of the water shall, in due order, have the right of priority over land which is lower down, to the extent of its needs .

Article 157- If two pieces of land on both sides of steam are also situated opposite each other and the right of proprity of one over the other isnot established , and both owners wish to draw water at the same time, and the water isnot enough for both, they must draw lots for priorty in drawing water in proportion to their shares, and if the water is enough for both, they will divide it in proportion to their shares .

Article 158- If the dates of the beginning of cultivation of lands bordering on a river are different, the land first cultivated has a

prior claim to the water over land cultivated later, even though it is situated lower than the latter .

Article 159- If a person wishes to cultivate for the first time a piece of land bordering on a river , and there is a surplus of water and the owners of the existing plots willnot be hampered , he can irrigate the new land with the water from this river ; otherwise he has no right to draw water, even if his land is higher than the other lands .

Article 160- If a person digs a qanat (water channel) or a well in his own land or in unclaimed land for the purpose of annexing it, in order that he shall reach water or cause water to flow, he becomes the owner of the resulting water, but so long as he has not struck in unclaimed land, his activities are accounted as levelling .

CHAPTER 3

CONCERNING MINES

Article 161- A mine situated in somebody's land belongs to the owner of the land, and the working of it will be subject to special laws .

CHAPTER 4

CONCERNING FOUND ARTICLES AND LOST ANIMALS

SECTION 1

Concerning Found Articles

Article 162- A person who finds an article worth less than one

Dirham¹ weighing 12.6 noknods silver can take possession of it.²

Article 163 - if the article discovered is worth one Dirham, weighing 12.6 noknods silver, must announce the find for one year; if the owner of the article does not appear within this time, the finder is empowered to keep it in trust or to make use of it. in the event of his keeping it in trust and being destroyed through no fault of his, he will not be responsible for it.

Note: If the finder acquires knowledge at the beginning or before the end of one year that announcement is of no avail, or if he loses the hope of discovering the owner of the article, he will be released of the obligation to make the announcement.³

Article 164- An announcement of the finding of an article consists in publishing and advertising according to religious requirements in such a way that the finding of the article is brought to the notice of the inhabitants of a place in a customary way.⁴

Article 165- Anyone who finds an article in a deserted or ruined place, which is uninhabited and which is not privately owned, can take possession of such an article need not announce it, unless it is evident that it belongs to modern times, in which case it will be considered in the same way as other article found in inhabited places.

Article 166- If anyone finds an article on another's property or on property that has been bought from another and presumes that the article belongs to the proprietor or the former proprietors, he must inform them. If these proprietors claim the article and if there

1. Each Dirham is almost 2/5 gram.

2. As amended in November 1991.

3. As amended in November 1991.

4. As amended in November 1991.

is some proof of their ownership, the article must be returned to them. Otherwise the finder must deal with the article in the manner already prescribed .

Article 167- If an article found is not durable but is perishable, it must be sold at a reasonable price and this price will be considered as the property itself .

Article 168- If the article found no longer exists when its discovery is reported, through no fault of the finder, he shall not be held responsible .

Article 169- When an article has been found, any profit accruing to it belongs to the former owner till such time as the finder has established his right to keep it ; after that, the profits belong to the finder .

SECTION 2

On Lost Animals

Article 170- A lost animal is an animal possessed by someone which is found without being in anyone's possession. Animals, however, on their grazing grounds or near a watering place or those capable of defending themselves from ferocious animals cannot be considered as lost .

Article 171- Anyone who finds a lost animal must return it to its owner, or if the owner is unknown, he must deliver it to the judge or his substitute. If he does not do this, the finder will be held responsible for the animal, even if he released it after taking possession of it .

Article 172- If a lost animal is found in an inhabited area and the finder,

though he has access to a judge or his substitute, fails to hand over the animal, he will not be entitled to claim eventually from the owner expenses incurred. When an animal has been found in an uninhabited area, the finder can claim any expenses from the owner so long as he has gained no benefit himself from the animal. Otherwise the expenses incurred will be brought into account against any benefit gained and only the balance will be claimable by the finder or the owner as the case may be.

CHAPTER 5

ON BURIED TREASURE

Article 173- Buried treasure is that found by chance below ground or buildings.

Article 174- Buried treasure of which the owner is not known is the property of the finder.

Article 175- If treasure is found by someone buried on the property of another person, he must inform that owner; in case the latter claims the treasure and can prove his claim, the treasure will belong to the person who claims ownership.

Article 176- When treasure is found buried in unclaimed land it shall belong to the finder.

Article 177- Jewels found in the sea belong to their finder. Flotsama and jetsam also belong to the finder.

Article 178- Articles which have sunk in the sea and have been abandoned by their owner belong to the one who retrieves them.

CHAPTER 6

ON GAME

Article 179- Captured wild animals belong to the pursuer .

Article 180- Capture of tame animals and of other animals that bear marks of ownership does not confer ownership .

Article 181- If anyone prepares a hive or a place for bees, the bees and the honey shall be his property . Similarly pigeons gathered in a pigeon tower belong to the owner of the tower .

Article 182-Other game laws will be laid down in special regulations.

THE LAW OF WAR IN ISLAM

(2)

Professor.M. Mohaghegh Damad

CHAPTER IV : Sources of the Law of War in Islam

IV . 1 . Koranic texts

As it has already been pointed out, the Koran was revealed during 23 Years until the death of the Prophet. This time length comprises his Imamate period in Mecca and in Yathrib (Medina) after his emigration there . The beginning of the revelation of the Koran was on the tenth day of Rabi'al - Awwal (in 610 A.D).⁶²

The Prophet , feeling unsafe in Mecca, on the command of God, left Mecca for Yathrib in Monday the eighth or twelfth of Rabi Al-Awwal,⁶³corresponding to September 12, 622 A.D.,⁶⁴where he took

62. Al-Tanbih Wal-Ishraf, p.198 ; some have said 17 Ramadan, Tarikh Yaqubi, p.376.

63. Ibid .

64. Some sources have given 16 June, Literary History of Persia, Edward Browne, Persian translation, Vol. 1, p.288 .

his residence, that is why this town, Yathrib, was named from that day on Madinat an - Nabi (city of the Prophet), called briefly Medina even today; and he died at last in 633 A.D.

During this period of time, 23 years, a total of 6724 verses were revealed to him which constitute the Holy Koran. This compendium of verses is divided into 114 Surahs (Chapters); out of this collection of verses 260 concern jihad, i.e. four percent of the entire Koran .

It is to be noted that a study of the verses relating to Jihad shows that the revealing of those verses were completely related to the outside events. During the Prophet's residence in Mecca, due to the fact that the followers of Islam were few in number,⁶⁵ no authorization was given to attack the enemy, and the verses revealed during that period of time (13 years) relating to Jihad were aimed at preparing Moslems with respect to their faith, their recalling God and trusting in Him, perseverance, patience, transaction with God, promise of reward in the hereafter, keeping at bay the thought of death and from the martyrs in the way of God, getting equipped against great dangers and certain losses, and the necessity for social defence. Eight years after the Prophet's mission, that is six years before military encounter with the infidel, the first trumpet of war blared in the verses 148 to 152 of Surah Cow and in the verses 245 and 246 there of the Koranic command of war was explicitly issued, and finally in the year one after hegira (emigration to Medina) again in the same Surah, the main conditions of war, that is the framework of the Islamic Jihad, was fully and comprehensively stated in the verse 186 .

The result of a study of the course of the revelation of the Koranic verses concerning jihad is that the distribution of the verses

65. The total number of those who were converted to Islam in Mecca was about one hundred , Al-Tanbih V'al-Ishraf, p.198.

respecting jihad was not in a proportion to other educational, ethical and jurisprudential commandments, but that each indicates the role of their developments and culmination in a particular year .

The majority of the verses concerning jihad start from the year 12 after the Prophet's mission and it reaches a climax in the year three (after the Prophet's mission); ; after the sixth year this curve went descending .

The reader's attention is drawn at this juncture to the following table of the percentage of the xerses concerning jihad which were revealed during the years of the Prophet's massage :

Years of Message	Percentage of jihad verses	Years of Message	Percentage of jihad verses
Mission 1+2	0	Hegira 2	12 %
« 3	1 %	« 3	15 %
« 4	2 %	« 4	13 %
« 5	3 %	« 5	12 %
« 6	4 %	« 6	10.5 %
« 7	5 %	« 7	9.5 %
« 8	1.5 %	« 8	9.5 %
« 9	3 %	« 9	8 %
« 10	3 %	« 10+11	5 %
« 11	4.5 %		
« 12	6.5 %		
« 12+1	8.5 %		

IV. 2. Conduct of the Prophet

The Prophet's conduct (sirah) constitutes another main source of

injunctions and rules of jihad, which will be briefly discussed below: At the time of the Prophet's arrival Medina the inhabitants of the town were four groups.

1- Muhajerin (emigrants) who had emigrated from Mecca to Medina; 2- Ansar (helpers) who were from Yathrib and helped the Prophets; 3- The Jews; 4- and Idolators, who were at times on the Muslem side and at other their enemy.

The first thing the Prophet did here was to build a mosque and then unite these four groups by concluding a contract (Haf), or «tribal oath taking», and to write, a «constitutional charter». The points in this contract concerning war and military operations were:

1- The believer's peace is one, a believer would not, away from another believer, conclude peace in the way of God except on the basis of equality and justice in fight.

2- Jews are followers of their own religion and Moslems of theirs and the authority to settle disputes are God and His Prophet.

3- Adherents to the Charter will assist each other against anybody who would attack Yathrib (Medina), and Yathrib itself is sacred zone.

4- Peace will be accepted ... unless somebody wages war for religion. After the Prophet settled the affairs of the inhabitants of Medina by concluding covenants laid the foundation of a powerful ummah (community of believers), he contemplated fight against enemies out side Medina and the unbelievers of Mecca. ⁶⁶

At this time religious unity was accepted as the replacement of tribal unity, and if in Mecca the command to fight was in fact for the purpose of defence and not to assail,⁶⁷ in Medina the ground for injunction to wage jihad was gradually prepared, and at any

66. Political History of Islam (Persia), Hassan Ebrahim, p.75.

67. op.cit. pp. 201-202.

rate, order to proceed to jihad went through stages from Medina, both with respect interdiction and command thereof and when such a command was issued, as well as respecting the degree of its intensity, extension or restriction.⁶⁸

In fact, jihad was legalized in Medina, in the sense that in the second year of hegira which was called the year of command to fight,⁶⁹ a lot of war operations took place.

In this year jihad became an obligation for Moslems when this injunction was declared and put into effect; in general the six injunctions concerning fight were enunciated as follows :⁷⁰

1- Authorization to fight in the sacred, (haram) month with those who do not respect the sanctity there of and initiate war, whether they be believers in sanctity or not.

2- Authorization to fight with warring transgressor to return their action.

3- Authorization to fight with the enemy who has made the attack so that the Islamic territory and the Muslim community are endangered such a fight is compulsory.

4- Authorization to fight with the enemy whose raid has endangered the life of community. God has said in the Koran :

« Whose commits aggression against you, do you commit aggression against him like as he has committed against you. »⁷¹

5- Authorization to retaliate on the oppressor and usurper the property of the oppressed, even if it may not be on the order of the judge.

68. Ibid, p. 201.

69. Advaze Fiqh (periods of fiqh) (Persian) Shahabi, Vol. I, p. 197.

70. op. cit, p. 100-201.

71. Koran. Ch. II, Ver. 191.

6- Immunity of the punisher in case he does not transgress the (rule) punishment and observes righteousness .

From that time on the wars of Islam took place under the title of **Ghazwah** and **saryah**⁷² . **Ghazwah** was a campaign of the army of Islam under the command of the Prophet himself, whether a war occurred or not⁷³; and **saryah** was a war that took place on the order of the Prophet under the command of a person who was appointed by him . In fact **saryah** consisted of a selected army that was dispatched in advance for reconnoitering the enemy's strategic positions or situation; and it has been related that since they were often dispatched under the cover of night and clandestinely, such expeditions were termed as **saryah** .⁷⁴

As it was stated, usually in **saryahs** the Prophet dispatched his **ashabs** (Companions) ; he himself was not with the troops, but in **Ghazwah**, the Prophet himself went on expedition accompanied by his companions, whether a war took place or not⁷⁵. That is why we see that in many **Ghazwahs** and **saryahs** no fighting happened. The number of men in **saryahs** has been reported to consist of one man or more up to four hundred and eight hundred men ; it was mostly aimed at giving warning, punishing and warding off ill intention .It has been transmitted in the tradition that «the best companions» in an expedition are four in number and the best troupes are four hundred and the best army four thousand men .⁷⁶ The number of **Ghazwahs** and **saryahs** have been reported differently.

72. History of Islam (Persian) , Fayyaz, p.85.

73. Advare Fiqh, Shabi, Vol. 1, p.206 .

74. Portovi as Korn , (a light from the Koran) , Persian, p. 120, footnote; it has been written in dictionaries that the number of a **saryah** was between 50 to 200 men (Cf . Kitab al-Lughah, p. 187) .

75. Advare Fiqh, Shahabi, Vol. 1, pp. 206-207 .

76. Khisal, Sadug, Vol. 1, p. 221 .

Shaykh Abul Fotooh Razi has mentioned the number of **Ghazwahs** to have been 25 and that of **saryahs** 36 ; he has also added that the Prophet fought in 9 **Ghazwahs** and in other **Ghazwahs** the Moslem troupes were dispatched and came back without having fought a war; he has written that the first **Ghazwah** in which the Prophet fought was on the day of Badr.⁷⁷ In another source the number of **saryahs** has been reported 37 to 47 and that of **Ghazwahs** between 26 to 27 .⁷⁸

Shaykh Abul Fotooh Razi has given in his Interpretation of the Koran a list of the **Ghazwahs** as follows:

Abva, Bawa, Al-Oshayrah, Great Badr, Bani Sulaim, As-Saviq Dhi Amr, Uhud, Najran, Hama al-Asad, Bani n-Nazir, Dhat ali Riqa, Badr, Daumat al-Jandal, Knandag, Bani Quraizah, Ban Lahyanst Dhi Qird, Ban l-Mustalaq, Hodaybiyah, Khaybar Conque, of Mecca, Hunayn, Tayef and Tabuk .

And list of **saryahs** as quoted from the Book of Khatamonnabyyin is as follows :

1- **Saryah** Hamzat ibni Abdul Mutallib, 2- **Saryah** Ubayat ibni Harth, 3- **Saryah** Sad ibn Abi Vaggas, 4- **Saryah** Abdul-lah ibn Jahish, 5- **Saryah** Umair ibn Ada,⁷⁹ 6- **Saryah** Salim ibn Umair⁸⁰ 7- **Saryah** Muhammad ibn Muslemah⁸¹, 8- **Saryah** Abdal-Lah Muslimah against Abu Rafi' Salam ibn Haqiq, 9- **Saryah** Zaid ibn Harithah, 10- **Saryah** Abi Salmah, 11- **Saryah** Raj'. 12- **Saryah** Qura, 13- **Saryah** Muhammad ibn Muslimah, 14- **Saryah** Ukasha (200 camels were taken as war spoils), 15- **Saryah** Muhammad ibn

77. Tafsire Shaykh Abul Fotooh Razi, 33, pp. 171-172 .

78. Zendegeanie Hazrate Muhammad , op.cit, p. 286 .

79. Led to the Killing of Asma Bint Marvan who used to insult and say bad of the Moslems.

80. He Killed the Jew Ali Afk inadvertently .

81. Resulted in the killing : ka'b ibn Ashraf, the Jewish satirist .

Muslimah, 16- Saryah Abu Ubaidah Jarah, 17- Saryah Zaid ibn Harithah against Bani Salim, 18- Saryah Zaid ibn Harithah against Ais, 19- Saryah Zaid ibn Harithah against tha'labah, 20- Saryah Zaid ibn Harithan against Jazam tribe who had robbed Dahyah Kalbi, Prophet's envoy to the Cesar, on his way back, 21- Saryah abu Bakr against Bani Farazah, 22- Saryah Abd ur Rahman ibn Auf to Danmat al - Jandal, 23- Saryah Ali ibn Abi Talib against Fadak (500 camels and two thousands sheep were taken as spoils), 24- Saryah Abdul- Lah ibn Ravahah, 25- Saryah Amr ibn Umayyah Saryah Said ibn Zaid,⁸² 27- Saryah Umar ibn Khattab against Hawazin, 28- Saryah Abu Bakr against Bani Kalab, 29- Saryah Bashir ibn Sad, 30- Saryah Ghalib ibn Abd al - Lah against Bani Avan, 31- Saryah Abd ul - Lah ibn Abd il - Waja against Bani Salim, 32- Saryah Talib ibn Abdullah, 33- Saryah Ghalib ibn Abdullah against Fadak, 34- A Saryah Shoja ibn Wahab against Bani Amer, 35- Saryah Amro ibn Assa against Dhatossalassel, 36- Saryah Abu Ubaidah against Jahnyah, 37- Saryah Ali Qutadah against Ghatfan, 38- Saryah Abdullah ibn abi Haddad, 39- Saryah Khalid ibn Walid against Uzza Idol - Temple, 40- Saryah Khalid ibn Walid against Suwa Idol - Temple, 41- Saryah Sad ibn Zaid against Manat, 42- Saryah Khalid Walid against Bani Khuzaimah, 43- Saryah Utbah against Bani Tamim, 44- Saryah Zahhak al - Kalabi against Bani Kalab, 45- Saryah Alagamah against an

82- Verse 32, Surah Table was revealed on this Saryah:

This is the recompense of those who fight against God and His Messenger, and hasten about the earth, to do corruption there; they shall be slaughtered, or crucified, or their hands and feet shall alternately be struck off, or they shall be banished from the land. That is a degradation from them in this world and in the world to come awaits them a mighty chastisement ...

Abyssinian group,⁸³ 46- Saryah Balal ibn Harith against the protection of Malik ibn Kananah, 47- Saryah Bahsir ibn Suwaid against Bani Kananah, 48- Saryah Ali ibn abi - Talib against Yaman, 49- Saryah Ail ibn Abi - Talib against the Hajis of Mecca . In this Saryah Abu Bakr became the Imam of the Hajis and Ali was commissioned to recite to people the verses of the Surah Repentance (Verses 1 to 24, and 30) .

Muhammad Ibn Ishaq and apparently Yaqubi and Ibn Hisham have considered Ushaira as the first one, they have reported the first Saryah to have been headed by Hamzah, the Prophet's uncle, against Abu Jahl, seven months after hegira .

IV.3. Tradition of the Califs

During the Rashidin Califs some wars took place in the history of Islam, so their conducts may be considered as another source of the law of war in Islam; however, it should be borne in mind that the Rashidin Califs, when issuing order, tried to follow the tradition of the Prophet . Hereunder we briefly make some references to such cases :

IV.3.1- Abu Bakr's Period:

During Abu Bakr's caliphate (the first calif) a number of Moslems apostatized; so he called them back to the religion of the Koran and those who refused to be reconverted were killed. Some individuals also pretend prophecy; he exterminated them, too.⁸⁴ Abu Bakr exhorted the Arab Moslems to proceed to war against the countries outside the Arabian Peninsula; he dispatched Khalid

83- The Prophet said this concerning the commander of the Saryah:

I told (them) to take orders from the Commander in what is know,
(Khatamonnabyyin, p. 357) .

84. Op. Cit . p. 206 et . seq .

ibn Walid to Iraq, who conquered a number of towns . ⁸⁵

IV.3.2- Umar's Period:

During Umar's caliphate (the second Calif) Iraq, Syria, Iran, palestine and Egypt were conquered by Moslems; he also dispatched and an army of 50000 men, commanded by Knalid ibn Walid, to fight Heraclius, Byzantine Emperor, in Yarmuk (a tributary of the Aryan River); the Romans were ultimately defeated (20 August 630 A.D.).

IV.3.3- Uthman's Period:

In the time of Uthman, the rest of the neighbouring territories that had been conquered as well as the northern provinces of Iran (such as Tabarestan) and parts of Egypt were taken . ⁸⁶

IV.3.4- Imām Ali's Period:

During Imam Ali's Caliphate several civil battles occurred. it was under the title of Jamal battle that opponents of Ali fought, headed by Aishah, Wife of the Prophet, in the year 36 of the hegira, at a place named Huzaibah, who were defeated in the end. During the last days of July 657 A.D. (37 A.H.), a war against Muawiah was fought that is known in the history of Islam as the battle of Seffain . And the third war was against the Khawarij (seceders) in the year 39 A. H; corresponding to May or June 658 A. D. in a place called Nahrawan .

During Ali's Caliphate wars against **bughat** (civil armed rebels) took place; the first battle against the bughat was the Jamal War .

In Nahj al - Balaghah there are many sayings by Imam Ali concerning jihad and its rules , in particular with respect to the

85. Michael H. Hart, pp. 271- 275 .

86. Tarikhe Yaqubi, Vol. 2, p . 64 .

observance of human norms of conduct, including that in the Seffain battle first Mu'awiah gained access to water; he blocked the current to Ali's soldiers and got hold of the water source he did not prevent Muawiahs men to use it .⁸⁷

IV.4- Opinions of Faqihs /Jurisprudents/

Ever since the advent of Islam, Moslem jurisprudents seriously embarked upon formulating rules and regulations of war, because the Muslim community faced severe conflicts from the outset with neighbouring nations , therefore jurisprudents wrote various books and treaties on injunctions, rules, and authorized and unauthorized acts in war; and entitled such books Kitab al - Jihad (book of holy war). As specimens and for those famous as well as sources books of these who are interesting to study more about Jihad will be mentioned briefly :

1. Kitab al - Jihad by ' Abdullah ibn Mubarak, 181 A.H.
2. Kitab al - Jihad , by Tabari, 310 A. H.
3. Muhammad ibn Ali ibn Babevayh of Qum, in his book Al-Hidayah, has devoted a chapter to jihad in the way of God. 381 A.H
4. Shaykh Mufid, in a chapter of his book Al - Muqniah has treated jihad . 413 A.H.
5. Sayyed Murtaza, in each of his books entitled Al - Intissar and Al-Masail Al-Nasseriyat devoted a chapter to jihad . 436 A.H.
6. In his book entitled Al-Kafi, Abissalah has a chapter entitled Fi'l - Jihad W Ahkam on jihad . 447 A. H .
7. In An - Nihayah, Shaykh Tussi has devoted a chapter to jihad entitled Fi'l - Jihad Wa Siratal- Imam. 460 A.H. It should be noted that by Sirat al - Imam it is meant «the conduct of state .»
8. Ibn Ya'la, known as Sallar, in his book named Ali - Marasim al-

87. Nahj al Balagahah, Feiz al - Islam, p. 144 .

Alawiyah has a chapter entitled Babu Dhikr ul - Amrbi Ma'ruf Wa'l - Nahy' an il - Munkar Wa Iqamat ul - Hodud wa'l - Jihad' an id - Din. 463 A.H.

9. Ibn Barrajal al - Tarabulessi, in his book Jawahir al -Figh has a chapter entitled Babu Massail ma Yara'alleqn bi'l jihad, and also in his book al - Muhadhab he has a chapter entitled Kitab ul - jihad, 481 A.H.

10. Ibn - Rawandi has in his book Figh al - Quran devoted a chapter Kitab al - Jihad 573 A.H.

11. Ibn Idris Hilli has in his book Kitab al-Sarair a chapter entitled Al-Jihad Wa Sayrat ul- Imam, 598 A.H.

12. Muhaqqeh Hilli has a chapter of jihad in each of his books in Kitab ul - Jihad Sharaye'ul - Islam, and in Al - Mukhtassar un - Nafi . 676 A.H.

13. Ibn Mutahhar Hilli, known as Allamah , has devoted a chapter to jihad in his book Qawa'id ul - Akham . 726 A. H.

14. Shams ud-Din Ameli, known as the First Martyr, has devoted a chapter to jihad in his book called Al-Lum'al - Dimashiqiyah. 786 A.H.

In recent centuries, Faqihs (jurisprudents), basing themselves on the books and tradition and the opinions of the jurisprudents of the early periods of Islam, have taken up and discussed the rules of jihad, the most comprehensive studies of which is Jawahir ul - Kalam, of Shaykh Muhammad Hassan Najafi, written as commentar on Sharaye'ul - Islam . 1266 A.H.

In most of the above-mentioned books on jihad the following topics have been commonly treated :

1. What people should be fought »
2. What persons should be killed »
3. How a war should be fought » what acts are authorized and what unauthorized in war »

4. what persons should be protected
5. Rules of Istirqaq (taking as captive or slave).
6. Rules concerning captives.
7. Rules concerning war spoils.
8. Rules and conditions concerning Zimma and Jizah people .
9. Rules concerning enemy's buildings and property after victory.
10. Rules concerning peace agreement .

Evidently , in each topics various subsidiary have been treated and analyzed from the Figh point of view .

Siyar Books

Some faqihs have entitled their books al-Jihad wa Sirat al-Imam, but others have named their books simply «as - Siyar ;» Sirah means method, that is the method of the Islamic rule formulate on the basis of the conduct of the Prophet as well as the conduct of his successors, Particularly Ali'ibn - Abitalib . Mention will be made below of some of such books :

Kitab as - Sivar, by al-Wazai, 157 A.H.

Siyara ol-Saghir wa Siyar ol-Kabir, by Muhammad ibn Shaybani, 189 A.H.

Siyar, by Muhammad Al-Waqidi.

The best known of such books is Shaybani's.

Siyar, which may be considered as the oldest work on Islamic International law.

IV.5. Independent intelligence commandments

Commandment of intelligence (aql) is one of the main sources of the Islamic Law. In the law of war that is a branch thereof, the role of the commandments of intelligence, if not the most important of all the other sources, it is still one of the most important ones, because, as we have repeatedly stated, during a war Muslims are obligated to observe ethical, affective and humane, the principles

and criteria, all of which are conditioned by the commandment of intelligence, or in fiqh terminology. «Mustadellate Aqliyah». Rules of intelligence that may be obtained by themselves without following the religious law regulations). Evidently, most of these commandments although originating from humane nature and common sense, the Holy Koran and other Islamic main sources have legally obligated Moslems to abide by them. Some specimens of such principles and criteria are referred to hereunder .

V. Some of the main principles in Islamic Legal System

Like all of the legal systems, the Islamic Legal System have many principles which the Islamic government as well as Moslems are obliged to observe them in their social, economical and political relations with foreigners. Because of the importance of this subject (Laws of War in Islam) we would like to discuss some of the main principles in Islamic Legal System regarding rules of conflicts .

V.I.the principle of observance of justice

The principle of justice is one of the most important principles of Islam, which has stricken its offshoots in all fundamentals and branches of the Islamic Law. From the Moslems' point of thought of the fundamentals of reason and intelligence , has been repeatedly mentioned in the Koran in various terms. As an example the following verses will be quoted here :

«O believers, be you securers of justice ...⁸⁸»

Observance of justice in regard to enemies has been emphasized in the Koran, it says :

«...Let not detestation for a people move you not to be equitable ...⁸⁹»

88. IV, 134,

89. V, 12.

The interpretation of the above-cited verse is the heart-felt hatred of and enmity towards a group of people should not hinder the the administration of justice and cause encroachment upon men's rights, because, the observance of the principle of justice is above all . This principle of prime importance in the Islamic Law in respect of protection of individuals during wartime .

V.II. Principle of fulfilment of promises

The important principle of the binding aspect of Contracts, Known as pacta sunt servanda in the international law, has been stressed upon in the Holy Koran under the title of fulfillment of «ahd», (promise, oatah) and mithaq (covenant, agreement), in such a way that it leaves no escape or exemption from the binding requirements of agreements and treaties .

The Holy Koran regarding this principle has stâted :

«O believers, fulfill your bounds .»⁹⁰

Exegetists of the Koran have written in the inerpretation of this verse that respect for all agreements, contracts, covenants, treaties, is uncumbent upon any Moslem . Abol Fotuh Razi has said : «This verse addresses all Moslem as well as those who are outside Islam, that is all infidels .»⁹¹

And also verses 27, 80, 100 and 177 of the Surah Cow Verse 75 and 76, House of Imran, Verses 4, 7 and 111, The Repentance, Verses 20 and 25, The Thunder Verses 94 and 95, The Bee, Verse. 8, The Believers, Verses 7, 15 and 23 , Confederates, and Verse 32, The Stairways, have recommended respect for oaths and covenant .

90. V,I .

91. Interpretation of Abu'l - Fotuh Razi, Vol. 4, P. 86.

V.III.; Principle of forgiving

Forgiving has been emphasized in the Koran .

A sign of a believer is his ability to curb his anger and to forgive people :

« (Those who) restrain their rage, and pardon the offences of their fellowmen ... » ⁹²

The Prophet of Islam was commanded :

« Take the abundance, and bid to what is honourable, and turn away from the ignorant... » ⁹³

Of course, from the Islamic point of view although the right to retaliation (qisas) has been considered legitimate for individuals, however, from an ethical viewpoint it has been advised that God prefers that people do not use this right and be forgiving. Note this verse :

« ...And the recompense of evil is evil the like of it ; but who pardons and puts things right his wage falls upon God . » ⁹⁴

V.IV. The Principle of beneficence

It is said in the Koran : « ... (Those who believe) do good ; God loves the good-doers , » ⁹⁵ And this verse comes after the one in which God has said « And fight in the way of God . »

Exegesists have said that God concluded His command to fight with and injunction to be beneficent ; which means that in doing war Moslems must observe beneficence, that is the enemy's legitimate right should be secured .

92. III , 128 .

93. VII, 196 .

94. XVII, 37 .

95. Al - Mizan, Vol . 2, p . 65 ; Al-Manar, Vol , 2, pp. 214 and 215 .