

## **Rental uterus: determining the lineage, inheritance and prohibition of exploitation of women with emphasis on the legal system of Iran and some European countries**

Zeynab Parnak<sup>۱</sup>

1- Masters of Islamic Azad University, Rafsanjan Branch

### **Abstract.**

Today, some couples, for various reasons, are not able to conceive and have children, and from this perspective, they face many emotional and social deficiencies that sometimes lead to separation. One way for infertile couples to adopt is to use "alternative uterus" technology. The use of this method can create problems for this type of family in the future in the areas related to inheritance laws. To classify and compile with a descriptive-analytical method in a new and fresh look. Among the results obtained, we can point out that in the matter of the lineage of the child, citing the Holy Qur'an and Islamic tradition, we came to the conclusion that the owner of the egg is the mother and the woman who has raised the fetus in her womb is the judge. Satisfaction is imposed on her and as a result, intimacy and sanctity of marriage is established between her and the child, and also in the case of paternal lineage, it is concluded that the husband owns the egg and, in other words, the sperm is the real father of the child. Because we have proven that the owners of eggs and sperm are real parents. Therefore, according to the proposed laws, the relative relatives inherit from each other, the child is genetically attributed to the owner of the sperm and the owner of the egg, and there is inheritance between them. Another important point is that many countries, in order to achieve laws in line with the non-exploitation of women, have banned rental wombs or have enacted laws to prevent the exploitation of women. In Europe, beyond lineage and inheritance, the issue of respect for women's rights in this area is a point that in Iran is reflected only around the absence of girls as rented mothers, which is due to customary law, and not respect for rights. Women.

### **Keywords :**

Rental uterus, mother, owner of the uterus, inheritance laws.

---

<sup>۱</sup> Email: Parnak.uni@gmail.com

## رحم اجاره ای: تعیین نسب، ارث و ممنوعیت بهره کشی از زنان با نگاهی به نظام حقوقی ایران و برخی کشورهای اروپایی

زینب پرناک<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۶/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۴

### چکیده

امروزه برخی از زوج ها به دلایل گوناگون، توانایی باروری و دارای فرزند شدن را ندارند و از این منظر با نارسایی های عاطفی و اجتماعی بسیاری رو به رو می شوند که گاه به جدایی منجر می شود. یکی از راه های صاحب فرزند شدن زوجهای نابارور، بهره گیری از فن آوری «رحم جایگزین» است. استفاده از این روش می تواند در آینده برای این نوع از خانواده های مشکلاتی را در حیطه های مربوط به قوانین ارث به وجود بیاورد در نتیجه و با توجه به اهمیت این موضوع در صدد بر آمدیم تا نکات مهم پیرامون این موضوع را جمع آوری و طبقه بندی کرده و با روش توصیفی - تحلیلی در نگاهی نو و تازه تر تدوین کنیم. در میان نتایج به دست آمده می توان به این نکته اشاره داشت که در موضوع نسب طفل، با استناد به قرآن کریم و سنت اسلامی به این نتیجه رسیدیم که صاحب تخمک، مادر محسوب می شود و زنی که جنین در رحم خود پرورش داده، حکم رضاعی بر او بار می شود و در نتیجه بین او و کودک محرمیت و حرمت نکاح به وجود می آید و هم چنین در مورد نسب پدری هم این نتیجه حاصل شد که شوهر زن صاحب تخمک و به عبارتی صاحب اسپرم پدر واقعی طفل محسوب می شود. از آنجا که ثابت کردیم که صاحبان تخمک و اسپرم والدین حقیقی هستند، بنابراین طبق قوانین ارائه شده، اقارب نسبی از یکدیگر ارث می برند، کودک از جهت ژنتیکی منتسب به صاحب اسپرم و صاحب تخمک بوده، و بین آنها توارث برقرار است. نکته مهم دیگر این است که بسیاری از کشورها در جهت دست یابی به قوانینی هم سو با عدم بهره کشی از زنان، رحم اجاره ای را با ممنوعیت مواجه کرده اند و یا قوانینی در راستای عدم بهره کشی از زنان وضع کرده اند در واقع بیشترین موضوع مورد توجه در اروپا وای از نسب و ارث، موضوع رعایت حقوق زنان در این زمینه است، نکته ای که در ایران تنها حول محور عدم حضور دختران به عنوان مادر اجاره ای، آن هم به تبع قوانین عرفی، بازتاب یافته است و نه رعایت حقوق زنان.

واژگان کلیدی: رحم اجاره ای، مادر، صاحب رحم، قوانین ارث.

<sup>۱</sup> - دانش آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان، ایران.



## مقدمه

یکی از روشهای نوین در درمان ناباروری که امروزه بیش از سایر روشهای کمکی تولید مثل از نظر حقوقی و پزشکی مورد توجه واقع شده است، استفاده از رحم جایگزین است که به موجب آن امکان بچه دار شدن را برای زنانی که بنا به هر علت فاقد رحم مناسب برای باروری و حمل جنین هستند، از طریق کاشت جنین لقاح یافته از اسپرم و تخمک زوجین در رحم زن دیگر (رحم اجاره ای) امکان پذیر ساخته است.

به این موضوع باید توجه داشته باشیم که تعیین نسب از اصول بسیار مهم در تعیین ارث است. در نتیجه می باید به این نکته توجه کنیم که در ایران نسب کودکان به چه افرادی منسوب می شود و در نتیجه ی آن وضعیت ارث چگونه خواهد بود. حال باید دانست به چه دلایلی در برخی کشورها این موضوع ممنوع است و از سویی چه نکاتی سبب می شود تا با توجه به قوانین فقهی در ایران نسب کودکان به والدین ژنتیکی آن ها واگذار شود و در نتیجه ارث برقرار شود.

از سویی تلاش داریم تا در این پژوهش به این نکته نیز توجه کنیم که دلایل ممنوعیت و عدم توجه به قوانین مربوط به رحم استیجاری در برخی کشورها چیست؟ آیا توجه به فمینیسم این وضعیت را به وجود آورده و آیا تلاش این کشورها در جهت این موضوع است که بهره کشی از زنان را به حداقل برسانند؟ تلاش داریم تا با توجه به ممنوعیت وعدم ممنوعیت در برخی کشورها به این نکات نیز توجه کنیم.

## پیشینه

تلقیح مصنوعی، برای نخستین بار در سال ۱۷۶۵ میلادی به منظور اصلاح نژاد و تکثیر نسل حیوانات، به وسیله ی یک دانشمند آلمانی به نام جاکوبین بر روی ماهی ها انجام شد و متعاقب آن، برای تولید مثل انسان نیز آزمایش شد و در برخی کشورها مانند آمریکا معمول شد (صفایی - امامی، ۱۳۸۵: ۳۱۴). با پیشرفت علم و استفاده از تکنیک های برتر، نخستین نوزاد آزمایشگاهی به نام لوییز براون در سال ۱۹۷۸ میلادی در لندن با تلاش دکتر استپتو و همکارانش به دنیا آمد. پس از آن، در سال ۱۹۸۸ میلادی یعنی یک سال پس از این موفقیت در کشور انگلستان، ۹۵۶ کودک از طریق باروری خارج رحمی متولد شدند (۴: ۲۰۱۰، gugucheva). هم چنین در ایالات متحده ی آمریکا، این عمل بیش از چهل هزار بار انجام شده که ۸۷۴۱ مورد، وضع حمل شده و ۵۱۰۳ مورد آن از طریق باروری خارج رحمی (اجاره رحم) بوده است (۴۰: ۲۰۱۲، modernmott). بهره گیری از این فناوری از سال ۱۳۶۸ در ایران آغاز شد و هم اکنون، ایران به عنوان یکی از کشورهای پیشرو در این زمینه مطرح است، اما متأسفانه موضوع تلقیح مصنوعی و به دنبال آن بحث اجاره ی رحم در قوانین، به

سکوت برگزار شده و به همین دلیل، یکی از مسائل مستحدثه به شمار می آید. از اینرو، در این پژوهش به بررسی یکی از مهمترین مسائل درباره این کودکان یعنی، نسب آنها و در نتیجه ارث مربوط به آنان پرداخته می شود.

بخش اول: ایران

لازم است در ابتدا به این موارد اشاره کنیم:

قصد و رضای طرفین :

در مورد قصد و رضای طرفین اشکال چندانی در قرارداد مزبور وجود ندارد؛ زیرا از یک طرف، قصد هر یک از طرفین در این قرارداد کاملاً مشخص است، چرا که این قرارداد از جمله عقود خاص بوده و مانند عقود دیگر نیست که احتمال بروز اشتباه در قصد انشاء (چه به صورت حکمی و چه به صورت موضوعی) وجود داشته باشد. در واقع مادر جانشین و زوجین نابارور یک ماهیت حقوقی را اراده می کنند که با توجه به ویژگی خاص آن، احتمال اشتباه و جهل در آن بسیار اندک است. این احتمال نیز که طرفین از قصد یکدیگر برای انجام عمل مزبور آگاهی نداشته باشند، بسیار ضعیف است. (جلالیان، ۱۳۸۶: ۳۳۵)

شرایط زوج نابارور :

برای زوج نابارور، نویسندگان حقوقی یک سری شرایطی را برشمردند؛ از جمله اینکه زوجین متقاضی فرزند باید از کسانی باشند که با روش های عادی و معمولی بچه دار نشده و این امر توسط پزشک متخصص ناباروری تأیید گردد، آنگونه که در ماده یک قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور آمده است. (جلالیان، ۱۳۸۶: ۳۳۰) یا به علت امراض غیر قابل درمان، ادامه بارداری برای زوج و جنین یا هر دو خطرآفرین باشد. (قاسم زاده، ۱۳۹۱: ۴۴۵) همچنین زوجین باید دارای اسپرم و تخمک سالم باشند (رخشنده رو، ۱۳۸۶: ۳۹۲) زیرا ممکن است کسانی که تخمک و اسپرم آن ها در آزمایشگاه لقاح داده می شود دچار بیماری ایدز یا هیپاتیت باشند و با کاشتن جنین در رحم فرد سوم، آن فرد نیز به این بیماری دچار گردد.

با توجه به اینکه مادر بر خلاف پدر که فقط از نظر ژنتیک و بیولوژیک با فرزند خود رابطه ی طبیعی و خونی دارد، هم از نظر بیولوژیک از طریق تخمک و هم از نظر فیزیولوژیک از طریق نگهداری کودک در رحم خود با فرزند خویش رابطه طبیعی دارد لذا در چگونگی انتساب فرزند به مادر، نظریه های متعددی ارائه شده است. سؤال این است که آیا عرف نسب از اعتبارات نفس الامری است که دارای منشأ اعتبار واقعی و حقیقی است که این امر اعتباری (نسب) از این منشأ اعتبار می شود.

ارث

در قانون مدنی واژه ارث به چند معنا که نزدیک به هم می باشد به کار برده شده اند :

۱- گاه به معنی مال یا حقی است که پس از مرگ شخص به بازماندگان او می رسد به عنوان مثال در دو ماده ۸۶۲ و ۸۶۳ واژه «ارث» در عبارت قانون متناسب با این معنی است زیرا در ماده ۸۶۲ قانون مدنی می خوانیم : «اشخاصی که به موجب نسب ارث می برند سه طبقه اند ... » یا در ماده ۸۶۳ آمده است « وارثین طبقه بعد وقتی ارث می برند که از وارثین طبقه قبل کسی نباشد» .

۲- گاه دیگر به معنی استحقاق بازماندگان شخص بر دارایی او است برای مثال در ماده ۸۶۱ ق.م می خوانیم « موجب ارث دو امر است: نسب و سبب » و می توان عبارت قانون را چنین تعبیر کرد که آنچه سبب استحقاق وارثان می شود نسب و سبب است.

همچنین مفهوم ارث در عبارت ماده ۸۶۷ ق.م که اعلام می کند « ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می کند با این تعبیر متناسب است (کاتوزیان ، ۱۳۹۰، ص ۱۳۹) در واقع ، ارث در این دو ماده به معنی مصدری ( ارث بردن ) به کار رفته است.

طبقات وارثان

ارث در لغت به معنی ترکه و اموالی است که از متوفای به جا می ماند و به خویشاوندان نسبی ( که رابطه و پیوند خونی با متوفای دارند ) به ترتیب اقربیت و به خویشاوندان سببی که از جمله آنها همسر می باشد می رسد و در نهایت ارث متوفای بدون وارث از آن امام (ع) است. به طور کلی اشخاصی که به موجب نسب ارث می برند سه طبقه اند:

۱. والدین و اولاد او؛

۲. اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها؛

۳. عمو و عمه، دایی و خاله و اولاد آنها.

در خویشاوندان نسبی عموما خویشاوندان ارث بر نزدیکتر مانع ارث خویشاوندان دورتر می شوند. مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفای وقتی مستقر می شود که کلیه دیون و حقوق مالی که بر ذمه متوفای بوده است تأدیه شود. در بین ورثه طبقه اول اگر میت اولادی نداشته باشد ، اولاد اولاد او هر قدر که پایین بروند جانشین پدر یا مادر خود بوده با هریک از والدین متوفای که زنده باشد ارث می برند ؛ و نیز در طبقه دوم اگر برای متوفای برادر یا خواهر نباشد اولاد آنها هر قدر پایین تر روند جانشین پدر یا مادر خود بوده و با هریک از اجداد متوفای که زنده باشد ارث می برند و همین طور اولاد عمو و عمه ، دایی و خاله در طبقه سوم وقتی که هیچ کدام از آنها نباشند جانشین آنها می شوند . اشخاصی که به فرض ارث می برند عبارتند از : ( مادر با حاجب ۱/۶ و بدون حاجب ۱/۳ از کل ترکه ) ؛ زوج ( با حاجب ۱/۴ و بدون حاجب ۱/۲ از کل ترکه ) ؛ زوجه ( با حاجب ۱/۸ و بدون آن ۱/۴ کل ترکه ) ؛ خواهران و برادران مادری ( در صورت انفراد ۱/۶ و در صورت تعداد ۱/۳ کل ترکه ) و

وارثین که گاه به فرض و گاه به قرابت ارث می‌برند عبارتند از: پدر، دختر و دخترها، خواهر و خواهرهای ابوینی یا ابی، وارثین دیگر غیر از مذکورین فقط به قرابت ارث می‌برند. (سالرزایی، ۱۳۷۹: ۱۸۷).

#### نسب

قانونگذار در قانون مدنی در مواد مربوط به نسب، تعریفی از واژه «مادر» و «پدر» ارائه نکرده است، اما با استفاده از مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ ق.م. باید گفت مادر، زنی است که طی واقعه زایمان نوزادی از وی متولد شده است و همسر قانونی وی پدر کودک محسوب می‌گردد. همچنین مطابق ماده ۱۹ قانون ثبت احوال، ماما یا پزشکی که در امر زایمان دخیل است، باید گواهی ولادت را به نام و نام خانوادگی مادر (بانوی زایمان کننده) به اداره ثبت احوال اعلام کند.

بنابراین پزشک یا گروه پزشکی نمی‌تواند گواهی ولادت را که بعداً مستند تنظیم سند رسمی ولادت (شناسنامه) قرار می‌گیرد، به نام شخصی جز بانوی زایمان کننده، صادر نماید. با این وجود، در عمل اجرای این قواعد در خصوص کودکان متولد از رحم جایگزین دستخوش تغییر می‌شوند.

در نظر عرف فرزندی که از رابطه‌ی جنسی مرد و زن به وجود آید، بین او و والدینش رابطه‌ای برقرار می‌شود که عرف از آن به «نسب» نام می‌برد. پس نسب عرفاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه‌ی انسان دیگر انتزاع می‌شود. (نایب زاده، ۱۳۷۹: ۲۶۲)

در این خصوص نظرات عمده وجود دارد:

الف) عده‌ای از فقها ملاک انتساب فرزند به مادر را زاییدن می‌دانند، یعنی معتقدند که صاحب رحم، مادر طفل است. از نظر این گروه اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات مردم به اطلاعات جدید پزشکی که کودک، حاصل لقاح اسپرم و تخمک است، آگاهی نداشتند و رحم زن را ظرف رشد جنین می‌پنداشتند و با وجود این، زن صاحب رحم را مادر می‌دانستند. این نشان می‌دهد که مبنای داوری آنها زاییدن بوده است، یعنی زنی که کودک را به دنیا می‌آورد، او را مادر می‌دانستند و قانونگذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضا کرده است (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۵۱).

این گروه در ادامه برای اثبات نظر خود به آیاتی از قرآن استناد کرده‌اند از جمله آیه ۲ سوره مجادله. بنابر نظر آنها در این آیه شریفه مادر به طور مطلق و به صیغه حصر، کسی است که فرزند را به دنیا آورده است. بر پایه این استدلال فرزندی که از انتقال جنین به دنیا آمده است، به صاحب رحم منسوب می‌شود، بر همین مبنا، صاحب

جواهرالکلام در یک واقعه مشهور ( نجفی ، ۱۳۹۴: ۲۹۸) کودک را به همسر مرد، ملحق نمی سازد ، به این دلیل که از او متولد نشده است .

باید بگوییم احکام بر همان عناوین موضوعات خارجی مترتب می شوند نه بر ملاک آنها، خصوصا احراز ملاکهای واقعی احکام و علم به آنها، غیرممکن است، ثانیاً، از نظر پزشکی ثابت شده که رحم نقش هایی دارد، نظیر آماده سازی رحم برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن ، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم تا جنین دفع نگردد. تبادل پیامها در زمان لانه گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلولهای تمایز نیافته جنین و تشکیل جفت برای مبادلات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر. (غفاری، ۱۳۷۷: ۵۳) این نقش های رحم ، اگرچه فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین است ، اما این مقدار آگاهی از نقش های رحم، جنبه های زندگی و تشکیل دهنده گی برای جنین ندارد و داوری عرف را درباره پیدایش جنین از اسپرم و تخمک دگرگون نمی کند. بنابراین، دلیل عقلی هم قابل خدشه می باشد . دلیل آخر این گروه عبارت است از عدم قابلیت زیست پذیری جنین در خارج از رحم: از نظر آنها ژنتیک مبنای منحصر برای تعیین پدر است، ولی مادر به وسیله ژنتیک تعیین نمی شود. در توجیه این نظر استدلال شده که تخمک بارور شده در ظرف مخصوص کشت تا زمانی که به رحم منتقل نشود ، قابلیت زیست پذیری را کسب نمیکند و هنوز موجود انسانی نیست، بلکه پس از انتقال به رحم می توان آن را یک موجود انسانی تلقی کرد . در این هنگام است که حقوق منسوب به والدین ایجاد می شود ، بنابراین زن صاحب رحم مادر قانونی خواهد بود . اما با دقت نظر در این خصوص ملاحظه می شود که از نظر زیست شناسی ، کودک رابطه خونی با صاحبان اسپرم و تخمک دارد و فرزند طبیعی آنها می باشد و همین رابطه خونی باعث ایجاد قرابت نسبی می گردد و ملاک اصلی الحاق نسب به والدینش، پیدایش او از نطفه ایشان است و قانونگذار هم خصوصیت خاصی نظیر نزدیکی را برای الحاق فرزند لازم ندانسته است. به علاوه سلول تشکیل دهنده از ترکیب اسپرم و تخمک برای مدتی که دوران جنینی نام دارد ، در رحم به زندگی خود ادامه می دهد و این دوران موقت باعث نمی شود که اصل ایجاد طفل از بین برود و یا طفل جزئی از وجود زن صاحب رحم محسوب شود. بنابراین دلیل ارایه شده قابل مناقشه می باشد.

ب- کودک دارای دو مادر قانونی است :

مطابق نظر این گروه هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم هر دو مادر مشروع تلقی می شوند . این گروه مبنای انتساب کودک به زن را عرف می دانند و بر این عقیده اند که عرف به روشنی هر دو زن را مادر طفل می شناسد و مانعی ندارد که کودکی صاحب دو

مادر باشد، زیرا رابطه پدری و مادری نیز دو رابطه هستند که در یک زمان باهم وجود دارند. بدین ترتیب، طفل در یک زمان می تواند دارای دو رابطه مادری باشد که چون هر دو رابطه، اعتباری است از لحاظ حقوقی وجود هر دو در یک زمان اشکالی ندارد.

ج: مادر حکمی (ژنتیکی) مادر قانونی طفل است: (خامنه ای، ۱۳۷۹، ص ۶۸؛ صانعی، ۱۳۹۱، ص ۶۹۰)، بنابر نظر این گروه ملاک مادر بودن در این نظر مانند ملاک پدر بودن است، عرف زنی را که در نخستین مرحله آفرینش و ایجاد و پیدایش جنین سهم دارد، به عنوان مادر تلقی میکند و آن زن جز صاحب تخمک کس دیگری نیست، زیرا تخمک وی در نخستین مرحله وجود کودک دخالت داشته و نطفه جنین از ترکیب تخمک وی و اسپرم به وجود آمده است. پس از این مرحله، تغذیه، پرورش و رشد جسمانی و روحی جنین هیچ نقشی جز استمرار بقا و رشد وی ندارد؛ و شرع نیز این دیدگاه را تأیید کرده است. همچنان که با مراجعه به آیات قرآن (نجم ۴۵-۴۶، مؤمنون ۱۲-۱۴، طارق ۵-۷، فرقان ۵۴) مشاهده می کنیم که در همه آنها، آفریدن انسان به نطفه نسبت داده شده و بلکه تصریح شده است که نطفه از اسپرم است، آن هنگام که در رحم ریخته شود، شاید تقیید به زمان برای سلامت اجزای موجود در اسپرم و شایستگی آنها برای انسان شدن در یک زمان معین است نه آنکه انسان به گونه مطلق از اسپرم آفریده شده باشد. این خود به این حقیقت اثبات شده علمی اشاره دارد که حیات این اجزاء، تنها در یک دوره زمانی محدود ممکن است.

ارث در اصطلاح حقوقی: انتقال قهری دارائی متوفی به ورثه ی او

موجب ارث عبارت است از: رابطه ی بین دو نفر که در اثر فوت یکی، دیگری از او قهراً ارث می برد. رابطه ی مزبور قرابت خویشاوندی است. در ماده ی ۸۶۷ ق.م.تصریح شده: ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می کند. و ماده ی ۸۶۱ ق.م نیز مقرر می کند: موجب ارث دو امر است: نسب و سبب.

رابطه کودک با صاحب رحم

از دیدگاه نظری، با توجه به سیر تکاملی جنین، صاحب رحم با نوزاد خود بیگانه نیست، زیرا وی ماه ها جنین را در درون خود نگه داشته تا او رشد و نمو یابد و از خون این زن تغذیه کرده است. بنابراین نمی توان از این وابستگی بین آنها چشم پوشید. بعضی بر این عقیده اند که صاحب رحم را باید در حکم مادر رضاعی تلقی کرد و منحصراً از جهت حرمت نکاح او را مادر طفل قلمداد کرد. (امامی، ۱۳۹۲: ۴۴۱-۴۳۹)

آیت... مکارم شیرازی نیز بر این عقیده است که این فرزند متعلق به صاحبان نطفه و با آنها محرم است و از آنها ارث می برد و در مورد مادر جانشین به منزله مادر رضاعی است،

بلکه از آن در بعضی جهات اولویت دارد، چراکه تمام گوشت و استخوان او از وی روییده است. بنابراین حرام است که بعداً با آن زن و فرزندان او ازدواج کند، اما ارث نمی برد.» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۳: ۵۲۴)

اما طبق نظر قبله ای خوئی، صاحب رحم با کودک تولد یافته هیچ گونه ارتباطی ندارد، حتی اگر کودک را شیر دهد، زیرا زنی که کودک را شیر میدهد تحت شرایطی مادر رضاعی کودک محسوب می شود و در مفروض ما آن شرایط محقق نیست و کودک متولد شده از تکنیک رحم جایگزین هیچ گونه ارتباط نسبی و رضاعی با صاحب رحم ندارد. با توجه به این که در مسأله ارث باید بین ارث گذار و ارث برنده اتصال به واسطه ولادت برقرار باشد و این ارتباط فقط بین صاحب اسپرم و صاحب تخمک و فرزند متولد شده برقرار است، بنابراین توارث بین کودک و صاحب رحم در صورتی که تخمک از او نباشد، در هیچ حالتی برقرار نمی شود. (قبله ای خوئی، ۱۳۸۶: ۲۲۷ - ۲۳۴)

رابطه کودک با صاحب اسپرم:

در تکنیک رحم جایگزین میان کودک و صاحب اسپرم رابطه بیولوژیکی و طبیعی وجود دارد و با توجه به این که در ماده ۸۶۱ قانون مدنی موجبات ارث نسب و سبب معرفی شده است و به موجب ماده ۸۶۲ قانون مدنی اولین طبقه ای که بین آنان توارث برقرار است، پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد است، لذا کودک فرزند قانونی و مشروع صاحب اسپرم محسوب می شود و در نظام حقوقی اسلام و در فقه امامیه نیز اخبار مربوط به موضوع مسأله دلالت بر الحاق طفل به وی دارد. بنابراین با توجه به این که صاحب اسپرم، پدر کودک شناخته می شود ارث میان آنها برقرار خواهد بود. (روحانی، ۲۰۰۳: ۳۳۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۹۰: ۴۰۷)

رابطه کودک با صاحب تخمک:

امام خمینی (ره) بیان می دارد: «اگر تخمک بارور شده زنی در رحم زن دیگری گذاشته شود و در آنجا رشد کند و فرزندی به دنیا آید، ملحق ساختن فرزند به زن اول وجهی دارد، گرچه نباید احتیاط ترک شود.» (خمینی، ۱۳۸۵: ۹۰۳/۹۰۰)

با عنایت به این که صاحب تخمک در وجود جنین، مشارکت بنیادی دارد و کودک (جنین تکامل یافته) اگر چه در رحم او پرورش نیافته است اما رابطه و قرابت خونی و ژنتیکی با آن صاحب تخمک دارد و رابطه مادر و فرزندی بین آنها برقرار است. با استناد به آیه ۵۴ سوره فرقان «خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا» و آیه ۲ سوره دهر «انا خلقنا الإنسان من تطفو أمشاج» و آیه ۶۶ سوره نجم «من تطفو إذا می» و آیه ۱۴ سوره مؤمنون «ثم خلقنا الطفلة علقه فخلقنا العلقه مضغه»، مادر دانستن صاحب تخمک دور از واقعیت نیست و همانطور که کودک را باید ملحق به صاحب اسپرم دانست، بی تردید باید به صاحب تخمک نیز منتسب کرد و نیز با استناد ماده ۸۶۱ قانون مدنی بین صاحب تخمک و کودک قرابت نسبی وجود دارد و در

ردیف اشخاصی که به موجب نسب ارث می برند، قرار می گیرد، لذا ارث بین صاحب تخمک و کودک متولد از رحم اجاره ای برقرار است. (موسوی سیستانی، ۱۳۸۰: ۴۵۹؛ مسجد سراسی، ۱۳۹۶: ۷۹-۵۹).

در ادامه لازم است به قوانین برخی کشورهای دیگر به ویژه در خصوص ممنوعیت رحم اجاره ای بپردازیم. ممنوعیت هایی که دلایلی فراتر از ارث دارند و چندان به نسب کودک توجهی نمی شود و البته این موضوع ریشه در فرهنگ ایرانی اسلامی دارد زیرا قوانین کشورهای اسلامی با توجه به فقه و واردات اسلامی تدوین می شود و در نتیجه به موارد پزشکی گاهگاهی بی اعتنایی هایی دیده می شود. این موضوع مسلم است که کودک متولد شده همان گونه که منسوب به پدر صاحب اسپرم است، منسوب به مادر صاحب تخمک خواهد بود و این امر چندان اذهان مردم دیگر کشورها را درگیر نکرده است.

نکته های مهم پیرامون رحم اجاره در سایر کشورهای اروپایی به بحث های رعایت حقوق زنان، فمینیسم و بهره کشی از زنان باز می گردد که در این بخش تلاش داریم به آن ها بپردازیم:

بخش دوم: سایر کشورها:

کشورهایی که رحم جایگزین را به صراحت ممنوع اعلام کرده اند، بر دو دسته اند: دسته نخست صرفاً قرارداد رحم جایگزین را باطل اعلام نموده اند بدون پیش بینی مجازات کیفری برای این عمل و دسته دوم علاوه بر بطلان، مجازات و ضمانت اجرای کیفری نیز برای افراد درگیر در این عمل پیش بینی کرده اند. این گونه اخیر قانونگذاری خود بر دو قسم است:

- تنها کادر پزشکی که اقدام به این عمل نمایند مشمول مجازات کیفری شده و مادر حامل و زوج متقاضی مجازات کیفری ندارند: آلمان (۷).

- مجازات کیفری طرفین قرارداد (مادر حامل و زوج یا فرد متقاضی رحم جایگزین) و واسطه ها را نیز شامل می شود. فرانسه، ایتالیا (۸) و ترکیه (۹).

عدم برخورداری از متن قانونی خاص در این خصوص این کشورها نیز بر چند دسته اند:

- وجود دستورالعمل های کلینیک های درمانی و انجمن های حرفه ای، هلند؛
- وجود تصویب نامدهای دولتی / وزارتی برای رحم جایگزین: ژاپن (برای ممنوعیت رحم جایگزین)؛

• به رسمیت شناختن یا ممنوعیت قراردادهای رحم جایگزین از طریق رویه قضایی؛ ایران (برای تجویز عمل).

دستیابی به باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق فرانسه:

عمل رحم جایگزین در سال های ۱۹۸۰ در فرانسه بسیار رواج یافته بود و در سکوت

قانونی، مراکز و مؤسسات مختلفی برای انجام این عمل و تسهیل ارتباط مادر حامل و زوج های متقاضی ایجاد شدند. در برابر رواج این عمل، نخست رویه قضایی این اعمال را ممنوع اعلام کرد و قرارداد رحم جایگزین را باطل اعلام نمود (۱۰). در ادامه قانون اخلاق زیستی ۱۹۹۴ با افزودن ماده ۷-۱۶ به قانون مدنی رویه قضایی موجود را تأیید نمود. به موجب این ماده «هرگونه قراردادی که در خصوص تولید مثل یا بارداری برای دیگری منعقد گردد، باطل است.» ممنوعیت این ماده همه قراردادهای رحم جایگزین چه در قالب عقد بلاعوض و چه معاوضی را شامل می شود (۱۱) همچنین این عمل در حقوق فرانسه برای طرفین قرارداد، واسطه ها و شریکانشان مجازات کیفری در پی دارد. برابر بند نخست ماده ۱۲-۲۲۷ قانون جزای فرانسه: «عمل تحریک والدین یا یکی از ایشان به رها کردن کودک متولد شده یا اجنبی در رحم چه به صورت انتفاعی، چه از طریق هبه، وعده، تهدید یا سوء استفاده از جایگاه و اختیارات، مجازات ۶ ماه حبس و ۷۵۰۰ یورو جریمه نقدی را در پی دارد.» به موجب بند سوم همین ماده، عمل میانجی گری میان یک فرد یا زوج مایل به دریافت فرزند و زنی که پذیرفته است فرزند را در رحم خود پرورش دهد و پس از ولادت به ایشان تحویل نماید، به مجازات یک سال حبس و جریمه نقدی ۱۵۰۰۰ یورو محکوم است، چنانچه این اعمال به طور معمول و تکرار شونده یا به طور انتفاعی صورت گیرد، مجازاتها دو برابر می شود.

به علاوه، چنانچه به نادرست فردی غیر از زنی که طفل را زاییده است، در گواهی ولادت قید گردد، اعلام خلاف واقع زایمان محسوب شده و برای مادر حامل واقعی و زنی که تظاهر به زایمان نموده مجازات کیفری در پی خواهد داشت. (ماده ۱۳-۲۲۷ قانون جزا) (۱۲)

نسب کودک متولد از رحم جایگزین در حقوق فرانسه: در اینجا لازم است میان کودک متولد از رحم جایگزین در داخل فرانسه و کودک متولد در خارج فرانسه تفکیک قائل شویم. در ادامه، احکام هر یک به طور جداگانه بررسی می شود.

برقراری نسب کودک متولد از رحم جایگزین در فرانسه:

با توجه به ممنوعیت قرارداد رحم جایگزین در حقوق فرانسه و بطلان چنین قراردادهایی، هیچ گونه قوانین ویژه ای در خصوص آثار این عمل بر نسب طفل متولد از آن در حقوق فرانسه وجود ندارد. از این رو، قواعد عمومی نسب در این زمینه لازم الاجراست.

در خصوص نسب مادری، حقوق فرانسه پیرو اصل سنتی و قدیمی حقوق روم مبنی بر مادر همواره معلوم (مسلم) است (۱۳) می باشد. برابر این اصل، نسب مادری از آن زنی است که طفل را زاییده است و این اصل در کلیه روشهای باروری طبیعی و مصنوعی اصل اساسی در برقراری نسب مادری محسوب می گردد. به این ترتیب، نسب مادری مادر حامل با قیدشدن نام وی در گواهی ولادت برقرار می گردد (ماده ۲۵-۳۱۱ ق.م.ف) (۱۴). گفتنی است که در حقوق فرانسه این امکان برای مادر وجود دارد تا در زمان زایمان درخواست دهد هویتش

ناشناس باقی بماند. در این صورت، نام وی در گواهی ولادت قید نمی شود و نسب مادری برقرار نمی گردد (ماده ۳۲۶ ق.م.ف) به این ترتیب، زوجه متقاضی رحم جایگزین از هرگونه جایگاه مادری و نسب قانونی بی نصیب خواهد بود، حتی اگر نطفه طفل با استفاده از تخمک وی منعقد شده باشد (۱۵). وی به هیچ طریق نمی تواند برای برقراری نسب طفل به سود خود اقدام نماید، نه از طریق اقرار به نسب، نه از طریق داشتن وضعیت والد (تصرف مدنی والد) (Possession d' état) و نه از طریق فرزندخواندگی. نسب برقرار شده از طریق اقرار به نسب می تواند به دلیل تقلب در قانون مورد اعتراض دادستان قرار گیرد. برقراری نسب مادری از طریق تصرف وضع مدنی نیز به دلیل کیفیت باروری غیر ممکن است. (ماده ۳۱۱-۲ ق.م.ف) (۱۶)

در خصوص نسب پدری کودک، چنانچه نسب مادری مادر حامل برقرار گردد و وی در عقد ازدواج مرد دیگری باشد، نسب پدری نسبت به او برابر اماره پدر بودن برقرار می گردد. با این همه، این نسب پدری قابل اعتراض است و با اثبات این که وی پدر بیولوژیک طفل نیست می توان دعوای نفی نسب اقامه کرده و نسب را باطل نمود (ماده ۳۳۲ ق.م.ف). ماده ۱۱-۱۶ قانون مدنی فرانسه، نتیجه آزمایش ژنتیک را در امور مدنی تنها جهت اثبات یا نفی نسب حجت و معتبر می داند.

در صورتی که نسب مادری مادر حامل برقرار نگردد یا وی در ازدواج مردی نباشد، نسب پدری مرد متقاضی رحم جایگزین از طریق اقرار، تصرف مدنی والد یا از طریق طرح دعوای اثبات نسب قابل برقراری است، اما این نسب از آنجا که طفل متولد از قرارداد رحم جایگزین است، صرفاً به دلیل تقلب در قانون توسط دادستان قابل اعتراض می باشد و دادستان برای این منظور، نیازی به اثبات این امر که مرد نام برده پدر بیولوژیک طفل نیست، ندارد (۱۷). به این ترتیب، نسب پدری مرد متقاضی رحم جایگزین در فرانسه قابل برقراری توسط مراجع فرانسوی نیست.

با توجه به ممنوعیت و سخت گیری های موجود در حقوق فرانسه در این خصوص، زوجهای فرانسوی به کشورهای دیگر که در آنها قرارداد رحم اجاره ای قانونی است، سفر کرده و گردشگری باروری در این خصوص بسیار رواج یافته است. اما ایشان در بازگشت به فرانسه نیز با مشکلات بسیاری در خصوص نسب طفل متولد از این راه رو به رو هستند.

رونویسی گواهی ولادت صادره در خارج فرانسه در دفاتر ثبت احوال فرانسوی در مورد کودک متولد از رحم جایگزین در خارج فرانسه، رویه قضایی (دیوان عالی) فرانسه از رونویسی اسناد هویتی (احوال مدنی) تنظیمی در خارج فرانسه در دفاتر ثبت احوال فرانسوی نخست به دلیل مخالفت با نظم عمومی (۱۸) و سپس بر پایه تقلب در قانون خودداری می

نمود (۱۹). این موضع تند دیوان عالی فرانسه، موجب شد دادگاه اروپایی حقوق بشر فرانسه را در دو رأی مورخ ۲۶ ژوئن ۲۰۱۴ (۲۰) محکوم نموده و این موضع را مخالف منافع و مصلحت کودک تشخیص دهد. در پی محکومیت فرانسه توسط دادگاه اروپایی، رویه قضایی فرانسه تغییر کرد و در آرای که دیوان عالی در ادامه صادر نمود، رونویسی نسب پدری مرد متقاضی رحم جایگزین که پدر بیولوژیک طفل باشد، مورد پذیرش قرار گرفت (۲۱). این تغییر رویه، اما تنها شامل نسب پدری است و نسب مادری مادر حکمی را شامل نمی‌گردد (۲۲). با این حال، به تازگی رویه قضایی فرانسه برقراری نسب مادری طفل نسبت به مادر حکمی را از طریق فرزندخواندگی ساده یا کامل مشروط به آنکه به مصلحت طفل بوده و شرایط قانونی مقرر در ماده ۱-۳۴۵ ق.م. ف. احراز گردد، تجویز نموده است. این تغییر رویه قضایی در پی محکومیت فرانسه از سوی دادگاه اروپایی حقوق بشر و توسط آرای صادره از دیوان عالی فرانسه در تاریخ ۵ ژوئیه ۲۰۱۷ صورت گرفت.

شرایط دستیابی به باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق انگلیس:

شرایط و آثار باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق انگلیس توسط قوانین متعددی پیش بینی شده است: نخست قانون رحم جایگزین سال ۱۹۸۵ (Surrogacy Act) در این خصوص تصویب شد که در تمام کشور بریتانیا لازم الاجرا است. این مقررات توسط قوانین بعدی چون قانون کودکان (Children Act) ۱۹۸۹ و نیز قانون باروری و جنین شناسی انسانی ۱۹۹۰ و ۲۰۰۸ اصلاح و تکمیل شدند.

برابر قوانین یادشده، انجام عمل رحم جایگزین در هر شکل آن، با تخمک مادر حامل یا غیر او، آزاد است و هیچ مجازات کیفری برای طرفین در پی ندارد. در حقوق انگلیس هیچ گونه نظارت پیشینی بر قراردادهای رحم جایگزین وجود ندارد و طرفین کاملاً در تنظیم قرارداد و شروط آن آزادند. با این حال، دستیابی آزاد به عمل رحم جایگزین به معنی لازم الاجرا بودن قرارداد رحم اجاره ای و برقراری خود به خود نسب فرزند نسبت به زوج متقاضی نیست، بلکه برابر قانون، به منظور انتقال نسب به زوج متقاضی پس از ولادت کودک نیاز به مداخله و حکم دادگاه می‌باشد.

مراکز درمانی پیش از انجام عمل انتقال اسپرم یا جنین به مادر جایگزین، وجود شرایطی را در وی از نظر سلامت جسمی و روانی بررسی و احراز می‌کنند، از جمله آنکه وی نباید بیش از ۳۵ سال سن داشته باشد و لازم است سابقه یک زایمان موفق داشته باشد. همچنین مراکز درمانی ملزم به اطلاع رسانی کافی و کامل به طرفین توافق در خصوص آثار حقوقی عمل و تأثیر آن بر کودک متولد از آن یا فرزندان دیگر موجود در خانواده هستند (۲۷).

همچنانکه گفته شد، انعقاد قرارداد رحم جایگزین در حقوق انگلیس جایز است، اما این قرارداد لازم الاجرا نیست. برابر ماده ۱ الف قانون ۱۹۹۰، «قرارداد رحم جایگزین له یا علیه

هیچ یک از طرفین قرارداد لازم الاجرا نیست.» به این ترتیب، اگر مادر جایگزین تصمیم خود را تغییر داده و بخواهد طفل را پس از ولادت نزد خود نگه دارد و از تحویل او به زوج متقاضی سرباز زند یا اگر زوج متقاضی از پرداخت مبلغ مورد توافق پس از انجام مفاد قرارداد سرباز زند، برای هیچ یک از طرفین امکان پیگرد قضایی دیگری وجود نخواهد داشت. با این حال، اکثر قراردادهای رحم جایگزین در عمل بدون مشکل پیش رفته و طرفین به تعهدات خود برابر قرارداد عمل می کنند.

به این ترتیب، قانونگذار بریتانیا راهی میانه را در این رابطه برگزیده است: نه کاملاً عمل رحم جایگزین را ممنوع اعلام کرده و نه دستیابی به آن را تسهیل و به کلی آزاد اعلام نموده است، زیرا ممنوع کردن کامل آن باعث پیدایش قراردادهای پنهانی و خارج از چارچوب قانون و یا سفر اتباع انگلیس به خارج از کشور می شود که خود موجب به خطر انداختن طرفین قرارداد می گردد. به رسمیت شناختن کامل آن هم باعث تشویق مردم به این عمل می شود، عملی که تردید و پرسش های اخلاقی فراوانی در مورد آن وجود دارد، اما از مهم ترین انتقادات وارد بر این نوع قانونگذاری، نبود امنیت حقوقی برای طرفین قرارداد به ویژه زوج متقاضی، امکان سوء استفاده از این ابهام قانونی برای هر دوی طرفین و در نتیجه، تحمیل آسیب های بسیار به کودک می تواند باشد.

ممنوعیت تبلیغ:

ماده ۲ قانون ۱۹۸۵ مقرر می داشت که فعالیت تجاری در حوزه رحم جایگزین جهت اقدام به آن یا مذاکره در خصوص تنظیم قرارداد ممنوع است. برابر ماده ۳ این قانون، تبلیغ یا انتشار تجاری تبلیغات مجازات کیفری دارد. ممنوعیت فعالیت تجاری در حوزه رحم جایگزین در عمل موجب کاهش و محدودسازی دسترسی به مشاوره حرفه ای مناسب و کافی به ویژه توصیه های حقوقی شد. بی اطلاعی طرفین قرارداد از آثار و نتایج حقوقی این روش درمانی موجب شد برخی افراد قراردادهای پیچیده و نامناسبی را منعقد نمایند که مشکلات حقوقی بسیاری در پی داشت. از این رو قانون ۱۹۸۵ در این خصوص توسط قانون ۲۰۰۸ اصلاح گردید و از آن پس نهادها و مراکز غیر انتفاعی اجازه فعالیت را در این حوزه با دریافت مبالغ معمول و منطقی برای جبران هزینه های مربوطه یافتند (۲۸)

نسب کودک متولد از رحم جایگزین در حقوق انگلیس:

در حقوق انگلیس قرارداد رحم جایگزین لازم الاجرا نیست، بلکه نسب طفل مشمول قواعد مقرر در قانون ۲۰۰۸ می باشد که بر اساس مورد و نحوه تلقیح و باروری می تواند متفاوت باشد. در ادامه نخست به تشریح قواعد ابتدایی واگذاری نسب به محض تولد کودک می پردازیم، سپس قواعد انتقال پسینی نسب بررسی می گردد.

والدین قانونی کودک به محض تولد:

قانون رحم جایگزین ۱۹۸۵ صرف قراردادهای رحم جایگزین را فاقد اعتبار اعلام نموده و در خصوص نسب طفل متولد هیچ مقررات خاصی پیش بینی نکرده است. این امر مهم در قوانین بعدی، یعنی قانون باروری و جنین شناسی انسانی سال ۱۹۹۰ و ۲۰۰۸ پیش بینی گردید. قانونگذار انگلیس در این قوانین سعی نمود راه میانه ای در این خصوص برگزیند تا ضمن حمایت از مادر جایگزین و کودک متولد، چارچوبی جهت تأمین جایگاه والدینی زوج متقاضی نیز در شرایطی که طرفین به تعهدات نخستین خود پایبند بمانند، فراهم آورد (۲۹)

برابر قاعده اولیه، مادر قانونی زنی است که کودک را زاییده است (ماده ۳۳ قانون ۲۰۰۸ م.). این اصلی کلی است که در همه موارد باروری مصنوعی جاری است خواه وی مادر ژنتیکی باشد یا خیر، خواه کودک در انگلیس متولد گردد یا خارج از آن (۳۰). در خصوص نسب پدری، اگر زن حامل متأهل بوده و همسرش به عمل باروری مصنوعی رضایت داده باشد، شوهر وی به موجب قاعده فراش پدر قانونی کودک محسوب می گردد، هرچند که پدر ژنتیک طفل نباشد (ماده ۳۵ قانون ۲۰۰۸ م.)، چنانچه مادر حامل متأهل نبوده یا این که اثبات گردد که شوهر وی به این عمل رضایت نداده است، مرد متقاضی رحم جایگزین می تواند برابر قواعد کامن لاو و به موجب حکم دادگاه پدر قانونی محسوب گردد، مشروط به آنکه نطفه کودک با اسپرم وی منعقد شده باشد. (۳۱)

اگر در باروری از اسپرم دهنده ثالث استفاده شده باشد، مرد متقاضی درمان می تواند از طریق قواعد مربوط به ابوت توافقی (Agreed Fatherhood) اقدام به برقراری نسب پدری نماید (ماده ۳۶ و ۳۷ قانون ۲۰۰۸ م.). ابوت توافقی یکی از طرق برقراری نسب پدری در باروری های مصنوعی است که در آن مردی که هیچ پیوند زناشویی با مادر (حامل) طفل و هیچ رابطه بیولوژیک با خود طفل ندارد از پیش با مادر (حامل) توافق می کند که به عنوان پدرکودک ایفای نقش نموده و در سند ثبت احوال نام وی به این منظور ثبت گردد. این قواعد از جمله لیبرال ترین قواعد نسب در حقوق انگلیس و دنیا بوده و جایگاه اساسی و ویژه اراده و خواست افراد در برقراری نسب برخلاف واقعیت بیولوژیک را در این نظام حقوقی نشان می دهد، اما زن متقاضی درمان هرگز نمی تواند نسب مادری را به محض تولد طفل نسبت به خود برقرار نماید. از این رو زن متقاضی (مادر حکمی) از کمترین حمایت و جایگاه والدینی برخوردار است.

انتقال پسینی نسب یا حقوق والدینی به زوج متقاضی رحم جایگزین:

با توجه به آنچه گذشت، زوج متقاضی و به ویژه زن متقاضی رحم جایگزین همواره قادر به برقراری نسب به سود خود به محض تولد کودک نخواهد بود. با این حال، قانون احکامی را جهت انتقال پسینی نسب به ایشان پیش بینی نموده است که مهم ترین آن حکم والدینی

('Parental Order') و فرزندخواندگی (Adoption) است، در غیر این دو صورت، زوج متقاضی می تواند درخواست انتقال برخی اختیارات و حقوق والدینی بدون برقراری نسب را از دادگاه نمایند. آخرین راه حل برای ایشان، انتقال غیر رسمی این اختیارات به آنان است. در ادامه به بررسی دو روش انتقال نسب از طریق حکم والدینی و فرزندخواندگی می پردازیم.

حکم والدینی:

حکم (رای والدینی مکانیسم حقوقی - قضایی است که اجازه می دهد نسب طفل از مادر حامل، و همسر وی چنانچه متأهل باشد، به زوج متقاضی رحم جایگزین منتقل گردد، مشروط به آنکه شرایط مقرر در قانون توسط دادگاه احراز گردد. این امکان توسط قانون ۱۹۹۰ پیش بینی گردید و در قانون ۲۰۰۸ تغییراتی در شرایط دستیابی به آن ایجاد شد. حکم والدینی اثری مشابه حکم فرزندخواندگی دارد و کودک از همه جهات در حکم فرزند قانونی زوج متقاضی محسوب خواهد شد. این روش بهترین راه برای برقراری نسب به زوج متقاضی رحم جایگزین می باشد. ماده ۵۴ قانون ۲۰۰۸ شرایط اعطای این حکم توسط دادگاه را برمی شمرد:

- درخواست باید توسط یک زوج (و نه افراد مجرد) مشترکا تقدیم دادگاه گردد - دست کم یکی از زوجین باید والد ژنتیک کودک باشد - هر دوی زوجین ۱۸ سال یا بیشتر داشته باشند.

درخواست باید در فاصله زمانی شش هفته تا شش ماه پس از ولادت کودک تقدیم دادگاه گردد (نه زودتر از ۶ هفته و نه دیرتر از ۶ ماه)

- مادر حامل و هر کس دیگری که نسب طفل نسبت به او برقرار شده، باید به انتقال نسب رضایت دهد. این رضایت باید آزاد، آگاهانه و مطلق باشد. رضایتی که پیش از هفته ۶ پس از تولد داده شده باشد، باطل است، چراکه زن در آن مدت از نظر جسمی و روحی آسیب پذیر محسوب می گردد.

- هیچ پولی یا منفعتی نباید میان طرفین رد و بدل شده باشد، مگر آنچه برای جبران هزینه های معقول باروری مقرر گشته باشد.

دادگاه همچنین باید در صدور حکم والدینی مصلحت طفل را در نظر گیرد و لیست ملاک های بررسی منفعت طفل همان است که برای حکم فرزندخواندگی لحاظ می شود (۳۲)

مادر حامل می تواند از دادن رضایت به این حکم خودداری نموده و مانع انتقال نسب به زوج متقاضی گردد. در این صورت، دادگاه به هیچ عنوان نمی تواند بدون رضایت وی حکم را صادر نماید، اما در عمل اکثر موارد رحم جایگزین بدون هیچ مشکل خاصی منتهی به صدور حکم والدینی می گردد. در موارد کمی که مادر حامل رضایت به حکم نمی دهد، زوج متقاضی می تواند از دادگاه درخواست انتقال حضانت کودک یا برخی حقوق والدینی نسبت

به خود را دهند. در این موارد، قضات با توجه به شرایط انعقاد قرارداد رحم جایگزین، مصلحت کودک و موضع خاص ایشان نسبت به این روش باروری مصنوعی تصمیم گیری می نمایند (۲۹)

فرزندخواندگی:

اگر امکان صدور حکم والدینی به سود زوج متقاضی نباشد، درخواست فرزندخواندگی می تواند راه حل دیگری جهت برقراری نسب کودک به سود ایشان به شمار رود. فرزندخواندگی به ویژه در موارد زیر می تواند مورد استفاده قرار گیرد: ۱- اگر مادر جایگزین با حکم والدینی مخالفت نماید و تصمیم به نگهداری از طفل نماید؛ ۲- برای افراد مجرد که متقاضی رحم جایگزین هستند؛ ۳- زمانی که هیچ یک از مادر حامل و زوج متقاضی قادر یا مایل به نگهداری از طفل نباشند. در مورد نخست، برابر قانون رضایت والدین قانونی طفل (در اینجا مادر حامل) جهت صدور حکم فرزندخواندگی ضروری است، اما در برخی موارد استثنایی و چنانچه مصلحت طفل اقتضا نماید، دادگاه می تواند بدون رضایت والدین، فرزندخواندگی را صادر نماید (ماده (۱) ۵۲ قانون ۲۰۰۲ م.).

قرارداد رحم جایگزین: جایز و لازم الاجرا در حقوق یونان

یونان یکی دیگر از معدود کشورهای اروپایی است که رحم جایگزین را قانوناً مجاز ساخته است. گفتنی است قوانین یونان در این زمینه بسیار نزدیک به قوانین موجود در کشور آفریقای جنوبی است. تنها فرق عمده این دو کشور آن است که در یونان رحم جایگزین با تخمک مادر حامل ممنوع است، ولی در آفریقای جنوبی مجاز (۳۳). در حقوق یونان، برخلاف حقوق انگلیس، از الگوی نظارت قضایی پیشینی پیروی شده است (۳۴). قانونگذاری در زمینه باروری های مصنوعی در حقوق یونان عمدتاً از طریق دو قانون مصوب در سال های ۲۰۰۲ و ۲۰۰۵ صورت گرفته است (۳۵).

در ادامه به بررسی شرایط دستیابی به باروری با رحم جایگزین و آثار آن می پردازیم.

شرایط دستیابی به باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق یونان:

به موجب ماده ۱۴۵۸ قانون مدنی یونان، «انتقال رویان غیر به بدن زن دیگر و بارداری توسط او، برابر اجازه دادگاه صادره پیش از انتقال رویان در صورتی امکان پذیر است که توافق مکتوب و بلاعوض میان زوج متقاضی فرزند و زن حامل و نیز همسرش، اگر ازدواج کرده باشد، منعقد شده باشد. مجوز قضایی به تقاضای زنی که تمایل به داشتن فرزند دارد صادر می گردد، مشروط به آنکه اثبات نماید که بارداری از نظر پزشکی برای وی ممکن نیست و این که زن داوطلب برای بارداری از نظر وضع سلامت مناسب برای این امر است و به این ترتیب، انجام رحم جایگزین از طریق اجازه دادگاه صورت گرفته و مشروط به سه شرط اصلی است: عدم وجود رابطه ژنتیک میان فرزند و زن حامل، اصل رایگان (غیر معاوضی) بودن عمل،

ضرورت انجام آن به دلیل مشکلات پزشکی (نه به دلایل اجتماعی و غیر پزشکی). دادگاه در بررسی های خود تنها شرایط مذکور را مورد توجه قرار داده و صلاحیت زوج متقاضی از نظر شرایط اجتماعی و اخلاقی و مصلحت طفل مورد بررسی قرار نمی گیرد. از این رو درخواست باروری با رحم جایگزین با روند فرزندخواندگی از این جهت متفاوت است. در خصوص اصل رایگان بودن، ماده ۵ قانون ۲۰۰۷ / ۳۳۰۵ راجع به اجرای باروری با کمک پزشکی اجازه میدهد مبلغی به عنوان جبران خسارت و هزینه های بارداری به زن حامل پرداخت گردد. این مبلغ توسط اداره باروری مصنوعی یونان تعیین می گردد. با این حال، هر گونه شرطی مندرج در قرارداد رحم جایگزین که مبنی بر تعیین خودسرانه مبلغ این خسارت بوده یا خلاف اخلاق حسنه باشد، باطل است و نمی تواند در دادگاه ها اجرایی گردد. ماده ۲ دستور وزارتی ش. ۶۷۰ مورخ ۱۶/۰۴/۲۰۰۸ مقرر می دارد: «زن حامل برای تمامی هزینه های لازم برای به پایان رساندن بارداری و زایمان مشروط به آنکه تحت پوشش بیمه تأمین اجتماعی وی نباشد، مبلغ خسارت دریافت خواهد نمود.» همچنین ماده ۴ این دستور وزارتی مقرر داشته: «زن حامل برای غیبت از کار در مدت بارداری و پس از زایمان می تواند مطالبه خسارت نماید. [..] در هیچ صورتی، مبلغ خسارت نمی تواند از ۱۰۰۰۰ یورو فراتر رود. پرداخت خسارت تنها منوط به انجام عمل رحم جایگزین در پی اجازه دادگاه می باشد.» (۳۴)

همچنین قانونگذار جهت پیشگیری از بهره کشی از زنان یونانی و ظهور گردشگری باروری در این کشور، انجام عمل رحم جایگزین را تنها زمانی مجاز میداند که مادر متقاضی رحم جایگزین و زن حامل مقیم یونان باشند (ماده ۸ قانون راجع به باروری با کمک پزشکی) (۳۴)

نسب کودک متولد از رحم جایگزین در حقوق یونان:

به موجب ماده ۱۴۶۴ ق.م.، مادر حکمی (زن متقاضی درمان با رحم جایگزین) به استناد مجوز دادگاه مادر قانونی طفل محسوب می شود، مگر آنکه اثبات گردد که مادر حامل، مادر ژنتیک طفل نیز می باشد که در آن صورت، نسب مادری نسبت به مادر حامل ثابت است. نسب پدری نیز تابع قواعد عمومی نسب است. اگر زوج ازدواج کرده باشند، شوهر زن، برابر اماره فراش پدر قانونی محسوب می گردد. در مورد زوجین غیر مزدوج، باید زن و مرد از قبل رضایت کتبی به درمان ناباروری از طریق رحم جایگزین بدهند. به این ترتیب، این رضایت در حکم اقرار پیشینی به نسب بوده و پس از ولادت، نسب الزاما نسبت به ایشان برقرار می گردد. به این ترتیب، کودک به ایشان ملحق می گردد و نیاز به حکم دیگری از دادگاه نیست. نسبی که این گونه برقرار گردد، قابل اعتراض نیست، مگر آنکه ثابت شود فرزند از تخمک مادر حامل به وجود آمده است. در این صورت، دعوای اعتراض به نسب می تواند

ظرف ۶ ماه از تولد کودک توسط مادر حامل یا زن متقاضی رحم جایگزین اقامه گردد (ماده ۱۴۶۴ ق.م) (۳۴).

#### جمع بندی و نتیجه گیری

۱- در حقوق ایران، درباره ی نسب پدری طفل متولد از رحم جایگزین، اکثر قریب به اتفاق فقها و حقوق دانان طفل را ملحق به صاحب نطفه می دانند؛ زیرا تنها راه تحقق نسب، وجود رابطه ی خونی و ژنتیکی بین صاحب اسپرم و طفل بوده و از نظر عرفی نیز تکون یک انسان از اسپرم پدر و تخمک مادر، منشاء اعتبار رابطه ی نسبی است. بنابراین، صاحبان تخمک و اسپرم والدین حقیقی طفل حاصل از رحم استیجاری هستند و کودک از جهت ژنتیکی منتسب به صاحب اسپرم و صاحب تخمک است و همانند اقارب نسبی، بین آنها رابطه ی توارث و سایر احکام حقوقی برقرار می باشد.

۲- درباره ی نسب مادری نظریات مختلفی ارائه شده است که برخی مایل به پذیرش صاحب تخمک به عنوان مادر طفل و برخی دیگر، مایل به پذیرش بانوی صاحب رحم و برخی دیگر، طرفدار دیدگاه دو مادری هستند. اما از آنجایی که منشأ پیدایش سلول سازنده ی جنین از ناحیه ی مادر، تخمک زن است و رحم زن، نقشی نخستین در پیدایش جنین ندارد، به نظر می رسد با توجه به این که نسب، از مفاهیم عرفی بوده و عرف طفل را به صاحبان نطفه (صاحب تخمک و اسپرم) منتسب می داند و نیز به منظور رعایت مصلحت و سعادت کودک، پذیرش مادر بودن صاحب تخمک، معقول تر است.

باتوجه به معین شدن نسب طفل حاصله بر مبنای نظرات گوناگون، تکلیف مسائل کودک از جمله توارث که مترتب بر مسأله ی نسب می باشند حل می شود. در میان سایر نتایج می توان به این نکات اشاره داشت:

- در اینکه طفل متولد از رحم جایگزین با هر یک از دو زن صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد در این تردیدی نیست. ارتباطی که از نظر عقلی و پزشکی ثابت شده می نماید. لکن از بین این دو ارتباط، ارتباط طفل با صاحب تخمک ملاک رابطه مادری و فرزندگی و در نتیجه ارث است.

بنابراین انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین، به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است.

در موضوع نسب طفل، با استناد به قرآن کریم و سنت اسلامی به این نتیجه رسیدیم که صاحب تخمک، مادر محسوب می شود و زنی که جنین در رحم خود پرورش داده، حکم رضاعی بر او بار می شود و در نتیجه بین او و کودک محرمیت و حرمت نکاح به وجود می آید.

و هم چنین در مورد نسب پدری هم این نتیجه حاصل شد که شوهر زن صاحب تخمک

و به عبارتی صاحب اسپرم پدر واقعی طفل محسوب می شود. از آنجا که ثابت کردیم که صاحبان تخمک و اسپرم والدین حقیقی هستند، بنابراین طبق ماده ۸۶۱ ق.م که مقرر می دارد اقارب نسبی از یکدیگر ارث می برند، کودک از جهت ژنتیکی منتسب به صاحب اسپرم و صاحب تخمک بوده، و بین آنها توارث برقرار است. در نهایت باید گفت:

اگر مادر حکمی (صاحب تخمک)، مادر قانونی کودک باشد، رابطه توارث بین او و کودک برقرار می شود؛ در اینجا فرقی نمی کند که اعتقاد به وجود رضاعی بودن قرابت صاحب رحم با کودک داشته یا نداشته باشیم چرا که قرابت مادر جایگزین از حیث تمام آثار نسب مانند خویشاوندی نسبی نیست و فقط از حیث ممنوعیت نکاح مؤثر است لذا در قرابت مادر جایگزین رابطه توارث وجود ندارد و اگر مادر جانشین مادر قانونی کودک باشد، در این حالت رابطه توارث از یک سو بین کودک و پدر حکمی و از طرف دیگر بین کودک و مادر جانشین برقرار می شود و دلیلی بر این که وجود نکاح صحیح بین پدر و مادر شرط وراثت در نسب باشد در دست نیست و تمام اولاد از پدر و مادر خود ارث می برند، بنابراین رابطه توارث به شرط مزبور در این حالت موجود می گردد و اگر مادر جانشین و مادر حکمی هر دو مادر قانونی کودک باشند؛ باید ببینیم در حقوق ایران می توان در آن واحد رابطه توارث را با دو مادر محقق دانست.

همچنان که گذشت، نظام های مختلف حقوقی دنیا رویکردهای گوناگونی در قبال باروری از طریق رحم جایگزین دارند. قانونگذار فرانسه با استناد به مشکلات اخلاقی موجود و حمایت از حقوق زنان و کودکان درگیر در این روش، ممنوعیت کامل رحم جایگزین و بطلان قراردادهای منعقد شده در این خصوص را برگزیده است. در انگلیس راهی میانه انتخاب شده است: قراردادهای رحم جایگزین برابر قانون جایز، اما فاقد اعتبارند و جهت انتقال نسب به والدین حکمی نیاز به مداخله قضایی پس از تولد کودک می باشد. قانونگذار یونان با انتخاب راه نظارت قضایی پیشینی بر قراردادهای رحم جایگزین، این قراردادها را تحت شرایط خاصی جایز و نیز لازم الاجرا دانسته است.

در ایران، تجویز قرارداد رحم جایگزین توسط فقها و حقوقدانان از یکسو و سکوت قانونگذار و نبود نظارت کافی و مناسب بر عملکرد مراکز درمانی از سوی دیگر موجب پیدایش رویه های گوناگون در نقاط مختلف ایران در خصوص رحم جایگزین شده است، این آشفتگی حقوقی موجب بروز مشکلات و طرح دعاوی متعددی در دادگاه های ایران به ویژه در سال های اخیر شده است.

از این رو ضروری است قانونگذار ایران با مداخله و قانونگذاری دقیق و شفاف، شرایط

دستیابی و آثار این قراردادها را به درستی تعیین نماید و زوجین درگیر در این نوع از باروری و کودکان متولد از آن را از پیامدها و آسیب های جدی احتمالی در امان نگاه دارد.

لازم به ذکر است که با نگاهی به وضعیت سایر کشورها به این امر دست یافتیم که کشورهای مختلف ورای تعیین نسب و ارث کودک در تلاشند تا بهره کشی زنان به حداقل ممکن کاهش یابد و این در حالی است که در ایران بحث، بحث نسب و ارث است در حالیکه علم پزشکی به صراحت نسب طفل را به صاحب تخمک منسوب می کند. حال باید با توجه به تمامی این پژوهش کوتاه به این سوالات بی پاسخ دست یابیم. سوالاتی که نیازمند پژوهش های میدانی بسیار و صادقانه است: آیا به همین میزان که به امور مربوط به تعیین نسب طفل و ارث او توجه می شود، به زنانی که در این وضعیت مورد بهره کشی خواهد بود توجه شده است؟ آیا قوانین ارائه شده پیرامون مادر جانشین توانسته است شرایطی را فراهم آورد که زنان مورد بهره کشی قرار نگیرند؟ آیا قوانین ایران به همان میزان که به ارث و نسب اهمیت می دهد به وضعیت زنان و مادران جایگزین نیز اهمیت داده است؟

پیشنهادها: در ابتدا پیشنهاد می شود تا پژوهش هایی میدانی در حیطه زنان و مادران جانشین صورت گرفته و این بار با دیدگاه های فمینیسمی به بررسی موضوع توجه شود.

با نظر به مطالعه حقوق کشورهای مختلف دنیا می توان گفت که روش نظارت قضایی پیشینی مناسب ترین الگو برای نظارت بر قراردادهای رحم جایگزین در ایران می باشد. به این ترتیب، همانند رویه قانونی موجود برای درخواست اهدای جنین در ایران، دادگاه پیش از انجام باروری از طریق رحم جایگزین بر شرایط زوج متقاضی و صلاحیت ایشان و مفاد قرارداد تنظیمی نظارت می نماید. همچنین مجوز دادگاه مستند تنظیم شناسنامه کودک به نام زوج متقاضی از سوی سازمان ثبت احوال خواهد بود. به علاوه، لازم است به منظور جلوگیری از ورود سودجویان و تجاری سازی روند درمان ناباروری، هر گونه تبلیغ تجاری در خصوص درمان ناباروری از طریق رحم جایگزین ممنوع شده و مجازات های کیفری مناسب برای افراد متخطی (زوج متقاضی، مادر حامل و واسطه گران) پیش بینی گردد.

## منابع و مآخذ

- ۱- قرآن کریم  
منابع فارسی:
- ۱- امامی. ع (۱۳۹۲). مطالعه مقایسه ای سلسله شناسی و جنسی در ایران و فرانسه. چاپ اول تهران: انتشارات میزان.
- ۲- جلالیا، محمد تقی (۱۳۸۶). «صحت قرارداد استفاده از رحم جایگزین»، مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۳۳۱ تا ۳۶۰)
- ۳- خامنه ای، سیدعلی (۱۳۷۹). اجوبه الاستفتاءات، تهران، انتشارات بین المللی الهدی.
- ۴- خمینی، روح الله (۱۳۸۵). توضیح المسائل، قم: موسسه اسماعیلی
- ۵- رخشنده رو، هامیرا (۱۳۸۶). «قرارداد استفاده از رحم زن» مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۳۸۴ تا ۴۰۹)
- ۶- روحانی، سید محمد صادق (۱۳۹۴). استفتاحات، قم: حدیث دل.
- ۷- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۱). ارث، تهران، انتشارات مجد.
- ۸- صانعی، یوسف (۱۳۹۱). مجمع المسائل، چ دوم، انتشارات میثم تمار.
- ۹- غفاری، معرفت (۱۳۷۷). سمپوزیوم مسایل فقهی حقوقی انتقال جنین، تهران، دانشگاه تهران.
- ۱۰- قاسم زاده، مرتضی (۱۳۹۱). «اجاره رحم در حقوق ایران» مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۴۳۷ تا ۴۵۳)
- ۱۱- قبله ای خویی، خلیل (۱۳۸۶). احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث، دوره ۶، شماره ۴، صص ۳۶۵-۳۷۱.

- ۱۲- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۲). بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم انسانی .
- ۱۳- مسجد سرایی، اعظم (۱۳۹۶). واکاوی حکم ارث حمل در تکنیک های نوین، حقوق پزشکی، شماره ۴۱: صص ۷۹-۵۹.
- ۱۴- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۳). استفتائات جدید، قم: مدرسه امام علی.
- ۱۵- موسوی سیستانی (۱۳۸۰). منهاج الصالحین. چاپ اول قم: کتابخانه سیستانی .
- ۱۶- موسوی اردبیلی، «استفتآت»، (۱۳۹۰). ج ۱، قم، انتشارات نجات
- ۱۷- نایب زاده، عباس (۱۳۷۹). بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی - «مادر جانشین - اهداء تخمک / جنین»، ص ۲۶۲.
- ۱۸- نجفی، محمدحسن (۱۳۹۴). جواهرالکلام، چ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه

## منابع لاتین:

- 19- Herring J. Medical Law and Ethics. 5th ed. Oxford: Oxford University Press; 2014. p.390; Kiani M, Bazmi SH. The ethical issues in surrogacy motherhood. Medical Ethics 2011; 5(15): 153-158.
- 20- Hague Conference on Private International Law.
- 21- Génétique. GPA: que s'est-il dit à la conférence de la Haye?, 2018 Avril 17. Available at: <http://www.genethique.org/fr>; Hague Conference on Private International Law (HCCH). The Parentage/Surrogacy Project, 2018. Available at: <https://www.hcch.net/de/projects/legislative-projects/parentagesurrogacy> .
- 22- Rezania-Mo'alleem MR. Medical fertility from the view of fiqh and law. Qom: Boustane Ketab; 2010. p.482. [Persian]
- 23- European Parliament, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. Brussels: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs; 2013. p.40-70 .

- 24- Trimmings K, Beaumont PR. International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level, United Kingdom. Oxford, Portland: Hart Publishing; 2013. p.230s.
- 25- La gestation pour autrui, Étude de législation comparée du Sénat. No.182. France: Service des études juridiques; 2008. p.12. Available at: <https://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf>.
- 26- La gestation pour autrui, Étude de législation comparée du Sénat. No 182. France: Service des études juridiques; 2008. p.31.
- 27- Oktay-Özdemir S. Incidence de la biomédecine sur la parenté en droit turc. In: Le Mintier-Feuillet Brigitte, Crespo-Brauner Maria-Claudia, Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale. Bruxelles: Bruylant; 2014. p.209 .
- 28- Cass. civ. 1re, 13 déc. 1989, n.88-15.655; Ass. plén., 31 mai 1991, n.9020.105. 11. Terré F, Fenouillet D, Goldie-Genicon CH. Droit civil: la famille. 9e éd. Paris: Dalloz; 2018. p.830.
- 29- Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'information du Sénat, No.421. France: Commission des affaires sociales du Sénat; 2008. p.14-16. Available at: <https://www.senat.fr/rap/r07-421/1074211.pdf>
- 30- Mater Semper Certa Est.
- 31- Malaurie PH, Fulchiron H. La famille. 6e éd. Paris: Lextenso; 2018. p.502.
- 32- Gaumont-Prat H. Bioéthique et droit: l'assistance médicale à la procréation. Bordeaux: les Études hospitalières; 2011. p.161.
- 33- Lemouland JJ. Droit de la famille. Paris: Ellipses; 2014. p.525.
- 34- Cass, civ. Ire, 13 sep. 2013 .

- 35- Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n.10-19053, n.09-66486, n.09-17130.
- 36- Cass. civ. 1re, 13 sep. 2013, n.12-30138 et 12-18315; Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n.12-50005.
- 37- CEDH 26 juin 2014, n.65192/11; CEDH 26 juin 2014, n.65941/11 .
- 38- Ass. plén., 3 juill. 2015, n.14-21323 et n.15-50002.
- 39- Courbe P, Gouttenoire A. Droit de la famille. 7e éd. Paris: Sirey; 2017. p.448.
- 40- Modern human reproductive techniques from the view of jurisprudence and law (conference proceedings). 3rd ed. Tehran: Samt publication & Avicenna specialized center for fertility; 2011. [Persian]; Rezanian-Mo'alleem MR. Medical fertility from the view of fiqh and law. Qom: Boustane Ketab; 2010. [Persian]; Hamdelahi A, Roshan M. Comparative study of surrogacy agreements in fiqh and law. Tehran: Majd; 2009 .
- 41- Milanifar A, Akhondi M, Behjati Z, Abdolahzadeh A. Issuing birth certificates and id cards for newborns following a surrogate birth and the legal and ethical responsibilities of the medical team. Journal of Reproduction and Infertility 2008; 9(1): 82-88 .
- 42- Tabatabaei MS, Jalili M. The analysis of financial and non-financial rights of children who were born by the method of surrogacy. Medical Law Journal 2014; 8(30): 37-63.
- 43- Available at:  
<http://www.j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx>.
- 44- Code of practice, HFEA, 2016, s. 14.2-14.4.
- 45- Jackson E. Medical Law: Text, Cases and Materials. 4th ed. United Kingdom: Oxford University Press; 2016. p.882; Herring J. Medical Law and Ethics. 5th ed. Oxford: Oxford University Press; 2014. p.388.

- 46- Harris-Short S, Miles J, George R. Family Law: Text, Cases and Materials. Oxford: Oxford University Press; 2015. p.656.
- 47- Trimmings K, Beaumont PR. International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level. Oxford: Hart publishing; 2013. p.369.
- 48- Mohseni E. Les enfants nés par l'assistance médicale à la procréation: étude comparée des droits français, anglais et iranien, thèse de doctorat. Lyon: Université Lyon III; 2017. p. 208.
- 49- Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010; Harris-Short S, Miles J, George R. Family Law: Text, Cases and Materials. Oxford: Oxford University Press; 2015. p.658.
- 50- European Parliament, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. Brussels: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs; 2013. p.40-50 .
- 51- Konstantinos AR. L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé, thèse de doctorat. Paris: Université PanthéonSorbonne; 2016.
- 52- Law No 3089/2002 for the regulation of medically assisted human reproduction and law No 3305-2005.

## Critical Evaluation of a Familiar Viewpoint on Female Checkers.

Fereshteh Ebrahimabadi <sup>۱</sup>

1- Jurisprudence and Law Ph.D, Sistan and Baluchestan University

### Abstract.

In the process of judicial proceedings, testimony to martyrdom is one of the institutions used in some cases. This second testimony is also referred to as witnesses and witnesses. One of the challenges of this institution is witnessing the inclusion of women. Because of the famous jurists, they do not accept subordination. But a group of things that women can see as genuine are their true testimony as well. The findings of this research, which have been done by descriptive-analytic method, show that the promise of the famous promise can be ruled out, and it is possible to reinforce the non-famous promise. In addition, On the fact that the judge issues his vote in the testimony of a genuine person, not the testimony of the subordinate because the witness is only in the court order to inform the judge of the authentic testimony of the individual, and as a result, it appears that informing the honest and just women that will ensure the judge's confidence In all cases, it is possible to accept.

**Keywords :** testimony, testimony value, women's testimony, authentic martyrdom, minor martyrdom.

---

<sup>۱</sup> Email: Fereshteebrahimabadi@gmail.com

## ارزیابی انتقادی دیدگاه مشهور در رابطه با شاهد فرع شدن زن

دکتر فرشته ابراهیم آبادی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۶/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۹/۲۴

### چکیده

در روند دادرسی قضایی شهادت بر شهادت یکی از نهاد هایی است که در مواردی کاربرد دارد این شهادت دوم را شهادت فرع و شاهد را نیز شاهد فرع می گویند. یکی از مباحث چالشی این نهاد، شاهد فرع شدن زنان است. چراکه مشهور فقها شاهد فرع شدن را نمی پذیرند. اما گروهی مواردی که زنان می توانند شاهد اصیل شوند، شهادت فرع آنان را نیز صحیح می دانند. یافته های این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی انجام گرفته است نشان میدهد، ادله قول مشهور قابل خدشه است و امکان تقویت قول غیر مشهور وجود دارد علاوه بر اینکه قاضی رای خود را مستند به شهادت فرد اصیل صادر می نمایند نه شهادت فرع چراکه شاهد فرع تنها در حکم اماره برای اطلاع قاضی از شهادت فرد اصیل بوده و در نتیجه به نظر می رسد اطلاع رسانی زنان صادق و عادل که موجب اطمینان قاضی شود در همه دعاوی امکان پذیرش دارد.

واژگان کلیدی: شهادت، ارزش شهادت، شهادت زنان، شهادت اصیل، شهادت فرعی.



<sup>۱</sup> - دانش آموخته دکتری فقه و حقوق دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران.

**مقدمه**

از نقطه نظر فقهی شهادت زنان به واسطه یکسری از بن بست های فقهی که در روایات چرایی آن به درستی مورد اشاره واقع نشده است مورد تردید واقع شده و جز در پاره‌ای از موارد، شهادت آنان پذیرفته نمی‌شود بر همین اساس جمع کثیری از فقها بر این اندیشه‌اند که علاوه بر شهادت مستقیم در رابطه با زنان، شهادت با واسطه آنان که به شهادت فرع مشهور است پذیرفته نمی‌شود لکن علت استناد این فقها برای تسری حکم عدم امکان شهادت مستقیم با شهادت بر شهادت به درستی مشخص و مبرهن نیست، در این پژوهش رویکرد اصلی نویسندگان آنست که دیدگاه غیر مشهور بر امکان پذیرش شهادت بر شهادت زنان را به اثبات برساند از همین رو با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی ابتدا الزامات باب شهادت مورد ارزیابی قرار می‌گیرد تا مشخص شود اساساً آیا زن می‌تواند به عنوان شاهد در بسیاری از امور قرار بگیرد یا خیر و سپس به بیان مبانی نظر فقها در مورد شهادت فرع اشاره می‌نماییم و با ارزیابی دیدگاه‌های ارائه شده مبتنی بر آن مبانی، نتیجه گیری می‌شود.

**تعریف شهادت**

برای شهادت در لغت دو ریشه معرفی نمودند برخی آنرا از باب «شهد یشهد، شهودا» می‌دانند که در معنای حاضر شدن است و برخی آنرا از ریشه «شهد یشهد، شهاده» به معنای خبر دادن و ادا کردن می‌دانند (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۹۴). از نظر اصطلاحی شهادت یا گواهی در معنای ظاهری دیدن و گواهی دادن بکار برده می‌شود از این رو شهادت دارای یک مفهوم عرفی و قانونی است (عزتی، ۱۳۷۱، صص ۱۶۳-۱۷۹).

**تعریف شهادت فرع**

شاهد یا خود، مستقیم گواه واقعه بوده و بر آن شهادت می‌دهد و یا به واسطه شاهد واقعه از آن رخداد اطلاع یافته و بر شهادت او گواهی می‌دهد. کسی که خود گواه واقعه بوده است و

بر آن شهادت می‌دهد، شهادتش شهادت اصل و خود وی شاهد اصل و کسی که بر شهادت او نزد حاکم شهادت می‌دهد، شهادتش شهادت فرع و خود او شاهد فرع نامیده می‌شود (طوسی، ۳۱۹/۶؛ نراقی، ۱۸/۳۸۴؛ نجفی، ۴۱/۱۸۹).

### صحت شهادت فرع

فقها بر این عقیده اند که شهادت بر شهادت صحیح است لذا کلیه آثاری که شهادت شاهد اصیل برای یک مساله در پی دارد در مورد شهادت فرع نیز قابل اعمال است (طوسی، ج ۶، ص ۳۱۹؛ نراقی، ج ۱۸، ص ۳۸۴، نجفی، ج ۴۱، ص ۱۸۹) از دیدگاه قانونی نیز بر اساس اطلاق ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی که اشعار میدارد: « شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا به واسطه مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود » می‌توان درک کرد که اصلتا مقنن شهادت بر شهادت را مورد پذیرش قرار داده است لکن توسل به آنرا مقوم به شرایطی همچون فوت و یا بیماری و... میدانند که البته همین موضع مورد تایید فقها نیز می‌باشد در نتیجه در صورتی که شاهد بتواند برای ادای شهادت حاضر شود، شهادت بر شهادت وی مورد استماع از نظر فقها نخواهد بود (طوسی؛ ج ۶، ص ۳۲۱؛ نراقی، ج ۱۸، ص ۳۵۰).

### پذیرش شهادت فرع

اینکه شهادت بر شهادت در حق الناس مورد پذیرش است ظاهرا مورد اتفاق فقها است لذا در اموری مانند قصاص یا امور مالی نظیر مضاربه، قرض، عقد های معاوضی نظیر بیع و اجاره و غیر مالی نظیر طلاق، نسب و عتق و یا از اموری که مردها غالبا از آن بی اطلاع محسوب می‌شوند مانند عیوب درونی زنان که موجب حق فسخ نکاح است و یا ولادت و مواردی از این دست، شهادت بر شهادت مورد قبول واقع می‌شود. (محقق حلی، ج ۴، ص ۹۲۵؛ علامه حلی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۲۸۴؛ همو، بی تا، ج ۳، ص ۵۰۴؛ الدروس الشرعیه، ج ۲، ص ۱۴۱). البته

مستند بر برخی از روایات فقها شهادت بر شهادت را در اموری که حق الله محض بشمار می روند نظیر حد لواط، زنا، و مساحقه مورد پذیرش قرار نمی دهند اما در مورد حدودی که مشترک بین حق الله و حق الناس است مانند حد سرقت و قذف اختلاف دارند لکن دیدگاه مشهور بر عدم اثبات حد با شهادت بر شهادت است (شهید ثانی، ج ۱۴، ص ۲۸۶؛ نراقی، ج ۱۸ ص ۳۹۰؛ محقق حلی، ج ۴، ص ۹۲۵) اما اینکه با شهادت فرع در غیر از حدود الله همچون زکات، وقف و رویت هلال این شهادت مورد پذیرش است یا نه این مساله نیز از مصادیق اختلافی بین فقها است، عده ای نیز تصریح کرده اند که تعزیر نیز همچون حد با شهادت بر شهادت ثابت نمی شود (نجفی، ج ۴۱، ص ۱۹۰-۱۹۲).

البته فقها بر این امر نیز تصریح کرده اند که اگر متعلق شهادت علاوه بر حد دارای آثاری باشد نظیر حرمت مادر و خواهر لواط دهنده برای ازدواج با لواط کننده و یا زنا با بستگان نسبی همچون خاله و عمه که موجب حرمت نکاح با دختران آنان می شود در این مواقع با شهادت بر شهادت، این آثار محقق می گردد هرچند اصل حد اثبات نمی شود (نجفی، ج ۴۱، ص ۱۹۱ و ۲۰۹؛ شهید ثانی، ج ۱۴، ص ۲۸۸).

از نقطه نظر قانونی نیز به موجب ماده ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «جرائم موجب حد و تعزیر با شهادت بر شهادت اثبات نمی شود لکن قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قابل اثبات است» هرچند حقوق دانان جبهه ای موافق با نظریات فقهی اخذ نموده اند و امور مالی را قابل اثبات می دانند ولی عدم تصریح مقنن بر اثبات آثار جرایمی که با شهادت بر شهادت اثبات نمی شود به این معنا نیست که این آثار محقق نشود به بیان بهتر دیه، ضمان مالی از ادات حصر بشمار نمی روند بلکه تمثیلی است در نتیجه آثار حرمت یاد شده قابل اثبات خواهد بود.

### اصول و قواعد پذیرش شهادت فرع

برای آنکه شهادت فرع مورد پذیرش قرار بگیرد فقها بر اصولی اعتقاد دارند که عبارتند از:

۱- مطابق با اجماع در مورد شهادت بر شهادت، اصل بر آنست که در قبال هر شاهد اصیل، دو شاهد فرع می‌بایست بجای وی شهادت دهند.

۲- مطلب بعدی آنکه با توجه به روایت‌های متعدد نظیر روایت طلحه بن زید و غیاث بن ابراهیم: «عن علیّ (علیه السلام) أنه کان لا یجیز شهاده علی شهاده فی حدّ» و «لا تجوز شهاده علی شهاده فی حدّ، و لا کفاله فی حدّ» شهادت بر شهادت در حدود اعم از آنکه حد الله باشد یا حد خصوصی نظیر قذف، مورد پذیرش نیست، البته کسانیکه استناد خود را بر عدم صحت یا اعتبار شهادت فرع بر حدود حق الناسی می‌دانند به عموم اخبار مطابق قاعده درء اشاره می‌کنند. هرچند نظر مخالف در این باره وجود دارد چراکه آنها ابراز می‌دارند در حدی که توأم با حکم قصاص است قطعاً شهادت فرع مورد پذیرش است چون حق آدمی است لذا در این موارد نیز باید شهادت فرع را پذیرفت.

۳- شرط پذیرش شهادت فرع، تعذر شاهد اصل برای ادای شهادت به واسطه مرض یا خوف جان، یا دوری مسافت و ... است لذا اگر برای وی تعذری نباشد شهادت فرع پذیرفته نخواهد بود. در این باره هم روایت صحیحه محمد متقدمه و هم اجماع بدون طوسی وجود دارد. (فاضل هندی، ج ۱۰، ص ۳۶۶؛ نراقی، ج ۱۸، ص ۳۹۲؛ نجفی، ج ۴۱، ص ۲۰۰) همین دیدگاه توسط مقنن نیز مورد پذیرش واقع شده است لذا قانون‌گذار در ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی اشعار میدارد: «: شهادت بر شهادت شرعی در صورتی معتبر است که شاهد اصلی فوت نموده و یا به علت غیبت، بیماری و امثال آن، حضور وی متعذر باشد. تبصره:

شاهد بر شهادت شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای شاهد اصلی باشد.

شهادت بر شهادت شاهد فرع، معتبر نیست.»

ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی نیز بر این امر تاکید دارد لذا اگر شاهد بتواند در دادگاه حاضر شود

و یا آنکه بتواند در محلی غیر از دادگاه در مقابل قاضی که از قاضی دادگاه نیابت در اخذ

شهادت دارد، شهادت بدهد شهادت وی مورد پذیرش است و نوبت به شاهد فرع نمی رسد (ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴).

۴- اگر شاهد اصل شهادت شهود فرع را انکار کند. چون وی اصلی محسوب می شود لذا حرف وی مستند خواهد بود و حضور وی دلالت بر عدم اعتبار شهادت شهود فرع است. اما اگر اصیل ابتدا حقیقت را انکار کند و سپس شهود فرع شهادت بدهند بنا بر دیدگاه محقق اردبیلی شهادت مورد پذیرش است. زیرا در مورد اول، فرد اصیل شهادت فرع را هدف قرار داده که این امر به عدم اصالت شهود باز می گردد ولی در مصداق دوم حقیقت را ملاک نظر قرار داده در نتیجه انکار آن ممکن است توسط شاهد فرع مورد تردید واقع شود (مقدس اردبیلی، ۱۲: ۴۷۸).

### شهادت زنان به عنوان شاهد اصیل

فقها در اینکه شهادت فرع توسط زنان در اموری که شهادت آنها به عنوان اصل مورد پذیرش قرار نگرفته است تردید بخود راه نمی دهند و لذا شهادت فرع آنها را فاقد اعتبار می دانند لکن در مورد پذیرش شهادت زنان در شهادت در اموری که شهادت آنان به عنوان اصل مورد قبول است یا شهادتشان با انضمام با شهادت مردان مورد قبول است، مورد اختلافی است (نراقی، ج ۱۸، ص ۳۹۶).

در این باره به نظر می رسد که ادله فقها باید به درستی مورد ارزیابی قرار بگیرد زیرا منطبق عدم پذیرش شهادت زنان به عنوان فرد اصیل محل اشکالات متعددی است از جمله آنکه اگر در شرایط محیطی وقوع رفتاری خاص، جز زنان، فردی قادر به تحمل شهادت نبوده باشد چرا نباید شهادت این افراد مورد پذیرش باشد؟ یا در صورتی که شهادت برای احقاق حقی از یک زن در مقابل زنی دیگر باشد چرا نباید شهادت این افراد مورد پذیرش قرار بگیرد؟ از همین رو در ادامه به نقد دلیل عدم پذیرش شهادت زنان به عنوان شاهد اصیل می پردازیم چرا که به نظر می رسد ادله مورد استناد در رد شهادت زنان به عنوان شاهد فرع نیز همان موارد می باشد.

### نقد ادله قائلین بر عدم پذیرش شهادت زنان به عنوان فرد اصیل

پیش از هر چیز باید ابراز کرد که منطق پذیرش شهادت به عنوان یک فرد اصیل وابسته به معیار و فاکتورهایی برای ارزش دهی به شهادت است لذا باید این فاکتورها مورد ارزیابی قرار بگیرد و آن وقت مشخص شود اگر این فاکتورها رعایت شود آیا میتوان از آن شهادت به عنوان یک شهادت اصیل یاد نمود یا خیر؟

اما پیرامون ارزش شهادت سؤال اصلی که باید بدان پاسخ داد آن است که ارزش شهادت وابسته به چه علل و فاکتورهایی است؟ پاسخ به این سؤال نقش مهمی در تحلیل انتقادی نسبت به نظر مشهور در رابطه با شهادت زنان دارد لذا بدیهی است که باید به درستی بدان پرداخته شود.

آن گونه که از روایات و فتاوی معتبر فقهی می توان درک نمود ارزش شهادت وابسته به علل مختلفی است از آن جمله می توان به موضوع شهادت و خصوصیات و ویژگی های شخص اداء کننده شهادت اشاره نمود. برابر قسم اول مطابق با اصول فقهی در برخی از امور تنها شهادت مردان و در برخی دیگر تنها شهادت زنان یا شهادت زنان به انضمام شهادت مردان مورد قبول است به عنوان مثال بیان شده است، جرایمی مانند زنا، لواط، مساحقه تنها با شهادت چهار مرد و یا شهادت سه مرد به انضمام شهادت دو زن به اثبات می رسد و در شهادت زنایی که مستوجب تازیانه است شهادت دو مرد به همراه چهار زن کفایت می کند (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۵۶). برابر با قسم دوم نیز شهادت برخی از افراد به واسطه خصوصیات ظاهری و یا باطنی که در افراد وجود دارد شهادتشان مورد قبول واقع نمی شود به عنوان مثال شهادت طفل صغیر مادامی که بالغ نشود، شهادت کافر بر علیه مسلمان، مادامی که اسلام نیاورد (کلانتری خلیل آباد، ۱۳۸۷، صص ۱۴۳-۱۷۰)، شهادت ولد زنا و یا شهادت شخصی که به قوادی شهره است مادامی که توبه وی اثبات نشود (دهکلانی، ۱۳۹۲، صص ۱۵۱-۱۸۰) در دادگاه به عنوان مستند شرعی مورد توجه قرار نمی گیرد ولی می تواند به عنوان اماره مورد استناد رأی دادگاه باشد.

### نقد ادله مبتنی بر شخصیت شاهد

برابر اتفاق نظر فقها شاهد باید طاهر المولد باشد، هرچند ولادت انسان به اختیار خود وی رقم نمی‌خورد (صرف نظر از دیدگاه مخالفی که در این زمینه وجود دارد)، لکن باور فقهی بر این امر استوار است که نوع حیات آدمی بر ملکه عدالت در وی تأثیر گذار است در نتیجه فردی که به هر نحوی این ملکه در مورد وی خدشه پذیر باشد نمی‌تواند شهادت شرعی دهد، لذا شهادتش تنها به عنوان استماع مورد توجه است از همین رو فردی که مرتکب جرم قوادی می‌شود شهادتش مورد پذیرش نیست زیرا باور بر این است که ملکه عدالت در مورد وی زائل گردیده است یا فردی که دارای حالت جنون است از وی شهادتش را نمی‌پذیرند زیرا ملکه عقل در مورد وی محل تردید است یا کسی که به اجبار مبادرت به ادای شهادت می‌نماید، آن شهادت مورد قبول نیست زیرا قوه اختیار در مورد وی زائل شده محسوب می‌شود (سجادی نژاد، ۱۳۹۱، صص ۱۳۹-۱۵۸)؛ پس فی نفسه می‌توان نتیجه گرفت ارزش شهادت مبتنی بر آن است که شرایط اهلیت در شهادت نظیر (بلوغ، عقل، اختیار، عدالت) در یک فرد جمع شده باشد و تنها در این صورت است که شهادت این شخص باید به عنوان مستند شرعی مورد پذیرش باشد. هر چند نویسندگان با این دیدگاه موافق هستند ولی به نظر می‌رسد چنانچه تحمل شهادت جز افرادی که به هر دلیلی ملکه عدالت در مورد آنها مورد تردید است ممکن نبوده باشد و یا از شهادت آنها که به عنوان استماع و نه دلیل در دادگاه مطرح می‌شود، قاضی مفید علم نماید در این صورت می‌توان قید نوع حیات آدمی و ملکه عدالت در شاهد را در صدور حکم نادیده گرفت.

### نقد ادله مبتنی بر موضوع شهادت

مطابق با قواعد و دستورات شرعی وارد شده جنسیت نقش مهمی در پذیرش شهادت ایفا نمی‌کند لکن در امور مختلف میزان و تعداد شهادت برای اثبات جرم متکی به جنسیت شاهد کاهش یا افزایش پیدا می‌کند به عنوان مثال در امری مانند زنا یا به عنف شهادت سه مرد همراه

دو زن می‌تواند این امر را اثبات کند و یا در برخی از امور مانند رویت هلال ماه صرفاً شهادت مردان پذیرفته شده است و یا در رابطه با اموری که مختص به یک جنس است مانند لواط برای مردان، اثبات این جرم از جنسیت شاهد تبعیت می‌کند لذا در امر لواط شهادت جمع کثیری از زنان نیز بدون حضور مرد و یا انضمام شهادت حتی سه مرد این امر را اثبات نمی‌کند و در جرمی مانند زنا شهادت چهار مرد و یا جمع کثیری از مردان چنانچه در مقابل شهادت چهار زن که به باکرگی آن زن شهادت بدهند فاقد ارزش است و جرمی را به اثبات نمی‌رساند (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۲۲۶).

در قذف، شرب خمر، و یا حد سرقت از نظر فقهی تنها شهادت دو مرد مورد پذیرش است لکن از نظر جنبه مالی در سرقت شهادت یک مرد و دو زن مورد قبول واقع شده است. در سایر امور نظیر زکات، خمس، کفاره، نذر، رویت هلال، ادعای عفو قاتل از قصاص، طلاق، طلاق خلع (هرچند متضمن امور مالی باشد) و... صراحتاً شهادت مردان مورد توجه شارع مقدس بوده و شهادت زنان حتی با انضمام به مردان مورد توجه واقع نشده است در همه این مصادیق فقها اتفاق نظر دارند که چون مقصود از شهادت امور مالی نیست لذا شهادت زنان در آن محل اشکال است (علی محمدی و حسینی، ۱۳۹۲، صص ۱۱۶-۱۱۸)؛ در نتیجه فقها شهادت زنان را در امور مالی و یا هر حقی که به مال ختم شود مانند لزوم پرداخت دیه در قتل خطئی، شهادت زنان را به انضمام مردان مورد پذیرش قرار می‌دهند (شوشتری، ۱۴۰۶، ج ۶، ص ۴۰۸-۴۰۹) اما در اموری که غالباً مختص به زنان است نه تنها شهادت مردان بلکه شهادت زنان به تنهایی مورد استناد است نظیر استهلال، عیوب باطنی زن، بکارت، رضاع و... (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۵۷) در این میانه برخی از امور نیز هستند که شهادت زنان را به صورت موردی مورد تأیید قرار داده‌اند در نتیجه ارزش آن وابسته به تعداد شهود دانسته شده است به عنوان مثال در وصیت، شهادت یک زن می‌تواند یک چهارم میزان ترکه را مشمول وصیت نماید (علی محمدی و حسینی، پیشین).

نکته آنکه عدم پذیرش شهادت به عنوان مستند حکم به معنای عدم پذیرش آن برای اعمال برخی از قواعد فقهی نیست از همین رو در جرمی مانند لواط شهادت سه مرد به انضمام جمعی از زنان حرمت سببی نکاح به موطوئه را به اثبات می‌رساند لکن لواط به اثبات نمی‌رسد؛ یا شهادت ۴ زن بر وقوع زنا، حرمت ناشی از نکاح با مادر زانیه را برای زانی به اثبات می‌رساند هر چند اصل مجازات زنا را برای زانی به اثبات نرساند (نراقی، ج ۱۸، ص ۴۰۲).

آنچه که از میزان نوع شهادت و یا تعداد شهود در فقه مطرح گردیده است به صورت اجمالی می‌توان گفت با توجه به اینکه در اسلام ولایت و سرپرستی به مردان داده شده است (ارسطا، ۱۳۸۷، صص ۱۱۵-۱۴۲)، در نتیجه هر شهادتی که موجب از بین بردن این ولایت شود مورد پذیرش واقع نشده است از همین رو در امری مانند لواط یا قصاص یا عفو قاتل و یا طلاق و... که در هریک از آنان به نوعی یا با از بین رفتن یک مرد (کشته شدن وی به واسطه اجرای حد و قصاص) یا با ایجاد تفرقه بین وی و همسر (باطلاق) ولایت را از مرد سلب می‌نماید در نتیجه شهادت زنان به رسمیت شناخته نشده تا همواره در سیطره ولایت مردان قرار بگیرند ولی در اموری که به ولایت ارتباط نداشته باشد نظیر امور مالی (چرا که اسلام استقلال مالی زنان را می‌پذیرد) شهادت زنان به تنهایی یا با انضمام مورد پذیرش است؛ (پس شاید بتوان گفت که مبحث موضوعیت داشتن شهادت زنان وابسته به میزان حفاظت مردان در برابر آثار ناشی از اجرای احکام الهی است).

### نقد ادله مبتنی بر ساختار زمان و مکان

لازم به ذکر است که عدم ارزش شهادت یک جنس وابسته به دو عامل زمان و مکان است لذا در رویت هلال اگر چه پذیرش آن منوط به جنسیت مرد بوده است اما اگر در یک ابعاد جغرافیایی خاص تنها زنان وجود داشته باشند شهادت این افراد به رویت هلال برای زنانی که در آن محیط هستند حجت است چرا که اگر بر حجیت در این مساله تردید نماییم، بلاشک آن جمعیت زنان ممکن است مرتکب حرام (روزه روز عید فطر) گردند پس من باب قاعده ضرورات (عبداللهی علی بیگ، ۱۳۸۳، صص ۸۳-۱۲۴) و از باب رجوع به اصل (اهلیت در

شهادت)، و با توجه به قاعده دفع مفسد (واعظی، ۱۳۹۵، صص ۱۳۷-۱۵۶)، و با استعانت از قاعده ملازمه (مظاهری کوهانستانی و نیازی، ۱۳۹۵، صص ۱۲۵-۱۵۲) و نظر به قاعده تناسب (شهادت هم جنس برای هم جنس) و با توجه به اصل رجوع به مرجحات در تراحم و تعارض (جزایری و عشایری منفرد، ۱۳۹۰، صص ۷-۵۸)، می‌توان به این نتیجه رسید که شهادت دو زن برای زنان دیگر در آن محیط صحیح است و مخالفت شرعی ندارد، مضاف بر اینکه ادعای صحت چنین شهادتی از آن جهت تقویت می‌شود که تا کنون هیچ فقیهی مخالفت با آنرا صراحتاً ذکر نکرده است چه آنکه مفروضات قاطبه فقها بر اجتماع زنان و مردان بوده است ولی ماهیت زندگی عصر حاضر که گاه زندگی زنان را در یک محیط الزامی می‌نماید نظیر خوابگاه‌های دانشجویی و... افراد را ناگزیر از پذیرش شهادت می‌کند.

### شهادت زنان به عنوان شاهد فرع

به طور کلی دو دیدگاه در مورد شهادت زنان به عنوان شاهد فرع ارائه می‌شود، در دیدگاه نخست قول مشهور بر این عقیده است که شهادت فرع مختص به مردان است (نراقی، ج ۱۸، صص ۳۹۳-۳۹۴؛ نجفی، ج ۴۱، صص ۲۰۷-۲۰۸) لذا شهادت فرع از زنان مورد پذیرش نمی‌باشد. لذا افرادی مانند ابن ادریس، محقق حلی، علامه حلی، شهید ثانی، فخر المحققین، سیوطی، خوئی، و حتی افرادی مانند محقق سبزواری، فیض کاشانی، صراحتاً تصریح می‌کنند که حتی در اموری که شهادت زن به تنهایی یا با انضمام با شهادت مردان تایید می‌شود، شهادت فرع آنان قابل پذیرش نیست (ابن ادریس ۲: ۱۲۸، ابن بابویه ۴: ۱۴۰، شهید اول ۲: ۲۴۲، ابن عاشور ۲: ۲۱۶، قاضی نعمان ۴: ۴۴۸، و نقله عن النکت فی طباطبایی حائری ۲: ۴۵۵، شهید ثانی ۲: ۴۱۸، خوئی ۴: ۳۱۹) این دیدگاه به حدی طرف دار دارد که برخی مانند ابن معالی ادعای عدم مخالفت در این زمینه کرده اند (طباطبایی حائری ۲: ۴۵۵). لکن برخی مانند اسکافی بر جواز پذیرش این شهادت رای دارند (طباطبایی حائری ۲: ۴۵۵).

## نقد و تحلیل ادله قائلین به عدم پذیرش شهادت فرع زنان

قائلین به عدم پذیرش شهادت زنان دلایلی را ابراز می کنند که محور بحث موضوعی آنها در یکی از این سه مورد خلاصه می شود: ۱- شهادت زنان مورد منع روایی است. ۲- شهادت زنان در شهادت فرع حقیقت نفسی دارد لذا مورد پذیرش نیست. ۳- عدم پذیرش شهادت فرع زنان مطابق با اصل است که در اصل شهادت ایشان مورد پذیرش نیست، ۴- اجماع بر عدم پذیرش شهادت زنان وجود دارد.

### ۱- نقد و تحلیل منع روایی شهادت زنان

اصحاب اجماع برای مدعای خود (عدم پذیرش شهادت زنان) به روایت سکونی متوسل می شوند، در این روایت سکونی نقل می کند که: «شهادة النساء لا تجوز فی طلاق و لا نکاح و لا حدود، إلاً الدیون و ما لا یستطیع إلیه النظر للرجال» (طوسی ۶: ۲۸۱، ۷۷۳، همو، ۱۳۶۳، ۳: ۲۵، ۸۰، حرعاملی ۲۷: ۳۶۲ أبواب الشهادت ب ۲۴ ح ۴۲). و می گویند در این روایت چون شهادت زنان مورد منع قرار گرفته است لذا نباید شهادت ایشان در شهادت فرع مورد استناد باشد. لکن در مورد این روایت چند مطلب قابل تامل است:

۱- خود روایت مشخصاً بیان کرده است شهادت زنان در مورد حدود، طلاق، نکاح مورد پذیرش نیست و مقصود از شهادت در اینجا همان شهادت به عنوان اصیل است زیرا در روایات دیگر نیز شهادت زن در حدود و قصاص مورد پذیرش نبوده است اما اولاً تصریح به عدم صحت شاهد فرع شدن زن ندارد و ثانیاً در اینجا وی تنها انتقال دهنده اخباری مبنی بر شهادت در محضر دادگاه است و استناد حکم دادگاه به شهادت زن نیست بلکه به شهادت مردی است که اصیل محسوب می شود در نتیجه می توان گفت حتی در اموری مانند طلاق، نکاح و حدود، زن می تواند شاهد فرع باشد.

۲- از این روایت از باب اولویت فقها بر این عقیده اند چون زن شاهد اصل نمی شود «شهادة النساء لا تجوز» پس شاهد فرع نباید بشود درحالیکه این برداشت صحیح نیست زیرا برابر آیه

۲۸۲ سوره مبارکه چون زن نمی‌توانست به تنهایی شاهد شود در این صورت شهادت زن دیگری را به وی منضم نمودند لذا از باب موضوعیت شهادت زنان اگر به قضیه نگاه کنیم، زنان می‌توانند شاهد فرع شوند چراکه تنها شهادت اصل از آنها سلب شده است درحالیکه شهادت فرع شدن در هیچ روایتی از آنها سلب نشده است و با توجه به اینکه «اثبات شیء نفی ماعدا» نمی‌کند نمی‌توان از این بیان معصوم (ع) برداشت کرد که زن نمی‌تواند شاهد فرع شود زیرا این بیان معصوم (ع) حامل قید امر نیست که مفهوم مخالف آن نهی از ضد باشد بلکه حاوی اعلام خبر است از یک وضعیت که نافی وضعیت‌های دیگر نشده است مانند آنکه معصوم (ع) بگوید امروز هوا بارانی است! این به این معنا نیست که فردا آفتابی نیست یا در هوای بارانی نمی‌توان بیرون رفت یا ... در نتیجه شهادت فرع برای زن ایرادی بر اساس این روایت ندارد.

۳- شهادت زنان در امور حدی مربوط به زنان قطعاً بر اساس این روایت مورد پذیرش است زیرا در جایی که فقط زنان حضور دارند مانند حمام زنانه، یا خوابگاه یا حتی در منزل در حالیکه اتافی مجزای برای زنان وجود داشته باشد و زنان در آن بخش باشند قطعاً امکان نظر در آنها ندارند لذا قید «لاحدود» در متن روایت با جمله بعدی آن «إلاّ الادیون و ما لا یستطیع إلیه النظر للرجال» تخصیص خورده است لذا در حد زنا و یا مساحقه و یا قذف، وابسته به موقعیت مکانی «به واسطه قید نظر که شامل هم شنیدن و هم دیدن می‌شود»، در صورتی که مرد نتواند در آنجا عادتاً حاضر شود در این صورت شهادت وی به عنوان فرد اصیل باید مورد پذیرش باشد و ظاهر روایت منعی در این باره ندارد در نتیجه وقتی زن می‌تواند شاهد اصیل باشد به طریق اولی می‌تواند در امور حدی که مختص به او است و یا از نظر ابعاد مکانی تنها زنان در آن محیط حضور دارند شاهد فرع شود.

۴- در روایت شهادت زنان برای اثبات طلاق، نکاح و یا حد منع شده است ولی برای سقوط حد، اثبات عدم طلاق یا اثبات عدم محرمیت بین دو نفر، منعی وجود ندارد در نتیجه زنان می‌توانند برای رفع حد یا سایر موارد شهادت بدهند در این صورت حتی دو زن می‌تواند بدل از ۴ شاهد زن در امور حدی و دو شاهد زن در امور طلاق و نکاح شاهد فرع شوند که

در این صورت حسب مورد تعداد دفعاتی که باید شهادت دهند بیشتر خواهد شد. به این صورت که به عنوان مثال برای شهادت برای سقوط حد زنا از یک زن، اگر ۴ شاهد زن وجود داشته باشند که به باکرگی زن شهادت داده باشند، در این صورت دو زن به عنوان شاهد فرع می‌تواند بدل از هر یک از شهود اصیل (زن) به باکرگی آن زن شهادت دهند و حد را از وی ساقط نمایند.

۵- قید «إِلَّا الدیون و ما لا یستطیع إلیه النظر للرجال» در این روایت و قید «إِنَّ لَمْ یَكُونَا رَجُلَیْنِ» دلالت بر قابلیت استفاده از شهادت زنان در تعذر دارد در این صورت برای جمع بین روایت و آیه شریفه می‌توان گفت که در اموری مانند طلاق و نکاح و حدود در صورت تعذر از حضور شاهد مرد می‌توان از شاهد زن و مرد به عنوان شاهد فرع استفاده نمود چه آنکه ضابطه کلی در مورد شرط پذیرش زنان می‌تواند همین دو قید باشد در این صورت در هر موردی ولو مصادیقی که صراحتاً در شرع منع وجود دارد ولی این دو قید نسبت به آنها قابلیت اعمال داشته باشد از باب قاعده حکومت می‌توان بر صحت شهادت فرع زنان رای مثبت داد.

## ۲- نقد و تحلیل حقیقت نفسی شهادت زنان

برخی مانند حر عاملی اظهار می‌دارند قول « فی الحد » در روایت دلالت بر عدم پذیرش شهادت حتی در شهادت ثانویه دارد لذا در امور حدی به هیچ وجه نمیتوان شهادت زنان را مورد پذیرش قرار داد (حرعاملی ۲۷: ۳۶۲ أبواب الشهادات ب ۲۴ ح ۴۲). زیرا این قید نشان از آن دارد که شهادت زنان شهادتی است قائم بر نفس و چون نفس جنسیت زن از ادای شهادت به عنوان فرد اصیل محروم شده است لذا در شهادت فرع نیز نباید شهادتش استماع شود. در مقابل باید گفت که شهادت زنان در شهادت فرع استماع می‌شود چون شهادت فرع شهادت حقیقی نیست که بخواهیم مانع از استماع آن شویم بلکه شهادتی است بدل از شهادت فرد اصیل در نتیجه استماع آن خروج از حقیقت نخواهد بود. پس حتی میتوان حدود را با شهادت فرع به اثبات رسانید چراکه شهادت فرع خود بدل از فرد اصیل است نه آنکه خودش اصالت داشته باشد وقتی اصالت عرضی است و نه اثباتی پس لزومی برای مخالفت با آن

احساس نمی شود. امارات در زمره مصادیق اطلاع علم قاضی است و علم قاضی بر اصل کفایت از برای صدور حکم دارد و لذا تفاوتی ندارد که علم با شهادت کتبی حاصل شده باشد یا با شهادت فرع دو زن که حاکی از اخبار شاهد نزد قاضی است.

### ۳- نقد و تحلیل تعیین اصالت در شهادت فرع

اصحاب اجماع معتقدند که عدم پذیرش شهادت زنان موافق با اصل است زیرا در عموم آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره خداوند متعال فرموده است: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» این بدان معنی است که اصل در شهادت برای مردان است و روایت سکونی نیز با اصل تطابق دارد لذا وقتی شهادت زن به عنوان فرد اصیل مورد پذیرش نیست پس شهادت فرع آنان نیز مورد پذیرش نیست و این صرف نظر از آنست که آیه ۲۸۲ سوره بقره که جواز پذیرش شهادت زنان تنها به دین اختصاص دارد چنانچه روایت داود بن حصین نیز بر آن تاکید دارد: «لِقَائِلٍ: فَأَتَى ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى قَوْلَهُ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ؟ قَالَ: «ذَلِكَ فِي الدِّينِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ رَجُلَانِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ»، (طوسی ۶: ۲۸۱، ۷۷۴، طوسی ۳: ۲۶، ۸۱، حرعاملی ۲۷: ۳۶۰ أبواب الشهادات ب ۲۴ ح ۳۵). پس هر امری غیر از دین اگر مورد و مصداق شهادت باشد باید به اصل برگردیم و اصل همان جواز شهادت برای مردان است که ذکر گردید. این در حالی است که باید توجه داشت وقتی علت عدم پذیرش شهادت زنان در اصل نا مشخص است پس به دلالت اولویت نباید برای آنان در شهادت فرع قائل به جواز بود زیرا فلسفه عدم جواز شهادت برای زنان مشخص نیست که بگوییم آن علت حذف شده است و لذا آنها می توانند شهادت فرع بدهند (طباطبایی حائری ۲: ۴۵۵).

### نقد و بررسی: در رابطه با آیه استنادی دیدگاه مشهور

اولا در آیه ۲۸۲ سوره بقره بارکه شهادت زنان به انضمام مردان در امور مالی مورد تأیید است پس در شهادت فرع حداقل این مساله با منضم شدن شاهد مرد باید مورد تأیید فقها باشد

زیرا وقتی در شهادت اصیل این مورد رعایت می‌شود در شهادت فرع به طریق اولی باید مورد پذیرش باشد. با این فرض چنانچه در یک امر مالی یک شاهد مرد و دو شاهد زن به عنوان افراد اصیل حضور داشته باشند برای شهادت فرع که بجای این افراد شهادت بدهند بایستی یک مرد و شش زن حاضر باشند، یک مرد بدل از مردی که اصیل است شهادت می‌دهد و چهار زن بدل از دو زنی که شاهد اصیل هستند و دو زن دیگر بدل از نفر دوم شاهد فرع برای مرد اصیل می‌توانند شهادت بدهند ولی گفتیم که دو زن می‌توانند چند مرتبه شهادت خود را تکرار نمایند در این صورت برای شهادت فرع تنها یک مرد و دو زن کفایت است.

از دیگر سو فلسفه دو شاهد زن بودن در آیه مطرح شده است: «أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى» پس اگر اثبات شود که تزلزلی در شهادت زن وجود ندارد نیازی به ضمیمه کردن شهادت زن دیگر به شهادت زن اول نیست، همانطوری که در آیه ۱۰۶ سوره مبارکه مائده «إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَنْ نُشْتَرِيَ بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نُنْكِتُمْ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ» نیز شرط سوگند دادن شهود غیر مسلمان در زمان اذان شک بر صداقت ایشان دانسته شده است لذا اگر شکی وجود نداشته باشد اساساً نیازی به سوگند دادن آنها در وقت اذان نیست، به بیان بهتر هر زمانی که شکی در اصالت شهادت نباشد نیازی به انضمام قید دیگری برای تقویت یک شهادت نیست و شهادت بدون ضمیمه شدن فرد یا افراد خاص و یا زمان خاص قابل پذیرش است، لذا اگر شهادت زنان به تنهایی به نحوی باشد که در صحت و درستی آن شکی وجود نداشته باشد دلیلی برای عدم پذیرش شهادت ایشان دیگر وجود نخواهد داشت.

ثانیا آیه اختصاص به امور مالی دارد و دلیل حکمت استفاده از شهادت زن در آن بیان شده است که آنها عبارت از تعذر حضور مردان است پس برابر همین آیه می‌توان گفت که در هر امری که شهادت مردان متعذر شود زنان می‌توانند شهادت دهند پس اگر بجای شاهد اصل مرد، زن بتواند شهادت بدهد به طریق اولی در همه امور زنان می‌توانند شاهد فرع قرار بگیرند زیرا تحمل شهادت و التزام به شهادت آنها و حتی آثار ناشی از شهادت دادن و استناد حکم دادگاه بر مبنای شهادت ایشان استوار نیست بلکه بر مبنای شهادت فرد اصیل استوار خواهد

بود در نتیجه انتقال خبر از فردی به دادگاه دلیلی ندارد که مورد پذیرش نباشد چنانچه می‌توان شهادت را کتبی فرض کرد بدین معنا که اگر نوشتاری از شاهد اصیل وجود داشته باشد و آن نوشته در اختیار قاضی قرار بگیرد وی می‌تواند بر مبنای آن مبادرت به صدور حکم نماید مشروط بر اینکه از صحت آن نوشتار توسط شاهد علم حاصل نموده باشد در این باره نیز چنانچه از بیان شهود فرع قاضی علم حاصل کند که فرد اصیل چنین شهادتی داده است می‌تواند بدان عمل کند و قطعاً ارزش شهادت زنان برتر از اماره قضایی مانند کتابت است.

همچنین مستند به آیات دیگر نیز نظیر آیه شریفه «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ...» (طلاق، آیه ۲). فقها بر این عقیده‌اند که در طلاق اصل بر شهادت مردان است لذا شهادت زنان را در این امر نمی‌پذیرند زیرا قید «ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ» را همان مردان در نظر می‌گیرند. در این رابطه بایستی به این نکته توجه کرد که لفظ «عَدْلٍ مِّنْكُمْ» تنها دلالت بر جنسیت مذکر بودن ندارد چه آنکه در آیه شریفه ۱۰۶ سوره مبارکه مائده «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ»، قید «ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ» در برابر «آخَرَانِ» قرار دارد که لفظ «مِّنْكُمْ» بازگشت به «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» می‌باشد لذا مقصود مسلمانان هستند از این رو در آیه ۲ سوره مبارکه طلاق به نظر می‌رسد مفهوم آیه عبارت از «گرفتن شاهد از بین مسلمانان عادل است» و نه صرفاً از بین «مسلمانان عادل مرد» در نتیجه می‌تواند زن در این باره شهادت بدهد حتی روایاتی که منع از پذیرش شهادت در مورد زنان است آنرا اختصاص به حد و قصاص نموده‌اند.

یا در آیه شریفه «وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّكَ الْفَاحِشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا» (نساء، آیه ۱۵)

در این آیه شریفه هرچند قید «مِّنْكُمْ» با توجه به سیاق جمله ناظر بر مردان است ولی این بدان معنی نیست که ارزش شهادت زنان کمتر از مردان است این نظریه از آنجا تقویت می‌شود که در لعان برابر آیه ۶ سوره مبارکه نور: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ \* وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ

كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ» اگر مردی به زنی تهمت زنا بزند و اقامه لعان ننماید، این مرد است که بخاطر تهمت زنا به حد محکوم می‌شود (باقری، ۱۳۹۴، صص ۱۱۷-۱۵۷)، نکته آنجاست که در این مساله زن دقیقاً برابر با مرد شهادت و سوگند یاد می‌نماید در نتیجه اگر ارزش شهادت یا سوگند وی کمتر از مرد می‌بود وی می‌بایست دوبرابر سوگند یا شهادت یاد نماید درحالی‌که در آیه شریفه حکم برابر صادر شده است.

#### ۴- نقد و تحلیل اجماع بر عدم شهادت زنان

فقها اعم از قدماء و متاخرین مدعی هستند که در رابطه با عدم پذیرش شهادت زنان اجماع منقول وجود دارد (طوسی ۶: ۲۸۱، ۷۷۳، طوسی ۳: ۲۵، ۸۰، حرعاملی ۲۷: ۳۶۲ أبواب الشهادت ب ۲۴ ح ۴۲). و ظاهراً این اجماع متکی بر روایت سکونی است و دلیل عقلی این توافق را آن میدانند که هیچ خبری که تصریح کرده باشد شهادت زنان در شهادت بر شهادت مورد پذیرش است یافت نشده است و اگر بر فرض هم یافت شود می‌توان آنرا تنها برمورد خودش اختصاصی دانست چراکه روایت سکونی عمومیت دارد و قابل تسری به همه مصادیق است (نراقی، ج ۱۸، ص ۴۰۶).

در این رابطه به نظر می‌رسد که مدرک اجماع مورد سوال است زیرا این روایت تنها به برخی از موارد منع در شهادت اشاره می‌کند در نتیجه باقی مواردی که مورد منع روایت نیست باید قابل اعتناء و دست یابی برای زنان باشد. مضاف بر اینکه صرف وجود نظر مخالف افرادی مانند اسکافی نشان از آن دارد که نظریه اجماعی نیست بلکه محل اختلاف است. همچنین ما نیز ابراز میداریم که درست است که هیچ خبری در مورد صحت پذیرش شهادت فرع برای زنان وجود ندارد ولی این خود دلیل و اماره ای برای پذیرش آن است چراکه اصل بر صحت است و چون عدم منعی در این باره وجود ندارد لذا باید بتوان از آن استفاده کرد و بدان صحت بخشید.

## نتیجه گیری

باتوجه به آیات و روایت‌هایی که مورد مطالعه قرار گرفت نویسندگان به این باور رسیدند که زنان می‌توانند همانند مردان در بسیاری از امور شهادت بدهند هم به عنوان فرد اصیل و هم به عنوان یک شاهد فرع این دیدگاه از این نظر تقویت می‌شود که استدلال افرادی که معتقدند زن نمی‌تواند به عنوان شاهد فرع قرار بگیرد با توجه به قیود روایی همچون «مواردی که مردان نمی‌توانند از آن اطلاع پیدا نمایند» یا قید «امور اختصاصی زنان» به شدت متزلزل می‌شود چرا که اصلی‌ترین دلیل آنها استناد به روایت‌هایی است که مستند اجماع آنها محسوب می‌شود ولی این مدرک اجماعی نه تنها دلالت بر پذیرش شهادت زنان را به صورت کلی رد ننموده است بلکه ضابطه‌ای را در اختیار قرار داده که به واسطه آن می‌شود به شهادت زنان به عنوان یک دلیل در جاییکه مردان امکان حضور ندارند و یا اموری که نیازمند شهادت است از امور اختصاصی بانوان محسوب می‌شود شهادت بدهند، صرف نظر از این مساله با توجه به قواعدی نظیر قاعده الضرورات توییح المحذورات و با توجه به قواعدی نظیر مصلحت، قاعده دفع مفسد، قاعده ملازمه و قاعده تناسب (شهادت هم جنس برای هم جنس) و یا به استناد اصل رجوع به مرجحات در تراحم و تعارض می‌توان به این باور دست یافت که شهادت زنان را بایستی در همه امور در صورتی که مجرای باب قواعد یاد شده باشند مورد پذیرش قرار داد، این مساله هیچ ممانعتی با معیاتی که در روایات در مورد شهادت زنان وارد شده است ندارد زیرا همانطور که ابراز داشتیم مطابق با ضابطه برخواسته از روایات می‌توان به این باور رسید که هرچند اصل در شهادت با مردان است ولی در صورتی که این امر بنا به شرایط مختلفی که برای حضور افراد به عنوان شاهد اصیل، مهیا می‌شود مقدر نگردد قاضی حداقل می‌تواند به استناد قواعد یاد شده اولاً شهادت فرع زنان را استماع نموده و ثانیاً در صورتی که از این شهادت علم به وقوع فعل برای وی ایجاد گردید بر اساس آن مبادرت به صدور حکم نماید البته در همه این موارد شرط اصلی آن است که ملکه عدالت و صداقت در مورد شهادت زنان برای قاضی به اثبات برسد چه تنها در این صورت است که می‌توان از

برابر بودن ارزش شهادت زنان نسبت به شهادت مردان اطمینان لازم را کسب نمود. نکته مهم دیگری که نویسندگان بدان دست پیدا نمود آن است که با توجه به آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره شاید بتوان گفت حداقل در رابطه با شهادت فرع برای زنان مستند به این آیه شریفه، بایستی شهادت آنان با ضمیمه شدن به شهادت یک مرد مورد پذیرش باشد زیرا شهادت ایشان به عنوان اصیل با ضمیمه شدن به شهادت مردان در امور مالی مورد قبول واقع شده است پس منعی برای پذیرش همین میزان از شهادت فرع در امور مالی برای زنان نباید وجود داشته باشد از نقطه نظر قانونی نیز با توجه به اینکه قوانین جاری در کشور پذیرش شهادت افراد را از نظر جنسیت تفکیک ننمودند بایستی بتوان شهادت فرع زنان را مورد پذیرش قرار داد ولی با توجه به اینکه در قانون بیان شده است که شهادت باید شرعی باشد اگر ملاک شرعی بودن شهادت را نظر مشهور قلمداد نماییم در این صورت زنان از نظر قانونی نمی توانند به عنوان شاهد فرع در دادگاه شهادت بدهند البته این به این معنا نیست که قاضی نتواند شهادت ایشان را استماع نماید ولی به این معناست که علی القاعده نمی تواند بر مبنای شهادت آنها به عنوان دلیلی مبادرت به صدور حکم نماید مگر آنکه شهادت ایشان مفید علم برای قاضی شود یا اینکه بر اساس همان ضابطه فقهی که بیان شد امکان حضور و یا اطلاع از آن امر برای مردان عملاً ممکن نباشد که در این صورت قطعاً شهادت فرع زنان قابل پذیرش خواهد بود.

## منابع و مأخذ

قرآن کریم

منابع فارسی:

- ۱- ابن بابویه، محمد بن علی، ۱۴۲۵ق، علل الشرایع و الاحکام، قم، مکتبه الحیدریه.
- ۲- ابن ادریس، محمد بن احمد، بی تا، محقق: لجنه التحقیق، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم.
- ۳- ارسطو محمد جواد، ۱۳۸۷، ولایت زن، فقه و حقوق، شماره ۱۸، پاییز، صص ۱۱۵-۱۴۲.

- ۴- ابن عاشور، محمدطاهر، بی تا، تفسیرالتحریر و التنویر، بیروت-لبنان، موسسه تاریخ العربی.
- ۵- حرعاملی، محمد بن حسن، بی تا، تفصیل الوسائل الشیعیه، قم، موسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث .
- ۶- باقری، ابراهیم، ۱۳۹۴، قرآن و نهاد لعان، قرآن، فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲، بهار و تابستان صص ۱۱۷-۱۵۷.
- ۷- جاوید حسین، خادمی مریم، ۱۳۹۶، بررسی و نقد حد قذف در داده های الکترونیکی از دیدگاه مذاهب خمس، پژوهش نامه مطالعات تطبیقی مذاهب فقهی، دوره ۱، شماره ۱، بهار و تابستان، صص ۷-۴۰.
- ۸- جزایری سید محمد، عشایری منفرد محمد، ۱۳۹۰، قلمرو مصلحت و عدالت در تراجم احکام و حقوق زنان، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۵۴، صص ۷-۵۸.
- ۹- خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۰۷ق، التنقیح فی الشرح العروه الوثقی، نویسنده: یزدی، محمد کاظم، قم، لطفی.
- ۱۰- سجادی نژاد سید احمد، ۱۳۹۱، ادای شهادت در فقه و حقوق (ایران و چند کشور غرب عربی)، آموزه های فقه مدنی، شماره ۶، پاییز و زمستان، صص ۱۳۹-۱۵۸.
- ۱۱- شهید اول، محمدبن مکی، بی تا، القواعد و الفوائد، قم، مکتب المفید.
- ۱۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ق، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، محقق: موسسه المعارف الاسلامیه، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
- ۱۳- شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۲ق، الروضه البهیة فی الشرح للمعه الدمشقیه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۱۴- شوشتری (تستری)، محمدتقی ۱۴۰۶ هـ. النجعه فی شرح للمعه، تهران، مکتبه الصدوق.
- ۱۵- جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۱۰، الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت - دارالملايين.
- ۱۶- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ۱۲۳۱ق، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، قم، موسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث.

- ۱۷- طوسی محمد بن حسن، الخلاف، ۱۴۰۹ ق، محقق: جمعی از محققین: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم، موسسه النشر السلامی، ج ۹.
- ۱۸- طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶۳، الإستبصار، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
- ۱۹- طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶۴، تهذیب الأحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه .
- ۲۰- عبداللهی علی بیگ حمیده، ۱۳۸۳، قاعده اضطرار (الضرورت تبیح المحذورات)، الهیات و معارف اسلامی، شماره ۶۲، پاییز، صص ۸۳-۱۲۴.
- ۲۱- عزتی ابوالفضل، ۱۳۷۱، مقایسه بین مفهوم شهادت در مسیحیت و اسلام، حوزة، شماره ۵۲، مهر و آبان، صص ۱۶۳-۱۷۹.
- ۲۲- علامه حلی حسن بن یوسف، ۱۳۷۸، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، محقق: بهادری ابراهیم، قم، موسسه امام صادق علیه السلام.
- ۲۳- علامه حلی، حسن بن یوسف، بی تا، قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین .
- ۲۴- علی محمدی طاهر، حسینی آمنه السادات، ۱۳۹۲، تفاوت شهادت زن و مرد در فقه و حقوق، مطالعات راهبردی زنان، دوره ۱۵، شماره ۶۰، تابستان، صص ۱۱۱-۱۴۳.
- ۲۵- علی اکبری بابوکانی احسان، قانع احمد علی، ۱۳۹۶، واکاوی مبانی تصمیم گیری مصلحت محور در نظام فقهی (با تأکید بر قاعده فقهی نفی ضرر)، اسلام و مدیریت، دوره ۶، شماره ۱۱، بهار و تابستان، صص ۵۳-۷۶.
- ۲۶- علی اکبریان حسنعلی، ۱۳۹۱، نقش حکمت احکام در حل تعارض و تراحم، فقه، دوره ۱۹، شماره ۷۱، بهار، صص ۳-۴۳.
- ۲۷- فاضل هندی محمد بن حسن، ۱۴۰۵ ق، کشف اللثام، قم، حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی.
- ۲۸- فصیحی حسین، میر باقری مرتضی، واحدی بهجت، ۱۳۹۰، بررسی توصیفی تفسیر آیه ذر در آثار ملاصدرا، پژوهش های قرآن و حدیث، دوره ۴۴، شماره ۱، شماره پیاپی ۹۲۲۴۱۴، صص ۴۷-۶۶.
- ۲۹- قاضی نعمان بن محمد بن حیون، بی تا، الإيضاح، تحقیق: محمد کاظم رحمتی، بی جا.

- ۳۰- کلانتری خلیل آباد عباس، ۱۳۸۷، پژوهشی درباره گواهی اهل کتاب، حقوق اسلامی، شماره ۱۸، پاییز، ص ۱۴۳-۱۷۰.
- ۳۱- محقق حلی جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ ق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان.
- ۳۲- محسنی دهکلانی، ۱۳۹۳، بازجستی فقهی در ماهیت قوادی، پژوهش نامه حقوق اسلامی، دوره ۱۴، شماره ۳۸، بهار و تابستان، صص ۱۵۱-۱۸۰.
- ۳۳- مقدس اردبیلی احمد بن محمد، ۱۳۸۷، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، محقق: اشتهااردی علی پناه، عراقی مجتبی، یزدی اصفهانی حسین، قم، موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان، چاپ دیجیتال.
- ۳۴- مظاهری کوهانستانی رسول، نیازی عباس، ۱۳۹۵، مطالعه مقارن حکم عقل در شرع و حقوق ایران، قضاوت، تابستان، شماره ۸۶، صص ۱۲۵-۱۵۱.
- ۳۵- نراقی، احمدین محمد مهدی، ۱۴۱۵ ق، مستند الشیعه فی الاحکام الشریعه، مشهد، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء الاتراث.
- ۳۶- نجفی محمد حسن، ۱۲۶۶ ق، جواهر الکلام فی شرح الشرائع الاسلام، قم، موسسه نشر اسلامی.
- ۳۷- واعظی، میرزا محمد، ۱۳۹۵، تاملی در قاعده انگاری «اولویت دفع مفسده از جلب منفعت»، فقه و اصول، شماره ۱۰۶، صص ۱۳۷-۱۵۶.

## **Cyberspace criminology with emphasis on delinquent criminological theories.**

**Elham Hoseinkhani**<sup>۱</sup>

1- Master of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Rafsanjan Branch

### **Abstract.**

One of the manifestations of the new civilization is information and communication technology. This technology has undergone extensive changes in the human social arena. The world is becoming an information society and like any other emerging technology, this technology has also caused social harms. One of the dangers of information and communication technology is focused. To cyberspace. The dangers of cyberspace are such that its legal analysis must be accompanied by a criminological investigation; Therefore, this study was presented with the aim of investigating the role of cyberspace in social deviations from the criminological point of view, and to achieve this goal, criminologists' theories, strategies and measures to prevent injuries arising from this space are analyzed. Descriptive and using library studies.

**Keywords :** Social harm, cyberspace, social deviations, criminology.

---

<sup>۱</sup> Email: Elham Hoseinkhani@gmail.com

## جرم‌شناسی فضای مجازی با تأکید بر نظریه‌های جرم شناسانه‌ی بزهکار محور

الهام حسینخانی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۷/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۰

### چکیده

یکی از مظاهر تمدن جدید، فناوری اطلاعات و ارتباطات است. این فناوری تحولات گسترده‌ای در عرصه اجتماعی بشر داشته است. جهان در حال تبدیل شدن به یک جامعه اطلاعاتی است و مانند هر فناوری نوظهور دیگری، این فناوری نیز آسیب‌های اجتماعی را نیز در پی داشته است. یکی از مخاطرات فناوری اطلاعات و ارتباطات معطوف به فضای مجازی است. مخاطرات فضای مجازی به گونه‌ای است که باید تحلیل حقوقی آن توأم با بررسی جرم‌شناسانه باشد؛ لذا این پژوهش با هدف بررسی نقش فضای مجازی در انحرافات اجتماعی از نظر جرم‌شناسی، ارائه گردیده و برای نیل به این هدف به تحلیل نظریات جرم‌شناسان، راهکارها و تدابیری برای پیشگیری از صدمات برخاسته از این فضا پرداخته می‌شود، روش تحقیق تحلیلی-توصیفی و با استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای است.

واژگان کلیدی: آسیب اجتماعی، فضای مجازی، انحرافات اجتماعی، جرم‌شناسی.



<sup>۱</sup> - دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان، ایران.  
Elham Hoseinkhani@gmail.com

## مقدمه

از اواخر دهه پایانی قرن بیستم، تحولات شگرف و عظیم فناوری اطلاعات همراه با پیامدها و اثرات مثبت و منفی، زندگی انسان را تا به امروز تحت تأثیر قرار داده است. این انقلاب عظیم اطلاعاتی، شکل گذار نظام ارتباطات سنتی را به نظام ارتباطی همگانی الکترونیکی تبدیل کرده است؛ که باعث شده بنیان مادی و معنوی جامعه متحول شود و در عصر حاضر هیچ گونه انزوایی و کناره گیری را برنناخته و حتی سنتی ترین و محروم ترین جوامع را تحت تأثیر قرار داده است. با توجه به این امر، انقلاب انفورماتیک و رایانه ای فرهنگ جوامع را در حوزه مادی و غیر مادی دستخوش اثرگذاری عمیقی کرده است و ارتباطات سنتی و شفاهی را به ارتباطات مجازی در زندگی امروز تبدیل نموده است.

شکل گیری این تحول عظیم باعث شده که در امر ارتباطات و کوچک شدن جهان، زندگی انسان دچار تحول شود، در این روند، شبکه جهانی اطلاع رسانی، سهم بسزایی دارد. این تحول، فرض ها چالش ها بیم ها و امیدها را به موازات هم در برابر جلوه های گوناگون فرهنگی و سیاسی با همه تنوع در خود جای داده است. در حوزه فناوری اطلاعات و انقلاب اطلاع رسانی، وجود بافتی اینترنتی که جلوه های گذشته، حال و آینده را با یکدیگر پیوند دهد و محیط نمادینی ایجاد کند که در آن دنیای مجازی به واقعیت محیط زندگی ما بدل شود، به وسیله این فناوری شکل گرفته است. بر این اساس، گسترش استفاده از اینترنت با تمامی جنبه های زندگی از جمله: مدرسه، محل کار، خدمات بانکی، تجارت، پرداخت مالیات و حتی رأی گیری تلفیق شده است. مهم ترین تغییراتی که این فناوری به وجود آورده است، به وسیله مارشال مک لوهان در یک عبارت خلاصه شده است و آن «تبدیل شدن جهان به یک دهکده» است.

در این پژوهش به بررسی دیدگاه های جرم شناسی درباره تاثیر فضای مجازی بر انحرافات اجتماعی پرداخته می شود. دیدگاه های جرم شناسانه فضای مجازی، به دو کنشگر اصلی این فضا، یعنی بزهدکاران و بزه دیدگان تفکیک شده است؛ و سعی شده تا با تبیین جایگاه ایشان بر

مبنای نظریه‌های جرم شناسانه، تحلیل و تبیین درستی از چگونگی پیدایش آنها ارائه شود. در رابطه با بزه‌دیدگان مجازی نیز از اندیشه‌های حقوقدانان خارجی که بیشتر مبتنی بر نظریه سبک فعالیت های روزمره است بهره گرفته شده و اساس مباحث این فصل نیز بر این مهم استوار گردیده؛ همچنین مهم ترین علل بزه دیدگی و نیز نقش بزه دیده در بزه دیدگی خویش و همچنین راه های پیشگیری از بزه دیدگی مجازی مورد بحث قرار گرفته است.

### نظریه های جرم شناسانه بزهکار محور

در ترسیم و تحلیل اندیشه‌های محرمانه فضای مجازی، شناخت بزهکاری این فضا اهمیت بسیاری دارد و این مهم در نیل به شناخت جرایم فضای مجازی از جایگاه ویژه ای برخوردار است شناخت بزهکاری فضای مجازی و گونه های مختلف آنها، آگاهی از عقل ارتکاب جرم از سوی بزهکاری فضای مجازی، انگیزه گرایش آنان به ارتکاب بیشتر انواع خاصی از جرایم مجازی، ضرورت های انکار ناشدنی در فضای جازی هستند که می بایست در بررسی جرم شناسانه فضای مجازی توجه نمود. در این فصل بزهکاران فضای مجازی به عنوان یکی از کنشگران مهم و تاثیر گذار فضای مجازی مورد بررسی قرار گرفته اند. در رابطه با مجرمین فضای مجازی دیدگاه های متفاوت و گاهاً متعارضی از سوی حقوقدانان کیفری ارائه شده است که از در جای خود محل تردید و تامل هستند. مجموعه این دیدگاه ها را می توان در هفت دسته طبقه بندی نمود که در ذیل بدان ها اشاره می شود.

### بی کفایتی اجتماعی، هوشمندی ذهنی مجرمین مجازی

کار با رایانه های نخستین مستلزم دانش بالای ریاضی بود پشت این رایانه ها هرگز کاربرانی به مفهوم امروزی قرار نمی گرفتند و تنها کسانی می توانستند از آنها استفاده کنند که برنامه نویس ماهری بودند. در آن زمان به سختی می شد راجع به فعالان این حوزه مطلبی در صفحات اجتماعی روزنامه ها پیدا کرد هنگامی که این افراد پس از آن فعالیت بسیار خسته کننده شب به هنگام به دنیای خارج یا می گذاشتند، هیچ حرفی برای گفتن به افراد جامعه

نداشتند. تمام زندگی آنها در میان انبوه لامپ های خلاء و نسخه های چاپی صفر و یک سپری می شد. یعنی چیزهایی که هیچ کس نه می توانست و نه می خواستن به آنها توجه کند.

اکنون سیستم های رایانه ای تقریباً در همه جا یافت می شوند. مهارت های مورد نیاز جهت بهره برداری های ناشایست از این سیستم ها به مراتب نسبت به گذشته از پیچیدگی بسیار کمتری برخوردار شده است. البته اکنون از آن گونه متخصصان اولیه نیز یافت می شود اما بسیاری از مجرمان مجازی امروزمین به ویژه حقه بازان رایانه ای و آنهایی که ارضای تمایلات جنسی خود را در این فضا جستجو می کنند انسان هایی مودب و جذاب هستند و مهارت های اجتماعی رابه خوبی فراگرفته اند.

### برخورداری مجرمین مجازی از بهره هوشی و دانش فنی بسیار بالا

امروزه دسترسی به فضای آنلاین به آسانی یک کلیک کردن شده است یا اینکه بعضی جرایم مجازی، نظیر نگارس و نشر و ویروس های جدید یا تهاجم به شبکه های فوق امنیتی همچنان مستلزم دانش فنی بالایی است. اما طیف وسیعی از جرایم مجازی هستند که اشخاص عادی که بهره هوشی متوسط دارند و دانش فنی شان ناچیز است و یا حتی از آن برخوردار نیستند نیز می توانند آنها را مرتکب شوند.

حقه بازی های مجازی را هرکسی که قادر به ارسال پست الکترونیک باشد یا بتواند از برنامه های گپ اینترنتی استفاده کند، مرتکب شود. سرقت داده نیز غالباً به سادگی یک کپی کردن است.

### مجرمین مجازی مردان و معمولاً جوانان کمتر از ۲۰ سال

این نگرش نیز از آنجا ناشی می شود که دانش ریاضی به طور عام و فناوری رایانه به طور خاص از همان ابتدا در انحصار مردان بوده است. البته این موضوع از این جهت نیز قابل تامل است که از آنجا جرایم رایانه ای در ابتدا در زمره جرایم یقه سفید قرار گرفته بود و مرتکبین

این جرایم را عمدتاً مردان تشکیل داده بودند، این نگرس به وجود آمده است. هرچند باید خاطر نشان کرد که این حوزه نیز متحول شده است. هم اکنون زنان بسیاری در مناصب مدیریتی و اجرایی قرار گرفته اند که مستعد ارتکاب جرایم یقه سفید هستند و آمارها نیز حاکی از رشد ارتکاب این جرایم نزد آنان است. (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۵).

### مجرمین مجازی ، مجرمین غیر واقعی

فناوری های نظیر گپ آنلاین، سیاهچال های چند کاره و برنامه های واقعیت مجازی باعث نشده اند برخی کاربران توانایی تفکیک دنیای واقعی از مجازی را از دست بدهند. بسیاری از کاربران اینترنت، به ویژه آنهایی که به تازگی به فضای آنلاین ملحق شده اند، تصور می کنند اشخاص مقابل آنها در آن سوی مودم در حکم یک برنامه رایانه ی هستند و حتی با آنها به مثابه یک بازی رایانه ای تعامل برقرار می کنند.

این افراد هویتی که در دنیای واقعی از خود بروز می دهند رادر تمایلات آنلاین به کار نمی گیرند زیرا تصور می کنند در آن سوی خط ارتباطی شبکه مجازی کسی آنها را نمی شناسد . از این رو به خود اجازه می دهند هرگونه حقه و نیرنگی رادر این تمایلات به کار برند . همچنین ، از آنجا که این افراد می توانند در فضای آنلاین برای خود هویت دیگری تعریف کنند و حتی برخلاف دنیای فیزیکی به سرعت آن را تغییر دهند و هویت های دیگری با ویژگی های کاملاً متقلبانه را برای خود برگزینند، این بستر بیشتر برای آنها فراهم می شود که به اقدامات متقلبانه آنلاین خود را با خیال آسوده تر ادامه دهند. به این ترتیب این ایده که هیچ در فضای آنلاین واقعیت ندارد، می تواند مروج یک واقعیت تلخ دیگر نیز باشد که هیچ کس در برابر اقدامات خود مسئول نیست . البته خود بستر فضای مجازی به مجرمین جرات مضاعفی را اعطا کرده است. زیرا آنها برخلاف دنیای فیزیکی ، بی آنکه نتایج شرم آور و اسف بار جرایم خود را مشاهده کنند یا صدای فغان قربانیان خود را گوش کنند. با خیال راحت ارتکاب جرایم می پردازند و به واقع می توان گفت تنها چیزی که مشاهده می کنند یک سری اعداد و ارقام و عبارات است که بر روی صفحه نمایشگرشان ظاهر شده است.

### عدم استعمال خشونت توسط مجرمین مجازی

با قبول این واقعیت که بخش عمده ای از جرایم فضای مجازی گزارش شده، کلاهبرداری، سرقت، و دسترسی غیرمجاز هستند. اما نباید از یاد برد که گزارشات مکرری نیز در خصوص هزینه نگاری کودکان به ثبت رسیده که به طور کلی در زمره جرایم خش یا بالقوه خشنی قرار می گیرد. تعرضات هکرها نیز جرایم خشونت باری هستند که گزارش های بسیاری از خسارات آنها شده است. همچنین تعقیب ابتدایی در فضای مجازی نیز یکی دیگر از مصادیق بارز خشونت در فضای مجازی است. یا تروریسم مجازی یکی از نمادهای بارز خشونت مجازی است که به طور جدی فضای مجازی و وابستگان به آن را مورد تهدید قرار می دهد.

### نظریه های تبیین کننده بزهکاری مجازی

درخصوص کاستی های فضای مجازی که منجر به شکل گیری بزه دیدگی مجازی می شود، مطلب خاصی عنوان نشده است. در اینجا به بررسی چند نظریه در این باره پرداخته می شود.

### دیدگاه روان پویایی در جرایم مجازی

نظریه های روان پویایی جرائم، بر پایه یادگارهای نظریه سزار لومبروزو، زیست شناس معروف، از جرم مطرح شده اند که «الگوی عامل از پیش تعیین شده» راجع به مجرم را در ذهن تداعی و فعل مجرمانه را پیامد عوامل داخلی جسم انسان تفسیر می کنند که «سرنوشت جنایی» انسان را به وجود می آورند.

این محققان «ذهن جنایی» رابه عنوان نیروی پشتیبان جرم بیان کرده اند که مستقل از محیط اجتماع عمل می کند. (Roger Hopkins, 2006:77).

### نسل جدید هکرها و نظریه روانکاوی فروید

نظریه روانکاوی که توسط زیگموند فروید مطرح شد، بر تجربه فرضی شخصیت انسان به نیروهای ناخودآگاه و خود آگاه استوار است (Larry J. Seigel, 2000:163) فروید پیشنهاد

داده که رفتار انسان تحت حاکمیت سه نیرو قرار داد: نهاد، خود و ابر خود.

نهاد بیانگر نیروی ناخودآگاه و غیر عمدی است که شامل نیازهای زیستی بدیهی انسان، نظیر تشنگی، گرسنگی، احساسات جنسی و غیره می شود. او تعارض میان نهاد و ابر خود را مطرح کرد که به نظر او عامل اخلاقی درونی را نشان می دهد که توسعه آن اساساً به رفتار رضایت بخش والدین و فرزند بستگی دارد.

شکل گیری ابرخود به هنجارها و ارزش های اخلاقی آموخته شده توسط فروید از والدین و مراقبان او بستگی دارد. در این پارادایم، خود قسمت خودآگاه شخصیت را نشان می دهد که به دنبال توازن دو نیروی متعارض بالاست. رفتار به تعامل سیستم انرژی روانی وابسته است و هر اختلال در این سیستم می تواند به توسعه ناسازگاری منجر به هنجار شود. (Roger Hopkins, 2006:78-79) بنابراین، فروید دو علت رفتار منحرفانه را مطرح می کند:

۱- ساختار و عملکرد نامناسب ابرخود که نقصان در روابط والدین و فرزند ناشی می شود و در نتیجه فرد در کنترل انگیزش ناگهانی نهاد ناتوان می ماند و

۲- تمایلات ناخودآگاه سرکوب شده که از ناتوانی در بروز روابط عاطفی قوی با انسان دیگر و غالباً والدین ناشی می شود.

آگوست ایچهورن روان شناس پرآوزه دیگری است که بیان داشته برخی گرایش های اساسی موسوم به انحراف پنهان وجود دارند که سبب رفتار جنایی بعدی می شوند. شکست در پایه ریزی روان شناختی گرایش ضداجتماعی اولیه را تشدید می کند (انحراف پنهان) که از بدو تولد همراه هر کودکی است و در نتیجه موجب رفتار منحرفانه می شود. سایر نظریه های روان شناختی ناتوانی در به تعویق انداختن خشنودی ناگهانی به منظور نیل به منافع طولانی مدت، عامل کلیدی در رفتار جنایی است. (Roger Hopkins, Burke, 2006, p, 79)

### هک کردن یک رفتار شرطی شده

اسکینز استدلال کرده که رفتار بشر با پیامدهای محیطی تعریف می شود که برایش پدید می آید. رفتاری که به طور متناوب نتایج متعدد سودمند و مطلوب ایجاد می کند؛ و تقویت

رفتار مذکور نامیده می شود. به عبارت دیگر، رفتاری که نتایج نامطلوب به بار می آورد، به علت مجازات، به متناوب کاهش می یابد. از این رو، این نوع رفتار در محیطی به وقوع می پیوندد که نتایج حاصل از آن یا تقویت و یا مجازات می شود. (tbid)

بنابراین، یک رفتار جنایی نتیجه بخش که به افزایش منزلت، پول یا احساس شایستگی منجر می شود، شخص را بیشتر در معرض ارتکاب جرم قرار می دهد. اگر واکنش ها (به نتایج جرم) منفی باشد، مانند بازداشت یا تبعید، در نتیجه تکرار رفتار مجرمانه در آینده باید کاهش یابد. شرطی کردن عامل می تواند برای توضیح انحراف عمومی به کار رود، در مقابل تمرکز بر روی جرایم خاصی که کاربرد آن اساساً به دلیل تردید در تعیین سطوح پاداش ها یا مجازات های جرم خاصی محدود است.

ممکن است کیفرها بر جرم رایانه ای تاثیر کمی داشته باشند، زیرا هکرها یک ضد فرهنگ را تشکیل می دهند و در جهان گمنانی عمل می کنند که شانس دستگیری شان پایین است که در این سناریو، ممکن است کیفرها بیشتر برای بازداشتن از طریق رجز خوانی درباره دور کردن آنها (هکرها) به کار رود. ویل نیز استدلال می کند که مجازات ها به تنهایی بهترین الگوی تشکیل دهنده ترجیحی در زمینه جرم رایانه ای نیستند. به علاوه، هکراهایی که دستگیر و بارها مجازات شده اند، درحالی که آشکارا تقویت نمی شوند، همچنان به این فعالیت می پردازند زیرا یک نوع اعتیاد است.

### نظریه هانس آیسنیک: الگوی برون گرایی، روان پریشی گرایی و روان رنجور خویی

تمرکز این نظریه بر روی هر دو عامل اجتماعی و زیستی، بر شخصیت فرد است. مبنای این نظریه بر این دیدگاه استوار است که از طریق وراثت، بعضی افراد با توانایی های یادگیری خاصی به دنیا می آیند که به محرک های محیطی وابسته اند. این نظریه از دو بُعد شخصیت ناشی می شود: فعال و روان نژد که به طور مستمر وجود دارند بُعد فعال از سطح بالا (برونگرا) به سطح پایین (درونگرا) و بُعد روان نژد از بالا (روایی) به پایین (ثابت) دسته بندی می شود. بُعد چندگانه سومی هم وجود دارد که دیوانگی نامیده می شود که به دنبال سنجش صفاتی

مانند تهاجم، ترجیح تنهایی و عدم احساس نسبت به دیگران است. (Roger Hopkins, 2006, pp, 84-85) مطابق این نظریه، کودکان یاد می‌گیرند با پایه ریزی وجدان رفتار ضد اجتماعی را کنترل کنند که مجموعه‌ای از پاسخ‌های عاطفی شرطی شده به محرک محیطی مرتبط با رفتار ضد اجتماعی مانند اعمال مجازات از سوی والدین برای برخی اعمال ضد اجتماعی است. شرطی شدن کودک را اجتماعی می‌کند. اما ذاتاً به طور مکمل با پارامترهای برون‌گرایی، روان‌پریشی‌گرایی و روان‌رنجور خوبی در خصوص شخصیت فرد مرتبط نمی‌شود. امتیازهای فعالیت بالا و روان‌نژندی بالا، شرطی‌پذیری و اجتماعی شدن ضعیف را نشان می‌دهند که موجب گرایش به رفتار جزایی می‌شوند. (۱۹۶۸:۷۵-۸۰) Sutherland and Gressey,

### نظریه فراگیری اجتماعی آلبرت باتدورا

این نظریه بیان می‌دارد که هر دو انحرافی و هنجاری بشر از طریق آمیختن رفتار مشاهده شده، ارتباط با دیگران رویارویی با فصل نظم دهنده و الگوسازی شناختی آموخته می‌شوند (Mcahister & Baridura, 2006: 141-142-147) فراگیری در سطح شناختی، در خانواده، خرده فرهنگ‌ها و محیط جامعه و از طریق مشاهده‌ای که در آن مردم خودشان را در وضعیت‌های مشابه یا پیامدهای مشابه تصور می‌کنند، اتفاف می‌افتد. ممکن است رفتار فراگرفته شده تشویق یا مجازات شود. در این رابطه، باندورا بر چندین مفهوم اساسی نظریه شرطی کردن عامل، مانند: تشویق، مجازات و انگیزه صحه گذاشته است او سه جنبه انگیزه را بر شمرده است که عبارتند از: مشوق خارجی، مشوق جایگزین و خود تشویقی.

مشوق خارجی مشابه مفهوم مورد نظر اسکینز از مشوق است. مشوق جایگزین از مشاهده رفتار سایرین نشأت می‌گیرد، خواه تشویق شود خواه مجازات، خود تشویقی به حس فرد از سربلندی یا خودشناسی یا انتظار از خود در مورد معیارهای رفتار است. رفتار مجرمانه از طریق یک برنامه پیچیده تشویق و مجازات در طول زندگی فرد حفظ می‌شود. اگر رفتار مجرمانه در گذشته تقویت شده باشد انتظار می‌رود در آینده نیز تقویت شود. این نظریه ابتدا برای درک

رفتار متجاوز و جرایم خشونت بار، مانند تهاجم ها یا سرقت مسلحانه به کار رفت. این نظریه می تواند به طور موفقیت آمیز برای فهم رفتار هک کردن به کار رود. این نظریه بیان می دارد که رفتار مجرمانه از طریق فراگیری مشاهده ای و تقویت رفتار ناشی از منابع خارجی و داخلی کسب می شود. همانطور که پیشتر بیان شده، هک کردن رفتاری است که ظاهراً تقلید و الگو پردازی نقش مهمی بازی می کند. این رفتار با خود فرهنگ هایی پیوند دارد که تبعیت از کد اخلاقی مختص خودش را تقویت می کند.

در مورد فعالیت رایانه ای گروه هم سالان یا محفل های اجتماعی که بر رفتار منحرف همکرها تاثیر می گذارند، مجازی هستند. هک کردن یک موضوع تجربی است. چنانکه شامل آگاهی بهم مرتبط از شاهره های اطلاعات مجازی و کارکردشان می شود که نمی تواند به یک حوزه فردی منحصر شود. فرهنگ رایانه ای عصر جدید، ماهیت روابط فیزیکی را تغییر داده و برهم کنش های مجازی به مرزهای محل های فیزیکی محدود نیست. بنابراین، هکرها مهارتشان رابه وسیله اطلاعاتی که اساساً در گپ های نوبتی اینترنتی و گردهمایی های خاص مبادل می شوند. فرا می گیرند (و ارتقا می بخشند) سیتیا فیچ بیان می دارد که حضور طولانی مدت گروه های هکری، مانند کلپ آئین گاو مرده و لوف برای چندین دهه و پیوند نزدیک فرهنگ کاری نشان می دهد رابطه شخصی بیشتری میان هکرهای زنده برقرار است. وجود خرده فرهنگ های هکری، کارکرد نظریه یادگیری اجتماعی را توجیه می کنند. همچنین یادگیری اجتماعی باندورا نیز به خوبی سرقت موسیقی از طریق شبکه های نظیر به نظیر را تبیین می کند.

### نظریه خنثی سازی و هک کردن

دیوید ماتزا و گریشام سایکز در نظریه خنثی سازی به فرایند بدل شدن جرم به یک تجربه آموزشی توجه کرده اند. (Larry, Seigel, 2003, p, 232) این دو استدلال می کنند که تمام مجرمان ارزش های مرسوم و گرایش هایی مانند افراد عادی دارند، اما چیزی که آنها را از دیگران متمایز می کند. توانایی غیر عادی آنها در حرکت از زندگی عادی سه ایجاد ارزش های

پنهای موازی از طریق فنون ختنی سازی ویژه مانند انکار مسوولیت ، آسیب و قربانی است. این اقدام به مجرمان کمک می کند تا وجدان اخلاقی خویش را پاک کند و احساس گناه نکنند. اسپافورد سه توجیه اخلاقی را برای هک فهرست کرده است : بهبود امنیت با کشف حوزه های نفوذ ، کسب آگاهی توسط دانشجویان و حمایت از جامعه در برابر شرکت ها از طریق تضمین دسترسی رایگان به اطلاعات گروه های همتا، با افراط در تشویق سوء استفاده های هکری افراد و ایجاد این گمان که این فعالیت ها توجیه شده اند . در این رهایی اخلاقی شرکت می کنند. راجرز گزارش داده که :

خودسانسوری می تواند موجب رهایی یا ضعف از طریق تهی شدن قربانی از صفات آسانی یا تبدیل شرمندگی به قربانی شود... شرمندگی ناشی از قربانی شدن با برخی شرایط به مرتکبان اجازه می دهد خودشان را قربانیان تحریک شده ببینند. اکنون اعمال مرتکبان به عنوان یک حالت تدافعی تعبیر می شود. قربانیان شرمنده وبه دلیل ارتکاب افعال مجرمانه علیه خودشان متهم می شوند.(Rogers,2001:40)

هکرها فروشندگان نرم افزار رابه دلیل محدود کردن دسترسی به جریان آزاد اطلاعات سرزنش می کنند و بنابراین ، از نظر اخلاقی فعالیتشان را به عنوان یک عمل سودمند و به منظور تضمین اطلاعات برای همه توجیه می کنند و خود را سلحشوری که به بینوایان کمک می کند. نشان می دهند . این رفتار سندروم محبوب رابین هود را نشان می دهد که افراد قضاوت اخلاقی شان را ختنی می کنند. (Harriagion , 2002,179).

### هک کردن به عنوان سرگرمی

پروفسور جک کاتر در اثر انقلابی خود به عنوان محرک های جرم محدودیت های عادی اجتماعی را که در شکل گیری نظریه های یادگیری و روان شناختی برای ترسیم جرم به عنوان میوه ممنوعه بکار رفتند ، کنار گذاشت. کاتر استدلال می کند که مرتکبان فعالیت های مجرمانه در واقع به طور گسترده می کوشند تا محیط های اجتماعی خود را بالا ببرند و هرچند این اعتلا ممکن است حالت گذارا داشته باشد. ولی محرکی قوی برای عمل شیطان است .

(Hagan, 1990:165) نمونه درخشان در کار یک هکر مشهور کوین میتینک به ظهور رسد که اکنون بنیان گذار شرکت امنیتی میتینک است. گرابسکی محرک هک کردن را از دیدگاه این هکر چنین توصیف می کند: «عمل مقتدرانه ای که از خود خشنود می شوند» وبا ماجراجویی برای کشف مجهول ها از همه سو هجوم می آورد. فوستر یک دلیل بی پایه را از مرتکبان جرم رایانه ای ارائه می کند و می گوید نوع مرتکبان جرایم رایانه ای تقریباً همیشه مرداند و سنشان بین زیر تا اواسط ۲۰ سالگی است و مهارت اجتماعی ندارند و عاشق فناوری اند و در زمینه های دیگر (مانند آموزش) موفقیت کمتری دارند و به رایانه به عنوان وسیله مهم یا قدرتمند می نگرند. همچنین او دلایلی را ارائه می دهد که این مجرمان عموماً بطور غیر عادی چهره ای فرخناک، مشتاق، پرائگیزه، جسور، ماجراجو و تخصصی دارند که می خواهند پذیرای چالشی فنی باشند.

لیزون و کوینی استدلال می کنند که مسایل اقتصادی ناشی از شهرت هک کردن یک واقعیت است و به عنوان یک بازار عمل می کند یک طرف آن، تولید کنندگان هک ها هستند که در جستجوی شهرتند. هنگامی که هکرها در جامعه هکری بهتر شناخته می شوند، تمایل دارند میزان بیشتری از هک کردن را عرضه کنند، لذا اعمال آشکاری رابه عنوان نیروی پیش برنده مرتکب می شوند، یک مطالعه تجربی مبتنی بر اطلاعات که توسط اورلی تروگمن گلداشمیت صورت گرفت. جاذبه های مثبت هک کردن از طریق محاسبات خود هکرها را نشان می دهد. وی نتیجه می گیرد که هکرها در خلاء زندگی نمی کنند و هک کردن را معادل بازی می دانند. بعداز تحلیل اولیه از محاسبات انگیزه هکری این خانم یادآور می شود:

به این ترتیب، از نظر هکرها، هک کردن شکل جدیدی از سرگرمی سرپایه ویژگی بازی گونه است که استفاده از فناوری دیجیتالی را توصیف می کند و شکل جدیدی از فعالیت اجتماعی است. هک کردم را می توان شکل جدیدی از سرگرمی دانست که قبل از گسترش یک فناوری مناسب نمی توانسته وجود داشته باشد.

گلداشمیت بر ارزش های فردی گرای، مانند انتخاب فردی، آزادی و خوشبختی تاکید و سپس استدلال می کند که هرکها به بخشی از تمدن غربی تبدیل شده اند و در جستجوی لذت، کمال و دانش اند. به نظر می رسد این مطالعه در مورد ویژگی های فرهنگی مبالغه می کند و دیدگاه کوتاه بینانه ای دارد که به تمدن غرب محدود شده است. با این حال نتیجه های برجسته زیر را محاسبه های او ارزش یادآوری را دارد.

#### ۱- محاسبه اقتصادی :

محاسبه های گلداشمیت به عنوان یک قاعده بیشتر بر ایدئولوژی تمرکز دارد و انگیزه منفعت طلبانه حاشیه ای که آشکارا نتیجه فرعی آرزوی کسب پول است با جرایم سرقت نرم افزارهای ویژه، مانند نرم افزار تجاری حمایت شده، برای سوءطلبی مرتبط اند و اینگونه انگیزه های مالی پنهان نمی مانند.

#### ۲- عامل بازدارنده :

احتمال دستگیری و تحمل مجازات خشن، به ویژه اگر بالا هم باشد می تواند به عنوان عوامل موثر بازدارنده عمل کند. با این حال وی دریافته که در مورد تمامی جرایم مرتبط با رایانه تمامی اجزای تشکیل دهنده آن پایین هستند و بنابراین می توان عامل بازدارندگی چشم پوشی کرد.

#### ۳- نبود سبق تصمیم یا نیت زیان بار:

یکی از محاسبه های مورد توجیه در میان هرکها این است که هیچ نوع سبق تصمیم یا صدمه ای ندارند که به آن فعلیت داده باشند. لذا وی نتیجه می گیرند که بسیاری از هرکها وانمود می کنند که از نظر اخلاقی توجیه شده اند و خود را از داشتن نیت زیانبار مبرا می دانند.

#### ۴- جرایم ناملموس :

جرایم نامرتبط با رایانه بخشی از بذرهای جدید جرایم ناملموس را تشکیل می دهند یعنی درک فیزیکی صدمه ای متحمل شده است زیرا اطلاعات الکترونیکی در سیستم های رایانه ای را می توان بدون برهم کنش فیزیکی دزدید این وضعیت بر احتمال سن بزه چیرگی دارد.

### ۵- کنجکاوی زیان بار و ارضای شهواتی:

محاسبه اعمال هکرها، کنجکاوی ارضای شهوانی آنها را نشان می دهد، یعنی شخص در اثر یک محرک ناشناخته، اسرار مطلوب یا مجرمانه برانگیخته می شود. این محاسبه اغلب برای جرایمی به کار می رود که متضمن مرورگری غیرمجاز در فایل های دیگری است و فرضیه های کاتز را تا حد زیادی توجیه می کند.

### ۶- انتقام:

یکی از معادیر مشترک برای جرایم نشر ویروس و صدمه به سیستم های رایانه ای است. همچنان که در ادامه خواهد آمد، انتقام توسط گانفردسون و هیرشی و در پرتو ناتوانی خودکنترلی در اوضاع و احوال محرک جرم تفسیر شده است.

### ۷- سهولت اجرا:

در حالی که هکرها با نبوغ، توانایی و کفایتشان متمایز می شوند، جنبه فرعی سهولت اجرای کاریک محاسبه توجیهی به شمار می آید و وحدت عملشان را نفی می کند. با این حال مطمئناً مزیت گمنامی دیجیتالی مجرم، فرصت های کشف جرم را کاهش می دهد. (Karyal, 2001:1003).

### نظریه های جرم شناسانه بزه دیده محور

ساختار و ماهیت جرایم فضای مجازی و نیز اهمیت ویژه دیدگان این فضا در تحقق جرایم ارتكایی در آن، ضرورت پرداختن به بزه دیدگان فضای مجازی را در بررسی جرم شناختی فضای مجازی بیش از پیش آشکار می سازد از این رو در این فصل بزه دیدگان فضای مجازی و نظریه های مرتبط با نقش آنها در تحقق جرایم فضای مجازی مورد بررسی قرار گرفته است.

### بزه دیدگان فضای مجازی

گسترش روز افزون حضور انسان ها در فضای مجازی که به تعبیری محیطی خارج از جوامع واقعی و فیزیکی است به نوبه خود منجر به شکل گیری جوامع مجازی شده است این جوامع که براساس ویژگی های خاص فضای مجازی به وجود آمده اند.

اندک جرم شناسانی که در حوزه جرایم مجازی فعالیت می کنند قائل بر این نظرند که تفاوت های فضای مجازی با فضای فیزیکی عامل موثر در شکل گیری جرایم این فضا و بالتبع بزه دیدگی در فضای مجازی می باشد. از جمله می توان به دیدگاهی که در قالب نظریه انتقال فضا مطرح شده، اشاره نمود. نظریه انتقال فضا تفسیری درباره ماهیت رفتار اشخاصی است که رفتار هنجار و ناهنجار خود را در فضای فیزیکی و مجازی نشان می دهد. (Jaishankar, 2007:7).

### تعریف بزه دیدگی مجازی

عده ای معتقدند اصطلاح ویکتیم (Victim) از کلمه لاتین ویکتیما (Victima) به معنای موجود زنده ای که برای خدایان قربانی می شود مشتق و سپس در سال ۱۹۲۷ وارد فرهنگ فرانسه شده است. این اصطلاح در زبان فرانسه به معنای کسی است که فدای علایق و یا برنامه های دیگر می شود و در فرهنگ Victim کسی است که خود را فدای خوشبختی دیگری کرده در این راه متحمل ضرر و زیان می شود. (نجفی برند آبادی، ۱۳۸۵).

### نظریه های تبیین کننده بزه دیدگی مجازی

فضای مجازی همچون فضای واقعی پذیرای عناصر مختلف جرم است و اجزای متشکله افعال مجرمانه در این دو فضا تا حدود زیادی با یکدیگر مشابهت دارند. نیاز به وجود بزهکار، بزه دیده و عناصر سه گانه تشکیل دهنده جرم از ضروریات غیر قابل انکار است که در جرایم مجازی نیز می بایست به آنها توجه نمود و این ارکان در این دسته از بزه ها نیز وجود دارند. اینکه بزه کاران فضای مجازی از به تعبیری قابلیت ها و به لسان دیگر ضعف های فضای مجازی به منظور ارتکاب اعمال مجرمانه خویش بهره می گیرند موضوعی است که بسیار در خصوص آن صحبت شده است، حال آنکه در خصوص این به اصطلاح کاستی های فضای مجازی که منجر به شکل گیری بزه دیدگی مجازی می شود، مطلب خاصی عنوان نشده است. این نقصان چه در حقوق داخلی ما و چه در منابع خارجی کاملاً مشهود است به نحوی که

در تبیین عوامل موثر در شکل‌گیری زمینه‌های بزه‌دیدگی مجازی هنوز اندیشه‌های محکمی ارائه نشده است. لکن این موارد بنابر آنچه که در ادامه عنوان خواهد شد همچنان محل ایراد هستند. درخصوص نقش بزه‌دیده و رفتارهای وی همانطور که برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند نارسایی‌های عمیق تحقیقات موجود (در حوزه حقوق کیفری مجازی) به گونه‌ای هستند که امکان آشکار ساختن این موضوع که چه نوع رفتار آنلاینی ممکن است احتمال بزه‌دیدگی را افزایش دهند فراهم نمی‌کنند. (cabarina,d,Marcum,2008)

### نظریه سبک زندگی

لارنس کوهن و مارکوس فلسون در سال ۱۹۷۹ نظریه سبک زندگی روزمره بزه‌دیدگان را با الهام از دیدگاه‌های مطروحه در نظریه انتخاب‌خردگرا که با نام عمل‌خردگرا نیز مشهور است و چهارچوبی برای فهم و اغلب تقید و مدل‌سازی رفتارهای اجتماعی و اقتصادی است. مطرح نمودند. که البته پاسخی به نرخ رشد جرایم در ایالات متحده آمریکا در خلال سال‌های ۱۹۴۷ تا ۱۹۷۴ بود.

این نظریه که از طرف دو جامعه‌شناسی آمریکایی پیشنهاد شده است، گامی فراتر از توضیح فعلیت یافتن جنایت از طرف مولفه‌های (نارسایی موانع، محاسبه سودمندی یا تشخیص استراتژیک است. به این معنی که بزه‌دیدگان و سبک زندگی روزمره آنان توجه دارد کوهن و فلسون تعداد و طبیعت اعمال مجرمانه را به کمک امکاناتی که بزه‌دیدگان بالقوه از راه سبک زندگی خود برای تحقق بخشیدن در اختیارشان قرار می‌دهند، بیان می‌کنند. بدین نحو که در بادی امر یک فرض ابتدایی وجود دارد که به موجب آن تحقق جرائم مستلزم برخورد دو عامل در زمان و مکان است. بزهکاران بالقوه و آماج‌های حمایت نشده. عوامل معاصر که آماج‌ها را بیشتر اصابت پذیر می‌سازند و در نتیجه افزایش نرخ تبه‌کاری را توضیح خواهند داد عبارتند از: عوامل انزوای اشخاص، خالی ماندن منزل‌ها، هسته‌ای شدن خانواده، توسعه کار زنانه و .. به این ترتیب سبک زندگی روزمره بزه‌دیدگان بالقوه یا حقیقی برحسب این نظریه مبین فعالیت جنائی است. (نجفی برند آبادی، ۱۳۸۵)

### ارکان نظریه سبک زندگی روزمره

۱- یک مجرم تحریک شده است، کسی که به اندازه کافی برای ارتکاب جرم برانگیخته شده باشد (Alban, 2004:33)

۲- هدف مناسب است که باید دارای ارزش، سکون، دید و دسترسی باشد (Mailler, 2006:83)

۳- فقدان محافظان توانا تا از تحقق جرم که در زمان فعالیت های روزمره مردم که هر روز نیز تکرار می شوند جلوگیری کنند (Coban, 1979:388).

شایان ذکر است که برای تحقق جرم می بایست انحرافی در مکان یا زمان یکی از سه رکن به وجود آید (Alban, 2004:33) چرا که در فرض عدم وجود انحراف جرم به تبع آن بزه دیدگی نیز به وقوع نخواهد پیوست، چرا که زمینه اصلی ارتکاب هر جرمی وقوع لغزش و انحراف است، که این مورد حسب دیدگاه های مطروحه در نظریه سبک فعالیت های روزمره که مبتنی بر عوامل خارجی و از جمله زمان و مکان است نیازمند انحراف در این دو خصیصه می باشد.

### تطبیق نظریه سبک های زندگی با بزه دیدگان مجازی

پس از آشنایی با مبانی این نظریه به تحلیل انطباق آن با بزه دیدگان مجازی پرداخته می شود. از منظر دیدگاه مطروحه در نظریه اخیر، تنها یکی از سه رکت اصلی در تحقق بزه دیدگی مجازی نقش عمده بازی می کند و آن فقدان حفاظت است؛ چرا که دو رکن (مجرم تحریک شده و هدف مناسب) تنها عوامل وضعی هستند، بدین معنا که در فضای مجازی گروه های مجریان با انگیزه می توانند هدف های مناسبی را از کاربرانی که به اینترنت وصل می شوند پیدا کنند. و بدین خاطر است که فلسوف در نظریه سبک زندگی بیان می دارد که مناسب بودن هدف نشانگر چهار ضابطه است:

۱- ارزشمند بودن هدف جرم

۲- استیصال هدف جرم

## ۳-قابلیت رویت هدف جرم

## ۴-دسترسی به هدف جرم

که بررسی این چهار عنصر در فضای مجازی به خوبی این واقعیت را که مناسب بودن هدف در فضای مجازی امری مفروض است، به اثبات می رساند. به عنوان مثال هنگامی که کاربری به اینترنت متصل می شود، رایانه وی اطلاعاتی رابه فضای مجازی منتقل می کند که سبب جذب مجرمان مجازی می شود.

علاوه براین اگر مجرمان مجازی به اندازه کافی در رابطه با سیستم های رایانه ای توانمند باشد استیصال وبه تعبیری گیر افتادن بزه دیده اغلب امری بدیهی خواهد بود (yar, 2003) علاوه براین ، ویژگی های محیط مجازی در رابطه با قابل رویت بودن و نیز در دسترس بودن ، سبب شده است تا بزهکاران مجازی در هر نقطه ای از جهان امکان معین کردن و ارتکاب جرم نسبت به اهداف خود را داشته باشند . بنابراین و با توجه به این مطالب تنها رکنی که در این میان می تواند بر سطوح بزه دیدگی مجازی و میزان آن تاثیر بگذارد ، میزان حفاظت است، به دیگر سخن عامل اصلی در بزه دیدگی مجازی از منظر نظریه سبک زندگی میزان حفاظت در فضای مجازی است. بنابر این نظریه فعالیت های روزمره راهکار عملی ای را ارائه می کند که به وسیله آن پیشگیری و وضعی از جرایم مجازی با تکیه بر تغییر شرایط و اوضاع و احوال میسر خواهد بود که در واقع خود بخشی از نظریه های مطرح شده در رابطه با پیشگیری وضعی از جرایم مجازی است. در واقع بر مبنای نظریه فعالیت های روزمره بهترین روش بازدارندگی از بزه دیدگی مجازی دشوار نمودن دسترسی به هدف یا همان بزه دیده است؛ چرا که امکان آموزش بزه دیده در راستای مقابله با بزهکاران مجازی به صورت حرفه ای بسیار دشوار است و تنها می توان به آموزش های ابتدایی بسنده نمود و حال آنکه در صورت جمع کردن حالت های مختلف اعم از آموزش افراد، اعمال تدابیر پیشگیرانه، نظارت بر کار فعالان حوزه مجازی و ... می توان دسترسی به هدف یا همان بزه دیده را دشوار نمود و از این طریق از بزه دیدگی مجازی پیشگیری نمود. ازجمله این امور به کارگیری سیستم های امنیتی مناسب و به روز است ، که این روش ارتکاب جرم در فضای مجازی را بسیار مشکل می سازد و از

طریق بزه دیدگی مجازی نیز به طور چشمگیری کاهش می یابد؛ البته به علت محدودیت عملکرد نیروهای کنترل اجتماعی رسمی در فضای مجازی تکیه بر روش های تدافعی فردی از اهمیت بیشتری برخوردار است که همانا به کارگیری تجهیزات کافی جهت افزایش امنیت سیستم های مجازی گامی موثر در جهت کاهش فرصت های مجرمانه در فضای مجازی است. البته نظریه سبک زندگی روزمره از بعد دیگری نیز قابل بررسی است و آن اینکه تفاوت افراد در رفتارهای روزمره سبب تفاوت سطح خطر پذیری بزه دیدگی آنان می شود در این میان پیش بینی سطح در دسترس بودن هدف از طریق اندازه گیری عوامل خطر پذیری که به صورت بالقوه به بزه دیدگی مجازی کمک می کنند، می تواند راهگشای بحث باشد؛ بدین معنا که میزان و نوع عملکرد کاربران در امکان بزه دیدگی آن کاملاً موثر است به گونه ای که در این فرض کاربران آنلاین و خصوصاً کسانی که علاقمند به مشاهده سایت های ناشناس، دانلود آهنگ ها، فیلم ها و یا برنامه های نرم افزاری رایگان هستند و یا بر روی آیکن ها و تبلیغات اینترنتی بدون اندیشه و احتیاط کلیک می کنند و ... به احتمال زیاد قربانی مجرمان مجازی می شوند.

به عبارت دیگر میزان فعالیت های شغلی و تفریحی آنلاین سبب افزایش یا کاهش فرصت های بزه دیدگی مجازی می شوند؛ و البته یافته های علمی بسیار موید این مطلب اند که عوامل موجود در سبک زندگی نقش مهمی در بزه دیدگی افراد در جهان واقعی بازی می کنند و از اینرو بنابر نظریه سبک های زندگی روزمره نوع فعالیت های روزمره تاثیر مستقیمی بر برآیند بزه دیدگی در فضای مجازی دارند. این در حالی است که هیتدلانگ بیان می دارد که فعالیت های شغلی و تفریحی اجزاء بسیار تعیین کننده ای در سبک زندگی هستند و تاثیر مستقیمی بر سطح بزه دیدگی دارند. در همین استدلال شده است که کسانی که درگیر سبک های زندگی مجرمانه شده اند، اغلب به هدفی مناسب برای بزهکاران بدل می شوند، چرا که ایشان تمایلی در به حرکت درآوردن نظام حقوقی از خود نشان نمی دهند.

به این خاطر که در اندیشه های مجرمانه خویش غرق شده و گمان می کنند که خود بر فعالیت های مجرمانه تسلط هستند و هیچ گاه دچار بزه دیدگی نمی شوند و در واقع این

اندیشه را می توان با دیدگاه های مطروحه در خصوص تفکر فرضیه ساز که در نوجوانان وجود دارد مقایسه نمود؛ در این تفکر فرد نوجوان خود را از آسیب هایی که ممکن است از اعمال و رفتارهایش به وی دارد شوند مصون می بینند و از همین رو اقدام به انجام برخی فعالیت های پرخطر می کند.

### موارد حائز اهمیت در بزه دیدگی مجازی

#### سطح دانش زندگی در فضای مجازی

همان طور که به طور کلی نیز در بخش های پیشین مورد اشاره قرار گرفت سطح دانایی افراد از علوم مجازی در بزه دیدگی و بزه کاری آنان موثر است و این امری است که نمی توان آن را نادیده انگاشت ، چرا که جرایم مجازی در زمره جرایم فنی هستند و نیازمند سطحی از دانش و آگاهی می باشند دراین بین میزان اطلاعات افراد نسبت به رایانه و فضای مجازی بر بزه دیدگی ، نوع و شدت آن تاثیر گذار است. بنابر آمارهایی که از مطالعات میدانی در این خصوص بدست آمده است ، سه گروه عمده برای کاربران فضای مجازی قابل تصورند :

۱- **کاربران عادی** : گروهی که از اینترنت و نرم افزارهای عمومی بهره می گیرند اما نمی توانند ایرادات رایانه خود را برطرف نمایند.

۲- **کاربران نیمه حرفه ای**: گروهی که از اغلب نرم افزارها استفاده می کنند و برخی از ایرادات رایانه خود را برطرف می نمایند.

۳- **کاربران حرفه ای** : گروهی که از لینوکس و اغلب نرم افزارها استفاده می کنند و غالب ایرادات رایانه خود را بر طرف می سازند. البته ایشان گروه چهارمی را نیز مورد اشاره قرار داده اند که تعداد آنها بسیار ناچیز و نزدیک به صفر است و آنها کسانی هستند که از رایانه جز در مواردی که مجبور باشند استفاده نمی کنند.

### نوع و کیفیت ابزارهای مورد استفاده

شاید این مورد تا حدودی ناملموس به نظر برسد، اما در واقع، یکی از علل موثر در تحقق و نیز پیشگیری از بزه دیدگی مجازی است. نوع و کیفیت ابزارهای مورد استفاده در واقع ارتباط مستقیم با نوع استفاده کاربر از فضای مجازی دارد. چرا که استفاده از سیستم های با قدرت بالاتر و سرعت بیشتر خود به عاملی در راستای افزایش بزه دیدگی افراد بدل خواهد شد. در نظر بگیریید فردی از اینترنت با سرعت پایین استفاده می کند و فرد دیگر از اینترنت پرسرعت بهره می گیرد آیا تفاوتی میان این دو فرد در نوع استفاده آنها از فضای مجازی وجود دارد؟ در مورد شخصی که از اینترنت کم سرعت استفاده می کند امکان انجام برخی از کارهای پرخطر و از جمله مراجعه به سایت های پروتوگرافی با بار ترافیکی بالا و یا دانلود فایل های موسیقی، فیلم و سایر داده های حجیم، میسر نیست و لذا به طور قهری فرد از ارتکاب این اعمال پرخطر باز می ماند.

این در حالی است که در افرادی که از اینترنت پرسرعت بهره می گیرند، این محدودیت خارج از اراده وجود ندارد و این دسته افراد بیشتر در معرض خطر بزه دیدگی قرار دارند. اما باید توجه داشت که این امر نباید منجر به محرومیت افراد از دسترسی به اینترنت پرسرعت شود چرا که این مورد یکی از عوامل مورد نیاز جهت دستیابی به اخبار و اطلاعات است.

### جنسیت

همان طور که در جرایم فضای واقعی نیز مشاهده می شود جنسیت افراد نقش تعیین کننده ای در بزه دیدگی آنها دارد چرا که با توجه به شیوه های زندگی زنان و مردان و تفاوت های شخصیتی آنان و نیز تنوع جرایم در مواردی زنان گزینه های بهتری برای مجرمین هستند این قاعده در جرایم فضای مجازی و بزه دیدگی مجازی نیز به چشم می خورد به عنوان مثال در بزه تعقیب ایدایی در فضای مجازی که برخلاف ایده در فضای واقعی نیازمند ارتباط فیزیکی با بزه دیده نیست، اما در هر دو صورت سبب ایجاد ترس و نگرانی در قربانی که عموماً زن هستند می شود.

## سن و اشتغال

برخی از حقوقدانان بر این باورند که سن و شاغل بودن افراد بر احتمال بزه دیدگی آنان در فضای مجازی موثر است. به گونه‌ای که این دو فاکتور رادر زمره علل تاثیر گذار بر بزه دیدگی مجازی بر شمرده اند. در تحقیقات به عمل آمده در این زمینه به این دسته بندی رسیده اند که افراد را برحسب سن آنها به چهار گروه اصلی تقسیم کنند:

۱- افراد تا ۱۹ سال

۲- افراد تا ۲۱ تا ۲۰

۳- افراد ۲۵ تا ۲۲

۴- افراد ۲۶ سال به بالا

میزان و نوع بزه دیدگی در هر یک از این گروه ها متفاوت است و در برخی اهمیت بزه دیدگی و آثار آن بیش از سایر گروه ها است، که می توان از آن به گروه خطر یاد نمود. این گروه افراد کمتر از ۱۹ سال را در برمی گیرد که با توجه به ضعف اندیشه و قرار گرفتن در دوران گذار از مرحله نوجوانی به جوانی و نیز حضور در یک بازه زمانی حساس که در آنها اندیشه های ماجراجویانه ای را برانگیخته است بیشتر در معرض خطر هستند.

در رابطه با اشتغال افراد می توان سه دسته را مدنظر قرار داد؛ تمام وقت، پاره وقت و بیکاری، که هر یک ویژگی های خاص خود را دارند و به نظر می رسد افرادی که دارای مشاغل تمام وقت هستند کمتر در معرض بزه دیدگی مجازی قرار می گیرند، چرا که تمرکز آنها بر کارشان و مشغله فکری ناشی از آن مانع عملکرد بی هدف آنها در فضای مجازی می شود و از اینرو احتمال قربانی شدن آنها کمتر است. در خصوص افراد پاره وقت نیز همین دیدگاه را می توان مطرح نمود با این تفاوت که اوقات فراغت آنها از گروه اول بیشتر است و امکان حضور بی هدف که زمینه ساز قربانی شدن افراد در فضای مجازی را تا حدود زیادی فراهم می کند و برای آنان بیشتر است، اما گروه سوم که افراد بیکار می باشند و به علت فقدان شغل به دنبال راهی برای پر کردن زمان بلا استفاده خود هستند ناگزیر بخش اعظم قربانیان را تشکیل می دهند چرا که این افراد بی هیچ انگیزه اینترنت منطقی ای در فضای مجازی به

گشت و گذار می پردازد و درپاره ای موارد به دنبال مشاغلی برای خود هستند و به سرعت با پیشنهادات اغوا کننده موجود در فضای مجازی گمراه می شوند و به نوعی در دام بزهکاران مجازی می افتد.

### نتیجه گیری

هرگز نمی توان یک نظریه «جامع تمامی دلایل» برای جرم های نامرسوم جدیدی مانند هک ارائه کرد. دورنمای نوپدید حقوقی فضای مجازی به آسانی دیده نمی شود، لذا برای درک تغییرات آن لازم است «به سطحی فراتر از حقوق نگریست» تا «بسیار بیشتر از آنچه از دیدمان پنهان است» را بشناسیم. این عناصر نهفته می توانند در ساختارسازی قوانین مشارکت کنند و با ارائه پیوندهای سیاست گذاری نادیده انگاشته شده، بر کارایی شان بیفزایند.

با این تفاسیر باید اذعان داشت که ما در عصری زندگی می کنیم که در آن عدم اطمینان مطلق اخلاقی جریان دارد و هیچ اجماعی درباره خوب یا بد و معیارهای داوری در خصوص رفتار هر کدام از این گروه ها وجود ندارد. نبود کنترل های درونی به صورت معیارهای اخلاقی، ارتکاب آن را تسهیل می کند. بنابراین، یک راهبرد جایگزین پیشنهادی می تواند شامل آموزش اخلاقیات رایانه درمقاطع نخستین مدرسه شود تا اذهان نوجوانان را شرطی کند. آموزش فعال توسط مراجع ذی صلاح باعث می شود قابلیت های افراد «متمایز» شود و راه به منظور هموار کردن رفتار پاسخگو باز می شود.

به طور کلی، به علوم رفتاری نیاز است تا با دقت بیشتری به روی انحرافات اجتماعی تمرکز کرده و با گزاره های معتبر تجربی از انگیزه های بروز این رفتارها پرده برداشت. موضوعی که نظریه های جرم شناسی سنتی هرگز نمی توانند آن را تبیین کنند و بنابراین، علوم مذکور باید به سوی افزایش کارایی رژیم حقوقی موجود گام بردارند.

فضای مجازی محیطی پیچیده و متشکل از فرصت های مجرمانه بالقوه است. این فرصت ها ناشی از ساختار خاص و منحصر به فرد این فضا است که زمینه های جنایی بسیاری را برای کاربران آن ایجاد نموده است. از سویی همین ساختار گمراه کننده که در ظاهر ساده و بی

آلایش و در باطن پیچیده و گمراه کننده است سبب وقوع جرایم بسیاری شده که تا پیش از آن امکان به این سادگی امکان تحقق نداشته اند.

در حال حاضر اینترنت ابزاری مناسب در جهت توسعه افکار و اندیشه های بشری محسوب می شود به شرط آنکه در راه صحیح استفاده شود. افراد باید جهت ورود به دنیای مجازی آگاهی و اطلاعات کافی داشته باشند تا دچار مشکلات مالی و روحی و روانی و اجتماعی نشوند. ارتباطات سالم در فضای مجازی و لزوم هوشیاری جوانان به خصوص خانواده ها نسبت به تهدیدات فضای مجازی در درجه نخست اولویت قرار دارد. پیشگیری از آسیب های اجتماعی و توجه والدین به رفتار فرزندان بسیار مهم هست و برای جلوگیری از هم پاشیدگی خانواده ها، والدین باید تا حدودی به فناوری روز دنیا مسلط باشند و آگاه باشند که تغییر در رفتار فرزندان به معنای ایجاد تغییر در طرز فکر آنها است و هنگامی که بنیان فکری و شخصیت آنها به صورت ناصحیح شکل گیرد، راه نفوذ شیادان به حریم خصوصی افراد و محیط امن خانواده باز می شود. لذا چنانچه خانواده نسبت شیوه های جدید ارتباط فرزندان خود آگاهی و شناخت کافی و لازم را داشته باشند از انجام بسیاری از جرایم و ارتباطات پنهانی آنان جلوگیری به عمل می آید.

## منابع و مأخذ

قرآن کریم

منابع فارسی:

۵۳- ابراهیمی، شهرام، جرم شناسی پیشگیری، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰.

۵۴- ابراهیمی کولانی، وحید، آیلاز صیاد سامه، حسام جلیلی، حمید د آران، نقش فضای مجازی در انحرافات اجتماعی، کنفرانس بین المللی روانشناسی علوم تربیتی و سبک زندگی، دوره ۲، ۱۳۹۴.

۵۵- زررخ، احسان، جرم شناسی فضای مجازی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق، مؤسسه آموزش عالی شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۸۹.

- ۵۶- زررخ، احسان، بزه دیده شناسی سایبری، فصلنامه مجلسی و پژوه، ش سال ۵۱، شماره ۶، ۱۳۹۰.
- ۵۷- شربتیان، محمد حسن، احمد بخارایی، پیامدهای اجتماعی آسیب شناختی اینترنتی، مجله پیامدهای اجتماعی آسیب شناختی اینترنت، سال هشتم، شماره هفتاد و نه، ۱۳۹۳.
- ۵۸- شعاع کاظمی، مهرانگیز، مهرانگیز مهرآور، جاوید مؤمنی، آسیب های اجتماعی نوپدید با تاکید بر تئوری های زیربنایی و راهکارهای مقابله ای، تهران، آوای نور، ۱۳۹۱.
- ۵۹- وثوقی، منصور؛ احسان رحمان خلیلی، رابطه رسانه های جمعی و سرمایه اجتماعی در کلان شهر تهران، مطالعات فرهنگ ارتباطات، سال پانزدهم، شماره بیست و ششم، ۱۳۹۳.
- ۶۰- یزد خواستی، بهجت؛ صمد عدلی پور؛ الهام کیخانی، حوزه عمومی و گفت و گو در فضای مجازی شبکه های اجتماعی بررسی تأثیر شبکه های اجتماعی مجازی بر گفت و گوی میان فرهنگ ها. مطالعات فرهنگی ارتباطات. سال چهارم، شماره بیست و یکم، ۱۳۹۱.
- 61- John Hagan, "The Pleasures of Predation and Disrepute", *Law & Soc'y Rev* ۱۶. (1990).
- 62- k. Jaishankar, Establishing a theory of cyber crimes, *International journal of cyber criminology*, Vol 1, No.2  
Majid Yar. (2005). The novelty of cybercrime': An assessment in light of routine activity theory. *European Journal of Criminology*.