

الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ

محله حقوقی دادگستری

به موجب مجوز شماره ۱۱۱۹۷/۳/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

فصلنامه علمی - پژوهشی قوه قضاییه

سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۳ / پاییز ۱۳۹۲

■ صاحب امتیاز / قوه قضاییه

■ مدیر مسئول / علیرضا امینی

■ سردبیر / حسین میرمحمد صادقی

■ مدیر اجرایی / مهدی صبوری پور

■ شمارگان / ۵۰۰۰ نسخه

■ قیمت / ۳۲۰۰۰ ریال

■ حروف چینی، صفحه بندی و چاپ / مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

■ نشانی / تهران، بزرگراه چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین در که،

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری - کد پستی ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

■ تلفکس / ۰۲۱-۲۲۰۹۱۸۶۹

■ پایگاه الکترونیکی www.jlj.ir

■ پست الکترونیکی majaleh_hoghooghi@jpri.ir

اعضای هیأت تحریر

برترین حروف الفبا

محمد آشوری / استاد دانشگاه تهران

ربیعا اسکینی / استاد پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای

محمدعلی اردبیلی / استاد دانشگاه شهید بهشتی

نجادعلی الماسی / استاد دانشگاه تهران

محمدجواد جاوید / دانشیار دانشگاه تهران

سام سوادکوهی‌فر / استادیار دانشگاه آزاد اسلامی

جعفر کوشای / دانشیار دانشگاه شهید بهشتی

علی حسین نجفی‌ابن‌آبادی / استاد دانشگاه شهید بهشتی

راهنمای تدوین مقالات

راهنمای تدوین:

- مقاله باید بیش از سی صفحه یا کمتر از ده صفحه باشد.

- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:

❖ چکیده فارسی در ابتداء و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.

❖ کلید واژگان

❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کد پستی، شماره تلفن و نامبر و نشانی پست الکترونیک

- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسمای خارجی در پانویس هر صفحه

- ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.

❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نوبت چاپ، نام ناشر، سال چاپ، شماره صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع بالاصله پس از ذکر اولیه آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

❖ در منابع لاتین، ذکر نام نام خانوادگی، نام کتاب، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.

❖ در صورت تکرار بالاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op.cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتداء منابع فارسی و سپس لاتین.

- مقاله باید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.

- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی شود.

- مسئولیت صحبت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.

- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است، مقاله، بازگردانده نمی شود



چینش مقالات در این شماره بر اساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.

- شکل‌گیری زندان‌های خصوصی و مطالعه تطبیقی آن در ایران و آمریکا ۹
احمد حاجی ده‌آبادی / مرتضی جلیل‌زاده
- پیش‌زمینه مفهوم قانون در عصر مشروطه: از مالک‌الرقابی تا تنظیمات ۳۵
محمد راسخ / فاطمه بخشی‌زاده
- حق برخورداری از وکیل در محاکمات کیفری بین‌المللی ۵۹
امید رستمی غازانی
- بررسی اعتبار نظریه کارشناس از منظر فقه و حقوق ۸۵
سید محمد‌هادی ساعی / مریم ثقفی
- جبران خسارات از الء بکارت در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه ۱۰۹
کامران محمودیان اصفهانی / محمود مالمیر
- راهکارها و ضمانت‌اجراهای حقوق بین‌الملل بشردوستانه با تأکید بر ماده ۱ مشترک
کنوانسیون‌های ژنو ۱۴۵
سیدطه موسوی میرکلائی

شکلگیری زندان‌های خصوصی و مطالعه تطبیقی آن در ایران و آمریکا

احمد حاجی ده‌آبادی*

مرتضی جلیلزاده**

چکیده

در زندان‌های خصوصی آمریکا در قرون ۱۸ و ۱۹، محاکومین را به کارهای طاقت‌فرسایی گماردند و نفع زیادی از زندانیان برده‌می‌شد اما امکانات بسیار کمی در اختیار این کارگران ارزان قیمت قرار می‌گرفت. از اواخر دهه ۱۹۷۰ شکل جدیدی از زندان‌های خصوصی در آمریکا پا به عرصه زندان‌بانی گذارد. این زندان‌ها هرچند معضلات زندان‌های خصوصی قرون ۱۸ و ۱۹ را نداشت، معایب جدیدی به وجود آورد. این معایب حقوق بشری تا حدی بوده است که می‌توان آن را بسیار فاجعه‌بارتر از زندان‌های خصوصی سنتی دانست. در حقوق ایران نیز خصوصی‌سازی در زندان‌های عادل‌آباد شیراز و وکیل‌آباد مشهد دنبال شد. اما به وجود آمدن مشکلاتی، راه را بر گسترش خصوصی‌سازی زندان‌ها بست.

واژگان کلیدی: زندان خصوصی، خصوصی‌سازی، زندان‌بانی خصوصی، حقوق زندانی.

* استادیار گروه حقوق دانشگاه پردیس قم (نویسنده مسئول)

Adehabadi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم قضائی

M.jalilzade1364@gmail.com

مقدمه

زندان های خصوصی سنتی از ۲ قرن پیش وارد جوامعی مانند ایالات متحده شد و زندانیان زندان های دولتی به عنوان کارگر برای شرکت های راهسازی، حمل و نقل و ... به خدمت گرفته می شد. در ازای کار این دسته از زندانیان، مبالغی به ایالات پرداخت می شد. ایالات با قراردادن این دسته از زندانیان در اختیار بخش خصوصی، هم صاحب درآمد می شدند و هم هزینه نگهداری زندانیان را پرداخت نمی کردند. از طرف دیگر، بخش خصوصی معهدهای می شد که آب، غذا و محل زندگی (زندان) برای آنها تهیه کند. گزارش ها حاکی از آن بود که وضعیت زندگی و شرایط کار بسیار سخت بود به طوری که این سیستم به مرگ تدریجی معروف شده بود و احکام بالای ۷ سال در این اردوگاهها برابر با مرگ بود. اعتراضات بسیاری علیه این اردوگاهها صورت گرفت تا اینکه پس از چندین سال مبارزات نتیجه داد و ایالات به ترتیب قوانینی را تصویب کردند که یا شرایط زندگی در این اردوگاهها بهتر شود یا اینکه به کلی لغو شود. تا سال ۱۹۳۰ دیگر هیچ ایالتی زندانیان خود را در اختیار بخش خصوصی قرار نمی داد. از دهه ۷۰، نوع جدیدی از زندان های خصوصی شکل گرفت. بخش خصوصی از قسمت زندان نوجوانان شروع کرد و وارد قسمت زندان بزرگ سالان شد. رشد جمعیت کیفری و افزایش هزینه زندانیان از جمله علت های اصلی کشورها برای ورود بخش خصوصی به زندان های دولتی بود. حال سوال کلیدی این است که نتایج ورود بخش خصوصی به زندان ها چه خواهد بود؟ آیا راه حلی خواهد شد که ضعف های زندان های دولتی رفع شود یا اینکه خود عامل معضلات جدیدی خواهد شد؟

۲- خصوصی سازی زندان

خصوصی سازی^۱ در شکل ظاهری عبارت است از فرایندی که طی آن وظایف و تأسیسات بخش دولتی در هر سطحی به بخش خصوصی انتقال داده می شود. اما خصوصی سازی در مفهوم حقیقی به اشاعه فرهنگی در کلیه سطوح جامعه اطلاق می شود که دستگاه قانونگذاری، قوای قضاییه، مجریه و تمامی آحاد یک کشور باور کنند که کار مردم را باید به مردم واگذشت.^۲

^۱. Privatization

^۲. رحیمی بروجردی، علیرضا، خصوصی سازی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص. ۷.

خصوصی‌سازی زندان، فرایندی است که در طی آن وظایف بخش عمومی در زندان به بخش خصوصی انتقال می‌یابد. زمینه فعالیت بخش خصوصی می‌تواند مدیریت یا خدمات درون زندان باشد.

۳- خصوصی‌سازی زندان در قرن‌های ۱۸ و ۱۹

در سال‌های اولیه شکل‌گیری ایالات متحده، این روش ادامه یافت و زندان‌بان‌های خصوصی وظیفه‌ای را انجام می‌دادند که ملت‌ها و دولت‌های تازه‌شکل‌گرفته در ابتدا قادر به انجام آن نبودند. در اواخر قرن نوزدهم، زندان وظیفه انحصاری دولت تلقی شد و نقش بخش خصوصی در اصلاح و تربیت رو به افول نهاد تا اینکه زندان آرکانزاس، آخرین مدیریت بخش خصوصی در زندان‌های قرن نوزده بود.^۱

اما ورود بخش خصوصی تنها محدود به اداره زندان نبود بلکه از قرن ۱۸ به بعد در زمینه استفاده از نیروی جسمانی زندانیان و نگهداری آن‌ها نیز این بخش به طور گسترده وارد زندان شد. به طور کلی زندان‌های خصوصی با دو سیستم مشغول به فعالیت بودند: اول- سیستم قرارداد^۲ که به صورت نیمه‌خصوصی بود. دوم- سیستم اجاره محکومین^۳ که به صورت تمام‌خصوصی بود.

۱-۳. زندان خصوصی طبق سیستم قرارداد

این سیستم در ایالات متحده و اروپا به اجرا درآمد. سیستم قرارداد به صورت نیمه خصوصی بود بدین شکل که محکومین در زندان مشغول به فعالیت می‌شدند. کارفرمایان خصوصی از طریق مزایده انتخاب می‌شدند و در ازای هر روز کار محکوم، مبالغی را به دولت می‌پرداختند. شیوه کار بدین شکل بود که محکومین در هنگام کار، تحت اختیار بخش خصوصی قرار داشتند و در غیر آن، تحت کنترل مأمورین زندان بودند.^۴ در حقیقت زندان دو بخش داشت. یک بخش آن متعلق به دولت و دیگری متعلق به بخش خصوصی که با مدیریت بخش خصوصی اداره می‌شد. مدت قراردادی که بخش خصوصی با دولت منعقد می‌نمود بین ۵ تا ۱۰ سال بود. این سیستم برای دولت مزایایی داشت:

- مطابق این سیستم، محکوم به صورت نظاممندتر و قانونی‌تر مشغول به کار می‌شد.

^۱. زندان‌های خصوصی سنتی در حقوق ایران و سعیت چندانی نیافت اما در حقوق آمریکا بسیار رشد و نمو پیدا کرد، بطوريکه در قرن‌های ۱۸ و ۱۹ تقریباً کل ایالات متحده را در بر گرفت.

². Contract system

³. Leasing Convict system

⁴. Calvin Mahler, Henry, Convict Labor Policies, Journal of the Amerian Institute of Criminal Law and Criminology, Vol 15 ,No. 4, p. 549.

- این سیستم منفعت مادی زیادی برای ایالت‌ها داشت. ایالتی که به چنین سیستمی متول می‌شدند ۶۵ درصد هزینه جاری خود را به دست می‌آوردند.
 - این سیستم مسئولیت کار زندانیان را از دولت به بخش خصوصی منتقل می‌کرد که چنین امری خوشایند مأمورین زندان بود.^۱
 - اما در عین حال این سیستم دارای معایبی نیز بود:
 - این احتمال وجود داشت که بین مأمورین دولتی و بخش خصوصی برای استثمار هرچه بیشتر محاکومین تبانی صورت گیرد.
 - غایت اصلی این سیستم، رسیدن به منافع بیشتر بود و اصلاح و تربیت محاکومین، جنبه کمنگ داشت.
- باوجود این و باتوجه به مزایای آن، این سیستم مورد توجه سیاستمداران قرار گرفت تا اینکه در سال ۱۹۱۰ مورد نقد و اعتراض قرار گرفت و بالغ بر نصف ایالت‌آمریکا استفاده از چنین سیستمی را ممنوع کردند.^۲
- اما مهم‌تر از این سیستم، زندان خصوصی به صورت سیستم اجاره محاکومین است که تقریباً به صورت مفصل توضیح داده خواهد شد.

۲-۳. خصوصی سازی زندان طبق سیستم اجاره محاکومین

طبق این سیستم، دولت به طور موقت تمام اختیارات خود بر محاکومین از قبیل نظارت و کنترل را به بخش خصوصی تفویض می‌نمود. در حقیقت دولت محاکومین را برای مدت معینی به بخش خصوصی اجاره می‌داد و در مقابل آن پول دریافت می‌کرد. بخش خصوصی متعهد می‌شد که لباس، غذا و مراقبت از آن‌ها را بر عهده گیرد. در این بین، حق تأدیب و اصلاح محاکومین نیز به بخش خصوصی واگذار می‌شد.^۳ این سیستم بیشتر در ایالت‌جنوبی رواج داشت. می‌سی سی پی اولین ایالتی بود که در سال ۱۸۶۷ به طور واقعی از این سیستم بهره جست و زندان را به بخش خصوصی اجاره داد تا از محاکومین در ساخت ریل قطار و همچنین در لنگرگاه‌ها استفاده کند. سه سال بعد لویزیانا این سیستم را اعمال کرد.^۴

¹. Ibid, p. 550.

². Ibid.

³. Ibid, p. 551.

⁴. Ibid, p. 563.

تا سال ۱۸۷۸ تنفسی، کارولینای شمالی و جنوبی، فلوریدا، تگزاس، آرکانزاس، آلاباما و کنتاکی تماماً این سیستم را به کار می‌بستند و در برخی ایالات، مدت این قرارداد تا ۲۵ سال هم گزارش شده بود.^۱

برای تبیین دقیق زندان خصوصی طبق سیستم اجاره محکومین، این زندان‌ها در دو بخش مجزا، یعنی شرایط بسیار بد زندگی محکومین و سرانجام این سیستم، شرح داده خواهد شد.

الف. شرایط بد زندگی محکومین در زندان‌های خصوصی

در زندان‌های خصوصی محکومان مجبور بودند در شرایط وحشتناک کار کنند و بسیاری از آن‌ها از بیماری‌های ناشی از گردودخاک که خطرناک و کشنده بود رنج می‌بردند. دکتر سینجر در این خصوص بیان می‌دارد: «کار اجباری برای محکومان زیردست کارفرمایان وحشی، خستگی و ناراحتی را برای محکومان به بار می‌آورد. من متأسفم که تصدیق کنم این فجایع در شهر بزرگ /وهایو به وقوع پیوست. محکومان برای فرار از کار در کمپ‌های معدن، حاضر بودند به عنوان برده برای من خدمت کنند».^۲

این سیستم به قدری فجیع بود که تبدیل به سیستم مرگ تدریجی شده بود. نگهبانان بخش خصوصی به هنگام کار به طرز وحشیانه‌ای با محکومین رفتار می‌کردند و انواع مجازات‌های نسخ شده را به کار می‌گرفتند که چندین برابر سخت‌تر از مجازات قانونی بود. کلانترها و قضات نیز از طرف بخش خصوصی برای لحظه‌داشتن منافع این بخش هدایایی دریافت می‌کردند. در کمپ‌ها نیز بخش خصوصی عملاً هیچ‌گونه تفکیکی بین محکومین صورت نمی‌داد و محکومین با هر نوع جرم، کنار هم قرار داشتند. ماهیت ترسناک این سیستم، وقتی نمایان می‌شود که فهمیده شود بخش خصوصی در اصلاح و تربیت محکومین، اختیارات بسیار وسیع داشت. از یک طرف انگیزه سود هر چه بیشتر بخش خصوصی و از طرف دیگر، حق مجازات این بخش بر محکومین، سیستم اجاره محکومین را تبدیل به سیستم مرگ کرده بود که ذهن را به یاد برده‌گان مصری در خدمت فراغه می‌انداخت.^۳

¹. Ibid.

². Whitin, E. Stag , Prison Labor, Proceeding of the Academy of political Science in the city of New York, Vol.2. No. 4, organization for Social work ,Jul, 1912, p .۱۶۱.

³. Mahler, Calvin, op.cit, p. 563.

شكل گیری زندان‌های خصوصی و مطالعه ...

طبق نظر کمیسیون تحقیق مجلس که موظف شده بود در مورد سیستم اجاره محکومین تحقیق انجام دهد، محکومین مجبور بودند هنگامی که مریض یا ناتوان بودند نیز کار کنند. بر اساس مدارک موجود، احکام بیشتر از ۷ سال، برابر با مرگ بود و محکومین بیشتر از ۷ سال در این اردوگاهها دوام نمی‌آوردند و این خود گواه بر وضع بسیار بد محل کار این محکومین در بخش خصوصی بود. سیستم اجاره محکومین، چیزی جز بردگی انسان نبود.^۱

از دیگر فجایع سیستم اجاره محکومین، شکل‌گیری دلالی بین زندان و بخش خصوصی بود؛ به طوری که در فلوریدا دولت محکومین را به یک دلال اجاره می‌داد و آن شخص به دلال ثالث و در نهایت وی به یک شرکت خصوصی اجاره داده می‌شد. این شیوه چندین سال وجود داشت به طوری که دولت برای هر زندانی در سال ۲۲۰ دلار دریافت می‌نمود اما شرکت خصوصی ۶۶۰ دلار در سال برای هر زندانی پرداخت می‌کرد که در این بین ۴۴۰ دلار سهم دلالان بود. در فلوریدا اوضاع از سایر ایالات بدتر بود به طوری که در این ایالت زنان نیز در هر سنی به اجاره داده می‌شدند. محل نگهداری محکومین، کشیف و دارای حشرات بود و بوی بد و نامطبوع هم نگهداری محکومین را بدتر می‌کرد. انواع بیماری‌های آمیزشی، سل و ... در زندان خصوصی با سیستم اجاره محکومین وجود داشت.^۲

ب. سرانجام زندان‌های خصوصی طبق سیستم اجاره محکومین

باتوجه به اوضاع فجیع شرایط زندگی محکومین که این سیستم را تبدیل به مرگ تدریجی کرده بود، تلاش‌هایی برای پایان دادن به این شکل از زندان‌های خصوصی صورت گرفت. مبارزه با این سیستم در اواخر قرن ۱۹ آغاز شد. رمان‌نویس مشهور آن زمان، جورج دبیلوکابل در لویزیانا مقاله‌ای تحت عنوان «سیستم اجاره محکومین در ایالت جنوبی» به چاپ رساند. این مقاله بعداً در کتاب «سکوت جنوب» نیز به چاپ رسید که چندین مرتبه تجدید چاپ شد و برای ملت‌ها فجایع اتفاق افتاده در این سیستم را شرح داد و به انتقاد شدید از این سیستم پرداخت. نکته حائز اهمیت اینکه مطالب استنادی آقای کابل در این نوشتار، همان گزارش‌های مقامات رسمی است که به صورت منسجم درآمده است.^۳ در پی آن بود که افکار عمومی آگاه شده و در صدد حذف چنین سیستمی برآمدند و گروه‌های سیاسی نیز به خواست مردم،

^۱. S .Potts, Charles, the American Academy of Political and Social Science, Vol. 21, Problems in Charities and Corrections, May 1903, p. 87.

^۲ . Calvin Mahler, op.cit, p. 564.

^۳ . Ibid.

پایانی
۲۵
۲۴
۲۳
۲۲
۲۱
۲۰
۱۹
۱۸
۱۷
۱۶
۱۵
۱۴
۱۳
۱۲
۱۱
۱۰
۹
۸
۷
۶
۵
۴
۳
۲
۱

تعهدات یک طرفه به مردم می‌دادند که این سیستم را لغو کنند. در نتیجه فشار افکار عمومی، این موضوع توسط مجالس مقننه پیگیری شد و دستور رسیدگی به اوضاع صادر شد. همچنانین جلساتی با حضور فرمانداران تشکیل شد و مصوباتی در این زمینه به تصویب رسید.^۱ در نهایت، فشار افکار عمومی تأثیر گذاشت و زندان‌های خصوصی به شکل سیستم اجاره محکومین لغو شد.

۴- پیدایش زندان‌های خصوصی پیشرفت‌هه در ایران و آمریکا

از سال ۱۹۸۰ به بعد، تحت تأثیر حاکمیت سیاست نئولیبرال در دنیا، زندان‌های خصوصی به عرصه مجازات نیز راه یافته است. از این سال به بعد، تعدادی از شرکت‌های چندملیتی به وجود آمده که سرآمد مدیریت زندان‌های خصوصی در دنیا هستند. این شرکت‌ها با امضای قرارداد ۳۰-۲۵ ساله با دولتها از جمله آمریکا، زندان‌های جدید احداث نموده و زندان‌ها را با پرسنل امنیتی خود و دستمزد کم اداره می‌نمایند. زندان‌های خصوصی پیشرفت‌ه با نمونه‌های سنتی آن در آمریکا تفاوت‌های عمدی دارند. در سال ۱۹۸۰ عقودی بین بخش خصوصی و دولت بسته شد که طبق آن، بخش خصوصی خدمات درون زندان را به عهده گرفت. در سال - های بعد، بخش خصوصی اختیار تمام زندان را دارا شد. درنتیجه تمام خدمات درون زندان به عهده شرکت‌های خصوصی قرار گرفت.^۲

خصوصی‌سازی زندان‌ها در آمریکا از زمان ریاست جمهوری ریگان آغاز شده و از دهه ۹۰ به بعد توسعه یافت. پس از آن، زندان‌های خصوصی در دنیا گسترش یافت به طوری که دهه ۹۰ تعداد زندان‌های خصوصی به ۱۵۸ مؤسسه رسید. علاوه بر آمریکا در کشورهای انگلستان، استرالیا، زلاندنو، کانادا و آفریقای جنوبی نیز زندان خصوصی تأسیس شد.^۳ در حقیقت جنبش خصوصی‌سازی ابتدا در ایالات متحده شروع شد و سپس به‌واسطه فعالیت برخی از شرکت‌های بزرگ بین‌المللی به دیگر کشورها راه یافت. این شرکت‌ها عمدتاً از طریق دلالی سیاسی عمل می‌کنند.^۴

^۱. Whitin ,op.cit, p. 159.

^۲. Patrick Nt Sobi ,Mfanelo, Privatization of prisons and prison services in South Africa, university of the Western Cape, November 2005, p. 33.

^۳. Ibid.

^۴. ماتیوس، راجر، و فرانسیس، پیتر، زندان‌ها در هزاره سوم، ترجمه: لیلا اکبری، چاپ اول، انتشارات راه تربیت، ۱۳۸۱، ص ۳۳.

۱-۴. پیدایش زندان‌های خصوصی پیشرفت‌ه در ایران

در سال‌های قبل از انقلاب، زندان‌ها در اختیار نیروی شهربانی بود (به جز اوین که زندان امنیتی بود و متعلق به سواک بود). اما پس از انقلاب، زندان‌ها در اختیار وزارت کشور قرار گرفت و با توجه به اینکه نیروی انتظامی زیرمجموعه وزارت کشور محسوب می‌شد نگهداری و حفاظت از زندان‌ها در اختیار این نیرو قرار گرفته بود. در دهه دوم انقلاب اسلامی زندان‌ها در اختیار قوه قضائیه قرار گرفت.^۱ قوه قضائیه در دو زندان، اجازه ورود بیشتر را به بخش خصوصی داد، یکی زندان وکیل‌آباد مشهد و دیگری زندان عادل‌آباد شیراز که به بررسی هر یک از این دو زندان پرداخته می‌شود. در سال ۱۳۷۳ خصوصی‌سازی در زندان وکیل‌آباد شروع شد و در کمتر از ۳ سال اداره کل زندان‌های خراسان، اداره بخش‌هایی از جمله اداره بیمارستان زندان، اداره دفتر اجرای احکام قضائی زندان، طبخ غذای زندانیان، ثبت آمار و اطلاعات رایانه، خدمات فرهنگی، آموزش زندانیان، خدمات مشاوره روان‌شناسی و مددکاری و خدمات نگهداری غیرمسلح در پوسته داخلی زندان را به بخش خصوصی واگذار کرد.

در بدو امر، مقامات با ورود بخش خصوصی به زندان مخالف بودند و در برابر آن مخالفت می‌کردند. با وجود این، بخش خصوصی وارد شد. طبق آمارهای موجود، بخش خصوصی بهتر از بخش دولتی عمل کرده بود به‌طوری‌که در بخش اجرای احکام، ضمن کاهش قابل توجه پرسنل اداری، سرعت و دقت در انجام کار بهبود یافت و در خدمات مددکاری با افزایش تعداد مددکاران، آمار تخلف زندانیان کاهش پیدا کرد. در پی موفقیت‌های به‌دست‌آمده حتی صحبت از انتقال مدیریت این زندان به بخش خصوصی به میان آمد اما در عمل مدیریت در اختیار بخش دولتی باقی ماند. بخش خصوصی در چهار حوزه خدمات اداری، بهداشت و درمان، مطالعات و تحقیقات و بخش حفاظت فیزیکی به‌خوبی عمل کرد.

اما در زندان عادل‌آباد شیراز طرح واگذاری این زندان به بخش خصوصی به مدت یک سال مورد مطالعه قرار گرفته بود و بر اساس قرارداد بین دولت و بخش خصوصی مقرر شده بود که به مدت یک سال ۹۰ درصد از وظایف جاری و مدیریتی زندان عادل‌آباد شیراز در اختیار بخش خصوصی قرار گرفته شود. به‌غیر از بخش‌های رایانه و اجرای احکام، قسمت‌هایی که با حقوق زندانیان مربوط می‌شد به بخش خصوصی واگذار شده بود. با توجه به قرارداد منعقدشده با بخش خصوصی،

^۱. هافمن، دنیس، قضایت آمریکایی، ترجمه: عمادالدین باقی و محمد حسین باقی، چاپ اول، نشر سرایی، ۱۳۸۲، ص ۳۶۵.

مکانیزم‌هایی نیز جهت ارزیابی خدمات ارائه شده در نظر گرفته شد که با توجه به آن‌ها عملکرد بخش خصوصی در اداره زندان سنجیده شود. حفاظت زندانیان به این صورت بود که نگهبانی در داخل بندها بر عهده بخش خصوصی و حفاظت از پوسته بیرونی بر عهده یگان انتظامی سازمان زندان‌ها بود. قرار بر این بود که در صورت موفقیت خصوصی‌سازی در عادل‌آباد شیراز، زندان‌بانی تمامی زندان‌های کشور به بخش خصوصی واگذار شود. اما این طرح با شکست روبرو شد. زندان عادل‌آباد شیراز تقریباً به شیوه سیستم بین‌المللی خصوصی شده بود که در آن مدیریت زندان به بخش خصوصی واگذار شده بود و حفظ امنیت زندان همچنان در اختیار دولت باقی می‌ماند.

۲-۴. شکل‌گیری زندان‌های خصوصی پیش‌رفته در آمریکا

خصوصی‌سازی زندان در ایالات متحده در دو بخش زندان نوجوانان و زندان بزرگ‌سالان قابل بررسی است. با توجه به اینکه این دو بخش تا حدودی با هم متفاوت‌اند به طور جداگانه مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

الف. خصوصی‌سازی زندان نوجوانان

بخش خصوصی در ابتدا فعالیت خود را از بخش نوجوانان ماساچوست شروع نمود. البته این به معنی واقعی کلمه خصوصی‌سازی نبود به دلیل اینکه واژه خصوصی‌سازی تا زمان ریگان و تاچر، یعنی اوایل دهه ۸۰، وارد نشده بود.^۱

بخش خصوصی در زمینه اصلاح و تربیت نوجوانان بیشتر از سایر بخش‌ها وارد شد. در سال ۱۹۷۴، یک سرشماری کلی در کشور ایالات متحده انجام گرفت که بر اساس آن ۳۷۷۴۹ نفر از نوجوانان که بالغ بر ۴۱٪ کل نوجوانان بزرگ‌سالان بودند در ۱۳۰۰ مؤسسه خصوصی نگهداری می‌شدند. بر طبق آمار موجود در سال‌های ۱۹۷۵ تا ۱۹۸۹ مؤسسات بخش خصوصی رشد ۷۰ درصدی داشته و از ۱۲۷۷ به ۲۱۶۷ مؤسسه رسیده‌اند. این در حالی است که در همین سال‌ها مؤسسات اصلاح و تربیت دولتی مربوط به نوجوانان تنها ۲۶٪ رشد داشته‌اند و از ۸۷۴ به ۱۱۰۷ مؤسسه رسیدند. شمار نوجوانان بزرگ‌سالان در مؤسسات خصوصی ۳۹٪ رشد داشت و از رقم ۲۷۲۹۰ نفر در سال ۱۹۷۵ به ۳۷۸۸۹ نفر در سال ۱۹۸۹ رسید و در مقابل، شمار نوجوانان در مؤسسات بخش دولتی تنها ۱۶٪ رشد داشت و از ۴۶۹۸۰ نفر به ۵۴۳۵۱ نفر رسید.^۲

^۱. ماتیوس و فرانسیس، منبع پیشین، ص. ۳۳.

^۲. همان، صص. ۳۶۷-۳۶۹.

ب. خصوصی سازی زندان بزرگ سالان

گرایش به سمت خصوصی سازی زندان بزرگ سالان از سال ۱۹۸۰ شروع شد و در عین حال مقاومت های سرکشانه ای در مقابل آن به عمل آمد. خصوصی سازی زندان پس از آن به طور جدی در دستور کار دولت محافظه کار قرار گرفت و در تمام ابعاد مورد استفاده واقع شد. برخی از نهادها مانند انجمن وکلای آمریکایی^۱ و اتحادیه آمریکایی آزادی های مدنی^۲ به مخالفت با آن پرداختند اما در نهایت این کشور به سمت خصوصی سازی زندان پیش رفت.^۳

اولین واگذاری کامل زندان به بخش خصوصی در ایالت تنسی در بخش همیلتون بود. این قرارداد در سال ۱۹۸۴ شکل گرفت و سنگ بنایی برای سایر قراردادها شد. اما برخی در همان ابتدا معتقد بودند که خصوصی سازی کامل به وجود نیامده است و دولت در کنترل زندان یا سهالم زندان دخالت دارد.^۴ اما بهر حال آمریکا از همان ابتدا از خصوصی سازی کامل در اقتصاد بهره جست و مانند الگوهای اقتصادی، مدیریت و امنیت زندان را به بخش خصوصی واگذار کرد و حق نظارت خود را حفظ نمود. به غیر از ۱۰ ایالت، ۴۰ ایالت دیگر با بخش خصوصی قرارداد بستند. این ۱۰ ایالت عبارت بودند از: کانتکتیکت، ماساچوست، نیوهمپشیر، نیویورک، روڈ آیلند، ورمونت، ایلینویز، آیوا، نبراسکا و ویرجینیای غربی و از میان ایالاتی که اجازه ورود به بخش خصوصی در حوزه زندان بانی دادند تگزاس و کالیفرنیا در صدر قرار داشتند.^۵ خصوصی سازی زندان بزرگ سالان از بد شروع تا سال ۲۰۰۰ رشد صعودی داشت. اما از این سال به بعد ایالات با معرض حقوق بشری این دسته از زندان ها مواجه شدند. بنابراین مجبور شدند تا حدودی تعداد این زندان ها را کاهش دهند. در سال ۲۰۰۰ ایالت نیویورک قانونی را به تصویب رساند که در آن واگذاری زندان به بخش خصوصی ممنوع شده بود.^۶ در همین سال تقریباً هیچ ایالتی بر سر قراردادهای جدید با بخش خصوصی مذاکره نکرد و برخی از ایالات به دلیل بی کفایتی بخش خصوصی قرارداد منعقده را فسخ کردند. پس از آن در سال ۲۰۰۱ قانون سلامت

^۱. American Association Bar

^۲. American Civil Liberties Union

^۳. Patrick Nt Sobi, op.cit, p. 38.

^۴. Flanagan, Timothy, "Private Prisons: Cons and Pros" ,Contemporary Sociology, Vol. 20, No. 4, Jul 1991, p. 600.

^۵. Yijia, Jing, state prison privatization in the US : a study of the causes and magnitude, the Ohio state university, 2005, p 30.

^۶. Ibid, p.32.

۱۳۵۸، پاییز
۱۳۵۹، شصت و پنجم
۱۳۶۰، شصت و ششم
۱۳۶۱، شصت و هفتم
۱۳۶۲، شصت و هشتم
۱۳۶۳، شصت و نهم
۱۳۶۴، شصت و نهم

عمومی به تصویب رسید که زندان‌های فدرال (نه زندان‌های ایالتی و نه زندان‌های محلی) را نباید در اختیار بخش خصوصی قرار داد.

با وجود این، در دولت بوش دوباره بخش خصوصی رشد خود را در زندان‌ها آغاز نمود. در سال ۲۰۰۸ صنایع آمریکا با رکود سراسام‌آوری مواجه شد که این رکود در ۲۸ سال گذشته بی‌سابقه بوده است. زندان‌های این کشور بیش از ۲ میلیون زندانی را در خود جای داده و با کمبود بودجه مواجه است. همین امر، زمینه حضور هرچه بیشتر بخش خصوصی را در زمینه زندان‌بانی بیشتر فراهم می‌سازد به طوری که آمارها حاکی از آن است که جمعیت زندانیان در زندان‌های خصوصی از ۵۰ هزار نفر در سال ۱۹۹۷ به ۱۲۰ هزار نفر در سال ۲۰۰۷ رسیده است. در سال ۱۹۹۷ بالغ بر ۲۰ کمپانی خصوصی در ایالات متحده در زمینه زندان، مشغول به فعالیت بودند که در حال حاضر افزایش یافته‌اند.^۱

در میان ایالات آمریکا، ایالات غربی و جنوبی گرایش بیشتری به سمت خصوصی‌سازی زندان بزرگ‌سالان داشته‌اند. این گرایش بیشتر معلول چند علت است. از جمله می‌توان به جمعیت زیاد زندانیان، وجود شرکت‌های خصوصی در ایالات جنوبی و غربی و حمایت از شرکت‌های خصوصی در این ایالات اشاره کرد.^۲

۵- علل گرایش به خصوصی‌سازی زندان‌ها

چندین علت موجب شد که ایران و آمریکا به سمت خصوصی‌سازی زندان پیش بروند. اینک به بررسی هر یک از آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۵. در ایران

به طور کلی سه عامل افزایش جمعیت، کمبود فضای زندان و کاهش سطح خدمات در زندان را می‌توان از جمله علتهای خصوصی‌سازی زندان در حقوق ایران نام برد.

الف. افزایش جمعیت زندانیان

در سال ۱۳۵۸ بهاری هر ۱۰۰ هزار نفر ۲۹ نفر زندانی وجود داشته است و در سال ۱۳۸۴ این رقم به ۲۰۴ نفر در هر ۱۰۰ هزار نفر رسیده است. از ابتدای سال ۱۳۵۸ تا پایان سال ۱۳۸۰، متوسط رشد سرانه زندانیان ۹ درصد بوده است.^۳ در حال

^۱. Lippke, Richard, "Thinking About private prisons", Journal of Criminal Justice Ethics, Vol. 16, 1997, p. 1.

^۲. Maruono, Atsuko, The Correctional-Commercial Complex an Examination of Privatization of the Us Prison System, Department Of Geology and Geography Morgantown, West Virginia, 2000, p 20.

^۳. شهیدزاده، زاله، «جمعیت کیفری زندان‌ها با تکیه بر قرار کفالت»، راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، به کوشش مائده میرشمس شهشهانی، چاپ اول، میزان، ۱۳۸۶، ص ۱۴۲.

حاضر، جمعیت کیفری زندان‌ها در حدود ۱۲۵ هزار نفر برآورده است. در حالی که رشد متوسط جمعیت در کشور در حدود $1/3\%$ است، رشد جمعیت ورود به زندان 1.9% است.^۱

از ابتدای پیروزی انقلاب تاکنون، در حدود هشت میلیون نفر به زندان‌ها وارد شده‌اند. رشد جمعیت زندان در ابتدای انقلاب پایین بود ولی در حال حاضر رو به افزایش است.^۲ مهم‌ترین عامل رشد جمعیت زندان‌ها مربوط به مواد مخدر است به - گونه‌ای که 70 درصد از زندانیان، محکومین به قاچاق مواد مخدر هستند.^۳ طبق آمار سال 1381 تعداد 102 هزار نفر به جهت ارتکاب جرائم مواد مخدر زندانی بوده‌اند. رقم‌های یادشده صعودی هستند. به عنوان نمونه در شش ماه نخست 1385 ، بالغ بر 340 هزار نفر وارد زندان شدند که نسبت به سال قبل از آن، 17 درصد رشد داشته است.^۴ با چنین افزایش جمعیتی سازمان زندان‌ها با محدودیت‌های بودجه‌ای روبروست. برای افزایش سطح خدمات زندانیان می‌باشد به راهکارهایی متولّ می‌شود که اولاً خدمات ارائه‌شده افزایش یابد. ثانیاً بودجه کمتری صرف شود. این اهداف با به کارگیری بخش خصوصی تأمین می‌شوند.

ب. کمبود فضای زندان

سرانه استاندارد فضای نگهداری هر نفر زندانی $17/5$ متر مربع است در حالی که در ایران با تلاش‌های انجام‌شده در حال حاضر $4/5$ متر مربع گزارش شده است. علاوه بر این سیاری از زندان‌های کشور به صورت استیجاری است و بعضاً نیز منازل مسکونی خارج از استاندارد است. ضمن اینکه عمر برخی از زندان‌های کشور به دوران صفویه می‌رسد و برخی ساختمان‌ها قدمت 250 تا 400 سال دارد.^۵

ج. کمبود مأمور مراقب و مددکار

بر اساس استانداردهای بین‌المللی در قبال هر $2/5$ نفر زندانی یک مأمور مراقب باید وجود داشته باشد، لیکن در ایران به ازای هر 147 نفر یک مراقب وجود دارد. همچنین طبق استانداردهای بین‌المللی به ازای هر 90 نفر زندانی یک مددکار وجود

^۱. آشوری، محمد، جایگزین‌های حبس یا مجازات‌های بینابین، انتشارات اندیشه، 1381 ، ص 11 .

^۲. جعفرقلی، ناصر، «راهکارهای کاهش جمعیت کیفری»، در راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، به کوشش مائدۀ میرشمسم شاهنامی، میزان، چاپ اول، 1386 ، ص 131 .

^۳. هافمن، پیشین، ص 366 .

^۴. آشوری، پیشین، ص 9 .

^۵. محمدی، داوود، مجازات‌های جایگزین، چاپ اول، انتشارات عود، 1384 ، ص 97 .

دارد در حالی که در ایران به ازای هر ۲۱۴۵ نفر زندانی یک نفر مددکار در زندان مشغول به فعالیت است.^۱

د. کمبود اعتبارات سرانه غذا و بهداشت

در سال ۱۳۷۷ برای سه وعده غذایی هر زندان، ۱۸۰ تا ۲۰۰ تومان و در سال ۱۳۷۸ این مبلغ به ۲۸۰ تومان و در سال ۱۳۸۰ به مبلغ ۴۵۰ تومان رسیده بود. سرانه هر زندانی چهارصد هزار ریال بود. این مبالغ پایین، سطح خدمات به زندانیان را کاهش داد. مشکلات به وجود آمده مسئولین مربوطه را به فکر افزایش سطح خدمات برای زندانیان انداخت. اما از طرف دیگر محدودیت‌های بودجه‌ای وجود داشت.^۲

۲-۵. علل گرایش به خصوصی‌سازی زندان‌ها در آمریکا

چندین علت موجب شد که آمریکا به سمت خصوصی‌سازی زندان پیش برود. اینکه به بررسی هریک از آن‌ها پرداخته می‌شود.

الف. افزایش جمعیت زندانیان

نرخ جمعیت زندان، به استثنای دهه ۱۹۶۰ که کاهش خفیفی داشت، بین سال‌های ۱۹۶۰ تا ۱۹۷۵ تا حدودی ثابت مانده است. از سال ۱۹۷۵ منحی کم کم به بالا می‌رود و از حدود سال ۱۹۸۲ تعداد زندانیان به سرعت افزایش می‌یابد. در سال ۱۹۹۸ به ازای هر صدهزار نفر ۴۵۲ زندانی وجود داشت. این نرخ بین سال‌های ۱۹۷۵ تا ۱۹۹۷ با احتساب جمعیت زندان‌های محلی، ۱/۸ میلیون زندانی سرشماری شد.^۳ در نهایت در سیام ژوئن ۲۰۰۰، به ۱/۹۳۱/۶۵۹ نفر رسید. بدین ترتیب، در آغاز هزاره سوم، جمعیت یادشده از مرز ۲ میلیون نفر گذشت.^۴ در سال‌های اخیر آمارها نشان‌دهنده حضور سه میلیون زندانی در زندانی‌های این کشور است.

^۱. آین‌نامه زندان‌ها در ایران به شکل کاملاً مدرن و جامع نوشته شده است، بطوریکه مقامات سوئیتی به هنگام بازدید از زندان‌های ایران با دیدن چنین آین‌نامه‌ای به شگفت آمده بودند. ولی در عمل به دلیل تورم جمعیت کیفری زندان و کمبود بودجه و نبودن فضای کافی، بسیاری از مقررات آین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها اجرا نشده است (نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۸۴-۸۳، ص ۲۳۹۶).

^۲. همان، ص. ۹۹.

^۳. کوسون، موریس، «تحول زندان در ایالات متحده آمریکا»، ترجمه قاسم قاسمی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۲، ۱۳۸۲، ص ۲۰۰.

^۴. آشوری، پیشین، ص ۳۱.

ب. کاهش بودجه زندان

سیاست اقتصادی در دهه ۸۰ مبنی بر کوچک کردن دولت و کاهش بودجه عمومی ایالات بود. این کاهش بودجه در سطح عمومی و در سطح زندان‌ها اثرگذار بود. دولت ریگان علاقه‌مند بود با کاهش بودجه در تمام بخش‌ها هزینه بخش نظامی و دفاعی هوا و فضا را زیاد کند. درحالی‌که بودجه کل کشور ۳۷٪ نسبت به سال‌های ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۲ رشد داشت و از رقم ۵۹۰ میلیارد دلار به ۸۰۸ میلیارد دلار رسیده بود. اما رقم اختصاص داده شده به ایالات تنها ۱/۲ رشد داشت و از ۹۱/۴ به ۹۲/۴ میلیارد دلار رسیده بود که با احتساب تورم سالانه که از سال ۱۹۸۳ تا ۱۹۸۰ بالغ بر ۱۵٪ در سال بود، رقم کل بودجه عمومی ایالات کاهش یافته بود. در نتیجه کاهش بودجه عمومی، بودجه بخش زندان‌ها نیز کاهش یافت، به طوری‌که از سال ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۲ از ۱۵/۵ به ۱۱/۴ میلیارد دلار تنزل پیدا کرد.^۱ این بدین معنی است که از یک طرف رقم عددی بودجه کاهش یافت و از طرف دیگر با احتساب تورم، رقم واقعی آن نیز به‌طور شدید پایین آمد. دولت علاقه‌مند به خصوصی‌سازی زندان بود تا بودجه کم زندان به‌نوعی جبران شود.

۲۲

ج. افزایش هزینه‌های نظام عدالت کیفری

در اوایل دهه ۸۰ هزینه‌های تمام بخش دولتی افزایش یافت و از جمله این بخش‌ها، نظام عدالت کیفری بود. در نتیجه افزایش جمعیت کیفری زندان، پرسنل بیشتری به استخدام درآمد و همچنین حقوق پرداختی به پرسنل زندان نیز افزایش یافته بود، به‌طوری‌که از سال ۱۹۸۲ تا ۱۹۸۷ حقوق کارکنان در زندان فدرال ۶۵/۷٪ و در زندان‌های ایالتی ۷۲/۳٪ و در زندان‌های محلی ۴۹/۲٪ رشد داشت. به‌طور کلی هزینه زندان‌های محلی از ۳/۰۱۰/۹۶۴/۰۰۰ به ۳۰۰/۰۰۰/۹۴۶/۷۵۲ در دلار افزایش یافت. هزینه زندان‌های ایالتی از ۵/۵۵۹/۷۹۲/۰۰۰ به ۱۰/۷۳۲/۸۸۰/۰۰۰ دلار افزایش یافت و هزینه زندان‌های فدرال از ۵۴۱/۰۰۰/۰۰۰ به ۹۹۴/۰۰۰/۰۰۰ دلار افزایش یافت.^۲

سال ۱۹۸۸ به عنوان سال پایه مورد مطالعه لوگان و توماس قرار گرفت و مشخص شد که برای جادوگر زندانیانی که هر سال به جمعیت کیفری کشور ایالات متحده

^۱. Rimond, David, Prisons of Industry: the Recent History of American Private Prisons 1978-1985, University of Ottawa, 1998, pp. 42-46.

². Ibid, p. 48.

اضافه می‌شوند باید مبلغ ۵/۹۸ میلیارد دلار در هر سال اضافه نمود و این چیزی جز مرگ سیاسی برای سیاستمداران در مقابل مالیات‌دهندگان نبود.^۱

د. اعتراض مالیات‌دهندگان

در دهه ۷۰ یک رکود اقتصادی دامن اقتصاد آمریکا را در بر گرفت و موجب شد که دید منفی نسبت به اقتصاد دولتی پیدا شود. از سال ۱۹۷۳ تا ۱۹۸۱ اقتصاد دولتی در بانک‌ها، مشاغل و سایر بخش‌ها ضرر دید و به پایین‌ترین حد ممکن تا سال ۱۹۸۱ رسید. این امر موجب شد که مالیات‌دهندگان نسبت به این اقتصاد معترض باشند و از پرداخت مالیات خودداری کنند. سیاستمداران با مشکل مضاعفی روبرو شدند. از یک طرف هزینه‌های عمومی و هزینه زندان بالا رفته بود و از طرف دیگر درآمد ناشی از مالیات پایین آمده بود. برای حل این مشکل می‌باشد اقتصاد خصوصی در زندان وارد می‌شود.^۲

۵. اضافه جمعیت زندان‌ها و دخالت دادگاهها

افزایش جمعیت زندانیان موجب کمبود فضای زندان شد و در نتیجه شرایط درون زندان به هم خورد و شرایط زندگی و خدمات درون زندان افول پیدا کرده بود به طوری که اداره آماری قضایی^۳ اخباری را منتشر نمود که بر طبق آن در سال ۱۹۸۳ زندان‌های فدرال و ایالتی به طور متوسط از ۱۱۰٪ ظرفیت زندان خود استفاده کرده بودند و طبق آمار منتشرشده از کمیسیون خصوصی‌سازی رئیس جمهوری^۴ در سال ۱۹۸۶ زندان‌های ایالتی از ۱۰۶٪ حداقل ظرفیت و از ۱۲۴٪ حداکثر ظرفیت استفاده می‌کردند و نیاز به اضافه‌شدن ۱۰۰۰ تخت در هر هفته وجود داشت. به همین ترتیب زندان‌های فدرال از ۱۲۷٪ حداقل ظرفیت و از ۱۵۹٪ حداکثر ظرفیت خود استفاده می‌کردند. با توجه به این شرایط، خدمات درون زندان کاهش پیدا کرد، زندان‌ها کارمند کافی نداشتند و مراقبت پزشکی و ارائه خدمات کاهش یافت.^۵ با چنین وضعیتی زندانیان از انجمان‌ها و اتحادیه‌هایی همچون اتحادیه آمریکایی آزادی‌های مدنی کمک خواستند. این اتحادیه‌ها تلاش‌هایی برای پایان-دادن به وضعیت بد زندانیان انجام دادند. با تلاش‌های این اتحادیه‌ها، دادگاهها به

^۱. W. Harping , Richard, "Private Prisons", Crime And Punishment , Micheal Tonry (ed), oxford University , 1998, p.629.

^۲. Guimond, op.cit, p. 51.

^۳. Bureau of Justice Statistics

^۴. President's Commission on Privatization

^۵ . در سال ۱۳۸۶ عمر متوسط زندان‌های ایالات متحده ۴۰ سال بود و ۱۰٪ از زندانیان در زندان‌های قبل از ۱۸۷۵ نگهداری می‌شدند

حمایت از زندانیان وارد شدند و به شکایات زندانیان علیه وضع بد زندان رسیدگی کردند بهطوری که تعداد شکایت زندانیان از شرایط زندان از ۲۱۸ مورد در سال ۱۹۶۴ به ۱۱۰۰۰ مورد در سال ۱۹۷۹ رسید.^۱

دادگاهها حکم به اصلاح وضعیت زندانها می دادند و همین امر موجب فشار بر سیاستمداران و مسئولین زندان می شد. از نظر دادگاهها، اضافه جمعیت، منبع تمام اوضاع بد زندان بود. در سال ۱۹۸۴ بالغ بر ۲۲٪ از بازداشتگاههای بزرگ آمریکا مورد حکم دادگاه بودند که یا ظرفیت داخلی زندان را گسترش دهنده یا شمار زندانیان را کاهش دهنده و ۲۴٪ از زندانها می باست شرایط داخلی زندان را بهبود بخشنند. در سال ۱۹۸۳ بالغ بر ۴۱ ایالت و همچنین بخش کلمبیا مورد حکم دادگاه قرار گرفتند که شرایط داخلی زندان را بهبود بخشنند و در سال ۱۹۸۶ این رقم به ۴۴ ایالت رسید.^۲

با چنین شرایطی ایالات دو راهکار داشتند، یا جمعیت زندان را کاهش دهنده که این کار با خواسته افکار عمومی که همان برخورد جدی با مجرمین بود در تضاد بود و یا اینکه با هزینه کم موجب بهبود شرایط زندان شوند. ایالات برای رسیدن به مورد دوم شروع به خصوصی سازی زندانها نمودند.

و. صرفه جویی در هزینه ها

زندان های خصوصی بر این ادعا هستند که علاوه بر اینکه کارآمدتر از زندان های دولتی هستند، در ارائه خدمات مشابه با زندان دولتی، هزینه کمتری را صرف می کنند.

در ارائه خدمات مشابه نسبت به زندان های دولتی، تا ۲۰٪ هزینه نهایی آنها کمتر از بخش دولتی است. که این امر در نهایت موجب ذخیره پولی برای دولت خواهد بود. زندان های خصوصی با مدیریت صحیح بر هزینه ها از اتلاف بی جهت منابع جلوگیری می کنند.

علاوه بر دلایل گفته شده کریستر پیتر و سونجا استاکن به هنگام ارزیابی گسترش خصوصی سازی به دلایل پشت پرده نیز پرداخته اند. آنها در ارزیابی های خود نشان دادند دلایل خصوصی سازی زندان در کشورها متفاوت است. در آمریکا، خصوصی سازی به دلیل افزایش جمعیت زندان ها و بدتر شدن شرایط آنها بوده است. اما در بریتانیا و استرالیا احداث زندان های خصوصی، بطور وسیع ناشی از تبلیغات برخی شرکت های بانفوذ است. در بریتانیا حتی زمانی که جمعیت زندان در اواخر

¹. Grimond, op.cit, p 58-60.

². Ibid, p.62.

دهه ۱۹۸۰ کاهش یافت و برخی زندان‌های نوساز به شکل نیمه‌حالی باقی ماند، باز هم تقاضا برای خصوصی‌سازی زندان ادامه داشت.

۶- معضلات زندان‌های خصوصی

معضلات زندان‌های خصوصی در آمریکا در چندین موضوع قابل بررسی می‌باشد.

۶-۱- ابهام در فلسفه وضع زندان‌های خصوصی

زندان‌های خصوصی با دو شعار وارد عرصه زندان‌بانی شدند. اول اینکه با هزینه کمتری نسبت به زندان‌های دولتی، زندان‌ها را اداره می‌کنند. دوم اینکه نسبت به زندان‌های دولتی از کارایی بیشتری برخوردار هستند. اما مطالعاتی که در مورد کاهش هزینه‌ها و افزایش کارایی زندان‌های خصوصی صورت گرفته است این ادعای زندان‌های خصوصی را با ابهام رو به رو می‌سازد.

۶-۱-۱- ابهام در هزینه کمتر زندان‌های خصوصی

افزایش روزافزون هزینه‌های زندان برای دولت منجر به این شد که بخش خصوصی وارد زندان شود. البته شرط قرارداد با بخش خصوصی این بود که این بخش زندان‌ها را ۱۰٪ ارزان‌تر از دولت اداره کند. بر اساس تحلیل‌ها چنانچه ۱۰٪ صرف‌جویی توسط بخش خصوصی مهیا می‌گشت، در یک زندان ۱۰۰۰ تخت خوابی، پس انداز سالیانه، معادل یک میلیون دلار می‌بود.^۱ زندان‌های خصوصی نیز خود چنین ادعایی می‌نمودند، به طوری که به عنوان مثال مؤسسه خصوصی اصلاح و تربیت اوها یو اعلام نموده است که خصوصی‌سازی در زندان این ایالت موجب شده است که ۵ میلیون صرفه جویی در هزینه‌ها ایجاد گردد.^۲ در این بین مؤسسه آدام اسمیت^۳ خصوصی‌سازی در زندان‌ها را تشویق می‌کرد به طوری که این مؤسسه خصوصی‌سازی در زندان را حرکت به سوی بازارهای آزاد تلقی می‌کرد و بیان می‌داشت که هزینه زندان‌های خصوصی کمتر از زندان‌های دولتی است، در ضمن اینکه خدمات ارائه شده کمتر از زندان‌های دولتی نمی‌باشد. گزارش‌های مؤسسه آدام اسمیت توسط منتقدین مورد نقد قرار گرفت. آنها بیان داشتند که این گزارش‌ها نمی‌تواند موثر باشد. بدلیل اینکه این مؤسسه یک نهاد بی‌طرف محسوب نمی‌شود. چون خود به ترویج و گسترش خصوصی‌سازی پرداخته است. همچنین بیان داشتند که مطالعه در

^۱. راهرو خواجه، علی اصغر، «خصوصی‌سازی در زندان‌ها»، نشریه اصلاح و تربیت، سال اول، شماره ۱۰، ۱۳۷۸، صص ۳۵ و ۳۶.

^۲. Abbey, David, Review of private prison contracts penalty assessment, legislative finance committee, 2010, p.3.

^۳. Adam Smith Institute

خصوص صرفه جویی در زندان های خصوصی می باشد توسط نهادهایی بی طرف انجام شود. گروه های بی طرف مأمور تهیه گزارش از مقایسه هزینه های زندان های دولتی و خصوصی شدند.

در سال ۱۹۹۶ مطالعات مستقلی توسط GAO صورت پذیرفت. این مؤسسه پنج مطالعه بر سر هزینه های بخش عمومی و بخش خصوصی در کشور ایالات متحده انجام داد که نتایج از قرار زیر بود.

بر اساس چهار مطالعه، صرف جویی نمی توانست صورت گرفته باشد زیرا اختلاف بین هزینه های بخش عمومی و خصوصی یا کم بود و یا به دلیل اختلاف در هزینه ها قابل بررسی نبود. در نهایت اینکه تفاوت شایانی بین بخش عمومی و بخش خصوصی وجود نداشت.^۱

در سال ۲۰۰۱ مطالعه دیگری توسط اداره معاوضت دادگستری^۲ صورت گرفت که نتایج مشابهی را گزارش داد. بر طبق گزارش این مؤسسه به جای اینکه ۲۰٪ صرفه جویی ناشی از خصوصی سازی زندان صورت گیرد (آنچه مدیران زندان های خصوصی ادعا می کردند) تنها ۱٪ صرفه جویی صورت گرفته بود.^۳

علاوه بر آن منتقادان زندان های خصوصی معتقدند که چنانچه زندان های خصوصی در ابتدا دستمزد پایینی را طلب کنند، در ادامه که دولت نیاز به این شرکتها داشته باشد به افزایش دستمزد خود مبادرت می ورزند. از سال ۲۰۰۴ تا ۲۰۰۱ دستمزد CCA در مرکز اصلاح و تربیت داوید موس ۴۲٪ افزایش داشت. این افزایش موجب شد بخش تولسا^۴ با کمبود بودجه ۳۰۷ میلیون دلاری مواجه شود. در سال ۲۰۰۵ این بخش تصمیم گرفت خود اداره زندان را بر عهده گیرد و حاضر به ادامه قرارداد با بخش خصوصی نشد.^۵

۶-۱-۲- ابهام در افزایش کارایی زندان های خصوصی

گزارش GAO علاوه بر اینکه عدم صرفه جویی زندان های خصوصی را به اثبات رساند، بیانگر این مطلب نیز بود که زندان های خصوصی موجب بهبود در کیفیت خدمات

¹. Patrick Nt Sobi, op.cit, p. 39.

². Bureau of justice Assistance

³. Schwartz, Martin, "Capitalist Punishment: Ethics and Private Prison", Kluwer international law, vol. 12, 2004, p 140.

⁴. County Tulsa

⁵. Empty promise 5: Private Prisons Save Tax Payers Money, 2009, www.afscme.org.

نمی‌شود. سیستم‌های اندازه‌گیری در حال حاضر ضعیف هستند و با آنها نمی‌توان به این نتیجه رسید که کیفیت خدمات زندان‌های خصوصی بالاتر است. مطالعات بالا نشان داد که یا فرقی بین کارایی و هزینه‌های دو بخش وجود ندارد یا در مواردی بخش دولتی موفق‌تر بوده است. بنابراین، این ادعا که زندان‌های خصوصی کارایی بالاتر و هزینه‌های پایین‌تری دارند ثابت شده نمی‌باشد. بطور کلی، زندان‌های خصوصی با این دو ادعا (هزینه پایین‌تر، کارایی بالاتر) وارد عرضه زندان‌بانی شده‌اند که هر دو ادعا صحیح نمی‌باشد. بنابراین فلسفه وجودی این‌گونه زندان‌ها زیر سوال رفته است.

۶-۲-ب) احتیاطی شدید زندان‌های خصوصی

عمر زندان‌های خصوصی مدرن بسیار کوتاه می‌باشد، اما تاریخچه کوتاه آن‌ها سرشار از بی‌احتیاطی مسئولین و مدیران این زندان‌ها می‌باشد که حوادث وخیمی را در زندان بدنبال داشته است. در شمال شرقی ایالت اوهایو در زندان یانگ استون بی‌احتیاطی‌های زیادی انجام شد که در نتیجه آن ۱۳ ضرب با چاقو، ۲ قتل عمد و ۶ فرار از زندان به وقوع پیوسته بود. پیتر دیویس مدیر بازرگانی از زندان اوهایو بیان داشت: «در تاریخ اوهایو هیچ چیز به مانند خشونت در درون زندان آن نمی‌باشد».^۱ نتیجه تحقیقات نشان داد که حوادث درون زندان در نتیجه بی‌کفایتی کارمندان آن بوده است. بدین صورت که مجرمان امنیتی بالا و متوسط در یک محل نگه داشته‌اند. در سال ۱۹۹۸ زندان یانگ استون پر از شکایت‌های شرکت CCA بود. این شکایت‌ها بدین دلیل بود که این شرکت زندانیان با درجه امنیت بالا (خطروناک) را با زندانیان درجه امنیت پایین در یک محل قرار داده بود و این کار برای زندانیان ناگوار بود. تا اینکه دادگاه حکم داد ۱۱۳ زندانی خطروناک در جای دیگری نگهداری شوند.^۲

ب) احتیاطی زندان‌ها به حدی رسیده بود که در سال ۲۰۰۰ هیچ ایالتی در آمریکا بر سر قرارداد جدید با زندان‌های خصوصی مذاکره نکرد. حتی در کارولینای شمالی بی‌کفایتی مدیران زندان خصوصی منجر به این شد که این ایالت قرارداد زندان خصوصی را فسخ کند. در فوریه ۲۰۰۱ ایالت ارکانزاس اعلام کرد که اداره ۲ زندان خود را از شرکت داکهوت پس می‌گیرد.^۲

^۱. Prison privatization and the use of incarceration, 2009, www.sentencingproject.org.

^۲. Ibid.

شكل گیری زندان های خصوصی و مطالعه ...

یک کارشناس میزان حوادث مهم در زندان های دولتی و زندان های خصوصی را مقایسه کرد و نتیجه این شد که در زندان های خصوصی ۵۰٪ بیشتر، ضرب و جرح زندانیان توسط کارمندان زندان به وقوع می پیوندد و همچنین میزان ضرب و جرح زندانیان علیه زندانیان بیشتر از زندان های دولتی است. به طوری که فقط در یکسال ۴ زندانی و یک نگهبان کشته شدن.

در ایران نیز در مهر ماه ۱۳۸۴ (هنگامی که بخش خصوصی وارد زندان شده بود) یک شورش در زندان به وقوع پیوست که علت آن افت کیفی غذا بوده است. مقامات مسئول علت این حادث را اعتراض به زندانیانی که وضعیت آنها بلا تکلیف است اعلام کرده بودند. این اغتشاش در بندهای ۱۰ و ۱۱ زندان عادل آباد بوقوع پیوسته بود که هر کدام دارای ۱۱۰۰ تا ۱۲۰۰ زندانی بود.

همچنین یک ماه بعد در این زندان، یک زندانی توسط چهار زندانی دیگر به قتل رسید. علت این حادث بی احتیاطی مدیریت زندان در هم سلول کردن مجرمین خطرناک با سایر مجرمین بود. در این حادث، چهار نفر از زندانیان که یکی از آنها متهم به سرقت مسلحه بود یک نفر از هم سلولی هایی خود را به قتل رساندند. در این زندان تفکیک بین مجرمین خطرناک و مجرمین عادی صورت نگرفته بود.

همچنین اغتشاش دیگری صورت گرفت که عاملین اصلی این اغتشاش ۶۰ تا ۷۰ نفر از محکومین به اعدام بودند که در بندهای عادی با سایر محکومین نگه داشته می شدند. این بی احتیاطی مسئولین زندان در تفکیک زندانیان از جمله علل بروز اغتشاش بود.^۱

در حادثه دیگری در این زندان، نوجوانی توسط پنج شرور به قتل رسید. علت این حادثه، قرار دادن این نوجوان در بند محکومین خطرناک بود. متصرفیان داخلی زندان قصد تعمیر و مرمت بخش نوجوانان را داشتند و به علت محدودیت مکان، این نوجوان در بخش اشرار جا داده شده بود. در پی حادث فوق تصمیم بر آن شد که بخش خصوصی توانایی اداره زندان را ندارد و از این بخش خواسته شد که تجهیزات خود را از زندان خارج کند. بدین ترتیب اولین تجربه ایران در خصوصی سازی مدیریتی زندان با شکست روبرو شد.

^۱. www.iran-newspaper.com – 1384/08/30.

۶-۳-۶- مشکل نظارت در زندان‌های خصوصی

مشکل نظارت در زندان‌های خصوصی آمریکا از دو جهت قابل بررسی است. یکی نداشتن نظارت کافی بر عملکرد زندان‌های خصوصی و دیگری هزینه نظارت بر این‌گونه زندان‌ها.

۶-۳-۱- عدم نظارت کافی بر زندان‌های خصوصی

در زندان‌های خصوصی نظارت کافی و مستمر وجود نخواهد داشت. این امر موجب افزایش سطح تخلفات خواهد شد. اما زمانی که زندان در اختیار دولت می‌باشد، نظارت درون‌سازمانی است و نظارت درون‌سازمانی بسیار آسان‌تر از نظارت بر بخش خصوصی انجام می‌گیرد.^۱ عدم نظارت کافی بر زندان‌های خصوصی تبعات منفی بسیاری بدنبال خواهد داشت. حوادث و جنایات زیادی که در این‌گونه زندان‌ها به وقوع پیوسته نمونه یکی از تبعات منفی است. در کوئینزلند استرالیا در ابتدا ناظر تمام وقت در زندان وجود داشت. اما با در نظر گرفتن این مساله که نیازی به نظارت دائمی بر عملکرد بخش خصوصی نمی‌باشد به دوبار در هفته کاهش یافت. در برخی زندان‌های آمریکا نیز زمان نظارت، یک ساعت در هفته است.^۲

۶-۳-۲- هزینه نظارت بر زندان‌های خصوصی

مشکل دیگر بر سر نظارت بر بخش خصوصی، هزینه نظارت می‌باشد. بودجه‌ای که صرف نظارت بر بخش خصوصی می‌شود جدا از بودجه‌ای است که اداره زندان‌ها به بخش خصوصی برای اداره زندان می‌پردازد. در حقیقت دولت دو هزینه جداگانه را پرداخت می‌کند. یکی دستمزد بخش خصوصی برای اداره زندان و دیگری هزینه نظارت بر بخش خصوصی است.^۳ دستمزد ناظران دولتی در زندان‌های خصوصی و هزینه دوربین‌های درون زندان برای بررسی عملکرد این بخش و دیگر هزینه‌های نظارتی بر عهده دولت خواهد بود. این هزینه‌های اضافی باید با دستمزد بخش خصوصی جمع شود تا هزینه نهایی برای دولت معلوم گردد. از این‌گونه هزینه‌ها به عنوان هزینه پنهان یاد می‌شود که در عمل گاهی منجر به پارادوکس می‌شود. یعنی

¹. Theodore Gentry, James, "The Panopticon Revisited: The Problem of Monitoring Private Prisons", the Yale Law journal, vol. 96. No. 2, Dec 1986, p. 358.

². ماتیوس، همان، ص. ۳۷۵.

³. Gentry, op.cit, p 358.

شكل گیری زندان های خصوصی و مطالعه ...

در عمل هزینه نهایی (دستمزد بخش خصوصی و هزینه های نظارت) بیشتر از هزینه زندان های دولتی خواهد شد.^۱

۶-۴- لابی گری زندان های خصوصی

گروه های لابی که از جمله آنها لابی زندان های خصوصی است به دو دسته تقسیم می شوند. یکی لابی درونی، که بدین شکل عمل می کند که هزینه انتخاباتی نمایندگان را متقبل می شود و نمایندگان خاصی را وارد مجلس نمایندگان می کند تا طرح ها و لایح مطابق با سیاست های خود را به تصویب برساند. دوم لابی بیرونی، که با تحریک اعضای جامعه سعی می کند با فشار افکار عمومی بر مجلس، قانونی را به نفع خود به تصویب برساند.^۲

این بیم از بدو وجود زندان های خصوصی وجود داشت که زندان های خصوصی از توسعه و گسترش کمی و کیفی زندان ها سود می بردند و رفتار فته خود به گونه ای سودجویانه به گسترش آن دامن می زندند به صورتی که لابی های خصوصی سازی زندان شکل خواهد گرفت.^۳ این پیش بینی ها به درستی به وقوع پیوست و در حال حاضر در کشورهایی مثل انگلستان و ایالات متحده، شرکت های خصوصی اداره کننده زندان بصورت لابی در حال گسترش زندان های خصوصی هستند. روزنامه ها در بریتانیا فاش کردند که یک نوع پیوستگی فعالیت های سیاسی و تجاری بین این نوع شرکت ها و مؤسسه خدمات حبس بریتانیا وجود دارد و آنها سهم زیادی در تأمین بودجه حزب محافظه کار داشته اند.^۴

۳۰

مجله حقوقی دادگستری ، شماره ۵۰ ، سال ۱۳۹۲ ، پاییز

^۱. Weinrath, Michael, "Punishment for Profit: Private Prisons", the Canadian journal of sociology , vol. 23, no. 4, autumn 1998, p. 468.

^۲. T. walker, Edward, The Privatization Of political Influence: Professional Grassroots Lobbying in the United States, The Pennsylvania state university , may 2007, p 8-9.

^۳ . گودرزی بروجردی، محمد رضا، و مقدادی، لیلا کیفرشناسی نوین یا کیفر اجتماعی، چاپ اول، مجد، ۱۳۸۴

ص ۲۶

^۴ . ماتیوس و فرانسیس، پیشین، ص ۳۵۷

نتیجه

زندان‌های خصوصی سنتی وضع رقت‌باری را برای زندانیان آمریکا به وجود آوردند. به طوری که تا سال ۱۹۳۰ اینگونه زندان‌ها بطور کامل حذف شدند. شکل جدید زندان‌ها که از سال ۱۹۷۶ در آمریکا ایجاد شد با دو ادعا وارد عرصه زندان‌بانی شد. اول اینکه کارایی بیشتری را دارند و دوم اینکه با هزینه کمتر در اداره زندان، موجب ذخیره‌سازی ارزی برای دولت می‌شوند. این در حالی است که یکی از معیارهای کارایی بیشتر در سطح زندان، رعایت حقوق اولیه زندانیان است که آمار جنایات، حوادث، فساد، تبعیض و ... در این زندان‌ها به اندازه‌ای بالا بوده که ادعای کارایی بیشتر به طور کلی رد می‌شود. در ایران نیز بخش خصوصی با ادعاهای مشابه آمریکا وارد عرصه زندان‌بانی شدند. اما عدم مدیریت صحیح این بخش و بی‌احتیاطی شدید این زندان‌ها، منجر به این شد که قرارداد با بخش خصوصی ادامه پیدا نکند. در ضمن واگذاری زندان به بخش خصوصی چه به صورت کلی و چه به صورت جزیی با قوانین و مقررات فعلی کشور در تضاد می‌باشد. اما در آمریکا و تقریباً تمام کشورهای که اقدام به خصوصی‌سازی زندان نمودند ابتدا قوانینی به تصویب رسید که اجازه حضور بخش خصوصی را فراهم آورد.

بخش خصوصی ممکن است در سایر بخش‌ها به خوبی عمل کرده باشد اما در زندان‌های ایران و آمریکا کارنامه بسیار بدی از خود به جا گذاشته است. این نشان‌دهنده آن است که این بخش از ابتدا نباید وارد ارگان حساسی مانند زندان می‌شد. با ورود این بخش نتیجه همین خواهد شد که در کشور آمریکا اتفاق افتاده است که حقوق اولیه زندانیان به کنجی انداخته شده است.

در ابتدا ورود این بخش در زندان جنبه اقتصادی داشت. همین امر موجب این شد که به حقوق اولیه زندانیان توجهی نشود و فقط مقرون به صرفه بودن آن لحظه گردد. بی‌شک متصدیان امر متوجه معضلات شدید این زندان‌ها شده‌اند، اما با تصور اقتصادی بودن این زندان‌ها، زندان‌های خصوصی را گسترش می‌دهند. در کنار این امر باید به لایی‌گری بسیار بالای این اداره کنندگان زندان‌های خصوصی هم اشاره کرد که با ورود به نهادهای تصمیم‌گیر تا به حال قوانین موثری در جهت گسترش زندان‌های خصوصی تصویب نموده‌اند. واگذاری کامل زندان که بر طبق آن مدیریت و حفظ امنیت زندان در اختیار بخش خصوصی قرار می‌گیرد چیزی جز ضایع کردن حقوق اولیه زندانیان نخواهد بود.

فهرست منابع

الف - فارسی

كتب

- احمدی لفورکی، بهزاد، لابی و لابی گر در آمریکا، چاپ اول، مؤسسه فرهنگی مطالعات و تحقیقات بین المللی ابرار معاصر، ۱۳۸۷.
- آشوری، محمد، جایگزین حبس یا مجازات های بینابین، انتشارات اندیشه، ۱۳۸۱.
- جعفرقلی، ناصر، «راهکارهای کاهش جمعیت کیفری»، راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، به کوشش مائدۀ میرشمس شهشهانی، چاپ اول، میزان، ۱۳۸۶.
- رحیمی بروجردی، علیرضا، خصوصی سازی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- شمس، علی، طرح ایجاد زندان های خصوصی در ایران، مرکز آموزشی پژوهشی سازمان زندان ها، ۱۳۸۱.
- شهیدزاده، ژاله، «جمعیت کیفری زندان ها با تکیه بر قرار کفالت»، در راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، به کوشش مائدۀ میرشمس شهشهانی، چاپ اول، میزان، ۱۳۸۶.
- صفاری، علی، کیفر شناسی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
- گرمارودی، هما، «اندیشه های مجازات و عوامل موثر بر حجم جمعیت کیفری»، راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، به کوشش مائدۀ میرشمس شهشهانی، چاپ اول، میزان، ۱۳۸۶.
- گروه پژوهشی سازمان ملل متحده، جنبه های کاربردی خصوصی سازی، مترجم رضا پاکدامن، چاپ اول، مجد، ۱۳۷۴.
- گودرزی بروجردی، محمدرضا، مقدادی، لیلا، کیفرشناسی نوین یا کیفر اجتماعی، چاپ اول، مجد، ۱۳۸۴.
- ماتیوس، راجر، فرانسیس، پیتر، زندان ها در هزاره سوم، مترجم لیلا اکبری، چاپ اول، انتشارات راه و تربیت، ۱۳۸۱.
- محمدی، داود، مجازات های جایگزین، چاپ اول، انتشارات عود، ۱۳۸۴.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جامعه شناسی جنایی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۸۳-۸۴.

- هافمن، دنیس، قضایت آمریکایی، ترجمه عمام الدین باقی و محمدحسین باقی، چاپ اول، نشر سرایی، ۱۳۸۲.
- واسمن، هارون، تاریخ مردی آمریکا، مترجمین محمد قاضی و ملک ناصر نوبان، چاپ اول، نشر آردین، ۱۳۷۲.

مقالات

- راهرو خواجه، علی اصغر، «خصوصی‌سازی در زندان‌ها»، نشریه اصلاح و تربیت، سال اول، شماره ۱۰، ۱۳۷۸.
- کوسون، موریس، «تحول زندان در ایالات متحده آمریکا»، ترجمه قاسم قاسمی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۲، ۱۳۸۲.

ب- انگلیسی

- کتب

- Abbey, David, Review of private prison contracts penalty assessment, legislative finance committee, 2010.
- Coyle, Andrew and Campbell, Allison, Capitalist Punishment: Prison Privatization & Human Rights, Clarity press, 2003.
- Grimond, David, Prisons of Industry: the Recent History of American Private Prisons 1978-1985, University of Ottawa, 1998.
- Hallet, Michael, Selective Celling: Inmate Population in Ohio's Private Prisons Policy Matters, Ohio, 2001.
- Maruono, Atsuko, The Correctional-Commercial Complex: an Examination of Privatization of the U.S Prison System, Department Of Geology and Geography Morgantown, West Virginia, 2000.
- Patrick Nt Sobi, Mfanelo, Privatization of prisons and prison services in South Africa, university of the Western Cape, November 2005.
- Senior, Paul, And Dowey, Chris, Understanding Modernization in Criminal Justice, Open University press, 2007.
- T. walker, Edward, The Privatization Of political Influence: Profferssional Grassroots Lobbying in the United States , The Pennsylvania state university, may 2007.

- Thalmann, Vanessa, Prison Labor for Private Corporations: The Impact for Human Rights, university of Montreal, October 2004.
- Yijia jing, State prison privatization in the U.S: a study of the causes and magnitude, the Ohio state university, 2005.

- مقالات -

- C. McDonald, Douglas, Private Penal Institutions, Crime and Justice, the University Of Chicago Press, vol. 16, 1992.
- Mahler, Henry, Convict Labor Policies, Journal of the American Institute of Criminal Law and criminology, Vol. 15 , No, 4 1998.
- j. Flanagan, Timothy, Private Prisons: Cons and Pros, Contemporary Sociology, vol. 20, No. 4, Jul, 1991.
- Hogan, Nancy, The Impact of Job Characteristic of Private Prison Staff: Why Management Should Care, Southern criminal justice association, vol. 34, 2009.
- Lippke, Richard, Thinking About private prisons, Journal of Criminal Justice Ethics, Vol. 16, 1997.
- Schwartz, Martin, Capitalist Punishment: Ethics and Private Prison, kluwr International Law, vol. 12, 2004.
- Johnston, Van, Privatization of Prisons: Management Productivity and Governance Concerns, Public Productivity Management Review, Vol. 14, No. 2, Winter 1991.
- Potts, Charles, the American Academy of Political and Social Science, Vol. 21, Problems in Charities and Correction, May 1903.
- Theodore Gentry, James, The Panopticon Revisited: The Problem of Monitoring Private Prison's, the Yale Law journal, vol, 96. No. 2, Dec 1986.
- Weinrath, Michael, Punishment for Profit: Private Prisons, the Canadian journal of sociology, vol. 23, no. 4, Autumn. 1998.

پیش‌زمینه مفهوم قانون در عصر مشروطه: از مالک‌الرقابی تا تنظیمات

محمد راسخ*

فاطمه بخشیزاده**

چکیده

پیدایش مفهوم قانون را در عصر مشروطه باید حاصل تلاش متفکرانی دانست که سال‌ها پیش از تاریخ رسمی وقوع انقلاب مشروطه (۱۳۲۴ق. / ۱۲۸۵ش.) به تبیین این مفهوم همت گماشتند. بنابراین، آگاهی یافتن از بستر ذهنی و عینی و نخستین بحث‌ها و واکاوی‌ها درباره چیستی قانون در این خصوص بسیار چشم‌گشاست. نوشتار حاضر به سیر اندیشه تحول خواهی در نظام حاکم پیش از مشروطه تا انقلاب مشروطه، که در واقع سیر پیدایش و تحول مفهوم قانون در اندیشه متفکران آن زمان بوده است، می‌پردازد. رسیدن به ایده نظام مشروطه و قانون متناسب با آن یک امر تصادفی نبوده است. وجود سلطنت مطلقه غیرمنظم (مستقل) و مفهوم قانون مالک‌الرقابی و مطرح شدن سلطنت مطلقه منظم و قانونی که به مثابه تنظیمات عمل کند، جملگی پیشینه رسیدن به نظام مشروطه و فهم غالب متفکران آن دوره از قانون بود، فهمی که به نوبه خود متشتت بود و به دگراندیشی‌هایی جدی انجامید.

وازگان کلیدی: مفهوم قانون، مشروطیت، قانون مالک‌الرقابی، قانون تنظیماتی، سلطنت مطلقه غیرمنظم، سلطنت مطلقه منظم.

m-rasekh@sbu.ac.ir

matin_bakhshizade_88@yahoo.co

* استاد حقوق عمومی و فلسفه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

** دانشجوی دکترای حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

هنگامی که در دهه‌ی میان سال سلطنت مظفرالدین شاه قاجار مهم‌ترین دگرگونی تاریخ دوران جدید در ایران اتفاق افتاد و نخستین سند برقراری حکومت قانون به امضاء رسید مدت‌ها بود که از زمان شکل‌گیری فهمی از قانون نزد غالب متفکران آن دوران، هریک به اقتضای دریافت آنان، می‌گذشت.

شماره چهاردهم روزنامه صور اسرافیل در یکی از سرمهالهای خود در باب یک سال و نیمگی اعلام مشروطیت به نکته مهمنی اشاره کرد: «امروز قریب یکسال و نیم است که رسماً و بیش از سی چهل سال است که در پرده و خفا مسلمین ایران دم از مشروطه می‌زنند». ^۱ این نکته، در واقع، قدمت تلاش‌های ذهنی و عینی برای استقرار مشروطیت را بیان می‌کند.

از زمانی که امیرکبیر «خیال کنستی توسيون را در ذهن خود می‌پروراند»^۲، اندیشه تحول شرایط در نظام حاکم شکل گرفته بود و البته آن زمان به بیش از چهار دهه پیش‌تر باز می‌گشت. در قرن نوزدهم، به سبب چالش‌های سیاسی و نزاع‌های نظامی مانند جنگ‌های نسبتاً طولانی با روسیه و کشمکش دراز دامن سیاسی نظامی میان ایران و انگلستان بر سر مسئله هرات، اعزام دانشجو برای تحصیل در علوم و فنون جدید به خارج از کشور، اطلاع‌یافتن از تحولات دولت عثمانی و مانند آنها روبروی با تمدن غرب صورت جدی به خود گرفت و، پس از احساس نیاز به اصلاحات نظامی، ذهن متفکران و فعالان سیاسی و دیوانی به سوی آشنایی بیشتر با نظام‌های سیاسی در جوامع غربی گرایش یافت.^۳ این آشنایی موجب شد هر یک از آنان پاسخی خاص به پرسش راز پیشرفت یا برتری تمدن غرب بدهد. یکی از «اختراعات صنایع فرنگ» و دیگری از «ایجاد راه‌آهن» می‌گفت و آن دیگری (میرزا یوسف خان مستشارالدوله) آن راز را در «یک کلمه» (قانون) نهفته می‌دید که «بنیان و اصول

^۱. سرمهاله روزنامه صور اسرافیل، شماره ۴، دهم شعبان ۱۳۲۵. روزنامه صور اسرافیل (دوره کامل)، انتشارات رودکی، اسفند ۱۳۶۱، ص ۱۱۷.

^۲. در خطابی از امیرکبیر به میرزا یعقوب خان، پدر میرزا ملکم خان نظام‌الدوله، که در آن زمان در سفارت روسیه مشغول خدمت بود چنین آمده‌است: «مجالم ندادند و آلا خیال کنستی توسيون داشتم، مانع بزرگ روس‌های تو بودند ... منظر موقع بودم»، نک: کتابچه میرزا یعقوب خان، نورائی، فرشته، تحقیق در افکار میرزا ملکم خان نظام‌الدوله، تهران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، چاپ اول، ۱۳۵۲، ص ۷.

^۳. Moshtaghi, Ramin, (2010) “Rule of Law in Iran”, in Koetter/Schuppert, Understanidngs of the Rule of Law in various Legal orders of the World, Rule of Law Working Paper Series Nr. 11, Berlin, P. 3: <http://wikis.fu-berlin.de/display/SB/projectrol/Home>. (20/7/2013)

نظم فرنگستان» و «دلیل تمام خوبی‌ها و ترقی‌های آنچا» بود.^۱ در واقع، فهم این نکته که قانون نظام حکومتی موجود در غرب را مستعد پذیرش و رشد تحولات مثبت می‌کرد، معایب و نارسایی‌های نظام حاکم در ایران را آشکار گردانید. به دیگر سخن، معیار تفکیک سلطنت حاکم در ایران با سایر نظام‌های حکومتی «وجود و نحود استعمال قانون» شناخته شد.

بدین ترتیب، اندیشه‌ورزان زمان بر آن شدند تا، با توجه به امکانات موجود در این دیار و درک شرایط وقت، نسخه‌ای برای درمان درد بی‌قانونی در کشور بپیچند. مخاطبان این نسخه در مرحله نخست «شاه و درباریان» بودند و در مرحله دوم «مردم»، چرا که قانون، که محور نظریات آنان بود، دیگر نه بیان اراده شاه که باید تجلی اراده ملت می‌بود.

قانون مالک‌الرّقابی

سلطنت مطلقه^۲ الگوی اصلی در ادب سیاسی ایران باستان است. در ایران پیش از اسلام، اصل فرهای ایزدی به قدرت فرمانروا مشروعيت می‌بخشید. بر پایه این اصل یا افسانه، قدرت فرمانروا ایان، به این دلیل ساده که جایگاه ایشان تنها مرهون فرهی است که مستقیماً از منبع موارئی به ایشان ارزانی شده است، هم مطلق و هم خودسرانه بود. از همین اصل برای مشروعيت بخشیدن به فرمانروا ایان پس از اسلام، گاه با عبارت فرهای ایزدی استفاده می‌شد، هر چند بعدها عبارات معادل آن همچون سایه خداوند، قطب عالم امکان و غیره ترجیح داده شدند.^۳

مطابق الگوی سلطنت مطلقه، سلطان، «ظل‌الله»، وظیفه «انتظام امور اهل اقلیمی یا بیشتر، منوط» به وجود است. از این رو، در این سرمشق حکومتی «وجود سلطان در مملکت حکم جان» را دارد در بدن و «تا آن بر جا نباشد این برپا نباشد». در

^۱. «یک کلمه که انتظامات فرنگستان در آن مندرج است کتاب قانون است.» میرزا یوسف خان تبریزی "مستشار‌الدوله"؛ رساله موسوم به یک کلمه، به اهتمام علیرضا دولتشاهی، تهران، بال، ۱۳۸۶، ص. ۲۵.

^۲. در متون سیاسی عصر قاجار، خصوصاً عصر ناصری، نوع حکومت ایران سلطنت مستقل یا مطلق گفته شده است. برای نمونه، نک: اکبری، محمد علی، چالش‌های عصر مدرن در ایران عهد قاجار، تهران، انتشارات روزنامه ایران، چاپ اول، ۱۲۸۴، ص. ۳۰-۲.

^۳. کاتوزیان، محمد علی (همایون)، تضاد دولت و ملت (نظریه تاریخ و سیاست در ایران)، ترجمه علیرضا طیب، تهران، نشر نی، چاپ هشتاد، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۵.

Sheikholeslami, Reza A. (1997), The Structure of Central Authority in Qajar Iran (1871-1896), USA: Scholars Press, PP. 1-2, 72-75.

^۴. کرمانشاهی، محمدعلى، احکام المدن، خطی، برگ‌های ۲۶ الی ۴۵. به نقل از: اکبری، همان، ص. ۱۵۶.

این الگو، مردمان «در مقام مملوکیت و عبودیت پادشاهاند»^۱ و در قبال سلطان تکالیفی را بر ذمہ دارند که از مهمترین آنها اطاعت محض از سلطان عصر مملکت است.

مطلوب پیش گفته باورهایی بودند که دیرزمانی در اندیشه ایرانیان نهادینه شده بودند. دوران قاجاریه اما آغاز عصر جدیدی را در تاریخ ایران نوید داد.^۲ به پرسش گرفتن اوضاع زمانه در میان نخبگان گسترش یافت و در حوزه سیاست به پرسش از نظام حاکم مبدل شد. در ادامه، به سلطنت مطلقه غیر منظم، که برداشتی مالکالرقابی از قانون داشت، در رسائل و مکتوبات تاریخی می پردازیم.

سلطنت مطلقه غیر منظم

بررسی رسالات و مکتوبات متفکران در دوره ناصری و دوره متصل به مشروطه نشانگر نکته مهمی است. این نکته همانا اندیشه «تغییر سلطنت مطلقه» است. دو نظر در جریان تغییر نظام سلطنت مطلقه (مستقل) مطرح شد. نظریه نخست، که از حیث زمانی نیز تقدم داشت، تغییر سلطنت مطلقه غیر منظم به سلطنت مطلقه منظم و نظریه دوم تغییر سلطنت مطلقه به سلطنت مشروطه^۳ بود. شباهت این دو نظریه در خواست انتقال از وضعیت بی قانون به نظام متنکی به قانون بود. تفاوت آنها اما در تحولی بود که مفهوم قانون نزد آن متفکران پیدا کرد.

میرزا ملکم خان نظام الدوله در «دفترچه تنظیمات»، به سال ۱۲۷۶ قمری، دو اختیار برای حکومت، «دستگاهی ... که در میان یک ملت مستقل منشاً امر و نهی می گردید»، شناخت: اختیار وضع و اختیار اجرای قانون.^۴ توصیف وی از نظامهای

^۱. حاج میرزا موسی بن علیرضا ساوجی، سیاست مدن، در زرگری نژاد، غلامحسین، رسایل سیاسی عصر قاجار، تهران، کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۰، ص ۴۷.

^۲. هر چند این باور که سلطنت موهبت الهی است، تا زمان تدوین متمم قانون اساسی نیز، اعتبار خود را حفظ کرده بود. چنانکه در اصل سی و پنجم متمم قانون اساسی مشروطه (۱۳۲۵ ق) آمده بود: «سلطنت و دیعه ای است که به موهبت الهی از طرف ملت به شخص پادشاه مفوض شده». فریدون آدمیت در توضیحی اوردۀ است: «بر لفظ موهبت الهی، اثر حقوقی و سیاسی مترتب نیست. چنانکه در قضیۀ خلع محمد علی شاه صحبتی از آن به میان نیامد. اساسا از نظر منطق دستوری از آنجا که حکمرانی را ملت تفویض داشته، ذاتا بخششی در کار نیست.» آدمیت، فریدون؛ ایدنولوژی نهضت مشروطیت ایران، جلد نخست، تهران، پیام، چاپ اول، ۲۵۳۵.

زیرنویس ص ۴۱۰.

^۳. «مراد و مقصود ما متحداً تغییر سلطنت مطلقه است به مشروطه»: سید محمدحسین طباطبائی، رایزنی در قم برای اتفاق نظر در مورد خواستهای علماء از شاه، نیمة اول جمادی الثانی ۱۳۲۴، در رجی (دانی)، محمد حسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد دوم، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۲۲.

^۴. ملکم خان، «رساله دفتر تنظیمات»، مجموعه آثار میرزا ملکم خان، تدوین و تنظیم: محیط طباطبائی، محمد، برلین: نشر گردون، چاپ یکم، پائیز ۱۳۸۹، ص ۱۵.

حاکم بر مبنای وجود این دو اختیار نسبت به قانون است، به دیگر سخن، «در استعمال قانون است در سلطنت‌های مختلفه». ^۱ بر این اساس، «حکومتی که هم اختیار وضع قانون و هم اختیار اجرای آن دست پادشاه باشد» ^۲ سلطنت مطلقه ^۳ نامیده می‌شود. حال، پادشاه که هر دو اختیار را دارد یا «به جهت نظم و حفظ قدرت شخصی خود» آن‌ها را جدا از یکدیگر به کار می‌گیرد که آن را سلطنت مطلقه منظم می‌نامند، یا «فرق این دو اختیار را متوجه نشده است و هر دو را مخلوط هم استعمال می‌کند» ^۴ که در آن زمان «سلطنت مطلقه غیرمنظم» معرفی می‌شد، مانند نظام ایران.

متون و رساله‌های به جا مانده از نویسنندگان آن عصر نشانگر آن است که اگر چه قانون در نظر ایشان «آن حکمی است که از دستگاه حکمرانی صادر می‌شود و مبنی بر صلاح عامه است و امثال آن بر عامه رعیت بالمساوی واجب می‌باشد»، ^۵ این حکم برای قانون شدن نیاز به رعایت یک شرط عمده دارد. آن شرط، که «از اصول و از دقایق علوم تنظیم» است، این است که عمل وضع قانون در دستگاه جعل قانون صورت گیرد. در نتیجه، قانون نزد آنان «هر حکمی بود که موافق قرار معین از دستگاه قانون صادر شود» و این ویژگی «لازم قانون» به شمار می‌آمد.^۶ بدین ترتیب، آن حکمی که از دستگاه حکومتی نظام سلطنت مطلقه غیرمنظم از سوی پادشاه صادر می‌شد قانون نبود، چرا که «قانون باید لامحاله از دستگاه قانون صادر می‌شد».^۷

آن حکم، حتی اگر «بهتر از قوانین جمیع روی زمین بود و بهتر از جمیع احکام نیز مجری می‌شد»، در نهایت «یک حکم خوب»^۸ بود و نه یک قانون. بنابراین، از نظر متفکرانی که قائل به نظریه سلطنت مطلقه منظم بودند، ویژگی بارز سلطنت مطلقه غیرمنظم عدم وجود قانون بود. در واقع، برداشت ایشان از عدم وجود قانون اداره

^۱. این عبارت از صاحب رساله منهاج‌العلی (۱۲۹۴ ق) به نام ابوطالب بهبهانی است. تفکیک‌هایی که در این رساله نسبت به سلطنت‌های مختلف صورت گرفته است، تماماً شبیه به تقسیم‌بندی‌های میرزا ملکم خان است. نک: ابوطالب بهبهانی، منهاج‌العلی، در زرگری نژاد، همان، ص ۲۶۳.

^۲. ملکم خان، همان.

^۳. در هر سلطنتی که هردو اختیار وضع و اجرای قانون در دست یک نفر عبارت از پادشاه یا امپراتور یا سلطان باشد آن را سلطنت مطلقه می‌گویند. بهبهانی، همان، ص ۲۶۲.

^۴. ملکم خان، همان.

^۵. همان، ص ۱۶.

^۶. برای نمونه، نک: ملکم خان، "رساله دفتر قانون"، همان، ص ۱۳۸.

^۷. همان.

^۸. همان، ص ۱۳۹.

دلخواهی حکومت، یعنی همان استبداد، بود: «در سلطنت‌های مطلقه غیرمنظمه این دو اختیار (وضع و اجرای قانون) را مخلوط به یکدیگر استعمال می‌کنند، که آن را اهالی فرنگستان دیسپوتوی می‌گویند؛ یعنی سلطنت جائز ظالم، که عمل آن به رأی واحد یا آراء مختلفه به هوای نفس و میل طبیعت مجری می‌گردد و متکی به هیچ قانونی ... نیست».^۱

بر این اساس، شاید بتوان این نظر را پذیرفت که مفهوم قانون در اندیشه مشروطه خواهان ایرانی «مفهومی سلبی» بوده است. بنا بر این نظر، آنان در پی «برچیدن چیز دیگر ... و نه کاربست و تحمیل فعال آن» بودند. به دیگر سخن، منظور ایشان قانون به معنای نبود حکومت خودکامه یا اداره دلخواهی و فاقد ضابطه بود و بس.^۲ به رغم باور غالب متفکران آن زمان مبنی بر اینکه در نظام سلطنت مطلقه غیر منظم قانونی وجود ندارد، در مکتبات و رسائل برخی از آنان از نوعی قانون که در آن نظام وجود داشته سخن به میان آمده است، البته با نگاهی کاملاً انتقادی. برای نمونه، آنان بر این باور بودند که در زمان استبداد «مقید به قلاده حکم‌های سخيف و قانون کشیف ظلام جور»^۳ بوده‌اند.

قانون در سلطنت مطلقه غیرمنظم

عدم وجود قانون در نظام استبدادی به معنای فقدان هر نوع محدودیت و هنجار نیست. آداب و رسوم، عرف‌های سیاسی و احکام شرعی هر کدام به نوبه خود می‌توانست تا اندازه‌ای بر آن نظام قید و محدودیت وارد کند. بی‌تردید، نظمی حداقلی در همه نظام‌های حکومتی وجود دارد، در غیر این صورت، مردم «به مقتضای طبع و مقاصد خود» واگذار شده و «هرآینه یکدیگر را مثل سیاع بر و ماهیان بحر می‌درند».^۴ اما در سلطنت مطلقه پیش از مشروطه چه احکام و قواعدی حاکم بوده‌است؟

نخستین اشاره "رساله در اصلاح امور"^۵ (۱۳۱۴ ه. ق.) به تفکیک قوانین دولتها به دو قسم شرعی و عرفی بود. نکته مهم در آن اشارت اذعان به حاکم بودن هر دو قسم قانون در ایران بود: «قانون شرع راجع به حقوق و حدود کلیه ملیه است و در

^۱. بهبهانی، همان، ص ۲۶۴.

^۲. کاتوزیان، محمد علی (همایون)، آزادی و لجام گسیختگی در انقلاب مشروطیت، در تضاد دولت و ملت (نظریه تاریخ و سیاست در ایران)، ترجمه علیرضا طیب، تهران، نشر نی، چاپ هشتم، ۱۳۹۰، ص ۱۷۵.

^۳. افصح المتكلمين، مکتوب در سال ۱۳۲۵ اق، در رجی (دوایی)، همان، ج ۴، ص ۹۱.

^۴. سید جعفر دارابی، مکتوب در سال ۱۲۲۳ اق، در: رجی (دوایی)، همان، ج ۱، ص ۱۴۹.

^۵. خان خانان، "رساله در اصلاح امور"، در زرگری نژاد، همان، ص ۵۰۵.

آن مباحث عدیده که به تفصیل و شرح در کتب فقه ضبط شده، آمده است» و قانون عرف در اصل «دستورالعمل و تکالیف نوکر است»^۱ که از ناحیه شاه، درباریان و حکام و فرمانروایان ایالات صادر می‌شد. نظام قضایی نیز در عصر قاجار، به تقليد از عصر صفوی و بنا بر تفکیک قواعد عرف و شرع، به محاکم شرعی و عرفی تقسیم شده بود، یعنی «شناسایی متقابل صلاحیت‌های حکومتگران و مجتهدان».^۲ اصل تفکیک صلاحیت‌های عرفی از صلاحیت‌های شرعی در طول سلطنت قاجاریان با شدت و ضعفی که نتیجه تعامل شرع و عرف بود ادامه پیدا کرد.^۳ این عبارت در آن زمان رایج بود که «فلان حکم شرعی است و فلان حکم عرفی».^۴

با این حال، پاره‌ای نویسندگان و نظریه‌پردازان آن دوره وضعیت موجود را به گونه‌ای در می‌یافتنند که در نهایت معتقد بودند قانون در جامعه وجود ندارد. در ادامه، به برخی از ویژگی‌هایی که ایشان در رسائل و مکتوبات خود در خصوص احکام و قواعد آورده‌اند اشاره می‌کنیم.

عدم تعیین قواعد لازم‌لاجر. چنانکه آمد، ویژگی بارز نظام احکام پیش از مشروطه دوگانگی قواعد شرع و عرف بود. پس از سلسله صفویه، تلاشی جدی (به ویژه از سوی روحانیان) صورت گرفت تا، با جداسازی هرچه بیشتر دو قلمرو شرع و عرف، نوعی تقسیم قدرت سیاسی و اجتماعی بوجود آید.^۵ به این ترتیب که رهبری قلمرو شرع برای روحانیان و رهبری قلمرو عرف برای سلطنت شناخته شود. این دوگانگی اما شرط تعیین قانونی را خدشه‌دار می‌کرد: «اوپاع ایالات به مرتبه‌ای مغشوشه است که به وصف نمی‌آید: نه قانونی هست و نه نظامی و نه اختیار معینی. اگر کسی به کسی سیلی بزند مظلوم نمی‌داند که به کدام اختیار رجوع نماید. یکی نزد مجتهد می‌دود و دیگری به خدمت شیخ‌الاسلام می‌رود، یکی به امام جمعه شکایت می‌برد،

^۱. همان، ۵۰۶.

^۲. امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران، تهران، انتشارات دایره المعارف ایران شناسی، تهران: ۱۳۸۶، ص ۳۹۰.

^۳. برای مطالعه بیشتر دراین خصوص نک.

Floor, Willem (1992), “Qajar Iran, Political, Social and Cultural Change 1800-1925”, in Bosworth, Edmond and Hillenbrand, Carole (eds.), USA: Mazda Publishers, PP. 113-147. and Amir Arjomand, Said (2005), “Political Ethic and Public Law In The Early Qajar Period”, in Religion and Society in Qajar Iran, Gleave, Robert (ed.), Routledge Curzon. PP. 21- 36. AND Schneider, Irene (2005), “ Religious and State Jurisdiction During Nasir Al-Din Shah’s Reign”, in Religion and Society in Qajar Iran, Gleave, Robert (ed.), Routledge Curzon, PP. 84-107

^۴. آقامیرزا فضلعلی، در بیان دلایل شرعی بودن قوانین مجلس شورا، مکتوب در سال ۱۳۲۵. در رجی (دوانی)، همان، ج ۳، ص ۲۲۳.

^۵. قاضی مرادی، حسن، ملکم خان نظریه پرداز نوسازی سیاسی در عصر مشروطه، تهران، کتاب آمه، ۱۳۸۹، ص.

دیگری به داروغه رجوع می‌کند، یکی به بیگلربیگی عارض می‌شود، دیگری به در خانه شاهزاده تظلم می‌نماید. یک قانون معین و دستاویز هر کس موجود نیست تا بدانند وقتی که به کسی سیلی زده شد به کدام اختیار رجوع باید کرد: مقصرا بعضی جرمیه می‌کند، بعضی به چوب‌کاری مستحق می‌داند، برخی عفو می‌نمایند.^۱ مفید قطعیت نبودن و عدم استمرار قواعد. دو گانگی قواعد همچنین پیش‌بینی‌پذیری و قطعیت نوع رفتار حاکم و استمرار آن را نیز از بین می‌برد؛ چرا که هم خود قواعد عرف و شرع به صورتی منضبط و یک‌دست وجود نداشتند و هم به جهت «عدم استقرار قانون و استبداد اقوال دولت، تغییر و تبدیل و انحراف آراء اولیای دولت در احکام»^۲ دیده می‌شد.

از یک سو، قانون عرف هنوز «منضبط نگشته بود». بر حسب عادت، می‌گفتند که با فلان امر باید فلان قسم رفتار کرد. اگر هم به همان ترتیب عادی رفتار نمی‌شد، بخشی نبود. صاحب هر اداره به زعم خود و «بنا بر صلاح روز» قانون می‌گذارد، آن هم «مشروط به صرفة خود و نه مصلحت دولت». در حقیقت، آنچه زیر عنوان قانون عرف شناخته شده بود همان «قانون دلبخواهی»^۳ بود: «دستورالعمل حاکم در ایران، ضمیر منیر درباریان است که هرچه به مقتضای اراده و میل ایشان باشد، صحیح است و الاجوف».^۴ از دیگر سو، «اختلاف آراء علماء ملت اسلامیه» که «مروجه قانون شریعت» بودند و رشتۀ احکام شرع را دست داشتند به حدّی بود که «مطلوباً برای انتظام امور دولت و ملت، موثر و کافی و مفید فایده»^۵ به نظر نمی‌آمد. افزون بر این، در اجرای مقررات شرعی محدودیت وجود داشت، چرا که «آن مقررات تنها مادامی قابل اجرا بودند که با خواست شاه، درباریان و حکام در تعارض» قرار نمی‌گرفتند. آنان می‌توانستند به میل خود اموال هر کس را مصادره کنند یا بر اشخاص، خانواده‌ها یا کل شهرها «مجازات‌هایی روا دارند که در قانون شریعت مجاز شناخته نشده»^۶ بود. شاهان قاجار با عنوان «ظل‌الله» سلطه عظیمی بر جان و مال مردم یافته بودند

^۱. آخوندزاده، میرزا فتحعلی، مکتوبات، مقدمه و تصحیح و تجدید نظر م. صبحدل، بی‌جا، انتشارات مردم امروز، چاپ اول : خرداد ۱۳۶۴ خورشیدی، ص ۴۱.

^۲. بهبهانی، همان، ص ۲۴۶.

^۳. خان خاثان، همان، ص ۵۰۴.

^۴. مکتوب مستشارالدوله به مظفرالدین میزرا و لیعهد، سال ۱۳۰۶، در کرمانی، نظام الاسلام، تاریخ بیداری ایرانیان، بخش دوم، به کوشش سعیدی سیرجانی، علی اکبر، تهران، انتشارات آگام، چاپ چهارم، ۱۳۶۲، ص ۱۷۲.

^۵. بهبهانی، همان، ص ۲۵۰.

^۶. کاتوزیان، گونه‌های مختلف ایبرالیسم / روپایی، در همان، ص ۱۱۵.

و با اینکه، بنا بر قاعده، سخن آنان مدام که مغایر شرع نبود قانون انگاشته می‌شد، «احکام صادره از سوی ایشان و درباریانشان نه بر مبنای قوانین شرع بلکه بنا بر مصالح سیاسی آنها صادر می‌گشت».۱

به این ترتیب، مقررات عرفی و شرعی به گونه‌ای بودند که هیچ‌یک نمی‌توانست إعمال قدرت حکومت را محدود و آن را پیش‌بینی‌پذیر کند:۲ «در صفحه روزگار، هیچ قانون شرعی و هیچ قرار عرفی نبود که در اقلیم ایران لگدکوب استبداد نشده باشد».۳

صدر قانون از دستگاه جعل قانون. کسانی که به این ویژگی قائل بودند باور داشتند که در حکومت استبدادی اگر هم قاعده‌ای یا قراری یا حکمی به نام قانون به رسمیت شناخته شود، از آنجا که دستگاه قانون‌گذاری و دستگاه اجرایی قانون از یکدیگر منفک و مستقل نیستند، حکومت قانونی وجود ندارد: «هرگاه اختیار وضع قانون و اختیار اجرای آن در دست شخص واحد یا هیأت واحد باشد، کار دولت به استبداد می‌کشد. یعنی ممکن است هر قسم میل دارد قانون وضع کند و به هر نحو که می‌خواهد آن را مجری بدارد و این ترتیب معادل است با آنکه قانون در کار نباشد».۴

گفتئی است آنان که در پی سلطنت مطلقه منظم بودند، یعنی می‌خواستند قانون‌گذار و مجری قانون از هم جدا باشند و دستگاه جعل قانون به وجود آید، هنگامی که خواست آنان به ثمر ننشست، آرمان نظام مشروطه را مطرح کردند: «مشروطه‌ای که اعمال صاحبان قدرت در آن مقید به قید قانون است و جماعتی بر ایشان ناظر است تا قدرت آنها را تعديل کند»،۵ یعنی هم وجود قانون را طلب کردند و هم دستگاه جعل قانون را که در صورت فقدان آن قانونی وجود پیدا نمی‌کرد.

معایب و نقایص پیش‌گفته تنها بخشی از مهم‌ترین دلایلی بودند که متفکران آن زمان را به نتیجه عدم وجود قانون در جامعه رساندند: «در دولت و ملت ایران هیچ قاعده و قانونی مستحکم و مرتسم نیست که بتوانند از آن فایده و نتیجه حاصل کنند و به این جهت استقراری که مثل سایر دول موجب تأمین عامه در داخله و

۱. آبراهامیان، پروانه، ایران بین دو انقلاب (از مشروطه تا انقلاب اسلامی)، ترجمه فیروزمند، کاظم و دیگران، تهران، نشر مرکز، چاپ هشتم: ۱۳۸۳، ص ۴۴.

۲ Floor, *op. cit.* P. 132. Schneider, *op. cit.* PP. 85-7.

۳. ملکم خان، روزنامه قانون، تهران: موسسه انتشارات کویر، چاپ اول، ۲۵۳۵، شماره ۱۲.

۴. ذکاء‌الملک، میرزا محمد علی خان، رساله حقوق اساسی یعنی آداب مشروطیت دول، در زرگری نژاد، همان، ج ۲، ص ۷۸۶.
۵. همان، ص ۷۸۴.

اطمینان خارجه گردد، در احکام و اقوال اولیای دولت نمی‌باشد.»^۱

در آخر، می‌توان نتیجه گرفت آنچا که قانون چیزی بیش از تصمیمات خودسرانه شاهان و حکام و قضات نیست «مفهوم قانون هجو و زائد»^۲ می‌شود. در سلطنتی که قانون مخصوصی وجود ندارد و «هر آنچه که هست مغلوط و نامربوط است» شخص سلطان «مالک الرقباب می‌شود و ناقب الكلمه و نافذالحكم». در چنین سلطنتی که، از یک سو، فرد در برابر شریعت ملزم به رعایت یک سلسله تکالیف است و در حقیقت نقشی پذیرا دارد و از دیگر سو، پادشاهان و حکام دارای حق فرمان‌روایی مطلق و مسلط بر جان و مال او هستند اگر بتوان گفت قانونی وجود دارد، قطعاً جز قانون مالک الرقبابی نیست.^۳

قانون تنظیماتی

همان گونه که گفته آمد، نظام حاکم بیش از دوران مشروطه ایران نظام سلطنت مطلقه (مستقله) بود. اندیشه‌ورزان آن دوران این نوع سلطنت را به غیرمنظم و منظم تقسیم کرده و نظام موجود را از نوع غیرمنظم می‌دانستند. از این رو، بر آن شدند با پیشنهاد سلطنت مطلقه منظم درد بی‌قانونی جامعه را درمان کنند. نظریه سلطنت مطلقه منظم حاصل تلاش گروهی از متکران آن زمان در بازخوانی سلطنت مطلقه ایرانی در افقی مدرن بود. با این حال، برخی بر این باورند که الگوی سلطنت مطلقه منظم را باید «نظریه‌ای عمل‌گرایانه و معطوف به عمل دانست و نه صرفاً کوششی نظری». باری، آنان نظام پیشنهادی خود را نخستین نمونه تاریخی قلمداد نمی‌کردند و نظام‌های مشابهی را در چند سرزمین دیگر معرفی می‌نمودند. در نوشته‌های آنان از کشورهایی مانند روسیه، عثمانی و مصر به مشابه ممالکی با حکومت سلطنت مطلقه منظم یا منظمه یاد شده است.^۴

در سلطنت مطلقه منظم، پادشاه قانون‌گذاری می‌کرد و یک حکومت سازمان یافته،

^۱. بهبهانی، همان، ۲۵۵.

^۲. کاتوزیان، همان، ص ۱۱۶.

^۳. عmadالعلمای خلخالی، رساله معنی و فواید سلطنت مشروطه، مکتوب سال ۱۳۲۵ق، در رجبی (دونی)، همان، ج ۴، ص ۱۶۵.

^۴. کاشانی، سید محمود، حقوق مدنی (قراردادهای ویژه)، تهران، نشر میزان، چاپ اول، تایستان ۱۳۸۸، ص ۳۳.

^۵. اکبری، همان، ص ۱۵۸.

^۶. ملکم‌خان، «رساله دفتر تنظیمات»، در مجموعه آثار میرزا ملکم‌خان، همان، ص ۱۵. همچنین، نک: اکبری، محمد علی، تبارشناسی هویت جدید ایرانی (عصر قاجار و بهلوی اول)، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۴، ص ۶۰.

منضبط و مسئول قوانین را رعایت و اجرا می‌نمود.^۱ بنابراین، ویژگی مهم سلطنت مطلقه منظم وجود قانون است. در مباحث پیش‌رو، بر اساس رسائل و مکتوبات نویسنده‌گان آن دوران، ابتدا این نوع سلطنت را تبیین و سپس ویژگی‌های قانون در آن نظام را شرح می‌دهیم.

سلطنت مطلقه منظم

پیشتر گفتیم که در سلطنت مطلقه غیرمنظم دو اختیار وضع و اجرای قانون در دست پادشاه بود. نتیجه آشکار این نظام حکومتی بی‌نظم بود. به تعبیر میرزا محمدحسین خان فراهانی، «اگر، چنان‌که اطرافیان شاه ادعا می‌کنند، انتظامی در امور ایران وجود دارد، آن را از ترکستان، بلوچستان و سیستان و افغانستان قیاس گرفته‌اند، اما آن را نمی‌توان نظم دولتی خواند که موجب ترقی دولت است»^۲، چرا که نظم حاصل نمی‌شود «مگر از کارخانه قانون».^۳ بنابراین، اتحاد استبداد و هرج و مر ج متفکران آن دوره را بر آن داشت تا شاه و دولتیان را به پذیرش نظم قانونی ترغیب کنند: «در سلطنت مطلق، هر قدر این دو اختیار جدا بوده، قدرت پادشاهی بیشتر و دستگاه حکومت منظم‌تر بوده است».^۴

سلطنت‌های مطلقه منظم نظام‌هایی بودند که در آنها پادشاه آن دو اختیار تحت ید خود را جدا از یکدیگر استعمال می‌کرد. به این ترتیب، وجه ممیز سلطنت مطلقه منظم از نوع غیرمنظم به استعمال و ترتیب قانون باز می‌گشت. در حقیقت، الگوی سلطنت مستقله منظم نوعی حکومت مبتنی بر قانون تلقی می‌شد، در برابر سلطنت مطلقه غیرمنظم که یکسر حکومتی خودسر و خودکامه بود.

میرزا ملکم خان نظام‌الدوله، نخستین واضح و شارح نظریه سلطنت مطلقه منظم، میان قانون و حکم فرق می‌گذاشت. وی یک قاعده و ترتیب را تنها هنگامی قانون می‌دانست که از دستگاه قانون صادر شده باشد. توجه اصلی او به تأسیس نهاد یا دستگاه قانون‌گذاری و، در واقع، ایجاد نهادی برای منظم کردن حکومت و ساماندهی جامعه بود. دستگاه قانون‌گذاری، در این نظریه حکومتی، نه دستگاه قانون‌گذاری منتخب مردم یا پارلمانت که مجلس تنظیماتی بود که نمایندگان آن را شخص پادشاه تعیین می‌کرد: « واضح قانون از جانب پادشاه، اصحاب و اشخاص

^۱. کاتوزیان، همان، ص ۱۲۵.

^۲. میرزا محمد حسین خان فراهانی، "رساله سیاسی"، در آدمیت، فریدون و ناطق، هما؛ افکار اجتماعی و سیاسی و اقتصادی منتشر نشده دوران قاجار، تهران، آگاه، ۲۵۳۶، ص ۴۲۱.

^۳. ملکم خان، "رساله دفتر قانون"، مجموعه آثار میرزا ملکم خان، همان، ص ۱۳۹.

^۴. ملکم خان، "رساله دفتر تنظیمات"، همان، ص ۱۶.

مخصوص در مجلس و مجمع مختصی» بودند که «اصلًاً مداخله به کار اجرا نمی‌داشت.^۱

بنابراین، اگر چه هر دو اختیار در دست پادشاه بود و بدون امضای او نه قانونی وضع می‌شد و نه حکمی اجرا، وضع قانون از جانب پادشاه به مجلس و مجمع خاصی محول می‌شد که در کار اجرا مداخله نمی‌کرد و اجراینندۀ احکام قانون نهادی دیگر بود (مجلس وزراء). به دیگر سخن، دو اختیار شاه با تأسیس این دو مجلس از مقام او جدا می‌گشت. این ترتیبات به نوبه خود می‌توانست با غیرشخصی کردن و نهادمند ساختن قدرت شاه با استبداد و سلطنت دلخواهانه او مقابله کند. از این رو، ملکم خان در فقره چهارم از نخستین «طرح غیر رسمی قانون اساسی» که در «رساله تنظیمات» خویش آورد چنین بیان کرد که «اجرای حکومت ایران بر قانون است»،^۲ هر چند قانون را «بیانگر اراده شاهنشاهی»^۳ می‌دانست. اما، چون «وضع و مراقبت اجرای آن» قانون بر عهده مجلس تنظیمات بود، گویی قوه قانون‌گذاری از سیطره نظارت خود کامانه شاه خارج می‌شد و تنها امضای قانون، به منزله عمل مخصوص سلطنت، باقی می‌ماند.

۴۶

مقصود بزرگ در نظریه سلطنت مطلقه منظم تبعیت شاه از قانون بود. با این حال، برای آنکه «واکنش منفی شاه به دلیل سلب اختیارهای مطلق او برانگیخته نگردد» و همچنین برای دفع مخالفت کارگزاران حکومت استبدادی و مجموعه نیروهای سنتی و محافظه کار، آن مقصود این چنین بیان شد: «اعلیحضرت پادشاهی، اختیار تامه در مجلس تنظیمات و وضع قانون را دارند.»^۴ توجیه این امر، در ضمن توضیحات درباره سایر سلطنت‌های مطلقه منظم، این گونه بیان می‌شد که عدم تجاوز از تکالیف و دایرۀ امور اختصاصی سلطان و تبعیت ایشان از قانون قدم اول در شیوه سلطنت‌داری منظم است: «سلطان مطلقه منظم، مثل امپراتور روس و غیره ... لاجل المصلحه به نوعی خود را تابع قانون خودشان ساخته‌اند که مطلقاً در تکالیف با سایر ناس فرق ندارند و حال آنکه اعلی درجه اختیار را دارند.»^۵

به این ترتیب، هسته مرکزی نظریه سلطنت مطلقه منظم حکومت بر اساس قانون است. در این نوع سلطنت با به وجود آمدن قانون از وضعیت استبدادی به حکومت

قانون منتقل می‌شویم، هرچند این قانون لزوماً بر اساس نظر اکثریت به وجود نیامده باشد و تنها به دست یک یا چند نفر وضع شده باشد.^۱

قانون در سلطنت مطلقه منظم

مبدعان و شارحان نظریه سلطنت مطلقه منظم، مانند ملکم خان نظام‌الدوله در سال ۱۲۷۶ ه. ق. و ابوطالب بهبهانی در سال ۱۲۹۴ ه. ق، سال‌ها پیش از انقلاب مشروطه ضرورت تنظیم دستگاه حکومت را دریافته و برای منظم کردن آن می‌نوشتند: «نظم ایران را از هیچ‌جا نمی‌توان ابتدا کرد مگر از نظم دستگاه دیوان».^۲ آنان به فراست دریافته بودند که قانون منساً نظم دولتها است. درک مفهوم قانونی که ایشان در محدوده نظریه سلطنت مطلقه منظم مطرح می‌کردند بسیار مهم است. اهمیت این امر هنگامی مشخص می‌شود که بدانیم ریشه تشتت در مفهوم قانون را، که در سال‌های انقلاب مشروطه در میان متفکران آن زمان به وجود آمد، باید در میان برداشت از قانون در سال‌های پیش از مشروطه جستجو کرد. از این رو، تلاش می‌کنیم به استقراء، بر اساس مکتوبات و رسائل مبدعان و شارحان یاد شده، ویژگی‌هایی را که ایشان برای قانون لازم می‌دانستند بیان کنیم.

قانون باید از دستگاه جعل قانون صادر شود. چنانکه اشاره شد، جدایی دو دستگاه وضع و اجرای قانون ویژگی بارز سلطنت مطلقه منظم می‌شود. دستگاهی که اختیار وضع قانون را بر عهده داشت، مجلسی بود که با انتخاب سلطان تشکیل می‌شد و مجلس تنظیمات نام گرفت. به این ترتیب، ادعا بر این بود که قانون «عبارةست از هر حکمی که از دایرة سلطنت و دولتی صادر می‌شود، به ملتی که تحت ریاست آن دولت و سلطنت است».^۳ بر مبنای این ویژگی، سلطنت مطلقه منظم را «سلطنت تفویض»^۴ نیز می‌نامیدند.

قانون بیان‌گر اراده شاهنشاهی است. بی‌تردید، قانون در یک نظام سلطنتی مطلقه اجرا می‌شد. تفاوت تنها در انتقال از سلطنت مطلقه غیرمنظم به نوع منظم بود. قرار بود قانون نظام مالک‌الرقابی را انتظام بدهد. بنابراین، نفس وجود مجلسی که همه قوانین دولت باید به اتفاق جمیع اعضای آن نوشته می‌شد ناگزیر از خود رأی شاه در بیان اراده‌اش می‌کاست. افزون بر این، سایر امور و مصالحی که از مجالس دولت و از

^۱. راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۴۰.

^۲. ملکم خان، "رساله رفیق و وزیر"، همان، ص ۱۵۵.

^۳. بهبهانی، همان، ص ۲۷۲.

^۴. خان خانان، همان، ص ۵۰۰.

سوی وزیران دولت می‌رسید نیز در صورت توافق بر وضع آنها و امضای شاهنشاه باید به شکل قانون درمی‌آمد: «وزرا حق خواهند داشت هر قانونی که لازم داشته باشند وضع آن را به مجلس تنظیمات تکلیف کنند». ^۱ گفتی است در دوران بعدی، در مرحله شکل‌گیری نظریه مشروطه، مفهوم قانون این تغییر ماهوی را پیدا کرد که به جای اراده شاه تجلی اراده ملت دانسته می‌شد.

قانون متضمن صلاح عامه است. قانون، افزون بر بیان اراده شاه، باید صلاح عامه مردم را رعایت کند. میرزا ملکم خان نفع هیئت اجتماع را ضمن طرح یک سلسله قوانین مشخص کرد. مهم‌ترین آنها «حقوق ملت»^۲ بود که آنها را از منشور حقوق بشر شهروند و قانون اساسی فرانسه^۳ اخذ کرده بود؛ همه افراد در برابر قانون «حکم مساوی» دارند؛ هیچ شغل و منصبی «موروژی نیست»؛ «مناصب دیوانی» حق مساوی آحاد رعایای ایران است؛ از هیچ‌کس «هیچ چیز نمی‌توان گرفت مگر به حکم قانون»؛ هیچ کس را «نمی‌توان حبس کرد مگر به حکم قانون»؛ «دخول جبری در مسکن هیچ رعیت ایران جایز نخواهد بود مگر به حکم قانون»؛ «عقاید اهل ایران آزاد خواهد بود» و «مالیات هرساله به حکم قانون مخصوص گرفته خواهد شد». ^۴

تکیه بر مصلحت عامه و خیر عمومی مفاهیم جدیدی به شمار می‌آمدند که در اندیشه‌های اندیشه‌گران عصر روش‌نگری اروپا به مثابه بنیادی‌ترین عناصر تأسیس دولت مدرن شناخته می‌شدند. با اینکه نمی‌توان ادعا کرد که نظریه‌پردازان و نویسنده‌گان ایرانی آن زمان دقیقاً به چنین بنیادهای اندیشه‌گی متفطن بودند، در عمل آن ویژگی‌های بنیادی جدید را در شالوده نظریه حقوقی و سیاسی خود به کار گرفتند.^۵ ویژگی «تصمیم خیر عمومی» به اندازه‌ای در نظریه سلطنت مطلق منظم مهم می‌نمود که حکم صادره از سوی پادشاه اگر در موردی بود که قانون در آن زمینه حکمی نداشت، در صورتی اجرا می‌شد که «نقصی به سایر احکام قانون یا

^۱. ملکم خان، "رساله تنظیمات"، همان، ص ۲۹.

^۲. در رساله منهج العلی نیز فصلی تحت این نام موجود است: «در بیان حقوق عامه ملت و رعیت که مشتمل بر ده فقره است» بجهانی، همان، ۳۲۵. لازم به اشاره است که این ده فقره متشابه همان حقوق ملتی است که ملکم خان مذکور شده است.

^۳. اظهارنظری که میرزا ملکم خان در رابطه با این حقوق می‌نماید جالب توجه است: «برای همین چند سطر دولت فرانسه هشت کرور آدم تلف کرده است.» در ملکم‌خان، همان، زیرنویس صفحه ۲۶.

^۴. آدمیت، فریدون، اندیشه ترقی و حکومت قانون: عصر سپهسالار، تهران، خوارزمی، ۱۳۵۱، ص ۳۱.

^۵. ملکم خان، همان. ص ۲۶.

^۶. اکبری، همان، ص ۱۶۴.

صلاح عامه نمی‌داشت.^۱ قرار دادن شرط «تضمين مصلحت عامه» در کنار ویژگی «بیان اراده شاه» گامی بود در جهت محدود کردن اراده خودسرانه شاه. این امر می‌توانست زمینه را برای ادعای حاکمیت مردم در مرحله نظری پس از خود آماده کند.

قانون حالت استقرار و استمرار دارد. همان گونه که گفته آمد، عدم قطعیت و عدم استمرار قواعد در سلطنت مطلقه غیرمنظم از جمله دلایل و اسباب بی‌نظمی و پیش بینی ناپذیری عملکرد شاه و درباریانش بودند. از یک سو، به دلیل عدم استقرار قواعد و نیز به سبب استبداد اقوال دولت، احکام ناسخ و منسوخ صادر می‌شد و، از دیگرسو، به واسطه اختلاف آراء علماء در احکام شرعی قواعد قطعی شرعی وجود نداشت. به این دلایل، استقرار و استمرار از ویژگی‌هایی بودند که در توصیف قانون سلطنت مطلقه منظمه جایی برای خود یافتند. قانون نباید تغییر می‌یافتد، مگر آنکه متنضم مصلحتی بود که آن هم از سوی مجلس وضع قانون تشخیص داده می‌شد: «احکام قانون مطلق بعد از امضای پادشاهی و ... از جرح و تعدیل و تغییر و تبدیل مصون خواهد بود و به هیچ وجه تغییر نخواهد یافت، لکن اگر در مسأله و مطلبی که متنضم منافع دولت و صلاح عامه رعیت و ملت باشد، موافق سایر احکام قانون، می‌توانند در مجلس تنظیمات، وضع کنند و به امضای پادشاهی ... منتشر سازند و علاوه بر سایر احکام قانون نمایند.»^۲ قانون عام والزم آور است. در بیان حقوق ملت اشاره شد که قانون در کل ممالک ایران در حق جمیع رعایای ایران حکم مساوی دارد و در نتیجه یک قاعدة عام است. حال، در برابر این حق «اطاعت و امثال قانون نیز بالمساوی بر افراد طایفه و عامله رعیت لازم است.»^۳ ویژگی اجبار به پیروی از قانون از مهمترین تفاوت‌های آن با سایر هنگارهای رفتاری است، به گونه‌ای که عدم پیروی از قانون عکس العمل دستگاه حکومتی را در پی می‌آورد. الزام‌آوری قانون، نزد مبدعان نظریه سلطنت مطلقه منظم، یکی از ویژگی‌های بنیادین به حساب می‌آمد. قانون معین است. در سلطنت مطلقه غیرمنظم، به سبب دوگانگی موجود، تعین و وضوح قانون خدشه‌دار می‌شد. در نظریه سلطنت مطلقه منظم تلاش می‌شد این مانع رفع شود. چاره «اجتماع قوانین دولت»^۴ پیشنهادی بود که با هدف رفع دوگانگی حاکمیت قواعد عرفی و شرعی ارائه شد. «کنار هم قرار گرفتن دو قلمرو

^۱. بهبهانی، همان، ص ۳۲۴.

^۲. همان، ص ۳۲۵.

^۳. ملکم خان، همان، صفحات ۱۵ و ۱۳۸.

^۴. ملکم خان، همان، ص ۳۰ همچنین: بهبهانی، همان، ص ۳۱.

عرف و شرع» به این ترتیب ممکن می‌شد که مجلس وضع قانون باید کل احکام شرعی و دولتی را، که متعلق به امور مملکت‌داری بود، جمع می‌کرد و به واسطه اجرای شروط قانونیت آنها را جزو قوانین دولت می‌ساخت.^۱ به موجب این ضابطه، در درجه نخست، قواعد شرعی که صرفاً قواعدی دینی بودند از حوزه قانون جدا شده و در جایگاه منبع قانون واقع می‌شدند. در درجه دوم، شرط قانون بودن یا نفاد قانونی احکام شرعی این می‌شد که به تصویب دستگاه قانون‌گذاری مملکت برسد: «در مجلسی که از جانب سلطنت و دولت تشکیل شده است... احکامی از قانون شریعت درج می‌سازند... که آن را قانون می‌گویند». ^۲ افزون بر این، بر اساس همان ضابطه، احکام عرفی نیز به هیچ وجه نافذ نبودند، مگر آنکه (همانند قواعد شرعی) تدوین و یکنواخت شده و به تصویب مجلس قانون‌گذار می‌رسیدند.^۳

قانون علنی است. ویژگی علنی بودن قانون در نظریه سلطنت مطلقه منظم آنجا به میان آمد که شرط «درج قانون در روزنامه دولتی»^۴ از شرایط قانون بودن یک قاعده بیان شد.

آنچه را که مبدعان و شارحان نظریه سلطنت مطلقه منظم به مثابه قانون معرفی می‌کردند، قاعده‌ای بود که ویژگی‌های پیش‌گفته جزء ذاتی آن به شمار می‌آمدند. به این معنا که هر حکم، قاعده یا ترتیبی که فاقد آن ویژگی‌ها بود قانون به شمار نمی‌آمد. باری، گفتی است، از منظر فلسفه حقوق، بی‌تردید برخی از ویژگی‌های یادشده، مانند الزام‌آور بودن، تعیین و علنی بودن، از ویژگی‌های ذاتی قانون هستند. ویژگی‌هایی که در صورت فقدان آنها، کارکردهای ضروری و حداقلی یک قانون انجام نخواهد شد.^۵ افزون بر این، در نظر گرفتن خیر عمومی و حفظ حقوق عامه در کنار انتظام‌بخشی قانون همگی در زمرة اهداف و فلسفه‌ای بودند که نظریه پردازان سلطنت مطلقه منظم در تعریف قانون وارد کردند. بنابراین، عدم امکان تحقق حقیقی ویژگی‌هایی چون عام بودن و قطعی بودن و همچنین عدم امکان تضمین مصلحت عامه در زمرة مواردی به شمار می‌آمدند که امکان تحقق نظریه سلطنت مطلقه منظم را، آن گونه که مبدعان و شارحین آن در نظر داشتند، با مانع جدی

^۱. ملکم خان، همان. و

Floor, *op. cit.* P. 137.

^۲. بهبهانی، همان، ۲۶۳.

^۳. آدمیت، همان، ص. ۳۲.

^۴. ملکم خان، همان، ص. ۲۵. همچنین: بهبهانی، همان، ص. ۳۲۴.

^۵. نک: راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۳، شماره ۵۱.

مواجه می کردند. برای نمونه، در ارتباط با ویژگی عام بودن قانون، از آنجا که براساس قاعده کلی اراده شاه محتوی اصلی قانون را تشکیل می داد، بدون شک؛ این اراده مواردی که شخص شاه را محدود می کرد در بر نمی گرفت. بنابراین، این ویژگی یا اصل که «هیچ شخصی از قلمرو قانون بیرون نمی ماند و حتی حکومت و شخص حاکم نیز تحت قانون و نه فوق آن قرار می گیرد»^۱ در نظریه سلطنت مطلقه منظم ناقص می ماند. همچنین، ویژگی قطعیت قوانین به این دلیل که قانون «بیان اراده شاه است که از طریق مجمعی قانونیت می یابد» و این احتمال که شاه به تشخیص خود یا مجریان تصمیم‌های گوناگون بگیرد می توانست خدشه دار شود: «اگر شرایط مزبور به نظر وزیر مشکل بیاید از پادشاه استدعا می نماید که به حکم یک اراده تازه شرایط را در دستگاه تنظیم تغییر دهنده».^۲ امکان تحقق هدف رعایت مصلحت عامه نیز با این پرسش جدی روبرو بود که آیا اساساً امکان شناسایی خیر و مصلحت عمومی برای شاه وجود داشت؟

نکات پیش گفته همگی بیانگر این واقعیت‌اند که نظریه سلطنت مطلقه منظم را باید تنها به مثابه یک «نظریه گذار» به نظریه مشروطیت درک کرد. به همین دلیل، درک دیگر نویسنده‌گان و نظریه‌پردازان با تعریف پیش گفته از قانون کاملاً هم‌خوان نبود. حتی میرزا ملکم خان نظام‌الدوله سال‌ها بعد در زمان انتشار روزنامه قانون (۱۳۰۷ ه. ق.) برداشتی متفاوت از قانون ارائه داد که بیانگر نظام مشروطه پارلمانی بود.^۳

قانون به مثابه ایز/ار تنظیمات

هدف اولیه و اصلی از طرح ایده سلطنت مطلقه منظم ضابطه‌مند و نهادمند کردن یا غیرشخصی کردن حکومت در جهت رفع هرج و مرج موجود در جامعه بود. در این راستا، واژه «قانون» در تمایز با دو گانه عرف و شرع پیش نهاده شد.^۴

^۱. هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۹۲.

^۲. ملکم خان، همان، ص ۱۸.

^۳. اندیشه ملکم خان در باب قانون به دو دوره شرح نظریه حکومت مطلق منظم و دوره دفاع از حکومت مشروطه پارلمانی (هنگام انتشار روزنامه قانون) قابل تقدیم است. نک: قاضی‌مرادی، همان، ۴۷.

^۴. این نظر که میرزا ملکم خان نظام‌الدوله، برای نخستین بار قانون را در معنایی نوین به کاربرده است، در برخی آثار مطرح شده است: «ملکم لغت قانون را که در ایران به معنای روش و وضع اصول رواج داشت ولی پاسخگوی کامل مفهوم اروپایی قانون نبود به کار برده است. او با تعریف خود از قانون، این لغت را به معنای صحیح واقعی آن وارد زبان فارسی کرد». الگار، حامد، میرزا ملکم خان، ترجمه: جهانگیر عظماء، تهران: نشرکت سهامی انتشار با مهکاری انتشارات مدرس، چاپ اول، بهار ۱۳۶۹، ص ۳۰؛ و آبراهامیان، همان، ص ۶۱. همچنین نک:

Brown, E. G., (1914) The Press and Poetry of Modern Persia, Cambridge. p 17.

نظریه سلطنت مطلقه منظم و رساله‌ای که این نظریه در آن آمده است، یعنی "دفترچه غیبی" یا همان "رساله تنظیمات" نوشته میرزا ملکم خان آشکارا ملهم از جنبش تنظیمات در امپراتوری عثمانی بود.^۱ دولت عثمانی از جمله نظامهای سلطنتی مطلقه منظم در آن زمان بود.^۲ از آنجا که «شناخت سلطنت‌های مطلقه منظم که بواسطه استعمال و ترتیب قانون، به ترتیبات عظیمه نائل گشته بودند»^۳ مناسب وضع ایران بود و به بیان مبدعان این نظریه «به کار ایران می‌آمد»، در نتیجه، متفکران آن زمان تحولات عثمانی را نیز مطالعه می‌کردند. رویدادهای آن کشور حتی بر واژگان جاری در زبان فارسی نیز تأثیر می‌گذاشت، تا آنجا که ادعا شده است «قاموس سیاسی فارسی در آن زمان از ترکی عثمانی»^۴ گرفته می‌شد. واژه «تنظیمات»، که در رساله ملکم خان آمده بود و ظاهراً برای نخستین بار در زبان فارسی به معنای «اصلاحات و تجدید سازمان حکومت» به کار می‌رفت، از زبان ترکی عثمانی اقتباس شده بود. در مورد واژه قانون نیز ادعا شده که از ترکی عثمانی اقتباس شده است.^۵ در نتیجه تحولات عثمانی و دریافت متفکران آن زمان از این تحولات بود که میرزا ملکم خان و سایر شارحان نظریه سلطنت مطلقه منظم بارها در رسائل خویش اصطلاح «قانون تنظیمات» را به کار برند.^۶

بیان نکات پیشین از آن جهت ضروری می‌نماید که، همان گونه که به اشاره آمد، وقتی تعریف قانون، که در زمینه سلطنت مطلقه منظم با وصف تنظیمات ارائه شده بود، در بستر نظریه مشروطه فهم گردید مطلوبیت‌های خود را تا حد زیادی نزد برخی از متفکران آن زمان از دست داد. از جمله آن متفکران طالبوف تبریزی بود. او سلطنت مطلقه منظم را در کنار سلطنت مطلقه غیرمنظم یک «سلطنت ظالمه»^۷

البته گفتنی است ملکم خان حتی در آثاری پیش از "رساله تنظیمات" از واژه قانون در معنای قواعد الزام آور از سوی حکومت استفاده کرده: «قواعد اداری دولت و قوانین مملکت انگلند مخصوص است به خود انگلند». نک: شیرازی، همان، ص ۵۴.

^۱. آبراهامیان، همان.

^۲. ملکم خان، همان، ص ۱۵.

^۳. بهبهانی، همان، ص ۲۶۳.

^۴. الگار، همان، ۲۸.

^۵. همان.

^۶. برای نمونه: «همین که یک وزیری در اجرای قانون تنظیمات بقدر ذره‌ای اهمال کرد ... همان ساعت معزول می‌گردد». در ملکم خان، همان، ص ۵۱.

^۷. طالبوف، عبدالرحیم بن ابوطالب، مسائل الحیات، تفلیس: مطبوعة غیرت، ۱۳۲۴ قمری، ص ۱۱۰.

نامید. طالبوف، در "مسائل الحیات"، سلطنت مطلقه منظمه^۱ را سلطنتی دانسته است که اداره مملکت آن با «قانونی است که توسط پادشاه وضع می‌شود». این قانون چه خوب باشد یا بد چه مناسب یا نامناسب به حال ملک و ملت «تبعه اختیار تمرد از آن را ندارند». در این نظام، «حق شرکت و سؤال در امور دولتی برای احده وجود ندارد». وزراء و مأمورین هرچه بکنند «نzd پادشاه مسئول هستند». این امر به آن معنا بود که شخص پادشاه «مستقلًا حاكم مال و جان تبعه» است. «وضع و اجرای قانون هر دو در یک دستگاه متعلق به پادشاه است»، مانند روسیه قدیم و ممالک عثمانی.^۲ در نتیجه همین تعریف بود که طالبوف، همچون سایر متفکرانی که مبنای قانون را وضع آن به دست ملت و مقنین منتخب آن می‌دانستند، سلطنت مطلقه منظمه را فاقد روح قبول عامه یافت و آن را سلطنتی ظالمه خواند.

وی همچنین در مکتوبی به نام "سیاست طالبی"^۳ سلطنت ظالمه یادشده را، حتی در صورت جدایی دستگاه قانون از دستگاه اجرای آن، سلطنتی معیوب می‌دانست، چرا که منبع هر دو دستگاه شخص واحد، یعنی شخص پادشاه، بود. بر این اساس، طالبوف قوانینی را که واضح آنها ملت نبودند «تنظيمات» نامید.^۴ از نظر او، تنظیمات قانون اداره احکام دولت بودند.^۵ به دیگر سخن، طالبوف تنظیمات را بر مقررات اجرایی، تبصره‌های احکام سلطنتی و دستورات وزارتی در سلطنت مطلقه منظم اطلاق می‌کرد. توصیف وی از وضعیت قوانین روسیه، که دارای نظام سلطنتی مطلقه منظم بود، بیانگر نظرش درباره قانون و تنظیمات است: «قوانين روسيه صورتش مانند دستگاه اداره اروپاست ... اما روح و معنویت نظم اداره را ندارند و با نظر بی غرضی هرگز نمی‌توان گفت که روسيه با قانون مملکت اداره می‌شود».^۶

در آخر، هدف نظریه سلطنت مطلقه منظم «انتظام ملک بود و دولت و ملت»،^۷ انتظامی که مصلحت عامه را در خود جای می‌داد. در واقع، دولت منظم به معنی

^۱. طالبوف اصطلاح مطلقه منظم را در بیان خویش نیاورده است. آنچه در توضیح نظرات او سلطنت مطلقه منظمه دانستیم در نتیجه تقسیمی است که از سلطنت مطلقه به دو نوع با قانون و بی قانون نموده است. نک: همان، ص ۱۱۱.

^۲. همان.

^۳. طالبوف، عبدالرحیم بن ابوطالب، آزادی و سیاست (دو رسالت ایضاحات در خصوص آزادی و سیاست طالبی)، به کوشش ایرج افشار، تهران، انتشارات سحر، ۱۳۵۷، ص ۵۲.

^۴. آدمیت، فریدون، اندیشه‌های طالبوف تبریزی، تهران: انتشارات دماوند، چاپ دوم، اردیبهشت ماه ۱۳۶۳، ص ۳۹.

^۵. طالبوف، آزادی و سیاست، همان، ص ۱۲۰.

^۶. همان، ص ۱۸۷.

^۷. بهبهانی، همان، ص ۳۱۱.

«حکومت با اصول» بود. حکومتی که در مقابل نظام بی‌قاعدگی و خودکامگی کهن قرار می‌گرفت، حکومتی که شاید مصداق خیال کنستی‌توسیون امیرکبیر بود.^۱ تذکر این نکته لازم است که امکان تحقق برخی از وزیرگاهای قانون، که نظریه پردازان سلطنت مطلقه منظم در ذهن داشتند، وجود نداشت. نویسنده‌گان آن زمان با بیان وزیرگاهای مربوط به تعیین مرجع وضع قانون و آئین وضع آن به شرایط شکلی تصویب قانون پرداختند. آنان اما همچنین حقوق ملت را با وزیرگاهای همچون لزوم قید صلاح عامه در اراده شاه مطرح کردند. پیداست که تنها انتظام‌خواهی در مدد نظر آنان نبود. بنابراین، نظریه‌پردازان قانون در نظریه سلطنت مطلقه منظم با لحاظ منفعت عامه و حقوق ملت در وزیرگاهای قانون در پی ارتقای محتوای آن بودند. البته شرط اراده ملت بعدها در اندیشه گروهی از ایشان و سایر متفکران آن زمان به اندازه‌ای پررنگ شد که قانون را جز آنکه «بیانگر اراده عمومی ملت» باشد به رسمیت نمی‌شناختند.^۲

^۱. «نظرگاه امیرکبیر هم تأسیس حکومت با اصول بود نظیر آنچه در عثمانی استقرار یافته بود». به نقل از آدمیت، همان، ص ۵۱.

^۲. برای مثال؛ میرزا ملکم خان ناظم‌الدوله پس از گذار از ایده سلطنت مطلقه منظم خود به نظریه سلطنت معتقد‌باش، که بستر آن تحولات، رساله تنظیمات و روزنامه قانون او بود، دیگر قانون را نه اراده شاه بلکه آن را "حاصل اجتماع قوای آحاد یک جماعت" تعریف نمود. روزنامه قانون، همان، شماره ۲، شعبان ۱۳۰۷ق.

نتیجه

در این جستار تلاش کردیم که گوشاهای از تاریخ اندیشه حقوقی (به ویژه، مفهوم قانون) را در این مرز و بوم به بحث بگذاریم. بی‌تردید، هر مفهوم در موطن خود سیر تطوری ویژه‌ای دارد که شناخت دقیق و عمیق آن مفهوم مستلزم رجوع به خاستگاه‌های فکری و اجتماعی مربوط است. از این رو، شناخت مفهوم قانون در عصر مشروطه بدون پرداختن به پیشینه فکری و اجتماعی آن ممکن نیست.

مفهوم قانون در معنای جدید در بستری متولد شد که، از یک سو، استبداد عرفی شاه و دولتش و، از دیگر سو، مناسبات و قرائت سنتی شرعی وضعیت نامناسبی را در عرصه‌عام اجتماعی به وجود آورده بودند. متفکران و نویسندگان متقدم، که خود را در شرایط بی‌قانونی (خودکامگی) و زوال اجتماعی می‌دیدند، مقدمات نظری پیدایش مفاهیم نوین را در جامعه فراهم آورده‌اند. از دید آنان، نظام دوگانه قواعد عرفی و شرعی حاکم خود در اساس مشکلات قرار داشت. در نتیجه، آنان در صدد ارائه نظام جایگزین برآمدند. پیشنهاد اصلی گذار از وضعیت استبدادی به وضعیت وجود قانون بود. نظریه سلطنت مطلقه منظم در این راستا مطرح شد. در حقیقت، مفهوم قانون در وهله نخست به منظور ایجاد حکومت مسئول و نظاممند به میان آورده شد. به این ترتیب، باید اذعان کرد که هدف اولیه مشروطه، یعنی «تبديل قدرت سیاسی خودکامه به قدرت مقید به قانون» و به عبارتی محدود کردن نظام سلطنتی استبدادی، از مدت‌ها پیش از خلق واژه مشروطه در اندیشه متفکران این مرز و بوم شکل گرفته بود. البته آن تلاش‌های فکری پیشینه نظری تشکیل حکومت‌های منظمی بودند که پایدار به نظر نمی‌آمدند، چرا که هیچ‌کدام در عمل قدرت مطلقه شاه را محدود نمی‌کرد و ضامن مصالح عامه و حقوق ملت نبود. با این حال، مفهوم قانون تنظیماتی حلقة واسط قانون مالک‌الرقابی و قانون مشروطه است. تنظیمات در واقع نطفه مفهوم قانون را در عصر مشروطه منعقد کرد.

فهرست منابع

الف - فارسی

- آبراهامیان، بیرونی، ایران بین دو انقلاب (از مشروطه تا انقلاب اسلامی)، ترجمه فیروزمند، کاظم - شمس آوری، حسن - مدیر شانه‌چی، محسن ، تهران، نشر مرکز، چاپ هشتم، ۱۳۸۳.
- آخوندزاده، میرزا فتحعلی، مکتوبات، مقدمه و تصحیح و تجدید نظر از: م. صبحدل، بی جا، انتشارات مردم امروز، چاپ اول، خرداد ۱۳۶۴ خورشیدی.
- آدمیت، فریدون و ناطق، هما، افکار اجتماعی و سیاسی و اقتصادی منتشر نشده دوران قاجار، تهران، آگاه، ۲۵۳۶.
- آدمیت، فریدون، اندیشه ترقی و حکومت قانون : عصر سپهسالار، تهران، خوارزمی، ۱۳۵۱.
- آدمیت، فریدون اندیشه‌های طالبوف تبریزی، تهران، انتشارات دماوند، چاپ دوم، اردیبهشت ماه ۱۳۶۳.
- آدمیت، فریدون، ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران، جلد نخست، تهران، پیام، چاپ اول ۲۵۳۵.
- الگار، حامد، میرزا ملکم خان، ترجمه: جهانگیر عظما، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری انتشارات مدرس، چاپ اول، بهار ۱۳۶۹.
- اکبری، محمد علی، تبارشناسی هویت جدید ایرانی (عصر قاجار و پهلوی اول)، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۴.
- اکبری، محمد علی، چالش‌های عصر مدرن در ایران عهد قاجار (مجموعه مقالات)، تهران، انتشارات روزنامه ایران، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران، تهران، انتشارات دایره المعارف ایران‌شناسی، تهران، ۱۳۸۶.
- دهباشی، علی، یاد محمد علی جمال‌زاده، تهران، نشر ثالث، ۱۳۷۷.
- راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- _____، ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون، مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۳، شماره ۵۱.
- _____، مقدمه مترجم بر مقاله نظریه مشروطه ادرآمدی بر مبانی حقوق عمومی [اثر مارتین لاغلین]، مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۴، شماره ۵۶.

- رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، مجموعه ۴ جلدی، تهران؛ نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۰.
- روزنامه صور اسرافیل (دوره کامل)، انتشارات رودکی، اسفند ۱۳۶۱.
- زرگری نژاد، غلامحسین، رسائل سیاسی عصر قاجار، تهران، انتشارات کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- زرگری نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد اول و دوم، تهران، انتشارات موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- شیرازی، میرزا صالح، گزارش سفر میرزا صالح شیرازی، به کوشش همایون شهیدی، تهران، ۱۳۶۲.
- طالبوف، عبدالرحیم بن ابوطالب، مسائل الحیات، تفلیس، مطبوعة غیرت، ۱۳۲۴ قمری.
- _____، آزادی و سیاست (دو رساله ایضاحات در خصوص آزادی و سیاست طالبی)، به کوشش ایرج افشار، تهران، انتشارات سحر، ۱۳۵۷.
- فروغی، محمد علی، حقوق اساسی یعنی آداب مشروطیت دول، چاپ علی اصغر حقدار، تهران، کویر، ۱۳۸۲.
- قاضی مرادی، حسن، ملکم خان نظریه پرداز نوسازی سیاسی در عصر مشروطه، تهران، کتاب آمه، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، محمد علی (همایون)، تضاد دولت و ملت (نظریه تاریخ و سیاست در ایران)، ترجمه علیرضا طیب، تهران، نشر نی، چاپ هشتم، ۱۳۹۰.
- کاشانی، سید محمود، حقوق مدنی (قراردادهای ویژه)، تهران، نشر میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۸.
- کرمانی، نظام‌الاسلام، تاریخ بیداری ایرانیان، بخش دوم، به کوشش سعیدی سیرجانی، علی اکبر، تهران، انتشارات آگاه، چاپ چهارم، ۱۳۶۲.
- ملکم خان، روزنامه قانون، تهران؛ موسسه انتشارات کویر، چاپ اول، ۲۵۳۵.
- ملکم خان، مجموعه آثار میرزا ملکم خان، گردآوری و مقدمه محمد محیط طباطبایی، برلین، نشر گردون، چاپ یکم، پائیز ۱۳۸۹.
- میرزا یوسف خان تبریزی "مستشار‌الدوله"؛ رساله موسوم به یک کلمه، به اهتمام علیرضا دولتشاهی، تهران، بال، ۱۳۸۶.
- نورایی، فرشته، تحقیق در افکار میرزا ملکم خان نظام‌الدوله، تهران، شرکت

سهامی کتاب های جیبی، چاپ اول، ۱۳۵۲.

- هارت، هبرت، مفهوم قانون ، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۰.

ب - انگلیسی و فرانسوی

- Amir Arjomand, Said “Political Ethic and Public Law in the Early Qajar Period”, in Religion and Society in Qajar Iran, Gleave, Robert (ed.), Routledge Curzon, 2005.
- Bayart , Jean- François, in G.Salamé, dir., Démocraties Sans Démocrates, Fayard, 1994.
- Brown, E. G., The Press and Poetry of Modern Persia, Cambridge, 1914.
- Floor, Willem, “Qajar Iran (Political, Social and Cultural Change 1800-1925”, in Bosworth, Edmond and Hillenbrand, Carole (eds.), USA: Mazda Publishers, 1992.
- Moshtaghi, Ramin, “Rule of Law in Iran” , in Koetter/Schuppert,Understandngs of the Rule of Law in various Legal orders of the World, Rule of Law Working Paper Series Nr. 11, Berlin, 2010, <http://wikis.fu-berlin.de/display/SB/project1/Home>.
- Schneider, Irene, “Religious and State Jurisdiction During Nasir Al-Din Shah’s Reign”, in Religion and Society in Qajar Iran, Gleave, Robert (ed.), Routledge Curzon, 2005.
- Sheikholeslami, Reza A. ,The Structure of Central Authority in Qajar Iran (1871-1896), USA: Scholars Press, 1997.

حق برخورداری از وکیل در محاکمات کیفری بین‌المللی

امید رستمی غازانی*

چکیده

حق برخورداری از وکیل، یکی از حقوقی است که در نظام‌های دادرسی کشورهای مختلف و در اسناد بین‌المللی حقوق بشری پذیرفته شده است. این نوشتار در صدد است به بررسی حق برخورداری متهم از وکیل در محاکمات کیفری دادگاه‌های بین‌المللی پردازد. در این راستا به بررسی این حق در محاکمات کیفری دادگاه‌های نورنبرگ، توکیو، یوگسلاوی سابق، رواندا و دیوان کیفری بین‌المللی پرداخته شده است. تبیین ضرورت رعایت حق برخورداری از وکیل به عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر، اصل برائت و تساوی سلاح‌ها، موضوع قسمت نخستین این تحقیق است. با عطف به اهمیت این حق در راستای حمایت از منافع شخصی متهم و منافع جامعه جهانی (در محاکمات بین‌المللی)، لازم است که وکلا از صلاحیت علمی و فنی لازم برخوردار باشند؛ از این رو شرایط و ضوابطی برای احراز سمت وکالت در دادگاه‌های بین‌المللی پیش‌بینی شده که موضوع قسمت دوم این نوشتار است. حق برخورداری از وکیل در محاکمات کیفری بین‌المللی در مرحله تحقیقات مقدماتی و رسیدگی دادگاه‌ها و نیز در مراحل پس از صدور حکم، موضوع قسمت سوم این تحقیق است. در قسمت چهارم نیز به این حق به عنوان حقی مرکب که شامل مصادیق مختلف است پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: حق برخورداری از وکیل، حقوق بشر، محاکمات کیفری بین‌المللی، دیوان کیفری بین‌المللی.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران.
o.rostamighazani@gmail.com

مقدمه

بارتکاب جرایم هولناک در طول قرن بیستم، به تدریج جامعه جهانی به فکر محاکمه مرتكبین این جرایم افتاد. هرچند که در سابق ممکن بود مرتكبین این جرایم تحت عناوین جزایی حقوق داخلی محاکمه شوند، این امر محدود و تا حد بسیار زیادی تابع ملاحظات سیاسی بود. از این‌رو از اواسط قرن بیستم، شاهد شکل‌گیری محاکم کیفری بین‌المللی برای محاکمه مرتكبین جرایم علیه صلح و امنیت بین‌المللی هستیم که تشکیل محاکم نورنبرگ و توکیو در اواسط قرن بیستم در این راستا بوده است. در عین حال شاید جای شگفتی باشد که تولد نخستین اسناد بین‌المللی حقوق بشر نیز به این دوران برمی‌گردد. اعلامیه جهانی حقوق بشر در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحده رسید. این تقارن بین ضرورت محاکمه مرتكبین جرایم و جنایات بین‌المللی و ضرورت رعایت قواعد و الزامات حقوق بشری، می‌تواند به معنای ضرورت محاکمه جنایتکاران بین‌المللی با رعایت الزامات حقوق بشری باشد. ضرورت رعایت الزامات حقوق بشری در محاکمات کیفری بین‌المللی با توجه به جنبه غالب سیاسی این محاکمات واجد اهمیت بسیار است و برای افتعال اعضای جامعه جهانی بر اینکه شخص، نه به جهت اقتضایات سیاسی، بلکه به جهت رعایت مقررات بین‌المللی محاکمه می‌شود، رعایت الزامات حقوق بشری و دادرسی منصفانه ضرورت پیدا می‌کند.

یکی از حقوقی که از قدیم‌الایام مطرح بوده و در دهه‌های اخیر با رواج فرهنگ حقوق بشر نیز بیشتر مطرح شده است، «حق برخورداری از وکیل» است. اصل امکان مداخله وکیل در جریان محاکمات به دوران باستان بر می‌گردد، آن گونه که در یونان قدیم، بسیاری از افراد به دلایلی چون بی‌اطلاعی از مقررات یا نداشتن قدرت بیان به یکی از خویشاوندان مورد اعتماد خود که دارای حسن بیان و قدرت استدلال بود نمایندگی می‌دادند تا به جای آنان و برای آن‌ها دادخواهی نماید و به چنین اشخاصی آدوکاتوس^۱ می‌گفتند.^۲ ولی به‌حال شناسایی آن به منزله یک حق که عدم رعایت آن می‌توانست موجب تشکیک در صحت و درستی دادرسی باشد قرن‌ها به طول کشید. البته شناسایی این حق در نظام‌های حقوق داخلی نیز در زمان واحدی نبود و این شناسایی در خصوص نظام‌هایی که از سیستم اتهامی تبعیت می‌کردند، نسبت به نظام‌های تفتیشی زودتر صورت گرفت و در نظام‌های

^۱. advocate

^۲. بی‌نام، تحولات بود ساله وکالت دادگستری در ایران، نشر کشاورز، تهران، ۱۳۸۰، ص ۱۱.

مختلط که در آن، مرحله تحقیقات مقدماتی از اصول نظام تفتیشی و مرحله تحقیقات نهایی از اصول نظام اتهامی تبعیت می‌کند، پذیرش حق برخورداری از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی دیرتر و به تدریج پذیرفته شده است.

به هنگام مذاکرات مقدماتی اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، هر کدام از کشورهای پیشرفتۀ نظام کامن لا و نظام حقوق نوشتۀ معتقد بودند که بهدلیل شایستگی‌های نظامهای دادرسی آن‌ها، تعیین رژیم منصفانه و عادلانه دادرسی برای محاکمات اساسنامه و در حقیقت برای کلیه محاکمات جهانی مرتبط با جنایات بین‌المللی باید از اصول و قواعد آن‌ها استفاده شود.^۱ در مجموع باید گفت که رسیدگی در دیوان کیفری بین‌المللی به شیوه دادرسی اتهامی که قربات بیشتری با نظام حقوقی کامن لا دارد، صورت می‌گیرد و به عبارت دیگر تحولات نظامهای دادرسی و تلاش آن‌ها برای «برابری سلاح‌ها بین‌المللی و مقام تعقیب» همواره مورد توجه تقویں کنندگان اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی بوده است.^۲ در این میان شناسایی «حق برخورداری از وکیل» برای متهم و ایجاد بستر مناسب برای دفاع کارامد توسط وکیل از مهم‌ترین پیش‌شرط‌های تحقق تساوی سلاح‌ها در راستای تحقق دادرسی عادلانه است.

۱- ضرورت رعایت حق برخورداری از وکیل در محاکمات کیفری بین‌المللی
امروزه به دلیل پیچیدگی امور اجتماعی، قوانین و مقررات اجتماعی نیز به تبع آن، پیچیده شده است که نتیجه عملی این امر، عدم آشنایی کافی شهروندان جامعه با مقررات و به تبع آن، عدم توانایی کافی آنان برای دفاع از خود در محاکم دادگستری است. مداخله وکیل برای دفاع از حقوق اصحاب دعوا نه تنها در راستای دفاع از حقوق فردی اصحاب دعوا تلقی می‌شود، بلکه گامی در راستای دفاع از منافع جامعه از طریق فرایند دادرسی مبتنی بر نظم و انضباط است.

پیش‌بینی حق برخورداری از وکیل را آن گونه که برخی از حقوق‌دانان مطرح کرده -
اند باید از آثار و لوازم «اصل برائت» یا «فرض برائت» دانست.^۳ در نتیجه رعایت حق احترام به اصل برائت، اقتضای پیش‌بینی حق برخورداری از وکیل را موجب می‌شود.

^۱. عجمی، فریدون، نقش اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در جهانی‌سازی حقوق کیفری و چالش‌های آن، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۹۹.

^۲. صابر، محمود، نظام دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۲۹.

^۳. آشوری، محمد، عدالت کیفری، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶، ص ۱۵۲؛ باقر سرمدست بناب، اصل برائت در حقوق کیفری، دادگستر، تهران، ۱۳۸۷، ص ۳۳.

توجه به بند (الف) ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌تواند مؤیدی بر این امر باشد. بهموجب این بند، «هر کس که به بزه کاری متهم شده باشد بی‌گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوای عمومی که در آن کلیه تضمین‌های لازم برای دفاع او تأمین شده باشد، تصیر وی قانوناً محرز گردد». هرچند در این بند اشاره صریحی به حق برخورداری از وکیل نشده است، اشاره به برخورداری از «تضمین‌های لازم برای دفاع» این قابلیت را دارد که بتوان از آن، حق برخورداری از وکیل را نیز استنباط کرد.

اشارة میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به حق برخورداری از وکیل به عنوان یکی از تضمینات ضروری برای اثبات اتهام است. مطابق بند ۳ ماده ۱۴ میثاق «در رسیدگی به هر اتهام کیفری علیه متهم، هر شخص در برابری کامل، محق به حداقل تضمیناتی که در پی می‌آید است:... ۵ - در محاکمه حاضر شده و از خودش شخصاً یا از طریق وکیل انتخابی دفاع کند. اگر از وکیل برخوردار نباشد از این حق مطلع شود و در هر موردی که منافع عدالت اقتضا کند از طرف دادگاه رأساً برای او وکیل انتخاب شود. در چنین موردی اگر دارایی او برای پرداخت حق الوکاله کافی نباشد بدون پرداخت حق الوکاله باشد».

اصل برائت به صراحت در بند ۳ ماده ۲۱ «اساستنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق»، بند ۳ ماده ۲۰ «اساستنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا» و بند ۱ ماده ۶۶ «اساستنامه دیوان کیفری بین‌المللی» پیش‌بینی شده است. این امر می‌تواند به معنای ضرورت پیش‌بینی حق برخورداری از وکیل نیز باشد.^۱

در خصوص دیوان کیفری بین‌المللی، ضرورت تبعیت از حقوق بشر در بند ۳ ماده ۲۱ اساسنامه این دیوان پیش‌بینی شده است. بهموجب این بند، «اجرا و تفسیر حقوقی که در این ماده پیش‌بینی شده است باید با حقوق بشر شناخته شده بین-المللی سازگار بوده و بدون هر گونه تبعیض در ملاحظاتی چون جنسیت تعریف شده در بند ۳ ماده ۷، سن، نژاد، زبان، مذهب یا اعتقادات، عقیده سیاسی یا غیر سیاسی، خاستگاه قومی یا اجتماعی، ثروت، ولادت و وضعیت‌های دیگر باشد». این بند بیان‌گر لزوم توجه به حقوق بشر در زمینه اجرا و تفسیر قواعد دیوان کیفری بین‌المللی است که یکی از مهم‌ترین مصادیق آن، اصل برائت خواهد بود. بنابراین با فرض اینکه حق برخورداری از وکیل به صورت خاص در آن تصریح نمی‌شد، با تمسک به این قاعده

^۱. البته در اساسنامه‌های مذکور به صورت صریح به حق برخورداری از وکیل نیز اشاره شده است که در قسمت‌های بعدی به آن‌ها اشاره خواهد شد.

کلی، امکان احراز لزوم احترام به اصل برائت و لوازم آن از جمله حق برخورداری از وکیل وجود داشت. لزوم تبعیت از قواعد حقوق بشر به عنوان قاعده‌ای کلی در اساسنامه‌های سایر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مطرح نشده است ولی در اساسنامه‌های آن‌ها کم‌وبیش به برخی از مصاديق حقوق بشر اشاره شده است. آن گونه که گفته شده است، این امر به معنای معافیت از اعمال قواعد حقوق بشری نخواهد بود، چرا که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی که منابع حقوق بین‌الملل را معرفی می‌کند، از معاهدات، عرف و اصول کلی حقوقی به عنوان منابع مستقیم حقوق بین‌الملل یاد می‌کند و دیوان دادگستری بین‌المللی در نظریه مشورتی خود که در سال ۱۹۵۱ مطرح می‌کند، سازمان‌های بین‌المللی را ملزم به تبعیت از قواعد کلی حقوق بین‌الملل عرفی می‌داند.^۱ البته این امر به معنای آن نیست که در خصوص تعیین اصول دادرسی عادلانه به محکمات کیفری بین‌المللی، تعهدی برای دولتها وجود دارد تا این تضمینات را در سطح بین‌المللی توسعه دهند،^۲ بلکه این امر به جهت لزوم تبعیت دیوان کیفری بین‌المللی از عرف بین‌المللی است و آن گونه که برخی از حقوق دانان مطرح کرده‌اند اصل محکمه عادلانه اکنون به صورت قاعده آمره در آمده است. اگرچه در این خصوص نمی‌توان به رویه دولتها در تأیید این اصل اشاره کرد، اصرار دولتها در معاهدات بین‌المللی و رویه قضایی متعددی که بر این اصل تأکید می‌کند، مؤید این نظر است که این اصل، قاعده آمره حقوق بین‌الملل است.^۳

تلقی حق برخورداری از وکیل به عنوان یکی از آثار و لوازم اصل برائت، زمینه را برای طرح آن به عنوان یکی از قواعد الزام‌آور عرف بین‌المللی فراهم می‌کند، هرچند که شاید نتوان به استناد عرف بین‌المللی، حدود و شرایط حق برخورداری از وکیل را تعیین کرد.

دیر کل وقت سازمان ملل در گزارش خود برای ایجاد دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوه سابق اعلام می‌دارد که این دادگاه به صورت کامل به حقوق شناخته‌شده

^۱. Croquet, Nicolas A.J., The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence, *Human Right Law Review*, 2011, 11:1, p.p. 97&98.

^۲. زاپالا، سوالاتور، حقوق بشر در محکمات کیفری بین‌المللی، ترجمه: حسین آقایی جنت‌مکان، دانشگاه شهید چمران، اهواز، ۱۳۸۷، صص ۷ و ۸.

^۳. کاسسه، آنتونیو، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه: حسین پیران و دیگران، جنگل، تهران، ۱۳۸۷، ص ۴۸۹.

بین‌المللی برای متهم در تمامی مراحل دادرسی احترام خواهد گذاشت^۱ و این به معنای تمایل سازمان ملل متحده برای بسط اصول دادرسی منصفانه به محاکمات کیفری بین‌المللی است.

مداخله وکیل در زمینه محاکمات کیفری بین‌المللی می‌تواند نقش مهمی در زمینه رعایت سایر الزامات مربوط به حقوق بشر و دادرسی منصفانه داشته باشد، بهویژه باتوجه به این امر که در مقابل نقض حقوق بشر که قابل انتساب به دادگاه‌های موقت یا دیوان کیفری بین‌المللی باشد، حق تجدیدنظرخواهی وجود ندارد. بهویژه هیچ حقی برای اشخاص وجود ندارد تا به طور مستقیم علیه دیوان‌های موقت یا دیوان کیفری بین‌المللی اقامه دعوا نمایند، چرا که نهادهای مذبور، عضو هیچ یک از کنوانسیون‌های حقوق بشری و نظام‌های نظارتی نیستند.^۲ نمونه عملی این نقض قواعد دادرسی منصفانه را می‌توان در دادگاه توکیو مشاهده کرد. به عنوان نمونه دادیاران از تاریخ دستگیری متهمان بدون حضور وکیل مدافع، بارها از آن‌ها بازپرسی کردند. برای مثال از تویو (یکی از متهمان) ۵۱ بار بدون حضور وکیل مدافع بازپرسی شده بود. وکیل سوگامو یکی دیگر از متهمان، تنها یک هفته قبل از تهیه کیفرخواست توانست با موکل خود ملاقات کند.^۳ البته لازم به ذکر است که این امر در حالی بود که حق برخورداری از وکیل در بند (ج) ماده ۹ منشور نورنبرگ پیش-بینی شده بود.

علاوه بر مطالب مطروحه که بیشتر ناظر به ضرورت حقوقی مداخله وکیل در محاکمات کیفری بین‌المللی است، به لحاظ ملاحظات عملی نیز مداخله وکیل، واجد اهمیت ویژه است. باتوجه به اینکه ارائه دفاع کارامد در این دادگاه‌ها علاوه بر آشنایی با فرآیند دادرسی این دادگاه‌ها و مقررات حاکم بر آن، مستلزم اطلاعات گسترشده در زمینه حقوق کیفری و حقوق بین‌المللی است، حتی صرف اطلاع از مقررات حقوق داخلی برای این امر کفايت نمی‌کند. از سوی دیگر نظام دادرسی حاکم بر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و از جمله دیوان کیفری بین‌المللی به نوعی مرکب از قواعد حاکم بر نظام‌های حقوقی نوشته و کامن لا است و در واقع در رقابت بین کشورهای دارنده نظام حقوقی نوشته و نظام حقوقی کامن لا است که هر کدام سعی در وارد کردن

^۱. Beresford, Stuart & Lahiouel, Hafida, The Right to be Defend in Person or Through Legal Assistance and International Criminal Court, *Journal of International Law*, 2000 ,13, p. 953.

^۲. زاپالا، همان، ص ۱۲.

^۳. فیوضی، رضا، حقوق بین‌المللی کیفری، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۴۷.

دایرکتوری دادگستری، شماره ۵، سال پنجم، ۱۳۹۲

نظام حقوقی خود به مقررات مربوط به این دادگاهها داشتند. بخشی از مقررات هر کدام از نظامهای حقوقی مزبور، وارد آیین دادرسی هر کدام از این محاکم شده است که نتیجه عملی آن، پیچیدگی بیشتر مقررات این دادگاهها در مقایسه با مقررات حاکم بر دادگاههای ملی است. علاوه بر این‌ها باید مشکلات مربوط به جماعت‌آوری ادله اثبات را برای دفاع در مقابل ادله ارائه شده توسط دادستان مدنظر قرار داد. بالاخره باتوجه به فاصله مکانی که عموماً بین مقر دادگاه و محل ارتکاب جرم وجود دارد این مشکلات مضاعف می‌شود. از سوی دیگر با توجه به شدت جرایمی که در صلاحیت دادگاههای کیفری بین‌المللی است، در صورت دسترسی به متهمان، آن‌ها عمدتاً بازداشت شده و همین امر امکان جماعت‌آوری ادله را دشوار می‌کند. چنین وضعیتی می‌تواند منتهی به نقض «برابری سلاح‌ها»^۱ شود، از این‌روست که عده‌ای مطرح کرده‌اند که مفهوم برابری در سلاح‌ها اقتضا می‌کند که شخص متهم در دفاع شخصی (و نه از طریق وکیل) در مقابل جرایم جنگی، حق مطلق نداشته باشد^۲ و باز از این‌روست که در مقررات مربوط به دادگاههای کیفری پیش‌بینی شده است که حتی در مواردی که خود متهم از معرفی وکیل خودداری کرده و درخواستی را هم برای تعیین وکیل معارضتی نداده است در راستای حفظ مصالح عدالت، اقدام به تعیین وکیل برای متهم نمود.

در خاتمه این قسمت لازم به ذکر است که اهمیت حق برخورداری از وکیل از منظری دیگر نیز در حقوق بین‌الملل مطرح شده است. از جمله بهموجب ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین در روابط کنسولی، از حق برخورداری از معارضت حقوقی به عنوان یکی از حقوق متهمین اتباع بیگانه یاد شده است و در همین راستا نیز دعاوی‌یی بین دولتها مطرح شده است که از جمله می‌توان به پرونده لاغرنزد که بین دولت آلمان و آمریکا در دیوان دادگستری بین‌المللی مطرح شده اشاره کرد. در این پرونده دیوان در رأی ۲۷ ژوئن ۲۰۰۱ خود در بند ۹۱ تصريح دارد به اینکه هرچند در نهایت برای متهم وکیل تعیین شده است، به علت عدم تطابق مقررات داخلی آمریکا با تعهدات بین‌المللی این کشور، وکیل نتوانسته محکومیت و مجازات متهمین را فراتر از قانون اساسی آن کشور مورد بحث قرار دهد و از این‌رو این حق به صورت

¹ equality of arms

². Scharf, Michael P, Self Representation Versus Assignment of Defence Counsel Before International Criminal Tribunals, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 4 , p.40.

کامل در پرونده محقق نشده و لذا بند ۲ ماده ۳۶ کنوانسیون وین نقض شده است.^۱ در رأی دیگری دیوان در تاریخ ۳۱ مارس ۲۰۰۴ که بین مکزیک و ایالات متحده آمریکا مطرح شده بود دیوان به تفسیر ماده ۳۶ کنوانسیون وین پرداخته و اشاره کرده است که مأمور کنسولی حق ارتباط با متهم و فراهم کردن معاضدت حقوقی برای وی را دارد اما این دلیل نمی‌شود که خود مأمور کنسولی به عنوان وکیل مداخله نماید.^۲

۲- ویژگی ضروری برای وکلا و کارامدی حق برخورداری از وکیل

کارامدی حق برخورداری از وکیل در صورتی خواهد بود که وکیل، اعم از وکیل انتخابی یا وکیل معاضدتی برای انجام دفاع مؤثر از صلاحیت‌ها و توانایی‌های لازم برخوردار باشد. البته این امر مختص به وکالت در دعاوی کیفری بین‌المللی نبوده و در خصوص دعاوی کیفری در سطح ملی نیز لازم‌رعایه است. به همین دلیل سازمان عفو بین‌الملل بیان کرده است که حق داشتن وکیل به این معناست که فرد، حق دارد وکیل با صلاحیت داشته باشد و تمامی دولتها باید تضمین کنند که وکیل تسخیری باید لایحه دفاعیه مؤثری را جهت دفاع از مظنونین و متهمین تقدیم نماید. فرد دستگیرشده یا بازداشت شده یا متهم به جرم کیفری حق دارد وکیلی با تجربه و باصلاحیت مناسب با ماهیت جرم انتسابی را به منظور دریافت مساعدت حقوقی مؤثر داشته باشد.^۳ در واقع هدف از تعیین وکیل، نه صرف حضور و مداخله وی در فرایند دادرسی، بلکه دفاع کارامد از حقوق متهم و سایر اصحاب دعوا و تلاش در راستای تحقق عدالت است که این امر مستلزم آن است که نه تنها وکیل از امکانات لازم برای این امر، بلکه علاوه بر آن از صلاحیت‌ها و توانایی‌های علمی و فنی لازم و نیز سلامت اخلاقی برخوردار باشد.

بحث صلاحیت و توانایی‌های وکیل در محاکمات کیفری بین‌المللی باتوجه به پیچیدگی‌های این محاکمات از اهمیت بیشتری برخوردار است. اما این امر در خصوص نخستین محاکمات کیفری بین‌المللی چندان مورد توجه نبود. در قسمت دوم ماده ۲۳ منشور نورنبرگ پیش‌بینی شده بود که هر کسی که صلاحیت حرفه‌ای برای وکالت دعاوی را در کشور خود داشته باشد یا هر کسی که به صورت خاص از

^۱. Germany v. United States of America, International Court of Justice, 27 June 2001.

^۲. Mexico v. United States of America, International Court of Justice, 31 March 2004.

^۳. سازمان عفو بین‌الملل، دادرسی عادلانه، ترجمه: فریده طه و لیلا اشرقی، میزان، تهران، ۱۳۸۶، ص ۶۰.

پایه‌گذاری از انتخابی خود را داشته باشد. اما در ادامه آمده بود که مگر اینکه صلاحیت چنین وکیلی در هر زمانی توسط دادگاه رد شود. پیش‌بینی امکان رد وکیل توسط دادگاه، آن هم در هر زمان و بدون ذکر دلیل رد و اساساً ذکر اینکه وکیل، کدامیک از وزیرگاه و خصوصیات را بایست می‌داند، برای ارائه دفاع کارامد و مؤثر کفایت نمی‌کند.

جانب دادگاه برای این امر تعیین شود حق وکالت در محکمه نورنبرگ را می‌داشت. بدیهی است که صرف قناعت به صلاحیت‌های لازم برای وکالت در محاکم ملی یا دادن اختیار به دادگاه برای تعیین کسی که حتی صلاحیت وکالت در محاکم ملی را ندارد ولی با این حال دادگاه او را به عنوان وکیل واحد صلاحیت می‌داند، برای ارائه دفاع کارامد و مؤثر کفایت نمی‌کند.

در بند (ج) ماده ۹ منشور توکیو هم پیش‌بینی شده بود که هر متهمی می‌بایست حق برخورداری از وکیل انتخابی خود را داشته باشد. اما در ادامه آمده بود که مگر اینکه صلاحیت چنین وکیلی در هر زمانی توسط دادگاه رد شود. پیش‌بینی امکان رد وکیل توسط دادگاه، آن هم در هر زمان و بدون ذکر دلیل رد و اساساً ذکر اینکه وکیل، کدامیک از وزیرگاه و خصوصیات را بایست می‌داند، برای ارائه دفاع کارامد و مؤثر کفایت نمی‌کند.

در دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو از یک سو سعی شده بود که در راستای رسیدگی منصفانه‌تر از قواعد نظام ترافعی استفاده شود و این امر اقتضای آن را داشت که وکلا با قواعد نظام اتهامی آشنا باشند در حالی که وکلا عمدتاً از کشورهای حقوق نوشه بودند و به نظامی که بتواند آن‌ها را به انجام تحقیقات و ادار نماید عادت نداشتند.^۱

این موارد می‌توانند گواه مناسبی بر عدم کفایت به آشنایی به نظام حقوقی ملی باشد. در همین راستاست که در خصوص دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا شرایطی برای وکلا پیش‌بینی شده است.

مقررات مربوط به شرایط وکلا در دادگاه یوگسلاوی سابق در ماده ۴۴ و ۴۵ قواعد دادرسی و ادله ذکر شده است. ماده ۴۴ اختصاص به شرایط مقرر برای وکیل انتخابی توسط مظنون و متهم دارد و ماده ۴۵ اختصاص به شرایط مربوط به تعیین وکیل معاوضتی برای مظنون و متهم دارد. در ماده ۴۴ شرایط متعددی برای وکیل انتخابی مقرر شده است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به استاد حقوق دانشگاه وکیل می‌بایست صالح برای کار در قلمرو دولت خود باشد یا استاد دانشگاه باشد. بنابراین ضرورتی ندارد که وکیل در کشور خود، ذی صلاح برای وکالت باشد و وجود یکی از این دو شرط کفایت می‌کند.

شرط مهم دیگر برای وکیل انتخابی آن است که او مهارت نوشتاری و شفاهی، حداقل در یکی از زبان‌های کاری دیوان یعنی انگلیسی یا فرانسه را داشته باشد. البته در صورت اقتضای عدالت، دبیرخانه دیوان می‌تواند اجازه دهد که کسی که با

^۱. زاپلا، ممان، صص ۲۵ و ۲۶.

هیچ یک از زبان‌های کاری دیوان، آشنایی نداشته باشد به شرط تقاضای مظنون یا متهم و به شرط آنکه وکیل با زبان بومی موکل آشنا باشد، انتخاب شود. البته دبیرخانه می‌تواند شرایطی را مقرر کند از جمله اینکه وکیل یا متهم، هزینه‌های ترجمه را پرداخت نمایند و اینکه وکیل به این جهت، وقت اضافی نخواهد و به‌هرحال مظنون یا متهم، حق اعتراض از تصمیم دبیرخانه را به رئیس دیوان دارد. علاوه‌بر این، شرایط دیگری چون فقدان سوءپیشینه، عدم مداخله در جرم ارتکابی در صلاحیت دادگاه و عدم فریب در اطلاعاتی که به دیوان ارائه می‌دهد و... نیز پیش‌بینی شده است. در خصوص وکیل معاضدتی علاوه‌بر شرایط مقرر برای وکیل انتخابی شرایط دیگری نیز پیش‌بینی شده است که از جمله می‌توان به داشتن صلاحیت محرز در حقوق کیفری یا حقوق بین‌المللی کیفری یا حقوق بشردوستانه بین‌المللی یا حقوق بشر و نیز داشتن حداقل هفت سال سابقه مرتبط به عنوان قاضی، دادستان، وکیل یا در سایر سمت‌های مربوط به رسیدگی‌های کیفری اشاره کرد. علاوه‌بر این، چنین وکیلی باید تمایل خود را برای تعیین به عنوان وکیل معاضدتی برای متهمان فاقد دارایی کافی، اعلام کند. این شرایط علاوه‌بر ماده ۴۵ قواعد دادرسی و ادله در بند (الف) ماده ۱۴ دستورالعمل تعیین وکیل مدافع نیز برای وکیل معاضدتی بیان شده است. دبیرخانه دیوان می‌تواند لیستی از وکلایی را که دارای این شرایط هستند تهیه نموده و برای تعیین وکیل معاضدتی در هر مورد، وکیل موردنظر از میان این لیست انتخاب شود. البته دبیرخانه می‌تواند علاوه‌بر این لیست، لیستی از وکلایی را که دارای شرایط مقرر برای وکیل معاضدتی هستند در صورت تمایل آن‌ها به عنوان «وکیل کشیک»^۱، جهت حضور ابتدایی مظنون تعیین نماید. مشابه مقررات فوق در «قواعد دادرسی و ادله» و «دستورالعمل تعیین وکیل مدافع» دادگاه رواندا نیز وجود دارد. البته لازم به ذکر است که بند (الف) ماده ۱۳ دستورالعمل تعیین وکیل مدافع نیز به شرایط وکیل معاضدتی اشاره کرده است که این شرایط تا حد زیادی مشابه شرایط مقرر در دادگاه یوگسلاوی است.

در خصوص صلاحیت لازم برای وکلایی که در دیوان کیفری بین‌المللی فعالیت می‌کنند باید گفت که مطابق ماده ۲۳ «قواعد دادرسی و ادله» این دیوان، سه شرط پیش‌بینی شده است که برگرفته از شرایط مقرر برای وکلا در محاکم سابق الذکر است. این سه شرط عبارتند از اینکه اولاً - وکیل می‌باشد از صلاحیت محرز در حقوق بین‌الملل یا حقوق کیفری و آیین دادرسی برخوردار باشد. ثانیاً - ضروری

^۱. duty counsel

است که تجربه مرتبط به عنوان قاضی، دادستان، وکیل یا موارد مشابه داشته باشد که مطابق ماده ۶۷ «آین نامه های دیوان» این تجربه حداقل باید به مدت ۱۰ سال باشد. ثالثاً - وکیل باید دارای دانش برجسته و فصاحت در حداقل یکی از زبان های کاری دیوان باشد. به نظر می آید یکی از ویژگی های دیگری که مناسب بود برای وکلای دیوان کیفری بین المللی پیش بینی می شد، ضرورت آشنایی با عمدۀ نظام های اصلی حقوقی است. این امر علاوه بر اینکه به جهت مقررات و ساختار دیوان کیفری بین المللی که برگرفته از نظام های حقوقی نوشته و کامن لا است، اهمیت دارد به این امر برمی گردد که مطابق بند ۸ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، قضات دیوان باید بیانگر نظام های عمدۀ حقوقی جهان باشند که این امر، ضرورت آشنایی نسبی وکلا با نظام های عمدۀ حقوقی در جهت تعامل با قضات دیوان را مطرح می کند.

۳- قلمرو حق برخورداری از وکیل

امروزه هرچند حق برخورداری از وکیل در نظام های مختلف حقوقی به رسمیت شناخته شده است، در خصوص بازه زمانی که شخص از این حق برخوردار است اتفاق نظری بین نظام های حقوقی کشورهای مختلف وجود ندارد. به طور کلی می توان گفت که حق برخورداری از وکیل و حقوق مرتبط با آن در مرحله رسیدگی دادگاهها زودتر و به نحوی گسترده تر نسبت به مرحله تحقیقات مقدماتی پذیرفته شده است. البته امروزه به دلیل ترافعی شدن بیش از پیش تحقیقات مقدماتی از یک سو و عدم توانایی بسیاری از متهمین به ارائه دفاعی مناسب در مرحله دادسرا از سوی دیگر و کشف موارد عدیده از اشتباهات قضایی و تضییع حقوق متهمین که خود از موجبات اطاله دادرسی محسوب می شود، ضرورت حضور وکیل و ایفاء نقش مؤثر از سوی وی در مرحله جمع آوری دلیل مطرح شده است.^۱ این گسترش حق برخورداری از وکیل در تحقیقات مقدماتی را تا حدی می توان در محاکمات کیفری بین المللی نیز ملاحظه کرد.

در منشور دادگاه های نورنبرگ و توکیو هرچند به صراحت به حق برخورداری از وکیل اشاره شده بود، در خصوص حق برخورداری از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی و جمع آوری ادله توسط دادستان، اشاره صریحی صورت نگرفته بود و آن گونه که در مباحث قبلی اشاره شد در مواردی بارها از متهمی بدون حضور وکیل بازجویی شده بود و در بند (الف) ماده ۲ قواعد دادرسی محکمه نورنبرگ که به اعلام

^۱. آشوری، همان، ص ۱۵۳

حق برخورداری متهم از معاضدت وکیل اشاره داشت به آگاه کردن متهم از این حق خود در فاصله زمانی حداقل سی روز قبل از دادرسی اشاره دارد که آنچه از این امر برمی‌آید آن است که غرض اصلی از حق برخورداری از وکیل، برخورداری متهم در مرحله دادرسی است.

در مقررات مربوط به دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا، مقررات صریحی در خصوص تسری حق برخورداری از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی مقرر شده است. قسمت (د) بند ۴ ماده ۲۱ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق و قسمت (و) بند ۴ ماده ۲۰ اساسنامه دادگاه رواندا به حق متهم به دفاع از خود به صورت مستقیم یا از طریق وکیل اشاره دارد و علاوه‌بر این بند ۳ ماده ۱۸ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق و بند ۳ ماده ۱۷ اساسنامه دادگاه رواندا به حق مظنون^۱ در برخورداری از وکیل در بازجویی توسط دادستان اشاره دارد. بر این اساس، مظنون حق خواهد داشت که در صورت بازجویی از مساعدت وکیل انتخابی خود و درصورتی که توانایی مالی کافی برای پرداخت حق الوکاله را نداشته باشد از مساعدت وکیل معاضدتی بهره ببرد. علاوه‌بر این در قواعد دادرسی و ادله این دو دادگاه، علاوه‌بر این حقوق، به حقوق دیگر مظنونین نیز اشاره شده است. مطابق بند (ب) ماده ۴۲ قواعد دادرسی و ادله هر دو دیوان، بازجویی از مظنونین بدون حضور وکیل انجام نخواهد شد مگر آنکه مظنون، داوطلبانه از حق خود صرف‌نظر کند. البته در این صورت نیز اگر بعداً مظنون متمایل به برخورداری از وکیل باشد بازجویی متوقف شده و تنها با حضور وکیل ادامه پیدا خواهد کرد. لازم به ذکر است که تفکیک بین مظنون و متهم در مقررات دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو وجود نداشت و در ادبیات حقوقی آن دادگاه‌ها برای هر دو مفهوم از واژه متهم استفاده شده بود. تفکیک بین مظنون و متهم، خود گامی در راستای احترام هر چه بیشتر به اصل برائت است.

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز در مواد ۵۵ و ۶۷ خود به حقوق مظنونان و متهمان اشاره دارد. مطابق این مواد، مظنون یا متهم باید از حق برخورداری از وکیل مطلع شده و اگر توان پرداخت حق الوکاله را نداشته باشد بتواند از وکیل معاضدتی بهره ببرد. البته در مقایسه با مقررات دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا درباره اینکه اگر در مواردی چون عدم شروع تحقیقات تا زمان حضور وکیل و توقف تحقیقات، متهمی که از حق برخورداری از وکیل انصراف داده، بخواهد از حق خود

^۱. suspect

بهره‌مند شود، ساكت است. بهتر بود در راستای حمایت هر چه بیشتر از حقوق متهم، به چنین مواردی نیز تصریح می‌شد.

اما سؤال دیگری که مطرح می‌شود آن است که حق برخورداری از وکیل تا چه مرحله‌ای ادامه پیدا می‌کند؟ بند (الف) ماده ۸ «کد رفتار حرفه‌ای برای وکیلی که در نزد دادگاه یوگسلاوی سابق حاضر می‌شود» و بند ۱ ماده ۴ «کد رفتار حرفه‌ای برای وکیل مدافع دادگاه رواندا» تصریح دارند به اینکه وکیل باید تا پایان وکالت، به موکل مشاوره داده و از او نمایندگی کند. کد رفتاری دادگاه یوگسلاوی سابق اشاره دارد به اینکه ختم وکالت با فسخ از جانب وکیل یا عزل از جانب دبیرخانه صورت می‌گیرد و مطابق کد رفتاری دادگاه رواندا وکالت با عزل وکیل یا با استعفای وکیل که مورد رضایت دادگاه نیز باشد خاتمه پیدا می‌کند. اما موضوع اصلی در اینجا آن است که حق برخورداری از وکیل که از ابتدای بازجویی آغاز می‌شود تا چه مرحله‌ای از دادرسی ادامه پیدا می‌کند؟ در این خصوص ماده ۱۷ «کد رفتار حرفه‌ای برای وکیل» دیوان کیفری بین‌الملی از صراحت بیشتری برخوردار است. مطابق این ماده وکیل باید تا زمانی که پرونده به صورت نهایی در دادگاه تصمیم‌گیری شود اقدام به ارائه مشاوره و اعمال نمایندگی از جانب موکل بنماید و وکالت شامل تجدیدنظرخواهی‌ها هم خواهد شد. اشاره به «تجددنظرخواهی‌ها»^۱ به جای «تجددنظرخواهی»^۲ می‌تواند دلالت بر این امر داشته باشد که وظیفه وکیل علاوه‌بر مرحله تجدیدنظرخواهی مقرر بهموجب ماده ۸۱ الی ۸۳ اساسنامه دیوان، شامل «اعاده دادرسی در محکومیت و مجازات»^۳ (ماده ۸۴) نیز خواهد شد و حتی می‌توان با تفسیر به نفع متهم و در راستای دادرسی عادلانه وکیل را موظف به اقدام در مرحله «غرامت شخص توقيف شده یا محکومیت یافته»^۴ مقرر در ماده ۸۵ اساسنامه و «تجددنظرخواهی دیوان در مورد تخفیف مجازات»^۵ مقرر در ماده ۱۱۰ اساسنامه نیز دانست.

۴- مصاديق حق برخورداری از وکيل

حق برخورداری از وکیل، یک حق بسیط نبوده و خود متشکل از مصاديق مختلف است. به تعبیر دیگر، برای اینکه شخصی به صورت کامل از حق خود مبنی بر داشتن

¹ . appeals

² . appeal

³ . revision of conviction or sentence

⁴ . compensation to an arrested or convicted person

⁵ . review by the court concerning reduction of sentence

۱۳۹۶، شماره ۳۸، دادگستری، پاییز

وکیل برخوردار باشد لازم است که شخص از همگی این حقوق برخوردار شود. امروزه از یک سو حق برخورداری از وکیل در سطح ملی منحصر به مرحله دادرسی نبوده و علاوه بر آن شامل مرحله تحقیقات مقدماتی و حتی مرحله تحقیقات پلیسی نیز می‌شود. از سوی دیگر علاوه بر اینکه شخص باید از این حق برخوردار باشد، مقامات پلیسی و قضایی مکلف به اعلام این حق به مظنون یا متهم هستند. از جنبه دیگر، حق برخورداری از وکیل، نه صرف یک حق صوری بلکه یک حق اساسی است که هدف و غایت آن، حفظ منافع متهم و احراق عدالت در مراجع قضایی است. از این‌رو علاوه بر اینکه لازم است که شخص وکیل از توانایی‌های فنی و علمی لازم برخوردار باشد باید امکانات مناسب برای تمهید دفاعیه مناسب نیز برای او فراهم شود. در این راستا موکل باید بتواند آزادانه و به صورت مخفیانه با وکیل خود ملاقات نموده و مشورت‌های لازم را بنماید. در صورتی هم که مظنون یا متهم، توانایی مالی کافی برای انتخاب وکیل نداشته باشد باید زمینه مناسب برای انتخاب وکیل رایگان برای او فراهم شود. در ادامه به برخی از مصادیق و جنبه‌های مهم حق برخورداری از وکیل در اسناد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی اشاره می‌شود.

۱-۴-انتخاب آزادانه وکیل

برای اینکه موکل بتواند به وکیل خود اعتماد داشته و بتواند با همکاری وکیل خود، دفاع کارامدی ارائه دهد، لازم است که وکیل را خود او انتخاب کند یا در صورت تعیین وکیل از سوی مراجع قضایی، بتواند به وکیل تعیین شده اعتراض نموده یا او را عزل نماید. البته آن گونه که در مباحث قبلی نیز اشاره شد این امر منافاتی با تعیین شرایط و صلاحیت‌هایی برای وکیل انتخابی ندارد. بنابراین در مواردی که خود مظنون یا متهم، وکیل را انتخاب می‌کند باید با رعایت شرایط و صلاحیت‌های مقرر برای وکیل باشد.

بند (د) ماده ۲ قواعد دادرسی دادگاه نورنبرگ به حق متهم در برخورداری از وکیل انتخابی اشاره می‌کرد. در صورتی که متهمی از درخواست وکیل خاصی خودداری کند یا وکیل تعیین شده ظرف ۱۰ روز یافت نشده یا در دسترس نباشد دادگاه برای او وکیلی تعیین خواهد کرد مگر آنکه متهم به صورت کتبی اعلام کند که از حق برخورداری از وکیل، انصراف داده است. حق انتخاب آزادانه وکیل در بند (ج) ماده ۹ منشور توکیو نیز تصریح شده بود.

آن گونه که از ظاهر مقررات محاکم نورنبرگ و توکیو بر می‌آید حق انتخاب آزادانه وکیل، شامل وکیل معاضدتی نیز می‌شود. در این خصوص اشاره به یک مورد عملی

می‌تواند اهمیت این حق را آشکار کند: دادگاه نورنبرگ، دستور آزادی پسر متهم به اسم فرنز فون پاپن^۱ را که یک اسیر نظامی بود، داد به این جهت که او می‌توانست در دفاع پدرش کمک کند.^۲

حق انتخاب آزادانه وکیل در قسمت (د) بند ۴ ماده ۱۶ و در بند ۳ ماده ۱۸ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق و بند ۳ ماده ۱۷ و قسمت (د) بند ۴ ماده ۲۰ اساسنامه دادگاه رواندا نیز ذکر شده است. اما مسئله اصلی در خصوص حق انتخاب وکیل به موارد تعیین وکیل معارضتی برمی‌گردد و سؤال این است که آیا مظنون یا متهم می‌تواند از دادگاه بخواهد که وکیل خاصی را برای او تعیین کند یا نه؟ براساس رویه دیوان اروپایی حقوق بشر، حق برخورداری متهم از وکیل انتخابی تنها در جایی است که او دارایی کافی برای پرداخت حق الوکاله به وکیل داشته باشد.^۳ مطابق رأی دیگری، متهم مقصراً برای تعیین وکیل معارضتی، مستحق مشورت نیست.^۴

مطابق مواد ۴۵ قواعد دادرسی و ادله دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا برای تعیین وکیل معارضتی، دبیرخانه می‌تواند لیستی از وکلایی را که دارای شرایط مقرر هستند تهیه نموده و انتخاب وکیل برای مظنون یا متهم از بین وکلای این لیست خواهد بود. بنابراین در موارد تعیین وکیل معارضتی، حق انتخاب آزادانه وکیل، محدود خواهد بود. مطابق بند (د) ماده ۱۱ دستورالعمل تعیین وکیل مدافع دادگاه یوگسلاوی سابق، مظنون یا متهم، حق دارد از لیست دبیرخانه، وکیلی را انتخاب کند. این در حالی است که مطابق دستورالعمل تعیین وکیل مدافع دادگاه رواندا (بند الف ماده ۱۰) خود دبیر از لیستی که قبلًاً تهیه شده وکیلی را انتخاب می‌کند.

در این زمینه بهطور کلی باید موازنی بین دو مصلحت را مدنظر قرار داد. از یک سو تأمین دفاع مؤثر متهم به منظور تضمین دادرسی عادلانه و از سوی دیگر استفاده درست و مناسب از منابع دادگاه می‌باشد.^۵ بر اساس این دیدگاه دادگاه رواندا در پرونده نتاکروتیمانا گفت که متهم عموماً باید حق انتخاب از لیست مدیر دادگاه را داشته باشد. البته مدیر تمایلات متهم را ملاحظه خواهد کرد مگر آنکه دلایل معقول و معتبری وجود داشته باشد. شعبه همچنین اعلام کرد که در

¹. Franz von Papen

². Beresford & Lahiouel, 2000, *op cit.*p. 974

³. X v. United Kingdom, European Court of Human Rights, 1983.

⁴. X v. Federal Republic of Germany, European Court of Human Rights, 1976.

⁵. فضایلی، مصطفی، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۷، ص ۴۳۸.

این خصوص باید منابع دادگاه، صلاحیت و تجربه وکیل، توزیع جغرافیایی و موازنۀ نظامهای حقوقی اصلی دنیا در گزینش داوطلبان، صرفنظر از سن، جنس، نژاد یا تابعیت، مدنظر قرار گیرد.^۱

در پرونده آکاسو شعبه تجدیدنظر دادگاه رواندا با اشاره به پرونده نتاکروتیمانا بیان می‌دارد که در پرتو تفسیر مقررات اساسنامه دادگاه و قواعد و آرای مربوط به حق انتخاب وکیل در نزد کمیته حقوق بشر و ارگان‌های استراسبورگ، نتیجه می‌گیرد که حق معارضت حقوقی رایگان، حق انتخاب وکیل را اعطای نمی‌کند و حق انتخاب وکیل برای متهمی است که توانایی پرداخت حق الوکاله وکیل را دارد.^۲

در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در قسمت (ج) بند ۲ ماده ۲۱ قواعد دادرسی و ادله دیوان به صورت صریح اعلام شده که هر شخص می‌تواند آزادانه مشاور خود را از میان فهرست تهیه شده توسط رئیس دبیرخانه یا مشاورین دیگری که خارج از فهرست رئیس دبیرخانه بوده اما واجد صلاحیت‌های لازم برای این امر هستند انتخاب کند و برای این منظور، درخواست کند که نام وی در فهرست وکلا گنجانده شود. بنابراین مظنون یا متهم، این حق را خواهد داشت که حتی خارج از فهرست وکلای واجد شرایط تهیه شده توسط رئیس دبیرخانه، اقدام به انتخاب وکیل نماید.

۲-۴- حق برخورداری از وکیل معارضتی

حق برخورداری از معارضت قضایی رایگان در صورت عدم تمکن مالی، از دیگر حقوق پیش‌بینی شده برای متهم است. در واقع عدم تمکن مالی نباید مبنای برای محرومیت متهم از حق برخورداری از وکیل و به تبع آن دادرسی منصفانه و مبتنی بر تساوی سلاح‌ها باشد. البته این حق مطلق نیست و آن گونه که ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بین‌المللی (کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) مطرح کرده، این حق محدود به مطابقت با «منافع عدالت»^۳ است و به تعبیر دیگر، در صورتی برای مراجع قضایی تکلیف تعیین وکیل وجود خواهد داشت که اقتضای عدالت، چنین امری را طلب کند. تعیین اینکه آیا اجرای عدالت، چنین امری را ایجاب می‌کند به شدت جرم و مجازات احتمالی بستگی دارد.^۴ به نظر می‌رسد علاوه‌بر دو عامل جرم و مجازات باید

¹. Prosecutor v. Nyiramasuhuko and Ntahobali, International Criminal Tribunal for Rwanda, 13 March 1998, Para 61.

². Prosecutor v. Jean – Paul Akayesu, International Criminal Tribunal for Rwanda, 1 June 2001, para 61.

³. interests of justice

⁴. سازمان غفو بین‌الملل، همان، ص ۶۰

۱۳۹۴، پاییز
 شماره ۵، دادگستری
 یاور دادگاه

عوامل دیگری چون پیچیدگی پرونده، پیچیدگی فرایند دادرسی، وضعیت و توانایی - های متهم و ... نیز مدنظر قرار گیرد.

تعیین وکیل معاضدتی علی‌الاصول فرع بر درخواست متهم است. البته در راستای تضمین حق متهم لازم است که این حق به او اطلاع داده شود چرا که ممکن است متهم از این حق خود، آگاه نباشد. آن گونه که در ضمن مباحث گذشته اشاره شد حق برخورداری از وکیل معاضدتی در کنار حق برخورداری از وکیل انتخابی در تمامی محاکم بین‌المللی مدنظر بوده است. اما نکته حائز اهمیت آن است که با توجه به اهمیت و پیچیدگی محاکمات کیفری بین‌المللی در مواردی که متهم وکیل معاضدتی تعیین ننموده و حتی در مواردی که به صورت کتبی از حق برخورداری از وکیل انصراف داده است در راستای منافع عدالت ممکن است که برای او وکیلی تعیین شود. این امر از همان ابتدا در منشور محکمه نورنبرگ پیش‌بینی شد. در بند (ج) ماده ۹ منشور نورنبرگ آمده بود که در صورتی که متهم، درخواستی برای وکیل ننموده باشد یا در صورتی که تعیین وکیل برای تأمین «دادرسی منصفانه» ضروری باشد دادگاه اقدام به تعیین وکیل خواهد نمود. در ماده ۱۰ مکرر دستورالعمل تعیین وکیل مدافع دادگاه یوگسلاوی سابق و در بند (ج) ماده ۱۰ دستورالعمل تعیین وکیل دادگاه رواندا تصریح شده است که اگر مظنون یا متهم، درخواست تعیین وکیل بنماید اما در راستای احراز اعسارش همکاری لازم را ننماید یا درخواستی برای تعیین وکیل ارائه ننموده باشد یا حتی در موردی که به صورت کتبی اعلام کند که قصد دارد خودش به شخصه دفاع کند، دبیرخانه ممکن است در راستای منافع عدالت، اقدام به تعیین وکیل برای او بنماید. از چنین وکیلی تعبیر به «یاور دادگاه»^۱ می‌شود. یاور دادگاه به مفهوم سنتی آن معمولاً به مطالب محترمانه دسترسی ندارد؛ مجاز به پرسش از شهود نیست و در تمام مراحل دادرسی از آغاز تا انجام آن دخالت نمی‌کند بلکه معمولاً شبیه یک کارشناس برای مدت محدودی و شاید حتی در یک جلسه شرکت می‌کند.^۲ البته در رویه عملی دادگاه‌های یوگسلاوی سابق، یاور دادگاه، نقشی فراتر از نقش سنتی را بر عهد گرفته است، به گونه‌ای که می‌توان گفت وکیل مدافع عملی متهم است، با این تفاوت که متهم به او دستور نمی‌دهد و به او اعتماد نمی‌کند. از این‌رو یاور دادگاه در انجام وظایف خود با دشواری روبرو است. استفاده از یاور دادگاه را با توسعه در نقش سنتی آن، باید با نگاه به اهمیت، حساسیت و

^۱. amici curiae

^۲. فضایلی، همان، ص ۴۳۸

ویژگی‌های محاکمات کیفری بین‌المللی توجیه کرد.^۱ این رویه توسط دیوان کیفری بین‌المللی نیز مورد عمل واقع شده است و علاوه‌بر اینکه در مقررات مربوط به آن، محدودیت‌هایی را برای یاوران دادگاه، پیش‌بینی نکرده است به تصریح ماده ۱ کد رفتار حرفه‌ای این دیوان، این کد شامل یاوران دادگاه نیز خواهد بود. در اینجا مناسب است مختصراً هم به فرایند تعیین وکیل معارضتی اشاره شود. این امر به تفصیل در دستورالعمل‌های تعیین وکیل مدافع دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا مطرح شده است، اما نکته اساسی که از بررسی این دستورالعمل‌ها به دست می‌آید آن است که این فرایند و مقررات حاکم بر آن به‌ نحوی است که زمینه را برای رعایت حداکثری حقوق مظنون یا متهم فراهم کند.

تشrifات تعیین وکیل معارضتی در ماده ۷ به بعد دستورالعمل تعیین وکیل مدافع دادگاه یوگسلاوی سابق و ماده ۵ دستورالعمل تعیین وکیل مدافع دادگاه رواندا پیش‌بینی شده است که تا حد زیادی مشابه یکدیگر هستند. برای تعیین وکیل معارضتی، مقاضی باید درخواستی به دبیر دادگاه تقدیم کند و فهرستی از دارایی‌های خود را نیز رائه دهد. با اثبات اعسار بر عهده مقاضی است. البته به‌نظر می‌آید در جهت رعایت حقوق دفاعی متهم، اثبات نه به معنای قطعی یا بدون شک و شبیه معقول، بلکه به این معنا باشد که اثبات احتمال معتبر بودن، بیشتر از احتمال مقابل آن است. از سوی دیگر در این راستا باید شک و شبیه به نفع مقاضی تفسیر شود. به‌حال دبیرخانه دادگاه می‌تواند برای احراز صحت ادعای مقاضی تحقیقات لازم را انجام دهد.

مطابق ماده ۱۰ دستورالعمل دادگاه یوگسلاوی سابق، دبیر برای تعیین حدود توانایی مقاضی در پرداخت حق‌الوکاله وکیل، همه انواع دارایی‌هایی را که مظنون یا متهم به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم بهره می‌برد یا به‌صورت رایگان خرج می‌کند، در نظر می‌گیرد. در این راستا دبیرخانه درآمد مستقیم، حساب‌های بانکی، دارایی شخصی، مستمری‌ها، سهام، اسناد و ترکه را بررسی می‌کند. البته بررسی منحصر به این موارد نیست و دبیر می‌تواند موارد دیگر را بررسی کند. در این ارزیابی منافع خانوادگی و اجتماعی مقاضی محاسبه نمی‌شود. همچنانی اگر متعارف باشد دارایی همسر مقاضی یا کسی که مقاضی معمولاً با او زندگی می‌کند نیز محاسبه خواهد شد. در بنده (ب) ماده ۶ دستورالعمل دادگاه رواندا در خصوص احتساب دارایی همسر و کسی که مقاضی معمولاً با او زندگی می‌کند قید «اگر متعارف باشد»

^۱. پیشین.

وجود ندارد. لذا در احتساب دارایی متقاضی باید به صورت مطلق، دارایی همسر و کسانی را که معمولاً با متهم یا مظنون زندگی می‌کنند، محاسبه کرد که این امر محل اشکال است و بهتر آن است که قید موجود در دستورالعمل دادگاه یوگسلاوی سابق در دستورالعمل دادگاه رواندا نیز ذکر شود.

با بررسی دارایی مظنون یا متهم، دبیرخانه دادگاهها در مورد اینکه آیا متقاضی مستحق برخورداری از وکیل معاضدتی هست یا نه و نیز اگر متقاضی از تمکن نسبی برخوردار باشد قسمتی از حق الوکاله را که متقاضی باید پرداخت کند، مشخص می‌کند. این تصمیم باید مدلل بوده و به متقاضی ابلاغ شود و مظنون یا متهم نیز می‌تواند در صورت رد ادعای اعسار یا در مورد مقدار حق الوکاله، اعتراض کند.

۴-۳- حق ارتباط محramانه با وکیل

برای اینکه وکیل بتواند به نحو احسن وظیفه خود را در قبال حمایت از منافع موکل انجام دهد لازم است که موکل به وکیل خود اعتماد نموده و اطلاعات مورد نیاز را در اختیار وکیل قرار دهد. این امر از یک سو مستلزم آن است که وکیل موظف به حفظ اسرار و اطلاعاتی باشد که موکل در اختیار او قرار می‌دهد و از سوی دیگر مقامات قضایی نیز مکلف باشند که زمینه را برای ملاقات محramانه وکیل و موکل فراهم نمایند.

حق ارتباط محramانه به این معنی است که نباید ارتباط بین وکیل و موکل قطع یا از آن جلوگیری شود یا اینکه گفتگوهای کتبی یا شفاهی (از جمله، مکالمات تلفنی) بین متهم و وکیل سانسور شود. البته برای تضمین محramانگی، با لحاظ ضروریات امنیتی، استانداردهای بین‌المللی تصریح می‌کنند که مشاوره ممکن است در مقابل دید مقامات صورت گیرد اما نه در معرض استماع آن‌ها.^۱ همچنین باید وکیل مدافع مجاز باشد که همیشه و با رعایت ضوابط اداری با موکل خود ملاقات کند. حتی اگر قاضی تحقیق، متهم را ممنوع‌العلاقات کرده باشد این محدودیت نمی‌تواند ناظر به وکیل متهم باشد.^۲ حق ارتباط با وکیل از این منظر در مقررات مربوط به دادگاه‌های بین‌المللی مورد توجه واقع نشده است. شاید بتوان این امر را ناشی از بداهت این امر دانست ولی از منظر تکلیف وکیل به حفظ اسرار حرفه‌ای مقررات ویژه‌ای وضع شده است.

^۱. سازمان عفو بین‌الملل، همان، ص ۶۵

^۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، ج ۲، سمت، چاپ دهم، تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۴۰.

مطابق کدهای رفتاری وکلای دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا و دیوان کیفری بین‌المللی به تفصیل به تکلیف وکیل در حفظ اسرار حرفه‌ای تأکید شده است. البته آن گونه که مطرح شده است حفظ اسرار حرفه‌ای وسیله‌ای برای حمایت از حقوق شخصی متهم است اما حفظ حقوق شخصی تنها یکی از منافعی است که باید در توازن با منافع دیگر به کار رود. موکل تا زمانی می‌تواند حفظ اسرار شخصی را بخواهد که با مصالح بزرگتر جامعه یا شخص دیگر در تعارض نباشد.^۱ از این رو مطابق موارد ۸ کدهای رفتاری حرفه‌ای مربوط به دادگاه رواندا و دیوان کیفری بین-المللی و ماده ۱۳ کد رفتاری مربوط به دادگاه یوگسلاوی سابق، استثنائاتی برای وکیل در وظیفه حفظ اسرار حرفه‌ای ذکر شده است. از جمله مطابق بندهای (ب) و (ج) کد رفتاری مربوط به دادگاه یوگسلاوی سابق در مواردی مثل اینکه خود موکل، رضایت به افشاء اطلاعات داشته باشد یا در مواردی وکیل با باور متعارف برای پیشگیری از رفتاری که ممکن است منتهی به ارتکاب جرمی در صلاحیت این دادگاه یا منتهی به مرگ یا صدمه جسمی مهم دیگری شود می‌تواند اطلاعات را افشا نماید.

به هر حال باید با مشخص کردن دقیق مواردی که وکیل می‌تواند یا باید اسرار حرفه‌ای را افشا نماید، زمینه را برای ایجاد اعتماد بین وکیل و موکل و در نتیجه فراهم شدن زمینه مناسب برای ارائه دفاع کارامد توسط وکیل فراهم کرد.

۴-۴- فراهم کردن امکانات مناسب برای دفاع وکیل

برای اینکه وکیل بتواند با آگاهی به همه جوانب امر، نسبت به دفاع کارامد اقدام نماید باید مقامات قضایی با وکیل همکاری نموده و اطلاعات موجود در پرونده را در اختیار وی قرار دهنند. در نظام‌های حقوق ملی که مبتنی بر نظام دادرسی مختلط بوده و مرحله تحقیقات مقدماتی تابع مقررات نظام تفتیشی است نیز به مرور از خصیصه تفتیشی بودن آن کاسته شده و در راستای دادرسی منصفانه‌تر، سعی بر گسترش اختیارات وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی و از جمله دسترسی وکیل به پرونده است.

در محاکمات کیفری بین‌المللی با توجه به پیچیدگی‌های آن و لزوم دستیابی به اطلاعات تخصصی، عموماً وکیل به تنها ی نمی‌تواند از عهده انجام تکالیف خود برآید.

^۱. Afifi, Abdelrahman, On the Scope of Professional Secret and Confidentiality: The International Criminal Court Code of Professional Conduct and the Lawyer's Dilemma, *Leiden Journal of International law*, 2007 , 20, p.471.

از این رو در مقررات مربوط به محاکمات کیفری بین‌المللی مقرراتی در راستای پشتیبانی از وکیل پیش‌بینی شده است. در این راستا از همان ابتدا در قواعد دادرسی دادگاه نورنبرگ طبق بند (د) ماده ۲ با رعایت شرایطی امکان برخورداری از دو وکیل برای متهم فراهم شده بود. در دادگاه‌های بعدی نیز امکان برخورداری از وکیل همکار فراهم شد ولی به‌حال مسئولیت اصلی دفاع، با وکیل اصلی است. با این حال در بند (د) ماده ۱۶ دستورالعمل تعیین وکیل مدافع دادگاه یوگسلاوی سابق، امری فراتر از آن پیش‌بینی شده است. براین‌اساس در صورت درخواست وکیل اصلی ممکن است دبیرخانه، اشخاصی چون معاون حقوقی، مشاور، مأمور تحقیق و مترجم را برای پشتیبانی وکیل تعیین نماید. لزوم پشتیبانی از وکیل در مقررات دیوان کیفری بین‌المللی نیز تصریح شده است. در همین راستا مطابق قسمت (ب) بند ۱ ماده ۲۰ آیین دادرسی و ادله این دیوان، دبیرخانه دیوان مکلف به پشتیبانی، مساعدت و اطلاع‌رسانی به وکلایی است که در دیوان حاضر می‌شوند.

نتیجه

جنایت‌های ارتکابی در اواسط قرن بیستم و بالاخص در جنگ جهانی دوم، از یک سو زمینه را برای طرح حقوق بشر در سطح بین‌المللی و الزام دولتها به تبعیت از آن موجب شد و از سوی دیگر، اندیشه مجازات مرتكبین جرایم بین‌المللی را که البته پیش‌تر از آن نیز مطرح شده بود، از نو مطرح کرد و این امر با تشکیل دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو جامه عمل پوشید. بنابراین می‌توان گفت که بین مقررات حقوق بشری و مقررات مربوط به محاکمات کیفری بین‌المللی، تقارن زمانی قابل درک وجود دارد.

محاکمات کیفری بین‌المللی به جهت اختلاط آن با سیاست حاکم بر روابط بین‌المللی از حیث مشروعیت در مظان اتهام است. از این‌رو رعایت مقررات مربوط به حقوق بشر و از جمله حق برخورداری متهم از وکیل و ارائه دفاع کارامد از متهم می‌تواند مانع از بهزیرسؤال‌رفتن تلاش‌های بین‌المللی برای محاکمه جنایتکاران بین‌المللی شود. حق برخورداری از وکیل در محاکمات کیفری بین‌المللی به لحاظ پیچیدگی‌های حقوقی و عملی حاکم بر جرایم بین‌المللی و محاکمات آن‌ها نیز قابل تأکید است. از این منظر، حق برخورداری از وکیل، نه تنها گامی در راستای حفظ حقوق مظنون یا متهم، بلکه در عین حال، گامی در راستای تحقق عدالت و حفظ مشروعیت این محاکمات تلقی می‌شود. تعیین وکیل از سوی دادگاه برای مظنون یا متهم، در مواردی که خود او اقدام به اختیار وکیل نکرده و باوجود اطلاع از این حق، درخواستی هم برای تعیین وکیل معاضدتی ننموده باشد و حتی در مواردی که مظنون یا متهم، به صورت کتبی از حق خود انصراف داده باشد در مواردی که اقتضای منافع عدالت باشد خود گواه این امر است.

حق برخورداری از وکیل از همان ابتدا در دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو به رسمیت شناخته شده و بعدها با تشکیل دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا و دیوان کیفری بین‌المللی نیز مورد تأیید واقع شد. هرچند در وادی عمل در برخی از موارد، نقض این حق مشاهده شده است و در برخی موارد نیز مقررات مربوط به این دادگاهها از وضوح کافی برخوردار نیست، مقررات به کاررفته در خصوص حق برخورداری از وکیل و حقوق فرعی ناشی از آن در محاکمات کیفری بین‌المللی کم‌وبیش با ضوابط حقوق بشری سازگار است و این امر می‌تواند مقررات مربوط به این محاکم را به عنوان الگویی برای اقتباس توسط نظامهای حقوق کیفری ملی در جهت نزدیک‌تر شدن به ضوابط دادرسی عادلانه مطرح کند.

فهرست منابع

الف - فارسی

- آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، ج ۲، سمت، چاپ دهم، تهران، ۱۳۸۸.
- آشوری، محمد، عدالت کیفری، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶.
- بی‌نام، تحولات نواد ساله وکالت دادگستری در ایران، نشر کشاورز، تهران، ۱۳۸۰.
- جعفری، فریدون، نقش اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در جهانی‌سازی حقوق کیفری و چالش‌های آن، رساله دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
- زاپالا، سالواتور، حقوق بشر در محاکمات کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین آقایی جنت مکان، دانشگاه شهید چمران، اهواز، ۱۳۸۷.
- سازمان عفو بین‌الملل، دادرسی عادلانه، ترجمه فریده طه و لیلا اشرفی، میزان، تهران، ۱۳۸۶.
- سرمیست بناب، باقر، اصل برائت در حقوق کیفری، دادگستر، تهران، ۱۳۸۷.
- صابر، محمود، نظام دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- فضایلی، مصطفی، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی شهر دانش، تهران، ۱۳۸۷.
- فیوضی، رضا، حقوق بین‌المللی کیفری، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- کاسسه، آنتونیو، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین پیران و دیگران، جنگل، ۱۳۸۷.

ب - انگلیسی

- Afifi, Abdelrahman, On the Scope of Professional Secret and Confidentiality: The International Criminal Court Code of Professional Conduct and the Lawyer's Dilemma, *Leiden Journal of International law*, 20, 2007.
- Beresford, Stuart & Lahiouel, Hafida, The Right to be Defend in Person or Through Legal Assistance and International Criminal Court, *Journal of International Law*, 13, 2000.

- Croquet, Nicolas A.J., The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence, *Human Right Law Review*, 11:1, 2011.
- Scharf, Michael P, Self Representation Versus Assignment of Defence Counsel Before International Criminal Tribunals, *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006.

-اسناد بین المللی-

- Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg.
- Charter of the International Military Tribunal for the Far East.
- Code of Professional Conduct for Counsel Appearing Before the International Tribunal (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia).
- Code of Professional Conduct for Defence Counsel (International Criminal Tribunal for Rwanda).
- Code of Professional for Counsel (International Criminal Court).
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
- Directive on Assignment of Defence Counsel (International Criminal tribunal for Rwanda).
- Directive on Assignment of Defence Counsel (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia).
- International Covenant on Civil and Political Rights.
- Nuremberg Trial Proceedings vol 1, Rules of Procedure.
- Regulations of the Court (International Criminal Court).
- Rules of Procedure and Evidence (International Criminal Court).
- Rules of Procedure and Evidence (International Criminal tribunal for Rwanda).
- Rules of Procedure and Evidence (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia).
- Statute of the International Criminal Court.

- Statute of the International Criminal tribunal for Rwanda.
- Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.
- Statute of the International Court of Justice.
- Universal Declaration of Human Rights.
- Vienna Convention on Consular Relations.

- رویه قضایی بین المللی

- Germany v. United States of America, International Court of Justice, 27 June 2001.
- Mexico v. United States of America, International Court of Justice, 31 march 2004.
- Prosecutor v. Jean – Paul Akayesu, International Criminal Tribunal for Rwanda, 1 June 2001.
- Prosecutor v. Nyiramasuhuko and Ntahobali, International Criminal Tribunal for Rwanda, 13 March 1998.

بررسی اعتبار نظریه کارشناس از منظر فقه و حقوق

* سید محمد هادی ساعی

** مریم ثقیلی

چکیده

نظر کارشناس، دیدگاه یک شخص متخصص و حرفه‌ای است که دادرس از آن به عنوان ابزاری مفید در جهت حل و فصل دعاوی حقوقی و کیفری بهره می‌گیرد. نظر مذکور، مختص حقوق کنونی نیست و از دیرباز در متون فقهی با عنوان نظر اهل خبره مورد توجه قصه‌ها بوده است. لیکن امروزه با توجه به تخصصی شدن علوم و مبانی، اهمیت این نهاد بیش از پیش احساس می‌شود؛ مضاف بر اینکه میزان اختیار قاضی در رد یا قبول نظر کارشناس به لحاظ تأثیر آن بر سرنوشت دعاوی، بسیار حائز اهمیت است. اهمیت این بحث، زمانی بیشتر آشکار می‌شود که اظهارنظر کارشناس، مغایر ادله دیگر باشد. لذا هدف از این نوشتار، تحلیل نظر کارشناس در قالب امارات قانونی و قضایی، ظنون مطلق و خاص و تبیین چگونگی تصمیم‌گیری قاضی در مواجهه با نظر مزبور است که با بررسی متون حقوقی و فقهی محقق می‌شود. بنابراین در راستای تحلیل مباحث مذکور، سؤالات چندی مطرح می‌شود، از جمله اینکه نظر کارشناس از امارات قانونی است یا قضایی؟ اختیار قاضی در پذیرش این نظر تا چه حدی است؟ با توجه به سابقه نظر کارشناس در متون فقهی، موضع فقها در این باره چگونه است؟

به منظور پاسخ به این سؤالات، نوشه حاضر به روش تحلیلی تطبیقی به بررسی نظر کارشناس در حقوق و فقه می‌پردازد؛ به این ترتیب که نظر کارشناس و میزان اعتبار آن در حقوق، نظر اهل خبره و حجیت آن در فقه، امارات و انواع ظنون و ظن حاصل از نظر اهل خبره و سرانجام، تکلیف قاضی در اجرای نظر کارشناس را مورد

* عضو هیئت علمی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره) (نویسنده مسئول).

Sm-h-saei@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

M_sghafi@hotmail.com

تحلیل و تبیین قرار می‌دهد. در نهایت، بررسی مباحث فوق و پاسخ به سؤالات مطروحه به این امور می‌انجامد که نظر کارشناس از امارات قضایی در حقوق و ظنون مطلق در فقه است. این نتیجه از تطبیق ظن خاص با اماره قانونی و ظن مطلق با اماره قضایی حاصل می‌شود و اینکه قاضی در مواجهه با نظر کارشناس، اجباری در پذیرش بی‌چون و چرای آن ندارد ولی هنگامی می‌تواند از قبول آن امتناع کند که دلایل مخالفت خود را به صورت مستند بیان نماید.

واژگان کلیدی: کارشناسی، اماره قانونی، اماره قضایی، ظن، ظن خاص، ظن مطلق.

مقدمه

امروزه با پیشرفت فناوری و تخصصی شدن امور و فنون، اظهارنظر کارشناسانه و حرفه‌ای در امور، بیش از پیش مورد نیاز است. این نیاز در تمامی موضوعات و رشته‌ها احساس می‌شود به‌گونه‌ای که رشته حقوق و امور قضایی نیز از آن مستغتی نیست. همچنان‌که در دعاوی حقوقی و کیفری به‌کرات شاهد اظهار نظرات کارشناسانه و تخصصی هستیم. تشخیص جنون، میزان جراحت و نوع مرگ یا میزان خسارات واردہ بر اموال از جمله مواردی است که توسط کارشناسان و متخصصان تعیین می‌شود زیرا دادرس، عالم به تمامی امور مربوط به دعاوی نبوده و صرفاً متخصص مباحث حقوقی و قضایی است.

از سوی دیگر در برخی موقع، نظرات کارشناسان، مغایر ادله اکتسابی در برخی دعاوی است یا اینکه با منطق و نظر قاضی سازگار نمی‌شود. لذا این بحث مطرح می‌شود که تکلیف قاضی چیست؟ پاسخ به این سؤال نیازمند بررسی و تحلیل جایگاه و اعتبار نظر کارشناس در دعاوی قضایی است. بررسی این موضوع اهمیت بسیاری دارد چراکه در برخی موقع، سرنوشت دعاوی وابسته به این تصمیم است. به عنوان مثال در جایی که شواهد و قراین، حاکی از ارتکاب قتل توسط یک متهم است و نظر پژوهشی قانونی مبنی بر بی‌گناهی متهم باشد، تصمیم قاضی برای متهم، بسیار سرنوشت‌ساز است. بنابراین در این فرض، تصمیم قاضی در پذیرش نظر کارشناس، مصادف با برائت متهم است. اما این تصمیم‌گیری به امور چندی مانند تکلیف قاضی به پذیرش یا رد نظر کارشناس و اعتبار این نظر وابسته است. لذا نخست باید نظر کارشناس به عنوان یکی از ادله دادرسی بررسی شود.

در میان ادله دادرسی آنچه با اظهارنظر کارشناس سازگارتر است، مبحث امارات است. لازم به ذکر است که سابقه طرح اعتبار نظر کارشناس در مقالات و متون حقوقی موجود است ولی این مبحث با بررسی و تطبیق نظر کارشناس و امارات اعم از قانونی و قضایی صورت نگرفته است. در مقالات و کتب حقوقی، اعتبار نظر کارشناس و چگونگی اعتراض به آن بیان شده بدون اینکه این نظر در قالب ادله دادرسی بررسی شود. در این میان حتی مقاله‌ای نیز با عنوان اعتبار نظر کارشناس موجود است که به بررسی شکلی این نظر و شرایط اعتبار آن از قبیل روشن بودن و مطابق موضوع بودن پرداخته و از ماهیت آن و دلیل اعتبار آن نزد قاضی، سخنی گفته نشده است.

۱۴۰۲
 ۱۴۰۳
 ۱۴۰۴
 ۱۴۰۵
 ۱۴۰۶
 ۱۴۰۷
 ۱۴۰۸
 ۱۴۰۹
 ۱۴۱۰
 ۱۴۱۱
 ۱۴۱۲

از سوی دیگر نظر کارشناس در کتب اصولی با عنوان نظر اهل خبره مطرح بوده و حجیت این نظر با توجه به مباحث ظنون و انواع ظن خاص و ظن مطلق بررسی شده است؛ به این ترتیب که این نظر در باب قول لغوی جای گرفته و مبحثی از قول لغوی و اعتبار آن به حجیت نظر اهل خبره اختصاص یافته است. البته این تقسیم- بنده در تمامی کتب یکسان نبوده و حتی در برخی کتب اصولی درباره نظر اهل خبره مطلبی بیان نشده است اما در غالب موارد، مبحث نظر اهل خبره، زیرمجموعه قول لغوی است. همچنین برخی اصولین، نظر اهل خبره را با شهادت شهود، خلط نموده‌اند به‌گونه‌ای که شرایط بینه را برای اعتبار این نظر ضروری می‌دانند. اما برخی دیگر با ظریف‌بینی خاصی این دو مقوله را متعلق به دو مبحث مختلف دانسته‌اند و لذا شرایط شهود نظیر عدالت، اسلام و غیره را برای حجیت نظر اهل خبره لازم نمی‌دانند.

از این‌رو در این نوشتار نظریات مطرح در متون فقهی و اصولی در باب حجیت نظر اهل خبره و همچنین تفاوت آن با شهادت شهود نیز بیان می‌شود. بنابراین هدف از این تحقیق، بررسی اعتبار نظر کارشناس و تأثیر آن در آرای قضایی و تصمیمات دادرسان است که به سبب وجود پیشینه این مبحث در نظریات فقه‌ها به روشی تحلیلی تطبیقی میان حقوق و مباحث فقهی به بیان این امر می‌پردازد و به سؤالات متعددی که در ذیل بیان می‌شود پاسخ می‌دهد.

- نظر کارشناس از جمله امارات قانونی است یا قضایی؟
- حجیت نظر اهل خبره در فقه از چه بایی است؟
- آیا انواع ظنون مطرح شده در فقه قابل تطبیق با امارات حقوقی هست؟

و در نهایت با توجه به تبیین هریک از ظنون و امارات در فقه و حقوق و بررسی اعتبار نظر کارشناس، تکلیف قاضی در مقابل اظهار نظرات کارشناسان چیست؟ لذا به‌منظور ترغیب ذهن و پاسخگویی به سؤالات فوق، در ابتدا مبحث امارات، انواع و تفاوت آن‌ها با یکدیگر و همچنین انواع ظن در فقه و اعتبار و حجیت آنان بررسی شده و در مباحث بعدی نظر اهل خبره و کارشناس و در نهایت، تکلیف و اختیار قاضی در مقابل این نظرات بررسی می‌شود.

۱. امارات قانونی و قضایی

به‌منظور بررسی نظر کارشناس در قالب یکی از امارات حقوقی، در ابتدا باید هریک از امارات، معرفی و تفاوت و جایگاه آن‌ها در دادرسی بررسی شود.

۱-۱. تعریف اماره و انواع آن

اماره در لغت به معنای نشانه، علامت، یادگار، نام شب، کلمه عبور، دلالت اشعار است.^۱ در اصطلاح تعاریف متعددی از اماره بیان شده: در نظر برخی اماره، طریقی است به سوی حکم شرعی واقعی که برای جاهل به حکم واقعی قانونگذاری شده است. به عبارت دیگر، قانونگذار اماره را از این جهت که موجب ظن می‌شود معتبر شناخته است.^۲ در تعریف دیگری از اماره، آن را از جمله دلایلی می‌دانند که مبنای حجت آن، کاشفیت نسبت به واقع است و به همین ملاک نیز از سوی شارع، حجت یافته است. مفاد امارات می‌تواند احکام شرعی یا موضوعات باشد. در اصطلاح اصول فقه، امارات حاکی از احکام واقعی دلایل اجتهادی هستند.^۳

تعاریف فوق در اموری چون مبتنی بر ظن بودن، حجت اماره و تأیید آن از سوی شارع، با هم شباهت دارند. علاوه بر این، قانون مدنی نیز در ماده ۱۳۲۱ تعریفی ارایه داده است: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته شود».

قانون مدنی امارات را به دو قسم قانونی و قضایی تقسیم کرده و ماده ۱۳۲۱ هر دو قسم آن را دربر می‌گیرد. در ذیل، هر یک از امارات به صورت جداگانه بررسی می‌شود.

اماره قانونی آن است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده است یعنی آن‌ها را مشیت وجود حق در زمان حال می‌دانند.^۴ برخی اماره قانونی را به دو قسم مطلق و نسبی تقسیم می‌کنند. براین اساس اماره مطلق آن است که خلافش را نتوان ثابت نمود. به عبارت دیگر در مقابل چنین اماره‌ای هیچ دلیلی تاب مقاومت نخواهد داشت مانند قضیه محکوم‌به‌ها که پس از قطعیت رأی، خلاف آن را نمی‌توان ثابت کرد. از سوی دیگر اماره قانونی نسبی آن است که خلافش همواره قابل اثبات است مانند اماره تصرف.^۵

^۱. المتجلدالبجدی، فرهنگ عربی به فارسی، ترجمه احمد سیاح، چاپ ششم، انتشارات فرحان، تهران، ۱۳۷۹.

^۲. فیض، علی‌رضا، مبادی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۶۶، ص ۱۶۷.

^۳. محقق‌داماد، سید‌مصطفی، مباحثی از اصول فقه، ج ۳، چاپ چهارم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۴.

^۴. پیشین، ص ۱۸۷.

^۵. مدنی، سید‌جلال‌الدین، آین دادرسی مدنی، ج ۲، چاپ چهارم، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۵، صص ۴۹۹-۴۹۸.

اگرچه این نظر قابل تأمل است، جای انتقاد نیز دارد. در این تقسیم‌بندی و در اماره مطلق، اماره با دلیل، خلط شده است. از سوی دیگر اگر در اینجا اماره به معنای دلیل هم گرفته شود صحیح نیست چراکه دلیل هم امری است که قابلیت نقض به - وسیله دلیل دیگر را دارد. مثالی هم که برای این تعریف آمده (اعتبار قضیه محکوم - بها) قابل خدشه است چراکه بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی، ممکن است رأی قطعی در مراحل بالاتر نقض شود. به عبارت دیگر خلاف قضیه محکوم بها نیز قابل اثبات است. قانون مدنی در ماده ۱۳۲۲ اماره قانونی را اماره‌ای می‌داند که دلیل بر امری است و به مصادیق آن در مواردی همچون ماده ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰ و ... اشاره می‌کند. از این ماده چنین برداشت می‌شود که اماره قانونی نیاز به نص دارد و باید در قانون تصریح شده باشد.

amarه قضایی مجموعه چند قرینه (چند وضع، چند حالت، چند برگه) است که مفید علم عادی است و در هرگونه داوری (قضایی و غیرقضایی) به کار می‌رود چرا که این اماره به مرحله قضا اختصاص نداشته و در شورای عالی ثبت و شوراهایی از این قبیل نیز استفاده می‌شود و بهتر است آن را اماره داوری بدانیم زیرا وسیله اعمال نظر برای داوری و رسیدن به تصدیقات نیز هست.^۱ ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی در تعریف اماره قضایی مقرر می‌دارد: «amarاتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد می‌باشد که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد و یا ادله دیگر را تکمیل کند». با توجه به نظریه شورای نگهبان و رویه قضایی، امروزه تفاوتی میان دعاوی که به شهادت شهود اثبات می‌شود و دیگر دعاوی وجود ندارد، چرا که کلیه دعاوی با شهادت شهود قابل اثبات بوده و حتی سند رسمی را نیز می‌توان با شهادت شهود ابطال نمود. بنابراین باید گفت که قسمت اخیر این ماده همچون مواد مشابه با توجه به این توضیح، نسخ ضمنی شده است.

اعتبار اماره قضایی مبتنی بر قطع و یقین است که از اوضاع و احوال موجود در خارج برای دادرس در رسیدگی به دعوا حاصل می‌شود. بنابراین درصورتی که اماره قضایی به وجود حق برای مدعی در زمان رسیدگی موجود باشد دادرس بر طبق آن حکم خواهد کرد زیرا به موجب آن برای دادرس، علم به وجود حق حاصل می‌شود. لیکن علمی که به واسطه اماره قضایی برای دادرس ایجاد می‌شود در بیشتر موارد، علم و

^۱. جعفری لنگرودی، محمدمجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸، ص ۶۰۹.

یقین جازم نیست و حتی دادرس به وجود یا عدم حق، علم پیدا نمی‌کند. اما باید دید که آیا از نظر شرع، چنین علمی حجت دارد یا خیر؟^۱

از نظر دکتر لنگرودی در فقه، اصطلاحی معادل این واژه وجود ندارد و سند مشروعیت اماره قضایی در حقوق اسلام، آیه ششم از سوره حجرات است.^۲ اما دکتر محقق داماد معتقدند، فقهای اسلامی اماره قضایی را ظاهر حال می‌گویند. ظاهر حال از ظن‌های خاص معتبر شرعی نیست بلکه از ظنون غیرمعتبر بوده و تا هنگامی که ظاهر حال یعنی قرائن و اوضاع واحوال، موجب یقین یا لاقل اطمینان نشود، قابل پیروی نبوده و فقها چنین امری را که ایجاد یقین جازم نمی‌کند و صرفاً موجب ظن یا گمان است دارای حجت شرعی نمی‌دانند.

۲-۱. تفاوت اماره قانونی و قضایی

با بیان این تفاوت‌ها می‌توان معین نمود که کارشناسی در کدام دسته جای می‌گیرد:

۱) تصریح و عدم تصریح قانونگذار: اماره قانونی از نظر آنکه دلیل بر امر مجھولی است اماره قانونی نامیده می‌شود ولی موارد آن باید معین باشد به این معنا که نیاز به نص و تصریح قانونگذار دارد و قضایی نمی‌تواند با استفاده از قیاس، آن را به موارد دیگر تسری دهد. ماهیت اماره قانونی همان اماره موضوعی است که به حکم قانون تعمیم داده می‌شود تا مصادق‌های موضوع را نیز فراگیرد و اقدامی خطناک است که تنها قانونگذار می‌تواند آن را انجام دهد چرا که احتمال خطا و دورشدن از واقع در آن زیاد است. اما اماره قضایی محدود به نص قانون نبوده و قضایی می‌تواند در هر اوضاع واحوال و قرائنی به آن پی‌برد و تعداد آن‌ها را نمی‌توان محدود نمود.^۳

۲) ماهیت اماره قانونی و اماره قضایی: اماره قانونی برای حفظ نظم عمومی و مبتنی بر ظن نوعی است و موجب قطع دادرس نمی‌شود^۴ درحالی که اعتبار اماره قضایی مبتنی بر قطع و یقین است که از اوضاع و احوال موجود در خارج برای دادرس ایجاد می‌شود و اگر دادرس در وجود اوضاع و احوال آن یقین نکند اثری نخواهد داشت. اماره قانونی چهره نوعی دارد و همانند خود قانون، کلی است اما اماره قضایی چهره شخصی و موضوعی داشته و به شرایط و اوضاع و احوال هر دعوا وابسته است. ماهیت

^۱. محقق داماد، همان، ص ۱۸۹.

^۲. آیه ۶ سوره حجرات: «یا ایها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنباء فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهاله فتصبحوا على ما فعلتم نادمين».

^۳. کاتوزیان، ناصر، «ماهیت و اثر اماره حقوقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴ تابستان ۸۳ ص ۱۴۳.

^۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۶، انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۳۸۹، ص ۲۲۲.

۱۴۵
 ۱۴۶
 ۱۴۷
 ۱۴۸
 ۱۴۹
 ۱۵۰
 ۱۵۱
 ۱۵۲
 ۱۵۳
 ۱۵۴
 ۱۵۵
 ۱۵۶
 ۱۵۷
 ۱۵۸
 ۱۵۹
 ۱۶۰

اماره قانونی همان اماره موضوعی است و حکم غلبه بر آن جاری است. در اماره قضایی ویژگی‌های دعوا و نتیجی که در هر اختلاف مؤثر است متفاوت بوده و هیچ امری جنبه نوعی و کلی ندارد. به همین دلیل اماره قضایی را باید هم‌ردیف دلیل واقعی همانند شهادت و اقرار دانست نه دلایل حکمی و تعبدی. لیکن برخی حقوق-دانان اماره قضایی را مبتنی بر قطع و یقین می‌دانند و معتقدند که چون قاضی در اماره قضایی از نشانه‌ها و علایم، احتمال امری را می‌دهد هیچ‌گاه به یقین نمی‌رسد و از همین رو اماره قضایی تاب مقاومت در برابر دلایل را ندارد.^۱

(۳) تکلیف قاضی در مقابل هر یک از امارات: اگر شخصی برای اثبات دعوای خود به امارات قانونی استناد کند از ابزار دلایل دیگر معاف است و در صورتی که طرف مقابل، وجود اماره را منکر شود باید خلاف آن را اثبات کند. هرگاه در امری اماره قانونی وجود داشته باشد قاضی موظف است آن را معتبر و کاشف از امر مجھول بداند و نمی‌تواند در آن تردید کند بلکه باید بر اساس آن حکم بدهد. اما قانون، ارزیابی درجه ارزش اماره قضایی را به قاضی واگذار نموده است. بدلیل اینکه قانونگذار، اماره قانونی را قرینه‌ای همراه با سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی انتخاب می‌کند قاضی مجبور به رعایت آن است و نمی‌تواند قلمرو این قرینه‌های قانونی را بیفزاید. اما در اماره قضایی قاضی آزاد است و هیچ قاعده‌ای وی را محدود نمی‌سازد و می-تواند تمام قرایین علمی، اجتماعی و متعارف متأثر در موضوع را در نظر گیرد. البته باید توجه داشت که این اختیار به اندازه‌ای وسیع نیست که هیچ‌گونه محدودیتی نداشته باشد بلکه همواره قاضی باید از استنتاجی مشروع و قانونی که وجود آن او را اقناع می‌کند استفاده نماید. بنابراین اماره قضایی محدود به نص نیست و نمی‌توان تعداد آن‌ها را محدود کرد. همچنین برخلاف اماره قانونی که قاضی بی‌چون و چرا مکلف به پذیرش آن است در اماره‌های قضایی چنانچه قاضی بر اساس شرایط موضوع دعوا به اقناع وجود آن نمی‌رسد و جویی بر تبعیت از اماره ندارد.

در تعارض میان اماره قانونی و قضایی باید گفت از آنجایی که اماره قانونی دلیل بر امری است تا خلاف آن ثابت شود اماره قضایی را شاید بتوان همان دلیلی پنداشت که می‌تواند خلاف اماره قانونی را ثابت کند. در غیراین صورت عملأ جایی برای اماره قضایی باقی نمی‌ماند. به عنوان مثال بر اساس اماره فراش، طفل متولد از زن، به شوهر او ملحق می‌شود اما اگر با فناوری جدید ثابت شود که طفل، فرزند شخص دیگری است اگر این آزمایش در محاکم ایران به عنوان دلیل پذیرفته نشود می‌تواند

^۱. کاتوزیان، همان، ص ۱۴۴.

اماره قضایی باشد که به تنها یی یا در کنار اوضاع و احوال دیگر، اماره فراش را به عنوان اماره قانونی نقض کند. از سوی دیگر اماره قانونی دلیل نیست بلکه ظن نوعی است که سبب می‌شود شخص با استناد بر آن، از ارایه دلیل، معاف شود. اماره قضایی دلیلی است که قاضی را در تشخیص حق از باطل کمک می‌کند. بنابراین به حکم عقل باید بر اماره قانونی حکومت نماید.^۱

۳-۱. امارات در امور مدنی و کیفری

مصادیق امارات قانونی در امور مدنی بسیار است. اماره تصرف (ماده ۳۵ قانون مدنی)، اماره اشتراک دیوار مابین دو ملک مجاور (ماده ۱۰۹ ق.م)، اماره دیوار اختصاصی (ماده ۱۱۰ قانون مدنی)، اماره فراش (ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی)، اماره تقصیر (ماده ۳۸۶ قانون تجارت)، اماره اعتبار امر مختصمه (بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی) از این قبیل است. امارات قضایی نیز همان گونه که بیان شد اوضاع و احوالی است که در دعاوی مختلف، مصادیق متعددی دارد. به عنوان مثال در دعواهی غیر تاجر بر تاجر، دفاتر تاجر سندیت ندارد اما به عنوان اماره پذیرفته می‌شود (ماده ۱۲۹۸ قانون مدنی). این نوع امارات در امور مدنی احصا نشده و حقوق دانان نیز مصادیق متعدد آن را ذکر نکرده‌اند.

برخلاف امور مدنی، در امور کیفری امارات قضایی بسیار گسترده‌تر از امارات قانونی است. همچنین امارات قضایی در این امور اثبات‌کننده جرم است، البته در صورتی که برای قاضی اطمینان بخش باشد. اما امارات قانونی اثبات‌کننده جرم نبوده و «وظیفه آن‌ها اثبات حکمی از احکام قانونگذار است».^۲ از مصادیق امارات اخیر، اماره قصد مجرمانه، سلامت روانی، اماره مجرمیت و اماره عدم رشد جزایی است. انگشت‌نگاری و آزمایش خون نیز می‌تواند مصادیقی برای امارات قضایی باشد. آنچه در امارات، وجه مشترک امور مدنی و کیفری است، رجوع به کارشناس است. تعیین قیمت مال و محاسبه خسارات مالی از جمله اظهار نظرات کارشناس در امور مدنی است اما در امور کیفری، نظریه کارشناس، نقش گسترده‌تری دارد. پلیس علمی، پزشکی قانونی، کارشناسی خط، کارشناسی شیمی، کارشناسی حسابداری، کارشناسی روانی و کارشناسان دیگر به عنوان ابزاری مهم در دست قاضی است. نظریه کارشناس در امور مدنی و کیفری از امارات قضایی است که این مطلب در مباحث بعدی روشن می‌شود.

^۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ چهل و چهارم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۴، ص ۳۶۱.

^۲. قره‌لو، علی‌رضا، «amarat-e qesaiyi dar hukouye kifari iran va englis», Magheh Tadkikhah-e Hukouye، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۴۶۶.

۲. انواع ظن

در فقه، توضیح چندانی درباره امارات وجود ندارد و تقسیم‌بندی امارات به قانونی و قضایی سابقه فقهی نداشته و آنچه در مباحث فقهی مطرح است اثر اماره و قراین است که ایجاد ظن می‌کند. همچنین ظن را به انواع گوناگونی تقسیم کرده‌اند که در باب حجیت و اعتبار آن، مباحث فراوانی مطرح شده است . برای تطبیق ظن با امارات لازم است ابوای راجع به این موضوع بیان شود:

در لغت، سه معنا برای ظن به کار رفته است: معنای متضاد و دربردارنده شک و یقین. اعتقاد ضعیف و غیرمستدل (اعتقاد باشد یا باطل)، نوعی ادراک درونی انسان است که در مقابل مسائل و احکام گوناگون برای او ایجاد می‌شود . ظن، امری مابین قطع و یقین و شک است. یقین بر وجود امری به این معناست که شخص، صدرصد اطمینان دارد که آن امر محقق بوده و وجود دارد، درحالی که شک به وجود همان امر به معنای تردید و دودلی و به عنوان متعارف، پنجاه‌پنجاه است یعنی شخص نه به وجود چیزی اطمینان دارد و نه به عدم آن. اما ظن، نه یقین است و نه شک.

ظن در کتب اصولی و در قرآن انواعی دارد که در ذیل اجمالاً به آن‌ها پرداخته می‌شود: ظن در قرآن به دو نوع تقسیم می‌شود : ظن واجب و ظن حرام. ظن واجب همان حسن ظن به خدا، رسول خدا و بندگان صالح است و به این نوع گمان از سوی خداوند امر شده است: « لو لا اذ سمعتموه ظن المؤمنون و المؤمنات بأنفسهم خيرا ». ^۱ ظن حرام، سوءظن به خدا و رسول خدا و مؤمنان است که در قرآن نهی شده و گناه است: « يا ايها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم ». ^۲

ـ ظن مطلق: هرگونه ظنی را ظن مطلق می‌گویند صرف نظر از منشأ آن و صرف نظر از اینکه دلیلی بر حجیت آن باشد یا نه. این ظن در حالت انسداد باب علم، حجت است یعنی هنگامی که نه می‌توان به احکام دسترسی یافت و نه به طریقی که می‌تواند ما را در رسیدن به احکام یاری کند.^۳

ـ ظن نوعی: ظنی است که صلاحیت دارد تا برای بیشتر مردم افاده ظن کند و اگر برای برخی این‌گونه نباشد از اعتبار آن نمی‌کاهد.

ـ ظن خاص: ظنی که دلایل قطعی علمی بر حجیت و اعتبار آن باشد. اماره‌ای است که مطلقاً حجت است حتی در صورت افتتاح باب علم. به ظن خاص، طریق علمی

^۱. نور/۱۲.

^۲. حجرات/۱۲.

^۳. مظفر، محمدرضا، اصول فقه، ترجمه: محسن غرویان و علی شیروانی، ج ۲، چاپ ششم، انتشارات دارالفکر، قم، ۱۳۸۸، ص ۵۷.

نیز می‌گویند، مانند ظواهر و خبر واحد . این ظن با سایر ظنون تفاوتی ندارد و مانند باقی ظنون به صرف ظن‌بودن و به خودی خود معتبر نیست بلکه اعتبار آن از این جهت است که شارع بر آن مهر تأیید زده است.

ـ ظن متأخّم به علم؛ علم عادی یا قطع عرفی است که به آن اطمینان نیز می‌گویند و قابلٰ جعل است و جز در موارد بدیهی همواره احتمال خلاف آن وجود دارد. برخی معتقدند جز در مواردی که علم و قطع حقیقی نیاز است ، شارع، این گونه ظن را معتبر می‌داند مانند طهارت و نجاست.^۱

اصل حکمی در اصول، عدم حجیت ظن است. در معنای دیگر، ظن معتبر نیست مگر برخی ظنون که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود. از جمله دلایل عدم حجیت ظن، آیات و روایات است:

۱) آیات: آیه معروف در عدم حجیت ظن، «ان ظن لا يغنى من الحق شيئاً» است^۲ به این معنا که ظن و گمان، هیچ اندازه ما را از حق بی‌نیاز نمی‌کند. همچنین آیات دیگری نیز چون آیه ۵۹ سوره یونس یا آیه ۱۲ سوره حجرات که قبلًاً به آن اشاره شد دلیل بر این امر است که خداوند پیروی از ظن را نهی کرده است.

۲) روایات: حدیث معروف در رابطه با حکم قضاوت نیز از جمله دلایل عدم حجیت ظن است که در آن قضاتی را که بر اساس ظن و گمان خود حکم صادر می‌کنند محکوم به نار می‌داند.^۳

۳) اجماع؛

۴) عقل: عقل حکم می‌کند تا زمانی که در امری قطع و یقین ایجاد نشده بر اساس آن عمل نشود(اگرچه در برخی موارد عقل می‌پذیرد که گمان عرفی به موضوعی کافی است چراکه اگر تنها قطع و یقین را معیار اعتبار بدانیم ، امور جامعه مختلف شده و در بیشتر مواقع بر اساس این حکم نباید به اقدامی دست زد). بنابراین اصل کلی و اولیه از نظر اصول و شرع، عدم حجیت ظن است چراکه فرض این است که ظن، تاب و توان بیان حقیقت را ندارد ولی چون از شک برتر بوده و نظری به واقع دارد و احتمال راجح و قوی دارد، در موقعي شارع آن را معتبر دانسته و به آن مهر

^۱. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ بیست و سوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۵

، ص ۲۷۹.

^۲. یونس/۳۶.

^۳. قال: القضاه اربعه ، ثلثه في النار و واحد في الجنه : رجل قضى بالجور و هو يعلم فهو في النار و رجل قضى بالجور و هو لا يعلم فهو في النار و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو في الجنه.

۱-۴۰
 ۲-۳۹
 ۳-۳۸
 ۴-۳۷
 ۵-۳۶
 ۶-۳۵
 ۷-۳۴
 ۸-۳۳
 ۹-۳۲
 ۱۰-۳۱
 ۱۱-۳۰
 ۱۲-۲۹
 ۱۳-۲۸
 ۱۴-۲۷
 ۱۵-۲۶
 ۱۶-۲۵
 ۱۷-۲۴
 ۱۸-۲۳
 ۱۹-۲۲
 ۲۰-۲۱
 ۲۱-۲۰
 ۲۲-۱۹
 ۲۳-۱۸
 ۲۴-۱۷
 ۲۵-۱۶
 ۲۶-۱۵
 ۲۷-۱۴
 ۲۸-۱۳
 ۲۹-۱۲
 ۳۰-۱۱
 ۳۱-۱۰
 ۳۲-۹
 ۳۳-۸
 ۳۴-۷
 ۳۵-۶
 ۳۶-۵
 ۳۷-۴
 ۳۸-۳
 ۳۹-۲
 ۴۰-۱

تأیید زده است (ظن خاص). البته این موارد محدود بوده و هنگامی عارض می‌شود که یقین حاصل شود که شارع در چه موقعی و چه نوع ظنی را معتبر دانسته است. در نتیجه تمامی فقها اتفاق نظر دارند که ظن خاص معتبر است و دلیل حجیت آن نیز تأیید شارع است. البته برخی ظن مطلق را نیز دارای حجیت می‌دانند به این دلیل که ظن مطلق در موقع انسداد باب علم و حکمت به کار می‌آید و اگر ظن مطلق را معتبر ندانیم بلا تکلیف مانده و اقدام بر اساس این ظن اولی بر بلا تکلیفی و مسدودشدن باب احکام است.

۳. جایگاه نظریات اهل خبره در فقه

کارشناسی با این عنوان و به گونه‌ای که در کتب آیین دادرسی مدنی یا قوانین آمده در فقه مطرح نشده است. در کتب فقهی، کارشناسی ضمن مبحث «قول لغوی» جای می‌گیرد. در بخش قول لغوی از اعتبار نظر لغتشناس و اینکه قول او حجیت دارد یا خیر صحبت می‌شود و برخی نیز در ادامه به اعتبار نظر اهل خبره گریزی می‌زنند و برخی نیز به همان مباحث لغتشناس اکتفا می‌کنند. در هر صورت در کتبی هم که اعتبار نظر اهل خبره بررسی نشده، مفروض این است که نگارنده نظر خود را درباره لغتشناس به اهل خبره نیز تعیین داده است.

خبره در لغت به معنای باتجربه و آزموده، آگاهی به چیزی و.. است^۱ و در فقه به - عنوان یکی از راههای اثبات موضوع احکام شرعی در ابواب مختلف مانند طهارت، صلات، حج، تجارت، قصاص، دیات و ... بیان شده است. موضوعات احکام شرعی دو نوع است: اول موضوعاتی که شارع آن‌ها را توضیح داده است مانند نماز و روزه و حج و سایر عبادات و دوم موضوعاتی که شارع در رابطه با آن نظری نداده و فقط حکم این موارد را بیان نموده است. شناخت موضوعات اخیر با روش علمی صورت می‌گیرد که یکی از این روش‌ها مراجعه به اهل خبره است.

۱-۳. قول اهل خبره و شهادت شهود

در فقه نظر اهل خبره به گونه‌ای با شهادت شهود خلط شده است. به عبارت دیگر برخی از فقها برای اعتبار قول اهل خبره، شرایط شهود را لازم دانسته‌اند و نظر این دسته را در زمرة شهادت جای می‌دهند. البته برخی نیز میان این دو مبحث قابل به تفکیک شده‌اند.

در فرهنگ فقه، رجوع به اهل خبره در دو بخش مجزا آمده است: اول در جایی که به علم معتبر نیاز است و دوم موردی که صرف ظن کفایت می‌کند. در مواردی که

^۱. المنجد الابجدي، ص ۳۹۱

۱۳۵۲، پاییز، شماره ۵، دانشسری، همایش

علم معتبر ضروری است شرایط شهود از جمله اسلام و عدالت باید موجود باشد اما در موردی که ظن کافی است نیازی به وجود این شرایط نیست و حتی سخن خبره فاسق یا کافر نیز پذیرفته می‌شود. مثال جایی که علم معتبر ضروری است تشخیص از بین رفتن بینایی یا شنوایی مجنی عليه است و مثال قسم دوم، تشخیص قبله یا بیماری است که سبب معافیت از روزه‌گرفتن می‌شود.^۱

برخی از فقهاء احتمال وجوب شرایط شهود برای اهل خبره را ضعیف می‌دانند و در مبنای شهادت شهود و نظر اهل خبره تفاوت قایلند. از نظر این فقهاء برای اهل خبره، داشتن شرایط شهود ضروری نیست چراکه مبنای این دو با یکدیگر متفاوت است. شهادت از باب امور حسی است. خبری که شاهد می‌دهد امری محسوس است که با یکی از حواس ظاهری به دست آمده ولی نظر اهل خبره بر مبنای حدس و گمان است؛ حدسی که از ادراک امری حاصل شده است. البته در این نظر نیز برخی در رجوع به نظر اهل خبره در دعاوی و فصل خصوصی، شرایط شهود را لازم می‌دانند و مستند سخن خود را حدیث مشهور پیامبر «انما اقضی بینکم بالبینات و الايمان» قرار می‌دهند.^۲ ولی عده‌ای دیگر، شرایط شهود را برای اهل خبره لازم نمی‌دانند و معتقدند کسانی هم که بر ضرورت این شرایط تأکید کرده‌اند مبحث شهادت شهود و قول اهل خبره را خلط کرده‌اند.^۳

به نظر می‌رسد با توجه به رویه کنونی دادگاهها و همچنین عدم نیاز به داشتن شرایط شهود در قوانین باید گفت که نظر اخیر صحیح است چون مبنای این دو موضوع نیز متفاوت است. از سوی دیگر معمولاً در دادگاهها شهادت شهود به‌تهمایی دلیل بر امری تلقی می‌شود و مدعی را از ارائه دلایل دیگر معاف می‌کند درحالی که نظر کارشناس اصولاً در کنار ادله دیگر بررسی می‌شود و کمتر پروندهای را می‌توان سراغ گرفت که به صرف نظریه کارشناس مختومه شده باشد. بنابراین بدیهی است که برای اعتبار شهادت، شرایط بیشتری نسبت به نظر کارشناس لازم باشد.

۲-۳. دیدگاه فقهاء در باب اعتبار نظر اهل خبره

فقهاء برای اعتبار و حجیت نظر اهل خبره دلایل مختلفی ارائه کرده‌اند درحالی که در هیچ یک به‌گونه‌ای مشخص، تکلیفی برای قاضی در برابر این نظر مقرر نشده و فقط

^۱. هاشمی، سید محمود (زیرنظر)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، چاپ اول، مؤسسه دائیره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ق، ۱۴۲۶ ق، ص ۷۳۲-۷۳۱.

^۲. نایینی، محمدحسین، فوائد الاصول، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی تابعه لجمعیه المدرسین، ق، ۱۴۰۶ ق، ص ۱۴۲.

^۳. مظفر، همان، ص ۲۵۴.

۱۴۰۲
 ۱۳۹۷
 ۱۳۹۵
 ۱۳۹۴
 ۱۳۹۳
 ۱۳۹۲
 ۱۳۹۱
 ۱۳۹۰
 ۱۳۸۹
 ۱۳۸۸

در برخی کتب به بیان اینکه در مسایل مربوط به قضا و در رجوع قاضی به اهل خبره، شرایط شهود (اسلام، تعدد، عدالت) باید رعایت شود بسنده شده است. در فقه، حجیت قول لغوی را (که شامل اهل خبره نیز هست) به سید مرتضی منسوب می‌کنند که ایشان ادعای اجماع بر حجیت این امر را نموده‌اند. برخی از دلایل فقهاء برای اثبات حجیت قول اهل خبره از این قرار است:

۱) ظن: اگرچه اصل، عدم حجیت ظن است و عمل به ظن حرام است مگر ظنی که شارع آن را معتبر بداند، یکی از ظنونی که از این اصل کلی خارج است قول اهل خبره است.^۱ اما این ظن از نوع ظن مطلق نیست. گرچه در مقابل این نظر برخی ظاهر قول آنان را مطلق دانسته و ظن حاصل از قول اهل خبره را از جمله ظنون مطلق و حجیت آن را به دلیل اتسداد می‌دانند.^۲

۲) بناء عقلا: بناء عقلا بر این است که در هر فنی به خبره مراجعه کنند. مثلاً برای شناخت بیماری به طبیب و برای تقليید به مجتهد و برای شناخت معانی الفاظ نیز به سخن‌شناس رجوع کنند. همچنین باید گفت بناء عقلا در رجوع به قول اهل صناعه و مهارت، امری لبی است و نه لفظی.^۳

۳) اجماع: همان گونه که بیان شد سید مرتضی دلیل حجیت قول لغوی را اجماع می‌داند و برخی فقهاء نیز به این امر تصریح کرده‌اند.^۴ همچنین هیچ‌کس به این اجماع تعریض نکرده حتی اگر اهل خبره یک نفر باشد.

۴) حکم عقل و عدم رد شارع: رجوع به اهل خبره به حکم عقل است.(بنای عقلا با حکم عقل متفاوت بوده و این امر در کتب اصولی به تفصیل بیان شده است). عقل به رجوع جاہل به عالم حکم می‌کند، در نتیجه باید شارع نیز به آن حکم کند چرا که این حکم عقلی از آراء معمود است که عقلا بر آن توافق دارند و شارع نیز از ایشان و بلکه رئیس ایشان است و بر همین اساس نیز رجوع عامی به مرجع تقليید را واجب می‌دانند.^۵ همچنین کلامی که از شارع صادر می‌شود دلیل بر جواز رجوع جاہل در موارد شک، چه در عمومات و چه در اطلاقات است مانند خبر واحد، اماره ید و اصل صحت که که شارع آن‌ها را رد نکرده و بدان عمل می‌شود.

^۱. حیدری، علی نقی، اصول استنباط فی اصول فقه باسلوب جدید، ترجمه: عباس زراعت و حمید مسجدسرایی، چاپ هفتم، انتشارات حقوق اسلامی، قم، ۱۳۸۸، صص ۲۰۷-۲۰۸.

^۲. گلپایگانی، محمد رضا، افاضه‌العوائد، ج ۲، انتشارات دارالقرآن کریم، قم، ۱۴۱۰، ق، صص ۶۲-۶۴.

^۳. خمینی، روح‌الله (امام)، انوارالهدایه، ج ۲، چاپ دوم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۱۵، ق، صص ۲۴۹-۲۵۱.

^۴. آیت‌الله نایینی و علامه حیدری.

^۵. مظفر، همان، ص ۲۵۴.

۵) انسداد صغیر : برای در ک معانی الفاظ جز رجوع به قول اهل لغت چاره‌ای نیست چون درغیراین صورت استنباط احکام ممکن نیست. در نتیجه برای فهم معانی اگرچه به طریق ظن باشد ناچار باید به اهل لغت مراجعه کرد.^۱

۶) نفی عسر و حرج: در صورت عدم رجوع به اهل خبره دچار عسر و حرج می‌شویم.^۲

۷) استعمال و تبادر و عدم صحت سلب در بناء محاوره.^۳

با همه این دلایل، باز هم برخی بر این نظرند که قول اهل خبره را نباید به صورت مطلق پذیرفت بلکه حصول اطمینان و اعتماد از سخن آنان لازم است. البته این وثوق و اطمینان، نوعی است نه شخصی، گرچه وثوق شخصی اعتبار بیشتری دارد.^۴ بنابراین تازمانی که با قرینه و نشانه‌هایی اطمینان از قول آنان ایجاد نشده نباید اعتماد کرده و بر اساس آن اقدام نمود چرا که عقلاً نیز در انجام امور خود، قدر متینی را رعایت می‌کنند و آن رسیدن به وثوق و اطمینان عرفی است و درغیراین - صورت از بناء عقلا خارج است.

با وجود تمامی این دلایل، باز هم نظراتی مخالف حجیت قول اهل خبره وجود دارد، بر این اساس که اگرچه بنای عقلا رجوع به اهل خبره در مسایل مربوط به اهل فن است، این امر به معنای موافقت همیشگی نظر شارع با عقلا نیست. همچنین در شرع، هیچ‌گونه مدرکی دال بر امضای نظر اهل خبره از سوی شارع وجود ندارد و چون عمل بر اساس ظن نیز حرام است اقدام براساس قول اهل خبره جایز نیست. البته در پاسخ به مخالفین باید گفت که بسیاری از احکام نیز وجود دارد که نصی از سوی شارع برای آن‌ها نیست و همان‌گونه که بیان شد عدم ردع شارع در اموری چون اصل صحت، خبر واحد و ... می‌تواند جواز صحت آن‌ها باشد. همچنین چنانچه قول اهل خبره را معتبر دانسته نشود در مسایل تخصصی و مربوط به اهل فن، خلاصه ایجاد شده و به قول فقهای باب علمی دچار انسداد می‌شود.

۳-۳. ظن حاصل از نظر اهل خبره

ظن حاصل از نظر اهل خبره از چه نوعی است؟

از میان انواع ظنون که بیان شد دو قسم آن بیشتر از باقی قسم‌ها مطرح است که یکی ظن مطلق را شامل می‌شود که در برگیرنده کلیه ظنون بوده و دیگری ظن

^۱. طباطبایی، محمدحسن، حاشیه علی‌الکفایه، ج ۴، بنیاد علمی - فکری علامه طباطبایی، بی‌تا، ص ۷۷.

^۲. حکیم، سیدحسن، حقایق‌الاصول، ج ۲، کتاب‌فروشی بصیرتی، ۱۴۰۸ق، ص ۹۵.

^۳. مشکینی، ابوالحسن، حواشی مشکینی، ج ۳، انتشارات لقمان، ۱۴۱۳ق، ص ۲۲۹.

^۴. حکیم، همان.

خاص است که شارع به موارد آن تصریح کرده است. اگرچه برخی ظن مطلق را از باب انسداد علم و حکمت حجت دانسته‌اند، اکثریت صرفاً ظن خاص را معتبر می‌دانند. همان‌گونه که در نظریات فقها و دلایل اعتبار قول اهل خبره بیان شد، هیچ‌یک برای حجت به نص یا تصریح شارع اشاره نکرده‌اند به این معنا که مدرکی دال بر تأیید قول اهل خبره از سوی شارع وجود ندارد. بنابراین از این دیدگاه می‌توان گفت که حجت قول اهل خبره بر مبنای ظن خاص نیست. در باب دلایل حجت نیز بیان شد که ظن حاصل از این اقوال را نه ظن خاص می‌دانند و نه مطلق بلکه معتقد‌اند این نوعی ظن است که از ظنون مطلق استثنای شده و دارای حجت است. اگرچه از منظری دیگر که برخی نیز متذکر آن شده‌اند، قول اهل خبره را می‌توان ظن مطلق دانست اما معتبر، چرا که اگر نامعتبر باشد موجب مسدودشدن باب علوم می‌شود و به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر با مبانی اصولی نیز همانگتر باشد به این معنا که به دلیل عدم بیان نصی از سوی شارع در تأیید نظر اهل خبره، از انواع ظن مطلق و نه ظن خاص فرض شود و برای جلوگیری از انسداد علم و حکمت، حجت دانسته شود.

۴. قرار کارشناسی در حقوق

کارشناسی در دادرسی همواره یکی از دلایل اثبات دعوا بوده است و از ارزیابان برای تعیین میزان و قیمت اراضی استفاده می‌شده است. در مذهب مسیح نیز این امر کاربرد داشته که هر کاری را باید به اهل فن آن ارجاع داد و نباید از افراد بی‌اطلاع نظری خواست. در فقه اسلامی در قسمت عیوب، دیات، تسبیب و قسمت‌های دیگر، بیان شده که برای حل اختلافات و نیز در دعاوی که به مسایل تخصصی و فنی نیاز است باید به اهل فن و خبره رجوع نمود.^۱

امروزه نیز کارشناسی یکی از مهم‌ترین ابزار در دادگاه‌ها بوده و کمتر پروندهای را می‌توان یافت که به کارشناس ارجاع نشده باشد. در دادگاه‌ها ارجاع به نظر کارشناس با عنوان قرار کارشناسی مطرح است که هم می‌تواند رأساً و به خواست قاضی باشد و هم از سوی طرفین دعوا. در آیین دادرسی مدنی موادی به بحث کارشناسی اختصاص دارد.

در حقوق برخی کشورها اختیار وسیع و گسترده‌ای در خصوص ارزیابی نظر کارشناس به قاضی داده شده است. مبنای این اختیار گسترده، قاعده عام آزادی قاضی در ارزیابی ادله اثبات دعوا به منظور تحصیل قناعت وجدانی است. در حقوق

^۱. مدنی، همان، ص ۵۰۰.

۱۳۵۲
۱۳۵۱
۱۳۵۰
۱۳۴۹
۱۳۴۸
۱۳۴۷
۱۳۴۶
۱۳۴۵
۱۳۴۴
۱۳۴۳
۱۳۴۲

ایران نیز قاضی به قبول نظر کارشناس و صدور حکم بر اساس آن موظف نیست. به عبارت دیگر، نظر کارشناس برای قاضی، تکلیفی ایجاد نکرده و قاضی با اختیار وسیع خود در بررسی ادله به ارزیابی نظر کارشناس می‌پردازد. اگر نظر کارشناس را مطابق واقع و هماهنگ با دلایل دیگر ببیند و ایراد و نقصی در آن مشاهده نکند باتوجه به دیگر ادله، حکم مقتضی را صادر می‌کند. همچنین اگر توضیحات کارشناس را دقیق یا کامل نداند مطابق قانون آیین دادرسی مدنی، تکمیل و اصلاح گزارش مربوطه را از همان کارشناس یا کارشناس دیگر درخواست می‌کند (ماده ۲۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی). قاضی می‌تواند با رد نظر کارشناس بر مبنای ادله دیگر تصمیم بگیرد (ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی). با وجوداین، برخی بر این نظرند که قاضی باید در صورت رد نظر کارشناس، دلایل این رد را ذکر نماید و برخی نیز بیان این امر را ضروری نمی‌دانند. البته چنانچه قاضی از اختیارات بیان شده به نحو صحیح و منطقی استفاده نکند رأی او در مراحل بالاتر مانند مرحله تجدیدنظر، نقض خواهد شد.^۱ بر همین اساس ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی عدم لزوم تبعیت قاضی از نظر کارشناس را با صراحة اعلام می‌دارد: «درصورتی که نظر کارشناس با اوضاع- واحوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد». بر اساس ماده ۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری نیز هرگاه عقیده اهل خبره به نظر قاضی مشکوک باشد، قاضی می‌تواند از خبرگان دیگری دعوت نماید یا نظر اهل خبره را نزد متخصصین علم یا فن مربوط ارسال و عقیده آنان را استعلام نماید. همچنین بهموجب ماده ۹۳ همین قانون در صورت تناقض نظر پژوهش با اوضاع واحوال واقعه، قاضی نظر پژوهش را نزد پژوهشکاری که تخصص بیشتری دارند می‌فرستد و نظر آنان را جلب می‌کند. از این مواد می‌توان اصل الزام‌آورنودن نظر کارشناس را استنباط نمود. البته به نظر می‌رسد از ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی این تکلیف را می‌توان برای قاضی استنباط کرد که اگر اوضاع واحوال مربوطه با نظر کارشناس هماهنگ نباشد قاضی حق صدور حکم بر اساس آن را نداشته و نباید حکمی مغایر با حقیقت صادر کند. از سویی دیگر نیز می‌توان نتیجه گرفت که قاضی فقط در صورتی می‌تواند از نظر کارشناس عدول کند که نظر او موافق اوضاع واحوال مربوطه نباشد.^۲

^۱. ماده ۲۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی: «جهات درخواست تجدیدنظر به قرار زیر است: ...ج- ادعای عدم توجه قاضی به دلایل ابرازی ...».

^۲. حسن‌زاده، مهدی، «اعتبار نظر کارشناس»، مجله اندیشه‌های حقوقی، شماره ۷، پاییز و زمستان ۸۳ صص ۱۷۱-۱۵۱.

۱۴۴
 ۱۴۳
 ۱۴۲
 ۱۴۱
 ۱۴۰
 ۱۳۹
 ۱۳۸
 ۱۳۷
 ۱۳۶
 ۱۳۵
 ۱۳۴
 ۱۳۳
 ۱۳۲
 ۱۳۱
 ۱۳۰

نظریه کارشناسی جنبه طریقت دارد و نه موضوعیت و چنانچه دادگاه، خود بتواند در خصوص امور فنی و تخصصی اظهارنظر نماید، مکلف به صدور این قرار نیست.^۱ تقاضای ارجاع امر به کارشناس مانند صدور قرار معاینه محل یا تحقیق محلی ابزاری است که خواهان با توصل به آن‌ها می‌تواند ادعای خود را ثابت کند. لکن اطلاعاتی که در نتیجه این ابزار تحصیل می‌شود اماره قضایی بوده و دلیل محسوب می‌شود. ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی نیز مؤید همین امر است: «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی یا مؤثر در آن باشد». ^۲ همچنین با توجه به اینکه نظر کارشناس برای قاضی دادگاه طریقت دارد و این طریقت تا به آنجاست که قناعت وجودانی ایجاد کند و در صورت اعتراض ذی نفع به نظر کارشناس و عدم توجه به آن، خدشهای به رأی دادگاه وارد نمی‌شود، باید نظر کارشناس را اماره قضایی دانست.

۱-۴. قرار کارشناسی در امور کیفری

از آنجاکه کارشناسی نقش مهمی را در دعاوی کیفری ایفا می‌کند این بخش به صورت جداگانه مطرح می‌شود. البته لازم به ذکر است که جایگاه کارشناسی و نقش آن در دعاوی مدنی و کیفری از باب ترتیب ادله یکسان بوده و در هر دو، این امور از امارات قضایی است. این امری است که در فقه نیز پذیرفته شده و تنها مصاديق نظر اهل خبره در امور مدنی و کیفری متفاوت است.

همان گونه که بیان شد کارشناسان متعددی نظیر روانپژشک، کارشناس سمشناسی، پلیس علمی در دعاوی کیفری فعال هستند که نظرات آنان در نتیجه دعوا بسیار حائز اهمیت است. در قوانین نیز به نقش این کارشناسان اشاره شده است (مواد ۸۳ تا ۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری). همچنین در قصاص و دیات، نقش کارشناس در تشخیص میزان جراحات وارد غیرقابل انکار است. برخی بر این نظرند که کارشناسی در امور کیفری در دو جایگاه برسی می‌شود. نخست در تعیین میزان آسیب وارد، که نظر کارشناس در این مقطع در ارتباط با مجرمیت و استناد جرم به متهم نبوده و دلیل مستقلی برای اثبات جرم محسوب نمی‌شود و جایگاه دیگر نظر کارشناس در اثبات مجرمیت است.^۳ اما در واقع امر در حقوق ایران،

^۱. ابدالی، مهرزاد، رویه و آیین دادرسی مدنی، چاپ اول، انتشارات نیکاندیش، تهران، ۱۳۸۵، صص ۱۲۰-۱۱۹.

^۲. معاونت آموزش قوه قضاییه، مجموعه نشستهای قضایی، چاپ اول، انتشارات جاودانه، تهران، ۱۳۸۷، ج

۱، ص ۵۲۲.

^۳. بلاغت، محمدیحیی، «حجیت نظر کارشناس در امور کیفری»، مجله معرفت، شماره ۱۳۴، بهمن ۱۳۸۷، ص

۱۴۴.

کارشناسی دلیل مستقلی نبوده و در جهت ایجاد علم و اطمینان قلبی قاضی است. این امر در قوانین قابل ملاحظه است، همچنان که ماده ۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری بیان می دارد که دادگاه در صورتی قرار موقوفی تعقیب متهم را صادر می کند که نظرahlen خبره را کافی بداند و از صحت آن مطمئن شود. در آرای دیوان عالی کشور نیز حجیت نظریه پژوهشی قانونی در اثبات زنا به عنوان دلیل پذیرفته نشده است.^۱ از سوی دیگر در برخی از آرا قضایی مکلف به استفاده از نظر کارشناسی شده است. احکام شماره ۲۹۴۰ و ۲۹۴۱ مورخ ۱۳۱۹/۹/۱۶ ردیف ۴۳۹ اصول قضایی، در خصوص نظر کارشناس در موارد فنی مقرر می دارد: «تشخیصاتی که محتاج به اعمال نظریات فنی و کارشناسی باشد دادگاه در این گونه موارد نمی تواند تشخیص خود را منشاً حکم تقصیر قرار دهد». یا حکم شماره ۴۳۹۲ مورخ ۱۳۳۰/۱۰/۲ شعبه ۹ دیوان عالی کشور در خصوص ضرورت کسب نظر متخصصین فنی: «در صورتی که دیوان جنایی در مورد اتهام ضرب منتهی به زوال عقل مجنی علیه، کشف قضیه را محتاج به جلب نظر متخصصین بداند و پژوهشکان محل نیز روشن شدن امر را که آیا ضربات وارد سبب زوال عقل شده، یا به سبب دیگری حادث گردیده، کسب نظر متخصصین فنی مرکز را لازم داشته باشد، دادگاه نبایستی بدون جلب نظر کارشناس فنی در امری که تخصص نداشته رسیدگی و اظهارنظر نماید». اما باید توجه داشت که این آرا بیانگر اجراء قضایی به تبعیت از نظر کارشناسان نیست بلکه بیانگر این امر بدینه است که در امور تخصصی اظهارنظر متخصص لازم است اما قضایی موظف نیست این اظهارنظر را مبنای حکم خود قرار دهد بلکه می تواند با استناد به ادلہ کافی، نظر مزبور را رد نموده یا عدم اطمینان و وثوق خود را اعلام نماید. همچنان با استناد به این احکام می توان مسئله اعتبار علم قضایی را مورد ارزیابی قرار داد چراکه در برخی قوانین، حجیت علم قضایی از ادلہ اثبات جرایم محسوب شده است (ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی). در این راستا، برخی فقهاء علم قضایی را در صورتی که حاصل از نظر اهل خبره باشد پذیرفته‌اند و گروهی نیز این علم را ناشی از هرگونه سببی معتبر می دانند: «علم قضایی است که از مجموع قرائن حسی یا قریب به حس حاصل می شود و دامنه وسیع و گسترده‌ای دارد که بسیاری از طرق کشف جرم در زمان ما را شامل می شود».^۲ اما در حقوق امروز امارات قانونی و قضایی از جمله قرار کارشناسی همچون دلایل دیگر از طرق

^۱. پیشین، ص ۱۵۱.

^۲. حسن‌زاده، مهدی، «کارشناسی، دلیلی مستقل از علم قضایی»، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶، ص ۶۷.

۱۳۹۲
سپتامبر
۱۳۹۱
دیانی
۱۳۹۰
شماره ۵۷
دادگستری
۱۳۸۹:

کسب علم قاضی محسوب شده و علم قاضی را در صورتی باید معتبر دانست که از طرق متعارف حاصل شود.^۱ بنابراین باید گفت: «باتوجه به اینکه مجرمین از وسائل مهم و پیشرفتی برای ارتکاب جرم بهره می‌گیرند، بر قاضی است که به کمک اهل خبره برای تحقیق در خصوص جرم تلاش کند تا به حقیقت برسد».^۲ اما در هر حال این نظرات، تکلیفی برای قاضی معین نمی‌کند و در صورتی معتبر است که قاضی از نتیجه آن مطمئن شود.

۶- شرایط اعتبار نظر کارشناس

اگرچه با توضیحات مذکور به نظر می‌رسد که تصمیم‌گیری نهایی با قاضی است که آیا نظر کارشناس را معتبر بداند یا خیر، شرایط اولیه و ضروری لازم است که نظریه کارشناس باید دارا باشد:

۱- صریح و روشن بودن: ماده ۲۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی بر لزوم صریح بودن نظر کارشناس تأکید کرده است.^۳ بر اساس این ماده و لفظ «باید» که در آن آمده است نتیجه گرفته می‌شود که صریح و روشن بودن نظر کارشناس از تکالیفی است که طبق قانون بر عهده اوست. در تبصره ماده ۱ قانون تشکیلات سازمان پزشکی قانونی کشور (مصوب ۱۳۷۲) نیز لزوم روشن بودن نظر پزشک قانونی و شرح مشهودات و معاینات و مبتنی بودن آن بر مدارک و ملاحظات علمی و آزمایشگاهی تأکید شده است. در صورتی که نظر کارشناس در موردی ساكت باشد یا اجمال و ابهام داشته باشد، اعتبار نظریه متزلزل می‌شود.

۲- قاطع و منجز باشد: نظر کارشناس باید همراه با تردید و تشویش باشد و همچنین وی باید نظر نهایی خود را اعلام دارد.

۳- موجه و مستدل بودن: ماده ۲۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصره ۱ قانون تشکیل سازمان پزشکی قانونی بر لزوم مستدل بودن اشاره دارد.

۴- مطابقت با قرار ارجاع: این امر به این معناست که اولاً نظریه کارشناس باید محدود به موضوعی باشد که از سوی دادگاه به وی ارجاع شده است و ثانیاً اینکه

^۱. هاشمی، رعایا، «بررسی میزان تأثیر اظهارنظر کارشناسی پزشکی قانونی در پرونده‌های کیفری مختصه دادگستری استان تهران در سال‌های ۱۳۷۹ الی ۱۳۷۶»، مجله پزشکی قانونی، شماره ۲۷، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۷.

.۱۵

^۲. دیانی، عبدالرسول، «ایقان و جدان قاضی، مقایسه اجمالی نظامهای حقوق اسلام، ایران و فرانسه»، ماهنامه دادرسی، شماره ۵۱ مرداد و شهریور ۱۳۸۴، ص ۲۵.

^۳. ماده ۲۶۲ «... در هر حال نظر کارشناس باید صریح و موجه باشد»

تمام آنچه را که از او خواسته شده بررسی کند . به عبارت دیگر نظر او جامع و مانع باشد.

۵- عدم مخالفت با اوضاع و احوال معلوم: ماده ۲۶۵ آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد». گاهی از این شرط با عنوان «لزوم معقول بودن» نظر کارشناس یاد می‌شود.

علاوه بر شرایط فوق، خود کارشناس نیز باید شرایطی داشته باشد از جمله اینکه مورد وثوق دادگاه باشد و در موضوع ارجاع شده بر آن تخصص و تبحر لازم را داشته باشد (ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی). لازم به ذکر است که رد نظر کارشناس از سوی قاضی باید مستدل و مستند باشد. رأی در این رابطه موجود است که رد بدون دلیل را از موجبات نقض رأی دانسته است: «نظر به اینکه در دادنامه شماره ۸۸۶ صادره از شعبه دوم نظامی یک... نظریه کارشناسان مبنای قرار نگرفته، برخلاف آن رأی صادر شده و دادگاه محترم برای رد نظریه کارشناسی استدلال قابل قبولی ارائه نفرموده و نظر به اینکه حسب قواعد، پس از ارجاع امر به کارشناس، اصل بر قبول نظریه است الا اینکه به صورت مستدل، مبانی کارشناسی مورد مناقشه قرار گیرد و به علاوه در دادنامه در مبانی استدلال، تهافت وجود دارد علی‌هذا دادنامه منطبق با موازین و مقررات اصدار نیافته مستند است (د) ماده ۶ قانون تجدیدنظر آرای دادگاه‌ها، ضمن نقض مقرر است پرونده به سازمان قضایی... ارسال تا در شعبه دیگر هم عرض رسیدگی شود». (دادنامه شماره ۸۸۶ از کیفرخواست شماره ۱۹۶۵ - ۲۷/۶/۸۱ مورخ ۸۰/۸/۲).

نتیجه

در مباحث قبلی این گونه نتیجه‌گیری شد که چنانچه نظر اهل خبره، از ظنون مطلق دانسته شود با مبانی اصول سازگارتر است؛ علی‌الخصوص به این دلیل که هیچ‌یک از فقهاء این نظریات را جزء ظن خاص ندانسته‌اند. توضیح اینکه اکثر فقهاء بر این عقیده هستند که نظر اهل خبره حجیت ندارد و نباید بر اساس آن اقدام نمود مگر اینکه به قول ایشان اطمینان حاصل شود. با این توضیحات اگر نظر اهل خبره در فقه نیز متراواد اماره قضایی دانسته شود اشتباه نیست زیرا قوانین و احکام و رویه دادگاه‌ها نیز در صورتی قاضی را مکلف به پذیرش کارشناسی می‌دانند که بر صحت آن اطمینان یابد.

در حقوق، برخلاف فقه بهصورت مفصل‌تری به این موضوع پرداخته شده است و دلایل گوناگونی حاکی از این امر است که کارشناسی به عنوان اماره قضایی قابل پذیرش است:

(۱) امارات قانونی قاضی را مکلف می‌دارد تا به نفع کسی که امارات با اوست حکم دهد مگر اینکه طرف مقابل، دلیلی مغایر با امارات قانونی مطرح شده ارائه دهد. اما درمورد کارشناسی باتوجه به تصریح قانون در ماده ۲۶۵ آیین دادرسی مدنی، ماده ۹۵ آیین دادرسی کیفری و مواد دیگری که بیان شد قاضی هیچ‌گونه تکلیفی در پیروی از نظر کارشناس ندارد و تنها در صورتی اقدام می‌کند که نظریه مزبور برای او وثوق و اطمینان حاصل کند.

(۲) دلیل دیگر، طریقیت‌داشتن کارشناسی است. نظر کارشناس همچون راه و طریقی است که قاضی را در کشف حقیقت یاری می‌کند مانند همان اوضاع واحوالی که اماره قضایی را برای قاضی ایجاد می‌کند. همچنین راهی است متعارف برای حصول علم قاضی که از ادله اثبات برخی جرایم است.

(۳) با وحدت ملاک از ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان گفت در این ماده اطلاعات حاصل از معاینه و تحقیق محل با عنوان اماره قضایی معرفی شده است و آن را در صورتی معتبر می‌داند که همچون نظریه کارشناس برای قاضی، وثوق و اطمینان حاصل شود. کارشناسی نیز همچون معاینه محل بوده و از حیث مبنا و شرایط، تفاوت چندانی با یکدیگر ندارند و اعتبار همه این‌ها نیز منوط به ایجاد وثوق و اطمینان است. بنابراین می‌توان با وحدت ملاک از این ماده، حکم آن را (amarah qasaiyi boudan) در مورد کارشناسی نیز جاری دانست.

فهرست منابع

الف - فارسی

- قرآن کریم.
- ابدالی، مهرزاد، رویه و آین دادرسی مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات نیکاندیش، ۱۳۸۵.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۶، انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۳۸۹.
- بلاغت، محمد یحیی، «حجیت نظر کارشناس در امور کیفری»، مجله معرفت، شماره ۱۳۴، بهمن ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی ، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱ او ۲، چاپ ششم، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۶.
- _____ ، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- هاشمی، سید محمود (زیرنظر)، فرهنگ فقه، مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۲۶ ه.ق.
- حسن‌زاده، مهدی، «اعتبار نظر کارشناس»، مجله اندیشه‌های حقوقی، شماره ۷، پاییز و زمستان ۸۳.
- _____ ، «کارشناسی، دلیلی مستقل از علم قاضی»، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶.
- دیانی، عبدالرسول، «ایقان و جدان قاضی مقایسه اجمالی نظامهای حقوق اسلام، ایران و فرانسه»، ماهنامه دادرسی ، شماره ۵۱، مرداد و شهریور ۱۳۸۴.
- المنجدالابجدى، فرهنگ عربی به فارسی، ترجمه احمد سیاح، چاپ ششم، انتشارات فرحان، تهران، ۱۳۷۹.
- حیدری، علی نقی، اصول استنباط فی اصول فقه باسلوب جدید، ترجمه عباس زراعت و حمید مسجدسرایی، چاپ هفتم، انتشارات حقوق اسلامی، قم، ۱۳۸۸.
- مظفر، محمدرضا، اصول فقه، ترجمه: محسن غرویان و علی شیروانی، ج ۲، چاپ ششم، انتشارات دارالفکر، قم، ۱۳۸۸.
- فیض، علی‌رضا، مبادی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۶۶.
- قرجه‌لو، علی‌رضا، «امارات قضایی در حقوق کیفری ایران و انگلیس»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸.

- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ چهل و چهارم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، «ماهیت و اثر اماره حقوقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴، تابستان ۸۳.
- مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، چاپ چهارم، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۵.
- محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه، ج ۳، چاپ چهارم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۶.
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ بیست و سوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۵.
- معاونت آموزش قوه قضاییه، مجموعه نشستهای قضایی، ج ۱، چاپ اول، انتشارات جاودانه، تهران، ۱۳۸۷.
- هاشمی، رعنه، «بررسی میزان تأثیر اظهارنظر کارشناسی پزشکی قانونی در پرونده‌های کیفری مختومه دادگستری استان تهران در سال‌های ۱۳۷۶ الی ۱۳۷۹»، مجله پزشکی قانونی، شماره ۲۷، پاییز ۱۳۸۱.

ب - عربی

- العزوی نایینی، محمد حسین، فوائد الاصول، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی تابعه لجمعه المدرسین، ب «قم المشرفة»، ۱۴۰۶ هـ.
- امام خمینی، روح الله، انوار الهداية، ج ۲، چاپ دوم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۱۵ هـ.
- حکیم، سید محسن، حقایق الاصول، ج ۲، کتاب فروشی بصیرتی، ۱۴۰۸ هـ.
- طباطبائی، محمد حسن، حاشیه علی الکفایه، ج ۴، بنیاد علمی، فکری علامه طباطبائی، بی‌تا.
- گلپایگانی، محمدرضا، افاضه العوائد، ج ۲، انتشارات دار القرآن کریم، ۱۴۱۰ قم، ۵ هـ.
- مشکینی، ابوالحسن، حواشی مشکینی، ج ۳، انتشارات لقمان، ۱۴۱۳ هـ.

جبران خسارات ازاله بکارت در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه

* کامران محمودیان اصفهانی
** محمود مالمیر

چکیده

در حقوق کیفری ایران وضعیت جبران خسارات ازاله بکارت با ابهاماتی رو به رو است، از جمله مباحثی که مطرح می شود این است که موارد پرداخت، و میزان ارش البکاره و مهرالمثل در صور مختلف ازاله بکارت چیست؟ در این مقاله با مطالعه سیر تحولات قوانین جزایی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲، تحلیل مبانی فقهی و آراء قضایی به این نتیجه رسیده ایم که پرده بکارت دیه مقدار ندارد و در ازاله بکارت از طریق زنای به اکراه یا وطی به شبهه مهرالمثل و ارش البکاره پرداخت می شود، در این مورد میزان مهرالمثل می تواند از دیه کامل زن بیشتر باشد، برخلاف ارش البکاره که لزوماً کمتر از دیه کامل زن است اما اگر ازاله بکارت از طریق غیر مقارب است باشد فقط موجب پرداخت مهرالمثل است که در این خصوص مهرالمثل نمی تواند از دیه کامل زن تجاوز نماید. به علاوه در ازاله بکارت غیرعمدی مطابق با قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ فقط ارش البکاره پرداخت می شود و در موارد رضایت به ازاله بکارت مهرالمثل و ارش البکاره ثابت نیست.

کلید واژگان: ازاله بکارت، ارش البکاره، مهرالمثل، پرده بکارت، اکراه، زنا، مقارب،
جبران خسارت.

* دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوراسگان (اصفهان).
(نویسنده مسئول). K.mahmoudiyan@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوراسگان (اصفهان).

مقدمه

در قوانین ایران تعریفی از ازاله بکارت ارائه نشده است. در نظر پژوهشکان قانونی ازاله بکارت عبارت است از «سائیدگی، خراشیدگی و پارگی پرده بکارت که با تورم و خون مردگی و جاری شدن خون توأم است»^۱. ازاله بکارت و مباحث پیرامون آن در قلمرو حقوق جزای اختصاصی مورد مطالعه قرار می‌گیرد و از آنجا که منتهی به صدمه به یکی از اعضاء جنس مؤنث می‌شود در زمرة جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص قرار می‌گیرد و چنانچه با عنف یا اکراه باشد با توجه به لطمہ‌ای که به حیثیت مجنی علیه وارد می‌شود جزء جرائم علیه تمامیت معنوی اشخاص محسوب می‌شود و از این منظر که جرم جنسی نیز تلقی می‌گردد جزء جرایم علیه عقت و اخلاق عمومی می‌باشد. با توجه به اینکه پرده بکارت در دختران ایرانی از منظر فرهنگی، اجتماعی و مذهبی یک ارزش محسوب می‌شود بنابراین هرگونه تعرض که تحت عنوان «ازاله بکارت غیر همسر» باشد می‌تواند باعث وارد شدن لطمات جبران ناپذیری به آبرو و حیثیت مجنی علیه در جامعه و خانواده‌اش گردد و به دنبال آن پیامدهای ناگواری داشته باشد که از این منظر قانون‌گذار می‌بایست حمایت قانونی از این بزه‌دیدگان را با دقت و صراحت در دستور کار خود قرار دهد ولی متأسفانه سکوت قانون در بعضی از فروض مسأله و ابهام و پراکندگی قانونی^۲ در این خصوص باعث ایجاد آراء متناقض و حاکم نبودن یک رویه واحد و منسجم شده است. بنابراین بررسی جبران خسارات ازاله بکارت در جهت حمایت از منافع فردی و اجتماعی می‌تواند کمک شایانی به دادگاهها در جهت کمتر شدن تشتن آراء و حمایت از بزه‌دیده‌گان این جرائم بنماید.

قبل از انقلاب اسلامی در ماده ۲۱۲ مکرر قانون مجازات عمومی برای ازاله بکارتی که حتی با رضایت دختر باشد جبران خسارت معنوی پیش‌بینی شده بود. به موجب این ماده: «هر کس مرتکب یکی از جرم‌های مذکور در ماده ۲۰۷ و ۲۰۸ مکرر گردد علاوه بر مجازات مقرر به تأدیه خسارت معنوی مجنی علیه که در هر حال کمتر از ۵۰۰ ریال نخواهد بود محکوم می‌شود. به نفع مجنی علیها که فحشای اخلاقی او مسلم باشد حکم خسارت داده نخواهد شد...». بعد از انقلاب اسلامی در ماده ۱۵۰

۱۱۰

جلد حقوقی دادگستری، شماره ۱۳۵، پاییز ۱۳۹۶

^۱. گودرزی، فرامرز و مهرزاد کیانی، پژوهشی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق، چاپ سوم، تهران، سمت، ۱۳۸۵، ص ۲۸۵.

^۲. در این مورد نگاه کنید به مواد ۲۳۱، ۶۶۱ و ۶۵۸ ق.م.ا، ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی، ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و ماده ۷ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۱۶.

قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ که دقیقاً ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بود، برای ازاله بکارت به طور مطلق (با رضایت یا بدون رضایت) مهرالمثل پیش‌بینی شده بود. به موجب این ماده: «از بین بردن بکارت دختر با انگشت که باعث شود او نتواند ادرار را ضبط کند علاوه بر دیه کامل زن، مهرالمثل نیز دارد». این ماده ترجمه‌ای است از عبارت «من افتض بکراً باصبعه فخرق مثانتها فلم تملک بولها ففیه دیتها و مهر مثل نسائها».^۱ با توجه به متنوع بودن مصادیق ازاله بکارت تصویب این ماده ابهامات و نارسایی‌های زیادی را در بحث موارد پرداخت جبران خسارات ازاله بکارت (ارش‌البکاره و مهرالمثل) ایجاد کرد. از جمله مقید شدن این ماده به واژه انگشت، اطلاق ماده از حیث اینکه دختر مکره^۲ باشد یا نباشد، تکلیف جبران خسارات ازاله بکارت در موارد مقاربت، رضایت به ازاله بکارت در موارد مقاربت یا غیرمقاربت، حکم ازاله بکارت در موارد غیرعمدی و میزان مهرالمثل و ارش‌البکاره. با تصویب ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مبحث سیزدهم با عنوان «دیه ازاله بکارت و افضاء» این ماده جایگزین ماده ۴۴۱ گردید و بعضی از ابهامات قانون قبلی را برطرف نمود. این ماده بیان می‌دارد: «هرگاه ازاله بکارت غیرهمسر با انگشت یا وسیله دیگری و بدون رضایت صورت گرفته باشد موجب ضمان مهرالمثل است». همچنین قانون جدید در ماده ۲۳۱ به صراحت پرداخت ارش‌البکاره علاوه بر مهرالمثل را در زنای به عنف و در حکم عنف الزامی دانسته است. هرچند قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بعضی از موارد را که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به سکوت و یا ابهام گذشته بود، برطرف نموده اما با این حال کماکان ابهامات و مواردی وجود دارد که نیازمند دقت، بررسی و تحقیق است. سؤال اصلی در مقاله حاضر این است که در صور گوناگون ازاله بکارت، موارد پرداخت

^۱. موسوی‌الخمینی، سید روح الله، تحریرالوسیله، چاپ اول، قم، مؤسسه المطبوعات دارالعلم، بی‌تا، جلد دوم، ص ۵۸۷؛ مکی‌العاملي، شیخ ایي عبدالله شمس‌الدین محمدبن جمال‌الدین [شهید اول]، اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، چاپ اول، بیروت، دار التراث الاسلامیه، ۱۴۱۰، ص ۲۸۲.

^۲. یکی از شروط تعلق ارش‌البکاره و مهرالمثل به بزه‌دیده، مکره بودن وی می‌باشد، در قانون مجازات اسلامی جدید در این مورد آراء متشتتی وجود دارد تا جایی که در سه مقررات قانونی احکام متفاوتی بیان گردیده؛ در ماده ۶۶۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ پرداخت ارش‌البکاره و مهرالمثل مشروط و مقید بر «مکره» بودن بزه‌دیده شده، در ماده ۶۵۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ رضایت دختر نابالغ در مورد مقاربت یا غیرمقاربت در ازاله بکارت ملحق به عدم رضایت گشته و نهایتاً در تبصره ۲ ماده ۲۲۴ ق.م.ا. ۱۳۹۲ در رابطه با امکان تعمیم حکم «در حکم عنف» به دختر نابالغ قبیل «اغفال» و «فریب» آمده است؛ از مجموع این مواد به ظاهر متناقض که ناشی از برگردان عبارات فقهی در قانون نویسی است می‌توان گفت که صرف ازاله بکارت نسبت به دختر نابالغ در همه موارد اغفال، فریب، اکراه و حتی رضایت در صورت مقاربت یا غیر مقاربت حسب مورد موجب پرداخت ارش‌البکاره و مهرالمثل یا فقط مهرالمثل است.

ارشالبکاره و مهرالمثل و میزان آن از منظر فقه امامیه و حقوق کیفری ایران چیست؟ در این مقاله در دو بخش اصلی، وضعیت و میزان جبران خسارات از الله بکارت را بررسی نموده‌ایم و از طریق مطالعه سیر تحولات قوانین جزایی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ و تحلیل نظریات فقهی و آراء قضایی به تجزیه و تحلیل بحث پرداخته‌ایم و در نهایت با روشنی توصیفی و تحلیلی به نتایج تحقیق دسترسی پیدا کردہ‌ایم.

بحث و بررسی

۱. بررسی جبران خسارات از الله بکارت در حقوق کیفری ایران

پرداخت جبران خسارات از الله بکارت منوط به تقاضای دختر و ارائه دادخواست به دادگاه حقوقی می‌باشد و در مواردی که مجنی‌علیه شکایت خود را در دادگاه کیفری مطرح می‌نماید، صدور حکم مستلزم دادخواست و هزینه دارسی نبوده و صرف تقاضای شاکته کافی است.^۱

۱-۱. جبران خسارات از الله بکارت در زنای به اکراه

(الف) در فقه امامیه

فقها این بحث را در خلال مسئله دیه شفران و افضاء مطرح نموده‌اند. در ازاله بکارت از طریق زنای به اکراه در اینکه فقط مهرالمثل پرداخت می‌شود یا علاوه بر مهرالمثل، ارشالبکاره نیز پرداخت می‌شود میان فقهای امامیه اختلاف نظر است. عده‌ای از فقهای امامیه بر این اعتقاد هستند که زن فقط مستحق مهرالمثل است.^۲

^۱. ن.ک: ماده ۷ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۱۶

^۲. کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمد رضا، سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات. جلد چهارم، چاپ اول، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق، ص ۱۱۳؛ تبریزی، میرزا جواد بن علی، تحقیق المبانی الاحکام (كتاب الديات)، چاپ اول، قم، دارالصدیقه الشهیده سلام الله عليهما، ۱۴۲۸ق، ص ۲۰۵؛ وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحين، جلد سوم، چاپ پنجم، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ق، ص ۵۸۲؛ فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، جلد دوم، چاپ یازدهم، قم، انتشارات امیر قلم، بی تا، ص ۴۳۳؛ فیاض، محمد اسحاق، رساله توضیح المسائل، چاپ اول، قم، انتشارات مجلسی، ۱۴۲۶ق، ص ۷۳۹؛ مکارم شیرازی، ناصر، استفتایات جدید، جلد سوم، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ای طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق، ص ۵۴۳؛ بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، جلد پنجم، چاپ دوم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ق، ص ۴۷۵؛ زهدی حلبی، نجم الدین جعفر، ایضاح ترددات الشرایع، جلد دوم، چاپ دوم، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۹۱؛ محقق کالی، قربانعلی، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۴؛ فاضل لنکرانی، شیخ محمد جواد، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۱۳۹۱/۴/۳، مورخ ۱۴۱۷ق؛ سید محمد رضا، مجتمع المسائل، جلد چهارم، چاپ دوم، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹ق، ص ۳۲۷؛ طباطبائی الحکیم، سید محمد سعید، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان. مورخ ۱۳۹۱/۴/۲؛ مظاہری، حسین، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۱۴۵۷، مورخ

استدلال این دسته از فقهاء بر چند دلیل است: ۱- ملاحظه بکریت که در مهرالمثل شده است به خاطر اصل برائت و قول امام صادق (ع) از عبدالله بن سنان است که بیان می‌دارد: «موی زن و بکارت زن در زیبایی زن شریک هستند و هر کدام از بین بروود مهر کامل واجب می‌شود».^۱ ۲- در این روایت و در روایت معتبره طلحه بن زید از علی(ع) که فرمودند: اگر مردی کنیزی را غصب کند و بکارت او را بردارد باید یک دهم قیمتش را بپردازد و اگر زن آزاد باشد باید مهریه‌اش را بپردازد. امام در هر دو روایت مذکور در مقام بیان حکم ازاله بکارت بودند و همین مطلب دلالت بر عدم وجوب ارش‌البکاره دارد و مهریه‌ای که به دختر باکره بابت ازاله بکارت او داده می‌شود در واقع ارش بکارت است. بنابراین آن میزان اضافی در اینجا مدنظر قرار گرفته است و با اصل تعدد المسنّات بتعدد الأسباب^۲ مخالفتی ندارد.^۳ در مقابل عده‌ای دیگر از فقهاء امامیه معتقدند که در ازاله بکارت از طریق زنای با اکراه علاوه بر مهرالمثل، ارش‌البکاره نیز واجب می‌شود.^۴ دلایل این دسته از فقیهان عبارت است

۱۳۹۱/۴/۳ و ۱۳۹۱/۶/۱۴؛ حسینی شاهروdi، سید محمد، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۲ به شماره ۹۱۱۴۰۴؛ پیری، آقا میر سید محمد، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۲؛ حسینی شیرازی، سید صادق، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۳؛ روحانی، محمد صادق، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۶۰۷۷۵ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱ و ۱۳۹۱/۶/۱۲ و ۱۳۹۱/۶/۱۵.

^۱. فاضل اصفهانی، محمدبن حسن، کشف اللثام و البهام عن قواعد الاحکام، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق، ص ۴۰۱.

^۲. اسباب همان علل می‌باشند که در اینجا عبارتند از: ازاله بکارت و مهرالمثل به علت وطی است.

^۳. خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخویی، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق، ص ۴۶۰؛ فرطوسی، حسین، التوضیح النافع فی شرح تردّدات صاحب الشّرایع، چاپ دوم، قم، دفتر

^۴. حلی اسدی، جمال الدین احمدین شمس الدین محدثین فهد [ابن فهد حلی]، المذهب البارع فی شرح

المختصر النافع، جلد پنجم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق، ص ۳۴۸؛ مجلسی، محمد باقرین محمد تقی [مجلسی ثانی]، حدود و قصاص و دیات، چاپ اول،

تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، بی ته، ص ۱۳۸؛ خراسانی، علی محمد، شرح تبصره المعلمین، جلد دوم، قم، بی ته، ص ۴۵۶؛ حلی، شمس الدین محمدبن شجاعقطان، معالم الدین فی فقه آل یاسین، جلد دوم، چاپ اول،

ق، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ق، ص ۵۹۱؛ مجلسی، محمد تقی [مجلسی اول]، یک دوره فقه

کامل فارسی، چاپ اول، تهران، مؤسسه و انتشارات فرهانی، ۱۴۰۰ق، ص ۲۱۳؛ مرعشی، سید محمد حسن، دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۶، ص ۱۶۷؛ موسوی الخمینی، پیشین، ص ۵۸۴

؛ محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفرین حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد دوم، الطبعه الثامنة، تهران، انتشارات استقلال، ۱۳۸۸، ص ۵۱۲؛ صیری، مفلح بن حسن، غایه المرام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهارم، چاپ اول، بیروت، دارالهادی، ۱۴۲۰ق، ص ۴۵۹؛ سیوری حلی، جمال الدین مقداد بن

از: ۱- ارشالبکاره عوض جزیی است که از بین رفته است و مهرالمثل عوض نزدیکی با آن دو شیوه است و این دو تداخل نمی‌کنند^۱ زیرا تداخل ارشالبکاره در مهرالمثل خلاف اصل است^۲ و اصل عدم تداخل دو حق یعنی ارشالبکاره و مهرالمثل می‌باشد.^۳ ۲- ملاحظه بکریت که در مهرالمثل می‌شود از جهت آن است که وطی بکر خلاف وطی ثیب است، پس حقیقت ملاحظه شده است به اعتبار وطی، نه به اعتبار جنایت و اما اصل، مخصوص است به وجود سبب شرعی و اصالت عدم اهدار جنایات و اجماعین^۴ مُتقدimin مُعتقدین به شهرت عظیمه، پس شبهه‌ای نیست در وجوب چیزی به ازاء جنایت ازاله بکارت و آن با ارش است.^۵ در این نظر که ارشالبکاره داخل در مهرالمثل باشد اشکال است زیرا موضوع و حکم این دو ارشالبکاره و مهرالمثل^۶ تفاوت دارد به دلیل اینکه مهرالمثل به سبب وطی است و وطی ملازمه‌ای با ازاله بکارت ندارد.^۷ به عبارت دیگر با توجه به اینکه لزوماً وطی دختر باعث ازاله بکارت او نمی‌گردد مانند اینکه پرده بکارت نداشته یا از ناحیه دُبر

عبدالله [فضل مقداد]، التنتیق الرابع المختصر الشرایع، جلد چهارم، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۵۰۷؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، چاپ اول، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ق، ص ۲۰۳؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق، ص ۵۸۳؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق، ص ۳۹۳؛ طوسي، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد هفتم، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق، ص ۱۵۰.

^۱. الجعی العاملی، زین الدین بن علی [شهید ثانی]، مسائل الافهام الی تتفیق شرایع الإسلام، جلد ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق، ص ۴۳۷.

^۲. اعراج، سید عمیدالدین عبدالملک بن محمد [اعرج حسینی]، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، جلد سوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق، ص ۷۸۹.

^۳. فخرالحقوقین، محمدبن حسن بن یوسف بن مطهر حلی، ایضاح الفوائد فی شرح المشکلات القواعد، جلد چهارم، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق، ص ۷۰۲.

^۴. در مبسوط و سرائر در این مورد اجماع وجود دارد، ن.ک: طوسي، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد هفتم، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق، ص ۱۵۰؛ ابن ادریس، محمدبن منصورین احمد، السرائر الحاوی التحریر الفتاوی، جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق، ص ۳۹۳.

^۵. برگانی، محمد تقی بن محمد [شهید ثالث]، دیات، چاپ اول، قزوین، انتشارات حدیث امروز ۱۳۸۲، ۱۸۹؛ عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۰، لبنان، دار احیاء التراث العربي بی تا، ص ۴۵۲.

^۶. سبزواری، سید عبدالعلی، مهدب الاحکام، جلد ۲۹، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیت الله سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص ۲۳۶.

وطی شده یا پرده بکارت او از نوع حلقوی قابل اتساع یا الاستیک بوده است از این رو در این موارد که صرفاً وطی محقق شده است، فقط مهرالمثل پرداخت می‌شود زیرا وطی و ازاله بکارت دو موضوع متفاوت می‌باشند و نمی‌توان در مواردی که ازاله بکارت از طریق وطی صورت گرفته، ارشالبکاره را داخل در مهرالمثل تصور نمود.^۱ اگر کسانی که قائل هستند فقط مهرالمثل پرداخت می‌شود نظر به مهرالمثل باکره داشته باشند و کسانی که اعتقاد دارند علاوه بر مهرالمثل، ارشالبکاره هم واجب است نظر به مهرالمثل ثیبه داشته باشند، پس اختلاف صورت گرفته در اینجا لفظی است، اما ظاهراً کسانی که معتقدند در ازاله بکارت در زنای با اکراه فقط مهرالمثل پرداخت می‌شود در خصوص اینکه مهرالمثل باکره یا ثیبه پرداخت می‌شود به طور قطعی نظر نداده‌اند. بنابراین به نظر می‌رسد که همیشه آن میزان اضافی یا ارشالبکاره مدت نظر قرار نمی‌گیرد و ممکن است در مورد اخیر فقط مهرالمثل ثیبه پرداخت شود که از این منظر قابل انتقاد است، در حالی که بنابر نظر دوم که معیار تفاوت باکره از ثیبه «وطی» می‌باشد که نظری منطقی و قابل قبولی است اگر دختر برای اولین بار مورد وطی قرار گرفته باشد و ازاله بکارت شود علاوه بر ارشالبکاره باید مهرالمثل بکر نیز به او پرداخت شود، زیرا زنی به عنف او را از حالت بکریت خارج نموده است و این در حالی است که بنابر نظر اول فقط مهرالمثل بکر پرداخت می‌شود. علاوه بر این در روایت طلحه بن زید از امیرالمؤمنین (ع) که قبلًا هم اشاره شد، نمی‌توان با قاطعیت پذیرفت که ازاله بکارت از طریق زنای با اکراه فقط مهرالمثل دارد زیرا در نظر بعضی از فقهای امامیه نزدیکی با اکراه با زن غیرباکره نیز

^۱ با توجه به اینکه مسئله مطروحه جزء مسائل پیچیده و مشکل فقهی می‌باشد بعضی از فقهای امامیه فتاوی متفاوتی را در نظرات خود بیان نموده‌اند به طور مثال علامه حلبی در کتب تبصره المتعلمین، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه و ارشاد الاذهان قائل هستند که اگر زنی که اکراه شده باکره باشد علاوه بر مهرالمثل، ارشالبکاره نیز به او تعلق می‌گیرد ن.ک: علامه حلبی، حسن بن یوسف بن مطهر، ۱۴۱۰ ق، ارشاد الاذهان الى احكام الایمان، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۲۴۰؛ علامه حلبی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق، ص ۵۸۳؛ علامه حلبی، حسن بن یوسف بن مطهر، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، چاپ اول، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق، ص ۲۰۳؛ اما ایشان در کتاب تلخیص المرام معتقدند ارشالبکاره داخل در مهرالمثل است ن.ک: علامه حلبی، حسن بن یوسف بن مطهر، تلخیص المرام فی معرفه الاحکام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱ ق، ص ۳۶۶ . ابن ادریس نیز در باب‌های «دیات» و «حدود» در کتاب سرائر نظرات متفاوتی را بیان کرده‌اند ایشان در باب دیة اعضاء معتقدند که علاوه بر مهرالمثل، ارشالبکاره نیز پرداخت می‌شود اما ایشان در باب حدود معتقدند که ارشالبکاره داخل در مهرالمثل است ن.ک: ابن ادریس، احمد، السرائر الحاوی التحریر الفتاوی، جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق، صص ۳۹۳ و ۴۴۹.

موجب ضمان مهرالمثل است.^۱ بنابراین پرداخت مهرالمثل در این روایت به جهت فقط نزدیکی است و در ضمن دلیلی هم برای سقوط ارشالبکاره از نظر شرعی وجود ندارد و در غالب یک اصل کلی هر جنایتی که بر عضو کسی وارد شود و شرعاً مقدار خاصی به عنوان دیه برای آن تعیین نشده باشد جانی باید ارش آن را بپردازد. بنابراین قول به پرداخت ارشالبکاره علاوه بر مهرالمثل قوی تر است.

ب) در قانون

قبل از انقلاب اسلامی در ماده ۲۱۲ مکرر قانون مجازات عمومی برای ازاله بکارتی که حتی با رضایت دختر باشد جبران خسارت معنوی پیش‌بینی شده بود. به موجب این ماده: «هرکس مرتکب یکی از جرم‌های مذکور در ماده ۲۰۷ و ۲۰۸ مکررگردد علاوه بر مجازات مقرر به تأديه خسارت معنوی مجنبی علیه که در هر حال کمتر از ۵۰۰ ریال نخواهد بود محکوم می‌شود. به نفع مجنبی علیها که فحشاء اخلاقی او مسلم باشد حکم خسارت داده نخواهد شد...». در حال حاضر برای جبران زیان‌های معنوی می‌توان به ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی استناد نمود. در قوانین بعد از انقلاب اسلامی در ماده ۱۵۰ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ در بخش دیات که دقیقاً مانند ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بود، برای ازاله بکارت به طور مطلق (با رضایت یا بدون رضایت) مهرالمثل پیش‌بینی شده بود. این ماده فقط به بیان حکم ازاله بکارت در موارد غیر نزدیکی (مهرالمثل) بسنده نموده است و در خصوص پرداخت ارشالبکاره علاوه بر مهرالمثل در زنای با اکراه حکمی را بیان نکرده است.

یکی از قوانین خاصی که در رابطه با موارد پرداخت ارشالبکاره و مهرالمثل می‌توانیم به آن اشاره نماییم، قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیتهای غیر مجاز می‌نمایند (مصطفوی ۱۳۸۶/۱۰/۱۶) می‌باشد. در ماده ۷^۳ قانون

^۱. حلی اسدی، جمال الدین احمدبن شمس الدین محمدبن فهد آن فهد حلی، المذهب الپار في شرح المختصر النافع، جلد پنجم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۳۴۸؛ خوبی، پیشین، ص ۲۶۵؛ محقق حلی، پیشین، ص ۳۹۵.

^۲. به موجب این ماده: «از بین بردن بکارت دختر با انگشت که باعث شود او نتواند ادرار را ضبط کند علاوه بر دیه کامل زن، مهرالمثل نیز دارد».

^۳. مطابق این ماده: «زیان دیده از جرایم مذکور در این قانون حق مطالبه ضرر و زیان را دارد. دادگاه با احراز مکره بودن بزه دیده موضوع صدر ماده (۴) ضمن صدور حکم کیفری، مرتکب را به پرداخت ارشالبکاره، مهرالمثل یا هردو (حسب مورد) محکوم می‌نماید...». مطابق با صدر ماده ۴ این قانون: «هرکس با سوءاستفاده از آثار مبتذل و مستهجن تهیه شده از دیگری، وی را تهدید به افشاء و انتشار آثار مزبور نماید و از این طریق با وی زنا نماید به مجازات زنای به عنف محکوم می‌شود ...».

فوق الذکر عبارت «ارش البکاره مهرالمثل یا هردو(حسب مورد)...» کاملاً مبهم و نامشخص می‌باشد زیرا فقط ۳ فرض را با احراز مکره بودن بزهديده می‌توان تصور نمود: ۱- از بزهديده ازاله بکارت شده است. ۲- بزهديده دارای پرده بکارت بوده ولی به هر دلیلی از او ازاله بکارت نشده مثل اینکه از ناحیه ذیر با او زنای به عنف صورت گرفته است. ۳- بزهديده اصلاً دارای پرده بکارت نبوده است. در فرض اول بزهديده مستحق ارش البکاره و مهرالمثل است ولی در فروض دوم و سوم فقط مستحق مهرالمثل می‌باشد. بنابراین با توجه به سه فرضی که در ماده ۷ قابل تصور است بهتر بود ماده ۷ به این شکل مدون می‌شد: «... به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل در صورت ازاله بکارت یا فقط مهرالمثل در صورت عدم ازاله بکارت محکوم می‌نماید ...». این تفسیر با مواد ۱۲۳۱^۱ و ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز همانگ می‌باشد. لازم به ذکر است که منظور از عبارت «در صورتیکه باکره نباشد» در ماده ۲۳۱، اشاره به عدم ازاله بکارت است که در این صورت زن فقط مستحق مهرالمثل است.^۲ در اینجا دو سوال مطرح می‌شود، یکی اینکه وضعیت جبران خسارت در مورد دختری که دارای پرده بکارت است ولی با او از راه ذیر زنای به عنف می‌شود چیست؟ دوم اینکه مسئولیت زنای در زنای به عنف با دختری که به طور طبیعی پرده بکارت ندارد یا پرده بکارت او از نوع حقوقی و قابل اتساع یا الاستیک می‌باشد چیست؟ در فروض اول و دوم دختر باکره است و ظاهراً مشمول صدر حکم ماده ۲۳۱ می‌شود اما باید توجه داشت که در فرض اول زن با وجود باکره بودن و داشتن پرده بکارت فقط مستحق مهرالمثل است زیرا ازاله بکارت صورت نگرفته و در فرض دوم هم اگر قائل به این نظر کمیسیون مشورتی باشیم که بیان داشته است: «منظور از ازاله بکارت اعم است از اینکه موقعه منتهی به پاره شدن پرده بکارت شود یا ساختمان پرده بکارت به کیفیتی باشد که پاره شدنی نباشد»^۳ بنابراین ازاله بکارت محقق شده است؛ اما به نظر می‌رسد در موارد مذکور هرچند که دختر از حالت بکریت خارج شده است ولی بنا بر تعریف پزشکان قانونی از ازاله بکارت و با توجه به

^۱. مطابق با این ماده: «در موارد زنای به عنف و در حکم آن ، در صورتی که زن باکره باشد مرتكب علاوه بر مجازات مقرر به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل نیز محکوم می‌شود. در صورتی که باکره نباشد فقط به مجازات و پرداخت مهرالمثل محکوم می‌گردد».

^۲. مشهور فقهای امامیه درمورد زنای با اکراه با زنی هم که ازاله بکارت نشده (زن غیر باکره) قائل به پرداخت مهرالمثل شده‌اند که این خود نشان می‌دهد مبنای اصلی مهرالمثل نزدیکی است، نه ازاله بکارت، ن.ک: حلقه اسدی، پیشین، ص ۳۴۸؛ خوبی، پیشین، ص ۲۶۵؛ محقق حلی، پیشین، ص ۳۹۵.

^۳. محسنی، مرتضی و مرتضی کلانتریان ، مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری در زمینه مسائل کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۸۹، ص ۴۹۲.

اینکه پرده بکارت هم مانند عضوی از اعضاء بدن است که در صورت عدم آسیب به آن نمی‌توان قائل به ازاله بکارت بود در نتیجه در این موارد نباید خسارت بدنی یا ارش‌البکاره پرداخت شود.^۱ بنابراین برای اینکه در این موارد شباهی به وجود نیاید که پرداخت مهر و ارش برای زن باکره است و با توجه به اختلاف نظرهایی که در مورد تفاوت باکره و غیرباکره وجود دارد^۲، بهتر است در این ماده به جای عبارت «...در صورتی که زن باکره باشد...» از عبارت دقیق «...در صورتی که از زن ازاله بکارت گردد...» استفاده شود این تفسیر با مواد ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز همانگ است زیرا در این مواد هم عبارت «ازاله بکارت» نگاشته شده است، به علاوه باید توجه نمود جرم موضوع مواد ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ جرمی مقید به نتیجه یعنی ازاله بکارت است و تا وقتی که بر پرده بکارت آسیب‌هایی مانند سائیدگی، خراشیدگی، خونمردگی و پارگی صورت نگرفته باشد مشمول جبران خسارت (ارش‌البکاره یا مهرالمثل) نمی‌شود.

یکی از مباحثی دیگری که در اینجا قابل توجه می‌باشد، ازاله بکارت نسبت به دختری است که پرده بکارت خود را ترمیم نموده باشد.^۳ در این مورد «پرده بکارت مانند عضو اصلی محسوب شده»^۴ و جبران خسارت عضو اصلی را دارد و ماده ۱۵۶۶

^۱. بعضی در نظریه‌ای عجیب بیان نموده‌اند: «ارش‌البکاره برای از بین رفتن بکر بودن است و نه پارگی حاصل از پاره شدن پرده و به نظر اینجانب می‌توان برای آن ارش خاص تعیین نمود». ن.ک: زرخ احسان، نگرشی تو در جایگاه ارش‌البکاره در فقه و حقوق موضوعه، ماهنامه دادرسی، شماره ۷۲، ۱۳۸۷، ص ۴۴. این نظر با توجه به ماده ۳۶۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ماده ۵۵۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مبنی بر اینکه ارش به سبب جنایت بر عضو است و قول مشهور فقهای امامیه که ارش‌البکاره به سبب از بین رفتن جزء و مهرالمثل به جهت انتفاع از بعض است، قابل انتقاد است. ن.ک: الجعیي العاملي، زین الدین بن علی [شهید ثانی]، مسالك الافهام إلى تقييح شرائع الإسلام، جلد ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق، ص ۴۳۷.

^۲. باکره در قوانین ایران تعریف نشده است و در خصوص تمیز بین باکره و غیر باکره اختلاف نظر است معمولاً در کتاب‌های لغت معیار باکره بودن را ازدواج نکردن دانسته‌اند. ن.ک: فرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، جلد ۱، چاپ ششم، تهران، دارالکتب الإسلامية، ۱۴۱۲ق، ص ۳۲۲. بعضی نیز معتقدند که باکره کسی است که پرده بکارتش باقی است. ن.ک: زنجانی، سید موسی شیری، تقریرات درس کتاب نکاح، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ق، ص ۶۴.اما در مقابل عده‌ای معيار را دخول قرار داده‌اند ن.ک: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۵ عده‌ای دیگر نیز معيار تفاوت باکره از ثبیه را موقعه به همراه ازاله بکارت دانسته‌اند. ن.ک: صفایی، سید حسن و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۷۷.

^۳. در صورتی که دختر بخواهد پرده بکارت خود را ترمیم کند، اگر هزینه ترمیم بیشتر از ارش‌البکاره یا مهرالمثل دریافتی باشد به استناد قاعدة لاضر این هزینه به عهده ازاله‌کننده می‌باشد.

^۴. روحانی، محمد صادق، استفتاء در خصوص سؤالات مطرحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۱۳۹۱/۶/۱۲ و ۱۳۹۱/۶/۱۵ و ۱۳۹۱/۴/۱ مورخ ۰۷۷۵

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مؤید این نظر است. در این مورد حتی اگر پرده بکارت به صورت نامشروع ترمیم شده باشد تأثیری در ضمان جنایت وارد ندارد زیرا نامشروع بودن ترمیم منافاتی با ضمان ندارد و اصل ضمان همچنان باقی است. ضمناً قابل ترمیم بودن پرده بکارت تأثیری در جبران خسارات ازاله بکارت ندارد.

ج) در رویه قضایی

دیوان عالی کشور در مورد ازاله بکارت از طریق زنای با اکراه در دادنامه شماره ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ پرداخت مهرالمثل را قادر متوجه برای ازاله بکارت از راه زنای به عنف یا اکراه دانسته است. در حالی که ماده ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی ناظر به موارد غیر نزدیکی میباشد و با توجه به اینکه مهرالمثلی که در موارد زنای به اکراه پرداخت میشود دیه پرده بکارت نیست و به جهت انتفاع از بُضع^۲ است، میتوان برای ازاله بکارت در موارد زنای با اکراه ارشالبکاره به سبب جنایت بر عضو^۳ علاوه بر مهرالمثل تعیین نمود.

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۱۳۷۹/۵/۱۰ مورخ ۷/۴/۱۴۷ در این رابطه اشعار داشته است: «طبق فتوای امام قدس سرہ در تحریرالوسیله مسئله ۵ صفحه ۵۸۴ و نظر صاحب جواهر رضوان الله عليه و اطلاق ماده ۴۸۱ قانون مجازات اسلامی در صورت ازاله بکارت به عنف جانی باید ارش بکارت را پرداخت نماید...».^۴ نظریه مشورتی فوق از این جهت که پرده بکارت دیه معین ندارد^۵ و در

^۱. مطابق با این ماه: «دیه اعضاي که با پیوند و امثال آن در محل عضو از بین رفته قرار گرفته و مانند عضو اصلی دارای حیات میشوند به میزان دیه عضو اصلی است...».

^۲. بُضع بالضم معانی متفاوتی دارد از جمله عقد نکاح، جماع، فرج و میاضعه به معنی مجتمعت کردن است. ن.ک: طربی خفرالدین، مجمع البحرين، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۰۰. البته در مبحث ما بُضع به معنی جماع و مقارت میباشد.

^۳. ماده ۳۸۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بیان میدارد: «جنایت بر عضو عبارت است از هر آسیب کمتر از قتل، مانند قطع عضو، جرح و صدمه های وارد بر منافع است».

^۴. منظور ذیل ماده ۴۸۱ قانون مجازات اسلامی است که بیان میدارد: «... در صورتی که آن عضو دارای دیه معین نباشد دادن ارش لازم است».

^۵. شهری، غلامرضا و دیگران، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات کیفری، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۶، ص ۹۷۲.

^۶. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۱۳۶۲/۱۰/۷-۷/۴۰۲۲ مهرالمثل را دیه پرده بکارت دانسته و در نظریه مشورتی شماره ۲/۷۲۱ مورخه ۷/۴/۶ نظر به این داشته که پرده بکارت دیه معینی ندارد و اشعار

ازاله بکارت از طریق زنای به عنف یا اکراه بنا بر نظر امام (ره) باید ارشالبکاره علاوه بر مهرالمثل پرداخت شود کاملاً صحیح است اما اشکالی که در این نظریه مشورتی وجود دارد این است که اداره حقوقی قوه قضائیه صاحب جواهر (ره) را به اشتباه بیان نموده، ایشان می‌فرمایند: «نظر قوی این است که ارشالبکاره داخل در مهرالمثل می‌شود به خاطر ملاحظه بکریت در مهرالمثل و اصل عدم و اینکه روایات در مقام بیان حکم ازاله بکارت هستند و درباره پرداخت ارشالبکاره علاوه بر مهرالمثل خالی از نص هستند بنابراین ظاهر این است که بر آن چیزی که در روایات گفته شده است اکتفاء گردد و دلیل ما قول امام صادق (ع) از عبدالله بن سنان در بحث دیه مو است»^۱. همانطور که ملاحظه شد نظریه این فقیه اندیشمند و گرامی مبنی بر داخل بودن ارشالبکاره در مهرالمثل است.

۲-۱. جبران خسارت ازاله بکارت با اکراه در موارد غیر مقابله

الف) در فقه امامیه

نظر مشهور فقهاء این است که هرکس با انگشت پرده بکارت دختر باکرهای را ازاله کند و مثانه او را پاره کند به طوری که او نتواند ادرارش را کنترل کند باید علاوه بر دیه کامل زن مهرالمثل او را نیز پردازد.^۲ البته بعضی از فقهاء هم بر خلاف نظر مشهور فقهاء امامیه معتقدند که حکم ازاله بکارت در موارد غیر نزدیکی ارشالبکاره است.^۳ ظاهراً کسانی که حکم ازاله بکارت در موارد غیر نزدیکی را ارشالبکاره دانسته‌اند معتقدند که پرداخت مهرالمثل منوط به موارد نزدیکی است. به نظر می‌رسد قول غیر مشهور فقهاء امامیه مبنی بر پرداخت ارشالبکاره در موارد غیر

داشته است: «درخصوص ارشالبکاره نظر به صریح ماده ۴۸۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۷۰ حاکی است هر گاه جراحتی بر عضوی وارد شود اگر آن عضو دارای دیه معینی نباشد دادن ارش لازم است...». به نظر ما در ازاله بکارت از طریق غیر مقابله مهرالمثل دیه غیر مقدر پرده بکارت است و در زنای با اکراه مهرالمثل دیه نیست زیرا به سبب نزدیکی پرداخت می‌شود.

^۱ نجفی، محمد حسن [صاحب جواهر]، جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۳، چاپ هفتم، بيروت دار احياء التراث العربي، ۱۴۰۴، ص ۲۷۶.

^۲ مکی العاملی، پیشین، ص ۲۸۲؛ الجبعی العاملی، زین الدین بن علی [شهید ثانی]، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد دهم، چاپ اول، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰، ص ۲۵۲؛ محقق حلی، پیشین، ص ۵۱۴؛ موسوی الخمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه المطبوعات دارالعلم، بی تا، ص ۵۱۸؛ حلی، پیشین، ص ۵۱۹؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰، ص ۵۸۳؛ برگانی، پیشین، ص ۱۹۱.

^۳ حسینی شاهروodi، پیشین.

نزدیکی قابل قبول باشد زیرا مبنای اصلی پرداخت مهرالمثل در قانون مدنی^۱ و فقه امامیه انتفاع از بضع می‌باشد که در این مورد انتفاع از بعض منتفی است.^۲ بحث دیگری که در اینجا مطرح می‌شود این است که در مورد ازاله بکارت با اکراه در موارد غیر زنا، مهرالمثل ثیبه پرداخت می‌شود یا مهرالمثل باکره. فقهای امامیه در خصوص این مسأله اختلاف نظر دارند. بعضی معتقدند که باید مهرالمثل باکره پرداخت شود.^۳ در مقابل بعضی دیگر معتقدند که مهرالمثل ثیبه باید پرداخت شود.^۴ قانون مجازات اسلامی در این رابطه ساكت است. منشأ این اختلاف در بیان تفاوت باکره از ثیبه می‌باشد. به هر حال هر نظری را که در تفاوت باکره از ثیبه در نظر بگیریم اعم از اینکه معیار تفاوت باکره از ثیبه وطی باشد یا وجود پرده بکارت^۵؛ برای پرداخت مهرالمثل باکره یا ثیبه باید زمان وضعیت دختر قبل از وقوع ازاله بکارت در نظر گرفته شود، به عبارت دیگر شخصی که دختر را از حالت باکره بودن خارج نموده موظف است که مهرالمثل باکره را به او پرداخت نماید مگر اینکه آن دختر قبل از وقوع جنایت باکره نبوده باشد که در این صورت مهرالمثل ثیبه پرداخت می‌شود.

ب) در قانون

ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ حکم ازاله بکارت در موارد غیر نزدیکی را مهرالمثل بیان نموده بود. این ماده اشعار می‌داشت: «از بین بردن بکارت دختر با انگشت که باعث شود او نتواند ادرار را ضبط کند علاوه بر دیه کامل زن،

^۱. بنابر قول فقهای امامیه نزدیکی شرط استقرار مهرالمثل است ن.ک: صفائی، سید حسن و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۶۴. در ضمن با امعان نظر به مواد قانون مدنی، متوجه می‌شویم که در هر چهار حالت تعیین مهرالمثل (مواد ۱۰۹۹، ۱۰۸۷، ۱۰۹۰، ۱۱۰۰) شرعاً وقوع «نزدیکی» باید وجود داشته باشد ن.ک: پولادی، ابراهیم، مهریه و تعدیل آن (محاسبه مهریه به نزد روز)، چاپ دوم، تهران، نشر دادگستری، ۱۳۸۸، ص ۹۳.

^۲. دیوان عالی کشور نیز در رأی شماره ۷۳/۶/۱۲-۶۷ شعبه ۲۷ معتقد است که در ازاله بکارت از طریق غیر دخول با انگشت ارش بکاره باید پرداخت شود و در دخول مهرالمثل گرفته می‌شود، البته این رأی با توجه به ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ قابل انتقاد است.

^۳. موسوی اردبیلی، پیشین؛ روحانی، محمد صادق، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارنده، به شماره ۵۰/۷۷۵ مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۲ و ۱۳۹۱/۶/۱۵.

^۴. مظاہری، حسین، تقریرات درس خارج از فقه کتاب دیات، اصفهان، مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهرا، ۱۳۸۷، ص ۷.

^۵. بعضی معتقدند که باکره کسی است که پرده بکارت ش باقی است ن.ک: شبیری زنجانی، سید موسی، تقریرات درس کتاب نکاح، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹، ص ۶۴ اما در مقابل عدهای معیار تفاوت باکره از ثیبه را وطی یا عدم وطی قرار داده اند ن.ک: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۶.

مهرالمثل نیز دارد». همان گونه که بیان شد حکم مذکور در این ماده منطبق است با نظر مشهور فقهای امامیه. یکی از پیچیدگی‌ها و ابهاماتی که در ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی وجود دارد مقید شدن این ماده به واژه «انگشت» است. اصولاً وسیله تأثیری در جبران خسارت یا مجازات ندارد^۱ و ازاله بکارت غیر همسر با هر وسیله‌ای (وطی یا غیر وطی) اگر با اکراه صورت بگیرد موجب ضمان است. اگر قائل باشیم که وسیله نقشی در حکم ازاله بکارت ندارد بنابراین ازاله بکارت با اکراه در موارد نزدیکی و یا غیر نزدیکی مانند انگشت موجب پرداخت فقط مهرالمثل است. در این رابطه گفته شده است: «ذکر کلمه انگشت در ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی خصوصیتی ندارد زیرا اختلاف آلت جنایت مؤثر در مقدار دیه نیست»^۲. این نظر از این جهت که آلت جنایت مؤثر در میزان دیه پاره شدن مثانه نیست کاملاً صحیح است، ولی با توجه به ماده ۴۴۹ قانون مجازات اسلامی که ارش با توجه به نوع و کیفیت جنایت مشخص می‌گردد آلت جنایت می‌تواند مؤثر در میزان ارش البکاره باشد، همچنین می‌تواند مؤثر در تعیین مهرالمثل یا ارش البکاره هم باشد، زیرا ازاله بکارت در موارد زنای با اکراه موجب پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل است و در موارد غیر نزدیکی به استناد ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی موجب پرداخت فقط مهرالمثل می‌باشد، پس این نظر که «فرقی نمی‌کند که مر تک با انگشت پرده بکارت را دریده باشد یا با وسیله‌ای غیر از آن»^۳ قابل تأمل است. دیوان عالی کشور در رأی شماره ۶۷ - ۷۳/۶/۱۲ شعبه ۲۷ اشعار داشته است: «ارش البکاره در جایی است که با انگشت و امثال آن به غیر دخول^۴ بکارت زایل شود ولی در دخول مهرالمثل گرفته می‌شود و در افضاء نیز دیه اخذ خواهد شد». در این رأی که دیوان عالی بین دخول و غیر دخول (انگشت) تفاوت قائل شده اگر منظور این باشد که به غیر دخول یعنی غیر وطی مهرالمثل گرفته نمی‌شود، مخالف نص صریح ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی می‌باشد و دلیل اختصاص دادن ارش البکاره به موردی که فقط با انگشت و امثال آن ازاله بکارت صورت گرفته از لحاظ قانونی قابل انتقاد است. خوشبختانه قانون گذار در ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی^۵ با اشاره به عبارت

^۱. در مورد برخی جرائم استفاده از وسائل خاصی موجب تشدید مجازات می‌شود مانند آدم ربایی که مطابق با ماده ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ در سه حالت (کمتر بودن سن مجرمی علیه از ۱۵ سال تمام شمسی، استفاده از وسیله نقلیه، ورود آسیب جسمی یا حیثیتی به قربانی) مجازات شخص آدم ربا تشدید شده است.

^۲. گرجی، ابوالقاسم، دیات، چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، ص ۱۹۵.

^۳. حجتی، مهدی، قانون مجازات در نظام حقوق کنونی، چاپ اول، تهران، دادستان، ۱۳۸۹، ص ۶۳۴.

^۴. واژه دخول در این رأی صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا دخول اعم از وطی (آلت تناسلی) و غیر وطی (انگشت) می‌باشد.

«...انگشت یا با وسیله دیگری...» و قید «بدون رضایت» بسیاری از اشکلات را برطرف نموده است. ظاهراً این ماده با اشاره به قید «هر وسیله» در مقام بیان حکم ازاله بکارت در موارد نزدیکی و غیر نزدیکی بوده است، ولی باید توجه نمود که ماده ۲۲۱ این قانون که حکم ازاله بکارت در موارد زنای به عنف را بیان نموده، تخصیصی است بر حکم عام ماده ۶۵۸، در نتیجه ازاله بکارت به اکراه در موارد غیر وطی مطابق با ماده ۶۵۸ موجب پرداخت فقط مهرالمثل است؛ به هر حال هرچند که نظر غیرمشهور فقهای امامیه مبنی بر پرداخت ارش البکاره در ازاله بکارت به اکراه در موارد غیر مقاربت قابل دفاع می باشد، ولی قوانین جزایی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه برای ازاله بکارت به اکراه در موارد غیر وطی قائل به مهرالمثل شده‌اند.^۱

۳-۱. ازاله بکارت به صورت غیرعمدى

الف) در فقه امامیه

با توجه به اینکه کتاب «دیات» اصلتاً در مقام بیان موارد خطا و شبه خطا است^۲ پس بنابر قاعده باید حکم جبران خساره ازاله بکارت غیرعمدى را در این کتاب جستجو نمود. مشهور فقهای امامیه در باب «دیات» مطرح نموده‌اند: «هر کس با انگشت ازاله بکارت دختری را نماید به طوری که مثناه او پاره شود و تواند بول خود را نگه دارد علاوه بر دیه کامل زن باید مهرالمثل او را نیز بدهد». بنابر آنچه گفته شد ظاهراً حکم ازاله بکارت غیرعمدى مهرالمثل است، با این وجود عده‌ای از فقهای معاصر ازاله بکارت غیرعمدى را در موارد غیر مقاربت موجب ثبوت ارش البکاره

^۱. باید توجه نمود در مواردی هم که ازاله بکارت از طریق غیر مقاربت صورت می‌گیرد و موجب پرداخت مهرالمثل است دختر می‌تواند علاوه بر مهرالمثل تقاضای خسارت معنوی نیز مطابق با ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی بنماید، زیرا مهرالمثلی که در اینجا به دختر پرداخت می‌شود جایگزینی برای دیه و جبران خسارت بدنی است.

^۲. مکی العاملی، پیشین، ص ۲۷۵.

^۳. پیشین، ص ۲۸۲؛ الجبیع العاملی، زین الدین بن علی [شهید ثانی]، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقی، جلد دهم، چاپ اول، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰، ق، ص ۲۵۲؛ محقق حلی، پیشین، ص ۵۱۴؛ موسوی الخمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، چاپ اول، قم، مؤسسه المطبوعات دارالعلم، بی تا، جلد دوم، ص ۵۱۸؛ حلی، شمس الدین محمدبن شجاع القطان، معالم الدین فی فقه آل یاسین، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴، ق، ص ۵۱۹؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰، ق، ص ۵۸۳؛ برگانی، پیشین، ص ۱۹۱؛ مفید، محمدبن نعمان، المقنعه، چاپ اول، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳، ق، ص ۷۸۵؛ حائری، ف سید علی بن محمد طباطبائی، الشر الصغیر فی شرح مختصر النافع، جلد سوم، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹، ق، ص ۷۸۵؛ روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، جلد ۲۶، قم، دارالكتاب، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲، ق، ص ۳۰۱.

دانسته‌اند^۱ در مقابل عده‌ای دیگر در این مورد مهرالمثل را ثابت دانسته‌اند^۲ به نظر ما قول به پرداخت ارش‌البکاره در این مورد موجه می‌باشد و روایاتی که در این مورد برای پرداخت مهرالمثل وارد شده‌اند ناظر به موارد عمدى و اکراه می‌باشند، در روایت ابن سنان از امام صادق آمده است: «فَيَا امْرَأُ افْتَضَتْ جَارِيَةً بِيَدِهَا - قَالَ عَلَيْهَا مَهْرُهَا وَ تُجْلِدُ تَمَانِينَ». ^۳ یعنی «زنی که با دستش بکارت دختری را زایل کرده بود فرمودند بر عهده اوست که مهریه او را بپردازد و هشتاد تازیانه می‌خورد». مانند این روایت، روایت دیگری است ولی در آن روایت به جای تجلد ثمانین، تضرب الحد آمده است یعنی بر او حد می‌زنند.^۴ در روایت دیگری نیز از ابن سنان از امام صادق آمده است: «وَ دَخْتَرٌ كَهْ بِهِ حَمَامَ رَفْتَهُ بُودَنَدْ وَ يَكِيْ اَزْ دِيَگْرِيْ بِاَنْكِشْتَ اَرَالَهْ بِكَارَتْ نَمُودَهْ بُودَهْ اَمَامَ قَضَاوَتْ كَرَدَنَدْ كَهْ آنَ دَخْتَرَ كَهْ اِينَ كَارَ رَا اِنجَامَ دَادَهْ بِاَيَدِيْ مَهْرَالْمَثَلَ رَا بَدَهَدَهَ». روایت دیگری نیز از عبدالله بن سنان هست که به امام صادق(ع) گفتند: جانم فدایتان مجازات مردی که روی زنی پریده (به زور) موی سرش را تراشیده است چیست؟ فرمودند تازیانه به او محکم زده می‌شود و در زندان مسلمانان زندانی می‌شود تا زمانیکه موی زن رشد کند. اگر مو رویید، از او به اندازه مهر زنانشان گرفته می‌شود و اگر نرویید، از او یک دیه کامل گرفته می‌شود. پرسیدم: چطور اگر مویش رویید به اندازه مهر زنانشان آزاد وی می‌گیرند؟ حضرت فرمودند: ای این سنان، موی زن و پرده بکارتش در زیبایی زن مشترکند و اگر یکی از این دو از بین برود، مهر کامل برای زن ثابت است^۵. بنابر نظر بعضی از فقهاء دلالت ذیل این روایت

^۱ حسینی شیرازی، سید صادق پیشین؛ روحانی، محمد صادق، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۰۷۷۵ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱ و ۱۳۹۱/۶/۱۲ و ۱۳۹۱/۶/۱۵؛ سید محمد حسینی شاهروdi، پیشین؛ آقا میر سید محمد یشری، پیشین.

^۲ مظاہری، حسین، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۱۳۹۱/۴/۳ و ۱۳۹۱/۶/۱۴؛ موسوی اردبیلی، پیشین؛ طباطبائی الحکیم، پیشین.

^۳ عاملی، حر، وسائل الشیعه، جلد ۲۰، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق، ص ۳۱۶.

^۴ عاملی، حر، وسائل الشیعه، جلد ۲۸، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق، ص ۱۷۱.

^۵ . مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَا سَنَدِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلَىٰ بْنِ مَحْمُودٍ الْبَرْقِيِّ عَنْ النَّوْفَلِيِّ عَنْ السَّتَّوْنِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ لَيْلَاتٌ عَرْفَ إِلَيْهِ جَارِيَاتٍ دَخَلْنَا الْحَمَّامَ - وَ افْتَضَتْ إِخْدَافِمَا الْأُخْرَىِ يَاصْبَعُهَا - فَقَضَى عَلَى الَّتِي فَعَلَتْهُ غَرَّهَا ن. ک: عاملی، حر، وسائل الشیعه، جلد ۲۱، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق، ص ۳۰۳، این غرقها در این روایت به معنی مهرالمثل است. ن. ک: طوسی، محمد بن حسن، ترجمة النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوى، ترجمة سید محمد باقر سبزواری، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۲، ص ۴۷۶.

^۶ عاملی، حر، وسائل الشیعه، جلد ۲۹، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق، ص ۳۳۴؛ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، جلد دهم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

دارای اشکال است زیرا وجه تشابه موی زن به بکارت زن از این جهت که دوباره بروید صحیح نیست و بکارت برخلاف موی زن نمی‌روید، ضمناً در این روایت گفته شده مهر کامل داده شود در حالی که باید مهرالمثل پرداخت شود و مسلمان آنچه که باید پرداخت شود مهریه کامل نیست.^۱ از بررسی روایات مذکور متوجه می‌شویم؛ اولاً: در روایات ابن سنان لفظ «جاریه» آمده است. بنابراین به طور قطع نمی‌توان این روایات را مشمول دختر آزاد دانست. ثانیاً: در تمامی روایت‌هایی که ذکر شد از الله بکارت به وسیله انگشت صورت گرفته است و در بعضی برای ازاله کننده تعزیر در نظر گرفته شده که این خود گویای عمدی بودن ازاله بکارت است. بنابراین با توجه به اینکه مبنای اصلی پرداخت مهرالمثل انتفاع از بُضع یا نزدیکی می‌باشد بهتر است در مورد جرایم غیرعمدى منجر به ازاله بکارت مانند تصادفات رانندگی قائل به پرداخت فقط ارش البکاره باشیم.

ب) در قانون

ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ حکم ازاله بکارت غیرعمدى را در باب دیات، مهرالمثل تعیین نموده بود، زیرا در این مورد فرقی بین عمد و غیرعمد نبود. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ۶۵۸ بیان داشته است: «هرگاه ازاله بکارت غیر همسر با انگشت یا وسیله دیگری و بدون رضایت صورت گرفته باشد موجب ضمان مهرالمثل است». سؤالی که در اینجا پیش می‌آید این است که آیا در جرایم غیرعمدى مانند تصادفات رانندگی می‌توان به ماده ۶۵۸ استناد نمود و دوشیزه را مستحق مهرالمثل دانست؟ از یک جهت می‌توان گفت قید «بدون رضایت» در ماده ۶۵۸ اعم است از اینکه ازاله بکارت با عنف و اکراه یا بدون عنف و اکراه باشد و شامل جرایم غیرعمدى هم می‌شود و کسی هم که در اثر تصادف رانندگی یا معاینه پژوهش ازاله بکارت شده بدون رضایت او بوده است و دلیل استفاده قانون گذار از عبارت «بدون رضایت» به جای واژگان عنف یا اکراه این است که در یک ماده کلی به بیان حکم ازاله بکارت در جرایم عمدی و غیرعمدى بپردازد زیرا از جهت پرداخت خسارت فرقی میان جرایم عمدی و غیرعمدى وجود ندارد. اما هرچند که این استدلال قوی است ولی می‌توان هم گفت آنچه که از مفهوم عبارت «بدون رضایت» متبادر بر اذهان می‌شود عنف و یا اکراه است و اساساً در موارد غیرعمدى بحثی از

ص ۲۶۲؛ کلینی، ابو جعفر محمدبن یعقوب، الکافی، جلد هفتم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق، ص ۲۶۱.

^۱. مظاہری، حسین، تقریرات درس خارج از فقهه کتاب دیات، اصفهان، مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهرا، ۱۳۸۷، ص ۶.

رضایت یا عدم رضایت نیست. ضمناً پرداخت مهرالمثل به جهت ازاله بکارت در جرایم جنسی نوعی جبران خسارت معنی است و در ازاله بکارت آنچه که بیشتر اهمیت دارد جبران خسارت معنی می‌باشد، زیرا صرف ازاله بکارت نقشی در سلامت جسمانی جنس مؤنث ندارد؛ بنابراین در یک اتفاق غیرعمدی مانند تصادفات رانندگی یا معاینه پزشک هتك حیثیتی از دختر نشده است و پرداخت خسارت معنی از این جهت توجیهی ندارد و در این موارد گواهی پرده بکارت مبنی بر ازاله غیرعمدی صادر می‌شود. بنابراین با این تفسیر بهتر است که در ازاله بکارت غیرعمدی قائل به پرداخت فقط ارشالبکاره برای جبران خسارت بدنی باشیم و ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را ناظر به خصوص اینکه قانون‌گذار در ماده ۲۳۱ قانون با عنف یا اکراه صورت گرفته باشد به خصوص اینکه قانون‌گذار در ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز پرداخت مهرالمثل را به جهت نزدیکی و ارشالبکاره را برای ازاله بکارت در نظر گرفته است، این تفسیر با توجه به زیاد بودن میزان مهریه‌های امروزی با عدالت و انصاف نیز سازگارتر است.

۱-۴. ازاله بکارت در وطی به شبهه

۱۲۶

کسانیکه معتقدند در ازاله بکارت در زنای به عنف یا اکراه ارشالبکاره پرداخت نمی‌گردد و فقط مهرالمثل داده می‌شود به طریق اولی معتقدند در ازاله بکارت از طریق وطی به شبهه فقط مهرالمثل باید پرداخت شود.^۱ اگر قائل به این نظر باشیم که در ازاله بکارت از طریق زنای به عنف یا اکراه ارشالبکاره علاوه بر مهرالمثل پرداخت می‌شود بنابراین در ازاله بکارت از طریق وطی به شبهه نیز باید قائل به همین نظر باشیم، زیرا در هر دو صورت زن زانیه نبوده و ارشالبکاره به جهت ازاله بکارت و مهرالمثل به جهت انتفاع از بعض پرداخت می‌شود زیرا تفاوتی از این لحاظ در عمد یا غیرعمد وجود ندارد. در مواردی هم که دختر، مرد را فریب داده و مرد به تصور اینکه همسرش می‌باشد با دختر نزدیکی نموده و از او ازاله بکارت نماید در این صورت دختر مستحق دریافت هیچ گونه خسارتی نیست. در ماده ۶۳۳ لایحه مجازات اسلامی اشاره شده بود: «در صورتی که ازاله بکارت به سبب وطی به شبهه باشد، مهرالمثل و ارشالبکاره هر دو ثابت می‌شود». این ماده به دلیل ایراد شورای

^۱. حسن بن یوسف بن مظہر علامہ حلی ، تلخیص المرام فی معرفة الاحکام. چاپ اول. قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیہ قم، ۱۴۲۱ق، ص ۳۶۶؛ موسوی اردبیلی، پیشین؛ مظاہری، حسین، استفتاء در خصوص سوالات مطرحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان. به شماره ۱۹۴۵۷، مورخ ۱۳۹۱/۴/۳ و ۱۳۹۱/۶/۱۴؛ طباطبائی الحکیم، پیشین.

نگهبان^۱ در اصلاحیه ۱۳۹۰/۸/۷ حذف گردید ولی در نهایت در بند پ ماده ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به صراحت مقرر گردید: «افضای ناشی از وطی به شببه علاوه بر مهرالمثل و دیه، در صورت ازاله بکارت، موجب ارش البکاره است.».

۱-۵. رضایت به ازاله بکارت

۱-۵-۱. رضایت به ازاله بکارت در موارد مقاربت

الف) در فقه امامیه

در صورتی که زن راضی به زنا باشد مستحق دریافت مهرالمثل نیست و بین فقهای امامیه در این خصوص هیچ گونه اختلافی وجود ندارد.^۲ مبنای فقهی عدم تعلق مهرالمثل برای کسی که راضی به زنا بوده است روایت‌های متعددی است که همگی دلالت بر «لامهرلبعنی»^۳ دارد. در روایت سکونی از امام صادق آمده است: «بهای ناشی از فروش حیوان مرده و سگ و شراب انگور و مهر ناشی از زن فاجره و رشوه در صدور حکم و مزد کاهن حرام و ناروا است»^۴.

مسئله‌ای که در این مبحث مطرح می‌شود این است که فقهای امامیه در خصوص استحقاق ارش البکاره برای زانیه مطاوعه اختلاف دیدگاه دارند. بعضی معتقدند که اگر باکره رضایت به زنا داشت چیزی ثابت نیست^۵ در مقابل بعضی دیگر از فقهاء

^۱. ایراد شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ نسبت به این ماده بدین شرح بود: «اطلاق مهرالمثل در بند الف ماده ۶۶۲ و تبصرة ۲ آن و همچنین در ماده ۶۶۳ منصرف به مهرالمثل مذکور در باب نکاح خلاف نظر مقام رهبری در جواب استفتاء معموله‌ی باشد باید مطابق فتوای معظم له اصلاح شود.»

^۲. اردبیلی، پیشین، ص ۴۱۹؛ سیوری حلی، پیشین، ص ۵۰۷؛ مجلسی، پیشین، ص ۱۳۸؛ محقق حلی، پیشین، ص ۵۱۲؛ الجبیعی العاملی، زین الدین بن علی [شهید ثانی]، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ق، ص ۴۳۷؛ حلی، پیشین، ص ۵۸۴؛ نجفی، محمد حسن [صاحب جواهر]، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۳، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۴ق، ص ۲۶۶؛ خوبی، پیشین، ص ۲۶۴.

^۳. نویسنده‌گان این تحقیق حدیثی به عبارت «لامهرلبعنی» مشاهده ننمودند اما احادیث دیگری وجود دارد که دلالت بر همین معنا دارند مانند روایتی از حضرت رسول(ص) که فرمودند: «نَهَىٰ عَنْ حِصَالٍ تَسْعَهُ عَنْ مَهْرِ الْبَغْنِيِّ...» و همچنین روایتی از امام صادق(ع) که فرمودند: «السُّكْحَ... وَ مَهْرُ الْبَغْنِيِّ...». ن.ک: عاملی، حر، وسائل الشیعه، جلد ۱۷، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق، صص ۹۳ و ۹۷.

^۴. عاملی، حر، وسائل الشیعه، جلد ۱۷، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق، ص ۹۳؛ کلینی، ابو جعفر محمدبن یعقوب، الکافی، جلد پنجم، چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق، ص ۱۲۷؛ مجلسی، محمد باقرین محمد تقی [مجلسی ثانی]، بحار الانوار، جلد ۱۰۰، چاپ اول، بیروت، لبنان، مؤسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰ق، ص ۴۲.

^۵. ابن ادریس، پیشین، ص ۴۴۹؛ فاضل اصفهانی، محمدبن حسن، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق، ص ۴۰۱؛ صافی گلپایگانی، پیشین؛ روح الله موسوی الخمینی، استفتائات، جلد سوم، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق، ص ۸۹.

معتقدند که در این مورد ارش البکاره ساقط نیست^۱ بعضی از فقهاء نیز اسقاط ارش البکاره را محتمل دانسته‌اند.^۲ به نظر می‌رسد از جهت انصاف و عدالت بهتر است بین کسی که راضی به ازاله بکارت بوده و کسی که راضی به ازاله بکارت نبوده تفاوت قائل شویم و زانیه‌ای را که رضایت به ازاله بکارت داده مستحق ارش البکاره ندانیم زیرا اولاً: زانیه در ازاله بکارت علیه خود اقدام کرده است. ثانیاً: از نظر فقهی دریافت خسارت از سوی زانیه در این حالت مصدق اکل مال بالباطل است. در ضمن تفاوتی هم وجود ندارد که رضایت به ازاله بکارت از راه فریب به ازدواج، وعده پول، کار یا هر چیز دیگر باشد. در این موارد شخص زانیه می‌باشد و عمل نامشروع او نباید مورد حمایت قانون قرار بگیرد زیرا در حالتی که عاقل و بالغ بوده و تصویر منفعت و ضرر عمل ارتکابی را نموده، رضایت به زنا و ازاله بکارت داده است.^۳

ب) در قانون

از نظر مبنای قانونی «از مفهوم مخالف ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی نیز استنباط می‌شود که زن در صورت علم به فساد نکاح حقی بر مهرالمثل ندارد و از نظر رعایت اصولی نیز زن در این صورت زانیه است و نزدیکی در چنین شرایطی برای زن حقی ایجاد نمی‌کند»^۴. بنابراین مسلمًا زانیه مستحق مهر المثل نیست اما بحث اصلی این است که در صورت رضایت به ازاله بکارت از طریق زنا آیا زن مستحق ارش البکاره می‌باشد یا خیر؟ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در این مورد حکمی را بیان نکرده بود، اما با توجه به قانون مسئولیت مدنی ارش البکاره و مهرالمثل برای زانیه مطابعه ثابت نیست زیرا مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی جبران زیانی را

^۱. نجفی، محمد حسن [اصحاب جواهر]، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۴ق، ص ۲۷۶؛ فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشیعیه فی شرح تحریر الوسیله، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۱۸ق، ص ۲۰۳؛ برگانی پیشین، ص ۱۸۹.

^۲. اردبیلی، پیشین، ص ۴۱۹؛ بهجت، محمد تقی، استفتات، جلد چهارم، چاپ اول، قم، دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ق، ص ۴۵.

^۳. در جهت تأیید نظر موافق با نگارنده‌گان مقاله و در پاسخ به این سؤوال که اگر زنا با فریب وی مبنی بر وعده قطعی ازدواج و... محقق شود تکلیف ارش البکاره چیست؟ آیات عظام خامنه‌ای، سیستانی، صافی گلپایگانی و موسوی اردبیلی معتقدند که در این صورت زانیه مستحق دریافت چیزی نیست. ن.ک: مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، پرسمان فقهی قضایی^(۳) پاسخ‌های تحقیقی به پرسش‌های کیفری محاکم، جلد دوم، باقری، ابراهیم، ارش البکاره در زنای با تراضی و نحوه محاسبه آن، چاپ دوم، قم، نشر قضا، ۱۳۹۰-۱۴۲۱.

^۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظام حقوق کیونی، چاپ بیست و سوم، ویرایش سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۸، ص ۶۶۳.

می‌توان خواست که ناشی از لطمہ به حقوق مشروع و قانونی باشد.^۱ بنابراین هرگاه شخصی لطمہ به وضع دیگری بزند در حالی که آن وضع از نظر قانون رسمیت ندارد و شناخته شده نیست زیان‌زننده مسئول نمی‌باشد^۲ مانند اینکه دختر دارای اهلیت، خودش بارضایت کامل تن به همخوابگی نامشروع بدهد و در نتیجه از او ازاله بکارت شود در این صورت خودش هم مجرم بوده و نمی‌تواند به خاطر ضرری که به او وارد شده جبران خسارت بخواهد. این تفسیر با مفهوم مخالف ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی نیز همانگ می‌باشد. به علاوه اسقاط ارش‌البکاره از زانیه منافاتی با آمره بودن قواعد حقوق جزا ندارد زیرا در این صورت با رضایت زانیه مجازات حدتی یا تعزیری از وی ساقط نمی‌شود. تبصره یک ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این خصوص اشعار داشته است: «هرگاه ازاله بکارت با مقابله و با رضایت انجام گرفته باشد چیزی ثابت نیست». منظور از عبارت «چیزی ثابت نیست» عدم تعلق ارش‌البکاره و مهرالمثل است، زیرا عدم تعلق مهرالمثل برای کسی که رضایت به ازاله بکارت داشته است از مفهوم مخالف ماده ۶۵۸ جدید کاملاً واضح بوده و نیازی به ذکر مجدد آن در تبصره وجود نداشته است.^۳ این تبصره ملاک دریافت جبران خسارت در موارد مقابله را «عدم رضایت» قرار داده است بدون اینکه تقاوی بین رضایت ناشی از فریب به ازدواج^۴ و عده پول، کار و رضایت بدون اغفال^۵ قرار داده باشد.

^۱. در مخالفت با این نظر بعضی معتقدند: فعل زیان بار اعم از اینکه مشروع یا نامشروع باشد، ضمان آور است ن. ک: باریکلو، مرتضی، مسئولیت مدنی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، ص. ۹۱.

^۲. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی قلمرو مسئولت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر ادبستان، ۱۳۷۹، ص. ۱۰۰.

^۳. ذکر این تبصره در این ماده با توجه به تعیین دایرة شمول این ماده نسبت به موارد غیر نزدیکی دارای اشکال است و لازم بود این تبصره در ماده ۲۳۱ این قانون آورده می‌شد.

^۴. در قوانین جزایی اردن، لبنان، سوریه ازاله بکارت از راه فریب به وعده ازدواج برخلاف حقوق جزای ایران جرم انگاری شده است. ماده ۳۰۴ قانون جزای اردن در این خصوص بیان داشته است: «۱. هرگز دختر بکرهای را که بیش تر از پانزده سال دارد با وعده ازدواج فریب داده و بکارت او را از بین ببرد، جنابه این عمل، مستوجب مجازات شدیدتری نباشد، به حبس از سه ماه تا یک سال محکوم می‌شود و خسارت ازاله بکارت را نیز باید پپردازد...». (قانون العقوبات الاردنی، ۲۰۰۲)، ماده ۵۱۸ قانون جزای لبنان نیز اشعار می‌دارد: «هرگز دختری را به وعده ازدواج فریب دهد و بکارت او را از بین ببرد به حبس تا شش ماه و جزای نقدی تا حداقل دویست هزار لیره، یا یکی از دو مجازات محکوم می‌شود...». (قانون العقوبات اللبناني، ۱۹۴۳). ماده ۵۰۴ قانون جزای سوریه نیز بیان داشته است: «۱. هرگز دختری را به وعده ازدواج فریب دهد و بکارت او را زایل نماید، در صورتیکه این عمل مستوجب مجازات شدیدتری نباشد به حبس تا پنج سال و جزای نقدی تا حداقل سیصد لیره یا به یکی از این دو مجازات محکوم خواهد شد...». (قانون العقوبات السوري، ۱۹۴۹). در حقوق جزای ایران تقاوی بین اینکه رضایت به ازاله بکارت از راه فریب به ازدواج باشد یا نباشد وجود ندارد ولی اگر مرد او فریب

۱-۵-۲. رضایت به ازاله بکارت در موارد غیر مقاربت

الف) در فقه امامیه

سئوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است آیا دختری که رضایت به ازاله بکارت از طریق غیر نزدیکی داده است مستحق دریافت مهرالمثل می‌باشد یا خیر.^۲ بعضی از فقهاء حکم اسقاط مهرالمثل در موارد نزدیکی را مشمول موارد غیر نزدیکی نمی‌دانند و معتقدند که لا مهربغی مربوط به مورد فقط زنا است.^۳ در مقابل بعضی نیز معتقدند که لامر لبغی ناظر به دخول است و در نتیجه در رضایت به ازاله بکارت با انگشت هم مهرالمثل ثابت نیست.^۴ اختلاف نظر فقهاء امامیه در این خصوص ناشی از تفسیر کلمه «بغی» می‌باشد. ظاهراً با توجه به اینکه بغي در لغت به معنای زناکار، پلیدکار و زن فاجره آمده است^۵ تقیید آن به موردي که فقط زنا را در بر بگیرد باشد خالی از اشکال نیست. بنابراین به نظر می‌رسد همانگونه که بعضی از فقهاء معاصر فرموده‌اند رضایت به ازاله بکارت در موارد غیر نزدیکی موجب هیچ گونه ضمان مالی نمی‌باشد^۶ نباید کسی را که راضی به ازاله بکارت از طریق غیر وطی بوده مستحق مهرالمثل دانست. این تفسیر با دلایلی که قبلاً در مورد عدم تعلق ارش‌البکاره به زانیه گفته شده است.

^۱ داده که بکارت او را زایل نمی‌کند، زن مستحق دریافت ارش‌البکاره است زیرا زن نسبت به ازاله بکارت شرط رضایت نداشته است.

^۲ ماده ۹ قانون مسؤولیت مدنی در مقام بیان جبران خسارات مادی و معنوی در موارد منافی عفت بیان می‌دارد: «دختری که در اثر اعمال حیله یا تهدید و یا سوءاستفاده از زیر دست بودن حاضر برای مخواهی نامشروع شده می‌تواند از مرتکب علاوه از زیان مادی مطالبه زیان معنوی هم بنماید». لازم است دایرة شمول «حیله» را در این ماده ناظر به مواردی بدانیم که دختر رضایت به ازاله بکارت ندارد مانند اینکه با وعده ازدواج به دختر قول می‌دهد که بکارت او را زایل نمی‌کند.

^۳ با این فرض که مطلبی با نظر مشهور در ازاله بکارت از طریق غیر مقاربت با اکراه فقط مهرالمثل ثابت است.

^۴ فاضل لنکرانی، شیخ محمد جواد، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحة در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۴۶۱۷۴، مورخ ۱۳۹۱/۴/۳.

^۵ حسینی شیرازی، پیشین.

^۶ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد یازدهم، تهران، چاپخانه مؤسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۳۷، ص ۱۷۷؛ ابن منظور، جمال الدین محمدبن مکرم، لسان العرب، جلد چهاردهم، چاپ سوم، لبنان، بیروت، دار الفکر للطبعه و النشر و التوزيع، ۱۴۱۴ق، ص ۷۷؛ طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، جلد اول، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق، ص ۵۳.

^۷ موسوی اردبیلی، پیشین؛ طباطبایی الحکیم، پیشین؛ مظاہری، حسین، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحة در باب ازاله بکارت توسط نگارنده، به شماره ۱۹۴۵۷، مورخ ۱۳۹۱/۴/۳ و ۱۳۹۱/۶/۱۴.

ب) در قانون

مادهٔ ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در خصوص رضایت به ازالهٔ بکارت در موارد غیر مقارب حکمی را بیان نکرده بود. «از جمله مشکلاتی که در تقنین منابع فقهی رخ می‌دهد این است که گاه قانونی بر اساس حکم فقهی که عام یا مطلق است وضع و نگارش می‌شود اما این حکم فقهی خاص یا مقیدی دارد که مورد غفلت قانون‌گذار قرار گرفته است و در قانون از خاص یا مقید اثری نیست».^۱ به طور مثال قانون‌گذار حکم مادهٔ ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی را از باب دیات اخذ نموده است در حالی که در احادیث مختلفی در باب‌های دیات و نکاح اشاره به «لا مهر لبغی» شده است^۲ و قانون‌گذار بدان توجهی نداشته است به عبارت دیگر در مادهٔ ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی بطور مطلق (با اکراه یا بدون اکراه) برای ازالهٔ بکارت مهرالمثل در نظر گرفته شده بود در حالی که قانون‌گذار از قید «بدون رضایت» غفلت کرده و همین امر سبب شد که عده‌ای به اشتباه تصور کنند که «.....مادهٔ ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مشعر بر آن است که با ازالهٔ بکارت از دختر بدون اینکه لازمهٔ این ازاله اجبار یا اکراه باشد حق مطالبه مهرالمثل وجود دارد....».^۳ بنابراین تسلیم به ظاهر و اطلاق مادهٔ ۴۴۱ مصوب ۱۳۷۰ ساده‌انگاری بود و حکم به پرداخت مهرالمثل در مادهٔ ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی ناظر به مواردی بود که ازالهٔ بکارت بدون رضایت صورت گرفته باشد. در حال حاضر با توجه به مفهوم مخالف مادهٔ ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دیگر جای شک باقی نمی‌ماند که مهرالمثل در این موارد پرداخت نمی‌شود.

نکته‌ای که در پایان این مبحث باید به آن اشاره نمائیم این است که باید توجه نمود دایرهٔ شمول رضایت دختر در چه حدی بوده است و «خود مختاری شخصی تنها در صورتی مورد حمایت قرار می‌گیرد که شخص آزادانه و با آگاهی کامل در مورد اوضاع و احوال، نسبت به اقدام مورد نظر اعلام رضایت کرده باشد».^۴ برای مثال کسی که در هنگام روابط نامشروع غیر از زنا به طور غیرعمدی یا عمدی ازالهٔ بکارت دختری را نماید در حالی که دختر فقط راضی به تقبیل و مضاجعه بوده و راضی به

^۱. حاجی ده آبادی، احمد، بایسته‌های تقنین با نگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی، چاپ اول، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۲۶۳.

^۲. عاملی، حر، وسائل الشیعه، جلد ۱۷، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹، ق، ص ۹۳ و ۹۶.

^۳. معاونت آموزش قوهٔ قضائیه، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری، جلد پنجم، مسعود امامی، ازالهٔ بکارت در اثر معاینات پزشکی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۲۱-۱۱۴.

^۴. کریستوفر کلارکسون، تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه ۱۳۹۰، ص ۱۲۷.

از الله بكارت نبوده است باید جبران خسارت دختر را بنماید زیرا دختر در این حالت فقط به تقبیل و مضاجعه رضایت داده است و به ازاله بكارت رضایت نداده و مرتکب در این فرض در صورتِ وطی می‌باشد ارشالبکاره و مهرالمثل را بپردازد و در حالت غیر وطی در صورتِ عمدی مهرالمثل و در موارد غیرعمدی ارشالبکاره پرداخت گردد.

۱-۶. جبران خسارت از الله بكارت زوجه

قانون‌گذار، برخلاف ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اشاره به قید «غیر همسر» از مواردی که ازاله بكارت توسط زوج انجام می‌شود احتراز نموده است زیرا زوج در این حالت مرتکب فعل «مجاز» شده یعنی «فعلی که فاعل بوسیله آن حق قانونی خود را اعمال نموده است»^۱. بحثی که در اینجا مطرح می‌باشد این است که اگر زوج بروءه بكارت زوجه خود را با عنف یا اکراه ازاله نموده باشد آیا زوج را می‌توان ضامن دانست؟ بعضی از فقهای معاصر در این خصوص معتقدند که ازاله بكارت توسط همسر حتی اگر با عنف یا اکراه هم باشد مانع ندارد^۲ دلیل این دسته از فقهاء این است که مرد به مجرد عقد نکاح مالک بُضع زن می‌باشد و زوج می‌تواند هرگونه استمتاعی را از زوجه خود بنماید، اما بعضی دیگر از فقهاء بیان نموده‌اند: «اگر زوج بكارت زنش را با انگشت ازاله نماید مرتکب کار حرامي شده است و برخی گفته‌اند تعزیر شده و همه مهرالمسمی را زن مالک می‌شود فتأمل»^۳. از ظاهر کلام این دسته از فقهاء می‌توانیم به چند نکته پی ببریم. اولاً هرگونه رفتار جنسی با زن به بهانه مالکیت بُضع زن حلال نیست. ثانیاً اعمال مجازات تعزیری برای زوج نشان‌دهنده این است که ازاله بكارت توسط زوج همراه با اکراه بوده است. بنابراین هرچند که زوج به موجب ازدواج رضایت به رابطه جنسی با شوهر خود داده است ولی این رضایت شامل رضایت به رابطه جنسی با اکراه نیست و در این خصوص هرچند قانون مجازات اسلامی جدید، از ضمان ازاله بكارت همسر احتراز جسته است ولی ضمان مالی و مجازات زوج در این موارد بدون زمینهٔ شرعی نبوده و باید مورد توجه قانون‌گذار قرار بگیرد.

^۱. امامی، حسن ، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات اسلامیه، بی‌تل، ص. ۳۹۹.

^۲. صافی گلپایگانی، پیشین؛ پیری، پیشین، الروحانی، محمد صادق، استفتاء در خصوص سوالات مطروحه در باب ازاله بكارت توسط نگارنده، به شماره ۷۷۵/۶۰ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱ و ۱۳۹۱/۶/۱۲ و ۱۳۹۱/۶/۱۵.

^۳. فاضل اصفهانی، محمدبن حسن، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام، جلد دهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۴۰۱، ق، ۱۴۱۶؛ نجفی محمد حسن [صاحب جواهر]، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۱، چاپ هفتم، بيروت، دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۴، ق، ص. ۳۷۱.

۲. میزان جبران خسارات ازاله بکارت در حقوق کیفری ایران

۲-۱. میزان مهرالمثل

در خصوص این مسئله که آیا مهرالمثلی که به جهت جبران خسارت ازاله بکارت پرداخت می‌شود می‌تواند از دیه کامل زن تجاوز نماید، قوانین جزایی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ حکمی را بیان نکرده‌اند و ظاهراً در این خصوص منع وجود ندارد اما فقهای امامیه در خصوص این مسئله اختلاف نظر دارند. بعضی از فقهای معاصر امامیه معتقد‌ند که مهرالمثل نمی‌تواند از دیه کامل زن تجاوز نماید.^۱ در مقابل بعضی دیگر معتقد‌ند تجاوز مهرالمثل از دیه کامل زن مانع ندارد.^۲ دلیل کسانی که معتقد‌ند مهرالمثل نباید از دیه کامل زن تجاوز نماید این است که مطابق با یکی از قواعد حاکم بر دیات دیه هیچ عضوی نباید از دیه کامل تجاوز نماید، بنابراین با توجه به اینکه مهرالمثل دیه پرده بکارت است نمی‌تواند از دیه کامل زن تجاوز نماید. در مقابل دلیل کسانی که معتقد‌ند مهرالمثل می‌تواند از دیه کامل زن تجاوز نماید، دیه نبودن مهرالمثل است. به نظر می‌رسد در این مورد باید میان ازاله بکارت از طریق زنای با اکراه و ازاله بکارت از طریق غیر مقابله باشد و تفکیک شویم زیرا مهرالمثلی که در زنای با اکراه پرداخت می‌شود به دلیل انتفاع از بضع می‌باشد و دیه نیست و احکام دیات را ندارد^۳ و در بعضی از موارد منطبق با جبران خسارت معنوی است زیرا اگر دیه پرده بکارت را در این مورد مهرالمثل فرض کنیم امکان اخذ ارش البکاره و مهرالمثل برای ازاله بکارت از طریق زنای به عنف وجود ندارد زیرا

^۱. مظاہری، حسین، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۱۹۴۵۷، مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۴ و ۱۳۹۱/۴/۳؛ حسینی شاهرودی، پیشین؛ الروحانی، محمد صادق، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۶۰۷۷۵ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱ و ۱۳۹۱/۶/۱۵ و ۱۳۹۱/۶/۱۲.

^۲. پیشی؛ شبیری زنجانی، سید موسی، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارنده از معظم له، مورخ ۱۳۹۱/۴/۹.

^۳. حضرت امام (ره) در پاسخ به این سوال که «در صورتیکه صغیری از صغیره‌ای به عنف ازاله بکارت (به زنا) نموده باشد پرداخت مهرالمثل به عهده خود صغیر است یا عاقله وی باید پرداخت نماید؟ فرموده‌اند: مهرالمثل بر عهده شخص صغیر است که باید از مال او پرداخت شود یا بعد از بلوغ خودش پردازد ولی علاوه بر مهرالمثل ارش البکاره نیز به احتیاط واجب ثابت است که در مورد سوال از جهت مکلف نبودن جانی باید عاقله او پردازد» ن.ک: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ویژه نامه قوانین و مقررات ضمیمه نشریه پیام آموزش، شماره ۱۸، چاپ اول، قم، نشر قضا، ۹۱، ص ۹۱. همانطور که ملاحظه شد حضرت امام نیز معتقد‌ند مهرالمثل در زنای به عنف دیه نیست و احکام دیه را ندارد. زیرا مهرالمثل از مال صغیر پرداخت می‌شود برخلاف ارش (دیه غیر مقدر) که عاقله پرداخت می‌کند.

امکان جمع بین دیه و ارش برای یک عضو وجود ندارد. بنابراین در این مورد مهرالمثل می‌تواند از دیه کامل زن تجاوز نماید اما مهرالمثلی که در ازاله بکارت از طریق غیر مقاربت پرداخت می‌شود نمی‌تواند از دیه کامل زن تجاوز نماید زیرا هرچند که ماهیت و احکام مهرالمثل و دیه کاملاً متفاوت است ولی بنابر حکمی خاص قانون گذار به تبعیت از فقه امامیه مهرالمثل را جایگزینی برای دیه پرده بکارت در این مورد خاص قرار داده است.^۱ مانند از بین بدن موی زن که اگر بروید موجب پرداخت مهرالمثل است.^۲ همچنین با وحدت ملاک از تبصره ماده ۳۶۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و تبصره ماده ۵۷۷ ق.م. ۱۳۹۲ هم بی می‌بریم که مهرالمثل نباید در این مورد از دیه کامل زن تجاوز نماید. در این تبصره اشاره شده است که «اگر مهرالمثل بیش از دیه کامل زن باشد فقط به مقدار دیه کامل زن پرداخت می‌شود».

۲-۲. میزان ارش البکاره

بعضی از فقهای امامیه برای محاسبه ارش البکاره از شیوه عبدانگاری استفاده نموده - اند به این نحو که دوشیزه را امه فرض نموده و او را در دو حالت باکره و غیرباکره قیمت گذاری کرده و مابه تفاوت آن ارش البکاره خواهد بود.^۳ بعضی نیز معتقدند که ارش البکاره به میزان مهرالمثل است.^۴ ظاهراً نظر این دسته از افراد این است که مراد از ارش البکاره همان مهرالمثل است.^۵ اگر بپذیریم آنچه را که امام در روایات و قانون گذار از مهرالمثل بیان نموده‌اند میزان ارش البکاره بوده است، این نظر صحیح است اما امام (ع) در روایاتی که پیش‌تر گفتیم و قانون گذار در مواد ۴۴۱ و ۶۵۸ قوانین جزایی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ در مقام بیان حکم بوده‌اند، نه میزان حکم. بنابراین به

^۱. «ولوطئ زوجته فساحت بکرا فحملت البکر فالولد و تخدان و يلزمها أى الموطوءه ضمان مهر المثل للبکر لأنها سبب في إذهب عذرتها، و ديتها مهر نسائتها...». ن.ک: الجبي العاملي، زين الدين بن على [شهيد ثاني]. الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه، جلد نهم، چاپ اول، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۶۱.

^۲. در این مورد نگاه کنید به روایت ابن سنان از امام صادق (ع) که در بخش ازاله بکارت غیر عمدی اشاره شد و مبنای ماده ۵۵۷ ق.م. است.

^۳. نجفي، محمد حسن [صاحب جواهر]، جواهرالکلام في شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۳، چاپ هفتم، بيروت، دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۴ ق، ص ۲۷۶؛ اردبیلی، پیشین، ص ۴۱۷؛ فاضل اصفهانی، محمدمبن حسن، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۰۱.

^۴. قدوسی، ارش و دیگران، ارش البکاره از دیدگاه فقهی، حقوقی و پژوهشی، فصلنامه آراء، سال ششم، شماره ۱۸ و ۱۹، ۱۳۸۷، ص ۷۴.

^۵. در این مورد نگاه کنید به رأی مورخ: ۱۳۷۲/۱۲/۲۵، شماره دادنامه: ۱۱/۸۵۹، کلاسه پرونده: ۴۱۶۸/۲۴/۱۱، شعبه یازدهم دیوان عالی کشور.

دلیل عدم نص و دلیل در این مورد جای تأمل است که میزان ارش‌البکاره را مهرالمثل قرار دهیم. مقام محاسبه‌کننده ارش‌البکاره مطابق با ماده ۴۴۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ «دادگاه» است. در ضمن عامل زوال بکارت در میزان ارش‌البکاره مؤثر است مثل اینکه از الله بکارت در اثر نزدیکی بوده یا تصادف و میزان ارش‌البکاره در مواردی که با دخول و با اکراه یا عنف صورت گرفته بیشتر از موردی است که در اثر یک جنایت غیرعمدی مثل تصادف رانندگی باشد. در این خصوص ماده ۴۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان نموده است که «...دادگاه با لحاظ نوع و کیفیت جنایت...» میزان ارش را تعیین می‌نماید. نحوه محاسبه ارش‌البکاره نیز مستند به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی به این صورت است که «...با در نظر گرفتن دیه مقدار و جلب نظر کارشناس...» تعیین می‌گردد. بنابراین میزان ارش‌البکاره، اولاً نباید از میزان دیه کامل زن تجاوز نماید و ثانیاً نباید بر مبنای مهرالمثل محاسبه گردد.

نتیجه

نهایتاً با تحلیل نظرات فقهای مقدم و متاخر امامیه و با مطالعه سیر تحولات قوانین جزایی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ به این نتیجه رسیده‌ایم که پرده بکارت در قانون مجازات اسلامی ایران به عنوان یک «عضو» محسوب شده است و برای آن در قانون و شرع دیه غیرمقدار (ارش‌البکاره در موارد نزدیکی و مهرالمثل در موارد غیر نزدیکی) پیش‌بینی گردیده است. جرم موضوع مواد ۶۳۱، ۶۵۸ و ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ جرمی مقید به نتیجه یعنی حداقل صدمه وارد به صورت سائیدگی (از الله بکارت) است. در ازاله بکارت از طریق زنای به اکراه یا وطی به شببه در اینکه فقط مهرالمثل ثابت می‌شود یا علاوه بر مهرالمثل، ارش‌البکاره نیز پرداخت می‌شود میان فقهای امامیه اختلاف نظر است. با بررسی نظرات مختلف پی می‌بریم قول به پرداخت ارش‌البکاره همراه با مهرالمثل قوی‌تر می‌باشد و ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز از این نظریه پیروی نموده است. بنابر نظر مشهور فقهای امامیه حکم ازاله بکارت در موارد غیر نزدیکی، مهرالمثل می‌باشد و نظر غیرمشهوری نیز در این خصوص مبنی بر پرداخت ارش‌البکاره وجود دارد که این نظر موجه‌تر است. ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به تبعیت از نظر مشهور در این مورد قائل به پرداخت مهرالمثل شده‌اند.

مشهور فقهای امامیه حکم ازاله بکارت در باب دیات را مهرالمثل بیان نموده‌اند بنابراین حکم ازاله بکارت غیرعمدی مهرالمثل است ولی در مقابل عده‌ای از فقهای معاصر ازاله بکارت غیرعمدی را در موارد غیر مقاربت موجب ثبوت ارش‌البکاره دانسته‌اند که این قول موجه‌تر می‌باشد زیرا روایاتی که در این مورد برای پرداخت مهرالمثل وجود دارند ناظر به موارد عمدى و اکراه می‌باشند. مطابق با ماده ۴۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ حکم ازاله بکارت در موارد غیرعمدی مهرالمثل است و در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به دلیل اینکه ماده ۶۵۸ این قانون منصرف از موارد غیرعمدی است، حکم ازاله بکارت غیرعمدی ارش‌البکاره است. به علاوه در صورتی که زن راضی به زنا باشد مستحق دریافت مهرالمثل نیست و بین فقهای امامیه در این خصوص هیچ گونه اختلافی وجود ندارد. اما فقهای امامیه در خصوص استحقاق ارش‌البکاره برای زانیه مطاوعه اختلاف دارند که از مجموع نظرات بیان شده می‌توان گفت که زانیه مستحق ارش‌البکاره نیست و در ضمن تفاوتی هم وجود ندارد که رضایت به ازاله بکارت از راه فریب به ازدواج، وعده پول، کار یا هر چیز دیگری باشد. همچنین با توجه به اینکه دامنه شمول قاعدة فقهی «لامهر لبغی» محدود به زنا

نمیباشد، رضایت به ازالة بكارت در موارد غیر نزدیکی نیز موجب هیچ گونه ضمان مالی نیست. میزان مهرالمثل در موارد مقاربت ممکن است از دیه کامل زن تجاوز نماید زیرا در این مورد مهرالمثل به جهت انتفاع از بضع است، اما مهرالمثلی که در ازالة بكارت از طریق غیر مقاربت پرداخت میشود نمیتواند از دیه کامل زن تجاوز نماید زیرا در این مورد خاص مهرالمثل دیه غیر مقدر پرده بكارت است و میزان ارشالبکاره نیز در هر حال کمتر از دیه کامل زن میباشد. با توجه به آنچه که به تفصیل گذشت پیشنهاد میگردد که قانون گذار تعريفی کامل و دقیق از ازالة بكارت ارائه نماید و در ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ عبارت «...در صورتی که از زن ازالة بكارت شود...» را جایگزین عبارت «...در صورتیکه زن باکره باشد...» نماید تا این شباهه به وجود نیاید که پرداخت ارشالبکاره و مهرالمثل برای زن باکره میباشد؛ به علاوه لازم است برای جلوگیری از تضییع حقوق بزهديدگان جرایم جنسی و تشتبه آراء قضایی و پراکندگی قوانین جزایی ماده ۷ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیتهای غیر مجاز مینمایند نسخ گردد. ضمناً قانون گذار حکم ازالة بكارت غیرعمدی را بدون هیچ گونه ابهامی ارشالبکاره قرار دهد و میزان مهرالمثل را در موارد مقاربت و غیر مقاربت به صراحت معین نماید و مشخص گردد که در این موارد مهرالمثل باکره پرداخت میشود یا ثبیه. از این گذشته با توجه به اینکه ضمان مالی و مجازات ازالة بكارت زوجه توسط زوج در صورتی که به اکراه باشد بدون مبنای شرعی نبوده، لازم است این مسئله مورد توجه قانون گذار قرار بگیرد و نهایتاً در خصوص پرداخت ارشالبکاره و مهرالمثل به دختر نابالغ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قیودی متفاوت و متنقض را در صور مختلف ازالة بكارت بکار برد است که پیشنهاد میگردد در یک ماده، صرف ازالة بكارت نسبت به دختر نابالغ و همچنین مجنون در تمام موارد اغفال، فریب، اکراه و حتی رضایت موجب ضمان (ارشالبکاره و یا مهرالمثل) باشد.

فهرست منابع

الف - فارسی

- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات اسلامیه، بی‌تا.
- باریکلو، مرتضی، مسئولیت مدنی، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- بازگیر، یدالله، قصاص عضو و دیه اعضاء، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۶.
- برغانی محمد تقی بن محمد [شهید ثالث]، دیات، چاپ اول، قزوین، انتشارات حدیث امروز، ۱۳۸۲.
- بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، جلد پنجم، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۶ ق.
- بهجت، محمد تقی، استفتائات، جلد چهارم، چاپ اول، قم، ۱۴۲۸ ق.
- پولادی، ابراهیم، مهربه و تعديل آن (محاسبه مهربه به نرخ روز)، چاپ دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۸.
- حاجی ده آبادی احمد، بایسته های تقنین با نگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی چاپ اول، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳.
- حجتی، مهدی، قانون مجازات در نظم حقوق کنونی، چاپ اول، تهران، دادستان، ۱۳۸۹.
- حسینی شاهروdi سید محمد، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۲ به شماره ۹۱۱۴۰۴ و ۱۳۹۱/۶/۱۸ به شماره ۹۱۲۱۰۷.
- حسینی شیرازی، سید صادق، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۳.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- خراسانی، علی محمد، شرح تبصره المتعلمين، جلد دوم، قم، بی‌تا.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد یازدهم، تهران، چاپخانه مؤسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۳۷.
- الروحانی، محمد صادق، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۶۰۷۷۵، مورخ ۱۳۹۱/۴/۱ و ۱۳۹۱/۶/۱۲ و ۱۳۹۱/۶/۱۵.

- زرخ، احسان، «نگرشی نو در جایگاه ارش‌البکاره در فقه و حقوق موضوعه»، ماهنامه دادرسی، شماره ۷۲: ۴۳-۴۶، ۱۳۸۷.
- شبیری زنجانی، سیدموسى، تقریرات درس کتاب نکاح، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه پژوهشی رأی برداز، ۱۴۱۹ق.
- شبیری زنجانی، سید موسى، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان از معظم له، مورخ ۱۳۹۱/۴/۹.
- شکری، رضا و سیروس، قادر، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مهاجر، ۱۳۸۵.
- شهری، غلامرضا و دیگران، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات کیفری، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۶.
- صافی گلپایگانی، شیخ لطف الله، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان به شماره ۱۳۰/۴/۹۱، مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۱.
- صفائی، سید حسن و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- صناعی زاده، حسین، پزشکی قانونی، چاپ دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۷.
- طباطبایی الحکیم، سید محمدسعید، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۲.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، الغایه القصوى فى ترجمة العروه الوثقى، ترجمة شیخ عباس قمى، جلد دوم، چاپ اول، قم، منشورات صبح پیروزی، ۱۴۲۳ق.
- طوسی، محمدبن حسن، ترجمة النهایه فى مجرد الفقه و الفتاوی، ترجمة سید محمد باقر سبزواری، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۲.
- فاضل لنکرانی، شیخ محمد جواد، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۴۶۱۷۴، مورخ ۱۳۹۱/۴/۳.
- قدوسی، آرش و دیگران، «ارش‌البکاره از دیدگاه فقهی، حقوقی و پزشکی»، فصلنامه آراء، سال ششم، شماره ۱۸ و ۱۹: ۸۰-۶۸، ۱۳۸۷.
- قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، جلد ۱، چاپ ششم، تهران، دارالكتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ق.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ بیست و سوم، ویرایش سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۸.

- کلارکسون، کریستوفر، تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۰.
- گرجی، ابوالقاسم، دیات، چاپ اوّل، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- گودرزی، فرامرز و کیانی، مهرزاد، پژوهشی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
- مجلسی محمد باقر بن محمد تقی [مجلسی ثانی]، بحار الانوار، جلد ۱۰۰، چاپ اول، بیروت، لبنان: مؤسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰ق.
- ———، حدود و قصاص و دیات، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، بی تا.
- مجلسی محمد تقی [مجلسی اول]، یک دوره فقه کامل فارسی، چاپ اول، تهران، مؤسسه و انتشارات فراهانی، ۱۴۰۰ق.
- محسنی، مرتضی و کلانتریان، مرتضی، مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری در زمینه مسائل کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۸۹.
- محقق کابلی، قربانعلی، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۴.
- مرعشی، سید محمد حسن، دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۶.
- مظاہری، حسین، تقریرات درس خارج از فقه کتاب دیات، اصفهان، مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهرا، ۱۳۸۷.
- مظاہری، حسین، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارنده، به شماره ۱۹۴۵۷، مورخ ۱۳۹۱/۴/۳ و ۱۳۹۱/۶/۱۴.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ویژه نامه قوانین و مقررات ضمیمه نشریه پیام آموزش، شماره ۱۸، چاپ اول، قم، نشر قضا، ۱۳۸۹.
- مکارم شیرازی ، ناصر، استفتایات جدید، جلد دوم و سوم، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
- مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضاء، پرسمان فقهی قضائی(۳) پاسخهای تحقیقی به پرسش‌های کیفری محکم، جلد دوم، ۱۳۹۰.
- موسوی اردبیلی سید عبدالکریم، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازاله بکارت توسط نگارندگان، به شماره ۰۰۰۶۳۹۷، مورخ ۱۳۹۱/۶/۳.

- موسوی الخمینی، روح الله، استفتائات، جلد سوم، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ق.
- نوری همدانی حسین، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازله بكارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۵/۲۳.
- یشربی، آقا میر سید محمد، استفتاء در خصوص سؤالات مطروحه در باب ازله بكارت توسط نگارندگان، مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۴.
- یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی قلمرو مسئولت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر ادبستان، ۱۳۷۹.

ب - عربی

- ابن ادریس، محمدين منصوربن احمد، السرائر الحاوي التحریر الفتاوى، جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن منظور، جمال الدین محمدين مکرم، لسان العرب، جلد چهاردهم، چاپ سوم، لبنان، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
- اردبیلی، احمدبن محمد، مجمع الفائد و البرهان فى شرح ارشاد الاذهان، جلد چهاردهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.
- اعراج، سید عمیدالدین عبدالالمطلب بن محمد [اعراج حسینی]، کنز الفوائد فى حل مشکلات القواعد، جلد سوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.
- تبریزی، میرزا جواد بن علی، تنقیح المبانی الاحکام (كتاب الديات) ، چاپ اول، قم، دارالصدیقه الشهیده سلام الله عليها، ۱۴۲۸ ق.
- الجبیع العاملی، زین الدین بن علی [شهید ثانی]، الروضه البھیه فى شرح اللمعه الدمشقیه، جلد دهم، چاپ اول، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- الجبیع العاملی، زین الدین بن علی [شهید ثانی]، مسالک الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- حلی اسدی، جمال الدین احمدبن شمس الدین محمدين فهد [ابن فهد حلی]، المهدب البارع فى شرح المختصر النافع، جلد پنجم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.

- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، ارشاد الذهان الى احكام الايمان، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعة مدرسین حوزة علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تبصره المتعلمين فى احکام الدين، چاپ اول، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ وارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشیعه فى احکام الشیعه، جلد ۹، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعة مدرسین حوزة علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشیعه على مذهب الامامیه، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۰ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تلخیص المرام فى معرفه الاحکام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزة علمیه قم، ۱۴۲۱ ق.
- حلی، شمس الدین محمدبن شجاع القطّان، معالم الدین فى فقه آل یاسین، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۴ ق.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فى شرح مختصر النافع، جلد ششم، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المناهج، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۲ ق.
- روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، جلد ۲۶، قم، دارالكتاب، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۲ ق.
- زهدی حلی، نجم الدین جعفر، ایضاح ترددات الشرایع، جلد دوم، چاپ دوم، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۲۸ ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، مذهب الاحکام، جلد ۲۹، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیت الله سبزواری، ۱۴۱۳ ق.
- سیوری حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله [فاضل مقداد]، التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، جلد چهارم، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، غایه المرام فى شرح شرایع الاسلام، جلد چهارم، چاپ اول، بیروت، داراللهادی، ۱۴۲۰ ق.

- طباطبائی حائری، سید علی بن محمد، الشرح الصغير فی شرح مختصر النافع، جلد سوم، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ق.
- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، جلد اول، چهارم و پنجم، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- طوسی ، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه ،جلد هفتم ، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
- طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، جلد دهم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- عاملی، حر، وسائل الشیعه، جلد ۱۷ و ۲۰ و ۲۱ و ۲۸ و ۲۹، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۰، لبنان: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- فاضل اصفهانی، محمدبن حسن، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، جلد دهم و یازدهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارت اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.
- فاضل لنکرانی، محمد ، جامع المسائل ، جلد دوم، چاپ یازدهم، قم، انتشارات امیر قلم، بی تا.
- _____ ، تفصیل الشیعه فی شرح تحریر الوسیله، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف بن مطهر حلی، ایضاح الفوائد فی شرح المشکلات القواعد، جلد چهارم، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
- فرطوسی ، حسین، التوضیح النافع فی شرح تردّدات صاحب الشرایع، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارت اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.
- فیاض، محمد اسحاق، رساله توضیح المسائل، چاپ اول، قم، انتشارات مجلسی، ۱۴۲۶ق.
- کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمد رضا، سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات، جلد چهارم، چاپ اول، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق.
- کلینی، ابو جعفر محمدبن یعقوب، الکافی، جلد پنجم و هفتم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، جلد چهارم، چاپ دوم، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹ق.

- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد دوم، الطبعه الثامنه، تهران، انتشارات استقلال، ۱۳۸۸.
- مفید، محمدبن نگمان، المقنعه، چاپ اول، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
- مکی العاملی، شیخ ابی عبدالله شمس الدین محمدبن جمال الدین [شهید اول]، اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، چاپ اول، بیروت: دار التراث، دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
- موسوی الخمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه المطبوعات دارالعلم، بی تا.
- مومن قمی، محمد، مبانی تحریر الوسیله (كتاب الحدود)، چاپ اول، تهران، مؤسسنه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۲ق.
- نجفی، محمد حسن [صاحب جواهر]، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۱ و ۴۳، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۴ق.
- وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، جلد سوم، چاپ پنجم، قم، مدرسة امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ق.

۱۴۴

راهکارها و ضمانت اجراهای حقوق بینالملل
بشرط دوستانه با تأکید بر ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های
ژنو ۱۹۴۹

* سیدطه موسوی میرکلازی*

چکیده

در نتیجه آلام و فجایع ناشی از دو جنگ سترگ در سده اخیر بود که جامعه بینالمللی دریافت که «در جنگ حقوق ساکت است» و بر آن شد که در کنار تدوین، به تضمین هم بیاندیشند. درست به همین دلیل است که می‌توان ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و تکرار مضمون آن در پروتکل اول ۱۹۷۷ را برآیند فرایندی تکاملی دانست که به اجرای مقررات کنوانسیون بسنده نکرده و تضمین اجرای آن را هم مدنظر قرار می‌دهد. می‌توان همه راهکارها و ضمانت اجراهای حقوق بینالملل بشرط دوستانه بعد از آن را نیز دورانی حول محور ماده مذبور پنداشت. نقش این مقرره در ارتقای راهکارها و ضمانت اجراهای مورد بحث، تا آنجاست که گویی روحی تازه در کالبد حمایت از حقوق بینالملل بشرط دوستانه دمیده است. مقاله حاضر در بی آن است که این نقش ارزنده را ارزیابی کند، هر چند که ابهامات ناشی از ماده مذبور را نیز از نظر دور نمی‌دارد.

واژگان کلیدی: حقوق بینالملل بشرط دوستانه، اجرای قواعد، تضمین اجرای قواعد، راهکارهای تضمین، ضمانت اجراهای ماده ۱ مشترک.

مقدمه

تضمين قواعد در هر نظام حقوقی، جايگاهی منحصر به فرد دارد و در نحوه اجرای آن قواعد، ايفای نقش می نماید. در حقوق بین الملل اصل بر ضمانت اجرای مدنی است تا كيفرى. در اين ميانه، حقوق بین الملل بشرطه شردوستانه دارای اين ويژگى است که در اين شاخه از حقوق بین الملل، نقض اكثراً قواعد، جرم بین المللی به شمار می رود. اما به سبب ماهیت ويژه اين قواعد، مقابله با موارد نقض، لزوماً به صورت مجازات نیست.

در اين راستا باید راهکار (Implementation) و ضمانت اجرا (Enforcement) از هم تفکيك شود. وفق تعريف دانشنامه حقوق بین الملل عمومي، «ضمانت اجرا به معنای واکنش‌های مختلف شناخته شده در حقوق مخاصمات مسلحانه در شرایطی است که این حقوق رعایت نشده و نقضی صورت گرفته باشد؛ درحالی که راهکار به معنای ابزارها و جريان‌های شناخته شده حقوقی است که به منظور نظارت و تضمين رعایت آن حقوق طراحی می شود. طرح بحث ضمانت اجرای حقوق مزبور بدان معناست که چنین ابزارهایی با شکست مواجه شده است».^۱

بديهی است که راهکارها و ضمانت اجراهای هر دو تضمين قواعد بشرطه را وجهه همت خويش ساخته‌اند و علاوه بر اينکه اهداف آن‌ها مشترك است، خاستگاه‌شان را نيز نمي‌توان دوگانه پنداشت. مسئله اساسی در پژوهش حاضر، يافتن همین خاستگاه و مبنای مشترك برای راهکارها و ضمانت اجراهای و نيز برقراری رابطه منطقی ميان راهکار و ضمانت اجرا به سبب وحدت در منشأ است.

وجود خاستگاه مشترك به تعهد مشترك می‌انجامد، بدین معنا که تعهد به تضمين قواعد بشرطه بین المللی چه در شكل راهکار و چه در قالب ضمانت اجرا، اشخاصی حقيقي يا حقوقی را متعهد می‌نماید که در صورت عدم ايفای تعهد، مسئول نقض آن قلمداد می‌شوند. در اين راستا، يافتن پاسخ به اين سؤال نيز ضروري است که متعهدان مورد بحث که جدائی از تابعان سنتی و نوين حقوق بین الملل عمومي نيسند، وفق تصریح قواعد بشرطه کدام‌اند؟ اگرچه دول در حقوق بین الملل بشرطه نيز همچون ديگر شاخه‌های حقوق بین الملل، نقضی بی‌بدیل دارند، لكن آيا حقوق بین الملل بشرطه در راستای تضمين قواعد خود، برای افراد و سازمان‌های بین المللی دولتی و غيردولتی، مسئولیتی قائل نیست؟

۱۴۶

۱. Draper, G.I.A.D., War, Laws of Enforcement, Encyclopedia of Public International Law, Vol. 4, North-Holland Publishing Company, 1982, pp. 323-326.

^۱. Draper, G.I.A.D., War, Laws of Enforcement, Encyclopedia of Public International Law, Vol. 4, North-Holland Publishing Company, 1982, pp. 323-326.

پژوهش حاضر به دنبال اثبات این مدعاست که با استنتاج از متن قواعد بشردوستانه بین‌المللی، تضمین قواعد مزبور به واسطه راهکارها و ضمانت اجراهای آن به عمل می‌آید و این امر، تمهداتی را بر دول، افراد، سازمان‌های بین‌المللی دولتی و غیردولتی و حتی محاکم بین‌المللی کیفری بار می‌نماید که قصور در ایفای این تعهدات، موجبات مسئولیت بین‌المللی آن‌ها را فراهم می‌سازد.

با عنایت به این مهم، مباحثت با توجه به این تفکیک، مطرح و راهکارها و ضمانت اجراهای در مباحثتی جداگانه بررسی می‌شود. لکن پیش از آن ضروری است نگاهی به مبنای تضمین اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه بشود. بررسی ماهیت قواعد بشردوستانه نیز در ضمن بحث از مبنای ضمانت اجرا ضروری می‌نماید.

۱. مبنای تضمین اجرای قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه

به‌زعم کمیته بین‌المللی صلیب سرخ (ICRC) قاعده‌ای عرفی از رویه دولتها قابل استنباط است که هم در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و هم در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی مجرأ بوده و بهموجب آن، «هر طرف مخاصمه باید حقوق بین‌الملل بشردوستانه را توسط نیروهای نظامی و سایر اشخاص و گروههایی که تحت امر یا فرماندهی یا ناظرات آن هستند اجرا نموده و اجرای آن را تضمین نماید».^۱ شایان ذکر است که دیدگاه ICRC در آرایی از دیوان بین‌المللی دادگستری نیز تجلی یافته است.^۲

می‌توان تعهد دولتها را به اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه، بخشی از تعهد کلی آن‌ها به اجرای حقوق بین‌الملل قلمداد نمود. این تعهد عرفی بهموجب ماده ۲۵ کنوانسیون ژنو ۱۹۲۹ در مورد حمایت از مجروحان و بیماران، ماده ۸۲ کنوانسیون ژنو ۱۹۲۹ در خصوص رفتار با زندانیان جنگی و ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ تدوین شده است.

هدف از تضمین حقوق بین‌الملل بشردوستانه آن است که این رشتہ از قواعد در خلال ستیزها و تقابل‌های برادرکشانه که گاه جنبه‌هایی بسیار خشن و تأسف‌بار پیدا می‌کند قابلیت اعمال یابد.^۳

^۱. هنکرتز، زان ماری و دوسوالدبك، لوئیس، حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی (جلد اول: قواعد)، ترجمه: دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۷، ص ۶۷۳.

^۲. در ادامه ضمن مبحثی مستقل به این آرا پرداخته می‌شود.

^۳. Sepulveda, Cesar, Interrelationships in the Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law and Human Rights Law, *The American University Law Review*, Vol. 33, 1983, p. 118.

۱- تدوین ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه

در این میان ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ دارای این ویژگی است که برای نخستین بار در تاریخ حقوق بین الملل، معاهده‌ای علاوه‌بر تعهد به اجراء، تعهد به تضمین اجرا را هم در بر می‌گیرد. بهموجب این ماده :

«طرفین معظم متعاهد متعهد می‌شوند که کنوانسیون حاضر را در هر شرایطی اجرا نموده و اجرای آن را تضمین نمایند».^۱

تعهد مذبور مبنی بر اجرا و تضمین اجرا در بند ۱ ماده ۱ پروتکل الحقی اول به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ مصوب ۱۹۷۷ نیز عیناً تکرار شده است.^۲ این تعهد را باید تعهدی دووجهی تلقی کرد چرا که دول را فرامی‌خواند تا هم کنوانسیون را اجرا کنند و هم اجرای آن را تضمین نمایند.

عبارات به کاررفته در متن ماده ۱ مشترک نکاتی را به ذهن متبار می‌سازد که ذکر آن خالی از فایده نیست. نخست آنکه جهت تأکید بر تعهد موردنظر به جای استعمال واژه‌هایی چون «Shall» و «Ought to» از «Undertake» استفاده شده که بیانگر شدت الزام ناشی از تعهد بوده و اجراء بیشتری برای دول به همراه دارد. دوم آن که تعبیر «Ensure respect» یا تضمین اجرا را می‌توان واجد دو جنبه مجرزا تلقی نمود که یکی به اجرا و تضمین اجرای قواعد بشردوستانه بین المللی از طریق مقررات داخلی هر دولتی نظر دارد و دیگری الزام دول ناقض این قواعد به رعایت و اجرای تعهداتش را به عنوان تعهدی برای سایر دول تداعی می‌نماید. سوم آن که قید «in all circumstances» مانع از استناد به رویداد، شرایط یا وضعیتی ویژه با

۱۴۸

۱: شماره ۵۰ پایانی
۲: ترتیبی از اسناد

^۱. ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۲ اوت ۱۹۴۹ مقرر می‌دارد:

“The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances”.

^۲. ترجمه رسمی مبتنی بر مسامحه از ماده ۱ مشترک به زبان فارسی اشاره می‌دارد که «دولتهای معظمه متعاهد تقبل می‌نمایند که این قرارداد را در هر مورد اجرا نموده و به موقع اجرا گذارند». ترجمه مذبور با سهل-انگاری از عنايت به بار حقوقی برخی واژه‌های این ماده بسی بی‌راهه رفته و در این ترجمه تعهد به تضمین حقوق بین الملل بشردوستانه به سکوت برگزار شده است. نخستین اشکالی که در این ترجمه مشهود است عبارت «تقبل می‌نمایند» است که در مقابل واژه «Undertake» به کار گرفته شده. حال آنکه ترجمه حقوقی این واژه «متعهد می‌شوند» است. دیگر آنکه «in all circumstances» را به «در هر مورد» ترجمه نموده که معنای صحیح آن «در هر شرایطی» بوده و منظور از آن، اجرای این قواعد تعطیل ناپذیر در تمام وضعیت‌های ممکن-الواقع است. مهم ترین اشکال آن که عبارت «Ensure respect» را «به موقع اجرا گذارند» تعبیر نموده که معادل صحیح آن، «اجرای آن را تضمین نمایند» است و در نتیجه این خطله، نظام حقوقی ایران از تعهد تضمین اجرا محروم مانده است.

هنگامه صابری، ضمانت اجرا در حقوق بشردوستانه، چاپ اول، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، ۱۳۷۸، صص ۱۴-۱۳.

هدف اجتناب از اجرای قواعد مورد بحث بوده و لذا اقدامات متقابل یا اعمال تلافی - جویانه در جریان اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه، جایگاهی ندارد.^۱ همچنین از این عبارت مستفاد می‌شود که اساساً محدودیتی در زمان و مکان اجرای این کنوانسیون وجود ندارد.^۲

نتیجه چنین قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل بشردوستانه آن خواهد بود که در طول مدت مخاصمه مسلحانه، حقوق مورد بحث در تمامی قلمرو دول متخصص یا در تمامی قلمرو تحت کنترل هر یک از دول عضو - در مورد مخاصمات داخلی - صرف نظر از آنکه در آن نقطه نبرد واقعی در جریان باشد یا نه اعمال می‌شود.^۳

۱- تعهد به تضمین در رویه قضایی بین‌المللی

رویه قضایی بین‌المللی نیز مؤید آن است که دولتها مکلف به اجرا و تضمین اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه هستند. دیوان بین‌المللی دادگستری به موجب بند ۷۹ از نظریه مشورتی اش در خصوص مشروعيت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۹۶) بر آن است که بسیاری از قواعد بشردوستانه چنان بنیادین تلقی می‌شوند که باید توسط تمامی دول اعم از طرفین کنوانسیون‌های مربوطه و دول ثالث رعایت شوند. این قواعد از نظر دیوان، اصول تخلف‌ناپذیر حقوق بین‌الملل عرفی تلقی می‌شوند.^۴

در این زمینه دیوان در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه و علیه آن در سال ۱۹۸۶ نیز به صراحت تعهد مندرج در ماده ۱ مشترک را به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی مورد شناسایی قرار می‌دهد.^۵ در این قضیه، دیوان، تحریک و تشویق چریک‌های کنtra توسط ایالات متحده و تهییه و توزیع دستورالعملی برای نحوه مبارزه در میان آنان را که حاوی دستورهایی بر خلاف حقوق بشردوستانه بود یک عمل خلاف بین‌المللی تلقی نمود.

از جمله مهم‌ترین آرای دیوان در مورد تعهد به تضمین حقوق بین‌الملل بشردوستانه، نظریه مشورتی در خصوص آثار حقوقی ساخت دیوار حائل در

^۱. همان، صص ۱۳-۱۴.

^۲. مدنی، سیدضیاء الدین، «التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان؟»، مجله حقوقی نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۸، ۱۳۸۷، ص ۲۳۹.

^۳. شیایزری، کریانگ ساک کیتی، حقوق بین‌الملل کیفری، ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۳، ص ۲۹۴.

^۴. ICJ Reports, 1996, Advisory Opinion about legality of the threat or use of nuclear weapons, para. 79.

^۵. ICJ Reports, 1986, Case Concerning military and paramilitary activities in and against nicaragua (nicaragua v. united states of america), para. 120.

سرزمین‌های اشغالی فلسطین در سال ۲۰۰۴ است. دیوان در این نظریه با اشاره به نقض تعهدات عام الشمول (*Erga Omnes*) از جانب اسرائیل که خاستگاه این تعهدات را باید قضیه بارسلونا تراکشن (۱۹۷۰) دانست تصریح می‌نماید که بسیاری از قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه چنان در رعایت کرامت و شأن انسانی، بنیادین و اساسی هستند که باید توسط همه دول اعم از دول عضو کنوانسیون یا دول غیرعضو، رعایت و اجرا شوند چرا که تعهدات مذبور، اصولی غیرقابل تخطی و آمرانه در حقوق بین الملل عرفی تلقی شده و تعهداتی ذاتاً عام الشمول هستند.^۱ دیوان پس از آن، ضمن استنباط از ماده ۱ مشترک اظهار می‌دارد که «تمام دول عضو کنوانسیون اعم از آنکه طرف مخاصمه بوده یا نبوده باشند متعهد به تشویق طرفین ذی‌ربط به رعایت شرایط مقرر در مواد مربوطه هستند. ... نظر به ماهیت و اهمیت حقوق و تعهدات مربوطه، دیوان معتقد است که تمامی دول متعهدند تا از به رسمیت شناختن وضعیت نامشروع حاصل از احداث دیوار حائل توسط اسرائیل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین خودداری کنند. کلیه اعضای کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ در خصوص حمایت از غیرنظامیان در زمان مخاصمه مسلحانه مکلفند در چهارچوب منشور ملل متحد و حقوق بین الملل نسبت به رعایت و تضمین اجرای قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه مندرج در آن کنوانسیون از جانب اسرائیل اقدام لازم مبذول دارند»^۲.

همچنین دیوان بین المللی دادگستری به موجب رأی خود در قضیه اقدامات صورت گرفته در سرزمین کنگو (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه اوگاندا) مورخ ۱۹ دسامبر ۲۰۰۵، از آن جهت که دولت اوگاندا پس از اشغال سرزمین‌هایی از جمهوری دموکراتیک کنگو اجرای قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را تضمین ننموده بود این دولت را ناقض تعهدات خود در زمینه حقوق بشردوستانه اعلام نمود.^۳

دیوان در قضیه اعمال کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌زدایی (بوسنی و هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو) نیز به موجب قرار مورخ ۸ آوریل ۱۹۹۳ در مورد درخواست دستور مؤقت، به تعهد جمهوری فدرال یوگسلاوی (صرربستان و مونته نگرو) مبنی بر تضمین آنکه هر واحد نظامی، شبہ نظامی یا غیرمنظم تحت هدایت یا

¹. ICJ Reports, 2004, Advisory Opinion about legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory, para 157.

². Ibid, paras 158-159.

³. ICJ Reports, 2005, case concerning armed activities on the territory of the congo (Democratic republic of the congo v. Rwanda), paras. 88-93.

پشتیبانی آن دولت و نیز هر سازمان یا شخص تحت کنترل، فرمان یا نفوذ آن، هیچ‌گونه اقدامی در جهت نسل‌زدایی یا تحریک به ارتکاب آن را صورت ندهد اشاره می‌نماید. در حقیقت دیوان در این رأی، تعهد دول به تضمین حقوق بشردوستانه را صرفاً محدود به نیروهای نظامی آن‌ها ندانسته و این تعهد را بر اشخاص و گروههایی که تحت کنترل و هدایت یا بنا به دستور آن‌ها اقدام می‌نمایند نیز بار می‌نماید.^۱ گذشته از رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، تعهد دول به اجرا و تضمین اجرای قواعد بشردوستانه در رویه قضایی محاکم کیفری موردي (Ad hoc) از جمله دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق نیز مشهود است. دیوان مزبور در قضیه تادیج با لحاظ ماده ۱ مشترک اذعان می‌دارد که دول متعهدند به منظور رعایت و تضمین اجرای قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه به هر اقدامی که در توان دارند هم توسط ارکانشان و هم از جانب دیگر نهادهای تحت صلاحیتشان مبادرت نمایند.^۲

۳-۱. نقش ماهیت قواعد بشردوستانه در تضمین اجرای حقوق بین‌الملل

بشردوستانه

۱۵۱

۱۴۳، پاییز، شماره ۵، کارگزاری بهداشتی، سال ۱۳۷۳

تعهد به تضمین اجرا در حقوق بین‌الملل بشردوستانه و بسنده‌ننمودن به صرف تعهد به اجرا در این حقوق را بیش از هر چیز باید ناشی از ماهیت آمرانه و تخلف ناپذیر قواعد آن پنداشت. چنین ماهیتی ایجاب می‌کند که قواعد مزبور در هر شرایطی مراعات شود و به سبب جایگاه بنیادین این قواعد در سلسله‌مراتب نظام حقوق بین‌الملل، هر عضوی از این جامعه در پیگیری عدم اجرای آن، محق و ذی نفع تلقی شود. ظهور مفهوم Erga Omnes در حقوق بین‌الملل را باید ناشی از چنین ضرورتی دانست. این مفهوم اگرچه در سال ۱۹۶۶ در دعوای اتیوپی و لیبریا عليه آفریقای جنوبی، محمولی برای شناسایی آن توسط دیوان فراهم گشت، دیوان بنا به مصالحی و از جمله عدم توانایی درک ضرورت آن از سوی جامعه بین‌المللی، به‌رسمیت‌شناختن آن را تا سال ۱۹۷۰ در قضیه بارسلونا تراکشن به تعویق انداخت.^۳

^۱. باقرپور اردکانی، عباس، «تعهد عام دولت‌ها به رعایت و کسب اطمینان از رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه توسط متخصصین»، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵، صص ۳۱۳-۳۱۴.

^۲. همان، ص ۳۳۴.

^۳. تعهداتی Erga Omnes خوانده می‌شود و صرفاً در ارتباط با طرفین قرارداد قابل استناد است. تعهداتی قرار دارد که Si Omnes

^۴. در بخشی از رأی دیوان در قضیه بارسلونا تراکشن آمده است:

دیوان در رأی بارسلونا تراکشن بهمنظور ارائه نمونه‌هایی از تعهدات عام الشمول مصادیقی را بر می‌شمارد (تجاوز، منع کشتار جمعی، منع خرید و فروش برد، منع تبعیض نژادی) که آن‌ها را می‌توان قواعد آمره بین‌المللی نیز تلقی نمود، بدون اینکه دیوان، مرز روشی میان این دو مفهوم قائل شده باشد. به‌واقع تنها قواعدی که تعهدات عام وضع می‌کنند ممکن است قاعده آمره تلقی شوند. به دیگر سخن، هر قاعده آمره‌ای لزوماً نوعی تعهد عام وضع می‌کند که تخطی از آن جایز نیست ولی هر تعهد عام الشمولی لزوماً قاعده آمره نبوده و ممکن است از مجرای توافق دو تابع حقوق بین‌الملل، مورد تخطی واقع شود.^۱ در نتیجه «تمامی قواعد آمره موحد تعهدات عام الشمول هستند لکن همه تعهدات عام الشمول از قواعد آمره نشأت نمی‌گیرند».^۲

البته نباید از نظر دور داشت که حتی پیش از شناسایی قواعد آمره توسط ماده ۵۳ معاهده ۱۹۶۹ حقوق معاہدات، تعهدات مندرج در معاہدات ۱۹۴۹ ژنو از دیدگاه جامعه بین‌المللی واجد این وصف تلقی شده و تعهداتی عام الشمول به شمار می‌آمدند. در میان مواد مقرر در معاہدات چهارگانه ژنو و پروتکل‌های آن، ماده ۱ مشترک، تنها ماده‌ای نیست که حاکی از تعهداتی Erga Omnes است بلکه مواد بسیار دیگری از آن معاہدات نیز یافت می‌شوند که آینه تمام‌نمای این گونه تعهدات تلقی می‌شوند. در این راستا ماده ۸۹ پروتکل اول در مورد همکاری دول با سازمان ملل متعدد در صورت نقض فاحش حقوق بین‌الملل بشردوستانه، مواد ۷، ۷ و ۸ مشترک معاہدات چهارگانه در مورد عدم امکان اعراض از تمام یا بخشی از حقوق مندرج در معاہدات مذبور از جانب هیچ‌یک از افراد قابل حمایت، ماده ۴۷ معاهده چهارم ژنو در خصوص عدم امکان محروم‌کردن افراد قابل حمایت ساکن در سرزمین‌های اشغالی در هیچ شرایطی، و نیز مواد ۶، ۶ و ۷ مشترک چهار معاهده

«... لازم است تمایزی اساسی میان تعهدات دولت در مقابل جامعه بین‌المللی به‌طور کلی و تعهدات آن دولت در مقابل دولتی دیگر در زمینه حمایت دیپلماتیک تصور شود. نوع اول تعهدات ماهیتیًّا متعلق به تمامی دولت‌های است. به جهت اهمیت این دسته از تعهدات، ممکن است همه دولت‌ها در حمایت از آن‌ها ذی‌نفع تلقی شوند. این تعهدات، عام الشمول (Erga Omnes) است و در حقوق بین‌الملل معاصر، به عنوان نمونه ناشی از غیرمحابی‌بودن تجاوز و نسل‌زادای و نیز اصول و قواعد مربوط به حقوق انسانی فرد انسانی از جمله حمایت از افراد در مقابل بردگی و تبعیض نژادی است...».

^۱. زمانی، سیدقاسم، «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۲۲، ۱۳۷۷، ص ۳۲۱

². Zemanek, Karl, New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations, Max Planck United Nations Yearbook, No. 4, 2000, p. 8.

مبنی بر عدم قابلیت هیچ معاهده دیگر در تأثیرگذاری یا محدودنمودن وضعیت افراد مورد حمایت در این معاهدات، نمونه‌هایی از این مواد است.^۱

از جمله نتایج ویژگی آمرانه و عام‌الشمول بودن قواعد حقوق بین‌الملل بشرطه، عدم مشروعیت هر گونه تقابل، انتقام و تلافی در این حقوق است. به بیان دیگر، هیچ‌یک از اجرا و تضمین اجرای حقوق بین‌الملل بشرطه مبتنی بر تقابل نیست. رویه دولتها این قاعده را به مثابه قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل عرفی قابل اعمال در مخاصمات مسلحه بین‌المللی و غیربین‌المللی به رسمیت می‌شناسد. شایان ذکر است که این تقابل^۲ را نباید با مفهوم اقدامات تلافی‌جویانه^۳ در هم آمیخت.^۴

ماده ۲ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در مقام تدوین این قاعده عرفی در زمینه نفی تقابل در تعهدات دولت‌های عضو مقرر می‌دارد که «چنانچه یکی از دول مתחاصم، عضو معاهدات حاضر نباشد دول عضو باید در روابط میان خود، همچنان بدان معاهدات ملزم باشند... دول عضو همچنین باید در روابط خود با دولت مתחاصم غیرعضو نیز در صورتی که آن دولت، مقررات حاضر را پذیرفته و اجرا نماید این تعهدات را به موقع اجرا گذارند». پروتکل الحاقی اول نیز به موجب بند ۲ ماده ۹۶ تکراری، ماده ۲ مشترک را مورد تأکید قرار می‌دهد. ماده ۱۱۸ از معاهده سوم ژنو، گوبای یکی از مصادیق عدم تقابل است که مطابق آن، پس از ختم مخاصمه، طرفین متعهدند اسرای جنگی را مسترد کنند و تأخیر در استرداد از جانب یک طرف نمی‌تواند از جانب دیگری به منزله دستاویزی جهت خودداری از این تعهد مورد استناد قرار گیرد.

این مهم که اجرای معاهدات دارای ماهیت بشرطه، وابسته به اجرای آن از جانب سایر دول عضو نیست در بند ۵ ماده ۶۰ کنوانسیون وین حقوق معاهدات ۱۹۶۹ نیز متجلی شده است.

سیری در رویه قضایی بین‌المللی مبین آن است که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نامیبیا به سال ۱۹۷۱ و دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در رأی

^۱. صابری، پیشین، صص ۲۰۷-۲۰۶.

^۲. Reciprocity

^۳. Reprisals

^۴. مفهوم اقدامات تلافی‌جویانه در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱: پذیرش
۲: شماره
۳: دادگستری
۴: پذیرش
۵: شماره
۶: دادگستری
۷: پذیرش
۸: شماره
۹: دادگستری

خود در قضیه کاپرسکیچ به سال ۲۰۰۰ اظهار داشته‌اند که این از اصول کلی حقوق است که تعهدات حقوقی دارای ماهیت بشردوستانه نمی‌تواند مبتنی بر تقابل باشد!^۱

۲. راهکارهای تضمین حقوق بین الملل بشردوستانه (Implementations)

همانگونه که در مقدمه اشاره شد راهکارهای تضمین، ناظر به ابزارها و روش‌هایی است که با هدف پیشگیری از نقض قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه طراحی شده‌اند. این راهکارها تعهد دول مبنی بر تضمین را تاجیی که در قلمرو حاکمیت و صلاحیت هر یک از دول قرار می‌گیرد جامه عمل می‌پوشانند.

۲-۱. قانون‌گذاری داخلی

بر اساس دکترین، حقوق بشردوستانه حاوی قواعدی نیست که به خودی خود در مناسبات بین المللی قابل اجرا باشند؛ در نتیجه یکی از تضمینات مؤثر در اجرای این گونه قواعد، احواله آن‌ها از سوی حقوق بین الملل به حقوق داخلی دول و پذیرش آن از جانب حقوق‌های ملی است.^۲

به طور کلی قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه از نظرگاه تأثیرگذاری بر دول بر سه قسم است: نخستین قسم، قواعد آمره بین المللی است که بدون هیچ‌گونه پیش‌شرطی برای تمامی دولتها الزام‌آوراست. قانون‌گذاری داخلی در این گروه از قواعد برای دولتها به منزله مقدمه‌واجب، اجتناب‌ناپذیر بوده و در صورتی که عدم وضع قانون، موجبات نقض این دسته از تعهدات را فراهم آورد مسئولیت بین المللی دولت مزبور را در پی خواهد داشت. گروه دوم، قواعد عرفی بین المللی است که اجرای آن نیز در قلمرو دولتها نیازمند وضع قانون لازم است و حتی مخالفت مستمر یک دولت را با شکل‌گیری قاعده عرفی در حین ایجاد عنصر مادی عرف نمی‌توان به مثابه عامل رافع مسئولیت در قبال قاعده عرفی در نظر گرفت. در دسته سوم، قواعد معاهداتی بین المللی قرار دارد که نیازمند تصویب دولتها بوده و پس از تصویب یا به منزله قانون داخلی تلقی می‌شود یا حداقل به مثابه بخشی از نظام حقوقی داخلی به رسمیت شناخته می‌شود. نقش قانون‌گذاری داخلی در این قسم قواعد، بیشتر معطوف به فراهم‌نمودن مقدمات و لوازم اجرایی بوده و منصرف از پذیرش این قواعد در نظام حقوقی ملی است.

^۱. هنکرتز و دوسوالدیک، همان، ص ۷۱۱

^۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق جنگ (حقوق بین الملل مخاصمات مسلحانه)، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ۱۳۸۰، ص ۲۵۳

در نتیجه اگرچه بسیاری از قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی به خودی خود در قلمرو دولت‌ها قابلیت اجرایی دارد، جهت حصول اطمینان از الزام آوربودن این قواعد برای دولت‌ها، معاهدات حقوق بشردوستانه، حاوی تعهداتی در مورد وضع قوانین لازم برای دولت‌هاست. به عنوان نمونه مواد ۴۹ و ۵۰ معاهدات اول و دوم ژنو ۱۹۴۹ مقرر می‌دارند:

«دول عضو متعهد می‌شوند هر گونه اقدام تضمینی لازم را جهت اعمال مجازات‌های مؤثر در مورد عاملین یا آمرین نقض فاحش این معاهدات به عمل آورند.»

بدون تردید تعیین مجازات برای مرتكبین نقض این قواعد، مستلزم قانونگذاری داخلی است. نمونه دیگر مواد ۱۲۷، ۱۴۴ و ۴۸ است. متعهدات چهارگانه ژنو است که به موجب آن: «دول عضو متعهد می‌شوند اشاعه مفاد معاهدات حاضر را در قلمرو خود حتی‌الامکان در زمان صلح نیز همچون زمان جنگ، مدنظر قرار داده و به طور خاص، تدریس آن‌ها را در برنامه‌های آموزش نظامی و در صورت امکان، غیرنظامی خود قرار دهند تا از این طریق کلیه اشخاص به‌ویژه نظامیان درگیر در مخاصمه، کارکنان مراکز درمانی و روحانیون نیروهای مسلح از آن آگاهی یابند.»

مسلمان اشاعه مفاد معاهدات و تدارک فرایند آموزشی برای آن در بخش‌های مختلف، نیازمند اقدام تقنینی به معنای اعم از جمله صدور آیین‌نامه و دستورالعمل‌های خاص است. ماده ۱۹ پروتکل الحاقی دوم نیز اشعار می‌دارد که «مفاد این پروتکل تا حد امکان اشاعه خواهد یافت.»

قانونگذاری داخلی در اجرای حقوق بشردوستانه در سطح ملی در رویه دولتها نیز قابل مشاهده است. استرالیا، کانادا، موریتانی، نیکاراگوئه، پرو، اسلواکی و سریلانکا در زمرة دولتهایی هستند که قوانین داخلی خاصی در حمایت از حقوق بشردوستانه تصویب کرده‌اند. در این راستا کمیته‌ها و نهادهای ملی در خصوص حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیز در بسیاری کشورها ایجاد شده و به عنوان دو نمونه جدید، الجزایر و ماداگاسکار به ترتیب کمیته حقوق بین‌الملل بشردوستانه الجزایر (۴ ژوئن ۲۰۰۸) و کمیته ملی ماداگاسکار در مورد حقوق بین‌الملل بشردوستانه (۲۰۰۸) را ایجاد نموده‌اند.^۱

^۱. ICRC, National Implementation of International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 796-799.

۲-۲. صدور دستور العمل های نظامی آموزشی

این راهکار اگرچه می‌تواند اخص از مورد پیشین - قانونگذاری داخلی - قلمداد شود، وجود ملاحظاتی، بررسی آن را در محوری جداگانه توجیه می‌نماید از جمله آنکه اولاً قانونگذاری داخلی در برگیرنده کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی اعم از نظامیان و غیرنظامیان و دستگاه‌های دولتی و نهادهای عمومی شده، حال آنکه دستورالعمل - های نظامی فقط متوجه طیفی خاص یعنی نظامیان است و ثانیاً اجرا و پیشبرد عملیات جنگی به‌طور خاص از طریق نیروهای نظامی صورت می‌گیرد و این وظیفه خطیر، دستورهایی ویژه برای آنان را ایجاب می‌کند.

برای آنکه مبارزین به قواعد بشردوستانه عمل کنند باید آن را بشناسند. بنابراین نخست باید حقوق بشردوستانه به نظامیان آموزش داده شود.^۱ تکلیف دول به آموزش حقوق بشردوستانه بین‌المللی به نیروهای مسلح خود، نخستین بار در کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۰۶ (ماده ۲۶) و ۱۹۲۹ (ماده ۲۷) تدوین شد. این تعهد متعاقباً به‌موجب کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ (به‌ترتیب مواد ۱۹۴۴ و ۱۲۷، ۴۷ و ۱۹۷۷) و پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ (ماده ۸۳ پروتکل اول و ماده ۱۹ پروتکل دوم) نیز مقرر شد. این امر همچنین ضمن ماده ۲۵ کنوانسیون لاهه در مورد حمایت از اموال فرهنگی و ماده ۳۰ پروتکل دوم الحاقی آن و نیز ماده ۶ کنوانسیون سلاح‌های متعارف خاص مدنظر قرار گرفته است. دستورالعمل‌های نظامی دول متعددی نیز متضمن این تعهد است - از جمله آرژانتین، کانادا، کلمبیا، کنیا، روسیه، کامرون، هلند و انگلستان - و این رویه دولتی نشانه آن است که لازم نیست تمام اعضای نیروهای مسلح به‌طور کامل با تمام جزئیات حقوق بین‌الملل بشردوستانه آشنا باشند بلکه کافی است از قواعد اساسی مرتبط با وظایف خود آگاهی داشته باشند. تعهد مورد بحث توسط شورای امنیت - به‌موجب قطعنامه‌های ۱۲۶۵ و ۱۲۹۶ و مجمع عمومی - به‌موجب قطعنامه‌های ۲۸۵۲ و ۳۰۳۲ و ۳۱۰۲ - و نیز کمیسیون حقوق بشر ملل متحد - در قطعنامه‌های ۱۹۹۴/۸۵ و ۱۹۹۵/۷۲ و ۱۹۹۵/۸۰ - خاطرنشان شده است.^۲

در این راستا ماده ۱ معاهده چهارم لاهه ۱۹۰۷ شایان ذکر است که «دول عضو باید نیروهای نظامی خود را به تعلیماتی مطابق با عرف و قواعد حاکم بر جنگ زمینی که منضم به این معاهده است تجهیز نمایند». بند ۲ ماده ۸۳ پروتکل اول

^۱. ضیایی بیگدلی، همان، ص ۲۵۵.

^۲. هنکرتر و دوسوالدیک، همان، صص ۷۴-۴۴.

نیز تصریح می‌نماید که «هر مقام نظامی یا غیرنظامی که در زمان مخاصمه مسلحانه در مورد اعمال کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل حاضر مسئولیت‌هایی دارد باید با متن آن قواعد کاملاً آشنا بی داشته باشد».

تعهد به آموزش نیروهای نظامی در مورد نیروهای حافظ صلح که به نحو فزاینده‌ای به کار گرفته می‌شوند نیز این دغدغه را به وجود آورده که این نیروها باید پیش از صف‌آرایی و آغاز عملیات، آموزش لازم را در مورد قواعد حقوق بشردوستانه دیده باشند. در این زمینه شورای امنیت در قطعنامه‌ای پیرامون حمایت از غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه در سال ۲۰۰۰ (قطعنامه ۱۲۹۵) بر ضرورت تعلیم نیروهای حافظ صلح تأکید نموده است.

در این میانه فرماندهان نظامی در تضمین آنکه افراد تحت فرماندهی‌شان نسبت به تعهدات خود به موجب حقوق بین‌الملل بشردوستانه آگاهی دارند واجد تعهدی مضاعف شده‌اند که در بند ۲ ماده ۸۷ پروتکل الحاقی اول مقرر شده است:

«به منظور منع و توقف نقض‌ها طرفین معظم متعاهد و طرفین مخاصمه مقرر خواهند نمود که فرماندهان متناسب با درجه مسئولیت‌شان تضمین نمایند که افراد نیروهای مسلح تحت فرمانشان از تعهدات خود به موجب کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل حاضر آگاه هستند».

به نظر می‌رسد که هدف از مقررنمودن تعهدی دقیق‌تر در مورد فرماندهان، بهره‌گیری از مسئولیت فردی فرمانده در تضمین تعهد موضوعه آموزش غیرنظامیان باشد.

۲-۳. تشویق آموزش غیرنظامیان

دولت‌ها تعهدی دیگر مبنی بر تشویق و تسهیل آموزش حقوق بشردوستانه بین‌المللی به غیرنظامیان نیز دارند. معاهدات ژنو ۱۹۰۶ (در خصوص حمایت از مجروحان و بیماران در ماده ۲۶) و ۱۹۲۹ (در خصوص حمایت از مجروحان و بیماران در ماده ۲۷) دول را ملزم به اتخاذ اقدامات لازم به منظور آگاهی غیرنظامیان از مفاد کنوانسیون در سطح گسترده نموده‌اند. همچنین کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و کنوانسیون لاهه در مورد حمایت از اموال فرهنگی ضمن مواد پیش‌گفته دولت‌ها را ملزم به گنجاندن مطالعه حقوق بین‌الملل بشردوستانه در برنامه‌های آموزشی برای غیرنظامیان در صورت امکان نموده‌اند. در خصوص قید «در صورت امکان»

گفته شده که این عبارت به معنای اختیاری بودن تعهد موردنظر نبوده بلکه به شرایط دول فدرال نظر دارد که دولت مرکزی در امور آموزشی اختیاری ندارد.^۱ بند ۱ ماده ۸۳ پروتکل الحاقی اول نیز دول را به انتشار حقوق بین الملل بشرط دوستانه تا حد امکان و بهویژه تشویق غیرنظمیان به مطالعه آن می نماید: «طرفین معظم متعدد می شوند که در زمان صلح نیز همچون زمان جنگ، کنوانسیون های ژنو و پروتکل حاضر را تا حد امکان در کشورهای خود اشاعه داده و بهویژه ... جمعیت غیرنظمی را به مطالعه آن تشویق نمایند به گونه ای ... غیرنظمیان از استناد مذبور شناخت پیدا کنند».

بند ۲ این ماده همان گونه که اشاره شد به تعهد مقامات غیرنظمی که در زمان مخاصمه مسلحانه در خصوص اجرای حقوق بشرط دوستانه مسئول تلقی می شوند مبنی بر وقوف و اشراف کامل به قواعد مذبور اشاره می نماید. به علاوه بند ۲ ماده ۳ اساسنامه جنبش صلیب سرخ و هلال احمر بین الملل، جمعیت های ملی صلیب سرخ و هلال احمر را مشوق دول در انتشار و اشاعه حقوق بین الملل بشرط دوستانه و پیشگام در این زمینه معرفی می کند.

۲-۴. تعابیه مشاورین حقوقی در نیروهای نظامی

آن گونه که از رویه دول قابل استنباط است هر دولتی باید در صورت نیاز، مشاورین حقوقی جهت ارائه مشورت به فرماندهان نظامی در اجرای حقوق بشرط دوستانه فراهم نماید. این قاعده برای نخستین بار به موجب ماده ۸۲ پروتکل الحاقی اول تدوین شد تا تضمین نماید که تصمیمات فرماندهان با حقوق بین الملل بشرط دوستانه مطابقت داشته و دستورهای مناسبی به نیروهای نظامی داده شده است. در میان دول موافق پروتکل، هیچ حق شرط یا اعلامیه تفسیری نسبت به این ماده مطرح نشد و ماده مذبور بدون رأی گیری و با اجماع پذیرفته شد. حتی بسیاری از دولی که عضو پروتکل نیستند برای نیروهای مسلح خود، مشاورین حقوقی دارند که در این خصوص ایالات متحده شایان ذکر است.^۲ وفق ماده ۸۲ مذبور: «دول متعاهد در هر زمان و دول متخاصل در زمان مخصوصه باید تضمین نمایند که در صورت نیاز، مشاورین حقوقی به منظور ارائه نظر مشورتی به فرماندهان در

۱: پیشین، ص ۷۴۹.
۲: پیشین، ص ۷۴۵.

^۱: پیشین، ص ۷۴۹.
^۲: پیشین، ص ۷۴۵.

خصوص اقدامات مطابق با معاهدات چهارگانه ژنو و پروتکل حاضر و آموزش آن به نظامیان در دسترس هستند».

پروتکل اول اگرچه ابتکاری در حقوق معاهداتی در زمینه بهره‌گیری از خدمات مشاورین حقوقی محسوب می‌شود، دو نکته را نادیده می‌انگارد: نخست آن که ویژگی‌ها و شرایط لازم برای مشاورین را معین نماید و سخنی از تخصص حقوقی لازم برای این مشاوران به میان نمی‌آورد. دیگر آنکه مشخص نمی‌کند که منظور از فرمانده کیست و چه گروهی از افراد نظامی و تا چه سطحی را می‌توان فرمانده قلمداد کرد. شاید رویه دولتها بتوانند تا حدودی رافع این دو نقیصه تلقی شود.

۲-۵. استفاده از دولت حامی جهت نظارت

توسل به دولت حامی توسط هر یک از دول متخاصم بهمنظور نظارت بر اجرای حقوق بشردوستانه از جانب طرف مقابل از جمله راهکارهای اجرایی مؤثر در تضمین اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. در این خصوص مواد ۸ و ۹ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه اشعار می‌دارد:

«کنوانسیون حاضر با همکاری و تحت نظارت دول حامی اعمال می‌شود که وظیفه آن‌ها تضمین منافع طرفین مخاصمه است. بدین منظور دول حامی می‌توانند جدای از پرسنل دیپلماتیک و کنسولی خود، نمایندگانی از اتباع خود یا از اتباع سایر دول بی‌طرف تعیین نمایند. نمایندگان مزبور باید مورد تأیید دولتی که وظایفشان را در رابطه با آن انجام می‌دهند باشند. طرفین اختلاف باید تا حد امکان، فعالیت نمایندگان یا هیئت نمایندگی دول حامی را تسهیل نمایند.

نمایندگان یا هیئت‌های نمایندگی دول حامی در هیچ موردی از مأموریت خود به موجب کنوانسیون حاضر تجاوز نخواهند کرد. آن‌ها بهویژه ضرورت‌های الزام‌آور امنیت دولتی را که در قلمرو آن به انجام وظیفه می‌پردازند مدنظر قرار خواهند داد. فعالیت‌های آنان فقط در شرایط استثنایی و موقتی محدود خواهد شد و آن زمانی است که ضرورت‌های الزام‌آور نظامی این امر را ضروری تشخیص دهد».

پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ ضمن بند اول از ماده ۵ با ابهام‌زدایی از ماده ۸ و ۹ مشترک و جهت تأکید بیشتر مقرر می‌دارد:

«تأمین نظارت و اجرای معاهدات چهارگانه و پروتکل حاضر به‌وسیله اعمال نظام حمایت از منافع که عبارت است از تعیین و پذیرش دول حامی، تکلیف هر دول متخاصم است».

بندهای دوم و سوم ماده مزبور نیز حکایت از تکامل این تأسیس حقوقی در سال ۱۹۷۷ دارند.

۳. ضمانت اجراهای حقوق بین الملل بشرطه (enforcement)

پیشتر اشاره شد که بحث از ضمانت اجرا در حقوق بین الملل بشرطه ناظر به واکنشی است که در برابر نقض این قواعد صورت می‌گیرد. به دیگر سخن زمانی که راهکارهای اجرایی موربد بحث در قسمت پیشین اعمال نشده یا با فرض اعمال، قادر به پیشگیری از نقض نباشد بحث از ضمانت اجرای عدم رعایت این قواعد به میان می‌آید.

محتوای مشترک ضمانت اجراهای حقوق بین الملل بشرطه را می‌توان در فحوای این قاعده مستتر دانست که دولتها نباید طرفین یک مخاصمه مسلحانه را و طرفین یک مخاصمه نباید یکدیگر را به نقض حقوق بین الملل بشرطه تشویق نمایند بلکه باید متوقف ساختن اقدامات ناقض حقوق مزبور را تا حد ممکن وجهه همت خوبیش قرار دهند. این قاعده نه تنها از منطق ماده ۱ مشترک مبنی بر تضمین اجرا به دست می‌آید بلکه قرینه‌های دیگری نیز می‌توان برای آن یافت. ماده ۸۹ پروتکل الحاقی اول در این زمینه اشعار می‌دارد که بر اساس منشور، دول عضو متعهدند که در صورت نقض فاحش پروتکل، مشترکاً یا منفرداً با سازمان ملل متحده همکاری کنند. ماده ۳۱ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون لاهه در خصوص حمایت از اموال فرهنگی نیز حاوی تعهد مشابهی است که «طرفین متعهد می‌شوند در وضعیت‌های نقض فاحش این پروتکل، مشترکاً از طریق کمیته یا منفرداً با یونسکو و سازمان ملل متحده بر اساس منشور همکاری کنند».

این قاعده نشانه آن است که ضمانت اجراهای حقوق موربد بحث، گاه ماهیت اقدامی یکجانبه (Unilateral) است و گاه اقدامی دوچانبه (Bilateral) یا چندچانبه (Jointly) و چنین ماهیتی از قیود منفرد (Individually) و مشترک (Multilateral) در مواد فوق قابل استنتاج است که در ادامه به تفکیک به آن اشاره خواهد شد.

۳-۱. ضمانت اجراهای یکجانبه حقوق بین الملل بشرطه

این گروه از ضمانت اجراهای ناظر به اقداماتی است که هریک از دول اعم از دول متخاصم و دول ثالث بهنهایی بهمنظور مقابله با نقض قواعد موردنظر و تضمین اجرای آن انجام می‌دهد..

۳-۱-۱. اعتراض دیپلماتیک

ساده‌ترین اقدام ممکن در مواجهه با نقض قواعد بشردوستانه، اعتراض دیپلماتیک است. در دو دهه اخیر، توصل به این روش در رویه دولت‌ها رو به افزایش گذاشته است. چنین اعتراضی، هم می‌تواند از جانب هر یک از دول متخاصم نسبت به دیگری صورت گیرد و هم از جانب دول ثالث نسبت به یکی از متخاصمین یا هر دوی آن‌ها. تعهد به تضمین اجرای مندرج در ماده ۱ مشترک نیز دربرگیرنده همه این موارد است. این اعتراضات علاوه بر آنکه می‌توانند از جانب یک دولت به نمایندگان دیپلماتیک دولت ناقض ابلاغ شود، این قابلیت را نیز دارد که از جانب دولت معارض در مراجع بین‌المللی اعلام شود و زمینه اقدامات چندجانبه دول از جمله صدور قطعنامه و... را فراهم آورد.^۱

۳-۱-۲. اقدامات متقابل (Reprisals)

اقدام متقابل عبارت از فعالیتی است که در سایر شرایط، غیرقانونی خواهد بود و در شرایط استثنایی یعنی زمانی که به عنوان ضمانت اجرا و در واکنش به اعمال نامشروع طرف دیگر صورت می‌گیرد بهموجب حقوق بین‌الملل مشروعیت می‌باید. به بیان دیگر این اقدام ناظر به هر فعل آسیب‌زننده نامشروعی است که از سوی دولتی‌اعم از دولت قربانی و دولت ثالث- در مقابل دولت ناقض به کار گرفته می‌شود تا آن دولت را مجبور به توقف فعالیت‌های نامشروعش نماید.^۲

اقدامات متقابل ممکن است با سایر نهادهای حقوقی مشابه از جمله اقدامات تلافی جویانه (Retaliation)، اقدامات غیردوستانه (Retortion) و دفاع مشروع (Self Defense) در هم آمیخته شود اما این توهمندی را باید از ذهن زدود. هدف از اقدامات تلافی جویانه، انتقام از فعل نامشروع طرف مقابل است که برخلاف اقدامات متقابل، واجد عنصر بازدارندگی نیست. اقدامات غیردوستانه نیز اگرچه به منظور واداشتن طرف مقابل به توقف عمل نامشروع به کار می‌رود و در غایت با اقدامات متقابل مشترک است، در ماهیت با آن متفاوت است چرا که اقدامی ذاتاً مشروع اما غیردوستانه است. حال آنکه اقدامات متقابل، ذاتاً نامشروع بوده و در مقابل اقدام نامشروع اولیه مشروعیت می‌یابد.^۳ در خصوص دفاع مشروع نیز شایان ذکر است که نهاد مذبور، توصل به نیروی نظامی در مقابل خطری محقق و مسلم است اما اقدام

^۱. پیشین، ص ۷۵۷.

^۲. Kwakwa, E., The International Law of Armed Conflict; Personal and Material Fields of Application, Martinus Nijhoff Publishers, 1st ed, 1992, p. 129.

^۳. صابری، همان، صص ۴۴-۴۵.

۱۶۲
 سایر
 دادگستری
 شماره
 ۵۰۰
 ۱۰۰
 ۰۵۰
 ۰۱۰

متقابل به دنبال تغییر رویه نادرست طرف مقابل است هر چند خطر محققی برای دولت اقدام کننده وجود نداشته باشد. لذا وجه ممیز اقدامات متقابل در دو شاخص غایت بازدارندگی و ماهیت عدم مشروعیت نهفته است.^۱

اقدامات متقابل در حقوق بین الملل بشردوستانه به گونه‌ای استثنایی پذیرفته شده و لذا مقید به شروط و محدودیت‌های دقیقی است که اگرچه حقوق معاهداتی، تبیین آن را فروگذار نموده است، حقوق بین الملل عرفی به تعیین حدود و شغور آن پرداخته است:

-هدف اقدامات متقابل: این اقدامات فقط در واکنش به نقض فاحش و پیشین حقوق بین الملل بشردوستانه و تنها به منظور وادار کردن طرف مقابل به اجرای آن حقوق، قابل اجراست. در نتیجه، اقدامات متقابل پیش‌دستانه (Anticipatory Reprisal) یا اقدامات متقابل ثانویه (Counter Reprisal) مجاز نبوده و قصد انتقام-جویی یا مجازات در آن جایی ندارد.^۲ وفق ماده ۴۹ پیش‌نویس مواد مسئولیت دولت، اقدامات متقابل (Counter Measure) صرفاً در صورتی که «علیه دولت مسئول عمل خلاف بین المللی» صورت گیرد مشروع تلقی می‌شود.

-آخرین راهکار بودن اقدام متقابل: اقدامات مجبور باید صرفاً به عنوان آخرین راهکار و در شرایطی که اقدامات مشروع دیگری جهت اجبار طرف مقابل به اجرای حقوق بشردوستانه در دسترس نباشد مورد استفاده قرار گیرد. این شرط از نظریه مشورتی دیوان بین المللی دادگستری در قضیه سلاح‌های هسته‌ای قابل احراز است. دیوان کیفری بین المللی یوگسلاوی سابق نیز ضمن رأی خود در قضیه کاپرسکیچ به سال ۲۰۰۰ تأکید می‌کند که لازم است اقدامات متقابل (Reprisal) صرفاً پس از اخطار به طرف مقابل، مبنی بر توقف نقض‌ها و عدم ترتیب اثر از جانب آن دولت به مرحله اجرا رسد. بر اساس ماده ۵۲ پیش‌نویس مواد مسئولیت دولت، دولت زیاندیده باید پیش از مبادرت به اقدام متقابل، دولت مسئول را به اجرای تعهداتش فراخواند و تصمیم به اتخاذ اقدام متقابل را به اطلاع آن دولت برساند.

-تناسب اقدامات متقابل: این اقدامات باید متناسب با نقضی باشد که به منظور توقف آن به کار گرفته می‌شود. ماده ۵۱ پیش‌نویس مواد مسئولیت دولت، این شرط را مورد تأکید قرار می‌دهد. نظریه مشورتی دیوان در قضیه سلاح‌های هسته-

^۱. Kwakwa, E., Op Cit, p. 130.

^۲. هنکرتر و دوسوالدیک، همان، ص. ۷۶۱.

ای به سال ۱۹۹۶ و رأی دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در قضیه کاپرسکیچ به سال ۲۰۰۰ نیز این شرط را مورد شناسایی قرار می‌دهند.^۱

- اتخاذ تصمیم در بالاترین سطح حکومت: لازم است تصمیم به اقدام متقابل در بالاترین سطوح سیاسی اتخاذ شود. در برخی رویه‌های دول (دستورالعمل‌های نظامی) و نیز در رأی قضیه کاپرسکیچ اتخاذ تصمیم در بالاترین سطح نظامی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.^۲

- خاتمه اقدامات متقابل: این اقدامات باید به محض آنکه طرف مقابل، دست از نقض برداشته و حقوق موردنظر را اجرا نماید متوقف شود.

از آنجاکه اقدامات متقابل، استثنائاً مشروع تلقی می‌شود باید دارای شرایط فوق باشد تا اقدام متقابل تلقی شود. با وجود این، چون قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تعهداتی مطلق بوده و به سبب ماهیت آمرانه و عالم‌شمولش، هیچ‌گونه تقابل در اجرایش متصور نیست، اقدامات متقابل بهمنزله یکی از ضمانت اجرایها حتی در صورت واجدبودن کلیه شرایط، محدودیت‌های اجرایی دیگری نیز دارد. این دسته محدودیت‌ها قواعدی متضمن جنبه حمایتی است:

اولاً اقدامات متقابل علیه اشخاص مورد حمایت کنوانسیون‌های ژنو، ممنوع است. مواد ۴۶، ۴۷، ۱۳ و ۳۳ کنوانسیون‌های ژنو، اقدام متقابل علیه مجروحان، بیماران، مسافرین کشتی‌های غرق‌شده، کارکنان در بخش‌های پزشکی و مذهبی، اسراء، غیرنظمیان ساکن سرزمین‌های اشغالی و... را منع می‌نماید. در این راستا بند ۶ ماده ۵۱ پروتکل، اول بر ممنوعیت اقدام متقابل علیه تمامی غیرنظمیان تأکید نموده و با توسعه قلمرو حمایتی کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ جوانب والاتری از اصل تمایز را مدنظر قرار می‌دهد.

ثانیاً اقدامات متقابل علیه اهداف مورد حمایت کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و کنوانسیون لاهه برای حمایت از اموال فرهنگی منع شده است. ماده ۳۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو مشعر بر آن است که اقدامات متقابل علیه اموال متعلق به اشخاص مورد حمایت یعنی غیرنظمیان ممنوع است. همچنین بهموجب بند ۱ از ماده ۵۲ پروتکل اول، «اشیاء غیرنظمی نباید هدف حمله یا اقدام متقابل قرار گیرند». سرانجام در بند ۲ ماده ۵۲ پروتکل اول، اهداف نظامی تعریف می‌شود.

^۱. پیشین، ص ۷۶۳.

^۲. پیشین، ص ۷۶۶.

۱۶۴
 شماره ۵۰، سالیانه
 دادگستری، حقوق بین الملل

گذشته از این، مواد ۴۶ و ۴۷ کنوانسیون‌های اول و دوم ژنو، این اقدامات را علیه اماکن پزشکی، کشتی‌ها و تجهیزات موجود در آن‌ها غیرقانونی اعلام می‌کند. کنوانسیون لاهه در مورد حمایت از اموال فرهنگی نیز بهموجب بند ۴ ماده ۴ هرگونه اقدام متقابل را علیه اموال فرهنگی دارای اهمیت ویژه برای میراث فرهنگی یک ملت، منع اعلام می‌کند. در این خصوص، بند سوم از ماده ۵۳ پروتکل الحاقی اول، این اقدامات را علیه بقای تاریخی، آثار هنری و اماکن مذهبی که میراث فرهنگی و معنوی یک ملت تلقی می‌شوند منع نموده است.

اشیاء ضروری برای حیات غیرنظمیان از جمله مواد خوارکی نمی‌تواند موضوع اقدامات متقابل قرار گیرد. بندهای ۲ و ۴ ماده ۵۴ پروتکل اول به این ممنوعیت اشاره دارد. محیط‌زیست و منابع طبیعی و تأسیسات حاوی مواد خطرناک از جمله نیروگاه‌های هسته‌ای و سدها نیز بهترتبیب ضمن مواد ۵۵ و ۵۶ پروتکل مزبور در مقابل اقدامات متقابل مصونیت یافته‌اند.

اگرچه قواعد مذکور در مورد اقدام متقابل بیشتر معطوف به روابط متخصصین با یکدیگر است، این امر مانع از آن نیست که هریک از دول ثالث نیز بنا به ماهیت عام الشمول حقوق بشردوستانه بتواند در برابر دولت متخصص مختلف به متابه ضمانت اجرا به چنین اقداماتی متوصل شود. اقدامات دولت ثالث در این خصوص می‌تواند شامل مواردی چون تحريم صادرات یا واردات، لغو یکجانبه قراردادهای امتیاز، قطع روابط دیپلماتیک و ... شود که اگرچه در معاهدات حقوق بشردوستانه و عرف بین‌المللی مرتبط با آن بالصرافه ذکری از آن‌ها به میان نیامده، در گستره تعهد به تضمین حقوق مورد بحث و ماده ۱ مشترک، توسل به این اقدامات، سزاوار است.

۳-۱-۳. محاکمه کیفری مرتكبین نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه توسط هر یک از دولتها

در نگاهی که تا چندی پیش آرمانی می‌نمود حقوق بشردوستانه باید مقرر دارد دولی که به تضمینات حکومتی، یا کارکردهای نظامی در حمایت از فعالیتهای بشردوستانه بین‌المللی وقوع نمی‌نهند مکلفند راهکارهایی جهت پاسخگویی و مسئولیت ایجاد نموده و بدین وسیله تضمین نمایند که فعالان در این زمینه مقررات بشردوستانه بین‌المللی و داخلی را رعایت می‌نمایند.^۱ به علاوه در حقوق

^۱. Gaston, E. L., Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and its Implications for International Humanitarian Law Enforcement,

بشردوستانه، تکلیف دول به اجتناب از جنگ محدود نشده بلکه دولتها مکلفند اطمینان حاصل نمایند که در جریان مخاصمات مسلحانه، افراد تحت کنترلشان پیرو مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه هستند.^۱ اشاره به این نکته نیز خالی از لطف نیست که «پیش از لازم‌الاجراشدن کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ تعقیب جرایم جنگی، حق هر دولتی بود. هم‌اکنون هریک از چهار کنوانسیون و پروتکل اول، نقض‌های فاحش از مقرراتشان را بر می‌شمارند ... که دول عضو کنوانسیون، مکلف به جرم‌انگاری آن‌ها در قوانین داخلی‌شان هستند».^۲

مبناً حقوقی محکمه و مجازات تخلف از قواعد بشردوستانه را باید حقوق بین‌الملل عرفی تلقی نمود که تا زمان تدوین کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ به حقوق بین‌الملل معاهداتی راه نیافته بود. به عنوان نمونه اگرچه معاهدات ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه تعقیب جرایم جنگی را نفی ننموده و از جمله در ماده ۴۱ در مورد نقض مقررات حاکم بر آتش‌بس، مجازات متهمین را مدنظر قرار می‌دهند لکن مسئولیت فردی مرتكبین را به منزله یک اصل مدنظر قرار نمی‌دهند.^۳ در نتیجه در معاهدات چهارگانه است که مفهوم جنایات جنگی متحول شده و به مثابه گامی حائز اهمیت که متأثر از جریان محکمات نورنبرگ و توکیو بود با شناسایی اصل مسئولیت فردی، عدم اعتبار امر آمر یا فرمانده به منزله عامل موجه جرم پیش‌بینی می‌شود. پیش‌نویس ماده ۷۷ پروتکل اول مقرر می‌داشت که سرپیچی از دستور مافوق به منظور خودداری از نقض جدی معاهدات ژنو یا پروتکل‌ها قابل مجازات نیست. اگرچه متننهایی پروتکل فاقد این امر است، نظر به ماده ۱ مشترک و رویه محکم ملی این قاعده را نمی‌توان خارج از نظام حقوقی موجود تلقی نمود.^۴

در راستای تحول تعهد دول جهت مقابله با جنایات جنگی، مواد ۵۰، ۵۱ و ۱۳۰ در ۱۴۷ کنوانسیون‌های چهارگانه فهرستی از موارد نقض فاحش حقوق بشردوستانه ارائه می‌دهند که عبارت است از: قتل عمدى، شکنجه یا رفتار غیرانسانی، آزمایش‌های بیولوژیک، ایجاد شرایط مشقت‌بار به طور عمدى، ایجاد صدمه به جسم

¹ Harvard International Law Journal, Vol. 49, No. 1, Winter 2008, pp. 220-249, at p. 221.

² خاک، روناک، «جرائم‌انگاری خشونت جنسی در حقوق بین‌الملل کیفری»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۳۸۷، ۱۳۸۹، ص ۱۳۹.

³ Zemanek, Karl, Op. cit, p. 19.

⁴ Casse, Antonio, International Criminal law, Oxford University Press, 1st ed, 2003, p. 41.

^۴ صابری، همان، صص ۹۳-۹۲.

۱۶۷
 ۱۶۸
 ۱۶۹
 ۱۷۰
 ۱۷۱
 ۱۷۲
 ۱۷۳
 ۱۷۴
 ۱۷۵
 ۱۷۶
 ۱۷۷
 ۱۷۸

یا سلامت افراد، تخریب یا تصاحب غیرقانونی اموال بدون ضرورت نظامی و همراه با خشونت، اعمال فشار و تهدید علیه اسرای جنگی یا غیرنظامیان مورد حمایت، محرومیت اسرای جنگی یا غیرنظامیان از حق محاکمه عادلانه مقرر در معاهدات ژنو به طور عمدى، اخراج یا انتقال غیرقانونی و محاصره نامشروع غیرنظامیان و در نهایت، گروگان‌گیری.

معاهدات چهارگانه همچنین در مواد ۱۲۹، ۱۴۶ و ۵۰ اصل «یامحاکمه کن یا مسترد کن» را می‌گنجاند؛ با این مضمون که هر دولت مکلف است متهمین یا آمرین به ارتکاب نقض فاحش قواعد را صرفنظر از تابعیت آن‌ها تعقیب و تسليم محاکم خود نموده و در صورت تمایل به دولت دیگری که خواهان محاکمه آن‌هاست و دعواهایی در محاکم آن دولت علیه افراد مزبور مطرح است تسليم دارد. در این خصوص گفته شده که هر چند به نظر می‌رسد تنها امکان استرداد به دولت متبوع یا دولت قربانی وجود دارد، «معاهدات مزبور موجب صلاحیتی جهانی بوده و لذا امکان استرداد به هر دولتی اعم از دول بی‌طرف نیز وجود دارد»^۱. تأکید مجدد بر این مهم خالی از لطف نیست که تعهد به محاکمه نه تنها متخاصمین را در بر می‌گیرد، تمام دول دیگر را نیز متعهد می‌سازد.

مواد ۱۱ و ۸۵ پروتکل الحاقی، اول مواردی را به مصاديق نقض فاحش مذکور در کنوانسیون‌های ژنو می‌افزاید که بدین قرارند: حمله به غیرنظامیان، عدم تمایز میان نظامیان و غیرنظامیان با آگاهی از بهم خاطره افتادن حیات ایشان، حمله به تأسیسات حاوی نیروهای خطرناک، حمله به مناطق بی‌دفاع، حمله به افرادی که سلاح خود نهاده‌اند، استفاده فریبینده از علائم صلیب سرخ و هلال احمر، انتقال بخشی از جمیعت غیرنظامی دولت اشغالگر به مناطق اشغال شده، تأخیر غیرقابل توجیه در استرداد اسرا و غیرنظامیان، تبعیض نژادی و سایر اعمال ضدانسانی، حمله به ابنيه تاریخی، آثار هنری و مذهبی که میراث معنوی و فرهنگی یک ملت باشند.

بند ۱ ماده ۸۸ پروتکل اول نیز صراحتاً به رسیدگی کیفری توسط دول اشاره دارد: «دول متعاهد باید در خصوص رسیدگی کیفری به تخلفات فاحش از کنوانسیون - های ژنو و پروتکل حاضر، بیشترین همکاری را داشته باشند».

با این ملاحظات می‌توان ضرورت واکنش کیفری علیه مرتكبین نقض جدی و فاحش حقوق بین الملل بشردوستانه را تعهدی عام و مطلق برای کلیه دول تلقی

^۱. پیشین، ص. ۹۵.

نموده و آن را در چهارچوب ماده ۱ مشترک و بهویژه قیود «تضمین اجرا» و «در هر شرایطی» نگریست.

رویه قضایی برخی دول نیز حاکی از آن است که برخی دعاوی مربوط به حقوق بین‌الملل بشرطه در نظام‌های قضایی ملی تجلی یافته است. رأی دیوان عالی کانادا در دعوای دادستان علیه خدر (Khadr) مورخ ۲۳ می ۲۰۰۸، رأی دیوان عالی اسرائیل در دعوای الف و ب علیه دولت اسرائیل مورخ ۱۱ ژوئن ۲۰۰۸، رأی شعبه تجدیدنظر ایالات متحده در دعوای اتحادیه قربانیان ویتنامی کارگزار اورنج دی اکسین علیه شرکت دوچمیکال مورخ ۲۲ فوریه ۲۰۰۸ و رأی دیوان عالی ایالات متحده در دعوای بومدین ات آل علیه بوش رئیس جمهور ایالات متحده مورخ ۱۲ ژوئن ۲۰۰۸ از جمله جدیدترین نمونه‌های این تجلی است.^۱

۲-۳. ضمانت اجراهای دو یا چندجانبه حقوق بین‌الملل بشرطه

ضمانت اجراهای چندجانبه یا جمعی حقوق بین‌الملل بشرطه عموماً توسط نهادهای بین‌المللی محقق می‌شود که در این میان، سازمان‌های بین‌المللی اعم از دولتی و غیردولتی و مراجع قضایی بین‌الملل، نقشی مؤثر و کارآمد دارند.

۲-۴. نقش سازمان ملل متحد در تضمین حقوق بین‌الملل بشرطه

ارکان مختلف سازمان ملل متحد را می‌توان حائز نقشی مؤثر در تضمین قواعد بشرطه دانست. مجمع عمومی بهمنزله تجلی گاه برابری اراده تمام دول عضو از طریق صدور قطعنامه‌ها می‌تواند جامعه بین‌المللی را متوجه ضرورت اجرای قواعد مورد بحث یا وجود موارد نقض آن در هر نقطه‌ای از جهان نموده و درخواست رسیدگی به موارد خاص را از شورای امنیت به عمل آورد. شورای امنیت به عنوان رکن اجرایی سازمان به سبب وظیفه خطیر حفظ صلح و امنیت بین‌المللی می‌تواند در مواجهه با هر مورد نقض قواعد بشرطه، آن را تهدیدکننده صلح و امنیت بین‌المللی تلقی نموده و توصیه یا تصمیم لازم را اتخاذ نماید. امکان به کارگیری فصل هفت منشور توسط شورا در تضمین قواعد مورد بحث نیز جایگاهی ویژه به این رکن بخشیده است. دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان رکن قضایی سازمان نیز با احراز قواعد بشرطه و شناسایی مسئولیت دول به سبب نقض آن قواعد که به مواردی از آن در بخش نخست این پژوهش اشاره رفت نقشی غیرقابل انکار دارد.

مهم‌ترین بحث در این زمینه، مبنای صلاحیت سازمان ملل متحد در تضمین حقوق بین‌الملل بشرطه است. در این خصوص برخی با اشاره به بند ۱ ماده ۳

^۱. ICRC, Op. Cit, pp. 799-802.

و مواد ۵۵ و ۵۶ منشور ملل متحد که مسئولیت تشویق احترام به حقوق بشر را بر عهده سازمان می‌گذارد مبنایی برای صلاحیت آن در توسعه قواعد بشردوستانه جستجو نموده‌اند. از این دیدگاه گرچه عبارت حقوق بشردوستانه در منشور به چشم نمی‌خورد، مفهوم حقوق بشر و آزادی‌های اساسی مذکور در آن در مفهومی موسع، حقوق حاکم بر مخاصمات مسلحانه یا حقوق بشردوستانه را نیز در بر می‌گیرد و هدف هر دو دسته از این قواعد، حمایت از شأن و کرامت انسانی است هر چند که فلسفه وجودی آن‌ها متفاوت است. استدلال دیگر در این زمینه آن است که هر مخاصمه مسلحانه، ذاتاً تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی بوده و لذا در صلاحیت ملل متحد قرار می‌گیرد و سازمان می‌تواند نسبت به نقض قواعد بشردوستانه به عنوان عوامل تهدیدکننده صلح، واکنش نشان دهد. اما به نظر می‌رسد که مبنای صلاحیت سازمان در این خصوص، برگرفته از متن قواعد بشردوستانه باشد^۱ که این امر در معاهدات بشردوستانه و قواعد عرفی بین‌المللی دارای قرینه‌هایی است. در این راستا ماده ۸۹ پروتکل الحاقی اول مقرر می‌دارد:

«در موارد نقض فاحش کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو یا پروتکل حاضر، طرفین معاهد متعهد می‌شوند که منفرداً یا مجامعاً به همکاری با سازمان ملل متحد مطابق با منشور بپردازنند».

این ماده سازمان را صالح به اتخاذ اقداماتی به منظور تضمین حقوق بین‌الملل بشردوستانه می‌نماید. این در حالی است که در سراسر منشور، اشاره‌ای به حقوق بشردوستانه نرفته است.^۲ اگرچه کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ فاقد این قاعده است، رویه دول در همکاری با سازمان، پیش از پروتکل ۱۹۷۷ را می‌توان در بردارنده قاعده‌ای عرفی در این خصوص قلمداد نمود. اقدام سازمان ملل متحد در این راستا هنگامی اهمیت می‌یابد که به این نکته عنايت شود که تعهد به تضمین مندرج در ماده ۱ مشترک و ماده ۱ پروتکل اول در هیچ‌یک از معاهدات دیگر از جمله معاهدات حقوق بشری وجود ندارد و لذا فقط در قلمرو کنوانسیون‌های چهارگانه و پروتکل اول است که اقدامات ملل متحد می‌تواند ناظر به تضمین حقوق باشد.

پس از بحث مبنای صلاحیت سازمان، شایسته است تضمین قواعد بشردوستانه را در آینه عملکرد ارکان آن به اختصار مرور نماییم:

^۱. پیشین، صص ۱۳۱-۱۲۷.

^۲. دلیل این امر شاید در این نکته نهفته باشد که انگیزه تدوین منشور، پیشگیری از وقوع جنگ به ویژه در مقیاس جهانی بوده و بدین منظور تسلیم به زور در منشور، منع شده است. در نتیجه، دیگر ضرورتی جهت پرداختن به حقوق بشردوستانه متصور نبوده است.

- شورای امنیت: این رکن ملل متعدد در وضعیت‌های گوناگون در قالب قطعنامه‌های متعدد، اجرای قواعد مورد بحث را از سوی دول درخواست نموده است. سرزمین‌های اشغالی فلسطین از جمله وضعیت‌هایی است که در چند قطعنامه شورا به آن پرداخته شده و اعمال کنوانسیون‌های ژنو در مورد آن در خواست شده است. این امر، نخستین بار در قطعنامه ۲۳۷ به سال ۱۹۶۷ متجلی می‌شود که ناظر به اسرای جنگی و اهالی سرزمین‌های اشغالی است. قطعنامه‌های ۴۴۶ در سال ۱۹۷۹، ۴۶۵ در سال ۱۹۸۰، ۶۸۱ در سال ۱۹۹۰، ۶۹۴ در سال ۱۹۹۱ و ۷۹۹ در سال ۱۹۹۲ از دیگر اقدامات شورا تلقی می‌شود.

جنگ ایران و عراق، بیانگر نمونه‌ای دیگر از اقدامات شوراست. در این زمینه قطعنامه ۵۴۰ به سال ۱۹۸۳ طرفین را به اجرای معاهدات ژنو فراخوانده و خواستار عدم حملات نظامی در مورد اهداف غیرنظامی می‌شود. قطعنامه‌های ۵۸۲ در سال ۱۹۸۶ و ۵۹۸ به سال ۱۹۸۷ از دیگر اقدامات شورا در مورد این مخاصمه مسلحانه بین‌المللی بوده است. در موارد دیگری از جمله جنگ عراق و کویت، سومالی، یوگسلاوی سابق، رواندا و بروندی نیز عملکرد شورا در مقام تضمین، مشهود است.

- مجمع عمومی: نقش مجمع را هم می‌توان در چهارچوب قطعنامه‌هایی ملاحظه نمود. قطعنامه‌های ۲۴۴۴ (۱۹۶۸)، ۲۴۴۳ (۱۹۶۸)، ۲۷۲۷ (۱۹۷۰)، ۲۸۵۱ (۱۹۷۱)، ۳۰۰۵ (۱۹۷۲) و... در این زمرة شایان ذکر است.

- دبیرکل: نقش دبیرکل را نیز در این زمینه نمی‌توان از نظر دور داشت. این نقش، بیشتر در قالب گزارش‌های این مقام قابل احراز است، از جمله گزارش ۱۹۶۹ که تعهدات بشردوستانه را تعهداتی مطلق توصیف کرده است.

۲-۲-۳. نقش سازمان‌های غیردولتی در تضمین حقوق بین‌الملل بشردوستانه

در این زمینه اشاره به دو سازمان بین‌المللی غیردولتی خالی از لطف نیست: کمیته بین‌المللی صلیب سرخ: کنوانسیون‌های ژنو، اختیارات متعددی برای این نهاد در نظر گرفته‌اند و به طور کلی کمیته نظارت بر عملکرد مתחاصمان از حیث اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه را بر عهده دارد. مواد ۹، ۱۰، ۱۱ و ۱۱، چهار کنوانسیون کمیته را هم‌پایه و بلکه جانشین دول در انجام وظایف بشردوستانه قرار می‌دهد^۱. اساسنامه صلیب سرخ در ماده ۵ اشاره دارد که کمیته باید وظایف محوله

^۱. ممتاز، جمشید، و رنجبریان، امیرحسین، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، نشر میزان، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۷۸.

از جانب کنوانسیون‌های ژنو را عهده‌دار شود از جمله تلاش برای اجرای کامل معاهدات ژنو و حفظ بی‌طرفی در مخاصلات مسلحانه. مواد ۹ و ۱۰ کنوانسیون‌های ژنو نیز معطی صلاحیت به کمیته در تضمین حقوق بشردوستانه به شمار می‌رود: «هیچ‌یک از مفاد کنوانسیون حاضر، مانعی در راه اجرای فعالیت‌های بشردوستانه از جانب کمیته بین‌المللی صلیب سرخ یا سایر سازمان‌های بشردوستانه به شمار نمی‌رود...».

در این راستا اقدامات کمیته به منظور تضمین را می‌توان بدین ترتیب بر شمرد:

- اقدامات فرازمانی: مانند اشاعه قواعد بشردوستانه و آگاهانیدن دول به ضرورت اجرای آن‌ها، به کارگیری مفهوم بسیج بشردوستانه جهت رعایت قواعد رعایت از جمله بهموجب قطعنامه ۲۴۴ کمیته در سال ۱۹۸۵ و ارائه خدمات مشورتی.
- اقدامات ویژه زمان مخاصمه: مانند واکنش در مقابل نقض قواعد بشردوستانه (از جمله دریافت شکایات دول جهت انتقال و تبادل یا اظهارنظر و انجام تحقیقات لازم)، دعوت از دول جهت رعایت و تضمین رعایت حقوق بشردوستانه و مساعی جمیله به منظور تعیین دولت حامی (در صورت عدم توجه طرفین به این امر یا اختلاف میان آن‌ها).
- کمیسیون بین‌المللی حقیقت‌یاب: تحقیق در زمینه ادعای نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه، مقدمه‌ای بر مرحله تعقیب و محکمه عاملان نقض این حقوق است. این روش به دو شیوه اجرا می‌شود: به صورت دوجانبه، که در کنوانسیون‌های ژنو پیش‌بینی شده و به شکل سازمان‌یافته و بین‌المللی، که ماده ۹۰ پروتکل الحاقی اول، سازوکارهای آن را معین می‌نماید.^۱ بهموجب مواد ۵۲، ۵۳، ۱۳۸ و ۱۴۹ معاهدات چهارگانه، امکان استفاده از روش تحقیق یا بازرگانی لحاظ شده است:
- «در صورت وجود هرگونه ادعای نقض معاهده حاضر، به درخواست یکی از متخاصلین و به ترتیبی که مورد توافق دول ذی‌نفع باشد، تحقیق و بازرگانی بین‌المللی صورت خواهد پذیرفت. در صورت عدم توافق در مورد ترتیب انجام رسیدگی، داوری به انتخاب طرفین جهت اتخاذ تصمیم در این خصوص تعیین خواهد شد».

ماده ۹۰ پروتکل الحقیقی اول، تحقیق را از لحاظ شکلی گسترش داده و نهادی بینالمللی با عنوان کمیسیون بینالمللی حقیقت یاب را پیش‌بینی می‌نماید. وفق بند ۲ این ماده، دولتها می‌توانند در زمان امضا، تصویب یا الحقیقی به پروتکل، ضمن

۱۸۲ ص، پیشین

صدور اعلامیه‌ای، صلاحیت کمیسیون را در مقابل هریک از دولتهای دیگری که این صلاحیت را پذیرفته باشند جهت تحقیق و بررسی چگونگی اعمال قواعد بشردوستانه به رسمیت بشناسند. از ویژگی‌های این نهاد آن است که هم دولت قربانی و هم دولتهای ثالث می‌توانند ادعای نقض را در آن مطرح نمایند.

۳-۲-۳. نقش دیوان بین‌المللی کیفری (ICC) در تضمین حقوق بین‌الملل

بشردوستانه

ماده ۸ اساسنامه رم که به جنایات جنگی اختصاص یافته است متنضم‌من چهار گروه از این جنایات است که دو قسم از آن مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و دو دسته دیگر متعلق به مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی است. جنایاتی که به‌موجب ماده مزبور به عنوان موارد نقض فاحش برشمرده شده است جرایم مندرج در کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی اول است. موارد نقض فاحش در کنوانسیون‌های چهارگانه، قلمرو محدودی داشته که در پروتکل اول توسعه می‌یابند. البته اساسنامه رم، برخی از این موارد نقض فاحش را جرم‌انگاری نموده است^۱ که این امر محدودیتی در تضمین قواعد بشردوستانه از طریق دیوان بین‌المللی کیفری تلقی می‌شود.

علت چنین رویکردی نسبت به نقض‌های فاحش مندرج در کنوانسیون‌های ژنو از سوی اساسنامه دیوان را باید در این واقعیت جستجو نمود که در جریان تدوین اساسنامه رم، تلاش بر آن بود تا جنایاتی به‌منزله جنایات جنگی در نظر گرفته شود که مبنای عرفی آن، مورد تردید نباشد. تفاوت اصلی اساسنامه با چهار کنوانسیون ژنو، این پیش شرط است که جنایات مزبور باید در ابعاد گسترده صورت گیرد تا در صلاحیت دیوان قرار گیرد. بر این اساس چنانچه شخصی مرتكب یک جنایت شود بر مبنای کنوانسیون‌های ژنو، جنایتکار جنگی تلقی می‌شود ولی به‌موجب اساسنامه دیوان، مجرم شناخته نمی‌شود.^۲

مطابق ماده ۱۱ اساسنامه رم، دیوان بین‌المللی کیفری فقط در خصوص جرایمی که پس از لازم‌الاجراشدن اساسنامه ارتکاب باید صلاحیت خواهد داشت. لذا پیش از

^۱. شیث، ویلیام، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه سیدباقر میرعباسی و حمید الهوئی‌نظری، انتشارات جنگل، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴، ص ۶۷.

^۲. ممتاز، جمشید، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در محاکمه افراد متهم به ارتکاب جنایات جنگی با تأکید بر آثار الحق یا عدم الحق جمهوری اسلامی ایران به اساسنامه دیوان، دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، ۱۳۷۸، ص ۲۶.

لازم الاجراشدن اساسنامه مزبور، جامعه بین المللی در مواجهه با نقض حقوق بشردوسانه بین المللی در صورت تمایل به تعقیب کیفری، این گزینه‌ها را پیش رو داشت: نخست آنکه محاکم بین المللی موردی (Ad Hoc) مشابه دیوان بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا تشکیل دهد. دوم آنکه محاکم بین المللی کیفری مختلط تشکیل دهد که از جوانبی با محاکم موردی مشترک است مانند وضعیت سیرالئون و کامبوج. سوم آنکه تعقیب مجرمان موردنظر به حاکمیت‌های ملی سپرده شود مشروط به آنکه محاکم ملی مایل یا قادر به محکمه باشند که این گزینه در مورد کوزوو و تیمور شرقی مدنظر قرار گرفت.^۱ لذا دیوان مزبور، محدودیتی از حیث جرایم ارتکابی پیش از لازم الاجراشدن اساسنامه دارد.

به طور کلی محدودیت‌های دیوان بین المللی کیفری عمدتاً از دو موضوع صلاحیت و قابلیت پذیرش ناشی می‌شود. صلاحیت دیوان، محدودیت‌هایی از جهت زمان، ماهیت و خط‌مشی سیاسی دارد. صلاحیت زمانی محدود به جرایمی است که پس از لازم الاجراشدن اساسنامه ارتکاب می‌یابد. محدودیت‌ها صلاحیت ماهوی دیوان را به بررسی شدیدترین جرایم بین المللی محدود می‌نماید. مطابق ماده یک اساسنامه رم، دیوان فقط در مورد «أشخاص برای جدی‌ترین جرایم دارای اهمیت بین المللی» صلاحیت دارد. ماده پنج، نسل‌زدایی، جرایم علیه بشریت، جرایم جنگی و جرم تجاوز را از جمله این مهم‌ترین جرایم فرض می‌کند. موضوع قابلیت پذیرش، قابلیت استماع مواردی را نزد دیوان از طریق اصل صلاحیت تكمیلی محدود می‌نماید. اساسنامه رم مستلزم آن است که دیوان در صورتی که قضیه توسط دولت دارای صلاحیت مورد تحقیق یا تعقیب قرار گرفته باشد، آن را غیرقابل استماع تلقی نماید مگر آنکه دولت مزبور نخواهد یا نتواند اقدام به تعقیب نماید یا قضیه پیش از آن توسط چنین دولتی مورد بررسی قرار گرفته و آن دولت تصمیم به عدم تعقیب اتخاذ نموده باشد.^۲

گذشته از محدودیت‌های فوق در مجموع، ایجاد و فعالیت چنین دیوانی نقشی ارزنده در تضمین اجرای حقوق بین الملل بشردوستانه در سطحی والاتر ایفا خواهد نمود چرا که از سویی آگاهی از وجود و عملکرد کیفری آن برای افراد دخیل در

¹. Mundis, Daril A., New Mechanisms for the Enforcement of International Humanitarian Law, *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, p. 934.

². Burke-White, William, A Community of Courts: Toward A System Of International Criminal Law Enforcement, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24, Fall 2003, pp. 6-10.

مخاصلات مسلحانه ایجاد بازدارندگی خواهد نمود و از سوی دیگر چنین محکمه‌ای باید از ایرادات و نارسایی‌های محاکم کیفری موردی مبرا باشد.

۴-۲-۳. نقش محاکم بین‌المللی کیفری اختصاصی یا ویژه (Ad Hoc)

منازعاتی نظیر آنچه در یوگسلاوی سابق و رواندا به وقوع پیوست، شورای امنیت را بر آن داشت که دیوان‌های خاصی را به‌موجب اختیار اتخاذ تصمیم جهت حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی بنیان نهاد. دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق (۱۹۹۳) در مورد نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو، نقض قوانین و عرفهای جنگ، نسل‌زدایی، جنایت علیه بشریت که از ژانویه ۱۹۹۱ در یوگسلاوی سابق واقع شده بود اختیار اعمال صلاحیت را داشت. مأموریت دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا (۱۹۹۴) قضابت در مورد نسل‌زدایی، جنایت علیه بشریت و نقض ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی دوم را که در رواندا واقع شده بود در بر می‌گرفت. از آنجاکه واکنش جامعه بین‌المللی به کشمکش در یوگسلاوی و رواندا به سبب ناتوانی در سطح نظامی و سیاسی، کند و ناهمگون بود، تأسیس دیوان‌های موردی به‌مثابه وسیله‌ای جهت پیشگیری از جرم، مدنظر قرار گرفت. آن گونه که شورای امنیت سازمان ملل متعدد نیز یادآور می‌شود (قطعنامه ۸۲۷ مورخ ۲۵ می ۱۹۹۳)، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق با این اعتقاد تأسیس شد که یک دیوان بین‌المللی کیفری می‌توانست به تضمین اینکه چنین نقض‌هایی متوقف و آثار آن به نحو مؤثری جبران شود، مساعدت نماید. به علاوه اساسنامه‌ای دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا نیز در ماده ۱ به تعقیب «نقض‌های فاحش حقوق بین‌الملل بشرطه» تصریح می‌کند که این امر نیز فی‌نفسه به تضمین قواعد بشرطه از جانب محاکم اختصاصی مربوط است.

در سال‌های بعد، دولتها در مواجهه با چنین مواردی ترجیح می‌دهند به دادگاه‌های دارای ترکیب مختلط (مرکب از حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی) متولّ شوند که چنین محاکمی از جمله در مورد سیرالئون، تیمور شرقی، کوزوو و کامبوج تشکیل شد. دلایل تشکیل چنین محاکمی از جمله آن است که پس از رفع وضعیت اضطراری موجود جرایم جدی و گسترده، محاکم افرادی که مسبب جرایم جنگی هستند، می‌تواند جهت جلوگیری از ارتکاب جرایم احتمالی گسترده مؤثر بوده ۱ و از این طریق موجبات تضمین حقوق بشرطه بین‌المللی را فراهم آورد.

¹. Ibid, p. 429.

نتیجه

بررسی مبانی تضمین در کنار راهکارها و ضمانت اجراهای نشان می‌دهد که نحوه ضمانت اجرا در حقوق بین الملل بشرطه شردوستانه نیز جدای از همان ترتیبات و روش‌های مرسوم حقوق بین الملل نیست: اجرای آن در وهله نخست با دولت‌هاست. آن‌ها هستند که باید تعهدات بین المللی خویش را ایفا نمایند. مسئولیت عدم ایفای تعهدات مزبور نیز با آن‌هاست. در عین حال اجرای قواعد حقوق بین الملل بشرطه شردوستانه به گونه‌ای دیگر نیز تضمین شده است که تا اندازه‌ای متمایز است و آن مسئولیت افراد در قبال عدم رعایت این قواعد است. نگاهی به راهکارها و ضمانت اجراهای مورد بحث، نشانگر آن است که برخی متوجه دول و پاره‌ای منحصر به افراد است. بدیهی است که در این زمینه نقش سازمان‌های بین المللی دولتی و غیردولتی و توابع آن‌ها چون سازمان ملل متحد، کمیته بین المللی صلیب سرخ، کمیسیون بین المللی حقیقت‌یاب و نیز نقش محاکم بین المللی کیفری چون دیوان بین المللی کیفری و محاکم بین المللی کیفری ویژه را نمی‌توان از نظر دور داشت.

گذشته از این اگرچه راهکارها و ضمانت اجراهای حقوق بشرطه شردوستانه در جدی‌ترین موارد، معطوف به نمونه‌های مذکور است، دکترین از پیش‌بینی نمونه‌های دیگر، فروگذار نکرده است؛ تا آن‌جاکه برخی^۱ تحریم اقتصادی، شرم‌نده‌سازی و اقدامات دیگری از این دست را به عنوان راهکارهای تضمین ملاحظه داشته‌اند.

با ملاحظه راهکارها و ضمانت اجراهای مورد نظر می‌توان دریافت که اکثر آن‌ها در متن قواعد بشرطه شردوستانه پیش‌بینی شده است (به عنوان نمونه اگر دولتی توان محکمه ندارد باید متهم را به دولت متقاضی واجد شرایط مسترد نماید). لذا گسترش حقوق بشرطه شردوستانه به لحاظ ماهوی می‌تواند گسترش ضمانت اجراهای آن را هم در پی داشته باشد و از آن‌جاکه این فرایند غیرقابل توقف است می‌توان در آینده چشم امید به راهکارها و ضمانت اجراهای نوینی داشت.

لکن نباید از یاد برد که گوناگونی راهکارها و ضمانت اجراهای مورد بحث که در نتیجه‌تکامل فرایند شکل‌گیری قواعد بشرطه شردوستانه عرفی یا معاهده‌ای جدید متكامل نیز هست و به این سبب می‌تواند قالب‌های جدیدی را به گونه‌های موجود راهکارها و ضمانت اجراهای بیفزاید، نافی مبنا و خاستگاه مشترک تضمین قواعد بشرطه شردوستانه بین المللی نیست. خاستگاه موردنظر جز آن نیست که دولتها نه تنها خود مکلف و

^۱. اخوان خرازیان، مهندس، «عمل حقوق بین الملل بشرطه شردوستانه در مخاصمه اخیر نوار غزه»، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی، شماره ۴۰، ۱۳۸۸، ص ۶۷.

متعهد به رعایت این قواعد (راهکارها و ضمانت اجراهای) هستند، تعهدی جهت ترغیب و تشویق و واداشتن دیگر دولتها به این قواعد نیز دارند. بنا به اهمیت این سلسله قواعد، هر دولتی حق دارد اجرای این قواعد را از دیگر دولتها مطالبه نموده و در صورت عدم ایفای آنها از جانب دولت دیگر، ضمانت اجراهای و راهکارهای مناسب را حسب مورد در مقابل دولت ناقض تعهد به کار گیرد.

آنچه عملی شدن تضمین موربدبخت را در معرض مخاطره قرار می‌دهد، توسل ابزاری و متأثر از منافع سیاسی به راهکارها و ضمانت اجراهای مزبور است؛ به این صورت که دولت متعهد به قاعده بشردوستانه اولیه، چنانچه منافعش ایجاب نماید، قاعده را رعایت نماید و دولت متعهد به ضمانت اجرا هرگاه به مصلحت بداند در مقابل نقض قاعده اولیه واکنش نشان دهد و درغیراینصورت، تعهد به تضمین را به سکوت برگزار نماید.

تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری نیز اگرچه صرفاً جهت رسیدگی به مهمترین و جدی‌ترین جرایم جنگی صلاحیت داشته و همه مواردی را که در حقوق بشردوستانه ضابطه‌مند شده، شامل نمی‌شود، حکایت از همگرایی^۱ حقوق بین‌الملل در مقابل ازهم‌گسیختگی^۲ آن دارد و گویای آن است که چگونه گرایشی از حقوق بین‌الملل یعنی حقوق بین‌الملل کیفری به یاری شاخه‌ای دیگر یعنی حقوق بین‌الملل بشردوستانه می‌شتابد و در این زمینه مؤثر واقع می‌شود.

¹. Convergence

². Fragmentation

فهرست منابع

الف - فارسی

- اخوان خرازیان، مهناز، «اعمال حقوق بین الملل بشردوستانه در مخاصمه اخیر نوار غره»، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی ، شماره ۴۰، ۱۳۸۸.
- باقرپور اردکانی، عباس، «تعهد عام دولت‌ها به رعایت و کسب اطمینان از رعایت حقوق بین الملل بشردوستانه توسط متخصصین»، سالنامه ایرانی حقوق بین الملل و تطبیقی، انتشارات گنج دانش، شماره دوم، ۱۳۸۵.
- خاک، روناک، «جرائمگاری خشونت جنسی در حقوق بین الملل کیفری»، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی، شماره ۳۹، ۱۳۸۷.
- زمانی، سیدقاسم، «جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین الملل»، مجله حقوقی، نشریه مرکز خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۲۲، ۱۳۷۷.
- شبث، ویلیام ا، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین المللی، ترجمه سیدباقر میرعباسی و حمید الهوئی نظری، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۴.
- شیایزرسی، کریانگ ساک، حقوق بین الملل کیفری، ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۳.
- صابری، هنگامه، ضمانت اجرا در حقوق بشردوستانه، چاپ اول، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، ۱۳۷۸.
- ضیایی‌بیگدلی، محمدرضا، حقوق جنگ (حقوق بین الملل مخاصمات مسلحانه)، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ۱۳۸۰.
- مدنی، سیدضیاء الدین، «الالتزام بین المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان؟»، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی ، شماره ۳۸، ۱۳۸۷.
- ممتاز، جمشید و رنجبریان، امیرحسین، حقوق بین الملل بشردوستانه، چاپ سوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷.
- ممتاز، جمشید، صلاحیت دیوان کیفری بین المللی در محاکمه افراد متهم به ارتکاب جنایات جنگی با تأکید بر آثار الحق یا عدم الحق جمهوری اسلامی ایران به اساسنامه دیوان، دیوان کیفری بین المللی و جمهوری اسلامی ایران، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸.

- هنکرتن، ژان‌ماری و لوئیس دوسوالدبك، حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی (جلد اول: قواعد)، ترجمه: دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.

ب - انگلیسی

- Burke-White, William, A Community of Courts: Toward A System Of International Criminal Law Enforcement, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24, Fall 2003.
- Cassedesse, Antonio, International Criminal law, *Oxford University Press*, 1st ed, 2003.
- Draper, G.I.A.D., War, Laws of, Enforcement, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, North-Holland Publishing Company, 1982.
- Gaston, E. L., Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and its Implications for International Humanitarian Law Enforcement, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, No. 1, Winter 2008.
- ICRC, National Implementation of International Humanitarian Law, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008.
- Kwakwa, E., The International Law of Armed Conflict; Personal and Material Fields of Application, Martinus Nijhoff Publishers, 1st ed, 1992.
- Mundis, Daril A., New Mechanisms for the Enforcement of International Humanitarian Law, *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001.
- Sepulveda, Cesar, Interrelationships in the Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law and Human Rights Law, *The American University Law Review*, Vol. 33, 1983.
- Zemanek, Karl, New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations, *Max Planck United Nations Yearbook*, No. 4, 2000.
- <http://www.ICJ-CIJ.org/idocker/ico/Judgment> (ICJ Reports).

**Formation of private prisons: A Comparative study
in Iran and United States**

Ahmad Haji Dehabadi / Morteza Jalilzadeh

Abstract:

In 18th and 19th centuries, American private prisons appointed condemned to hard works and used much benefit of prisoners but this cheap labors had very few facilities. Since the late 1970s, a new form of private prisons arrived to arena of prison. Although the prisons didn't have problems of privateprison but created new disadvantages. The disadvantages of human rights were very high and even more tragic as the traditional private prisons. In Iranian law, privatization of prisonwas followed by Adel A'bad and Vakil A'bad prisons. But problems aroused it closed the way for the privatization of prisons.

Keywords: private prisons, privatization, private guards, rights of prisoner.

**The Background of the Concept of Law in the Iranian
Constitutional Revolution:
From Absolutist to Regulatory Law**

Mohammad Rasekh / Fatemeh Bakhshi Zadeh

Abstract

Emergence of the concept of law in the Constitutional era should be considered as the result of intellectual endeavours of those thinkers who had striven to explain it long before the official date of the Constitutional Revolution (1906). Therefore, learning about intellectual and objective backgrounds and also about the first discussions and analyses on the nature of law will bear great insights. This paper shall deal with the development of idea of change in the political system in the pre-Constitutional time up to the Constitutional Revolution. This in fact reveals the process of emergence and evolution of the concept of law among the thinker or that era. It was not an accident that people sought a constitutional system and laws appropriate to this system. The existence of an unregulated (independent) absolute monarchy accompanied with an absolute law and then introduction of the idea of a regulated absolute monarchy along with the law as regulations were all background elements that contributed to the rise of a will for a constitutional system which in turn had occupied the mind of the main constitutional thinkers. Law for them was the law of a constitutional system. This understanding went serious changes later on.

Keywords: the concept of law, constitutionalism, absolute law, regulative law, unregulated absolute monarchy, regulated absolute monarchy.

Right to Counsel at the International Criminal Trials

Omid Rostami Ghazani

Abstract

Right to counsel is one of rights that in different countries legal proceedings and in international instruments on human rights accepted. This paper seeks to examine the defendant's right to counsel in criminal trials of international courts. In this regard, the right to counsel viewed in the criminal trials of the Nuremberg, Tokyo, Former Yugoslavia and Rwanda tribunals and the International Criminal Court. Explaining the need to respect the right to counsel as one of the human rights, presumption of innocence and equality of arms is issue of the first part of this research. Given the importance of this right in order to protect the defendant's personal interests and the interests of the international community (in international trials), and essential scientific and technical competence for lawyers, therefore the terms and conditions for obtaining the representation in international courts are expected that these terms and conditions are the issue of the second part of this article. The right to counsel during the pre-trial, trial and post-trail of international criminal courts proceedings is the subject of the third part of this research. In the fourth section of this article, various instances of the right to counsel are discussed.

Keywords: right to counsel, human rights, international criminal trials, International Criminal Court.

Evaluation of experts' opinion validity in view of Islamic Jurisprudence and law

Syed mohammad Hadi Saei / Maryam Saghafi

Abstract

The expert's opinion is a view of a specialist and professional person that a judge uses as useful tools for solving civil and criminal claims. This opinion is not special to nowadays law and before it was noticed as expert's idea for Islamic jurists in the Islamic jurisprudence texts. But today, with attention to specialization of science and fundamentals, it is feeling the importance of the institution more than before; in addition the rate of judge authority in acceptance or denial of the expert's opinion is very important for its effect to the result of claims. The importance of this discussion is more obvious when the expert's opinion is opposite to other reasons. So, the purpose of this paper is analyzing of expert's opinion in frame of legal and juridical presumptions and illustration of judge decides against this opinion that will happen in survey of legal and jurisprudence texts. So, several questions are arising among these discussions, for example is expert's opinion of legal or juridical presumption? How much is judge authority in acceptance of this opinion? With notice of precedent of expert's opinion in jurisprudence texts, what is the idea of Islamic jurists about it? To answer these questions, this survey considers the expert's opinion in analytical and comparative way. As a result, it is surveyed expert's opinion and rate of its credit in law, expert's idea and its credit in Islamic jurisprudence, presumptions and kind of suppositions and supposition of expert's idea and in finally duty of judge in applying of expert's opinion.

Finally, the results of surveying the above discussion and answering the questions are: expert's opinion is of juridical presumptions in law and absolute supposition in jurisprudence that it results of comparison of special supposition with legal presumption and absolute supposition with juridical presumption and so the judge is not in force to accept it absolutely, but when he states his reasons, he can refuse to accept it.

Compensation for Defloration in the Iranian Criminal law and Imamia's Jurisprudence

Kamran Mahmoodian Isfahani / Mahmood Malmir

Abstract

The conditions of redress and penalty for defloration have not been specified explicitly in the Iranian law. A discussion which often arises is about the conditions of the payment of arsh-ol-bekarah (bekarah=virginity) and mahr-ol-mesl in case of defloration. In this article, with the help of comparative study on the penal laws enacted in 1370 and 1392 (1991 and 2013) and analyzing the basics of jurisprudence and judicial decisions, we have come to the conclusion that the hymen has no wergild and if defloration is performed with harshness, and through intercourse, both mahr-ol-mesl and arsh-ol-bekarah have to be paid. In this case unlike arsh-ol-bekarah, which is lower than the complete wergild for a woman, the amount of mahr-ol-mesl may be higher and if no intercourse has taken place then only mahr-ol-mesl has to be paid. In this case mahr-ol-mesl cannot exceed the complete wergild for a woman. In unintentional offenses only mahr-ol-mesl – according to the Islamic penal code enacted in 1991 – is paid. In case of consented defloration the mahr-ol-mesl and arsh-ol-bekarah are variable.

Key words: defloration, arsh-ol-bekarah, mahr-ol-mesl, hymen, force.

**Implementations and Sanctions of International
Humanitarian Law with Emphasis on Common
Article 1 of Geneva Conventions 1949**

Syed Taha Moosavi Mirkolaei

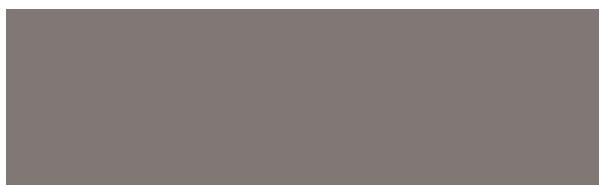
Abstract

International community, as the result of pains and tragedies arising from two World Wars in recent era, reasonably found that "Law is silent in war" and hardly sought to think about enforcement beside codification. Thus common article 1 of the 1949 Geneva conventions and its notions reiteration in the first protocol of 1977 can be treated as a progressive process that in addition to respecting the conventions provisions taking in to account its enforcement. After that all implementations and enforcements of international humanitarian law can be based upon that article. The role of this provision in the promotion of that implementations and enforcements is in so far as one can say a renaissance has happened to the protection of international humanitarian law. This article's goal is to evaluate this valuable role, although take in to account the ambiguities of the article in question.

Key words: international humanitarian law, to respect provisions, to ensure respect provisions, implementations, enforcements, common article 1.

Contents

Formation of private prisons: A Comparative study in Iran and United States	A
Ahmad Haji Dehabadi / Morteza Jalilzade	
The Background of the Concept of Law in the Iranian Constitutional Revolution: From Absolutist to Regulatory Law.....	B
Mohammad Rasekh / Fatemeh Bakhshi Zadeh	
Right TO Counsel at the International Criminal TrialsC	
Omid Rostami Ghazani	
Evaluation of experts' opinion validity in view of Islamic Jurisprudence and law.....D	
syed mohammad Hadi Saei / Maryam Saghafi	
Compensation for Defloration in the Iranian Criminal law and Imaamia's Jurisprudence.....E	
Kamran Mahmoodian Isfahani / Mahmood Malmir	
Implementations and Sanctions of International Humanitarian Law with Emphasis on Common Article 1 of Geneva Conventions 1949	F
Syed Taha Moosavi Mirkolaei	



The
Editorial
Board

Nejad Ali Almasi

Mohammad Ali Ardabili

Mohammad Ashouri

Rabiaa Eskini

Mohammad Javad Javid

Jafar Kousha

Ali Hossein Najafi Abrand Abadi

Sam Savadkouhi Far

The Judiciary's

*Law
Journal*

Scientific – research quarterly
The 77th year of publication/ no.83/ 2013 fall

<input type="checkbox"/> Concessionary /	The Judiciary
<input type="checkbox"/> Director-in – charge /	Alireza Amini
<input type="checkbox"/> Editor-in-Chief /	Hossein Mir Mohammad Sadeghi
<input type="checkbox"/> Executive Director /	Mehdi Sabouri Pour
<input type="checkbox"/> Circulation /	5000
<input type="checkbox"/> Price /	32000R
<input type="checkbox"/> Fax /	021-22091869
<input type="checkbox"/> Web Site /	www.jlj.ir
<input type="checkbox"/> E-mail /	majaleh_hoghooghi@jpri.ir

The Judiciary's

*Law
Journal*

Scientific – Research Quarterly

The 77th Year Of publication /
No. 83 / 2013 Fall