



ISSN : 2717-0225



فصلنامه

علمی تخصصی حقوق اشراق

شماره یکم مهر ۱۳۹۹

## مقالات این شماره:

برابری یا عدم برابری دیه زن و مرد

قوانین حاکم بر مجازات و جرائم اطلاعاتی و رایانه ای در بین الملل

بررسی مفهوم آزادی بیان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

حضانة از دیدگاه حقوق مدنی و فقه امامی و حقوق مرتبط

<https://eshraqlaw.itcz.ir>



سایت فصلنامه علمی  
تخصصی حقوق اشراق

<https://eshraqlaw.itcz.ir>

وزارت علوم تحقیقات فناوری  
دانشگاه پیامنور  
۹۹۴-۲۴۵

به نام یکتا خالق هسته

# سخن سردبیر

خدا را شاکریم که بار دیگر سعادت همنشینی در کنار دانشجویان و پژوهشگران را به ما داد تا بتوانیم در کنار ایشان یاد بگیریم و گامی برای توسعه علم برداریم، فصلنامه حقوق اشراق در جهت نشر مقالات تخصصی علوم انسانی ویژه حقوق تاسیس گردید و در کنار توزیع مجله سنتی آن به صورت چاپی و pdf برای ارتباط حداکثری با نیاز امروز وبسایت اینترنتی آن نیز راه اندازی شد. در این مسیر پر پیچ و خم آغاز و راه اندازی این مجله از زحمات جناب آقای حاج علی اکبری و جناب آقای دکتر موسوی تشکر و قدردانی میکنیم که حامی و یاریگر ما بودند. امید است بتوانیم در سایه الطاف الهی قدمی مثبت برای کشورمان برداریم.

فصلنامه علمه تخصصی حقوق اشراق  
تحت نظر دانشگاه پیامنور زنجان (خدابنده)  
صاحب امتیاز: مهدی محمدی

مدیر مسئول و سردبیر: مهدی محمدی  
هیئت علمه:

سرکارخانم دکتر سوناز نصیری

سرکار خانم دکتر اله مرادی

سرکار خانم دکتر حمزه لو

سرکار خانم دکتر بهاره اخوان

سرکار خانم دکتر عظیمه

جناب آقای دکتر فیروزی

جناب آقای دکتر فرهاد کرامت

جناب آقای دکتر رضا ذولقدر

مشاوران علمه فصلنامه:

جناب آقای حسن اسفرم

جناب آقای محمدرضا موسوی

طراحه و گرافیک: گروه فرهنگه غوسافت

ISSN : 2717-0225



ESHRAQ LAW  
Pnu Uni Law Journal

شماره یکم / مهر ۱۳۹۹

مقالات این شماره:

بررسی مفهوم آزادی بیان در قانون اساسی  
جمهوری اسلامی ایران..... ۸

حضانت از دیدگاه حقوق مدنی و فقه امامی و  
حقوق مرتبط..... ۸

برابری یا عدم برابری دیه زن و مرد..... ۲۲

قوانین حاکم بر مجازات و جرائم اطلاعاتی و  
ریانه ای در بین الملل..... ۳۷

آدرس دفتر: ایران، زنجان، دانشگاه پیامنور خدابنده  
تلفن: ۰۹۲۱۱۹۸۹۳۴۴  
ایمیل: qoosoft@gmail.com

شد.

مقدمه

از آنجا که انسان موجودی اجتماعی است و به سوی اجتماع و زندگی جمعی سوق داده شده، آزادی وی در درون ارتباطات اجتماعی نیز حائز اهمیت است و جامعه در مقابل تأمین حقوق و آزادیهای لازم و ضروری مسئول قلمداد می شود. در این مسیر غالباً به انسانهای انحصارطلب برمی خوریم که گوی سبقت را در بدست آوردن قدرت از دیگران ربوده اند و حقوق آحاد جامعه را در زیر سم ستوران قدرت، مورد تجاوز و تعدی قرار داده اند. آزادی در زیر لوای حمایت از آن مورد حداکثر تضییقات و تحدیدهای فراوان قرار گرفته و می گیرد. لذا می بینم واژه آزادی از دورترین زمانها در فکر و ذهن آدمی جلوه داشته و در افق آرزوهای وی می درخشیده و نسبت به از بین رفتن آن و محروم ماندن از آن عکس العمل ها نشان داده شده است. و پس از فراهم شدن محیط اجتماعی در استفاده از حقوق و آزادیهای که در شأن یک جامعه بشری است و غالباً پس از گذر از انقلابها، نهضتها و شورشهای مردمی حاصل شده، به صیانت از دستاوردهای مزبور از طریق تدوین اساسی ترین حقوق و آزادیهای انسان در قالب مجموعه مقرراتی به نام «قانون اساسی» به دست آمده است. چراکه اختیار و تسلط دولت بر آنها بر ارکان زندگی مردم یک جامعه در طول تاریخ متغیر بوده است. این تغییرات نه تنها به وسعت منطقه نفوذ دولتها ارتباط داشته بلکه به میزان مداخله مردم و نقش آفرینی آنها در رقم زدن سرنوشت خویش نیز مرتبط بوده است (احمدی، ۱۳۷۴). آزادی به هستی انسان کیفیتی خاص می بخشد و همانگونه که گفته شد از ابتدای هستی این دو (انسان و آزادی) با هم بوده اند. اما این آزادی در معنای مثبت آن یعنی «آزادی برای انجام کار» استعمال نمی شود، بلکه در معنای منفی آن یعنی «آزادی از چیزی» یا به طور دقیق آزادی از این قید که غرائز اعمال آدمی را تعیین کنند استعمال می شود.

نیاز به همبستگی با جهان و جهانیان جزئی از طبیعت انسان و رسیدن به مرحله فردیت منزلی غیرقابل اجتناب در مسیر رشد آدمی است ولی با آنکه نفع حقیقی شخص در فعالیت خودانگیخته و از قوه به فعل کشیدن استعدادات و همبستگی مبتنی بر احترام و استقلال متقابل است، بنابراین تحت بعضی شرایط در او جنبشی برمی خیزد که از آزادی بگریزد و به قدرتهای مختلف تسلیم شود (فروم به نقل از فولادوند، ۱۳۷۶). اسلام به عنوان یک دین جامع و کامل و حاوی دستوراتی که یارای پاسخگویی به نیازهای تمامی آحاد بشریت است از طرف ما مسلمانان مطرح می گردد. در مقام تبیین مستدل این دیدگاه لازم است نگارش ها در این مسیر سوق داده شود و تمامی همت لازم به گونه ای هماهنگ و متشکل در جهت

## بررسی مفهوم آزادی بیان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران سعید امینی

پیشگفتار

برای تدوین قانون اساسی مردم سالار، سه شیوه وجود دارد: الف: رهبران انقلاب یا هر حرکت تحول انگیز و بنیادین، ابتدا پیش نویسی به نام پیش نویس قانون اساسی تهیه می کنند و سپس آن را به همه پرستی می گذارند که در صورت تأیید ملت، قانون اساسی تلقی می شود بنابراین در این روش، قانون اساسی از پیش نویس و همه پرستی، تشکیل شده است. ب: همانند روش پیشین، رهبران انقلاب یا هر حرکت بنیادین، پیش نویسی تهیه می کنند و آن را در اختیار مجلس مؤسسان قرار می دهند تا در صورت تأیید، قانون اساسی کشور قلمداد شود.

ج: رهبران انقلاب یا هر حرکت تحول انگیزی همچون دو شیوه قبل، ابتدا پیش نویسی به نام پیش نویس قانون اساسی تهیه کرده آن را در اختیار مجلس مؤسسان می گذارند. اعضاء این مجلس مفاد این پیش نویس را بررسی و جرح و تعدیل می کنند و سپس متن مصوب را به همه پرستی می گذارند تا هر چه ملت تأیید کرد قانون اساسی کشور به شمار آید.

تعریف نظری آزادی بیان: آزادی بیان معیاری اساسی برای هر نوع جامعه چندصدایی و دموکراتیک است. نقض این آزادی همواره به نابودی سایر موازین حقوق بشر منجر می شود.

در اکثر موارد، استعمال آن به نبود قانونی حکومتی که محدودیت بیانی وضع کند، اشاره دارد. در اینجا «بیان» در مفهوم عام آن بکار رفته و شامل بیانهای زبانی و غیر زبانی (مانند بیان تصویری یا اشاره ای)، نوشتاری و غیر نوشتاری می شود؛ البته فلاسفه در تعریف بیان دقت می کنند تا گفتارهایی مانند «سوگند دروغ در دادگاه» را - علیرغم اینکه زبانی هستند - از حیطه بحث خارج کنند. مباحث آزادی بیان بجز «نبود قانون محدودکننده بیان» شامل موارد متفرقه دیگری هم می شود که به عنوان نمونه می توان از آزادی از فشارهای اجتماعی و یا تهدیدهای اقتصادی (مانند تهدید از دست رفتن تجارت، یا شغل)، سیاستهای ویرایشی یک ژورنال علمی، سیاست خرید کتاب یک کتابخانه، و واقعیتهای موجود در مورد بازتاب دیدگاههای مختلف در وسایل ارتباط جمعی نام برد.

آزادی بیان یکی از مسائلی است که در حین تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به آن توجه شده است. در این تحقیق نیز به صورت مبسوط به این مسئله پرداخته خواهد

طرح‌های اصلی انقلاب» به وجود آورد این کمیته شش نفری پیش‌نویسی با عنوان «پیش‌نویس قانون اساسی» تهیه کرد از سوی دیگر، از برنامه‌های دیگر دولت موقت این بود که مجلس به نام «مجلس بررسی نهایی قانون اساسی» تشکیل دهد و همچنین قرار شده بود که اعضاء این مجلس در مباحث محتوایی وارد نشوند و در نهایت همین پیش‌نویس به عنوان قانون اساسی تصویب شود و سپس این قانون به همه پرس‌ی گذارده شود و به تأیید نهایی ملت برسد به عبارت دیگر، آنان قصد اجرای شیوه سوم تدوین قانون اساسی نظام مردم‌سالار را داشتند.

۲. دیدگاه بعدی، دیدگاه حضرت امام (ره) بود که در نهایت قائلان به آن در عمل وارد مبارزه‌ای سیاسی و قانونی در برابر اندیشه دولت موقت شده بودند و سرانجام نیز محقق گردید. از نظر امام خمینی (ره) تدوین قانون اساسی دارای سه رکن بود: الف - پذیرش ملت، ب - اجتهاد مستمر فقها بر اساس کتاب و سنت معصومین (ع)، ج - تأیید ولی فقیه.

الف - پذیرش ملت: حضرت امام خمینی (ره) تأکید می‌فرمود که شیوه حکومتی مطلوب ملت مسلمان ایران، جمهوری اسلامی است. نه یک کلمه بیشتر، نه یک کلمه کمتر، حضرت امام دستور داد حوزه علمیه در آن سال، درسها را تعطیل کند و روحانیون به شهرها و روستا بروند و مزایا و برتری جمهوری اسلامی را نسبت به دیگر شیوه‌ها و مدل‌های حکومتی تبلیغ کنند. از این سوء مردم نیز با رأی بالایی خود در همه پرس‌ی دهم و یازدهم فروردین ماه ۱۳۵۸ با اکثریت ۹۸/۲٪ کلیه کسانی که حق رأی داشتند به جمهوری اسلامی رأی مثبت دادند. و نشان دادند که این شیوه حکومتی را می‌پسندند.

ب - اجتهاد مستمر فقها: حضرت امام (ره) فرمودند: فقها و اندیشمندان باید بنشینند و مجموعه قواعد و قوانین شریعت را که مربوط به ماهیت دولت، حکومت، حقوق ملت و ساختار دولت در اسلام است از منابع قرآن و روایت استخراج کنند و به تأیید رهبر و ولی فقیه برسانند. ایشان در این راه فرهنگ‌سازی کردند و نام آنرا مجلس «مجلس خبرگان» قانون اساسی نهادند. ج - تأیید ولی فقیه: مهر تأیید ولی فقیه بر قانون اساسی که به شیوه و با شرایط پیش‌گفته تدوین یافت، به قانون اساسی مشروعیت می‌بخشد.

قانون اساسی مطلوب حضرت امام (ره) دارای چنین ویژگی‌هایی است:

- الف - حمایت از قشرهای مختلف ملت به دور از تبعیض‌های ناروا.
- ب - پیش‌بینی نیازها و منافع نسل‌های آینده آن گونه که مورد نظر شارع مقدس است.
- ج - صراحت و روشنی مفاهیم.
- د - صراحت الگو و نمونه قرار گرفتن برای نهضت‌های اسلامی که

آگاهی بخشیدن به ملت‌هایی که تشنه دریافت حق و حقیقت بوده و عدالت را در درون مکاتب دست‌ساز بشریت و مکاتب دیگر نمی‌یابند، حرکت نماید. این مهم با ایجاد جمهوری اسلامی ایران و نمود جهانی یافتن امکان اداره یک جامعه در تمامی ابعاد بوسیله احکام اسلامی، از نقش بارزی برخوردار شده است. بررسی هر جنبه از جنبه‌های چنین جامعه‌ای هنگامی جامعیت لازم را خواهد داشت که مبانی اسلامی آن نیز مورد توجه قرار گیرد.

قانون اساسی به معنای بنیاد، قاعده، ساختار، اصل و اساس است. اولین بار در کشور و در زمان مشروطیت از مفاد درخواست مشروطه خواهان تدوین قانون اساسی بود که تحقق یافت. قانون اساسی به مجموعه قوانین و مقرراتی که درباره دولت، حکومت، قوای عمومی کشور و رابطه دولت با ملت بحث می‌کند اطلاق می‌گردد. این مجموعه، عنوان «فریضه» را دارد. بر اساس منشاء و نوع حاکمیت معمولاً قانون اساسی سه گونه شکل می‌گیرد:

۱. اگر حاکمیت فردی، مطلقه و استبدادی باشد قانون اساسی به عنوان یک هدیه و پیشکش از سوی پادشاه به ملت اهداء می‌شود. از نظر مردم سالاری چنین قانون اساسی‌ای ارزش حقوقی ندارد و نمی‌تواند قدرت و آزادی را یکجا جمع کند زیرا مشروعیت آن به شخص پادشاه بستگی دارد.

۲. نوع دوم، قانون اساسی قراردادی است در این نوع قانون اساسی حاکمیت بین پادشاه و ملت تقسیم شده است زیرا گاه دولتها مجبور می‌شوند حقوقی را برای ملتها در نظر بگیرند مانند قانون اساسی‌ای که بعد از فرمان مشروطیت تدوین شد در آن زمان مظفراالدین شاه بین یک دو راهی واقع شده بود یا باید از حکومت دست برمی‌داشت و یا حاکمیت و قدرت را بین خود و ملت تقسیم می‌کرد بنابراین می‌بینیم بعضی از کسانی که در آن زمان، قانون اساسی را تدوین می‌کردند منصوب پادشاه بودند و برخی نیز نماینده مردم.

۳. نوع سوم، قانون اساسی مردم‌سالار است که در آن، حاکمیت به شکل مطلق از آن ملت است و هیچ کس جز ملت نقشی در حاکمیت ندارد، حتی حکام ساز و کار تعریف شده‌ای دارند. تاریخچه تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

برای شناخت قانون اساسی هر کشور، باید تاریخچه تدوین آن را بررسی کرد، در مورد تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی، از اوایل انقلاب دو دیدگاه متفاوت وجود داشت.

۱. اولین دیدگاه: دیدگاه مهندس بازرگان و هم‌فکران اوست اینان در صدد تدوین قانون اساسی، دموکراتیک و مردم‌سالار بودند زیرا در آغاز پیروزی انقلاب بنا بر مصلحت اندیشی حضرت امام (ره)، شورایی انقلاب شکل گرفت، از سوی دیگر، دولت موقت از درون این شورا گروهی را به نام «شورای

در صدد ایجاد جامعه اسلامی هستند.

سرانجام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در یک مقدمه، چهارده فصل، یکصد و هفتاد و پنج اصل و یک خاتمه تدوین یافت و به تصویب بیش از دو سوم نمایندگان مجلس خبرگان قانون اساسی و ملت رسید. گفتنی است قانون اساسی پس از ۱۰ سال که انقلاب اسلامی گذشت و با کسب تجربیاتی احتیاج به بازنگری و تکمیل داشت این مهم طی حکمی در تاریخ ۱۳۶۸/۱۲/۴ از سوی امام خمینی (ره) خطاب به رئیس جمهور وقت آیت الله خامنه ای ابلاغ گردید تا ۲۰ تن از خبرگان کشور و ۵ نفر از نمایندگان مجلس در خصوص موضوعات رهبری، تمرکز در مدیریت قوای مجریه و قضائیه و صدا و سیما، تعداد نمایندگان مجلس، مجمع تشخیص مصلحت نظام، نحوه بازنگری در قانون اساسی و تغییر نام مجلس شورای ملی به مجلس شورای اسلامی طی دو ماه به شور و مشورت پرداخته و نتایج ومصوبات آن در همه پرسشی به تأیید ملت برسد.

اسلام و آزادی بیان

اسلام برای آزادی، هویت انسانی قائل است و انسان را دارای استعدادهای فراوان و تمایلات عالی انسانی می داند و همین استعدادها و تمایلات را منشأ آزادی انسان می شمارد و آزادی را بر اساس آن چیزی می داند که تکامل انسانی را ایجاب می کند و آزادی در این دید یک حق انسانی است و ناشی از استعدادهای انسانی و رهایی این استعداد و تمایلات عالی از هر نوع مانع و مزاحم و هموار بودن راه تکامل آن مفهوم صحیح آزادی در مکتب اسلام است. (عمیدزنجانی، ۱۳۷۳).

یکی از شعب آزادی، آزادی در بیان و قلم و اظهار نظر در مسائل اجتماعی و غیره است، و این مطلب در قرآن و سنت پیامبر معلوم و مشهود است. گرچه خلاف آن در جهان اسلام شایع و رایج بوده است و مسلمانان هیچ ارزشی برای این حق خود قائل نبوده اند و در احقاق و حفظ آن جدیت نکرده اند آزادی بیان در اسلام چنان حکمفرما بوده است که پیامبر اشخاصی را که با صراحت و هیچ پروایی حق خود را مطالبه و مواخذه می نمودند جدا می ستود و تشویق می فرمود چون می خواست این حکم را که ضامن تامین حیات با سعادت برای مسلمانان است در بین آن ها باقی بماند و تمام بشر در تمام اعصار به وجود آزادی، عدالت، و مساوات در شرع مقدس اسلام پی ببرند و هر صاحب حقی حق خود را شجاعانه و محابا طلب نماید زیرا عمده ترین اصل از اصول ترقی و تعالی وجود آزادی خصوصاً آزادی بیان و قلم و مطبوعات است.

البته آزادی بیان در سیره پیامبر اسلام محدودیت‌هایی داشت. وی پس از رسیدن به قدرت به هیچ عنوان برای کسانی که از اسلام انتقاد می کردند حق آزادی بیان قائل نبود و به شدت با آنان برخورد می کرد. نمونه های متعددی از شعری که بر

ضد اسلام شعر می سرودند و به دستور پیامبر اسلام به قتل رسیدند در تاریخ ثبت شده است.

آزادی بیان و حقوق بشر

امروزه آزادی بیان بصورت گسترده‌ای یکی از حقوق بشر تلقی می‌شود؛ بدین معنی که انسان‌ها «بخاطر انسان بودنشان» حق آزادی بیان دارند. بصورت تاریخی مفهوم حقوق بشر ریشه در مفهوم «حقوق طبیعی» دارد که خود تکامل یافته مفهوم «قوانین طبیعی» است. قوانین طبیعی مجموعه‌ای از اصول و قوانین رفتاری مناسب تصوّر می‌شدند که وجودی ذاتی و طبیعی برای آنها فرض می‌شد و معمولاً مشروعیت خود را از آنکه توسط خدا، و نه انسان‌ها، وضع شده‌اند کسب میکردند. این مفهوم در شکل تکامل یافته اش به مفهوم «حقوق طبیعی» بدل می‌شود که حقوقی برای انسان‌ها بدلیل وجود قوانین طبیعی ایجاد میکند. مثلاً جان لاک معتقد بود که قوانین طبیعی خدا ایجاب می‌کند که هیچکس به حیات، سلامتی، اموال و آزادی دیگران تجاوز نکند و بنابراین این «حق طبیعی» هر انسانی است که کسی به حیات، اموال یا آزادی‌های او تجاوز نکند. در قرن نوزدهم میلادی ایده «حقوق طبیعی» مورد انتقادات زیادی قرار گرفت؛ خصوصاً به دلیل اینکه طرفداران حقوق طبیعی آنچنان راجع به این موضوعات بحث میکردند که انگار وجود این حقوق و مالکیت آنها توسط انسانها واقعیت مسلم است. جرمی بنتام که ایده «حقوق طبیعی» را مزخرف و بی اساس می‌دانست، معتقد بود که تنها واقعیت تجربی، قوانینی است که در هر جامعه خاص حکومت‌ها وضع میکنند - طرفداران «حقوق طبیعی» تنها آرزو دارند که آن حقوق موجود باشند. امروزه فلاسفه استدلال‌ات فراوانی در توجیح حقوق بشر (که شکل نوین و گسترش یافته مفهوم حقوق طبیعی است) فراهم کرده‌اند؛ تقریباً در هر فلسفه اخلاق می‌توان از شکلی از حقوق بشر دفاع کرد. بسته به فلسفه اتخاذ شده، مبنای حقوق بشر می‌تواند احترامی که باید به انسان‌ها گذاشت، مالکیت او بر خودش، فواید ذاتی این حقوق و غیره قرار داد. وسعت استدلال‌های موجود این فایده را دارد که طیف‌های فکری مختلف را در مفهوم کلی حقوق بشر در کنار هم جمع می‌کند. اما تعدد استدلال‌ها مشکل‌زا نیز هست. نظریات و فلسفه‌های مختلف دسته بندی‌های مختلفی از مفاد حقوق بشر ارائه می‌کنند.

آزادی بیان در جوامع امروزی

امروزه توافقی عمومی وجود دارد که باید برای آزادی بیان حد و مرز مشخص کرد. تمامی جوامع بشری محدودیت‌هایی را بر آزادی بیان وضع می‌کنند، و دلیل این امر این است که اعمال بیان همواره عملاً در رقابت با ارزش‌های دیگر قرار می‌گیرد. جان استوارت میل معتقد به وجود نزاعی دائمی بین

معنا که در سایه این نوع آزادی است که سایر آزادی های دیگر به وجود می آیند.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز حقوق و آزادیهای فردی را در فصلی تحت عنوان «حقوق ملت» مورد حمایت قرار داده است، آزادی عقیده و بیان نیز از زمره همین حقوق و آزادیها است که در اصول ۲۳ و ۲۴ قانون اساسی تضمین شده اند. در این پژوهش تلاش شده است، ضمن تشریح آزادی عقیده و بیان از دیدگان قانون اساسی، مبانی و محدودیت های آن نیز مورد مطالعه قرار گیرد. مضافاً اینکه با توجه به اسلامی بودن نظام کوشش شده است که به مسائلی همچون ارتداد، جهاد ابتدایی، و جزیه که ممکن است در نگر اول با اصل آزادی عقیده و بیان متضاد جلوه کند، پاسخ داده شود. در خاتمه، یک نگاه تطبیقی در خصوص حقوق بشر از دیدگاه جمهوری اسلامی ایران (اسلام) و دیدگاه اعلامیه حقوق بشر (غرب) به طور کلی آزادی عقیده و بیان به طور خاص از این دو دیدگاه مورد بررسی قرار گیرد. با این همه می توان گفت که آزادی عقیده و بیان با توجه به معیارهای اعلامیه جهانی حقوق بشر و جامعه بین المللی از یک سو و اصول اسلامی و شرایط جامعه دموکراتیک ایران از سوی دیگر، توأماً وضع و اعمال شده است (بیتانه، ۱۳۸۰).

منابع:

- احمدی، سید محمدصادق (۱۳۷۴). آزادی عقیده و بیان در نظام جمهوری اسلامی ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران. دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- بیتانه، مسعود (۱۳۸۰). آزادی عقیده و بیان از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تطبیق آن با اعلامیه جهانی حقوق بشر. دانشگاه شیراز
- عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۷۳). فقه سیاسی. جلد ۱، ص ۵۵۳.
- غروی، محمدجواد. (۱۳۷۷) مبانی حقوق در اسلام، سید محمد جواد غروی، نشر جهاد دانشگاهی، مبحث حقوق دولت و ملت، بخش آزادی در بیان و احقاق حق
- فروم، اریش، (۱۳۷۶). گریز از آزادی، ترجمه ی عزت اله فولادوند، انتشارات حبیبی

تقاضاهای آزادی و تقاضاهای حکومت بود؛ و اما آخری را بدون اولی نمی تواند وجود داشته باشد. بگفته میل «تمام چیزی که وجود را برای ما ارزشمند می کند اعمال محدودیت هایی بر رفتار دیگران است. بنابراین برخی قوانین رفتاری باید تحمیل بشود. این تحمیل در وجهه اول باید توسط قوانین انجام شود، و در مرحله بعد توسط نظرات در موارد گوناگون در جاهایی که اعمال قانون ممکن نباشد». بعقیده استانی فیش، آزادی بیان ارزش مستقلى نیست، بلکه یک جایزه سیاسی است؛ آزادی بیان ارزشش را از این بدست می آورد که به خوبی هایی مفروض منجر می شود.

در دفاع از آزادی بیان مطلق برخی اینگونه استدلال می کنند که محدود کردن آزادی بیان این خطر را دارد که در سطح شیب داری قرار می گیریم که باعث می شود به سمت سانسور کردن و ظلم لغزش کنیم. دیوید وان میل در پاسخ می گوید که هیچ گزینه دیگری وجود ندارد، و ما همواره الزاماً در روی سطح شیب دار هستیم، چه آن را دوست داشته باشیم و چه دوست نداشته باشیم. ممکن است که تصمیم بگیریم که چقدر روی این سطح شیب دار بالا یا پایین برویم ولی همواره روی سطح شیب دار خواهیم بود. بعلاوه استدلال سطح شیب دار را می توان بگونه ای دیگر بیان کرد که نتیجه دقیقاً معکوس بدهد: می توان اینگونه استدلال کرد که ما هیچگاه نباید جلوی دخالت حکومت را بگیریم زیرا زمانی که این کار را بکنیم در سطح شیب داری قرار می گیریم که به سمت انارشیسم و بی نظمی، و وضع طبیعی متمایل می شویم.

بگفته فیلسوف دیوید وان میل از آنجایی که آزادی بیان در قالب فوایدی که بهمراه می آورد ارزشمند می شود، محدود کردن آن نیز باید بوسیله فوایدی که بهمراه دارد توجیه شود. نکته دیگری که وجود دارد این است که بیان بر خلاف برخی از اعمال کاملاً قابل محدود کردن نیست؛ اگر حکومتی بخواهد جلوی موتورسواری را بگیرد میتواند تمامی موتورها را جمع کند، ولی در مورد صحبت، حداکثر افراد را پس از اینکه صحبت کرده اند میتواند مجازات کند. بنابراین بحث بر سر محدود کردن بیان نبوده، بلکه بر سر تصمیم گیری هزینه دار کردن آن است. مهمترین و جدی ترین این هزینه مجازاتی قانونی (مانند جریمه مالی یا زندانی شدن) که انجام آن امر به دنبال دارد است. علاوه بر این اجتماع خود نیز نقش کنترلی در محدود کردن بیان بازی می کند. مثلاً ممکن است شخصی از بیان چیزی امتناع کند چون فکر می کند که مورد استهزا و یا خشم افراد دیگر جامعه قرار می گیرد.

آزادی بیان در قانون اساسی ایران

آزادی عقیده و بیان از موضوعات بسیار مهم حقوق اساسی هر کشوری است و مادر بسیاری از آزادی های دیگر است. به این

## حضانة از دیدگاه حقوق مدنی و فقه امامی و حقوق مرتبط معصومه چعب فر

چکیده

مانند خوراک و پوشاک و شستشو و پوشانیدن البسه و بردن آن نزد پزشک و غیره. به عبارت دیگر، حضانة اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است. نظر مشهور در فقه (متأخرین شیعه) آن است که پایان حضانة در پسر دو سالگی و در مورد دختر هفت سالگی میباشد. فقهای سلف، برخی به طور مطلق، چه در مورد دختر و چه در مورد پسر، اظهار داشتند: حضانة با مادر است. مادامی که مادر پس از مرگ همسرش شوهر نکرده باشد. برخی نیز درباره پسر، هفت یا هشت سالگی، و درباره دختر را تا زمانی که مادر شوهر نکرده باشد را پایان حضانة دانستند. قابلیت اسقاط حضانة فرزندان طلاق، تابع ماهیت فقهی آنست. باید دید آیا حضانة حق است تا قابل اسقاط باشد یا حکم است و غیر قابل اسقاط. در نظر عرف، گاهی افراد حاضرند هزینه سنگینی را بپردازند تا از مسئولیت حضانة کودک رهایی یابند، در نظر آنان حضانة تکلیف است. برخی مواقع نیز افراد حاضرند مبالغ بسیاری را بپردازند تا حضانة طفلشان را بدست آورند. این افراد به حضانة به چشم امتیاز و حق مینگرند. حال باید دید نظر فقه و حقوق موافق کدام طرف است

### تعاریف

حضانة: حضانة در لغت، به معنای «پروردن و پرورش دادن» است. در قانون مدنی حضانة تعریف نشده اما از مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۸ قانون مدنی می‌توان استنباط کرد که حضانة به معنای «مرایت، تربیت و نگهداری از کودکان توسط والدین یا خویشان آنان» است.

به موجب ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانة هم حق و هم تکلیف والدین است. شاید این کلام قانون‌گذار برایتان قدری عجیب و نامفهوم باشد و از خود سؤال کنید که چه‌طور یک موضوع هم می‌تواند حق باشد و هم تکلیف، زیرا ما معمولاً حق را در مقابل تکلیف قرار می‌دهیم. پس اجازه بدهید برایتان توضیح دهیم. حضانة در واقع یک موضوع دو وجهی یا دو چهره‌ای است. از یک طرف، پدر و مادر کودک که او را به این دنیا دعوت کرده‌اند، در قبال او مسئولیت دارند

مفهوم حقوقی حضانة قانون تعریفی از «حضانة» ارائه نداده است، حتی قانون مدنی که بیشترین مباحث حضانة را مطرح کرده است نیز از کنار آن گذشته است به عقیده برخی از حقوقدانان حضانة عبارت است از اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که در تعریف «حضانة» دو عنصر دیده می‌شود یکی نگهداری و دیگری تربیت. از این رو نباید

حضانة نوعی ولایت و سلطنت بر کودک و مجنون به منظور نگهداری و تربیت آنهاست. این امر از حقوق و تکالیف والدین به شمار می‌رود. موضوع حضانة از مباحث پیچیده حقوق خانواده است و با وجود مطالعات گسترده فقها و حقوق دانان، هنوز مسائلی از آن ناشناخته مانده است. بر این اساس، در نوشتار حاضر حضانة کودک از دیدگاه فقه امامیه و اهل سنت و قانون مدنی ایران طی سه بخش شامل مباحثی چون: مفهوم شناسی، فلسفه حضانة، تربیت کودک، شرایط و موانع حضانة به روش توصیفی مورد بحث قرار گرفته است. اهم عناوین این پژوهش عبارتند از: کلیات شامل مفهوم شناسی حق، ولایت و حضانة در لغت و اصطلاح فقهی و حقوقی؛ مبانی نظری حضانة مشتمل بر فلسفه حضانة، شرایط و موانع حضانة؛ مستحقین امر حضانة و زمان پایان آن؛ کاستی‌ها و اشکالات در قوانین مربوط به حضانة در بخشی از نتیجه آمده است: حضانة به معنای ولایت بر طفل و مجنون به جهت تربیت، نگهداری و هر کاری است که به مصلحت او باشد زیرا فلسفه و هدف اصلی از حضانة، نگهداشت مصلحت کودک است. حضانة نسبت به مادر حق است و نسبت به پدر هم حق است و هم تکلیف. یعنی مادر میتواند حضانة طفل را قبول نکند ولی پدر نمیتواند. حضانة با ولایت تفاوت دارد زیرا حضانة ناظر به نگهداری کودک است اما ولایت، مربوط به نظارت بر اموال و ازدواج اوست. هر چند رابطهای مستقیم بین آنها برقرار است بدینصورت که میزان توان مالی کودک و چگونگی مصرف آن در چگونگی حضانة، تأثیر می‌گذارد.

مقدمه

حضانة از ریشه «حضن» به معنایی دامن گرفته شده که کنایه از نگهداری و پرورش فرزند خردسال در دامن مادر است، میباشد این حق از مادر آغاز میشود و اختلاف در پایان این حق است. نگهداری طفل عبارت از به کار بردن وسایل لازم برای بقاء و رشد و نمو و بهداشت جسمی و روحی طفل میباشد.



طلاق ذکر شده است .  
 شیخ طوسی (متوفی ۴۶۰) در الخلاف احکام حضانت را با کاربرد این واژه، در باب‌های طلاق و نفقه و جز این‌ها آورده است (۴) (۴)  
 وی همچنین در المبسوط با عنوان «فی أَنَّ الْأَبَوَيْنِ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ» احکام حضانت را مطرح کرده است.

پس از او، فقهای امامیه بخشی از مباحث نکاح و طلاق را به حضانت اختصاص داده‌اند  
 ماهیت حقوقی

درباره ماهیت حقوقی حضانت و این‌که آیا حضانت حق حاضن است یا محضون یا اصولاً از مقوله حقوق نیست، در منابع فقهی و حقوقی بحث شده است. از عبارات فقها برمی‌آید که آنان حضانت را نوعی حق برای حاضن می‌دانسته‌اند، زیرا از آن با تعبیر حق حضانت سخن گفته‌اند

همچنین بسیاری از فقهای متأخر تصریح کرده‌اند که اسقاط‌پذیر بودن حضانت، که در برخی احادیث هم تأیید شده است

، نشان می‌دهد که حضانت نوعی حق است نه حکم؛ از این‌رو، قابل نقل و انتقال هم هست  
 از برخی احادیث و فتوای فقهی نیز می‌توان دریافت که حضانت حق مادر است و وی می‌تواند از پذیرفتن آن خودداری کن

در حدیثی نبوی نیز پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم حضانت کودک را حق مادرش دانسته است، مشروط بر آن‌که وی مجدداً ازدواج نکند  
 حکم فقهی حضانت

برخی فقهای مالکی و امامی، حضانت را نوعی واجب کفایی دانسته‌اند به این معنا که با پذیرش حضانت کودک از سوی یک نفر، این تکلیف از عهده دیگران برداشته می‌شود، مگر این‌که کسی جز مادر یا جز پدر برای حضانت کودک وجود نداشته باشد که در این صورت نگهداری کودک بر آنان واجب عینی است.

این نظر را می‌توان مؤید نظریه‌ای دانست که حضانت را بنفسه نوعی حق اولویت برای حاضن می‌داند، همچنان که تعبیر اولویت نیز در سخنان فقها بسیار به چشم می‌خورد، ولایت بودن حضانت نیز چنین مفهومی را در بر دارد .

در برابر، این دیدگاه در فقه اسلامی مطرح شده است که حضانت در واقع حق طفل (محضون) به شمار می‌رود، زیرا خودداری والدین و هر حضانت‌کننده دیگر از حضانت کودک

گمان کرد که واژه «سرپرست» مترادف با «حضانت» نیست بلکه با مفهوم «نگهداری» نیز مطابقت دارد چرا که «نگهداری» یکی از عناصر حضانت است نه تمام آن، عنصر دیگر حضانت، تربیت است، به همین سبب عنوان «سرپرستی» در تمام ابعادش شامل هر دو عنصر حضانت می‌شود. آیا حضانت حق است یا تکلیف و یا هر دو؟ اگر حضانت را مطلقاً حق بدانیم در آن صورت والدین در اعمال آن مختار خواهند بود و تعهدی در قبال اطفال نخواهند داشت، البته برخی، حضانت را حقی نه برای والدین، بلکه برای صغیر قلمداد کرده اند که در واقع، همان تکلیف برای والدین خواهد بود  
 مفهوم فقهی حضانت

از تعریف فقهاء در مورد حضانت می‌توان گفت که مفهوم فقهی آن از معنای لغوی دور نشده است. شهید ثانی در تعریف حضانت می‌گوید حضانت به فتح حا، سرپرستی بر طفل و دیوانه و انجام آنچه که به مصلحت وی است از قبیل نگهداری و گذاردن در رختخواب و برداشتن و شستن لباس او و مانند آن می‌باشد. (۴)

دکتر وهبه الزحیلی در تعریف حضانت می‌نویسد: حضانت، شرعاً تربیت فرزند به دست کسی است که حق حضانت از آن اوست. و یا به تربیت و نگهداری کسی مانند کودک خردسال و بزرگسال دیوانه ای که به خاطر درک ضعیف، به تنهایی نمی‌تواند امورش را اداره کند حضانت گفته می‌شود به این صورت که شئوون آنها را رعایت کرده و تدبیر طعام و لباس و خواب و نظافت و شستشوی آنان و لباسشان و مانند آن را در سن معین عهده دار شود

واژه عربی حضانت (با فتح یا کسر حاء)، از ماده حَضَن، به معنای حفظ و نگاهداری کردن، در آغوش گرفتن و پرورش دادن است.

حضانت در اصطلاح فقه عبارت است از حق یا مسئولیت نگاهداری یا پرورش دادن هر کسی که نیاز به مراقبت دیگران دارد، مانند کودک و مجنون، و انجام دادن آنچه برای حفظ سلامت جسمی و پرورش روحی او ضروری است  
 به کسی که حضانت را برعهده دارد حاضن برای مرد یا حاضنه برای زن و به کسی که مورد حضانت قرار می‌گیرد، محضون گفته می‌شود.

قوانین کشورهای اسلامی، و به تبع آن حقوق دانان، حضانت را در معنای فقهی آن به کار برده‌اند.

منابع فقه امامی

در منابع فقه امامی، ابتدا بدون تصریح به لفظ حضانت و با تعابیری دیگر در باب طلاق، حکم نگاهداری کودک پس از

در برخی احادیث نیز به وجود نداشتن حق سرپرستی برای پدر در صورتی که برده باشد، تصریح شده است. به نظر برخی فقهای اهل سنت، بین برده و آزاد فرقی وجود ندارد. اینان به عموم ادله و تفاوت نداشتن نگاهداری کودک در این دو صورت استناد کرده‌اند.

#### ← سلامت جسمانی

از دیگر شرایط حضانت‌کننده، داشتن سلامت جسمی و توانایی بر نگهداری طفل است. برخی با استناد به حدیثی نبوی، هرگونه بیماری که حاضن را از نگهداری طفل باز دارد، موجب سقوط حق حضانت او دانسته‌اند،

اما برخی دیگر از فقها، به سبب اطلاق ادله حدیثی و اصل عدم سقوط حضانت و نیز امکان استفاده حاضن از مساعدت دیگران تا زمان بهبود، به بقای حق حضانت حاضن بیمار فتوا داده‌اند.

از دیدگاه فقها، نگاهداری کودک در جایی که بیم خطر و ضرر برای کودک می‌رود، حق حضانت را ساقط می‌کند.

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی به خطر افتادن سلامت جسمی یا روحی طفل را موجب سقوط حق حضانت دانسته است که از جمله مصادیق بارز آن زمین‌گیری و بیماری‌هایی است که حاضن را از نگهداری و تربیت کودک ناتوان می‌سازد.

#### ← شایستگی اخلاقی

داشتن شایستگی اخلاقی از شروط دیگر حاضن است، زیرا کودک از اخلاق کسی که حضانت او را برعهده دارد، تأثیر می‌پذیرد و انحطاط اخلاقی حاضن، تربیت کودک را به خطر می‌اندازد. بیشتر فقها با ذکر ضرورت امین یا معتمد (ثقه) بودن حاضن، به این شرط اشاره کرده‌اند

و برخی دیگر از لزوم احراز عدالت حاضن سخن گفته و شماری از فقها

ضرورت فاسق نبودن وی را شرط دانسته‌اند. عده‌ای از فقها بدین استناد که نگاهداری طفل تنها به عواطف مادری نیاز دارد و عدالت لازم نیست، این شرط را نپذیرفته‌اند.

در باره شرط ایجابی عدالت یا سلبی فاسق نبودن حضانت‌کننده، ظاهراً فقها پیش‌تر به فلسفه حضانت توجه داشته‌اند نه به نص شرعی خاص.

#### ← مسلمان بودن

موجب مرگ یا ضرر رسیدن به طفل می‌شود. در این صورت، حضانت، بیشتر نوعی تکلیف برای حاضن است تا دربر دارنده حقی برای او.

به نظر فقها در مواردی مادر یا پدر طفل نمی‌توانند از پذیرفتن حضانت کودک تن زنند و نگاهداری کودک بر آنان لازم است بر این اساس، می‌توان بر آن بود که حضانت در واقع هم حق کودک را تأمین می‌کند و هم حق حاضن را، زیرا اعطای نوعی ولایت و اختیار به حضانت‌کننده و دارای هر دو جنبه است. برخی حقوق‌دانان نیز به این ویژگی حضانت توجه کرده و آن را دربر دارنده هر دو جنبه و آمیزه‌ای از حق و تکلیف دانسته‌اند. شرایط حاضن

حضانت معمولاً برعهده والدین و گاهی برعهده دیگر خویشاوندان و وصی قرار می‌گیرد. فقها برای کسی که حضانت را برعهده می‌گیرد، شرایطی را لازم شمرده‌اند .

#### ← عقل

از جمله این شرایط، عقل است، زیرا مجنون قادر به انجام دادن تکالیف خود نیست و سرپرستی او را فرد دیگری برعهده دارد.

#### برخی فقها

بین مجنون اطلاق (دائم) و ادواری، در محرومیت از حضانت تفاوتی نگذاشته‌اند، مگر آن‌که عارضه جنون در مجنون ادواری به‌ندرت اتفاق افتد یا مدت آن کوتاه باشد، اما برخی فقها بر آن‌اند که جنون ادواری حتی اگر زیاد اتفاق افتد، به استناد اطلاق ادله، مانع حضانت نیست. ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی بر شرط عقل تصریح کرده است و برخی حقوق‌دانان میان مجنون ادواری و دائم تفاوت قائل نشده‌اند.

#### ← بلوغ

شرط دیگر لازم برای حضانت، بلوغ است، زیرا حضانت نوعی ولایت به شمار می‌رود. البته در موردی که حضانت برعهده پدر یا مادر باشد، ذکر نمودن این شرط لازم نیست و شاید به همین دلیل برخی فقهای شیعه آن را مطرح نکرده‌اند. با این همه، بر مبنای این‌که اهل سنت اصولاً زنان خویشاوند را در حضانت مقدم بر مردان می‌دانند، این شرط معقول است. مثلاً، در صورت وجود عمه یا خاله نابالغ از یک سو و پدر یا جد پدری از سوی دیگر، شرط بلوغ معنا پیدا می‌کند.

#### ← آزاد بودن

آزاد بودن (برده نبودن) حاضن، شرط دیگر حضانت است که آن را در میان فقهای امامی اجماعی دانسته‌اند، زیرا حضانت نوعی ولایت است و برده بر انسان آزاد ولایت ندارد.

خطر اندازد، ممنوع است.

← ازدواج نکردن مادر با کسی جزء پدر (شرط اختصاصی)

شرط دیگر حضانت‌کننده، که در واقع شرط اختصاصی برای حضانت مادر است، ازدواج نکردن او با شخصی جز پدر کودک است. فقهای امامی، با استناد به احادیث،

ازدواج کردن مادر کودک را با شخصی جز پدر او ساقط‌کننده حق حضانت دانسته‌اند. برخی فقها دلیل این حکم را اشتغال مادر به حقوق زوج دوم و در نتیجه بازماندن او از نگهداری شایسته کودک دانسته‌اند

به نظر فقها، ازدواج مادر در زمانی که وی عهده‌دار حضانت است با هر مردی غیر از پدر کودک، حق تقدم او را در حضانت، تنها در برابر پدر کودک ساقط می‌کند؛ به همین دلیل، در صورت فوت پدر، حق اولویت حضانت با مادر است، نه وصی پدر یا اشخاص دیگر، حتی اگر شوهر دیگری اختیار کرده باشد.

به تصریح شهیدثانی،

رضایت شوهر دوم، در بقای حضانت مادر تأثیری ندارد، زیرا نصوصی که بر سقوط حق حضانت مادر در صورت ازدواج دلالت می‌نمایند، مطلق‌اند. به علاوه، ممکن است شوهر دوم از اجازه‌ای که داده صرف‌نظر کند و در نتیجه، حضانت کودک مختل شود. طبق ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی، شوهر کردن مادر از موانع حضانت است.

فقیهان اهل سنت ازدواج مادر با خویشاوند محرم کودک را از موانع حضانت مادر ندانسته‌اند.

به نظر شافعیان، ازدواج مادر با یکی از محارم کودک نیز فقط در صورتی که پدر به حضانت طفل توسط مادر رضایت دهد، موجب ساقط نشدن حضانت مادر می‌شود.

یکی دیگر از شروطی که شافعیان و مالکیان در حضانت دختر به آن پایبندند، محرم بودن حاضن با اوست.

برگشت حق حضانت بعد از احراز شرایط

هرگاه کسی که یکی از شرایط مقرر برای حضانت را در فقه اسلامی ندارد، آن شرط را احراز کند، به نظر بیشتر فقهای شیعه و اهل سنت، شایستگی حضانت را پیدا می‌کند، مانند بهبود بیماری مسری، مسلمان شدن کافر و زوال جنون. در حدیثی هم به این مطلب تصریح شده است،

شرط دیگری که به‌ویژه فقهای امامی درباره حاضن ذکر کرده‌اند، مسلمان بودن اوست. مهم‌ترین دلیل آن‌ها آیه ۱۴۱ نساء («... لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»): خداوند هرگز برای کافران در حق اهل ایمان راه تسلط نگذاشته است) و احادیث (از جمله «الاسلام يعلو ولا يعلو عليه») است، زیرا امکان دارد کفر حضانت‌کننده به انحراف کودک بینجامد.

فقهای اهل سنت در مورد این شرط اختلاف نظر دارند. شافعیان و حنبلیان و برخی مالکیان آن را پذیرفته‌اند. حنفیان نیز این شرط را تنها در مورد حضانت مرد پذیرفته‌اند. اما نظر آنان و بیش‌تر مالکیان در مورد زن حاضنه این است که مسلمان بودن حضانت‌کننده شرط نیست. به نظر اینان، آنچه مهم است، سرپرستی کودک و شفقت کردن به اوست و دین حاضن بر آن تأثیری ندارد.

قانون مدنی ایران درباره این که کفر از موانع حضانت است یا خیر، سکوت کرده است و حقوق دانان درباره حق حضانت والدین غیرمسلمان بر فرزندان مسلمان خود، آرای مختلفی مطرح کرده‌اند.

سکونت در محل ثابت

شرط دیگر، سکونت حضانت‌کننده در محلی ثابت است. فقهای امامی، انتقال کودک را به وسیله مادر حضانت‌کننده به شهری نزدیک یا به شهری مانند شهر اول یا بهتر از آن، جایز شمرده‌اند، اما انتقال از شهر به روستا - که معمولاً امکانات آن کمتر از شهر است - یا به شهری با فاصله مکانی زیاد را جایز ندانسته‌اند، مگر این که پدر او در آن جا سکونت داشته باشد و این سفر موجب محبت بیشتر پدر به کودک شود یا این که پدر کودک اجازه دهد.

همچنین مسافرت کودک به همراه پدر جایز است و موجب سقوط حضانت مادر می‌شود

به نظر برخی فقهای اهل سنت، هرگاه مادری که حضانت کودک را برعهده دارد، وی را از شهری که ولی او در آن سکونت دارد به شهری نزدیک که رفت و برگشت به آن در یک روز ممکن باشد، ببرد، حضانت ساقط نمی‌شود. همچنین به نظر حنفیان، بردن کودک به سرزمینی که عقد ازدواج والدین در آن صورت گرفته است، باعث سقوط حضانت نمی‌گردد. به نظر حنفیان، انتقالی که موجب ضرر کودک باشد یا امنیت او را به

همچنین در صورت جدایی پدر و مادر، چون مادر مناسب‌ترین فرد برای نگاهداری کودک تا پایان دوره شیرخوارگی است، همه فقه‌های مذاهب اسلامی مادر را برای حضانت طفل شایسته‌تر دانسته‌اند، خواه به کودک، مادرش شیر دهد خواه زنی دیگر. آیه ۲۳۳ سوره بقره («... لَأَنْضَأَنَّ وَالِدَةٌ بَوْلَهُمَا...»): مادر نباید در مورد کودک به زحمت و ضرر افتد) و احادیث نبوی، از جمله ادله این نظر به شمار می‌روند.

مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود. «ماده فوق از جهاتی قابل بحث و بررسی است: اولاد این ماده صرفاً از جنون و ازدواج مادر به عنوان موانع یاد شده، ولی به موانع دیگر از جمله «کفر» اشاره ای نشده است در حالی که فقها به آن تصریح کرده اند.

تعیین سن برای اولویت حضانت

← از دیدگاه روایات

در صورتی که جدایی والدین، به موجب طلاق یا علتی دیگر، پس از دو سالگی کودک روی دهد، آرای فقها درباره شخصی که حق حضانت او را دارد، مختلف است. در این میان، اختلاف نظر فقه‌های امامی بیش‌تر به اختلاف مُفاد احادیث حضانت بازمی‌گردد. به نظر مشهور فقه‌های امامی، حضانت فرزند پسر پس از دو سالگی با پدر است و حضانت فرزند دختر تا هفت سالگی با مادر است و پس از آن، با پدر.

این نظر مبتنی بر نصوص حدیثی نیست بلکه فقها میان احادیثی که حضانت را تا هفت سالگی به‌طور مطلق (بدون تفاوت گذاردن میان دختر و پسر) حق مادر دانسته و احادیثی که حضانت را تا هفت سالگی به‌طور مطلق حق پدر شمرده،

جمع کرده‌اند، بدین ترتیب که احادیث دسته اول را بر حضانت دختر و احادیث دسته دوم را بر حضانت پسر حمل کرده‌اند. وجه این‌گونه جمع کردن میان احادیث، شایسته‌تر بودن مادر برای تربیت دختر و شایسته‌تر بودن پدر برای تربیت پسر است. شماری دیگر از فقه‌های امامی، از جمله شیخ مفید و حمزه بن عبدالعزیز سلار دبلمی، حق حضانت مادر را در مورد پسر تا دو سال و در مورد دختر تا نه سال دانسته‌اند.

در نظری منسوب به ابن بابویه،

ولی در مورد بازگشت حق حضانت مادر در صورت جدایی وی از همسر دومش اختلاف نظر وجود دارد. به عقیده مشهور فقه‌های امامی، حق حضانت بعد از وقوع طلاق یا فسخ نکاح، به مادر بازمی‌گردد، زیرا ازدواج مادر که موجب رفع صلاحیت او شده بود، از میان رفته است.

بر پایه این نظر، اگر طلاق بائن باشد، حضانت به مجرد وقوع طلاق و در صورتی که طلاق رجعی باشد، پس از پایان مدت عِدّه، به مادر برمی‌گردد.

شیخ طوسی

میان طلاق بائن و رجعی فرقی قائل نشده و بر آن است که به محض وقوع طلاق، حق حضانت به مادر بازمی‌گردد. شماری از فقه‌های امامی،

بازگشت حق حضانت مادر را در صورت وقوع طلاق یا فسخ نکاح نپذیرفته‌اند. به نظر مشهور در میان اهل سنت، ازدواج مادر یا هر مانعی که به‌طور اختیاری ایجاد شده باشد، حق حضانت را برای همیشه ساقط می‌کند و امکان بازگشت این حق وجود ندارد، زیرا حضانت، حق حاضن بوده و خود او این حق را ساقط کرده است.

موارد سقوط حق حضانت از پدر یا مادر

به موجب ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، هرگاه بر اثر مواظبت نکردن یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، سلامت جسمی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، دادگاه می‌تواند به تقاضای نزدیکان طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای دادستان، هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند. این ماده برخی از مصادیق مواظبت نکردن یا انحطاط اخلاقی را چنین برشمرده است: اعتیاد زیان‌آور به الکل و مواد مخدر و قمار؛ اشتهار به فساد اخلاق و فحشا؛ ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی؛ سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی، مانند فساد، فحشا، تکدی و قاچاق؛ تکرار ضرب و جرح غیرمتعارف. اولویت پدر یا مادر

از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق ایران، در مدت زندگی مشترک والدین کودک، حضانت وی برعهده آن دو است.

حضانة کودک، چه پسر چه دختر، تا هفت سالگی برعهده مادر گذاشته شد. به موجب این قانون، پس از هفت سالگی، حضانة کودک با پدر است و در صورت بروز اختلاف بین پدر و مادر، حضانة طفل، با رعایت مصلحت کودک، منوط به تشخیص دادگاه است

به موجب قانون احوال شخصیه مصر، در صورت جدایی پدر و مادر، مادر حق حضانة پسر را تا هفت سالگی و دختر را تا نه سالگی دارد، اما قاضی می‌تواند، در صورتی که مصلحت طفل اقتضا کند، حضانة پسر را تا پانزده سال و دختر را تا زمان ازدواج به مادر واگذار کند.

بعد از فوت والدین

← از دیدگاه فقه‌های امامی

در صورت فوت یکی از والدین، به نظر فقه‌های امامی، حضانة کودک برعهده دیگری است. ازدواج دوباره مادر کودک، حق حضانة او را ساقط نمی‌کند. از جمله ادله این حکم، علاوه بر این که شفقت و مهربانی مادر به فرزند بیش از دیگران است، آیه ۷۵ سوره انفال («... أُولُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ...»): برخی از خویشاوندان از برخی دیگر سزاوارترند) و احادیثی است که اجازه استرداد کودک را از مادر به وصی کودک نداده‌اند ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی نیز در صورت فوت یکی از والدین، حضانة کودک را با دیگری دانسته است. شافعیان و برخی حنبلیان جده مادری کودک را بر پدر رجحان داده‌اند. حتی برخی از آنان خاله و خواهر را نیز بر پدر اولویت داده‌اند. فقه‌های حنفی به طور کلی خویشاوندان زن را در حضانة بر پدر اولویت داده‌اند.

ماده ۵۷ قانون احوال شخصیه عراق با فقدان مادر، حضانة را به پدر داده است، ولی اگر دادن حضانة به پدر با مصلحت طفل سازگار نباشد یا کودک پدر نداشته باشد، حاضن را دادگاه تعیین می‌کند.

در صورت فوت والدین، فقیهان امامی درباره کسی که شایستگی حضانة کودک را دارد، اختلاف نظر دارند. به نظر برخی از آنان، حضانة بر عهده جد پدری و پس از او، برعهده وصی منصوب از جانب پدر یا جد پدری است، با این استدلال که جد پدری در حکم پدر کودک است و به علاوه، جد، به موجب فقه اسلامی، بر امور مالی کودک نیز ولایت دارد.

بعد از وصی نیز حضانة طفل برعهده نزدیک‌ترین خویشاوند طفل بر حسب مراتب ارث است. در صورتی که کودک خویشاوندی نداشته باشد، حاکم شرع موظف است حضانة و سرپرستی وی را به فردی معتمد بسپارد و در صورت دسترسی

مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است، برای حضانة کودک، چه دختر چه پسر، اولویت دارد. برخی فقها

مادر را برای حضانة پسر تا رسیدن به سن تمیز (معمولاً هفت سالگی) و برای حضانة دختر تا زمانی که مادر ازدواج نکرده باشد یا تا زمان سن بلوغ دختر،

اولویت داده‌اند. نظر دیگر در فقه امامی آن است که مادر برای حضانة کودک، چه دختر چه پسر، تا هفت سالگی آن‌ها اولویت دارد.

به نظر برخی مؤلفان، تعیین سن در روایات موضوعیت ندارد و امری تعبدی به‌شمار نمی‌رود بلکه برای تعیین سن حضانة توجه به نیاز روحی، و وضع فرهنگی و اجتماعی کودک لازم است. این مؤلفان احادیثی را که به حضانة مادر تا قبل از ازدواج او قائل‌اند و سنی را برای حضانة مادر مطرح نکرده‌اند، مؤید این نظر شمرده‌اند. همچنین گفته‌اند که آیه ۲۳۳ سوره بقره هر نوع ضرری، از جسمی و عاطفی، را در برمی‌گیرد. به علاوه، توجه به مصالح و مفاسد احکام، اولویت مادر را در حضانة تا هر سنی که مصلحت کودک باشد، تأیید می‌کند.

فقه‌های اهل سنت، با استناد به ادله‌ای از جمله احادیث، به طور کلی مادر را برای حضانة شایسته‌تر از پدر دانسته‌اند. مبنای نظریه آنان دلسوزی و مهربانی بیش‌تر مادر است.

برخی از آنان به ذکر اوصافی پرداخته‌اند که با پدیدار شدن آن‌ها در کودک، حضانة مادر پایان می‌یابد، مانند استقلال یافتن او در خوردن و آشامیدن و انجام دادن کارهای فردی در مورد پسر و بلوغ در مورد دختر

یا بلوغ هم در مورد دختر هم پسر.

برخی دیگر هفت، هشت، نه و یازده سالگی را برای پایان دوره حضانة انحصاری مادر ذکر کرده‌اند. پس از آن، به نظر شماری از فقها، به استناد حدیثی از پیامبر اکرم، کودک در انتخاب حضانة‌کننده مخیر است.

مالکیان مادر را تا هنگام ازدواج دختر، برای حضانة با شرایطی، دارای اولویت دانسته‌اند.

← از دیدگاه قانون

پیش از ۱۳۸۲ ش، قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی از نظر مشهور در فقه امامی پیروی کرده و حضانة پسر را تا دو سالگی و دختر را تا هفت سالگی به مادر سپرده بود. در طرح اصلاحی (مصوب ۱۳۸۲ ش) مجمع تشخیص مصلحت نظام،

همه موارد، ترتیب ابوینی، مادری و پدری رعایت می‌شود)، خاله‌های مادر، خاله‌های پدر و عمه‌های مادر عهده‌دار حضانت می‌شوند. بعد از خویشاوندان زن نوبت به مردان خویشاوند (به ترتیب مراتب ارث) می‌رسد. همچنین در صورت متعدد بودن افراد دارای صلاحیت در هر مرتبه، به ترتیب، اشخاص صالح‌تر، تواناتر، باتقواتر و سالخورده‌تر برگزیده می‌شوند و در نهایت تصمیم‌گیری حضانت به قاضی سپرده می‌شود.

به نظر شافعیان، در مورد خویشاوندان نزدیک کودک که شایستگی حضانت او را دارند، سه فرض متصور است: هم زن باشند هم مرد، فقط زن باشند یا فقط مرد. در فرض اول، حضانت‌کننده از میان زنان و سپس از میان مردان خویشاوند، به ترتیب طبقات ارث، انتخاب می‌شوند. مثلاً اگر کودک چند خواهر و چند برادر داشته باشد، اولویت در حضانت با خواهران است و اگر آنان حضانت را نپذیرند، نوبت به برادران می‌رسد. البته برخی فقهای شافعی، حتی با وجود مردان خویشاوند در مراتب بالاتر، اولویت را همواره به زنان خویشاوند داده‌اند. در فرضهای دوم و سوم، حضانت‌کننده به ترتیب درجات خویشاوندی و با رجحان قرابت ابوینی بر پدری و رجحان قرابت پدری بر مادری معین می‌شود. فقهای شافعی درباره صلاحیت خویشاوندی که محرم کودک نیستند، برای حضانت اختلاف نظر دارند. در صورتی که چند نفر شرایط حضانت را داشته باشند، حضانت‌کننده کودک با قرعه تعیین می‌شود. بنابر فقه مالکی، در حضانت، خویشاوندان مادری بر خویشاوندان غیرذکور پدری مقدم‌اند و پس از آنان حضانت به وصی و سپس به خویشاوندان ذکور پدری می‌رسد. همچنین به نظر آنان، حاضن به ترتیب طبقات وراثت و نیز با توجه به نوع قرابت (به ترتیب ابوینی، مادری و پدری) انتخاب می‌شود. درباره اولویت داشتن دختر برادر بر دختر خواهر یا برعکس و نیز استحقاق جد مادری برای حضانت، میان فقهای مالکی اختلاف نظر وجود دارد. در صورت متعدد بودن افراد شایسته در هر مرتبه، به خصوصیات مانده محبت و شفقت بیش‌تر داشتن به کودک و مسن‌تر بودن توجه می‌شود و در نهایت نوبت به قرعه می‌رسد.

به نظر حنبلیان، حضانت پس از مادر کودک، به ترتیب، برعهده جد مادری، جد پدری، جد، مادر جد، خواهر، خاله، عمه، خاله مادر، خاله پدر، عمه پدر، دختر خواهر، دختر برادر، دختر عمه، دختر عموی مادر و دختر عموی پدر طفل است و سپس نوبت به دیگر خویشاوندان، به ترتیب قرابت، می‌رسد. در هر مرحله، حضانت‌کننده به ترتیب از میان خویشاوندان ابوینی، مادری و پدری انتخاب می‌شود. همچنین حنبلیان در صورتی که دختر محضون به هفت سالگی رسیده باشد،

نیافتن به او، حضانت کودک بر مسلمانان، واجب کفایی است. برخی فقها، حضانت کودک را بعد از فوت والدین بر عهده خویشاوندان کودک بر حسب مراتب ارث دانسته‌اند. اگر در آن طبقه فقط یک نفر باشد، در صورت دارا بودن شرایط لازم، حضانت را برعهده می‌گیرد و اگر متعدد باشند، میان آنان قرعه‌کشی می‌شود، زیرا اشتراک چند نفر در امر حضانت، به زیان کودک است. این دسته از فقها در رد دلایل نظر پیشین چنین استدلال کرده‌اند که این موضوع که جد پدری در حکم پدر است، موجب تقدم او در مورد حضانت نمی‌شود، زیرا می‌توان گفت که جد مادری نیز در حکم مادر است و مادر در حضانت بر پدر مقدم است، پس جد مادری باید بر جد پدری مقدم باشد. همچنین اولویت جد پدری در حضانت به سبب ولایت وی بر اموال کودک نیست، زیرا ولایت بر مال و حضانت دو امر جداگانه به‌شمار می‌روند و بین آن دو ملازمه‌ای وجود ندارد.

به نظر برخی دیگر از فقها، در صورتی که کودک اموالی داشته باشد، حاکم برای حضانت و نگاهداری کودک، با هزینه کردن از اموال او، شخصی را اجیر می‌کند و در غیر این صورت، حضانت او بر تمام افراد واجب کفایی است.

← در قانون

بنابر مواد ۱۱۸۸، ۱۱۹۱ و ۱۲۳۲ قانون مدنی ایران، حضانت کودک پس از فوت والدین، برعهده جد پدری و پس از او برعهده وصی منصوب از جانب پدر یا جد پدری است، هر چند به نظر برخی حقوق‌دانان، میان این مواد و ماده ۱۱۷۳ (قانونی که در صورت سقوط حق حضانت والدین، اختیار تعیین حضانت‌کننده را به دادگاه می‌دهد) تعارض وجود دارد.

در صورت فقدان پدر و جد پدری و وصی منصوب، حضانت کودک همانند اداره امور مالی او برعهده قیمی است که به پیشنهاد دادستان از جانب دادگاه منصوب شده است، زیرا به موجب ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی، از جمله اشخاصی که برای آنها قیم نصب می‌شود، کودکانی هستند که ولی خاص (پدر، جد پدری یا وصی آن دو) ندارند.

[۲۱۰]

← از نظر فقهای اهل سنت

به نظر فقهای حنفی، به استناد احادیث، در صورت مرگ مادر یا فقدان صلاحیت او برای حضانت، حضانت کودک به ترتیب قرابت و مراتب ارث برعهده زنان خویشاوند قرار می‌گیرد، یعنی به ترتیب جد مادری، جد پدری، خواهران، دختر خواهران، خاله‌ها، دختر خواهران پدری، دختر برادران، عمه‌ها (در

تربیتی مبادرت به حضانت نمایند و فقط در فرض اختلاف سلیقه در چگونگی مواظبت از کودک و تربیت او، بایستی قانون برای رفع اختلاف چاره اندیشی کنند

حضانت کودک در صورت فوت یکی از والدین در صورت فوت یکی از ابوبن مطابق ماده ۱۱۷۱ ق.م. «حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد» بنابراین در صورت فوت مادر حضانت با پدر است در صورت فوت پدر حضانت با مادر است هر چند که جد پدر در قید حیاط باشد و یا طفل قیم داشته باشد.

در این زمینه ماده واحده قانون واگذاری حق حضانت و سرپرستی فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب ۱۳۶۴/۰۵/۰۶ مقرر داشته است که «حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده و یا فوت شده باشند با مادران آنان خواهد بود و هزینه متعارف زندگی این فرزندان چنانچه از اموال خودشان باشد، در اختیار ولی شرعی (وصی یا جد پدری) است و اگر از طریق بودجه دولت یا بنیاد شهید پرداخت می شود در اختیار مادرانشان قرار می گیرد مگر آنکه دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر حکم به عدم صلاحیت بکند».

نکته مبهم یا قابل پرسشی که باقی می ماند این است که آیا در صورت فوت پدر و یا ازدواج مجدد مادر حق حضانت همچنان برای مادر باقی است و یا با ازدواج وی این حق ساقط می شود؟ قانون مدنی در این خصوص ساکت و شاید ماده ۱۱۷۰ که ابراز می دارد «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود» پیام آور اسقاط حق حضانت باشد ولی با توجه به تصریح فقهای امامیه و اهل سنت ازدواج مادر مسقط یا مانع حق حضانت نمی باشد و در واقع این حق هم چنان از آن مادر است.

حضانت کودک در صورت فوت والدین طفل قانون مدنی نسبت به حضانت و سرپرستی طفل در فرض فوت والدین ساکت است ولی نظر به راه حل فقها باید سرپرستی کودک را در این دوران حق جد پدری دانست زیرا او ولی قهری طفل و به منزله پدر وی می باشد به همین جهت او بر دیگران مقدم است و در صورت نبود جد پدری، وصی پدر یا وصی جد پدری را سزاوارتر می دانند و بعد از ایشان از خویشان طفل به ترتیب طبقات ارث اولویت دارند و در صورت تعدد اشخاص مشابه از حیث طبقه و درجه به قید قرعه یکی از آنان تعیین می گردد و در صورت نبود شخصی از خویشان طفل، حضانت به عهده حاکم و در آخرین مرحله به عنوان واجب کفایی بر عهده همه مسلمین است که با اجرای یکی از آنان از عهده سایرین ساقط است (قربان نیا، ۱۳۸۴) البته فقهای اهل سنت

حضانت خویشاوندان غیر محرم را جایز ندانسته اند. در صورت تساوی شرایط چند نفر در حق حضانت، حضانت کننده با قرعه برگزیده می شود و در صورتی که کسی برای حضانت کودک یافته نشود، تعیین وی برعهده حاکم است.

از نظر حقوق دانان

به نظر حقوق دانان، مقرر داشتن حق حضانت به معنای جلوگیری از معاشرت و ملاقات کودک با خویشاوندانش نیست. بنابر ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی ایران، در صورتی که به علت طلاق یا علل دیگر، پدر و مادر کودک در یک منزل سکونت نداشته باشند، دادگاه برای هریک از آن دو که حضانت کودک را برعهده ندارد، حق ملاقات تعیین می کند.

امور مربوط به حضانت و ملاقات اطفال در صلاحیت دادگاه خانواده است

صورت‌های حضانت و سرپرستی کودک

همانگونه که آغاز بحث اشاره نمودیم در ابتدا آنچه را که می توان متصور شد این است که پدر و مادر به طور مشترک حضانت و سرپرستی کودک را برعهده دارند.

این مشترک بودن تا زمانی است که والدین با همدیگر زندگی می نمایند پس اگر والدین از همدیگر جدا شده باشند حالت دیگر و کاملاً جدا از مبحث زندگی مشترک است هر دو این حالت تا زمانی است که والدین زنده و در قید حیات باشند. حال اگر والدین فوت نموده باشند باز دو حالت را می توان تصور کرد:

۱. فوت یکی از والدین

۲. فوت والدین

با در نظر گرفتن صورت‌های یاد شده به بررسی حکم حضانت مطابق ق.م. خواهیم پرداخت.

حضانت و سرپرستی کودک در دوران زندگی مشترک والدین کودک:

تا آن زمان که خانواده سیر طبیعی خود را طی می کند و فرزندان در کنار پدر و مادر خویش زندگی می کنند، نگهداری طفل حق و تکلیف مشترک آنان است و زوجین باید با اشتراک مساعی و معاضدت همدیگر اقدام به حضانت طفل نمایند.

عقل نیز حکم می کند که برای استحکام و سلامت بنیاد خانواده و نهایتاً جامعه پدر و مادر به صورت مکمل باید در این خصوص عمل نمایند. زیرا فرزند وی را که باهم به وجود آورده اند، به اشتراک نیز باید تربیت کنند. (ماده ۱۱۷۸) و در امر حضانت همدیگر را یاری کنند، ماده ۱۱۰۴ ق.م. اشاعه می دارد که «زوجین باید در تشکیل مبنای خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند»، بنابراین والدین با اتخاذ روش واحد

عادی مستلزم سپری شدن زمان بسیاری است که در عمل ممکن است در شرایط ضروری به ایجاد آسیب جسمانی یا روحی طفل منجر شود  
واگذاری حضانت فرزند پسر به مادر بدون تأمین نفقه واقعی  
ستمی جدید بر مادران است

• حضانت در لغت به معنی پروردن و در اصطلاح عبارت از نگهداری مادی و معنوی طفل (پرورش و تربیت) می باشد. لذا سپردن حضانت کودک به معنی سپردن سایر امور طفل به خصوص امور حقوقی به شخص نمی باشد. حضانت با ولایت که خاص پدر و جد پدری است تفاوت اساسی دارد. اگر حضانت به مادر سپرده شود ولایت پدر و در غیاب پدر، جد پدری نسبت به کودک تا زمان حیات آنان باقی است. به عنوان مثال مادری که حضانت کودک با او است و پدر طفل یا پدربزرگ طفل در قید حیات باشند، نمی تواند برای کودک معاملات انجام دهد و برای او نمی توانند افتتاح حساب بانکی نماید، بدون اجازه پدر نمی تواند کودک را از کشور خارج کند و سایر محدودیت های قانونی که خارج از بحث حاضر است.

• ثانیاً با اصلاح ماده مذکور در خصوص پسر که در ۱۵ سالگی به بلوغ شرعی می رسد و می تواند خود شخصاً پدر یا مادر را برای سکونت با آنان انتخاب نماید، در واقع طول مدت حضانت بین مادر و پدر تقسیم شده است، یعنی مادر از بدو تولد تا ۷ سالگی از طفل پسر نگهداری نماید و از ۷ سال تا ۱۵ سال پدر می تواند در صورت موافقت و صلاحدید دادگاه چنانچه مصلحت طفل ایجاب نماید حضانت فرزند را به عهده بگیرد.

• ثالثاً سپردن حضانت کودک به مادر مطلق و بدون استثنا نمی باشد. ماده ۱۱۷۰ و ۱۱۷۳ استثنایاتی را برای حضانت مورد بحث قایل است.

به حکم ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی که نیاز به اصلاح اساسی هم دارد، اگر مادر مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند پدر می تواند حضانت فرزند را بازپس گیرد. البته موضوع جنون پدر یا مادر به حکم ماده ۱۱۷۳ همان قانون از موارد عدم صلاحیت می باشد و انتقادی بر آن وارد نیست زیرا بنا بر مصلحت طفل می باشد.

اما شوهر کردن مادر یا ازدواج مجدد نباید از موارد سقوط حق حضانت شود. اگر برای زنی که قصد ازدواج مجدد دارد شرایط برای نگهداری فرزندش مهیا باشد و شوهر نیز اجازه و اذن به ادامه حضانت توسط همسرش دهد چرا باید فرزند را از او جدا نمود؟!

آیا وجود این ماده قانونی به ضرر زنان مطلقه می باشد؟ شانس ازدواج و تشکیل زندگی مجدد زناشویی بدین ترتیب از زن گرفته

معتقدند که حضانت و سرپرستی برای کسی سزاوار است که از لحاظ توان و اخلاق مقدم باشد و اگر مساوی باشند شخص مسن تر مقدم است

چالش حضانتدر تکمیل این نظر باید افزود که توافق هر چند بر اساس اعمال حاکمیت اراده و شرایط مادهی ۱۰ قانون مدنی است، توان ایستادگی و مقابله با متن صریح قانون را ندارد؛ زیرا مادهی ۱۱۷۰ قانون مدنی به صراحت بیان می کند که اگر مادر ازدواج مجددی داشته باشد حق حضانت به پدر بازمی گردد ولی توافق طرفین که به موجب طلاق منعقد شده کماکان به قوت و قدرت خود باقی است و مستمسکی برای رجوع زوجه به حقوق بذل شده نمی باشد زیرا آنچه که چنین حقی به زوج می دهد عدول از شرایط ضمن عقد نیست بلکه به موجب حکم قانون است. به برخی از هر چند که در قانون حمایت خانواده<sup>۱۰</sup> این کاستی های قانونی اشاره می شود: مصوب ۱۳۹۱ از صدور دستور موقت حمایت کرده است، لیکن گاه مصلحت کودک اقتضا می کند دستور موقت از حالت و سیر طبیعی خود فاصله بگیرد و در صورت اقتضای مصلحت کودک و نبود درخواست از جانب ذی نفعان، این امکان وجود داشته باشد که دادگاه راسا و بدون نیاز به وصول درخواست طرفین، بنا بر مصلحت طفل امکان صدور دستور موقت را داشته باشد؛ چرا که رسیدگی به دعاوی حضانت با رعایت تشریفات دادرسی عادی مستلزم سپری شدن زمان بسیاری است که در عمل ممکن است در شرایط ضروری به ایجاد آسیب جسمانی یا روحی طفل منجر شود

در تکمیل این نظر باید افزود که توافق هر چند بر اساس اعمال حاکمیت اراده و شرایط مادهی ۱۰ قانون مدنی است، توان ایستادگی و مقابله با متن صریح قانون را ندارد؛ زیرا مادهی ۱۱۷۰ قانون مدنی به صراحت بیان می کند که اگر مادر ازدواج مجددی داشته باشد حق حضانت به پدر بازمی گردد ولی توافق طرفین که به موجب طلاق منعقد شده کماکان به قوت و قدرت خود باقی است و مستمسکی برای رجوع زوجه به حقوق بذل شده نمی باشد زیرا آنچه که چنین حقی به زوج می دهد عدول از شرایط ضمن عقد نیست بلکه به موجب حکم قانون است. به برخی از هر چند که در قانون حمایت خانواده<sup>۱۰</sup> این کاستی های قانونی اشاره می شود: مصوب ۱۳۹۱ از صدور دستور موقت حمایت کرده است، لیکن گاه مصلحت کودک اقتضا می کند دستور موقت از حالت و سیر طبیعی خود فاصله بگیرد و در صورت اقتضای مصلحت کودک و نبود درخواست از جانب ذی نفعان، این امکان وجود داشته باشد که دادگاه راسا و بدون نیاز به وصول درخواست طرفین، بنا بر مصلحت طفل امکان صدور دستور موقت را داشته باشد؛ چرا که رسیدگی به دعاوی حضانت با رعایت تشریفات دادرسی



اقتصادی به عنوان نفقه کودک در نظر بگیرد.

حضانة طفل با کدام یک از پدر و مادر است؟

اگر چه قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ ماده ۱۱۶۹ بیان می‌کند حضانة فرزند پسر تا ۲ سالگی و حضانة دختر تا ۷ سالگی به مادر سپرده شده و پس از انقضای این مدت حضانة با پدر است؛ اما با اصلاحیه مصوب سال ۸۲ که به تصویب مجمع تشخیص مصلحت رسید، برای حضانة و نگهداری طفل که پدر و مادر او از یکدیگر جدا شده‌اند، مادر تا ۷ سالگی (پسر یا دختر فرقی ندارد) اولویت دارد و پس از آن با پدر است البته این تبصره هم به اصلاحیه افزوده شده است که پس از ۷ سالگی هم در صورتی که میان پدر و مادر درباره حضانة اختلاف باشد، حضانة طفل با رعایت مصلحت کودک و به تشخیص دادگاه است

ولایت پدر و مادر در حضانة زمانی که کانون خانواده سیر طبیعی خود را طی می‌کند و فرزندان در کنار پدر و مادر خویش زندگی می‌کنند نگهداری و تربیت طفل حق و تکلیف مشترک آنان است و زن و شوهر مکلف به تشییع ممانی خانواده اند چنانکه والدین در حدود تادیب، حق تنبیه کودک را دارند با این حال ممکن است در چگونگی مواظبت از کودک و تربیت او اختلاف سلیقه ایجاد شود، یا کانون گرم خانواده از هم پاشیده شود و بین زن و مرد جدایی بیفتد، در این صورت تکلیف و حق مشترک حضانة کودک بر عهده کدام یک از والدین است؟ فقهای که بین دختر و پسر تفصیل داده اند خواسته اند به نحوی این اخبار متعارض را جمع کنند و عمدتاً اخباری که به ۷ سال اشاره دارند را به خاطر کثرت ترجیح داده اند شهید ثانی، ممکن است پدر یا مادر فوت کرده باشند در این صورت ماده گوید: «در صورت فوت یکی از ابویان حضانة طفل با آن که زنده است خواهد بود هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد

در فرض فقدان یکی از آنها پدر و مادر اصلی ترین عناصر تربیتی کودک هستند. از اینرو این مسئله مورد اتفاق فقهاست که با مرگ یکی از آن دو، نگهداری و سرپرستی کودک به دیگری منتقل می‌شود، حتی اگر مادر ازدواج کرده باشد و یا برای کودک وصی و قیم معین کرده باشند در فرض فقدان هر دو اکثر فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که در صورت فوت پدر و مادر سرپرستی و حق حضانة با جد پدری کودک است، زیرا که جد پدری نسبت به امور مالی و غیرمالی بر فرزند ولایت دارد اما در صورتیکه جد پدری در قید حیات نباشد، آراء متفاوتی از فقها رسیده است که آیا سرپرستی و حضانة به ترتیب طبقات وارثان است یا این که وظیفه وصی پدر یا جد پدری است؟ امام خمینی (ره) در این باره گفته است: «در صورت فقدان پدر و مادر، حضانة حق جد پدری است و در صورت نبودن او وصی

می‌شود. اکثر زنانی که تاکنون به هر طریقی و هر قیمتی پس از سالیان طولانی توانسته اند حضانة فرزند را از دادگاه بگیرند از ترس اینکه مجبور به جدایی از فرزند نشوند حتی به ازدواج مجدد نمی‌اندیشند چون می‌دانند ازدواج مجدد به معنای تحویل فرزند به پدر می‌باشد. از سوی دیگر گرفتن شانس ازدواج مجدد از زن مطلقه و اعمال محدودیت‌هایی در این مورد آن هم به این شدت و حدت می‌تواند از موجبات بروز مشکلات اخلاقی در جامعه و خانواده‌ها گردد.

#### • رابعاً

سپردن حضانة کودک به مادر نباید موجب ایجاد بی‌مسئولیتی در پدر گردد. به هر صورت این بار سنگینی است که به خواسته زن ایرانی در راستای ادامه تلاش برای دستیابی به حقوق مدنی خویش پس از قرن‌ها بی‌توجهی، به دوش وی نهاده ایم!

زن مطلقه ای که پس از طلاق با دنیایی از مشکلات اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، عاطفی و روانی درگیر است و به سختی می‌تواند خود را اداره کند، حضانة یک یا چند بچه قد و نیم قد را نیز به خاطر دل خویش و مصلحت کودکان پذیرفته است، حال نباید به خاطر حضانة فرزند توسط مادر، کمک پدر به وی حذف شود و کلاً این مسئولیت سنگین را به تنهایی به دوش نحیف مادر قرار داده و خود، سبکبال به دنبال تشکیل زندگی جدید و تجدید فراش برود.

با توجه به ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی در صورت حیات پدر، نفقه اولاد به عهده پدر است و در نبود پدر یا عدم استطاعت مالی پدر به عهده پدر بزرگ (و اجداد پدری اولاد) می‌باشد.

بنابراین گرچه حضانة فرزند به مادر سپرده شود، پدر یا پدر بزرگ باید نفقه فرزند را طبق رأی دادگاه پرداخت نماید و اگر پدر از تأدیه نفقه اولاد خود امتناع نماید، به موجب ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی به سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌گردد. نفقه طفل عبارت از هزینه مسکن، خوراک، پوشاک، اثاث البیت و سایر هزینه‌های ضروری از قبیل درمان و تحصیل می‌باشد.

باید دولت نیز از زنان بدون سرپرست و بی‌شوهر که عهده دار حضانة فرزند یا فرزندان خود هستند، از نظر تأمین رفاه اجتماعی حمایت‌هایی به عمل آورد و اجتماع نیز باید به چنین زنانی ببالد و ارج نهد و آنان را مورد تکریم قرار دهد، زنانی که با تمام مشکلات ناشی از شکست در زندگی مشترک وظیفه خنجر پرورش و تربیت کودک خود را فراموش نکرده و با طیب خاطر و تمایل خود این وظیفه سنگین را عهده دار شده‌اند. بنابراین اگر مادری اعلام آمادگی برای حضانة فرزند را طبق اصلاحیه ماده ۱۱۶۹ مورد بحث نمود، باید از طرف دادگاه خانواده مورد حمایت قرار گیرد و دادگاه نفقه واقعی و متناسب با تورم

اختصاص می دهند و گفته می شود ملاقات بیش از این با شخصی که حضانت را به عهده ندارد، موجب اختلال در حضانت و دوگانگی در تربیت کودک می شود. اما سلب کلی حق ملاقات از پدر یا مادری که حضانت به عهده او نیست برخلاف صراحت ماده قانون مدنی است و دادگاه نمی تواند حکم به آن بدهد. با این حال اگر ملاقات با پدر یا مادری که حضانت به عهده او نیست واقعاً برای مصالح کودک مضر باشد، دادگاه می تواند مواعد ملاقات را طولانی تر کند و مثلاً به جای هفته ای یک بار، ماهی یک بار یا هر شش ماه یک بار تعیین کند یا ملاقات با حضور اشخاص ثالث باشد. البته زمانی که ملاقات خوف جانی برای فرزند داشته باشد و پدر یا مادر حالت خطرناک روانی داشته باشند، برای جلوگیری از صدمه به فرزند، می توان با حکم دادگاه مانع از دیدار یکی از والدین که دچار چنین مشکلی هستند، شد. اگر برای ملاقات مخالفت شد

در صورتی که پدر یا مادری که دارای حق حضانت است، از ملاقات طرف دیگر (که طبق دستور دادگاه دارای حق ملاقات است) ممانعت کرد، برای اجرای دستور دادگاه به نیروی انتظامی سپرده می شود و می توان از ضمانت اجرایی ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی استفاده کرد که به موجب آن، «اگر کسی از دادن طفلی که به او سپرده شده است، در موقع مطالبه اشخاصی که قانوناً حق مطالبه دارند، امتناع کند، به مجازات از ۳ تا ۶ ماه حبس یا به جزای نقدی از یک میلیون ریال و ۵۰۰ هزار تا ۳ میلیون ریال محکوم خواهد شد» در ادامه درباره ملاقات طفل و نحوه آن در دو زمان قبل و بعد از طلاق مطرح شده که لازم است توضیح کوتاهی در هر مورد بیان شود:

ملاقات طفل قبل از وقوع طلاق چنانچه زن و شوهر قبل از طلاق به دلایلی که قبلاً گفته شد، جدا از یکدیگر زندگی کنند (برای مثال زن به لحاظ عدم تأمین جانی یا شرافتی در منزل جداگانه به سر برد و طفل همراه پدر زندگی کند) مادر می تواند فرزند خود را ملاقات نماید و اگر در این باره توافق حاصل نشود، یا پدر از ملاقات جلوگیری کند، مادر می تواند با تقدیم دادخواست به دادگاه خانواده خواستار تعیین زمان و مکان ملاقات شود. گاهی ملاقات طفل در محل سکونت پدر یا مادری که از طفل نگهداری می کند، موجب تنش و برخوردهایی از سوی آن ها یا خانواده طرفین می شود که آثار نامطلوبی بر طفل می گذارد. در این شرایط دادگاه ها سعی بر پیشگیری از چنین برخوردهایی دارند و مکانی به غیر از محل سکونت طرفین را برای ملاقات تعیین و منظور می کنند؛ از جمله مرجع انتظامی محل، پارک یا مسجد محل؛ صرف نظر از این که این محل ها برای ملاقات طفل مناسب است یا خیر،

پدر و وصی جد پدری و پس از آنها حضانت از طفل به عهده خویشان کودک به ترتیب طبقات ارث است و چنان چه صاحبان حق حضانت، متعدد و در یک رتبه قرار گیرند، بین آنها قرعه زده می شود

مسافرت تا اطلاع ثانوی با اطلاع پدر است  
طلاق، رابطه زن و شوهری را از میان می برد؛ اما رابطه پدر و فرزندی یا مادر و فرزندی را از بین نمی برد. این ارتباطی دائمی و ابدی است و بنابراین هیچ کس نمی تواند پدر یا مادر را از ملاقات با فرزندش منع کند. به این جهت است که طبق قانون نمی توان بدون اجازه طرف مقابل، فرزند را از کشور خارج کرد و حتی از شهری به شهر دیگر برد، مگر این که مصلحت طفل ایجاب کند و دادگاه اجازه بدهد. البته برای سفرهای زیارتی، هر چند پدر ناراضی باشد، دادگاه اجازه خواهد داد. طبق قانون، محل نگهداری طفل آخرین محل اقامت پیش از طلاق است. طبق تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، «پدر یا مادر یا کسانی که حضانت طفل به آنها واگذار شده، نمی توانند طفل را به شهرستانی غیر از محل اقامت مقرر بین طرفین یا غیر از محل اقامت قبل از وقوع طلاق یا به خارج از کشور بدون رضایت والدین بفرستند؛ مگر در صورت ضرورت با کسب اجازه از دادگاه.»

تکلیفی برای پدر و مادر  
به موجب ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی، پدر و مادر مجبورند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست، حق ندارند از نگهداری او امتناع کنند اما در صورت امتناع، قاضی دادگاه به تقاضای قیم یا آشنایان طفل و حتی اشخاص دیگر با تقاضای دادستان والدین طفل را مجبور به نگهداری او می کند؛ اما در صورتی که اجبار آن ها به این کار ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند.

نحوه ملاقات طفل  
طبق ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی، «هر کدام از والدین که طفل تحت حضانت او نیست، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سیر جزئیات مربوط به آن در صورت اختلاف بین والدین با محکمه است». بنا به این ماده، هر کدام از والدین این حق را دارند که در فواصل معین با کودک خود ملاقات کنند و حتی فاسد بودن مادر یا پدر هم باعث نمی شود از ملاقات وی با فرزندش جلوگیری شود. در صورتی که میان پدر و مادر درباره مدت ملاقات و نحوه آن توافق شده باشد، طبق همان توافق عمل می شود. اما در صورت توافق نشدن، دادگاه در حکم خود مدت ملاقات و نحوه آن را برای کسی که حق حضانت ندارد، معین می کند. معمولاً دادگاه ها یک روز یا دو روز از آخر هفته را به این امر

چه این پدر حضانت را به عهده داشته باشد یا این که حضانت بر عهده مادر یا شخص دیگری باشد، پرداخت نفقه فرزند که به طور عمده شامل مسکن، لباس، خوراک و نیازهای درمانی است به عهده پدر است که در صورت خودداری از پرداخت (با وجود داشتن استطاعت مالی) طبق ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی جرم بوده و در صورت شکایت ذی نفع دادگاه او را به حبس از ۳ ماه و یک روز تا ۵ ماه محکوم می‌کند. طبق همین ماده (۱۱۹۹) در صورت فوت پدر یا عدم توانایی او در پرداخت مخارج زندگی فرزندش، این تکلیف به عهده پدر بزرگ و جد یا دیگر اجداد پدری است. در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم توانایی آنها به پرداخت مخارج زندگی فرزند، تکلیف پرداخت نفقه به عهده مادر قرار می‌گیرد. هرگاه مادر هم فوت یا قادر به پرداخت مخارج مذکور برای فرزندش نباشد و این تکلیف به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری فرزند قرار می‌گیرد.

پرداخت نفقه فرزند فقط تا رسیدن به سن رشد نیست، بلکه پس از آن هم طبق ماده ۱۱۹۷ قانون مدنی، اگر فرزند منبع مالی نداشت و نتوانست معیشت خود را فراهم کند، پدر و نیز دیگر اشخاص یاد شده (در صورت داشتن توانایی مالی) ملزم به تأمین مخارج فرزند کبیر هستند.

- وضعیت حضانت دختر بعد از طلاق

پس از جدایی والدین و قبل از رسیدن دختر به ۹ سال (سن بلوغ) وضعیت حضانت را قانون مشخص می‌کند. مطابق قانون تا زمان رسیدن کودک به ۷ سالگی اولویت حضانت فرزند بعد از طلاق با مادر است. یعنی اگر مانعی وجود نداشته باشد، دادگاه خانواده کودک را برای نگهداری به مادر می‌دهد.

پس از ۷ سالگی، پدر مسئول نگهداری از دختر می‌شود. این مسئله مطلق نیست و شرط استثنای آن مصلحت طفل است. زمانی که دختر به سن بلوغ برسد، حضانت او دیگر توسط قانون و دادگاه مشخص نمی‌شود و این خود دختر است که انتخاب می‌کند با کدام یک از والدین زندگی کند.

۳- وضعیت حضانت پسر بعد از طلاق

مطابق قانون سن بلوغ در پسرها ۱۵ سالگی می‌باشد و وضعیت حضانت را قبل از رسیدن پسر به سن بلوغ را قانون مشخص می‌کند.

مطابق قانون تا زمان رسیدن کودک به ۷ سالگی اولویت حضانت فرزند بعد از طلاق با مادر است. یعنی اگر مانعی وجود نداشته باشد، دادگاه خانواده کودک را برای نگهداری به مادر می‌دهد.

پس از رسیدن فرزند پسر به ۷ سالگی، پدر مسئول نگهداری از او می‌شود. این مسئله مطلق نیست و شرط استثنای آن مصلحت

به لحاظ حفظ امنیت جسمی و در بعضی موارد روانی طفل، چنین تصمیماتی اتخاذ می‌شود. زمان ملاقات طفل نیز اگر مورد اختلاف باشد توسط دادگاه تعیین می‌شود و به هر حال کم‌تر از یک بار در ماه خواهد بود.

ملاقات طفل پس از وقوع طلاق

در زمان طلاق دادگاه در مورد این که حضانت طفل به عهده پدر قرار گیرد یا مادر عهده‌دار آن شود، تصمیم لازم را اتخاذ می‌کند و درباره نحوه ملاقات و زمان و مکان آن نیز اظهار نظر و تعیین تکلیف می‌نماید. چنانچه این موارد در حکم دادگاه لحاظ نشده باشد. هر یک از پدر و مادر می‌تواند دادخواستی به دادگاه تقدیم کند و تصمیم‌گیری در موارد فوق را خواستار شود. در قانون حمایت خانواده پیش‌بینی شده که دادگاه ترتیب نگهداری اطفال را با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین معین کند و اگر قرار باشد فرزندان نزد مادر یا شخص دیگری بمانند ترتیب نگهداری و میزان هزینه آنان را مشخص نماید و همچنین ترتیب ملاقات اطفال را برای طرفین معین کند.

در هر حال هیچ یک از پدر و مادری که نگهداری طفل را به عهده دارد نمی‌تواند مانع از ملاقات طرف مقابل شود و قانونگذار برای چنین عملی که موجب نگرانی طرف مقابل و لطمات روحی به طفل می‌شود، محکومیتی پیش‌بینی کرده؛ علاوه بر آن به دادگاه اختیار داده است که در صورت لزوم حضانت طفل را به شخص دیگری واگذار کند. نکته دیگری که اهمیت دارد این است که در قانون حمایت خانواده پیش‌بینی شده که پدر یا مادر یا کسانی که حضانت طفل به آن‌ها واگذار شده نمی‌توانند طفل را به شهرستانی غیر از محل اقامت مقرر بین طرفین و یا غیر از محل اقامت قبل از وقوع طلاق و پایه خارج از کشور بدون رضایت والدین بفرستند؛ مگر در صورت ضرورت و با کسب اجازه از دادگاه؛ اما اجرای این قانون در عمل مشکلاتی را به دنبال داشته و در بسیاری موارد نادیده گرفته می‌شود.

حضانت تا کی ادامه دارد؟

از نظر قانون مدنی ایران زمان بلوغ برای دختر ۹ سال و برای پسر ۱۵ سال تمام قمری است، با رسیدن طفل به سن بلوغ، او از حضانت خارج می‌شود و خودش می‌تواند انتخاب کند به این ترتیب، دختران پس از ۹ سالگی و پسران پس از ۱۵ سالگی می‌توانند خودشان زندگی با هر کدام از والدین را انتخاب کنند. اما پس از رسیدن به سن بلوغ، حتی اگر فرزندان نزد مادرشان باشند و نتوانند استقلال مالی داشته باشند، پدر موظف به پرداخت نفقه آنها است.

نفقه کودک به عهده چه کسی است؟

طبق ماده ۱۱۹۰ قانون مدنی، نفقه اولاد به عهده پدر است و

طفل است. زمانی که پسر به سن بلوغ برسد، حضانت او دیگر توسط قانون و دادگاه مشخص نمی‌شود و این خود پسر است که انتخاب می‌کند با کدام یک از والدین زندگی کند.

#### ۴- نقش مصلحت طفل در تعیین وضعیت حضانت

سوال: من یک دختر ۳ ساله دارم که تا ۷ سالگی حضانتش با من هست. خیلی نگرانم بعد این هفت سال این جوری که شنیدم می‌گویند اگر فرزندت نخواهد برود پیش پدرش به اجبار نمی‌توانند او را ببرند، می‌خواستم بدانم این حرف درست هست؟

مطابق قانون جدید حمایت خانواده، اگر پس از رسیدن کودک به ۷ سالگی اختلافی در مورد حضانت وجود داشته باشد، دادگاه باید در مورد حضانت او با در نظر گرفتن مصلحت طفل تصمیم بگیرد. این مسئله به این معنی است که دادگاه خانواده باید با توجه به وضعیت کودک، وضعیت والدین او و وضعیت زندگی آنها، مناسب‌ترین شرایط را برای زندگی کودک انتخاب کند. بنابراین سپردن حضانت فرزندان بعد از طلاق به پدر پس از ۷ سالگی مطلق نیست و در هر صورت مصلحت او مهم‌ترین مسئله است. اهمیت مصلحت کودک به حدی است که حتی اگر والدین توافقی در مورد نگهداری طفل داشته باشند و دادگاه خانواده آن را بر خلاف مصلحت او تشخیص دهد، می‌تواند حکمی به غیر از آن چه والدین توافق کرده‌اند بدهد

#### جابه جایی کودک

عموماً در شرایطی که روابط زوجین بحرانی است، ممکن است یکی از طرفین به فکر جابه جا کردن کودک بیفتند تا او را از دسترس طرف دیگر خارج نمایند. اما قانون برای این کار محدودیت‌هایی ایجاد کرده و در ماده ۴۲ مقرر کرده است: «کودک صغیر را نمی‌توان بدون رضایت ولی، قیم، مادر یا شخصی که حضانت و نگهداری آنان به او واگذار شده است، از محل اقامت مقرر بین طرفین یا محل اقامت قبل از وقوع طلاق به محلی دیگر یا خارج از کشور فرستاد، مگر اینکه دادگاه آن را به مصلحت صغیر و مجنون بداند و با در نظر گرفتن حق ملاقات اشخاص ذی‌حق اجازه دهد. دادگاه در صورت موافقت با خارج کردن صغیر و مجنون از کشور، بنابر درخواست ذی‌نفع، برای تضمین بازگرداندن صغیر و مجنون تأمین مناسبی اخذ می‌کند.»

#### نفقه کودک

موضوع حضانت و نفقه در مورد طفل دو موضوع جداگانه هستند و کسی که حضانت طفل را بر عهده دارد لزوماً کسی نیست که نفقه طفل بر عهده اوست. این امر بدین معنا است که ممکن است حضانت طفل به عنوان مثال بر عهده مادر بوده و نفقه (یا همان خرجی کودک) همچنان بر عهده پدر باشد.

مادر یا هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را به اقتضای ضرورت بر عهده دارد، حق اقامه دعوا برای مطالبه نفقه طفل یا محجور را نیز دارد. در این صورت دادگاه باید در ابتدا ادعای ضرورت را بررسی کند. در این راستا مطابق قانون مدنی اگر پدر زنده باشد، به طور معمول تکلیف پرداخت نفقه به عهده پدر می‌باشد. مطابق این ماده، در قانون جدید حمایت خانواده، مادر می‌تواند از جانب فرزند خود و برای دریافت نفقه فرزندش علیه پدر فرزند طرح دعوا کند.

#### صدور دستور موقت در دعاوی مربوط به حضانت کودک

گاهی ممکن است شرایط یک خانواده به حدی بحرانی شود که دادگاه برای حضانت فرزند و برای پیشگیری از وضعیت‌های غیر قابل جبران دستور موقت صادر نماید و این امر گام مثبت دیگری برای مصلحت اطفال و خانواده‌ها می‌باشد. دستور موقت مطابق قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً بعد از گرفتن تأمین و بعد از موافقت رئیس حوزه قضایی صادر می‌شود اما در این قانون مصلحت کودک ایجاب کرده است که قانونگذار این نوع از دستور موقت را بدون نیاز به گرفتن تأمین از درخواست کننده و تأیید رئیس حوزه قضایی پیش‌بینی کند.

#### وضعیت ملاقات طفل با سایر اشخاص

یکی دیگر از احکامی که در جهت مصلحت اطفال تبیین شده است این است که هرگاه دادگاه تشخیص دهد که توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند.

#### اجرای حکم دادگاه در مورد حضانت

هر کسی از اجرای حکم دادگاه در مورد حضانت طفل خودداری کند یا مانع اجرای آن شود یا از استرداد طفل امتناع ورزد، حسب تقاضای ذی‌نفع و به دستور دادگاه صادرکننده رأی نخستین، تا زمان اجرای حکم بازداشت می‌شود.

رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است

برای رعایت مصلحت کودک است که این قانون تأکید می‌کند: حضور کودکان زیر ۱۵ سال در جلسات رسیدگی به دعاوی خانوادگی به جز مواردی که دادگاه حضور طفل را الزامی می‌داند، ممنوع است. همچنین این قانون بر این موضوع تصریح دارد که حضانت فرزندی که پدرشان فوت کرده، با مادر آنها است؛ مگر آن که دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان،

اقوال مختلف فقها و حقوقدانان و منابع معتبر حقوق اسلامی این نتیجه بدست آمد که افرادی که در انعقاد نطفه دخالت دارند یعنی صاحبان سلولهای جنسی که صفات مختلف ژنتیکی نوزاد، حاصل ادغام کروموزومهای موجود در هسته های اسپرم و تخمک آنان است، پدر و مادر کودک محسوب میشوند و مکلف به حضانت نوزاد حاصل از رحم جایگزین میباشند. لیکن در فرض جدایی افراد مزبور از یکدیگر، میبایست مطابق ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی عمل میشود. منتها همان گونه که گفته شد میتوان مباشرت به حضانت و سرپرستی کودک را با نظارت و اشراف فرد حضانت کننده به فرد دیگری سپرد. این امر میتواند در فرضی که نوزاد حاصل از رحم جایگزین ارتباط ژنتیکی با (زوجه) متقاضی ندارد، راهحلی برای نگهداری و سرپرستی نوزاد توسط زوجین متقاضی باشد. باین حال دارا بودن شرایطی که برای حضانت ذکر شد نیز برای زوجین متقاضی لازم است

منابع

۱. خمینی، روحالله، (۱۴۲۰ ق)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ج
۲. شیخ مفید، محمد بن محمد نعمان، (۱۳۷۴ ق)، المقنعه، قم: انتشارات اسلامی
- طوسی، محمد بن الحسن بن علی، (۱۴۱۶ ق)، الخلاف، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۳/۳
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲ ش)، حقوق مدنی (خانواده)، تهران: شرکت انتشار، ج ۲/۴
- نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۳۶۶ ش)، جواهر الکلام، تهران: المکتبه الاسلامیه، ج ۳۱/۵
۶. صفایی، سید حسین، (۱۳۷۶ ش)، مختصر حقوق خانواده امامی، سید حسن، حقوق خانواده، انتشارات اسلامی
۸. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۷ ق)، مهذب الاحکام، قم: مؤسسه المنار
۹. شیخ صدوق، محمد بن بابویه، (۱۳۷۴ ق)، الخصال، تهران: شفیعی،
۱۰. نهایه الاحکام فی معرفه الاحکام، قم: اسماعیلیان
۱۱. نهایه المرام فی علم الکلام
۱۲. محمد بن محمد زبیدی تاج العروس من جواهر القاموس
۱۳. یحیی بن شرف نووی روضه الطالبین و عمده المفتین
۱۴. محمد عیلوی ناصر الحضانت بین الشریعتہ و القانون و ناصر کاتوزیان مدنی پنج خانواده
۱۵. احمد بن حسین بیهقی السنن الکبری
۱۶. احمد خوان ساری جوامع المدارک فی شرح المختصر المنافع

اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت آن فرزند تشخیص دهد.

تا پیش از تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۲ موضوع حضانت فرزندان یکی از پرچالش ترین موضوعات روز در میان دعاوی خانوادگی بود. کودکانی که قانون خانواده را از دست داده بودند، در میان قوانینی که چندین براساس مصلحت آنان مکتوب نشده بود، دچار سردرگمی شده و والدین نیز مسائل و چالش های زیادی داشتند. با تصویب این قانون می توان گفت به نحو بهتری حقوق کودکانی که در وضعیت بحرانی از هم پاشیده شدن خانواده هایشان قرار گرفته اند، حفظ خواهد شد

اسقاط حق حضانت

قابلیت اسقاط از لوازم حق است؛ بدین معنی که اگر صاحب حق، توانایی و تسلط بر عدم انجام آن کار داشت، آن امر نسبت به او حق است و اگر توانایی اسقاط نداشت، یعنی قهراً موظف به انجام آن کار بود، آن حکم است. با توجه به تعریف و تفاوت حق و حکم و با عنایت به ظاهر کلمات فقها در مسئله حضانت، میتوان گفت که مادر میتواند حق سرپرستی و نگهداری کودک را از دوش خود بردارد، اما پدر نمی تواند. صاحب جواهر گفته است: «حضانت نسبت به مادر همانند شیردهی است که بر او واجب نیست و می تواند آن را اسقاط کرده یا برای آن اجرت مطالبه کند و اگر پدر و مادر هر دو از نگهداری و سرپرستی فرزند خودداری کردند، حاکم، پدر را بر این کار اجبار میکند.» (نجفی، ۱۳۶۶: ص ۲۸۴). برخی از فقهای اهل سنت هم گفته اند که مادر بر نگهداری و سرپرستی از کودک خود مجبور نیست، مگر اینکه شرایطی باشد که مادر تنها سرپرست و نگهدارنده طفل محسوب شود. عده های دیگر بر آنند که مادر در هر شرایطی به نگهداری و سرپرستی کودک موظف است و اگر امتناع کند، بر این کار مجبور میشود

نتیجه

حضانت به معنای ولایت بر طفل و مجنون به جهت تربیت، نگهداری و هر کاری است که به مصلحت او باشد زیرا فلسفه و هدف اصلی از حضانت، نگهداشت مصلحت کودک است.

با مرگ یکی از پدر و مادر، در نظر فقهای شیعی نگهداری و سرپرستی کودک به دیگری منتقل میشود، از کلمات فقها و حقوقدانان این گونه استنباط می شود که مهمترین فلسفه نگاهداری کودک، رعایت غبطه و مصلحت وی است. طبق نظر اکثر فقهای امامیه، در صورت فوت پدر و مادر، سرپرستی و حق حضانت کودک با جد پدری اوست. اکثر فقهای امامیه بر این عقیده اند که در صورت فوت پدر و مادر سرپرستی و حق حضانت با جد پدری کودک است، زیرا که جد پدری نسبت به امور مالی و غیرمالی بر فرزند ولایت دارد از تتبع در عرف، لغت و

## برابری یا عدم برابری دیه زن و مرد سید علیرضا ناصریان

مقدمه:

بر اساس قانون مجازات اسلامی ایران و مطابق فتاوی بسیاری از فقیهان شیعه و سنی، دیه زن نصف دیه مرد است. این رای در میان فقهای شیعه و سنی مخالفانی نیز دارد. دلیل عمده گروه اول آیه ۱۷۸ از سوره بقره یعنی (وَ الْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ)، تصریح برخی از روایات بر نصف بودن دیه زن نسبت به مرد، اجماع و استحسان است. گروه دوم نیز با تمسک به اطلاق آیه ۹۲ سوره نسا و آبی از تخصیص بودن آیه ۱۷۸ سوره بقره و اطلاق برخی از روایات و نیز با تردید در روایات دال بر نصف بودن دیه زن به جهت ایراد در سند، ایراد در روای حدیث، ایراد در مدلول، و شخصی بودن بعضی روایت ها، اصل برابری را پذیرفته اند.

کلید واژگان:

خونبها، دیه، دیه جزایی، دیه حقوقی

خونبها شامل مواردی می‌شده است که پیش از اسلام افراد خانواده ها یا قبایل در قبال کشته شدن یکی از اعضای خود از قاتل طلب می‌کردند و هدف خونبها مطالبه ارزشهای شخصی، اجتماعی و خانوادگی مکتسبه یا موروثی مقتول بود که از قاتل گرفته می‌شد که با توجه به شرایط مقتول از حیث طبقه اجتماعی، ثروت و... متفاوت بود مثلاً بردگان خونبها نداشتند که این امر نشان دهنده نوعی تبعیض در ارزش گذاری مقام انسانی است و برخلاف کرامت انسانی است.

و اگر به شان نزول (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْقَرْبَى بِالْحَرْ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَ الْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ) در تفسیر مجمع البیان توجه کنیم:

« این آیه درباره دو قبیله از عرب نازل شد که یکی را بر دیگری برتری بود. این قبیله سوگند یاد کردند که اگر برده ای از ما کشته شود، در برابرش آزادی از آنان را می کشیم؛ در برابر زنی از قبیله ما مردی از آنان را میکشیم و در برابر مردی از قبیله ما دو مرد از آنان را میکشیم، و جراحت های قبیله خود را دو برابر جراحت های آنان به حساب می آوردند و خداوند این آیه را نازل کرد.» در مذمت شیوه خونبها و عدم برابری اشاره دارد.

اما دیه که تاسیس اسلام است جایگزین خونبها با مبنایی کاملاً متفاوت شد. هدف دیه گاهی مجازات (رضایت خانواده در قتل عمد) و گاهی صرفاً اقتصادی (قتل شبه عمد) است. لذا توجه به تفاوت دیه جزایی و حقوقی مهم است:

دیه جزایی مواردی است که اصل مجازات، قصاص است و به دلایلی به دیه تبدیل می‌شود ولی دیه حقوقی به معنای ضمان و جبران خسارت است چرا که کشتن فی حد نفسه مجازات ندارد و در شبه عمد به لحاظ جبران خسارتی است که مقتول در طول عمر خود به صورت فرضی میتوانسته بدست آورد، دیه قرار گرفته است که برای جبران صدمه وارده شده به لحاظ نبود عنصر شاغل خانواده است که به خانواده او میرسد.

در باب دیه حقوقی يك روایت وجود ندارد که بگوید دیه زن نصف دیه مرد است، منتها فقها از آن روایات دیه جزایی به سراغ دیه حقوقی آمده اند. محقق اردبیلی در کتاب مجمع الفائده و البرهان جلد ۱۹، صفحه ۳۱۳ می‌گوید: من يك روایت هم در این مورد پیدا نکرده ام.

به حق، می توان گفت که یافتن راه وسط و درست، همچون صراط مستقیم، از موباریک تر و از شمشیر برنده تر است. گروهی، به افراط، جانب خلوص را گرفته، به اجراپذیری و کارآمدی آرا و برداشت ها توجهی ندارند و هرگاه فتوا و رایى زمینه اجرا نیابد، مردم را به بی اعتنائی نسبت به دین متهم می سازند و گروهی دیگر، تنها به کارآمدی فقه، آن هم در حد افراط و خوشایند همه فرقه ها می اندیشند و تا بدانجا پیش می روند که فقه را از حد قوانین وضعی نیز کم تر می انگارند. حق، آن است که هر دو راه، ناصواب است؛ هم باید به خلوص و قداست فقه اندیشید و جایگاه و مرتبت معنوی و وحیانی آن را منظور داشت و هم به کارآمدی و اجراپذیری دیدگاه ها و برداشت ها توجه کرد. مگر نه این است که خداوند دین را برای انسان فرو فرستاد، همان گونه که جهان را برای او آفرید:

(الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ فِرَاشًا وَالسَّمَاءَ بِنَاءً)؛

همان [خدایی] که زمین را برای شما فرش [گسترده]، و آسمان را بنایی [آفرشته] قرار داد.

در حالی که امروز در سطح بین المللی تلاش گسترده ای برای برقراری تساوی حقوق بین زن و مرد در همه زمینه ها صورت می گیرد و در اسناد بین المللی حقوق بشری بویژه کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان بر لغو و یا اصلاح قوانینی که مقررات تبعیض آمیز علیه زنان دارند تاکید شده است، در قانون مجازات اسلامی ایران که پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران تدوین و تصویب گردیده و در حال حاضر اجرا می شود مقررات متفاوتی نسبت به زن و مرد وجود دارد که هر چند برخی از آنها نسبت به زن جنبه حمایتی دارد ولی برخی هم به ظاهر تبعیض آمیز به نظر می رسد و جا دارد که مورد بحث و تجزیه و تحلیل و نقادی قرار گیرد و بخصوص چون این مقررات بر اساس مبانی اسلامی و موازین فقهی تنظیم شده، لازم است این مبانی مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد و احیاناً نظریات اصلاحی جدیدی ارائه گردد.

آن تبدیل می‌شود». قانون مجازات اسلامی میزان دیه را تعیین کرده است. ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی دیه قتل مرد مسلمان را یکی از امور ششگانه زیر: يك صد شتر، دویست گاو، يك هزار گوسفند، دویست دست لباس از حله‌های یمن، يك هزار دینار و ده هزار درهم تعیین کرده است و در مواد مختلف دیه قطع یا نقص عضو هر يك از اعضای بدن نیز معین شده است.

قانون مجازات اسلامی در مورد میزان دیه زن بدین گونه عمل کرده است که دیه قتل زن را، چه قتل عمدی و چه غیر عمدی، نصف دیه مرد قرار داده است همان طور که در صدر مقال اشاره شد ماده ۳۰۰ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «دیه قتل زن مسلمان، خواه عمدی خواه غیر عمدی، نصف دیه مرد مسلمان است».

در مبحث مربوط به دیه سقط جنین نیز بند ۶ ماده ۴۸۷ مقرر می‌دارد:

دیه جنین که روح در آن پیدا شده است اگر پسر باشد دیه کامل و اگر دختر باشد نصف دیه کامل و اگر مشتبه باشد سه ربع دیه کامل خواهد بود.

ولی در خصوص دیه مربوط به جرح، قانون مجازات اسلامی راه دیگری را در پیش گرفته است نه به طور مطلق، همانند مورد قتل، دیه زن را نصف دیه مرد قرار داده و نه به طور کامل و مطلق دیه زن را با دیه مرد مساوی دانسته است؛ بلکه تا يك میزان، دیه مرد و زن مساوی است و بیشتر از آن میزان، دیه زن نصف دیه مرد می‌شود. ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «دیه زن و مرد یکسان است تا وقتی مقدار دیه به ثلث دیه کامل برسد، در آن صورت دیه زن نصف دیه مرد است».

همین روش در قانون مجازات در مورد قصاص عضو اتخاذ شده است. در ماده ۲۷۳ آمده است:

در قصاص عضو، زن و مرد برابند و مرد مجرم به سبب نقص عضو یا جرمی که به زن وارد نماید به قصاص عضو مانند آن محکوم می‌شود؛ مگر اینکه دیه عضوی که ناقص شده ثلث یا بیش از ثلث دیه کامل باشد که در آن صورت زن هنگامی می‌تواند قصاص کند که نصف دیه آن عضو را به مرد بپردازد. بنابراین، از آنجا که طبق ذیل ماده ۴۲۴ قانون مجازات اسلامی دیه هر انگشت عشر (يك دهم) دیه کامل است دیه قطع سه انگشت زن ۳۰ شتر یا سیصد دینار است و چون به میزان ثلث دیه کامل نرسیده است با دیه مرد مساوی است؛ ولی قطع چهار انگشت زن چون دیه‌اش از ثلث دیه کامل زیادتر می‌شود یعنی ۴۰ شتر یا چهارصد دینار، ۲۰ شتر یا دویست دینار تعیین شده است یعنی نصف دیه مرد.

در برخی موارد هم قانون مجازات اسلامی بدون اینکه ضابطه و ملاک نصف بودن را رعایت کرده باشد بین دیه زن و مرد تفاوت

به نظر می‌رسد، مهمترین تفاوتی که در قانون مجازات اسلامی در مورد زن و مرد وجود دارد چهار مورد است:

۱- زمان مسئولیت کیفری  
طبق ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی، اطفال در صورت ارتکاب جرم از مسئولیت کیفری مبرا هستند. مطابق تبصره ۱ همان ماده منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد و به حکم تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.

بنابراین با توجه به این تبصره و ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۱ آن، دختر با داشتن ۹ سال تمام قمری مسئولیت کیفری دارد در حالی که پسر پس از ۱۵ سال تمام قمری دارای مسئولیت کیفری خواهد شد.

۲- اعتبار شهادت زن در اثبات دعوی و جرم  
طبق مواد مختلف و متعدد قانون مجازات اسلامی، یا شهادت زن اصولاً برای اثبات جرم اعتبار ندارد و یا با انضمام شهادت زن با مرد و آن هم در حد اعتبار شهادت دو زن در برابر يك مرد معتبر است، طبق مواد ۱۱۹، ۱۵۳، ۱۳۷، ۱۲۸، ۱۷۰، ۱۸۹، ۱۹۹، ۲۳۷ اصولاً جرائم لواط، مساحقه، قوادی، قذف، شرب خمر، محاربه، سرقت و قتل عمد با شهادت زن قابل اثبات نیست. جرم زنا نیز با شهادت زنان بدون انضمام به مردان به هیچ صورت قابل اثبات نیست (ماده ۷۶)؛ ولی برخی موارد زنا با شهادت دو زن عادل با سه مرد عادل یا دو مرد عادل و چهار زن عادل قابل اثبات است (مواد ۷۴ و ۷۵).

قتل شبه عمد و قتل خطایی نیز با شهادت دو زن عادل و يك مرد عادل قابل اثبات است.

۳- قصاص  
در مورد اجرای حکم قصاص نیز بین زن و مرد تفاوت وجود دارد. بدین معنی که اگر زنی عمداً مردی را به قتل برساند قصاص می‌شود ولی اگر مردی زنی را عمداً به قتل برساند در صورتی مرد قصاص می‌شود که خانواده زن معادل نصف دیه مرد را به او بپردازد. (مواد ۲۰۹، ۲۰۷ و ۲۵۸ قانون مجازات اسلامی).

۴- دیه  
طبق ماده ۳۰۰ قانون مجازات اسلامی، دیه قتل زن مسلمان، خواه عمدی خواه غیر عمدی نصف دیه مرد مسلمان است. علی‌الاصول، دیه به قتل یا جرح غیر عمدی تعلق می‌گیرد ولی در صورت عمد هم ممکن است ولی دم یا مجنی علیه از قصاص بگذرد و به گرفتن دیه راضی شود که در این صورت قصاص به دیه تبدیل می‌شود. ماده ۲۵۷ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «قتل عمد موجب قصاص است لکن با رضایت ولی دم و قاتل به مقدار دیه کامله یا کمتر یا زیادتر از

گذاشته است. مثلاً، ماده ۴۸۳ مقرر می‌دارد:

هر گاه نیزه یا گلوله یا مانند آن در دست یا پا فرو رود در صورتی که مجنی علیه مرد باشد، دیه آن يك صد دینار و در صورتی که زن باشد، دادن ارزش لازم است.

در این مورد خاص، نه حکم به تساوی دیه زن و مرد شده نه بر مبنای نصف بودن دیه زن نسبت به مرد تعیین حکم شده است. تعیین میزان ارزش برای زن ممکن است، حسب مورد بیشتر از صد دینار یا معادل آن یا کمتر از آن باشد.

مبانی حکم دیه و مقررات متفاوت آن در مورد زن و مرد در قانون مجازات

در قوانین عرفی امروز، ارتکاب قتل و جرح و ضرب، از یکسو، جنبه کیفری دارد و مجازات اعدام و حبس و جریمه نقدی و احياناً کیفرهای دیگر بر آن مترتب است که عمدتاً جنبه عمومی دارد و حکومت به خاطر تجری مرتکب به نقض حریم جامعه و حقوق و امنیت دیگران و با هدف تنبیه مجرم یا تادیب او یا عبرت دیگران و پیشگیری و بازدارندگی و یا همه آنها، وی را به مجازات متناسب طبق قانون محکوم می‌نماید. شکایت و پیگیری مجنی علیه یا گذشت و عدم تعقیب او می‌تواند از عوامل مخفیه تعیین کیفر باشد و در موارد صدمات خفیف ممکن است به طور کلی موجب عدم پیگرد و یا موقوف ماندن پیگرد و اعمال مجازات نسبت به وی گردد.

غیر از این جهت مجازات، مجنی علیه یا اولیای او، از حق خصوصی در خواست زیان وارده به آنها در اثر جرم برخوردارند. طبق ماده ۱۲ قانون آئین دادرسی کیفری:

همین که متهم به جهتی از جهات قانونی تحت تعقیب قرار گرفت متضرر از جرم می‌تواند کلیه دلایل و مدارک خود را... تسلیم دادگاه کرده و مطالبه ضرر و زیان نماید... .

طبق ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی:

اگر در اثر آسیبی که به بدن یا سلامتی کسی وارد شده در بدن او نقص پیدا شود یا قوه کار زیان دیده کم گردد و یا از بین برود و یا موجب افزایش مخارج زندگانی او بشود واردکننده زیان مسئول جبران کلیه خسارات مزبور است... .

طبق ماده ۶ همان قانون:

در صورت مرگ آسیب دیده مرتکب باید کلیه هزینه‌ها از مخارج معالجه و هزینه کفن و دفن و نیز مخارج افرادی که نفقه آنها از سوی متوفی تأمین می‌شده است را در صورت مطالبه به حکم دادگاه تادیه نماید.

نظیر چنین مقرراتی در قوانین موضوعه دیگر کشورها اعم از اسلامی و غیر اسلامی وجود دارد و در محاکم عمل می‌شود. در این قوانین علی‌الاصول زن بودن یا مرد بودن متهم یا مجنی علیه ملاک حکم قرار نگرفته و تفاوت ماهوی در تعقیب و محاکمه و اعمال مجازات و تعیین خسارت ندارد. میزان خسارت

ناشی از جرم نیز حسب مورد با در نظر گرفتن جهات مختلف به وسیله دادگاه تعیین می‌شود. البته در تعیین خسارت ممکن است با توجه به نقش و تأثیر مجنی علیه، زن و مرد بودن او هم موثر باشد ولی نه به عنوان يك قاعده ثابت و فراگیر.

قانون مجازات اسلامی بر مبنای احکام فقهی و فتاوی فقها به جای ضرر و زیان ناشی از جرم قتل یا جرح و ضرب دیه را مقرر نموده که میزان ثابت و تعیین شده‌ای است و در برخی موارد هم میزان آن را دادگاه تعیین می‌کند و در عین حال این محکومیت مالی هم مجازات و هم جبران زیان وارده به مجنی علیه را تشکیل می‌دهد.

تعیین دیه زن به اندازه نصف دیه مرد نیز که در قانون مجازات مقرر شده طبعاً بر مبنای حکم فقهی و نظر فقهاست. درآمد:

قرآن کریم کشتن يك انسان را کشتن تمامی انسان‌ها می‌داند و پیامبر خدا (صلی الله علیه و آله) هم فرمود:

کسی که در کشتن آدمی، گرچه با سخنی، مشارکت کند، از رحمت الهی مایوس باشد.

بر این پایه، تحریم قتل نفس و تعیین عقوبت‌های اخروی و نیز کیفرهای دنیوی، هدفی جز بازدارندگی و جلوگیری از این رفتار شنیع ندارند.

اگر قتل نفس از روی عمد باشد، حکم آن قصاص است؛ مگر آنکه خانواده مقتول از قصاص صرف نظر کنند، یا به دریافت دیه رضایت دهند.

شارع در قتل خطایی یا شبه عمد به قصاص فرمان نداده و حکم به پرداخت خون بها در حق خانواده مقتول نموده است؛ البته قرآن کریم، در قتل خطایی، علاوه بر پرداخت دیه، قاتل را به آزاد کردن يك بنده مومن فرمان داده است:

(وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا)؛

و هر کس مومنی را به اشتباه کشت، باید بنده مومنی را آزاد کرده و به خانواده او خون بها پرداخت کند؛ مگر اینکه آنان گذشت کنند.

یکی از پرسش‌های جدی در فقه اسلامی، در موضوع دیه، نابرابری دیه زن و مرد و مسلمان و غیر مسلمان است. مشهور فقیهان، بلکه می‌توان گفت که تمامی فقهای مسلمان، جز تعدادی اندک، بر این عقیده اند که دیه زن، نصف دیه مرد است، گرچه در مقدار آن میان فقیهان شیعه و اهل سنت اختلاف است؛ و در جراحات‌ها نیز بر این باورند که زن و مرد، تا يك سوم دیه، برابرنند و بیش از آن، دیه زن نصف می‌شود. به عقیده ما روایاتی که در مقام بیان دیه و مقدار آن برآمده اند، بر برابری خون بها دلالت دارند. در قرآن کریم نیز شاهد و گواهی بر نابرابری وجود ندارد، بلکه اصول و قواعد کلی



شده و نه تفاوت بین زن و مرد از لحاظ مقدار دیه ذکر شده است، البته لفظ به کار رفته در مورد مقتول به صورت مذکر «و من قتل مومنا»، به طور مطلق و نکره آمده است و در اینگونه خطابات اگر لفظ مذکر هم به کار رفته باشد منظور فقط جنس مذکر نیست و مذکر و مونث را شامل می شود مگر اینکه قرینه خاصی دلالت بر این اختصاص نماید و با توجه به آن معین گردد که خطاب به مرد اختصاص دارد و نیز ظاهر آیه دلالت بر این دارد که آن مقدار دیه که خانواده مقتول را راضی کند کافی است.

روایاتی که در مقام بیان دیه و مقدار آن می باشند، بر برابری در مقدار دیه زن و مرد، مسلمان و غیر مسلمان دلالت روشن دارند و در آنها تبعیض و تفاوتی دیده نمی شود. این روایت ها را شیخ حر عاملی در ابتدای کتاب الدیات از کتاب وسائل الشیعه آورده است. تعداد این روایت ها چهارده حدیث است و در میان آنها روایت های معتبر نیز بسیار است. برخی از این روایات از این قرارند:

۱. محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن ابیه و عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد جمیعاً، عن ابن محبوب، عن عبد الرحمن بن الحجاج، قال: سمعت ابن ابی لیلی یقول: «كانت الدية في الجاهلية مئة من الابل فاقرها رسول الله (صلى الله عليه وآله)، ثم انة فرض على اهل البقر مئتي بقرة و فرض على اهل الشاه الف شاه ثنيه، و على اهل الذهب الف دينار، و على اهل الورق عشرة آلاف درهم و على اهل الیمن الحلل مئتي حله»؛

عبد الرحمن بن حجاج می گوید: شنیدم که ابن ابی لیلی می گفت: «دیه در دوران جاهلیت یکصد شتر بود. رسول خدا (صلی الله علیه وآله) همان را امضا کرد. سپس بر گاوداران، دویست گاو، و بر گوسفندداران، یکصد گوسفند، و بر صاحبان طلا، هزار دینار و بر صاحبان درهم، ده هزار درهم و بر مردمان یمن، دویست حله [قطعه پارچه] مقرر کرد».

۲. محمد بن علی بن الحسین باسناده، عن حماد بن عمرو، و انس بن محمد، عن ابیه، عن جعفر بن محمد، عن ابائه فی وصیه النبی (صلی الله علیه وآله) لعلی (صلی الله علیه وآله) قال: یا علی! ان عبدالمطلب سن فی الجاهلیه خمس سنن اجراها الله له فی الاسلام، الی ان قال: و سن فی القتل مئة من الابل فاجری الله ذلك فی الاسلام؛

این روایت صحیح است و مشایخ ثلاثه آن را نقل کرده اند. رسول خدا (صلی الله علیه وآله) در سفارش خود به امام علی (علیه السلام) فرمود: ای علی، به راستی که عبدالمطلب پنج سنت را در دوران جاهلیت بنا نهاد که خداوند آنها را در دوران اسلام نیز اجرا کرد... عبدالمطلب برای قتل، یکصد شتر مقرر کرد و خداوند هم همان را در دوران اسلام جاری ساخت.

اسلامی نیز بر برابری گواهی می دهند. بر آنیم تا از این رای دفاع کرده و دیدگاه مشهور را مورد نقد و بررسی قرار دهیم. این مهم در دو فصل عرضه می گردد:

فصل یکم. برابری دیه زن و مرد، مسلمان و غیر مسلمان؛

فصل دوم. نقد و بررسی دیدگاه نابرابری دیه زن و مرد؛

فصل یکم، برابری دیه زن و مرد

قرآن کریم در باره مقدار دیه زن و مرد، مسلمان و غیر مسلمان ساکت است و آنچه می تواند مستند و مدرک برای تعیین اندازه دیه آنها قرار گیرد، اصول و قواعد کلی اسلامی، روایات خاص و اجماع است.

در کتب فقهی، به استناد روایات خاص و اجماع، بر نابرابری دیه زن و مرد، مسلمان و غیر مسلمان تاکید شده است. این دو دلیل در فصل دوم، مورد نقد و بررسی قرار می گیرد. ادعای ما این است که ادله ای که بر اصل تشریح دیه دلالت دارند، و نیز اصول و قواعد کلی اسلامی، بر برابری دیه زن و مرد، مسلمان و غیر مسلمان دلالت می کنند، که در این فصل، به بررسی این دو دلیل می پردازیم:

روایات تشریح دیه

قرآن کریم در یک آیه بر اصل تشریح دیه دلالت دارد ولی نسبت به مقدار آن ساکت است:

(وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مَوْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مَوْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مَوْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا)؛

و هیچ مومنی را نسیزد که مومنی را - جز به اشتباه - بکشد، و هر کس مومنی را به اشتباه کشت، باید بنده مومنی را آزاد و به خانواده او خون بها پرداخت کند؛ مگر اینکه آنان گذشت کنند، و اگر [مقتول] از گروهی است که دشمنان شمایند و [خود] وی مومن است، [قاتل] باید بنده مومنی را آزاد کند [و پرداخت خون بها به خانواده او لازم نیست] و اگر [مقتول] از گروهی است که میان شما و میان آنان پیمانی است، باید به خانواده وی خون بها پرداخت نماید و بنده مومنی را آزاد کند، و هر کس [بنده] نیافت، باید دو ماه پیاپی - به عنوان توبه ای از جانب خدا - روزه بدارد، و خدا همواره دانای سنجیده کار است. این آیه گرچه از بیان مقدار دیه ساکت است، ولی هیچ گونه تفاوتی میان قتل انسان مومن و کسی که خونش احترام دارد، نمی گذارد.

صاحب تفسیر المنار می گوید: در این آیه نه میزان دیه تعیین

از خاک آفرید؛ و دوست داشتنی ترین مردم، نزد خداوند - عز و جل - در روز قیامت، مطیع ترین و پارساترین آنهاست.

و نیز رسول خدا (صلی الله علیه وآله) فرمود:

انَّ النَّاسَ مِنْ أَدَمَ الی یومنا هذا مثل اسنان المشط، لافضل للعربی علی العجمی ولا للاحمر علی الاسود الا بالتقوی؛ به راستی که همه مردم، تا این روزگار ما، از آدم اند [و برابرند]؛ مانند دندان‌های شانه؛ عرب را بر غیر عرب و سرخ گونه را بر سیاه فضیلتی نیست، مگر در سایه پارسایی.

و نیز امام علی (علیه السلام) فرمود:

النَّاس الی آدم شرع سواء؛

مردمان تا آدم همه برابرند.

خلاصه آنکه روایات دال بر اصل دیه و مقدار آن، به انضمام اصول و قواعد کلی اخذ شده از آیات و روایات، برابری دیه زن و مرد، مسلمان و غیر مسلمان را تثبیت می کنند.

اینک، برای تکمیل این نظریه، باید رای مشهور فقیهان و مستند آنها مورد نقد و بررسی قرار گیرد، که فصل دوم بدان اختصاص دارد.

#### فصل دوم

نقد و بررسی دیدگاه نابرابری دیه زن و مرد

در روایات مختلف منقول از پیامبر اکرم و ائمه اطهار، هم میزان دیه تعیین شده و هم در بعضی از آنها به نصف بودن دیه زن نسبت به دیه مرد اشاره شده است. بدین معنی که در برخی از روایات به طور مطلق دیه قتل انسان (دیه نفس) و نیز دیه اعضا و جراحات وارده بر انسان ذکر شده و در بعضی از روایات نیز تصریح شده به اینکه دیه زن نصف دیه مرد است.

مشهور فقیهان بر این عقیده اند که دیه زن مسلمان آزاده نصف دیه مرد مسلمان است؛ خواه زن خردسال باشد یا بزرگسال؛ عاقل باشد یا دیوانه؛ سالم باشد یا ناقص العضو.

صاحب جواهر الکلام می نویسد:

تردید و شکی از جهت فتوا و نصوص شرعی نیست که دیه زن مسلمان آزاده، خواه خردسال باشد یا بزرگسال، عاقل باشد یا دیوانه، سالم باشد یا ناقص العضو، در قتل عمدی، شبه عمد و قتل خطایی نصف دیه مرد است. همچنین اجماع محصل و منقول بر آن دلالت دارند و می توان گفت که نقل اجماع، مانند نصوص شرعی متواتر است؛ بلکه اجماع تمامی مسلمانان بر این مطلب قائم است و تنها مخالفان [این فتوا] ابن علی و اصم [از فقیهان اهل سنت] اند که دیه زن و مرد را برابر می دانند، ولی کسی به مخالفت این دو اعتنایی نکرده؛ آنجا که اجماع امت اسلامی بر آن قائم است.

و نیز صاحب ریاض المسائل نوشته است:

دیه کشتن زن مسلمان آزاده، نصف دیه مرد، در شتر، گاو، گوسفند، طلا، نقره و پارچه است و این مسئله مورد اجماع

اصول و قواعد کلی اسلامی

علاوه بر این روایات - که بر برابری دیه دلالت دارند - می توان آیات و روایاتی را نیز که بر برابری انسان ها در شخصیت و استعداد و دیگر ویژگی های انسانی دلالت دارند، گواه و شاهد گرفت. به تعبیر دیگر، می توان گفت که اصول و قواعد اولیه اسلامی نیز بر برابری دلالت می نمایند. برخی از آیات و روایات بدین شرح اند.

قرآن کریم همه آدمیان را فرزندان آدم و حوا می داند، و میان آنان در مبدا آفرینش و استعدادهای انسانی، فرقی نمی گذارد: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحَدِّهِ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ)؛

ای مردم، از پروردگارتان - که شما را از «نفس واحدی» آفرید و جفتش را [نیز] از او آفرید، و از آن دو، مردان و زنان بسیاری پراکنده کرد - پروا دارید؛ و از خدایی که به [نام] او از همدیگر درخواست می کنید، پروا نمایید.

و در آیه ای دیگر، مایه برتری آدمیان را تقوا بر می شمرد:

(يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)؛

ای مردم، ما شما را از مرد و زن آفریدیم، و شما را ملت ملت و قبیله قبیله گردانیدیم تا با یکدیگر شناسایی متقابل حاصل کنید. در حقیقت، ارجمندترین شما نزد خدا پرهیزگارترین شماست.

و نیز می توان به این روایت ها اشاره کرد:

رسول خدا (صلی الله علیه وآله) فرمود:

ایها الناس! ان ربکم واحد، وان اباکم واحد، کلکم لآدم، و آدم من تراب، ان اکرمکم عندالله اتقاکم، و لیس لعربی علی عجمی فضل الا بالتقوی؛

ای مردم، به راستی که پروردگارتان یکی است، پدرتان یکی است. همه شما فرزندان آدم هستید و آدم از خاک است. به راستی که ارجمندترین شما، نزد خداوند، پرهیزگارترین شماست. هیچ عربی را بر غیر عرب برتری نیست، جز به پرهیزگاری.

رسول خدا (صلی الله علیه وآله) فرمود:

النَّاس سواء کاسنان المشط؛

مردم مانند دندان‌های شانه برابرند.

و نیز رسول خدا (صلی الله علیه وآله) فرمود:

فالنَّاس الیوم کلهم ابیضهم واسودهم وقرشیهم وعریبهم و عجمیهم من آدم، وان آدم (علیه السلام) خلقه الله من طین وان حب النَّاس الی الله عزوجل یوم القیامه اطوعهم له واتقاهم؛ امروز تمامی مردم [در پرتو آیین اسلام]، سفید و سیاه، قرشی و عرب و عجم از آدم زاده شده اند، و به راستی که خداوند آدم را

امام صادق (علیه السلام) فرمود: ديه جنين داراي پنج مرحله است؛ يك پنجم براي هنگامي كه نطفه بسته شود؛ يعني بيست دينار، دو پنجم براي هنگامي كه تبديل به خون بسته شود؛ يعني چهل دينار، سه پنجم براي هنگامي كه تبديل به گوشت جويده شود؛ يعني شصت دينار، چهار پنجم هنگامي كه استخوان رويد؛ يعني هشتاد دينار، و وقتي جنين كامل شد، ديه آن يكصد دينار است؛ و اگر روح در آن دمیده شود و مذکر باشد، ديه آن هزار دينار يا ده هزار درهم است و اگر مونث باشد، ديه آن پانصد دينار خواهد بود؛ و اگر زن بارداری کشته شود و دانسته نشود که فرزندش پسر است يا دختر، ديه فرزند نصف ديه پسر و نصف ديه دختر در نظر گرفته شود و ديه زن کامل است.

اين روايت سند آن، مانند روايت نخست، با مشكل مواجهه است؛ زيرا در اين سند نيز محمد بن عيسي از يونس نقل مي کند و ايرادهای پيش گفته در اينجا نيز می آيد. علاوه بر آن، احتمال ارسال سند نيز می رود؛ زيرا محمد بن عيسي از يونس يا ديگری - که نامش معلوم نشده - نقل روايت کرده است: «محمد بن عيسي، عن يونس او غيره».

۳. و بالاسناد، عن ابن محبوب، عن ابي ايوب، عن الحلبي، و ابي عبيده، عن ابي عبدالله (عليه السلام) قال: سئل عن رجل قتل امراً خطأ و هي علي راس الولد تمخض، قال: عليه الدية خمسة آلاف درهم، و عليه للذبي في بطنها غره و صيف او وصيفه او اربعون ديناراً؛

از امام صادق (عليه السلام) در مورد مردی سوال شد که زنی را به اشتباه بکشد و او در حال زایمان باشد. امام صادق (عليه السلام) فرمود: پنج هزار درهم به عنوان ديه زن بر مرد است و برای فرزند، يك برده مرد يا زن و يا چهل دينار ديه تعلق می گیرد.

اين روايت از دو جهت مشكل دارد؛ جهت اول اينكه سخن امام، پاسخ به سوالی در باره مورد خاصی است؛ يعني آن گاه که زنی حامله، به هنگام وضع حمل، به قتل رسد. بنابراین، احتمال دارد قضيه شخصيه باشد که در خارج اتفاق افتاده و امام حکم آن را بيان فرموده اند، و هيچ گاه نمی توان بر اساس قضايای شخصيه و جزئيه استدلال کرد و اگر قضيه شخصيه هم نباشد، به مورد سوال اختصاص می يابد، و آن را نمی توان به همه موارد ديه زنان تعميم داد. جهت دوم، اينکه ديه جنيني که خلقتش كامل شده، ديه انسان كامل است و اگر جنيني به اين حد نرسیده باشد، ديه اش يكصد دينار و كم تر است. بنابراین، تخيير ميان يك برده مرد يا زن و چهل دينار در ديه جنين، مخالف فتوای اصحاب بوده، و مورد اعراض آنهاست، و با سقوط حجيت اين بخش از حديث، قسمت نخست آن نيز از حجيت می افتد؛ چرا که دو حکم مستقل نيست تا بتوان

است. علاوه بر آن، روايت های مستفيض و معتبري بر اين مطلب دلالت دارند؛ بلکه می توان گفت که اين روايت ها در حدّ تواترند.

در اين نظريه بر سه دليل استناد می کنند؛ يکی نصوص روايي و ديگری اجماع و سوم برخی وجوه استحساني.

تفصيل اين سه دليل از اين قرار است:

يکم . روايات

رواياتی که مستند نابرابری ديه قرار گرفته اند، در سه گروه دسته بندی می شوند؛ دسته ای اين مطلب را با دلالت مطابقي اثبات می کنند. دسته ديگر با دلالت التزامی بر اين رای گواهی می دهند و دسته سوم رواياتی هستند که دلالت دارند ديه اعضای زن و مرد تا يك سوم، برابر است و پس از آن، نصف می شود.

دسته نخست، روايات نابرابری ديه زن و مرد با دلالت مطابقي رواياتی که نابرابری ديه را با دلالت مطابقي اثبات می کنند، پنج حديث اند (که سه حديث آن ذکر ميگردد):

۱. محمد بن يعقوب، عن علي بن ابراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس عن عبدالله بن مسكان، عن ابي عبدالله (عليه السلام) في حديث... قال: ديه المراه نصف ديه الرجل؛

امام صادق (عليه السلام) در روايتی فرمود: ديه زن نصف ديه مرد است.

اين روايت، گرچه از جهت دلالت تمام است و هيچ خدشه ای در آن راه ندارد، ولی از جهت سند، با مشكل مواجهه است؛ زيرا از يك سو، در سند اين حديث، محمد بن عيسي از يونس نقل روايت می کند و محمد بن الحسن الوليد روايات او را - آن گاه که به تنهایی ناقل باشد - مردود شمرده است. از سوی ديگر، وثاقت محمد بن عيسى بن عبيد محلّ خلاف و ترديد است؛ چرا که شيخ طوسي، سيد بن طاووس، شهيد ثانی، محقق، و گروهی ديگر وی را تضعيف کرده اند و نجاشی او را توثيق کرده است و پس از تعارض جرح و تعديل، اقوی ترک عمل به اين روايت است.

۲. محمد بن يعقوب، عن علي بن ابراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس او غيره، عن ابن مسكان، عن ابي عبدالله (عليه السلام) قال: ديه الجنين خمسة اجزاء: خمسٌ للنفثه عشرون ديناراً، و للعلقه خمسان اربعون ديناراً، و للمضغه ثلاثه اخماس ستون ديناراً، و للعظم اربعه اخماس ثمانون ديناراً، و اذا تمّ الجنين كانت له مائه دينار، فاذا انشئ فيه الروح فديته الف دينار او عشرة آلاف درهم ان كان ذكراً و ان كان انثى فخمسمائه دينار و ان قتلت المراه و هي حبلی فلم يدر اذکر ان ولدها ام انثى فديه الولد نصف ديه الذکر و نصف ديه الانثى وديتها كامله؛

مدعی تبعیض در حجیت شد.

دسته دوم، روایات نابرابری دیه زن و مرد با دلالت التزامی مضمون این روایت ها چنین است که اگر مرد آزادی در برابر زن آزاده ای قصاص شده و به قتل رسد، باید نیمی از دیه به خانواده مرد مقتول پرداخت گردد. معنای این سخن چنین است که دیه زن نصف دیه مرد است و گرنه، وجهی برای پرداخت نیمی از دیه وجود ندارد. تعداد این روایت ها در کتب معتبر حدیثی به پانزده روایت می رسد و از این میان، نزدیک به ده حدیث آن دارای سند معتبر است.

برخی از این روایات عبارت اند از:

۱. محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد، و عن علی بن ابراهیم، عن ابیه جمیعاً، عن ابن محبوب، عن عبدالله بن سنان قال: سمعت ابا عبدالله (علیه السلام) یقول: فی رجل قتل امراته متعمداً، قال: ان شاء اهلها ان یقتلوه قتلوه و یودوا الی اهله نصف الدیه، وان شاؤوا اخذوا نصف الدیه خمسہ آلاف درهم؛

عبدالله بن سنان می گوید: شنیدم که امام صادق (علیه السلام) در باره مردی که همسرش را به عمد بکشد، فرمود: اگر خانواده زن بخواهند مرد را بکشند، می توانند و باید به خانواده مرد نصف دیه را بپردازند، و اگر بخواهند می توانند نصف دیه را، یعنی پنج هزار درهم، از خانواده مرد بگیرند [و از کشتن وی صرف نظر نمایند].

۲. وعن علی بن ابراهیم، عن محمد بن عیسی، عن یونس، عن عبدالله بن مسکان، عن ابی عبدالله (علیه السلام) قال: اذا قتلت المراه رجلاً قتلت به، واذا قتل الرجل المراه فان ارادوا القود اذوا فضل دیه الرجل (علی دیه المراه) واقادوه بها، وان لم یفعلوا قبلوا الدیه، دیه المراه کامله، و دیه المراه نصف دیه الرجل؛

امام صادق (علیه السلام) فرمود: هرگاه زنی مردی را بکشد، در مقابل کشتن وی قصاص می گردد و اگر مردی زنی را بکشد، چنانچه بخواهند قصاص کنند، باید نیمی از دیه مرد را [به خانواده اش] بپردازند و مرد را قصاص کنند و اگر از کشتن صرف نظر کنند، دیه کامل زن را دریافت کنند و دیه زن نصف دیه مرد است.

۳. وعنه، عن ابیه، عن ابن ابی عمیر، عن حماد، عن الحلبي، عن ابی عبدالله (علیه السلام) قال: فی الرجل یقتل المراه متعمداً فاراد اهل المراه ان یقتلوه، قال: ذاك لهم اذا اذوا الی اهله نصف الدیه، و ان قبلوا الدیه فلهم نصف دیه الرجل، وان قتلت المراه الرجل، قتلت به، لیس لهم الا نفسها؛

امام صادق (علیه السلام) در باره مردی که زنی را به عمد بکشد، فرمود: اگر خانواده زن بخواهند، می توانند مرد را بکشند و این حق را دارند؛ لیکن نیمی از دیه را باید به خانواده

مرد بپردازند، و اگر از کشتن صرف نظر کنند، دیه زن را - که نصف دیه مرد است - بپذیرند، و اگر زنی مردی را بکشد، قصاص می شود و خانواده مرد حقی دیگر ندارند. هم چنین روایت های ۴، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۲، ۱۳، ۱۵، ۱۹، ۲۰ و ۲۱ از همان باب ۳۳ بر این مطلب دلالت دارند.

استناد به این روایت ها دو اشکال جدی دارد:

۱. این روایت ها در مدلول مطابقی خود حجت نیست؛ چنان که آن را در برابری قصاص زن و مرد به اثبات رساندیم، و اگر دلیلی در دلالت مطابقی خود حجت نباشد، دلالت التزامی آن نیز حجت ندارد؛ زیرا دلالت التزامی در وجود و حجیت تابع دلالت مطابقی است. به سخن دیگر، وقتی لفظ در دلالت مطابقی و معنای اصلی خود حجت نیست، گویا دلالتی وجود ندارد؛ پس ملزومی نیست تا لازمی داشته باشد. به عبارت سوم، وقتی لفظ در ملزوم - که اصل است - حجیت ندارد، قهراً لازم آن نیز - که فرع است - حجیت نخواهد داشت.

۲. استدلال به روایت های لزوم دیه در قتل عمد برای مورد قتل خطایی در صورتی امکان پذیر است که از قتل عمد الغای خصوصیت گردد؛ یعنی گفته شود که میان قتل عمدی و خطایی تفاوتی نیست. اما الغای خصوصیت دشوار است؛ زیرا ممکن است حکم به تنصیف دیه در قتل عمد، به جهت اختیارداری خانواده مقتول میان قصاص و گرفتن دیه باشد، لیکن در قتل خطایی - که قصاص جایز نیست و تنها دیه گرفته می شود - نتوان حکم به تنصیف کرد. به هر حال، تعمیم حکم از این روایت ها به مسئله قتل خطایی مشکل جدی دارد. دسته سوم، روایات نابرابری قصاص اعضای زن و مرد پس از رسیدن به یک سوم

این روایت ها دلالت دارند که دیه قطع اعضای زن، برابر با مرد است تا زمانی که به یک سوم دیه نرسد و هرگاه به یک سوم رسید، دیه زن نصف می شود. اضافه بر یک سوم، شامل دیه جان هم می شود که باید تنصیف گردد.

پنج روایت بر این رای مشهور دلالت می کنند که از این قراراند:

۱. صحیحہ ابان بن تغلب، قال: قلت لابی عبدالله (علیه السلام) ما تقول فی رجل قطع اصبعاً من اصابع المراه کم فیها؟ قال: عشره من الابل، قلت: قطع اثنتین؟ قال: عشرون، قلت: قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون، قلت: قطع اربعاً؟ قال: عشرون، قلت: سبحان الله یقطع ثلاثاً فیکون علیه ثلاثون، و یقطع اربعاً فیکون علیه عشرون؟! ان هذا کان یبلغنا ونحن بالعراق فنبرا ممن قاله و نقول الذي جاء به شیطان، فقال: مهلا یا ابان! هذا حکم رسول الله (صلی الله علیه وآله)، ان المراه تعاقل الرجل الی ثلث الدیه، فاذا بلغت الثلث رجعت الی النصف، یا ابان! انک اخذتني بالقیاس، و السنه اذا قیست محق الدین؛

۴. تعجب ابان از اینکه دیه قطع چهار انگشت بیست شتر است، با اینکه دیه قطع سه انگشت سی شتر بود، امری عقلایی و طبیعی است؛ زیرا فحوای پاسخ های قبلی امام (علیه السلام) چنین است و اگر این تعجب بر پایه فحوای سخن متکلم باشد، چگونه از سوی امام مورد اعتراض قرار می گیرد و متهم به قیاس می شود؟ چرا که فحوای ادله شرعی در فقه، ستون استنباط و استدلال و سنگ آسیای اجتهاد و فقاقت به شمار می رود، و فحوای دلیل، همان الغای خصوصیت و تنقیح مناط است که عرفاً آن را از مناسبت حکم و موضوع و جهات دیگر به دست می آورد و در حقیقت، تمسک به فحوا تمسک به دلیل لفظی است.

۵. گذشته از همه اینها پاسخ مطرح شده در حدیث، با پرسش و تعجب ابان سازگاری ندارد؛ زیرا ابان از این گونه تشریح در مقام ثبوت تعجب می کند و امام پاسخ این پرسش را، طبق نقل حدیث، نمی دهد، وگرنه ابان در حجیت سخنی که از امام (علیه السلام) صادر شود، تردیدی ندارد. به سخن دیگر، روش قرآن کریم و پیامبر (صلی الله علیه وآله) و اهل بیت (علیهم السلام) اقناع مخاطبان، بویژه شخصیت های علمی و فقیهان است. قرآن کریم با آن که خود بیان است:

(وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ)؛ و این قرآن را به سوی تو فرود آوردیم، تا برای مردم آنچه را به سوی ایشان نازل شده است، توضیح دهی.

بیان علل احکام در روایات اهل بیت بدان حد است که شیخ صدوق علل الشرایع را تالیف می کند.

حال، آیا می توان گفت در جایی که پرسشی جدی در ذهن فقیهی چون ابان شکل گرفته امام به جوابی اسکاتی قناعت ورزد؟!؟

شگفتی فقیهان فریقین از این حکم

کسی از فقهای شیعه یا اهل سنت در مقام توجیه و بیان حکمت این حکم عجیب برنیامده است؛ ولی همه در شگفتی فرو رفته اند. برخی آن را نپذیرفتند و برخی با ملاحظه آنچه در خود روایت آمده است که نباید گرد قیاس رفت و باید تعبداً این حکم را پذیرفت و در مقام فهم حکمت و فلسفه آن برنیامد آن را قبول کردند؛ ولی به هر حال توضیح ندادند که چه معمایی در این حکم ساده اجتماعی که باید بر مردم اجرا شود نهفته است که در طول قرون و اعصار قابل کشف نبوده است. هم ابان بن تغلب شیعه را در چهارده قرن پیش شگفت زده کرده و هم ربیع سنی مذهب را به حیرت فرو برده و هم امام شیعیان و هم بزرگ سنیان در این مقام برنیامدند که با توضیحی قانع کننده پیروان خود را از حیرت و ناباوری وجود چنین حکمی در شرع انور درآورند و صرفاً با تاکید بر اینکه سنت پیامبر (ص) همین است و باید آن را پذیرفت آنان را مجاب

ابان بن تغلب می گوید: به امام صادق (علیه السلام) گفتم: اگر مردی انگشت زنی را قطع کند، دیه آن چقدر است؟ فرمود: ده شتر. گفتم: اگر دو انگشت را قطع کند، چطور؟ فرمود: بیست شتر. گفتم: اگر سه انگشت را قطع نماید، چطور؟ فرمود: سی شتر. گفتم: اگر چهار انگشت را قطع نماید چطور؟ فرمود: بیست شتر. گفتم: سبحان الله! سه انگشت را قطع می کند، سی شتر و چهار انگشت را قطع می کند، بیست شتر؟! در عراق این سخن را می شنیدیم، ولی از آن دوری می جستیم و می گفتیم حکمی شیطانی است. امام صادق (علیه السلام) فرمود: ساکت شوای ابان! این حکم رسول خداست. دیه زن برابر با مرد است تا یک سوم و وقتی بدان پایه رسید، دیه اش نصف می گردد. ای ابان، با من از روی قیاس سخن گفتی و هرگاه سنت بر پایه قیاس شکل گیرد، دین از میان می رود. گرچه مشهور روایت ابان را صحیح می دانند، لیکن در متن و سند آن ایرادها و اشکال هایی وجود دارد که اعتبار آن را از نظر عقلاً خدشه دار می سازد. اشکال های متنی و سندی صحیح ابان بدین شرح است:

۱. محقق اردبیلی در باره سند آن می گوید: بدان که در روایت ابان، عبدالرحمان بن حجاج قرار گرفته و نسبت به وی تردیدی وجود دارد؛ زیرا شیخ صدوق در مشیخه من لا یحضره الفقیه می گوید: «ابوالحسن (علیه السلام) فرمود: عبدالرحمان بر قلب من سنگینی می کند» و برخی وی را به کیسانی گری متهم کرده اند، که از آن عدول کرده است.

۲. ابان بن تغلب از فقیهان برجسته و مورد احترام امام باقر (علیه السلام) و امام صادق (علیه السلام) است. امام باقر (علیه السلام) به وی فرمود:

در مسجد مدینه بنشین و فتوا ده.

امام صادق (علیه السلام) در هنگام شنیدن خبر فوت او فرمود: مرگ ابان دلم را به درد آورد.

او فقیه و محدثی بزرگ است که سی هزار حدیث روایت کرده است و در قرآن، حدیث، فقه و ادبیات صاحب نظر بوده است. آیا می توان باور کرد که شخصی با چنین موقعیتی از دانش و فضل در برابر سخن امامش - که راویان و محدثان پایین تر از او، با احترام و تعبیر جعلت فداک؛ جانم به فدایت سخن می گفتند - بگوید: این سخن در عراق به ما رسید و ما آن را سخن شیطان می دانستیم!!!

۳. سخن امام در پاسخ به ابان که «اگر سنت با قیاس سنجیده شود، دین و شریعت از میان خواهد رفت»، نشان می دهد که ابان از حرمت قیاس و آثار زیانبار آن بی اطلاع است. ولی آیا می توان در مورد ابان، با آن منزلت و مقام علمی و فقهی، چنین چیزی را احتمال داد؟

عقلی، نمی‌تواند روایت مزبور مستند و مورد عمل قرار گیرد به خصوص که نحوه بیان روایت هم به گونه‌ای است که صحت صدور آن را زیر سوال می‌برد. اینکه ابان بن تغلب با آن همه احترام و ارادتی که به امام صادق (ع) دارد در مقابل بیان حکم از سوی امام بگوید ما قبلا فکر می‌کردیم گوینده و آورنده چنین حکمی شیطان است و یا امام (ع) در مقابل حیرت و ناباوری ابان تا آن حد که این حکم را یک حکم شیطانی بداند به جای اینکه پاسخ توجیهی بدهد صرفا به بیان اینکه، این حکم از سوی رسول خدا (ص) صادر شده اکتفا کند و ابان را از توسل به قیاس و لوازم فاسد آن بر حذر دارد در حالی که وی متوسل به قیاس نشده و بیان اقتضای مسلم فهم و درک عقل را بیان کرده همه نشان‌دهنده این است که این روایت نمی‌تواند صحیح باشد و مستند حکم و مبنای وضع قانون قرار گیرد این امر به این می‌ماند که کسی بشنود سیلی زدن به گوش پدر و مادر ایرادی ندارد و برآشفته از شنیدن چنین حکمی بگوید در حالی که در قرآن کریم، آیه ۲۳ سوره اسرا، آمده است: «و لا تقل لهما اف و لا تنهرهما» یعنی از اف گفتن به پدر و مادر اجتناب کنید چگونه سیلی زدن می‌تواند مجاز باشد. بگوییم هشدار که قیاس در دین جایز نیست و از حرمت اف گفتن به پدر و مادر نمی‌توان ممنوعیت ایراد ضرب و جرح به آنها را استنباط کرد. به هر حال به نظر می‌رسد، قرائن حالی و مقالیه و عقلیه بر نامعتبر بودن و صحیح نبودن این روایت دلالت دارد و بحق نمی‌توان چنین حکم ناسازگار با عقل و منطق را که هیچ کس نمی‌تواند حکمتی برای آن دریابد بر مبنای آن برقرار کرد. طبعاً تصویب قانون بر مبنای چنین منبعی با همه تردیدهایی که در صحت آن وجود دارد از سوی قانونگذار عملی دور از احتیاط بوده و در عین حال موجب عدم مقبولیت این نوع قوانین موضوعه در جامعه می‌باشد.

نظر صاحب فتح‌القدیر

همان استبعاد عقلی که در مورد بیان چنین حکمی از مقدس اردبیلی دیده شد، از برخی از فقهای عامه نیز ابراز شده و در نتیجه این حکم را رد کرده و با این روایت قابل اثبات ندانسته‌اند. از جمله در کتاب شرح فتح‌القدیر پس از بیان اینکه دیه زن اصولاً نصف دیه مرد است و توجیه این امر می‌گوید این حدیثی که دیه زن را تا حد ثلث مساوی دیه مرد می‌داند و از ثلث به بعد حکم به نصف بودن آن می‌کند، حدیث‌شاذ و نادری است و نمی‌توان با چنین حدیث‌شاذی این حکمی را که خلاف عقل است و هر عاقلی آن را درست نمی‌داند ثابت کرد. «و مثل هذا الحكم الذی یحیل علیه عقل کل عاقل لایمکن اثباته بالشاذ النادر...».

۲. مضمرة سماعه، قال: سالته عن جراحه النساء، فقال: الرجال و النساء في الدية سواء حتى تبلغ الثلث، فاذا جازت

کردند و هم اکنون نیز پس از گذشت قرن‌ها و بالا رفتن سطح توان فقهی فقیهان کسی به راز این حکم پی نبرده است. تحلیل و نظر مقدس اردبیلی

مقدس اردبیلی، از فقیهان شیعه، پس از نقل این حکم می‌گوید: این حکم مشهور است ولی هم برخلاف قواعدی که در باب دیه از روایات نقل شده می‌باشد و هم برخلاف عقل؛ است زیرا عقل اقتضا می‌کند که دیه چهار انگشت‌بیش از دیه سه انگشت‌باشد یا لااقل از آن کمتر نباشد در حالی که اینجا کمتر شده است: دیه سه انگشت‌سی شتر است، دیه چهار انگشت‌بیست‌شتر. آنگاه می‌گوید: البته دیه چهار انگشت‌بیست‌شتر بودن، موافق قاعده است، زیرا با فرض نصف بودن دیه زن نسبت به مرد طبیعی است که دیه چهار انگشت که در مرد چهل شتر است در زن بیست‌شتر باشد. آنچه باید روشن شود این است که چه حکمتی در زیادتر قرار دادن دیه دو انگشت و سه انگشت از نصف و مساوی قرار دادن آن با مرد بوده است؟ البته محقق اردبیلی به پاسخی نرسیده است؛ ولی با توجه به روایت ابان بن تغلب و آنچه در ذیل آن روایت در مورد تعرض به ابان به خاطر روی آوردن به قیاس از امام (ع) نقل شده می‌گوید:

در این روایت به بطلان قیاس اشاره رفته است در حالی که در واقع در اینجا مفهوم موافق یا مفهوم اولویت مطرح است و معلوم می‌شود استناد به مفهوم موافقت و عمل کردن بر طبق آن نیز مشکل است، زیرا عقل بحسب ظاهر چنین حکم می‌کند که اگر دیه قطع سه انگشت، سی شتر بود به طریق اولی در قطع چهار انگشت حداقل باید همان سی شتر باشد و نمی‌تواند کمتر باشد. در حالی که نص این روایت خلاف آن را می‌گوید. پس معلوم می‌شود که نمی‌توان در توسل به مفهوم موافقت و اولویت نیز جرات کرد؛ زیرا ای بسا حکمت خفیه‌ای وجود دارد که ما بر آن دست نیافته‌ایم.

به هر حال مقدس اردبیلی با همه ایراد و تردیدی که نسبت به این حکم بدیع داشته و حتی در اعتبار سند آن هم به خاطر وجود عبدالرحمان بن حجاج در سلسله روایت تشکیک نموده به نظر می‌رسد آن را پذیرفته و تعبداً قبول کرده است.

در حالی که قبول تعبدی احکام فرعی آن هم در زمینه مسائلی اجتماعی بدون اینکه بتوان برای آن توجیه عقلی و منطقی داشت صحیح به نظر نمی‌رسد و با روح بیان احکام اسلامی که مبتنی بر مصالح مردم و جامعه است و آن مصلحت نمی‌تواند یک امر دست نیافتنی و نامکشوف باشد، سازگاری ندارد.

در خصوص روایت ابان بن تغلب به نظر می‌رسد با توجه به تردیدی که حداقل در یکی از روایت سلسله سند آن یعنی عبدالرحمان بن حجاج بنا به گفته محقق اردبیلی، به شرحی که قبلاً ذکر شد، وجود دارد و مغایرت آن با قواعد نقلی و فهم

الغای خصوصیت نمود؛ چون حق قصاص در عمد وجود دارد و ممکن است کاستی دیه به خاطر داشتن حق قصاص باشد. علاوه بر ایرادهای خاص بر این دسته از احادیث، ایرادهایی نیز بر مجموع آنها وارد می شود:

۱. ظاهر این اخبار اختصاص حکم به دیه اعضاست، بلکه می توان گفت در این دلالت، مانند نص است و از این جهت، تعمیم آن به دیه جان - که از اهمیت بالایی در کتاب و سنت و جوامع بشری و عقل و خرد برخوردار است - قابل قبول نیست. ۲. این روایت ها در مورد دیه عضو نیز از آن جهت که با کتاب و سنت مخالف اند، حجیت ندارند. پس چگونه می توان حکم آنها را به دیه جان تعمیم داد؟ جالب است که محقق اردبیلی در ذیل این بحث می نویسد:

این رای مشهور است، لیکن خلاف قواعد عقلی و نقلی است. آن گاه می گوید:

دو روایت بر این نظر دلالت دارند؛ یکی صحیح ابان و دیگری مضمرة سماعه، و در دلالت و سند هر دو خدشه وارد می کند.

نقد و بررسی کلی سه دسته روایت - که مورد استناد رای مشهور فقیهان قرار داشت - به اجمال بیان شد. در ضمن نقل آن روایت ها پاره ای از ایرادها و اشکال ها را نیز بر شمردیم، آنچه در انتهای این بحث، بدان می پردازیم، توضیح ایراد اصلی این قبیل روایات - صرف نظر از اشکال های ذکر شده - است.

ایراد اصلی این دسته از روایات، مخالفت آنها با کتاب و سنت است. آیات و روایات بسیاری بر نفی ظلم و ستم از خداوند دلالت دارند؛ چنان که آیات و روایات بسیاری در برابری زن و مرد در هویت انسانی گواهی می دهند. کنار هم نهادن این دو دسته از آیات و روایات اقتضا دارد که در پرداخت خون بهای زن و مرد تفاوتی نباشد. اگر زن و مرد در حقیقت انسانی، استعداد و توانمندی ها یکسان اند، نمی توان در پرداخت خون بهای آنان تفاوتی قایل شد. بدین جهت، در تکلیف آزاد کردن برده، به تصریح قرآن، تفاوتی وجود ندارد و آنچه به عنوان فلسفه و حکمت در برخی از پژوهش ها مورد اشاره قرار گرفته و به جایگاه متفاوت اقتصادی زن و مرد بر می گردد، چنان که پیش تر اشاره شد، در نصوص دینی و روایات مذکور نیست؛ گذشته از آنکه در جوامع مختلف نیز کارکرد اقتصادی زن و مرد یکسان نیست. به علاوه، از قایلان به این فلسفه باید پرسید که چرا این تفاوت در باره پسران و دختران خردسال، پیرمردها و پیرزن ها، جنین پسر و جنین دختر، از کار افتادگان و کسانی که از لحاظ اقتصادی سودآوری بالایی ندارند، اجرا می شود؛ با آنکه آنها کارکرد اقتصادی نامتعادل ندارند؟

در اینجا برخی از آیات و روایات یاد شده، آورده می شود: آیات بسیاری دلالت دارند که سخن و احکام خداوند بر پایه

الثُّلُثُ فَإِنَّهَا مِثْلُ نِصْفِ دِيَةِ الرَّجُلِ؛

سماعه می گوید: از ایشان در باره جراحت بر زنان پرسیدم. فرمود: زنان و مردان در جراحت ها برابرنند تا آن گاه که به یک سوم دیه رسد و وقتی از آن گذشت، دیه جراحت بر زنان به اندازه نصف دیه مرد است.

این روایت از جهت سند و دلالت چند اشکال دارد:

اولاً. برخی عثمان بن عیسی را که در این سند واقع شده تضعیف کرده و نزد برخی مجهول است؛

دوماً. متن این روایت نیز دارای اشکال است؛ زیرا نخست، پایان برابری دیه را رسیدن به یک سوم معرفی کرده و سپس غایت و پایان را گذر از یک سوم می داند: حتی تبلغ الثلث، [دیه جراحت زن و مرد برابر است تا به یک سوم رسد] فاذا جازت الثلث [و وقتی از آن گذشت ...] با اینکه باید چنین باشد: فاذا بلغ الثلث؛ وقتی به یک سوم رسید؛ کما اینکه در روایت های دیگر چنین است.

۳. صحیح جمیل بن دراج، قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن المراه بينهما وبين الرجل قصاصاً؟ قال: نعم في الجراحات حتى تبلغ الثلث سواء، فاذا بلغت الثلث سواء، ارتفع الرجل و سفلت المراه؛

جمیل بن دراج می گوید: از امام صادق (علیه السلام) پرسیدم آیا میان زن و مرد قصاص جاری است؟ فرمود: بلی، در جراحت ها قصاص جاری است، تا به یک سوم رسد. پس از آن، [دیه] مرد بالا می رود و دیه زن کم می شود.

۴. خبر ابی بصیر، قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الجراحات؟ فقال: جراحه المراه مثل جراحه الرجل حتى تبلغ ثلث الدية، فاذا بلغت ثلث الدية سواء اضعفت جراحه الرجل ضعفين على جراحه المراه و سن الرجل و سن المراه سواء؛ ابوبصیر می گوید: از امام صادق (علیه السلام) در باره جراحت ها پرسیدم. فرمود: جراحت بر زن مانند جراحت بر مرد است تا به اندازه یک سوم دیه رسد. وقتی بدان جا رسید، دیه جراحت بر مرد دو برابر دیه جراحت بر زن می شود و [دیه] دندان زن و مرد برابر است.

۵. صحیح الحلبي، عن ابی عبد الله (عليه السلام): و اصبع المراه باصبع الرجل حتى تبلغ الجراحه ثلث الدية، فاذا بلغت ثلث الدية ضعفت ديه الرجل على ديه المراه؛ امام صادق (علیه السلام) فرمود: [دیه] انگشت زن برابر با [دیه] انگشت مرد است تا این که جراحت ها به یک سوم دیه رسد. وقتی بدان پایه رسید، دیه مرد دو برابر دیه زن می شود. روایت سوم، چهارم و پنجم: این سه روایت به دیه در موارد عمد و قصاص اختصاص دارند و شامل دیه خطایی نمی شوند، و نمی توان از موارد عمد و قصاص به موارد خطا، تعدی کرد و

سزاوارتر است که خود چنین نکنند. از این رو، دلالت این آیه بر تساوی انسان ها و نفی نابرابری در احکام و قوانین نسبت به آنها تردیدناپذیر است.

آیات دیگری نیز بر این تساوی و برابری دلالت دارند؛ مانند: (یاایها الناس اننا خلقناکم من ذکر و انثی و جعلناکم شعوبا و قبائل لتعارفوا ان اکرماکم عند الله اتقلاکم...):

ای مردم، ما شما را از مرد و زن آفریدیم، و شما را ملت ملت و قبیله قبیله گردانیدیم تا با یکدیگر شناسایی متقابل حاصل کنید. در حقیقت، ارجمندترین شما نزد خدا پرهیزگارترین شماست.

(... ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ):

آن گاه [جنین را] در آفرینشی دیگر پدید آوردیم. آفرین باد بر خدا که بهترین آفرینندگان است.

روایت هایی که پیش از این در صفحه ۲۲ تا ۲۴ آوردیم نیز بر این تساوی و برابری دلالت دارند.

دوم. اجماع

دومین دلیل فقیهان، در نابرابری دیه، اجماع و اتفاق آرای فقیهان، بلکه مسلمانان است و این اتفاق و اجماع می تواند کاشف از صدور این رای از پیشوایان دینی باشد.

با این همه، استناد به اجماع با دو ایراد جدی مواجه است:

۱. از عبارت برخی از فقیهان مانند محقق اردبیلی بر می آید که در تحقق اجماع تردید دارند. محقق اردبیلی در دو جا از کتاب خود، در مقام استدلال بر مسئله، چنین تعبیر می کند: «فکانه اجماع»، «کان دلیله الاجماع»؛ گویا این مسئله اجماعی است. این تعبیر نشان می دهد که وی در این اجماع تردید جدی دارد. از این رو، نمی توان به چنین اجماعی استناد کرد.
۲. با وجود روایت های متعددی که پیش از این نقل شد، این اجماع مدرکی است و دلیل مستقل به شمار نمی رود. اجماع در صورتی دلیل و مدرک است که مستند قرآنی و روایی در مسئله در دست نباشد و این اجماع، با وجود روایت های یاد شده، متأثر از آن روایات است و از آن رو که آن روایات با قرآن و قواعد کلی دینی ناسازگاری دارند و از دایره استناد و استدلال خارج می شوند، اجماع نیز، به تبع، چنین خواهد بود.

سوم. وجوه استحسانی

برخی می گویند تفاوت دیه به دلیل کارکرد متفاوت اقتصادی زن و مرد است، زیرا دیه مربوط به جنبه بدنی است و چون بدن مرد در خصوص انجام کارهای فیزیکی قوی تر از زن است، مردها بیشتر از زن ها بازدهی کاری دارند و از این رو دیه آنها نیز بیشتر است و از آنجا که مرد نقش بیشتر و موثرتری در زندگی اقتصادی دارد و با از بین رفتن یا صدمه دیدن او لطمه بیشتری به وضع مالی خانواده وارد می آید بخصوص که در نظام حقوق اسلام اداره خانواده و مسئولیت تامین معیشت خانواده با

عدالت و حقیقت است و او به بندگان، ظلم و ستم روا نمی دارد؛

نه در عرصه تکوین و نه در عرصه تشریح؛ مانند:

(وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا...):

و سخن پروردگارت به راستی و داد، سرانجام گرفته است.

(... إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَفُصِّ الْحَقَّ...):

حکم و دستور به دست خداست، که حق را بیان می کند.

(... وَمَا رَبُّكَ بِظَلَمٍ لِّلْعَبِيدِ):

خداوند هرگز نسبت به بندگان خود بیدادگر نیست.

(إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ النَّاسَ شَيْئًا وَلَكِنَّ النَّاسَ أَنفُسُهُمْ يَظْلِمُونَ):

خداوند به هیچ وجه به مردم ستم نمی کند، لیکن مردم، خود بر خویشان ستم می کنند.

(إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ...):

در حقیقت، خداوند به اندازه ذره ای ستم نمی کند.

(... وَمَا اللَّهُ بِرَبِّدٍّ ظَلَمًا لِّلْعِبَادِ):

و خداوند بر بندگان [خود] ستم نمی خواهد.

(... وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ):

و خداوند ستمکاران را دوست نمی دارد.

این آیات، ظلم و ستم را از خداوند متعال نفی می کنند و ساحت او را از آن منزّه می دانند. از سوی دیگر، به نظر انسان ها، تفاوت گذاردن میان دیه زن و مرد، ظلم بوده، از عدالت و حقیقت به دور است؛ زیرا زنان با مردان، در هویت انسانی، حقوق اجتماعی و اقتصادی برابرند، و عقل بر این برابری گواهی می دهد و کتاب و سنت نیز آن را تایید می نمایند. خداوند، خود در کتابش در باره برابری زن و مرد فرموده است:

(يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً...):

ای مردم، از پروردگارتان - که شما را از «نفس واحدی» آفرید و جفتش را نیز از همان حقیقت آفرید، و از آن دو، مردان و زنان بسیاری پراکنده کرد - پروا دارید.

در این آیه، تقوا و پروا پیشگی نسبت به رب و مدبر و مربی انسان هاست؛ برخلاف آیات دیگر که تقوا به صورت مطلق آمده است، مانند: (اتَّقُوا).

به نظر می رسد که این نسبت و اضافه درصدد القای این مطلب است که انسان ها در حقیقت انسانی یکسان اند و میان زن و مرد، بزرگ و کوچک و نیرومند و ناتوان، تفاوتی نیست. آن گاه فرمان می دهد که: ای انسان ها، پروا پیشه کنید و در حق یکدیگر ستم روا مدارید. مرد بر زن، بزرگ نسبت به کوچک، نیرومند نسبت به ناتوان، و مولا نسبت به برده ستم نکنند. دامنه این پروا پیشگی نیز گسترده است و تمامی زمینه های اقتصاد، سیاست، قانون و... را شامل می گردد.

پس انسان ها، به دلالت این آیه، مامورند تا از آنچه در نظر عرف و عقلا ستم محسوب می شود، پرهیز کنند و خداوند



اوست؛ بنابراین دیه او باید بیشتر باشد.

صاحب تفسیر المنار می‌گوید: حکمت نصف بودن دیه زن نسبت به مرد این است که منفعتی که خانواده با فقدان مرد از دست می‌دهد، بیشتر از نفعی است که با فقدان زن از دست می‌دهد.

در واقع با ملاحظه نوشته‌های بعضی از فقها و مفسرین می‌توان دو نوع توجیه برای وجود این تفاوت بین زن و مرد یافت:

۱- پایین‌تر بودن ارزش زن نسبت به مرد

از گفته‌ها و نوشته‌های برخی از بزرگان فقه و تفسیر چنین برمی‌آید که اصولاً زن در مقام مقایسه با مرد از ارزش و اعتبار کمتری برخوردار است و از همین روست که اعتبار شهادت دو زن معادل شهادت یک مرد به حساب آمده و یا سهم الارث او نصف سهم الارث مرد قرار داده شده است. به هر حال جایی که ارزش گذاری مادی مطرح است و قرار است خون بها مطرح شود ارزش و اعتبار زن مساوی و هم‌تراز مرد نیست و نمی‌توان همان قیمتی که برای مرد در نظر گرفته می‌شود برای زن نیز محاسبه کرد و چنانکه می‌بینیم تلقی فقه از دیه بیشتر همان خون بها (Blood-Money) است تا جبران خسارت وارده به این دلیل در جایی که برای جراحات وارده دیه مشخص وجود ندارد، باید ارزش پرداخت که ارزش مابه‌التفاوت و تفاوت قیمت جنس سالم و معیوب است. در تمام کتابهای فقهی حتی کتابهای فقهی معاصر، برای تعیین مقدار ارزش گرفته شده باید شخص صدمه دیده و مجروح یا ناقص‌العضو را با فرض برده بودن یکبار در حال سالم بودن او را قیمت کرد و یک بار با توجه به صدمه و یا نقص وارده او را قیمت کرد و مابه‌التفاوت این دو قیمت را به عنوان ارزش به او پرداخت.

وقتی با این دید، دیه محاسبه می‌شود، در نظر بسیاری قیمت و ارزش زن کمتر از مرد و در حد نصف قیمت اوست و به این دلیل دیه او نیز نصف دیه مرد است. به عنوان نمونه برای بیان این نظر می‌توان به گفته صاحب شرح فتح‌القدیر اشاره کرده که در مقام توجیه نصف بودن دیه زن نسبت به مرد می‌گوید: این امر بدان جهت است که حال و وضعیت زن ناقص‌تر و پایین‌تر از وضع مرد است و خداوند هم فرموده است مردان بر زنان برترند و منفعت وجودی زن کمتر از مرد است از جمله اینکه نمی‌تواند بیش از یک شوهر داشته باشد.

بیان روشن‌تر در این زمینه از آن ابن عربی مولف کتاب احکام القرآن است که می‌گوید:

مبنای دیه در شریعت اسلامی بر تفاضل در حرمت و اعتبار و تفاوت در مرتبه است. زیرا دیه حق مالی است که میزان آن به صفات و اعتبار اشخاص فرق می‌کند برخلاف قتل، زیرا مجازات قتل چون به منظور جلوگیری و بازدارندگی از ارتکاب جرم تشریح شده این تفاوت و اختلاف وضع مجنی علیه در آن

لحاظ نشده است. در حالی که دیه این چنین نیست و لذا چون زن ناقص‌تر و پایین مرتبه‌تر از مرد است دیه او کمتر است و به همین ترتیب چون مسلمان بر کافر مزیت و برتری دارد؛ بنابراین نمی‌تواند دیه او مساوی با دیه مسلمان باشد.

نظیر همین توجیه را می‌توان در عبارات ابن قیم جوزی در کتاب اعلام‌الموقعین دید. نامبرده در بحث مربوط به بیان حکمت برقراری مساوات بین زن و مرد در عبادات و حدود و نصف بودن وضع زن در مورد شهادت و دیه و ارث توجیهاتی دارد و از جمله در مورد دیه می‌گوید: از آنجا که زن ناقص‌تر از مرد است و نفع مرد بیشتر از زن بوده و متکفل مناصب دینی و مشاغل حکومتی و حفظ مرزها و جهاد و آباد کردن زمین و دفاع از دین و دنیا و عهده‌دار بودن حرف و صنایعی است که مصالح دنیا با آن کمال می‌یابد، بنابراین قیمت زن که همان دیه باشد نمی‌تواند با قیمت مرد برابر باشد؛ زیرا دیه شخص آزاد همانند قیمت‌برده و یا ارزش اموال دیگر است و لذا حکمت شارع بر این تعلق گرفته که قیمت زن نصف قیمت مرد باشد. به خاطر همین تفاوتی که بین آن دو وجود دارد.

ابن قیم آنگاه با اشاره به یکسان بودن دیه زن و مرد در مورد جراحات و نقصان اعضا تا میزان ثلث و مغایر بودن آن با فلسفه مذکور اشاره کرده و می‌گوید: علت اینکه میزان دیه تا کمتر از ثلث در مورد زن و مرد یکسان است وجود سنت مسلم از رسول اکرم (ص) که فرمود دیه زن مانند دیه مرد است تا به حد ثلث برسد و خود توجیهی هم برای این امر می‌آورد که در مورد کمتر از ثلث، میزان دیه کم است و بنابراین زن و مرد در میزان دیه یکسان لحاظ شده‌اند؛ ولی از لثبه بالا که میزان دیه زیاد می‌شود ناچار باید به همان قاعده تفاوت قیمت زن و مرد مراجعه کرد و دیه زن را نصف قرار داد. چنانکه در مورد دیه جنین نیز چون میزان آن کم است میزان دیه پسر و دختر در آن مساوی است؛ ولی وقتی روح در آن دمیده شد و دیه کامل لازم شد دیه پسر دو برابر دختر است.

۲- پایین‌تر بودن نقش زن در وضعیت اقتصادی

از دید عده دیگری از صاحب‌نظران اسلامی، نصف بودن دیه زن نسبت به مرد بدینگونه توجیه شده که اصولاً دیه برای جبران خسارت وارده به مجنی علیه یا خانواده او است، و از آنجا که مرد نقش بیشتر و موثرتری در زندگی اقتصادی دارد و با از بین رفتن یا صدمه دیدن او لطمه بیشتری به وضع مالی خانواده وارد می‌آید بخصوص که در نظام حقوق اسلام اداره خانواده و مسئولیت تأمین معیشت خانواده با اوست؛ بنابراین دیه او باید بیشتر باشد. از این دیدگاه دو برابر بودن دیه مرد نسبت به زن و نصف بودن دیه زن به معنای پایین‌تر بودن ارزش زن نیست؛ بلکه از این لحاظ است که تبعات از دست دادن مرد و یا صدمه دیدن او از لحاظ اقتصادی بیشتر از زن است و حال که قرار

ندارد.

نکته: اصولاً احکام اسلام به صورت يك بسته به هم پیوسته است که قواعد گوناگون آن بر هم تاثیر دارند. در اسلام مسولیت اقتصادی نفقه، جهاد مالی، ضمان عاقله، مهریه و... بر عهده مرد است و زن هیچ الزامی به آن ندارد.

لذا از آنجایی که تغییر موضوعات، مستلزم حکم جدید است، اگر جامعه مدرن را که در آن زنان همپای مردان فعالیت اقتصادی دارند، لحاظ کنیم و از ادله نفقه استفاده کنیم که زن میتواند مسولیت اقتصادی داشته باشد، نفقه زنان دیگر صرفاً بر عهده مردان نیست و همچون فرانسه زن و مرد هر دو عهده دار نفقه هستند و با اینکار از گردن هیچکدام رفع نکرده و بر گردن هیچکدام هم به تنهایی قرار نداده ایم، در نتیجه دیه حقوقی آن دو بالفرض مساوی قلمداد میشود و تشخیص تفاوت با قاضی خواهد بود. (دیه جزایی را اصولاً مساوی میدانم)

نتیجه

مساله دیه زن و مرد و تفاوت آن با دیه متعلق به مرد را در قانون مجازات اسلامی ایران و مبنای فقهی آن در حد امکان بررسی کردیم و سیری در مابانی و ادله آن نمودیم و گاه در ضمن بحث، اندک نقدی هم به عمل آوردیم. نتیجه گیری و اظهار نظر قطعی و جزمی دشوار است ولی به هر حال در این سیری که در دلایل و منابع حکم موجود در این زمینه، یعنی نصف بودن دیه زن نسبت به مرد به عمل آوردیم این نتایج به دست آمد:

۱- قرآن کریم اصل پرداخت دیه به خانواده مقتول را در مورد قتل غیر عمدی تشریح نموده و آن را مقرر کرده است ولی نه میزان آن را تعیین کرده و نه اشاره ای به تفاوت بین زن و مرد نموده است. البته از دیه مربوط به نقص عضو و جراحت وارده به اعضای انسانی نیز در قرآن ذکر کرده است.

۲- روایات زیادی از طریق شیعه و سنی از پیامبر اکرم (ص) نقل شده که مقدار دیه قتل انسان صد شتر قرار داده شده و ظاهراً این حکم، حکم امضایی است؛ یعنی در جاهلیت نیز حداقل در بعضی موارد این وضع رعایت شده و طبق بعضی از نقلها با ابتکار عبدالمطلب، این میزان به عنوان دیه و خون بها تعیین شده و پیامبر (ص) هم آن را پسندیده و مقرر فرموده است. ظاهراً برای تسهیل امر ضمن اینکه اصل در میزان دیه همان صد شتر بوده است اجازه داده شده اجناس دیگری نیز بر حسب مورد و اقتضای وضع مردم و جوامع مربوط در حدی که تقریباً از لحاظ قیمت نزدیک به صد شتر می شود، پرداخت گردد. از قبیل يك هزار دینار، ده هزار درهم، دویست گاو، يك هزار گوسفند و دویست دست حله یمانی.

۳- در برخی روایات که به پیامبر اکرم (ص) نسبت داده شده و البته روایات زیادی که از طرق شیعه نقل شده، دیه زن علی الاصول نصف دیه مرد ذکر شده است.

است این ضایعه به صورت مادی جبران شود، و در واقع تحت عنوان دیه، خسارت داده شود طبعاً این تفاوت وضع باید در نظر گرفته شود. از آنجا که حکم شرعی و قانونی با توجه به وضع غالب تعیین می شود و وضع غالب این است که مرد تامین کننده هزینه خانواده و دارای نقش موثرتر در وضع اقتصادی و مالی است بنابراین خسارت قابل پرداخت به او یا خانواده اش تحت عنوان دیه، بیشتر از زن تعیین شده است. امروزه بیشتر صاحب نظران تفاوت دیه زن و مرد را با این دیدگاه توجیه می کنند و آن را منافعی با کرامت و ارزش ذاتی زن و همسان بودن ارزش انسانی او با مرد نمی دانند. از جمله مرحوم سید محمد رشید رضا صاحب تفسیر المنار می گوید:

حکمت نصف بودن دیه زن نسبت به مرد این است که منفعتی که خانواده با فقدان مرد از دست می دهد. بیشتر از نفعی است که با فقدان زن از دست می دهد بنابراین همانند ارث در اینجا نیز سهم زن نصف شده است.

بر این دیدگاه ها اشکال است، زیرا:

اولاً. این توجیهات، همگی استحسان است و استحسان در شیعه مورد قبول نیست، در ضمن در نصوص دینی، بدان هیچ اشاره ای نشده است.

ثانیاً. تفاوت کارکرد اقتصادی زن و مرد، امری متغیر است و در جوامع مختلف و فرهنگ های گوناگون، شکلی ثابت ندارد. امروزه دیده می شود که نظام اقتصادی خانواده شکل دیگری به خود گرفته است. در برخی جوامع، زن ها بسیار بیشتر از مردها یا برابر با آنها در اقتصاد خانواده سهم دارند، مگر در ایران در مناطق روستایی و کشاورزی و نیز منطقه شمال و شالیزارها چنین نیست؟

اگر بر اثر تعلیم و تربیت و ارتقای سطح فکری و تواناییهای اجتماعی زنان و ورود آنان به جامعه و عهده دار شدن مشاغل گوناگون در سطوح مختلف جامعه و احراز نقش قابل توجه در پیشرفت صنعت و توسعه سیاسی و اقتصادی (چنانکه هم اکنون تا حدود زیادی این وضعیت مشهود است) وضع تغییر کند و زنان نقش موثری حتی در تامین معیشت خانواده داشته باشند، به گونه ای که طبق گزارش سال ۱۹۹۵ سازمان ملل، زنان نقش موثری حتی در تامین معیشت خانواده داشته و يك چهارم خانواده ها در سراسر جهان به وسیله زنان اداره می شوند و بسیاری از خانواده های دیگر هم که مرد در آنها حضور دارد به درآمد زن خانواده وابسته اند، دیگر مشکل می توان به توجیهات یاد شده برای تفاوت وضع موجود بین زن و مرد در پرداخت دیه تمسك جست.

اصولاً دیه حقوقی برای جبران خسارت وارده به مجنی علیه یا خانواده او است، و زن یا مرد بودن مجنی علیه موضوعیت

معلوم نیست تعیین صد شتر به عنوان دیه نفس و فرضاً نصف آن برای زن، از سوی پیامبر اکرم(ص) به منظور بیان حکم قطعی دائمی برای همه زمانها و مکانها باشد. بلکه حکم اصلی و قطعی همانا پرداخت دیه به میزان معقول و متناسب است، متناسب آن زمان و شاید آن محیط صد شتر و احیاناً نصف آن در مورد زن بوده است و این امر منافات ندارد با اینکه در زمانها و مکانهای دیگر با توجه به مقتضیات لازم و در نظر گرفتن وضع جامعه و متحول شدن وضع و نقش زنان، تعیین مقدار دیه به عنوان خسارت ناشی از کشته شدن یک فرد (اعم از زن و مرد) یا صدمه دیدن او با در نظر گرفتن جهات مختلف از سوی دادگاه تعیین شود و از این حیث تفاوتی هم بین زن یا مرد مقتول یا صدمه دیده به صورت یک فرض ثابت وجود نداشته باشد بلکه موردی تصمیم گرفته شود. همان گونه که امروزه طبق قوانین عرفی مسئولیت مدنی انجام می‌شود و قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب سال ۱۳۳۹ نیز آن را بیان کرده است.

در بین صاحب نظران اسلامی از بیان صاحب تفسیر المنار، سید محمد رشید رضا، این گرایش احساس می‌شود که قسمتی از عبارت او را قبلاً نقل کردیم. وی در قسمت دیگر از بیاناتش ذیل آیه دیه در مورد دیه غیر مسلمان می‌گوید:

خلاصه کلام این است که روایات قولی و عملی در مورد دیه مختلف و متعارض است و به همین جهت فقها اختلاف نظر دارند ولی ظاهراً آیه قرآن این است که امر دیه موکول به عرف و تراضی طرفین است.

نظیر چنین گرایشی به صورت کلی‌تر در مورد بیان احکام فرعی اسلامی بخصوص احکام مربوط به زنان و تفاوت آن با مردان در کلمات یکی دیگر از نویسندگان عرب مسلمان به نام محمود محمد طه از سودان دیده می‌شود وی می‌گوید: اسلام در دوره‌ای ظهور کرد که زنان سخت مورد آزار و اذیت بودند و به حساب نمی‌آمدند. چون اسلام نتوانست عملاً حقوق کامل آنها را بدهد سعی کرد وضع آنها را اصلاح کند و حداقل حقوقی معادل نصف حقوق مردان برای آنها برقرار نماید و لذا سهم الارث آنان را نصف مردان قرار داد و شهادت دو زن را در حد شهادت یک مرد قابل قبول اعلام کرد ولی این عدم تساوی بین زن و مرد قطعی و همیشگی نیست.

وی، در ادامه، می‌گوید وابستگی اقتصادی زن نقش مهمی در این عدم تساوی بازی می‌کند و ملاک برتری که در قرآن برای مرد نسبت به زن بیان شده، تکلیف مرد به دادن نفقه و تامین معیشت او است. در آیه ۳۴ سوره نساء آمده است: «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم». ولی اساس کار تساوی مطلق بین زن و مرد بر اساس مسئولیت شخصی است و به این دلیل در صورتی

چنین به نظر می‌رسد که مساله نصف بودن دیه زن اگر هم استحکام منبع روایی آن از پیامبر اکرم(ص) جای تردید باشد، ولی در بین صحابه این مطلب جاافتاده و تلقی به قبول شده و در واقع این معنی طبیعی می‌نموده که با توجه به نصف بودن سهم الارث زن و نیز نصف بودن ارزش شهادت زن نسبت به مرد، دیه او نصف دیه مرد است.

۴- بعضی از فقهای اهل سنت با توجه به اطلاق آیه قرآن کریم و عدم تعرض به نصف دیه زن و نیز اطلاق روایات منقول از پیامبر اکرم(ص) بخصوص نامه عمرو بن حزم که میزان دیه نفس مومنه به طور مطلق صد شتر تعیین شده است، و لابد معتبر ندانستن روایاتی که به نصف بودن دیه زن دلالت دارد قائل به تساوی دیه زن و مرد شده‌اند.

از میان فقهای شیعه برخی در دلایل نقلی مربوط به نصف بودن دیه زن تردید کردند و به نحوی این تردید خود را ابراز داشتند، ولی در عمل همان نظر نصف بودن را به لحاظ وجود اجماع پذیرفتند. از فقهای معاصر بعضی تمسک به اطلاق قرآن و روایات را در مورد دیه قتل غیر عمدی قویتر دانسته و به مساوات دیه زن و مرد فتوی داده‌اند.

۵- برخی از فقها و مفسرین جدا از روایات و دلایل نقلی، در مقام توجیه عقلی و منطقی نصف بودن دیه زن نسبت به مرد برآمدند، برخی به صراحت ارزش وجودی زن را نصف مرد قلمداد کردند و برخی ضعیف‌تر بودن نقش اقتصادی زن را در جامعه و خانواده، موجب نصف بودن دیه نفس و عضو او دانسته‌اند که بر هر دو توجیه تاملاتی وارد است.

۶- گرایشی هم وجود دارد که می‌پندارد هم تعیین دیه به مقدار معین از سوی پیامبر اکرم(ص) و هم نصف قرار دادن دیه زن نسبت به مرد با فرض صحت، حکم حکومتی و مقطعی است نه یک حکم ثابت و لایتغیر و همیشگی اسلامی. حکم قطعی و دائمی همانا، حکم مطلق قرآن کریم است که باید به خانواده مقتول دیه پرداخت شود. به هر حال، این دیه مقدار مالی است که به مناسبت از دست رفتن فردی به خانواده او پرداخت می‌گردد و علی القاعده جنبه جبران خسارت ناشی از فقدان یک انسان دارد (طبعاً در موارد نقص عضو نیز دیه متناسب با خسارت مربوط به صدمه دیدن عضو انسانی است). پیامبر اکرم(ص) در زمان خود و با توجه به مقتضیات وضع محیط و موقعیت اجتماعی جامعه خویش و عرف رایج آنها صد شتر را مناسب دانست و آن را برای جبران خسارت تعیین کرد. تعیین نصف این مقدار برای زن نیز با فرض صحت برخی از روایات منقول از پیامبر اکرم(ص) یا با فرض پذیرش و پیاده کردن امر از سوی صحابه بزرگ با توجه به وضع و نقشی که زنان در آن زمان و محیط داشتند و نوع نگرش و دیدگاهی که بر آنان حاکم بوده، قابل قبول و دارای توجیه می‌باشد و به هر حال

راه حل بینابینی هم هست که آیت الله منتظری به آن معتقدند: نصف دیه را مجرم بدهد و تفاوت دیه را از محل بودجه حکومت پرداخت شود.

البته به طور قطع و یقین، انتخاب گزینه اول پسندیده تر است. والحمدلله

منابع:

فارسی

۱. فقه تطبیقی، آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی
- ۲- قانون دیات و مقتضیات زمان، ابراهیم شفیعی سروستانی، مرکز تحقیقات استراتژیکی ریاست جمهوری، ۱۳۷۶
- ۳- مجموعه فقه الثقلین، آیت الله صانعی

عربی

مجمع الفائده والبرهان، احمد اردبیلی، موسسه نشر الاسلامی  
سایتها

حضرت آیه الله العظمی یوسف صانعی [www.saanei.org](http://www.saanei.org)

حضرت آیه الله العظمی محمد ابراهیم جناتی. [www.jannaati.com](http://www.jannaati.com)

حضرت آیه الله العظمی ناصر مکارم شیرازی. [www.makaremshirazi.org](http://www.makaremshirazi.org)

بانو مجتهد زهره صفاتی [www.sefaty.net](http://www.sefaty.net)

پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی دفتر تبلیغات اسلامی. [www.pasokhgoo.ir](http://www.pasokhgoo.ir)

پژوهشنامه متین، نشریه علمی - تخصصی پژوهشکده امام خمینی (س) [www.ri-khomeini.org](http://www.ri-khomeini.org)

که وضعیت فرق کند و زنان نظیر مردان مسئولیتها و مشاغل اجتماعی را به عهده بگیرند طبعاً باید حقوق مساوی با مردان داشته باشند. در نتیجه اگر زن شغل قضا را احراز کرد دیگر نمی‌توان شهادت او را نصف شهادت مرد قرار داد (و طبعاً اگر در فعالیتهای اقتصادی و اجتماعی نقش موثر خود را داشت، در مورد نصف بودن دیه او نیز باید تجدید نظر کرد).

وی برخلاف نظر رایج متشرعین معتقد بود احکام و قوانین اسلامی (قاعدتا منظور احکام فرعی عملی است) جنبه موقتی دارند و دین اسلام حرف آخر خود را در قرن هفتم زده است. البته طه با بیان چنین نظریاتی سر خود را بر باد داد و در سال ۱۹۸۵ / ۱۳۶۴ در سن ۶۹ سالگی به جرم ارتداد به دار مجازات آویخته شد.

به هر صورت این نوع گرایش در رابطه با احکام فرعی اسلامی که گاه مقبولیت و اجرای آنها در دوران حاضر و با اوضاع و احوال زمانه سازگار به نظر نمی‌رسد، رو به فزونی است و جا دارد که فقهای روشن بین و زمان شناس به این دشواریها و این نوع نظریات توجه بیشتری مبذول دارند و با اجتهاد شایسته خود ضمن جلوگیری از انحراف و تحریف، چهره مقبول و عملی از احکام اسلامی نشان دهند و به جای تکیه بر تعبدی بودن حکم و عمل به نص در امور عرفی اجتماعی در کشف مصالح احکام و حکمت آنها و فهم نظر واقعی شارع کنکاش نمایند. پیشنهاد:

خلاصه سخن آنکه قرآن کریم بر لزوم پرداخت اصل دیه دلالت دارد و تفاوتی میان زن و مرد نگذاشته است. روایاتی که بر تشریح دیه در آیین اسلام دلالت می‌کنند، همانند قرآن، تبعیضی میان زنان و مردان نمی‌گذارند. اصول و قواعد کلی اسلامی نیز برابری دیه زن و مرد را اقتضا دارند. بر این پایه، روایت هایی که مخالف این ادله و قرائن و شواهد باشند، نمی‌توانند مستند رای فقهی قرار گیرند.

در میان مراجع تقلید معاصر، آیت الله صانعی و آیت الله جناتی، به طور کامل دیه زن و مرد را برابر میدانند.

آیت الله مکارم شیرازی نیز معتقدند علت عدم برابری دیه زن و مردان مساله اقتصادی (نان آور بودن مردان) و نه تفاوت انسانی است و لذا موضوع قابل بحث است و آیت الله موسوی بجنوردی و محقق داماد هم نظری شبیه به این امر دارند. لذا از آنجایی که هیچگونه قطعیتی در ادله عدم برابری وجود ندارد، لزومی بر تکیه و ملاک حکم قرار گرفتن آنها نیست. قانونگذار ایران لازم است به شرایط جدید جامعه توجه نماید.

حال دوراه حل موجود است:

با توجه به ادله موافقین برابری، در دیه جزایی و حقوقی، حکم به برابری دیه داد.

سابوتاژ کامپیوتری وسیله‌ای است برای تحصیل مزایای اقتصادی بیش‌تر نسبت به رقیبان. سابوتاژ برای پیش‌برد فعالیت‌های غیرقانونی تروریست‌ها و یا برای سرقت داده‌ها و برنامه‌ها به منظور اخاذی نیز به کار گرفته می‌شود. در جرم سابوتاژ کامپیوتری، اختلال و جلوگیری از عملکرد سیستم کامپیوتری ملامت است. عناصر متشکله جرم سابوتاژ کامپیوتری عبارت است از:

۱- ابزار و راه‌ها

۲- هدف

کمیته تخصصی شورای اروپا در تعریف سابوتاژ کامپیوتری می‌گوید: سابوتاژ عبارت است از «وارد کردن، تغییر، محو یا موقوف‌سازی داده‌ها یا برنامه‌های کامپیوتری یا مداخله در سیستم‌های کامپیوتری با قصد اختلال و جلوگیری از عملکرد کامپیوتر».

نفوذ کامپیوتری (اختلال‌گران)

این دسترسی‌های غیرمجاز به کامپیوتر و سیستم‌های کامپیوتری دارای انگیزه‌های گوناگونی است که اهم آنها کنجکاوی، تفریح و تفرین است و برای بهره‌برداری مالی انجام نمی‌گیرد.

از نظر گروه سنی بیشتر اختلال‌گران (Hackers) جوان و در دهه سنی ۱۵ تا ۲۴ سال هستند.

با فن آوری‌های جدید همچون اینترنت این افراد دارای زمین بازی مجازی به وسعت دنیا شده‌اند و فقط از طریق اتصال به اینترنت می‌توانند با سایر اختلال‌گران در آن سوی دنیا ارتباط برقرار کنند.

امروزه عمل نفوذیابی (Hacking) جرم تلقی می‌شود ولی با این حال اختلال‌گران در حال افزایش بوده و دارای بولتن، انتشارات و برنامه‌های آماده اجرا هستند و از طریق اینترنت به معرفی آثار و برنامه‌های خود می‌پردازند.

خطر اختلال‌گران به حدی گسترده است که آنها را قادر نموده به سیستم‌های کامپیوتری سازمان‌های بزرگ دست یابند.

سیستم‌های مخابراتی مدرن نیز همچون سایر سیستم‌های کامپیوتری در معرض سوء استفاده از طریق دستیابی از راه دور قرار گرفته‌اند. اختلال‌گران با دستیابی به یک سیستم مخابراتی می‌توانند به تمامی شبکه ارتباطی یک شهر یا یک کشور نفوذ کرده و از آن سوء استفاده کنند.

استراق سمع غیرمجاز

استراق سمع اطلاعات، از جمله جرایم کامپیوتری است که موجب گشته در اکثر کشورها حمایت از مکالمات تلفنی و شفاهی مدنظر باشد. بنا به تعریفی که ارائه شده، استراق سمع عبارت است از: استراق سمع یا قطع، که بدون حق و توسط ابزارهای تکنیکی بر روی ارتباطات، وارده یا خارجه انام می‌شود، این عمل به کمک یک سیستم یا شبکه کامپیوتری

## قوانین حاکم بر مجازات و جرائم اطلاعاتی و رایانه‌ای در بین الملل مهدی محمدی

ایجاد تغییر و تخریب در برنامه‌های کامپیوتری این نوع فعالیت عبارت است از دستیابی به سیستم‌ها و برنامه‌های کامپیوتری با استفاده از ویروس، کرم، یا بمب‌های منطقی. ایجاد خسارت از طریق پاک کردن، صدمه زدن، مخدوش نمودن یا موقوف‌سازی داده‌ها یا برنامه‌های کامپیوتری انجام می‌شود.

تخریب داده‌ها گاه نتیجه حمله فیزیکی به تأسیسات کامپیوتری است. این‌گونه اعمال معمولاً از طریق روش‌های کامپیوتری و تکنیکی صورت می‌گیرد (مثلاً به وسیله ویروس‌های کامپیوتری یا بمب‌های منطقی زمانی) برنامه‌های ویروسی به تکثیر و برنامه‌های فایل می‌پردازد و تخریب زیادی را به همراه دارد. در ادامه به توضیح مختصری راجع به ویروس‌ها، کرم‌ها و بمب‌های منطقی می‌پردازیم:

ویروس

ویروس نوعی کد برنامه است که خود را به برنامه‌های مجاز چسبانده به دیگر برنامه‌های کامپیوتر منتقل می‌شوند. ویروس می‌تواند از طریق یک قطعه مجاز نرم‌افزاری که به ویروس آلوده شده به سیستم کامپیوتر وارد می‌شود.

کرم

کرم نیز به طریق ویروس ایجاد می‌شوند تا با نفوذ در برنامه‌های داده‌پردازی مجاز، داده‌ها را تغییر داده یا نابود سازد اما تفاوت کرم با ویروس این است که کرم تکثیر نمی‌شود. به عنوان مثال در پزشکی، کرم را می‌توان به غده خوش خیم و ویروس را به غده بدخیم تشبیه کرد. با استفاده از برنامه تخریبی کرم می‌توان به کامپیوتر یک بانک دستور داد که وجوه موجود در بانک را به طور دائم به یک حساب غیرمجاز منتقل کند.

بمب منطقی

بمب منطقی را بمب ساعتی نیز می‌گویند، یکی از روش‌هایی که به کمک آن می‌توان دست به سابوتاژ کامپیوتری زد، بمب منطقی است. برخلاف ویروس و کرم، کشف بمب منطقی پیش از انفجار آن کار بسیار سختی است و بمب منطقی از سیار ترندهای کامپیوتری خسارت بیشتری را به همراه دارد.

سابوتاژ کامپیوتری و اخاذی کامپیوتری

کلیه عملیات کامپیوتری که به منظور تاختن ساختن عملکرد عادی سیستم، به حساب می‌آید سابوتاژ کامپیوتری می‌گویند.

ممنوعه و غیراخلاقی در ارتباط با سوء استفاده از تکنولوژی ارتباطات و رسانه است. مرتکبان ناشناس در فضای ناشناخته دست به اعمال خود می‌زنند.

ویژگی جرم چند رسانه‌ای جرائم چند رسانه‌ای این است که این پدیده، ناقض یا از بین برنده برخی منافع قانونی است.

برخلاف جرم کامپیوتری کلاسیک، علامت هیچ خسارت قابل ملاحظه‌ای به منافع اقتصادی وارد نمی‌کند. در این نوع جرم، آنچه مطرح است، قبح رفتار است. برای مثال توزیع اطلاعات با محتوای غیرقانونی عدم سودمندی اجتماعی را به هم راه دارد.

ارتباط ساده با شبکه بین‌المللی اینترنت نشان می‌دهد که این گونه جرائم احتیاج به هیچ دانش خاصی ندارد. معمولاً جرم چند رسانه‌ای از جرایم مطبوعاتی متمایز از فعالیت مجرمان اخلاک‌گر است.

ویژگی این جرم نامحدود و نامشخص بودن بزه‌دیدگان است زیرا که جزء در موارد استثنایی، مرتکب افراد خاصی را هدف قرار نمی‌دهد (مثلاً در توزیع موارد پورنوگرافی جنسی) بنابراین جرم چند رسانه‌ای نشان‌دهنده یک مجرمیت بدون بزه‌دید مشخص است و این ویژگی باعث شده است که تعداد کمی از موارد جرم چند رسانه‌ای گزارش شود.

ویژگی دیگر جرم چند رسانه‌ای، خصومت فراملی بودن آن است. هیچ شکل دیگر از جرائم چند رسانه‌ای نیست که تا این حد مستقل از محل ارتکاب باشد. زیرا وجود تسهیلات نامحدود شبکه دیجیتال و وقوع در محیط مجازی، مرتکب را قادر می‌سازد که فعالیت‌هایش را بدون ارتباط با یک محل معین و مشخص انجام دهد. مرتکبین در بیشتر موارد حتی نمی‌دانند که اطلاعات به کجا ارسال می‌شود و یا از کجا می‌آید. لذا با بسط و گسترش این گونه جرائم خطر جدی برای مجموعه جامعه بین‌المللی به حساب می‌آید.

جرائم دیجیتال در محیط سایبر سپس

در اواسط دهه ۹۰ میلادی نسل جدیدی از تکنولوژی کامپیوتری تجلی پیدا نمود. در این دوره کامپیوترها در یک روند تکاملی، به دیگر سیستم‌های کامپیوتری که قابلیت ارتباط به سیستم‌ها و شبکه‌های بین‌المللی را پیدا کرده‌اند، تبدیل شدند.

کامپیوترها به کمک شبکه‌ها روز به روز ارتباط گسترده‌تری پیدا کرده و از طریق مخابرات و ماهواره، قدرت دریافت هرگونه انتقال، صدور علائم، تصاویر، صداها، نوشته‌ها و نشانه‌ها را پیدا کرده است لذا با توجه به این قابلیت شگرف تکنولوژی ارتباطاتی، تحول عظیم در دنیای ارتباطات و عصر تکنولوژی (اطلاعات IT) بوجود آمده از شاخصه‌های این فن‌آوری جدید، شکل‌گیری ارتباط بین افراد و ملل دنیا در یک فضای مجازی است.

انجام می‌شود.

نمونه‌گیری و تکثیر غیرمجاز برنامه‌های کامپیوتری از آنجایی که برای تولید برنامه‌های کامپیوتری هزینه و وقت بسیار زیادی صرف می‌شود، تکثیر و استفاده غیرمجاز از آن زبان اقتصادی قابل ملاحظه‌ای برای صاحبان آنها به همراه دارد. این جرم از زمره جرایم مالی است و شباهت زیادی به جرائم کلاسیک دیگر در این خصوص دارد. این نوع سرقت، شامل کپی و استفاده غیرمجاز از برنامه‌های کامپیوتری است و اغلب بدان «سرقت نرم‌افزار» یا «ربایش نرم‌افزار» می‌گویند. در سال‌های اخیر سرقت نرم‌افزار وسعت یافته و حجم وسیعی از تخلفات را به همراه دارد.

شورای اروپا برای تعریف این نوع جرم می‌گوید: «تکثیر، توزیع یا انتشار همگانی و بدون داشتن مجوز حق، یک برنامه کامپیوتری که تحت حمایت قانون است.»

پورنوگرافی کامپیوتری

هرگونه نوشته، فیلم، تصویر مربوط به امور جنسی که فاقد ارزش ادبی، هنری، سیاسی و علمی است، پورنوگرافی گویند و اعمال مجرمانه پورنوگرافی یعنی اینکه شخصی ابزار سمعی و بصری، وسایل و تصاویر و همچنین عکس‌های هرزه را بفروشد، پخش کند یا در معرض نمایش بگذارد.

این نوع اعمال مجرمانه با توسعه و پیشرفت کامپیوتر و اینترنت از لحاظ گستردگی وسعت در زمینه پخش و توزیع، در نوع خود بی‌نظیر است.

برای مثال می‌توان صندوق‌های پستی، آدرس‌های الکترونیکی و سایتهای در اینترنت اشاره کرد. به تلخ، پخش و عرضه تصاویر «پورنو» می‌پردازند.

نوع دیگر این جرایم، آزار و اذیب خبری در محل کار است، بدین ترتیب که مجرمان با دستکاری کامپیوتری متصل به اینترنت، بزه دیده را مجبور به تماشای تصاویر پورنوگرافی می‌کنند و یا با توزیع موضوعات پورنوگرافی جنسی آنها را رنج می‌دهند.

بزه‌دیدگان موضوع جرم در پورنوگرافی جنسی غالباً کودکان و نوجوانان دختر و پسر و یا زنان می‌باشند که رده سنی آنها از ۷ سال شروع می‌شود.

جرایم چندرسانه‌ای (Multi Media)

«چند رسانه‌ای» در فرهنگ اصطلاحات کامپیوتری میکروسافت نامیده می‌شود و عبارتست از: «ت ترکیب صوت، تصویر، انیمیشن و فیلم» و در دنیای کامپیوترها، «مولتی‌مدیا» زیرگروهی از فوق رسانه است که عناصر چند رسانه‌ای و فوق متنی را با هم ترکیب کرده و اطلاعات را با هم ارتباط می‌دهد.

جرم چند رسانه‌ای که با جرائم نسل سوم کامپیوتر و اینترنت وابسته است، تنها در محیط مجازی یا همان سایبر سپس قابل تحقق است. جرم چند رسانه‌ای شامل هرگونه اقدام

موهوم و خیالی معتبر، اشاره کرد. در محیط سایر اشیاء و اطلاعات به صورت فیزیکی و ملموس وجود ندارد. آنچه در صفحه مانیتور دیده می‌شود، همه مجازی است و به صورت دیجیتالی وارد شبکه شده است. برای آنکه شخص (کاربر) وارد سایبر سپیس شود باید پس از فراهم نمودن تجهیزات اولیه (کامپیوتر، مودم، خطوط مخابراتی) به شبکه وصل شده (Online)) و پس از آن آدرس و سایت موردنظر خود را انتخاب و با توجه به نوع، موضوع و هدف خود به بررسی و یا اقداماتی در آن بپردازد. با وجه به توضیحات فوق و تعاریفی که از متخصصان بیان شد می‌توان سایبر سپیس را چنین تعریف نمود: «محیطی مجازی و غیرملموس، موجود در فضای شبکه‌های بین‌المللی (این شبکه‌ها از طریق شاهراه‌های اطلاعاتی مثل اینترنت به هم وصل هستند) در این محیط تمام اطلاعات راجع به روابط افراد، فرهنگها، ملتها، کشورها و... بصورت فیزیکی و ملموس وجود دارد (به صورت نوشته، تصویر، صوت، اسناد) که به شکل دیجیتالی در دسترس استفاده‌کنندگان و کاربران است. ب- ویژگیهای سایبر سپیس پس از ورود به محدوده شبکه‌های بین‌المللی به کمک تسهیلات مخابراتی و فن‌آوری کامپیوتر، کاربران می‌توانند به هرگونه خدمات اطلاعاتی الکترونیکی دستیابی پیدا کنند. بدون در نظر گرفتن اینکه این اطلاعات و خدمات در کدام نقطه دنیا واقع شده است. محیط سایبر زمینه‌های فعالیتهای اقتصادی و انجام معاملات تجاری را در سطح بین‌المللی بدون دخالت مستقیم بشر فراهم کرده است. ج- «سایبر سپیس» محدوده فعالیت کاربر به مرزهای فیزیکی یک خانه یا یک محل کار و حتی مرزهای یک کشور محدود نیست و کاربر می‌تواند در هر زمانی و مکانی با مردم در هر نقطه‌ای از جهان ملاقات کرده و هر اطلاعاتی را با هر کمیت و کیفیت مبادله کند بدون اینکه محل حضور واقعی و هویت وی مشخص باشد. ج- جرائم در سایبر سپیس (Cyber Crime)) جرم ارتكابی در شبکه بین‌المللی و ارتباطی که ناشی از تحول تکنولوژی (IT)) است، عنوان نسل سوم از جرائم تکنولوژی کامپیوتر را دارد. امروزه جرایم سایبر با سرعت رو به تکثیر و افزایش است. مرز کپیوتري (فضای سایبر) هنوز در مراحل اولیه است. طبیعت این جرائم و سوءاستفاده‌های مرتکب شده در این دنیای مجازی جدید هیچ‌گاه در دنیای حقیقی دیده نشده است و دولت‌ها در تلاش‌اند تا سیاست‌های حقوقی جدیدی را برای مهار کردن این جرائم تدوین کنند. اینترنت فرصت بسیار مناسبی را در اختیار افراد شرور قرار

در محیط سایبر افراد با هویت‌های غیرواقعی و تنها براساس تخیلات شخصی در محیط رسانه‌ای اینترنت حاضر می‌شوند و خود را در هر قالب و با هر عنوانی معرفی کرده و با دیگران ارتباط برقرار می‌کنند. امروز در هر نقطه‌ای از دنیا با هر عنوان و شغلی و سلیقه‌ای می‌توان در قالب یک شخص ظاهر شده و دوست‌یابی کنید، تبادل افکار نمایید و یا حتی به معاملات تجاری کلان دست بزنید. حضور پررنگ و بی‌شمار افراد مختلف و از قشرهای گوناگون جامعه در شبکه‌های بین‌المللی (اینترنت) باعث شده است انواع جدیدی از جرایم کامپیوتري وارد فرهنگ حقوق جزاء شود.

برای مثال می‌توان به تظهير نامشروع پول کامپیوتري پورنوگرافي كودكان، خريد و فروش مواد مخدر اشاره نمود. در ادامه این گفتار به تعریف «محیط سایبر»، «اجزاء مشخصات فضای سایبر» و «انواع جرائم در محیط سایبر» می‌پردازیم. الف- تعریف و مفهوم «محیط سایبر» و «سایبر سپیس» از لحاظ لغوی در فرهنگ‌های مختلف (Cyber) «به معنی - مجازی و غیرملموس و مترادف لغت انگلیسی Virtual است. از لحاظ تعریف سایبر سپیس به چند نمونه از تعاریف در سطح بین‌المللی اشاره می‌کنیم.

۱- «سایبر سپیس» مجموعه به هم پیوسته موجودات زنده از طریق کامپیوتر و ارتباطات راه دور است بدون در نظر گرفتن جغرافیای عینی.

۲- سایبر سپیس اثر فضا و اجتماعی است که توسط کامپیوتر، شبکه‌های کامپیوتري و کاربران شکل گرفته است. به عبارت دیگر یک دنیای مجازی است که کاربران اینترنت وقتی Online هستند موجودیت پیدا می‌کنند.

۳- «سایبر سپیس» یک توهم و تصور باطل است که انسانها در خلق آن توافق کرده‌اند.

۴- «سایبر سپیس» جایی است که شما هنگامی که با تلفن صحبت می‌کنید هستید.

۵- «سایبر سپیس» یک ناحیه «واقعی» است. در این ناحیه فعالیت‌هایی چون تبادل اطلاعات و راه‌هایی برای تجمع اطلاعات (مثل گردهمایی خبری ...) اتفاق می‌افتد.

برای روشن شدن مفهوم تعاریف فوق توضیحاتی پیرامون اجزاء سایبر و نحوه ورود به آن به کمک تسهیلات مخابراتی و فن‌آوری کامپیوتري ارائه می‌گردد.

به طور کلی برای وارد شدن به اینترنت یا فضای شبکه‌های بین‌المللی نیاز به تجهیزات کامپیوتري است. امروزه وارد شدن به شبکه‌های بین‌المللی یعنی رود به سایبر سپیس لذا اجزاء آن عبارت است از کامپیوتر، Modem، وصل بودن به شبکه بین‌المللی اینترنت (Online))، شبیه‌سازی و مجازی‌سازی. از مصادیق شبیه‌سازی می‌توان به کسب شخصیت یا موقعیت

می‌دهد. فضای سایبر برای جستجو و پیدا کردن جرم پیچیده‌تر است.

در دنیای واقعی دزدی از بانک کاملاً مشخص است چرا که دیگر بعد از سرقت در خزانه بانک پولی موجود نیست. لیکن به کمک تکنولوژی کامپیوتری می‌توان یک خزانه را بدون هیچ علامتی خالی کرد. برای مثال سارق می‌تواند یک کپی دیجیتال کامل از نرم‌افزار بگیرد و نرم‌افزار اصلی را همان‌طور که دقیقاً بوده باقی بگذارد. در فضای سایبر، کپی عیناً عین اصل است. با کمی کار روی سیستم، سارق می‌تواند امکان هرگونه تعقیب و بررسی را مثل پاک کردن اثر انگشت تغییر دهد. تنها جنبه نگران‌کننده‌ترین سایبر انتشار سریع اطلاعات در آن است. مثلاً در لحظه‌های کوتاهی قسمتی از اطلاعاتی که می‌تواند به طور بالقوه مورد سوء استفاده قرار گیرد، کشف می‌شود.

بسیاری از هکرها (سارقین کامپیوتری) معتقد نیستند که کارشان نادرست است. آنها معتقدند که Hacking (سرقت داده‌ها یا ورود غیرمجاز به سیستم) صرفاً ارضاء حسن کنجاوی آنهاست. خیلی از هکرها در محدوده قانون باقی می‌مانند حتی اقلیت هکرایبی که در سرقت سیستم‌های کامپیوتری دست دارند در فعالیت‌های خود معتقد به نگرش «ببین! اما دست نزن» هستند.

در حال حاضر در اکثر کشورها نگهداری و تبادل اطلاعات در مورد چگونگی ورود به سیستم‌های کامپیوتری خلاف قانون نیست.

در حال حاضر جرائم سایبر همه‌گیر شده است. به دلیل طبیعت مجازی فضای سایبر بعضی از هکرها آن را به دیده یک بازی می‌نگرند و در تمایز فضای سایبر از دنیای مجازی مشکل دارند. برای آنها Hacking فقط یک ماجراجویی است که آنها در دنیای کامپیوتر تجربه می‌کنند.

اکثر هکرها سایتها را «هک» می‌کنند که به اطرافیان خود لیاقت خود را نشان دهند و ارزش و احترام کسب کنند، آنها در بسیاری موارد روش‌های تکمیلی را بین خود ردوبدل می‌کنند.

د- انواع سایبر کرایم  
در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان جرائم سایبر را اینگونه دسته‌بندی کرد:

الف- جرائم سنتی در محیط دیجیتال شامل:

جاسوسی، سابوتاژ، جعل، کلاهبرداری، تخریب، افتراء، تطهیر نامشروع پول و قاچاق در سایبر سیس.

ب- جرائم ناظر به کپی رایت و برنامه‌ها

ج- جرائم علیه حمایت از داده‌ها

د- جرائم در تجارت الکترونیک (مثل پرداخت‌های الکترونیکی)

ه- جرائم در بانکداری الکترونیک

و- جرایم مخابراتی و ماهواره‌ای  
ز- جرائم علیه محتوا (پورنوگرافی کودکان و زنان)  
ط- جرائم علیه امنیت ملی و بین‌المللی (سایبر ترور)  
جرائم نسل‌نویس موجب تغییر در اجزاء عنصر مادی و بعضاً عنصر معنوی جرائم و نحوه ارتاب آنها شده است. به طوری که می‌توان گفت اساس حرکت مجرمانه را دچار تحول نموده است.

در ادامه اشاره‌ای کوتاه به نمونه‌هایی از جرائم در محیط سایبر داریم.

۱- کلاهبرداری کارت اعتباری در سایبر سپس  
پروفسور دیوید کارتر استاد دانشگاه میشیگان آمریکا، پیرو پاره‌ای مطالعات شایع‌ترین جرمی که در سالهای اخیر در سایبر انجام شد کلاهبرداری کارت اعتباری دانسته. دزدی و سوء استفاده از کارتهای اعتباری (Carding) بی‌حد و حصر است. دلایل ارتکاب به این جرم عبارت است از وسوسه، دسترسی آسان و عدم لزوم مهارت‌های تکنیکی خاص.

اخلالگران (Hackers) در مدت کوتاهی تنها با یک تلفن، کامپیوتر و مودم وصل شدن به شبکه (Online) بدون نیاز به مهارت خاصی از کارتهای اعتباری سوء استفاده می‌کنند.

۲- افترا و نشر اطلاعات از طریق پست الکترونیک (E.mail)

به کمک پست الکترونیک علاوه بر فایل‌های متن، صوت، تصویر فایل‌های ویدئویی نیز می‌تواند به دیگر کاربران شبکه (اینترنت) ارسال شود. هر کاربر می‌تواند در اینترنت از طریق یک آدرس مشخص الکترونیک شناخته شود که با دسترسی به رمز آن می‌توان به آسانی در آن تقلب کرد. این قابلیت پست الکترونیک وسیله جالبی برای نشر اطلاعات مجرمانه یا نشر اکاذیب و افترا به اشخاص می‌باشد و احتمال کنترل اطلاعات برای تهیه کننده کاملاً مشکل است.

۳- تطهیر پول نامشروع کامپیوتری در سایبر سپس  
تطهیر پول نامشروع (Money Laundry) از جرایم کلاسیک است و از قدمت زیادی برخوردار است با تکنولوژی کامپیوتر و بسط شبکه‌های بین‌المللی، مصادیق جدید این جرم در سایبر سپس به کمک اینترنت، پست الکترونیک و شبکه‌های بین‌المللی ارتباطی صورت می‌پذیرد. نحوه ارتکاب بدین صورت است که باندهای بزرگ نامشروع توسط پست الکترونیک یا اینترنت بدون هیچ‌گونه اثر و نشانی درخواست ارسال مبالغی پول به حساب شخص معینی را می‌کنند. آنها در تقاضای خود نحوه ارسال پول و دستمزد و مدت استرداد را بیان و در صورت قبول طرف مقابل نوع و نحوه تضمینات لازم را نیز اعلام می‌دارند. سپس در زمان استرداد پول یک عنوان مشروع در تجارت الکترونیک را با منشأ تجاری انتخاب و با هدف خود هماهنگ می‌نمایند.



و پورنوگرافی که در جرائم علیه محتوا دسته‌بندی می‌گردد از مسائل بسیار مهم در جرائم سایبر است.

ه- عکس العمل کشورها در خصوص جرائم سایبر

کشورهای مختلف در ارتباط با جرائم سایبر، سعی کرده‌اند ترکیبی از فاکتورهای تکنیکی و حقوقی را در نظر بگیرند. در نتیجه آخرین و مهمترین گردهمایی و مصوبه راجع به جنایات سایبر، در کنفرانس بوداپست، اواخر سال ۲۰۰۱ میلادی برقرار شد و در آن بیشتر کشورهای اروپایی همراه کانادا، ژاپن و آفریقای جنوبی و آمریکا مصوبه‌ای به نام «کنوانسیون جنایات سایبر» امضاء کردند. در مجموع بیش از ۳۲ کشور به مصوبات کنفرانس بوداپست صحنه گذاشتند لیکن روسیه، اسلواکی، ترکیه، لیتوانی، لوکزامبورگ، چک، دانمارک و بوسنی هنوز به این مصوبه جواب نداده‌اند.

در این کنفرانس چهارچوب مشخصی برای جنایات سایبر مورد تأیید قرار گرفت و به عنوان مصوبه بیرون آمد. فاکتورهای اصلی تأیید شده این مصوبه عبارت است از ۱- دسترسی غیرقانونی به اطلاعات رایانه و شبکه‌های رایانه‌ای از طریق نفوذ ۲- دخالت در اطلاعات و دستکاری آنها، ۳- تخریب داده‌های سیستمی از طریق حمله به شبکه‌های بزرگ مثل ISPها، ۴- دسترسی غیرقانونی به کد برنامه‌های حساس، ۵- تخطی از قوانین کپی رایت و نقض حقوق تألیف نظری اینترنت، ۶- تکثیر غیرقانونی موسیقی و فیلم روی اینترنت.

کنفرانس بوداپست اولین همایش فراملی درباره جنایات سایبر است که پس از آن تاریخ، همچنان در حال توسعه و گسترش است.

مبحث دوم: اقدام ارگانهای بین‌المللی درباره تقسیم‌بندی جرایم کامپیوتری و اینترنتی

جرائم کامپیوتری و اینترنتی پدیده‌ای است که به دلیل شرایط خاص و ماهیت بین‌الملل بودن خود، نوعی سیاست جنائی متحدالشکل را به دنبال می‌آورد. در کشورهای پیشرفته قانون‌گذاران، انواع مختلفی از اعمال مجرمانه کامپیوتری را شناسایی و در قالب قوانین کیفری خود گنجانده‌اند. همزمان با این اقدامات پراکنده، مراجع بین‌المللی نیز فعالیت خود را در این زمینه آغاز کرده و با دسته‌بندی جرائم شناخته شده، لیستهایی از این‌گونه جرائم را ارائه نمودند. از جمله سازمانهای بین‌المللی و منطقه‌ای پیشرو در این زمینه می‌توان به سازمانهای زیر اشاره نمود.

۱- سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD))

۲- شورای اروپا

۳- انجمن بین‌المللی حقوق جزاء (AIDP))

۴- سازمان ملل

اقدامات هر یک از این سازمانها در خصوص تقسیم‌بندی جرائم

لازم به ذکر است اکثر این درخواستها رد کشورهایی است که از لحاظ تکنولوژی اطلاعاتی و ارتباطی و هماهنگی پلیسی در سطح پایین‌تری قرار دارند.

۴- سایبر ترور

امروزه تروریستهای اطلاعاتی فقط با استفاده از يك صفحه کلید و يك موس کامپیوتر می‌توانند وارد سیستمهای کامپیوتری- امنیتی شده، ایجاد اختلال کنند. مثلاً با تداخل در سیستم ناوبری هوایی می‌توان باعث سقوط هواپیما یا قطع برق سراسری یا مسموم کردن منابع غذایی شد. در شرایطی که چند جوان می‌توانند به آسانی وارد اطلاعات کامپیوترهای پنت‌اگون شوند، کسب اطلاعات از منابع و مراکز مهم نظامی و سیاسی کار سهلی است.

از اقدامات دیگر سایبرترور ارتباط بین تروریستها از طریق شبکه‌های بین‌المللی و تبادل افکار و اعمال مجرمانه در سطح بسیار پیچیده است. که از ویژگیهای این نوع ارتباط این است که توانایی پلیس در کنترل و شنود این ارتباطات تقریباً غیرممکن است.

۵- قاچاق مواد مخدر به کمک سایبر

به کمک سایبر و دسترسی آسان افراد به هم از طریق پست الکترونیک و اینترنت هرگونه قاچاق مواد مخدر اعم از خرید، فروش، پخش و توزیع مواد مخدر از طریق شبکه‌های کامپیوتری انجام می‌شود. از ویژگیهای این نوع قاچاق، حذف واسطه‌ها، گسترش دامنه فعالیت قاچاق‌چیان تا سطح بین‌المللی، جذب مشتری بیشتر.

اقدامات پلیس بین‌الملل در خصوص کشف فروشندگان و خریداران مواد مخدر سایبر، به سختی و در مواردی غیرممکن است.

۶- سوء استفاده از کودکان در سایبر سپیس

بنا به اظهار صاحب‌نظران تا سال ۲۰۰۵ میلادی حدود ۷/۷ میلیون کودک به صورت «Online» از اینترنت استفاده می‌کنند. لذا بزهکاران اینترنتی از سادگی کودکان استفاده و سعی می‌کنند آنها را از طریق چت (Chat) و پست الکترونیک به انحراف کشانده و از آنها به صورت پورنوگرافی سوء استفاده جنسی کرده و تصاویر آنها را روی سایتهای مستهجن منتشر کنند.

به تازگی پلیس بین‌الملل (اینترپل) با عملیاتی به نام (Over) در حال شناسایی و دستگیری باندهائی است که با ساختن سایتهایی مستهجن از کودکان سوء استفاده جنسی می‌کنند. مطابق آمار از هر ۵ کودک آمریکایی، يك کودک با موضوعات جنسی در اینترنت برخورد مستقیم دارد.

از طرف دیگر ۷۷ درصد قربانیان جرائم اینترنت بین سنین ۱۴ تا ۲۲ سالند. به هر صورت موضوع سوء استفاده از کودکان

- کامپیوتری و اینترنتی می‌پردازیم.
- الف- عملکرد سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) در سال ۱۹۸۶ برای اولین بار (OECD) براساس تجزیه و تحلیل تطبیقی قوانین ماهوی موجود و پیشنهادهای اصلاحی چند کشور، یک طبقه‌بندی از جرائم کامپیوتری ارائه شد و در آن پنج دسته از اعمال مجرمانه شناخته شده که عبارت است از:
- ۱- ورود، تغییر، محو (پاک کردن) یا موقوف‌سازی داده‌های کامپیوتری، یا برنامه‌های کامپیوتری که بصورت ارادی با قصد انتقال غیرقانونی صورت گرفته باشد.
  - ۲- ورود، تغییر، پاک کردن و یا موقوف‌سازی داده‌های کامپیوتری، یا برنامه‌های کامپیوتری که عمداً با قصد ارتکاب جعل صورت گرفته باشد.
  - ۳- ورود، تغییر، پاک کردن یا موقوف‌سازی داده‌های کامپیوتری، یا برنامه‌های کامپیوتری یا هرگونه مداخله در سیستمهای کامپیوتری که عمداً و با قصد جلوگیری از عملکرد سیستم کامپیوتری صورت گرفته باشد.
  - ۴- تجاوز به حقوق انحصاری مالک هر برنامه کامپیوتری حفاظت شده با قصد بهره‌برداری تجاری یا ارائه به بازار.
  - ۵- استراق سمع یک سیستم کامپیوتری که آگاهانه و بدون کسب مجوز از مسئول سیستم مزبور چه با تخطی از تدابیر امنیتی و چه با هدفهای غیرشرافتمندانه صورت گرفته باشند.
- ب- عملکرد شورای اروپا
- شورای اروپا در سالهای ۱۹۸۶-۱۹۸۵ مسئله جرم کامپیوتری را در برنامه کار خود قرار داد. این کمیته کار خود را در سال ۱۹۸۵ شروع و در سال ۱۹۸۹ به پایان رساند. در آخرین نشست، کمیته مزبور یک گزارش و یک توصیه‌نامه تهیه کرد که در ژوئن ۱۹۸۹ بررسی و پس از تأیید در تاریخ ۱۳ سپتامبر ۱۹۸۹ به کمیته وزرای شورای اروپا فرستاده شد. این کمیته دو فهرست تحت عناوین «فهرست حداقل» و «فهرست اختیاری» را پیشنهاد کرد که مورد تصویب واقع شد و تحت عنوان استراسبورگ ۱۹۹۰ درج گردید و با توصیه‌نامه مربوط به مسائل آئین دادرسی کیفری جرائم کامپیوتری در سال ۱۹۹۵ کامل شد. این فهرست به شرح زیر است:
- ۱- فرست حداقل جرائم ضروری جهت یکنواختی سیاست جنایی مربوط به تضمین جرائم کامپیوتری:
  - ۱- کلاهبرداری کامپیوتری
  - ۲- جعل کامپیوتری
  - ۳- وارد آوردن خسارت به داده‌های کامپیوتری یا برنامه‌های کامپیوتری
  - ۴- سابوتاژ کامپیوتری
  - ۵- دستیابی غیرمجاز
  - ۶- استراق سمع غیرمجاز
- ۷- تکثیر غیرمجاز برنامه حمایت شده کامپیوتری
- ۸- تکثیر غیرمجاز پورنوگرافی
- ۲- فهرست اختیاری
- ۱- تغییر داده‌ها یا برنامه‌های کامپیوتری
  - ۲- جاسوسی کامپیوتری
  - ۳- استفاده غیرمجاز از کامپیوتر
  - ۴- استفاده غیرمجاز از یک برنامه کامپیوتری حمایت شده
- سرانجام شورای اروپا در سال ۲۰۰۱ مبادرت به وضع موافقت‌نامه جرائم کامپیوتری کرد. موافقت‌نامه ضمن بیان اهمیت حفاظت جامعه در مقابل جرائم کامپیوتری، به تغییرات عمیقی که به وسیله دنیای دیجیتال و شبکه‌های رایانه‌ای در جهان امروز بوجود آمده پرداخته و نگرانی خود را نسبت به استفاده از شبکه‌های کامپیوتری اعلام کرده و خواستار همکاری‌های بین‌المللی فزاینده در حفاظت از فناوریهای اطلاعاتی شده است.
- موافقت‌نامه شورای اروپا مصوب سال ۲۰۰۱ در چهار فصل و چهل و هشت گفتار تصویب شد. در فصل اول به ارائه تعریف از داده‌های به کار رفته در متن موافقت‌نامه می‌پردازد. در فصل دوم ابتدا جرائم علیه مطالب محرمانه و سپس، تمامیت و دسترسی غیرمجاز به اطلاعات و سیستم‌ها مطرح کرده است. مانند استراق سمع غیرقانونی و ... در این فصل به جعل و کلاهبرداری و سپس جرائم مربوط به تولید، ارائه و توزیع و پردازش تصاویر مستهجن از کودکان پرداخته است. جرائم مربوط به تخلف از قانون کپی رایت و حقوق وابسته به آن از دیگر مباحثی است که در این فصل مطرح است.
- فصل سوم ناظر به همکاری‌های بین‌المللی و اصول عمومی مربوط به آن است در این فصل مقرر شده که دولتهای عضو بایستی به گسترده‌ترین شکل به پیگیری اعمال مجرمانه مربوط به سیستمها و داده‌های کامپیوتری بپردازند.
- فصل چهارم در مورد چگونگی پیوستن دول عضو و غیرعضو به کنوانسیون و فسخ و خروج از آن است، همچنین مرجع حل اختلاف درباره تغییر و استعمال مواد کنوانسیون نیز بیان شده است.
- ج- عملکرد انجمن بین‌المللی حقوق جزاء (AIDP)
- این انجمن سازمانی غیردولتی است که همکاری فعال با سازمان ملل دارد. این انجمن هر چهار سال یک بار چند موضوع را به عنوان موضوعات مورد بحث مطرح و از کشورهای عضو می‌خواهد تا اقدام به ارسال مقدماتی تحت عنوان گزارش ملی در آن مورد کنند.
- در سال ۱۹۹۰ انجمن موضوع جرائم کامپیوتری و دیگر جرائم

مبحث سوم، مسائل مربوط به علوم جنایی تحت دو عنوان «پیشگیری» و «بزه دیده شناسی».

مبحث اول: لزوم تحویل و تدوین قوانین و مقررات ضروری در طی قرون گذشته سیستمهای قضایی بر موضوعات ملموس و عینی متمرکز شده بود ولیکن امروزه اموال غیرمادی اهمیت سبزیایی یافته است. از آنجا که رژیم حقوقی برای اموال غیرفیزیکی نمی تواند بر مبنای قوانین موجود و صرف موضوعات مادی حکم کند، دگرگونی تغییر در طرح و چارچوب قضایی کشورها بسیار ضروری به نظر می رسد. دکنترین جدید حقوق کیفری باید در زمینه تکنولوژی ارتباطی بر مبنای اصول جریان آزاد اطلاعات و تکیه بر موضوعات غیرملموس و مجازی بنیان شود.

هنوز قوانین تدوین شده در زمینه جرایم کامپیوتری و شبکه ای جایگاه و منزلت خود در قوه قضائیه را به طور کامل نیافته است. در کشورهای همچون کانادا، آلمان و یونان تغییراتی در مقررات کیفری شکف گرفته است. آمریکا و هلند کشورهای هستند که قوانین جداگانه ای در خصوص جرایم کامپیوتری وضع نموده اند. از نظر روش قانونگذاری سه طریق از سوی کشورها برگزیده شده است:

۱- اصلاح مقررات قبلی  
۲- درج فصلی جداگانه مختص به جرایم کامپیوتری در مجموعه قوانین

۳- تصویب قانون خاص.  
در کنار این کشورها، سایرین یا در مرحله اندیشیدن به تمهیدات قانون مناسب به سر می برند و یا در مرحله تفکر صرف درباره مبحث جرایم کامپیوتری بدون در نظر گرفتن طرحهای قانونی می باشند.

مطابق آمار تاکنون سی و سه کشور نسبت به روزآمد کردن قوانین خود به منظور برخورد با انواع جرایم کامپیوتری، هیچ اقدامی انجام نداده اند. از باقی کشورها ده کشور برای برخورد با حداکثر ۵ نوع جرم کامپیوتری قانون وضع کرده اند و ۹ کشور نیز قوانین خود را برای برخورد با حداقل ۶ نوع از ۱۰ جرم کامپیوتری موردنظر روزآمد ساخته اند. از میان این کشورها تنها فیلیپین نشان داده است که قوانین خود را به منظور تعقیب آتی مرتکبان هر ۱۰ نوع جرم کامپیوتری ذکر شده روزآمد کرده است.

نمای زیر نشان می دهد کدام یک از ده نوع جرم کامپیوتری در هر یک از ۱۹ روزآمد شده است.

کشورهای دارای قوانین روزآمد شده

نگاهی به پیشرفت کار در چند کشور فاقد قوانین روزآمد

علیه تکنولوژی اطلاعات را مطرح کرد. اعضای انجمن مقالات خود را در این زمینه ارسال و در سال ۱۹۹۲ نشست مقدماتی این بحث در دانشگاه ورستبورگ آلمان انجام شد. نتیجه کار انجمن چاپ کتابی ویژه جرائم کامپیوتری و همچنین صدور قطعنامه ای حاوی فهرست این جرائم بود.  
این انجمن در نشست خود در سال ۱۹۹۴ در ریودوژانیرو و اعمال زیر را به عنوان جرائم مستقل کامپیوتری ذکر کرد:

- ۱- قاچاق کلمه رمز
  - ۲- انتشار ویروس
  - ۳- دستیابی به مطالب محرمانه برخلاف قانون
  - ۴- به کارگیری و دگرگونی غیرقانونی داده ها
  - ۵- عملکرد سازمان ملل
- سازمان ملل متحده ضمن تأیید بر تقسیم بندی های شورای اروپا (O.E.C.D) جرائم کامپیوتری را چنین فهرست می کند:
- ۱- کلاهبرداری کامپیوتری
  - ۲- جعل کامپیوتری
  - ۳- تخریب داده ها یا برنامه های کامپیوتری
  - ۴- دستیابی غیرمجاز به سیستم ها و خدمات کامپیوتری
  - ۵- تکثیر بدون مجوز برنامه های کامپیوتری قانوناً حمایت شده

بحث نهایی  
در خاتمه باید گفت، وجود تکنولوژی کامپیوتر و رشد سریع و گسترش این فن نوین و تبدیل آن به تکنولوژی اطلاعاتی (IT) و شبکه ای بین المللی مسائل مختلفی را به همراه دارد که در تمام ابعاد علوم، از جمله، حقوق تأثیر گذاشته است.

در بعد حقوق کیفری، جرم های کامپیوتری گستره وسیعی از جرایم را دربردارد. این دگرگونی در حقوق جزاء که با گذر از نسل اول جرائم کامپیوتری و ظهور نسل سوم ابعاد تازه ای به خود گرفته است، مشکلات جدیدی را نیز به همراه داشته که نتیجه آن بروز جرائم بسیار پیچیده و تخصصی است. این جرائم متفاوت از جرم های سنتی است و می توان گفت با جرائم نسل قبل نیز متفاوت است.

در زمان حال جرائم کامپیوتری در یک محیط غیرفیزیکی و بدون حضور مرتکب جرم بوقوع می پیوندند در این جرم کامپیوتر، جزء آن و تکنولوژی مرتبط با کامپیوتر نیز بستر و زمینه، و اینترنت شاهراه شبکه بین المللی تبادل اطلاعات است.

مبارزه و پیشگیری  
با عنایت به توضیحات فوق این فصل مبارزه و پیشگیری را در سه مبحث پی می گیریم.

مبحث اول، لزوم تحول و تدوین قوانین و مقررات ضروری در دنیا و حقوق کیفی ایرانی.

مبحث دوم، گسترش اقدامات خاص امنیتی و ضرورت برخورد کارشناسانه عوامل اجرایی.

متن‌های پیشنهادی خود را به دولت عرضه کردند. خلاصه عملکرد فوق تصویب یک ماده در کمیسیون لوایح دولت به شرح ذیل است:

«هرگونه دخل و تصرف غیرمجاز از طریق ورود یا خروج، ضبط و ذخیره، پردازش و کنترل داده‌ها و نرم‌افزارهای کامپیوتری و ایجاد یا وارد کردن انواع ویروس‌های کامپیوتری و امثال آن جرم محسوب شده و مرتکب، علاوه بر جبران خسارت وارده، به مجازات حبس از سه ماه تا یک سال و یا جزای نقدی از یکصد هزار تا ده میلیون ریال محکوم خواهد شد.»

در هنگام تصویب بخش تعزیرات قانونی مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۵ همین یک ماده نیز به تصویب نرسید لذا نیاز به مطرح نمودن دوباره آن به صورت یک سرفصل جداگانه در قانون مجازات نیست.

با عدم تصدیق قانون فوق، تنها قانون مدون و تا حدودی مرتبط با تخلفات و جرایم کامپیوتری قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۱۳۴۸ بود. ولی با توجه به گسترش و استفاده فراگیر از سیستم‌ها و تجهیزات کامپیوتری در کشور و شروع جرایم و تخلفات کامپیوتری و جرایم شبکه‌ای، ضرورت تدوین قانون فراگیر و تخصصی احساس شد و مجلس شورای اسلامی در دی ماه ۱۳۷۹ «قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای» را تصویب کرد. اگرچه تصویب قانون یاد شده، خلع قانونی در این مورد را تا حدودی پر کرد، ولیکن وجود یک بستر حقوقی و قوانین لازم در این مورد بیش از گذشته لازم به نظر می‌رسد. به خصوص اینکه جامعه ایرانی در استقبال از فن‌آوری نوین تکنولوژی ارتباطات و شبکه‌های بین‌المللی پیشرفت قابل توجهی داشته است، و امروزه اکثر شرکتها، مؤسسات، نهادها و ادارات رسمی و دولتی از اینترنت و شبکه‌های بین‌المللی استفاده می‌کنند. به عنوان نمونه رویکرد بی‌سابقه جوانان ایرانی از مکالمه کامپیوتری (chat) است. بنا به گزارش (IT iran) که از آمارگیری سایت (Yahoo messenger) مورد بررسی قرار گرفته است، سالانه حدود پنج میلیارد ریال بوسیله جوانان ایرانی برای chat هزینه می‌شود و بطور متوسط در شبانه روز حدود ۲۰۰ نفر در اتاق‌های chat ایرانی حضور دارند که این تعداد در هیچ کشور دیگری مشاهده نمی‌شود.

نیروی انتظامی در سال ۱۳۸۰ با دعوت از اساتید و متخصصین و مسئولان انفورماتیک کشور، اقدام به برگزاری اولین همایش تخصصی بررسی جرایم رایانه‌ای در کشور نمود. این همایش به منظور هشدار به مسئولان و دست‌اندرکاران و با هدف بررسی با ابعاد حقوقی جرائم رایانه‌ای و تبیین خلع‌های قانونی ... برگزار شد. از طرف دیگر مسئولان عالی‌رتبه نیروی انتظامی در شاخه‌ای از معاونت کشف جرایم با کمک اکیپ ویژه‌ای از

۱- آلبانی: دستگاه قضائی آلبانی در اوایل سال جاری مذاکراتی را در زمینه قوانین مربوط به جرایم کامپیوتری با هدف نوین پروتکل‌های همکاری و تبادل اطلاعات را آغاز کرده است.

۲- کوبا: در کوبا گروهی از کارمندان وزارت دادگستری رسیدگی به تغییرات لازم در قوانین جزائی را در دستور کار خود قرار داده‌اند.

۳- ایران: طی چند سال گذشته ابعاد حقوقی فن‌آوری اطلاعات مورد بررسی قرار گرفته لیکن هیچ قانون یا مقرراتی در ارتباط با جرایم کامپیوتری تدوین نشده است. مسائلی که تاکنون مدنظر قرار گرفته‌اند عبارت است از: جرایم کامپیوتری، حقوق مالکیت‌های فکری، جرم مخصوص حمایت از داده و آزادی اطلاعات.

۴- لیتوانی: در لیتوانی اصلاحیه‌هایی برای قوانین جزایی تهیه شده که در آن جریمه‌های قابل توجهی برای ارتکاب جرایم کامپیوتری در نظر گرفته شده است.

۵- مراکش: در این کشور، یک کمیسیون دایر شده که تحت نظر نخست‌وزیر روی مسائل امنیت شبکه‌ها و اطلاعات کار می‌کند.

۶- زلاندنو: تاکنون در این کشور جرایم کامپیوتری رخ نداده دستگاه قضایی این کشور سرگرم تهیه پیش‌نویس لایحه متمم جرایم کامپیوتری است.

۷- وینام: این کشور سرگرم جمع‌آوری اطلاعات لازم است تا بتواند پیشنهادها خود را اصلاح و با تکمیل قوانین موجود، ارائه دهد.

گفتار دوم: حقوق کیفری ایران

در ایران دیرتر از کشورهای دیگر تخلفات و جرایم مربوط به تکنولوژی کامپیوتر نمود پیدا کرد. زیرا این پدیده جز برای عده‌ای خاص ناشناخته بود. با رسیدن موج گسترده فن‌آوری اطلاعات به کشور و رواج استفاده از کامپیوترهای شخصی و سایر ابزارهای مربوط به آن از جمله اینترنت، توجه مدیران کشور به این عرصه به عنوان عاملی مهم در توسعه جلب شد و به دنبال آن ضرورت وجود یک بستر حقوقی و قوانین لازم احساس شد. اولین مرجع رسمی که لزوم توجه به مسئله تکنولوژی کامپیوتر و حقوق انفورماتیک را احساس نمود شورای عالی انفورماتیک (وابسته به سازمان برنامه و بودجه کشور) بود که حدود یک دهه قبل با فراهم آوردن امکانات محدود و استفاده از کارشناسان معدود، مطالعات مربوط به حقوق انفورماتیک و تکنولوژی اطلاعاتی را آغاز کرد. در آن زمان هیأت وزیران مقرر کرد تا در خصوص جرایم کامپیوتری بررسی‌های لازم انجام شود و پیشنهادات مطرح شده به متن لایحه جدید قانون تعزیرات اضافه گردد. در این راستا دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک کشور و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بطور جداگانه

نوع عمل یا ابزار مبسوط بوسیله مدیریت سازمان کامپیوتری برای جلوگیری، توقف، قطع یا واکنش در برابر حملات و تهدیدها، قابلیت دسترسی آزاد و انحصاری یک سیستم یا عملکرد موردنظر آن یا تمامیت آن، حس و جوی توازن و تناسب هزینه ابزارهای امنیتی علیه درجه مطلوب موردنظر برای کاهش خطرات».

گفتار دوم: تبیین امنیت سیستم‌های کامپیوتری و شبکه‌ای امنیت کامپیوتر، یعنی سعی در جلوگیری از عللی که سیستم کامپیوتر را به خطر می‌اندازد. لذا سه نوع تدبیر در این خصوص لازم است:

۱- در رابطه با موفقیت فیزیکی

۲- در ارتباط با نرم‌افزار

۳- در ارتباط با سازماندهی

تدابیر فیزیکی شامل تدابیری برای جلوگیری از دستیابی غیرمجاز به سیستم کامپیوتری و همچنین جلوگیری از آثار وارد بر پایانه در اثر مشکلات سخت‌افزاری است (مثلاً بوسیله سیستم‌های اغماض‌کننده در برابر تقصیر Fault tolerant.

عبارت است از، کنترل بر دستیابی، کنترل در مرحله ورودی و خروجی، رمزگذاری است. در نسل جدید جرایم کامپیوتری (سایبرسپیس) تدابیر نرم‌افزاری اهمیت بسزایی دارد، چرا که همانگونه که قبلاً در تبیین ماهیت اینگونه جرایم ذکر شد، خصیصه این جرایم بر موضوعات غیرفیزیکی و غیرملموس بوده و در محیط شبکه بین‌المللی، کنترل ورودی و خروجی و رمزگذاری بسیار حائز اهمیت است.

تدابیر سازمانی عبارت است از: انتخاب پرسنل متخصص و آموزش دیده در زمینه امنیت، جداسازی وظایف و عملکردها بازرسی داده‌پردازی الکترونیکی.

سازمان ملل در نشریه بین‌المللی سیاست جنایی خود در سال ۱۹۹۴، امنیت سیستم‌های کامپیوتری را در سیستم امنیتی EDP بیان داشته است، بدین توضیح که امنیت EDP از هفت مؤلفه اساسی تشکیل می‌شود و شامل امنیت دارای و سازمانی، امنیت پرسنلی، امنیت فیزیکی، امنیت مخابرات الکترونیکی، امنیت سخت‌افزاری و نرم‌افزاری، امنیت عملیاتی و برنامه‌ریزی است. در ادامه به توضیح مختصری از آنها می‌پردازیم:

۱- امنیت اداری و سازمانی - شامل تعیین یک خط‌مشی امنیتی و فراهم کردن روش‌های اجرای آن است.

۲- امنیت پرسنلی - شامل تعیین شرایط امنیتی در شرح وظایف شغلی و حصول اطمینان از آن است که افراد شاغل می‌باید این شرایط را رعایت کرده و آموزش‌های امنیتی کافی دیده باشند.

۳- امنیت فیزیکی - تمامی تسهیلات EDP باید به منظور تأمین امنیت متناسب با حساسیت داده‌های مورد پردازش و خدمات ارائه شده، مجهز به تدبیر حفاظتی فیزیکی باشند.

مأموران آموزش دیده، واحدی به نام مبارزه با جرایم رایانه‌ای، راه‌اندازی کردند و ناجا نیز اقدام به آموزش هر چه بیشتر نیروی متخصص و تجهیز واحدهای ویژه‌ای در این زمینه کرده است.

دادگستری استان تهران شعبه معینی را برای رسیدگی به دعاوی انفورماتیک اختصاص داده است. احکام صادره از آن شعبه در خصوص دعاوی ناشی از تکنولوژی کامپیوتر، اصولاً مستند به «قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای» و قانون مجازات اسلامی است و دعاوی مطروحه، اکثراً مربوط به استفاده غیرمجاز از نرم‌افزار از قبیل تکثیر غیرمجاز، ورود غیرمجاز بصورت قفل‌شکنی به نرم‌افزار غیر می‌باشد.

لیکن شیوع و ظهور جرایم جدید - که اکثراً ناشی از جرایم شبکه‌ها در محیط سایبر می‌باشد - در حال گسترش بوده و با توجه به تخصصی بودن این دسته از جرایم، مطالعات علمی دقیق و تخصصی در تبیین و شناسایی جرایم نسل جدید و هماهنگی‌های بین‌المللی و توسعه قضایی، چه از بعد قانونی و چه در خصوص رسیدگی و تخصص قضات و دستگاه قضایی و اجرایی، بسیار ضروری است.

مبحث دوم: گسترش تدابیر امنیتی

امروزه امنیت کامپیوتر به خاطر حفظ قابلیت دسترسی به سیستم‌ها، تمامیت اطلاعات و محرمانگی اطلاعات امری ضروری است.

فقدان امنیت کامپیوتر، نه تنها حساسیت مشاغل و سازمانها را به خطر می‌اندازد، بلکه جامعه مدرن امروزی را دچار مشکل می‌کند. مشکلاتی که ممکن است جان انسان، دارایی و محیط زیست وی را مورد تهدید قرار دهد پس اگر قرار باشد به این تکنولوژی متکی باشیم، لازم است از طرفی که افراد مسئول و از طرف دیگر کلیه کاربران کامپیوتر و شبکه‌ها، جنبه‌های آسیب‌پذیری سیستم مزبور را بشناسند و نسبت به اعمال تدابیر حفاظتی مناسب اقدام کنند.

گفتار اول: تعریف تدابیر امنیتی

در کشور فرانسه به موجب ماده دوم توصیه نامه شماره DISS/SCSSI/۹۰۱ سال ۱۹۹۴ صادر شده است، امنیت سیستم‌های کامپیوتری به وضعیتی گفته می‌شود که با بکارگیری تدابیر عام و خاص، کامپیوتر در برابر خطرات شناخته شده حفاظت گردد و در نتیجه، محرمانگی، قابلیت در دسترس بودن و صحت اطلاعات تأمین گردد. انگلیس در هشتمین اصل حمایت از داده‌ها مصوب ۱۹۸۴، چنین آورده است: «علیه دستیابی غیرمجاز، تغییر، افشاء یا تخریب داده‌های شخصی و علیه ضررهای اتفاقی یا تخریب داده‌های شخصی، تدابیر امنیتی مناسب باید اتخاذ شود»

تعریف کمیته شورای اروپا برای تدابیر امنیتی عبارتست از: «هر

سیاست گذاری باشد.

امنیت کامپیوتر اولین گام در جلوگیری از جرم کامپیوتری است که در میحث دوم به آن پرداختیم. در ادامه به بیان «کدهای رفتاری» که در جلوگیری از جرم کامپیوتری اهمیت ویژه ای دارد، اشاره می کنیم.

یک کد رفتاری می تواند به وسیله هر سازمانی، اصولاً برای الزام اعضای سازمان و تعیین مبنایی برای روند انضباطی برقرار شود. کدهای رفتاری نقش مهمی در تعیین تعهدات شاغل در یک موقعیت حقوقی دارند. تفسیر اصطلاحاتی همچون «تقصیر» و «مراقبت»، اغلب در کدهای رفتاری و تفسیر آنها در ضمن مشاغل انجام شده است. بطور عموم، قواعد مذکور در کد رفتاری و در نحوه رفتار مشاغل و روابط جامعه به عنوان یک مجموعه اثر می گذارد. کدهای کنونی رفتاری که هم در مشاغل کامپیوتری و هم در محاسبات مورد استفاده قرار گرفته است، مشتمل بر ارجاع خاصی به امنیت کامپیوتر نیست. اهمیت امنیت کامپیوتر بطور صریح تری باید در این کدها بیان شود. کمک مؤثر برای جلوگیری از جرم کامپیوتری می تواند با بسط استانداردهای متحدالشکل برای بازرسی و شرایط مصرح در کدهای رفتاری برای انصاف با این استانداردها شروع شود. انجمن بین المللی حقوق جزاء (AIDP) پیشنهادهایی را که حاوی تدابیر بازدارنده است به شرح ذیل عنوان کرده است:

۱- افزایش امنیت اطلاعات به وسیله کاربران کامپیوتر  
 ۲- ایجاد و تحمیل امنیت اطلاعاتی در برخی بخش ها  
 ۳- تکمیل و اجرای قوانین مربوط به امنیت اطلاعات  
 ۴- گسترش و بسط اخلاق کامپیوتری و استانداردهای شغلی در صنایع داده پردازی

۵- تشویق بزه دیده به همکاری و گزارش موارد ارتكابی

۶- آموزش پلیس و مقامات قضایی

پیشنهادات فوق باید به تولیدکنندگان و سازندگان محصولات IT و سیستم هایی که از همان وهله اول باید توأم با امنیت، به عنوان یک شرط ضروری این محصولات باشد، توسعه و گسترش یابد تا از بکارگیری کمک و تحمیل هزینه های اضافی جلوگیری شود.

بطور کلی باید بیان داشت، استراتژی جامع برای جلوگیری و کنترل جرم کامپیوتری تنها در تدابیر قضایی خلاصه نمی شود و باید ترکیبی از، تدابیر امنیتی اختیاری برای کاربران کامپیوتر، اجرای تدابیر امنیتی توسط قوانین مربوط به سخت افزار و نرم افزار، آموزش و ارعاب مرتکبین بالقوه، باشد که ذیلاً اشاره ای کوتاه به موارد یاد شده می گردد:

۱- تدابیر امنیتی اختیاری توسط کاربران کامپیوتر  
 تدابیر امنیتی شامل تدابیر حفاظتی شخصی و آموزشی، حفاظت فیزیکی، حفاظت تکنیکی و سازمانی، بررسی داخلی،

۴- امنیت مخابرات الکترونیکی - مخابرات یک بخش اساسی از سیستم های خودکار را تشکیل می دهد و استفاده از آن گسترش جغرافیایی حیطة امنیت و همچنین پیچیده شدن قابلیت دسترسی به خدمات مزبور را به همراه دارد.

۵- امنیت سخت افزار و نرم افزاری - امنیت سخت افزاری به امکانات و ویژگی های حفاظتی مربوط می شود که به کمک مشخصه های ساختاری تجهیزات داده پردازی و همچنین روش های پشتیبانی و کنترلی لازم برای حفظ تمامیت عملیاتی آن امکانات، تحقق می پذیرند.

۶- امنیت عملیاتی - امنیت عملیات به سیاست ها و روش هایی مربوط می شود که به منظور تضمین قابل استفاده بودن دایم قابلیت های عملیاتی قبول نقاط آسیب پذیر امنیتی در داخل محیط مورد نظر، ضرورت دارند.

۷- برنامه ریزی احتیاطی - هر سیستم EDP به منظور ارائه نوع خاصی از خدمات یا انجام وظیفه ای ایجاد می شود. برنامه ریزی احتیاطی، صرف نظر از حساسیت اطلاعات پردازش شده یا حجم تأسیسات سرویس دهنده، در برنامه تأمین امنیت EDP، شرط اساسی به شمار می آید.

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (O.E.C.D) در مورد امنیت سیستم های اطلاعاتی، شالوده ای را پی ریزی کرده که براساس آن، کشورها و بخش خصوصی، به صورت انفرادی یا هماهنگ با یکدیگر، خواهند توانست چهار چوبی برای امنیت سیستم های اطلاعاتی بوجود آورند. این چارچوب شامل قوانین، ضوابط رفتاری، تدابیر فنی، تجربیات مدیران و کاربران و آموزش و آگاه ساختن مردم است.

مبحث سوم: مسائل علوم جنایی

در کنار مسائل حقوق جزاء، علوم جنایی نیز در مواجهه با جرایم کامپیوتری و شبکه ای (اینترنتی) با یافته های جدید روبروست. روانشناسی کیفری خاصی نیز در زمینه این جرایم پیدایش یافته و در حال حاضر حجم گسترده ای را دارا شده است. در این محدوده، مسایل بزه دیده شناسی و چگونگی بزه دیده شدن افراد در محیط های داده پردازی از جمله در عرصه اینترنت و راه های حمایت از بزه دیدگان این جرایم قابل طرح است. از مباحث مهم مورد تأکید سازمان های بین المللی، بحث جلوگیری و پیشگیری از جرایم کامپیوتری است که بعضاً بعد فنی و گاه تدابیر اخلاقی، شغلی و ... دارد. در این مبحث مسائل مربوط به علوم جنایی تحت دو عنوان: پیشگیری و بزه دیده شناسی، مورد بررسی قرار می گیرد.

گفتار اول: پیشگیری از جرایم کامپیوتری - اینترنتی

مطابق اصول کلی در علم سیاست جنایی، پیوسته پیشگیری از ارتكاب جرم مؤثرتر و سودمندتر از مبارزه و مجازات است. در جرایم کامپیوتری، پیشگیری باید به عنوان هدف عمده هرگونه

بیمه علیه جرم کامپیوتری و فرموله کردن قراردادها است.

### ۲- اجرائی تدابیر امنیتی

تدابیر امنیتی را می‌توان از طریق مطلع ساختن بزه دیدگان بالقوه و در مرض خطر، توسط پردازش داده‌ها و نیز از طریق مشاوره امنیتی بکار گرفت.

این کار را می‌توان به کمک مشاوران امنیتی، تولیدکنندگان سخت‌افزار و نرم‌افزار، بیمه، دانشگاهها، مؤسسات تحقیقاتی، سرویسهای خبری و دیگر عوامل اجرایی به مرحله اجرا گذاشت.

### ۳- آموزش و آراغب مرتکبین بالقوه

برخی کشورها توسط کدهای رفتاری به بسط دستوراتی در باب آموزش مرتکبین بالقوه پرداخته‌اند.

به عنوان نمونه، در مدارس آمریکا، دانش‌آموزان از همان ابتدا با اخلاقیات کامپیوتر آشنا می‌شوند و در قبال فعالیت‌هایشان احساس مسئولیت می‌کنند. در غالب کشورها، آراغب مرتکبین بالقوه، بکار بستن راه‌حلهای قانونی از طریق حقوق کیفری، مدنی است. راه‌حلهای حقوق خصوصی و اداری بیشتر برای جلوگیری از تخلفات کامپیوتری مربوط به حقوق فردی و خصوصی بکار گرفته می‌شود و ضمانت اجراهای کیفری برای پیشگیری از جرم کامپیوتری بکار می‌رود.

### گفتار دوم: بزه دیده‌شناسی

از دیگر مسائل مربوط به علوم جنایی که در جرایم کامپیوتری و شبکه‌ای از اهمیت بسزایی برخوردار گشته است، بزه دیده‌شناسی در این نوع جرایم یا به عبارتی بزه دیده شدن بواسطه کامپیوتر می‌باشد.

اهم خصایصی که در این جرایم سبب توجه به بزه دیده‌شناسی در جرایم کامپیوتری و به خصوص جرایم نسل جدید کامپیوتر (سایبر سپیس) گشته، عبارتند از: بالا بودن رقم سیاه، بزه دیده شدن تعداد بیشمار افراد بواسطه یک جرم در برخی از جرایم بخصوص در محیط سایبر و سهولت بزه دیده شدن کودکان و نوجوانان در محیطهای شبکه‌ای (اینترنت). در ادامه توضیح مختصری در خصوص هر کدام از عناوین عنوان شده ارائه می‌شود.

در جرایم کامپیوتری و شبکه‌ای (اینترنت) «رقم سیاه» بسیار بالاست. لذا گستره واقعی جرایم کامپیوتری مشخص نیست، زیرا بیشتر جرایم یا اصلاً کشف نمی‌شوند یا به مقامات ذیصلاح گزارش نمی‌شوند. در مطالعاتی که در چندین کشور در خصوص عدم گزارش جرایم به مقامات انجام شده است، مشخص می‌گردد که بیشتر بزه‌دیدگان (در نسل اول جرایم کامپیوتری) در بخش مسایل مالی بویژه بانک یا بیمه و در

واحدها یا سازمانهای دولتی بوده‌اند و در جرایم مربوط به نسل سوم (محیط سایبر) علاوه بر مسائل مالی، مسائل جنسی با طیفی از بزه دیدگان شخصی و در رده سنی پایین‌تر مشاهده می‌شود.

واضح است که همکاری بزه دیده، فاکتور اساسی در مبارزه با جرایم کامپیوتری است. امتناع از گزارش وقوع جرم، معضل جدیدی در جنگ با این جرایم ایجاد می‌کند. در بسیاری از موارد تنها اطلاعاتی که بزه دیده در اختیار مقامات مسئول قرار داده، موجب شده است که امکان تحقیقات جنایی در باب جرم، دلایل ارتکاب و مجرم، معلوم و تعقیب وی میسر شود. کشف اینگونه جرایم علاوه بر مزایایی که پلیس و مقامات مربوط و جامعه دارد، موجب می‌شود موسسات داده‌پرداز نیز به این ترتیب با راهکارهای جلوگیری از ارتکاب جرم آشنا شوند و همچنین ارزیابی دقیق نتایج مالی و خطرات تهدیدکننده بزه دیده، میسر شود. اهم دلایلی که بزه دیدگان برای امتناع از گزارش ارائه می‌دهند عبارتند از: ترس از دست دادن کار، تعطیلی یا ضرر مالی موسسه و ایجاد تزلزل و از دست دادن مشتری (در بخش تجارت)، ارزیابی ضرر حاصل از گزارش و پیامدهای آن، اجتناب از دردسرهای مربوط به تحقیقات و دادرسی‌های طولانی و غیره. این دلایل به نظر منطقی نمی‌آید و سبب تشویق مجرمان در ارتکاب جرایم کامپیوتری بیشتری می‌شود.

از دیگر خصایص جرایم کامپیوتری در باب بزه دیده‌شناسی، بالا بودن تعداد بزه‌دیدگان می‌باشد. در جرایم کامپیوتری (اعم از نسل اول تا سوم)، تعداد بزه دیده، ناشی از یک فعل مجرمانه می‌تواند تا چندین هزار نفر برسد، که این تعداد در جرایم نسل سوم که جرایم در محیط شبکه‌های بین‌المللی و فراملی می‌باشد، ممکن است صدها هزار نفر بزه دیده و متضرر از جرم را فرا بگیرد. لازم به ذکر است، جرایم نسل اول کامپیوتر در جرایمی همچون سرقت یا سوء استفاده کامپیوتری، اعمال مجرمانه به یک شرکت یا یک اداره دولتی ختم می‌شد و نهایتاً ضررهای مالی و بزه دیدگان آن، مربوط به یک شهر یا یک کشور بود. ولیکن امروزه اثرات ناشی از جرایم در محیط سایبر، ممکن است تعداد زیادی از کاربران را در اقصی نقاط دنیا دچار مشکل و ضرر بنماید. به عنوان مثال انتشار ویروس «عشق» به نام I Love You در سال ۲۰۰۱ میلادی، سبب وارد آمدن میلیاردها دلار خسارت در سراسر جهان به دولتها و اشخاص حقیقی و حقوقی گردید. «گفتنی است تولیدکننده ویروس «عشق» یک دانشجوی فیلیپینی بود که دولت این کشور موفق به تحت پیگرد قرار دادن وی نشد.»

یکی از مسائل و مشکلات بسیار مهم و مبتلا به جرایم سایبر، بزه دیده شدن کودکان و نوجوانان در شبکه‌های بین‌المللی

(پورنوگرافی - پدوفیلیک) و سهولت دسترسی به سایت‌های جنسی، لزوم حمایت بیشتر از کودکان، بررسی رفتارهای آنان و کمک به مجریان قانون و افزایش آگاهی‌های عمومی در سطح بین‌المللی بسیار ضروری می‌باشد. نتیجه‌گیری و پیشنهادات

پیرو رشد تکنولوژی کامپیوتری و پیدایش سه نسل از جرایم مربوط به این تکنولوژی و گسترش این فن‌آوری در محدوده شبکه بین‌المللی و اینترنت (سایبر اسپیس) باعث شده حقوق کیفری نیز تاکنون ۴ مرحله تحول قانونی را طی کند.

۱- مرحله اول، حمایت از اطلاعات خصوصی (دهه‌های ۷۰ و ۸۰)

۲- مرحله دوم، ایجاد و اصلاح قوانین ناظر به جرایم کامپیوتری (اواخر دهه ۸۰)

۳- مرحله سوم، وضع قوانین به منظور حمایت از دارایی‌های غیرمادی (دهه ۸۰)

۴- مرحله چهارم، تکوین مقررات آیین دادرسی کیفری (دهه ۹۰)

در انتها متذکر می‌شویم که:

سیاست جنایی مؤثر برای مبارزه با جرایم کامپیوتری و پیشگیری از آن بایستی مبتنی بر اصول ذیل باشد:

۱- دادن اطلاعات به شرکتها و ادارات در مورد قابلیت خطرپذیری سیستم‌های کامپیوتری و تشویق آنان جهت بکارگیری تدابیر امنیتی.

۲- ارتقاء تدابیر امنیتی استاندارد شده.

۳- حذف موقعیت‌های جرم‌زا و جلوگیری استفاده از ابزار فنی در ارتکاب جرم.

۴- تشویق بزه دیدگان به اعلام وقوع جرم.

۵- مدون کردن قوانین مناسب

۶- همکاری بین‌المللی در مورد کشف جرایم کامپیوتری و شبکه‌ای و تعقیب مرتکبین جرم.

(اینترنت) می‌باشد. با ارائه و استفاده عمومی از اینترنت، افرادی که قبلاً انحراف اخلاقی و جنسی نسبت به کودکان در جامعه داشتند، توانایی انجام هدف خود را در یک محیط مجازی با دیگر شکارچیان و همفکران خود بصورت پورنوگرافی جنسی کودکان و پدوفیلیک، یافته‌اند.

در قرارهای اینترنتی فدوفیل‌ها، توانایی ایجاد تماس با بزه دیدگان بالقوه و تطمیع و کشاندن آنها را به دیدارهای فیزیکی، دارا هستند و به راحتی امکان حملات جنسی یا ربودن به خاطر تجارت جنسی را دارند. اینترنت برای پدوفیل‌ها یک راه فرار برای توزیع پورنوگرافی ایجاد می‌کند که راه مطلوبی برای ماهیت پوشیده و نهان فعالیت آنها است. در محیط شبکه‌ها، پدوفیل‌ها قادر به تبادل تصاویر پورنوگرافیک کودکان بطور ارزان، ایمن و در تعداد نامحدود می‌باشند. گزارش‌های شخصی حاکی از سطح انباشته و متراکم پایگاه داده‌های حاوی پورنوگرافی کودکان است. این امر موجب ایجاد یک بازار وسیع جهانی برای پورنوگرافی شده که در واقع منجر به بزه دیده شدن کودکان می‌شود. فراتر اینکه، پورنوگراف‌ها با استفاده از یک کامپیوتر می‌توانند تصویر بی‌گناه یک کودک را بگیرند و آن را «Morph» کنند (تغییر دهند) تا کودک را یا به صورت عریان و یا در حال فعالیت جنسی نشان دهند و تشخیص اینکه تصویر واقعی است یا تغییر شکل یافته واقعاً غیرممکن است.

یک مرکز تحقیقاتی جرایم علیه کودکان آمریکایی در سال ۲۰۰۲ در خصوص بزه دیده شدن کودکان در اینترنت گزارشی منتشر نموده است. در این تحقیق، با ۱۵۰۱ جوان بین رده سنی ۱۰ تا ۱۲ سال مصاحبه انجام شد و از تجربه آنها در خصوص تشویق جنسی اینترنت، مزاحمت و دریافت موارد جنسی ناخواسته سؤال شد، که جوانان و کودکان پاسخ‌های زیر را بیان کردند:

۱- از هر ۵ نفر یک نفر در سال گذشته (۲۰۰۱) تشویق به مسائل جنسی شده است.

۲- از هر ۲۳ نفر یک نفر تشویق به مسائل جنسی شدید شده بود و تشویق‌کننده خواستار ملاقات با آنها شده و حتی تلفنی با آنها تماس گرفته و یا برای آنها پول، نامه یا هدیه فرستاده شده است.

۳- از هر ۴ نفر یک نفر دریافت‌کننده تصاویر ناخواسته از افراد عریان با مضمون جنسی بوده است.

۴- از هر ۱۷ نفر یک نفر مورد تهدید یا مزاحمت قرار گرفته است.

۵- حدود یک چهارم جوانانی که اقدام به گزارش وقایع کرده‌اند به وسیله افراد مربوطه تهدید شده‌اند.

در مجموع ملاحظه می‌شود، بزه دیده شدن کودکان در محیط شبکه‌های بین‌المللی از مسائل بسیار مهم و اساسی بوده که با توجه به وسعت و گستردگی مسائل مربوطه





سایت فصلنامه علمی  
تخصصی حقوق اشراق

<https://eshraqlaw.itcz.ir>

ISSN : 2717-0225