

سال ۱۴۰۰
اصطفا یان
اسان
کابون و کلا و اداسنر

خبرنامه



با آثاری از:

گلرخ افقهی، دکترمحمود جلالی،

حمید رفیعی فرد، عباس شفیع،

یاسین صعیدی، محسن طاهری،

دکترم رضی طیبی جبلی، سیما علوی حجازی،

فرشاد قدوسی، علیرضا مختاری، علی نوریان

۲۸

آبان ۸۷

فهرست مطالب

مقالات

دکتر مرتضی طیبی جلی؛

- ۲ بررسی قوانین ۱۹۳ کشور جهان در مورد سقط جنین
محسن طاهری؛
- ۱۱ ممای یک گفت و گوی جانگداز
علی نوریان؛
- ۱۶ بیست نکته در مورد لایحه حمایت خانواده
دکتر محمود جلالی؛ سیما علوی حجازی؛
- ۲۳ شیوه‌های جایگزین (ADR) حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی
یاسین صعیدی؛
- ۳۲ مطالعه تطبیقی و کاربردی دفاع مشروع در برخی کشورهای اروپایی
فرشاد قدوسی؛
- ۴۰ کانت ناشنیده بند
گلرخ افقهی؛
- ۴۶ بررسی برخی از موانع موجود در راه اشتغال زنان
علیرضا مختاری؛
- ۵۰ مسؤولیت مدنی دولت در قبال اعمال کارکنان خود
عباس شفیعی؛
- ۵۹ تأملی بر لایحه جدید حمایت خانواده
حمید رفیعی فرد؛
- ۶۳ شأن و کالت، شأن هنر
.....

بررسی اجمالی قوانین یکصد و نود و سه کشور جهان در خصوص سقط جنین

دکتر مرتضی طبیبی جبلی
وکیل دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

- قسمت اول -

واژه‌های کلیدی: قانون، سقط جنین، حقوق بشر، حقوق زن، آزادی

مقدمه:

انسان قرن بیستم با سرعت از معنویات و اخلاق فاصله گرفت و پشت پا به بسیاری از ارزش‌های پذیرفته شده در تمام جوامع بشری زد از جمله این که به زعم خود به انسان آزادی داد و از حقوق بشر دفاع کرد و یکی از مصادیق حقوق بشر را آزادی روابط جنسی قلمداد نمود و در عمل دچار تعارضات گوناگون گردید. مسأله سقط جنین یکی از نمونه‌ها و نتایج آن است. پذیرش آزادی بی‌حد و حصر روابط جنسی و شیوع آن در سنین مختلف طبعاً منجر به بارداری‌های ناخواسته بی‌شماری می‌شود که گاهی ناشی از روابط جنسی خودخواسته (زنا) و گاهی ناشی از زنا یا به عنف است، مسأله بارداری مانع و سد بزرگی در مقابل این آزادی ایجاد می‌کند و بشر را در سر دو راهی قرار می‌دهد، زیرا میل شدید به آزادی این روابط و برشمردن آن از مصادیق حقوق بشر از یک طرف و جنین‌های محصول این رابطه از طرف دیگر، مستلزم ترجیح یکی بر دیگری و لاجرم موجب تضعیف و یا از بین رفتن آن می‌شود لذا این عده، دانسته یا ندانسته به علت اصلی نپرداخته مبارزه با معلول را وجه همت خود قرار داده‌اند و به جای بازگشت به نظم و ضوابط اجتماعی و ارزشهای اخلاقی که محصول تلاش فرزندان و به ویژه انبیاء و اولیاء الهی بوده حرکت ارتجاعی را سرلوحه اقدامات و تصمیمات خود قرار داده است و با مسلم و بدیهی فرض کردن آزادی روابط جنسی قویاً معتقد به از میان برداشتن هرمانعی و از جمله مانع مسأله زنان باردار شدند. لذا به استناد حقوق بشر و حقوق زن و به تعبیر صحیح‌تر به استناد اصل حاکمیت و حقانیت قوی! در تعارض میل و خواسته مادر و حق حیات جنین، بی‌پناه‌ترین و بی‌دفاع‌ترین موجود محکوم به نابودی می‌شود. اینان بر رعایت حقوق زنان پافشاری می‌کنند و معتقدند در جوامع غربی قانونی شدن سقط جنین می‌تواند شفا و درمان بسیاری از امراض اجتماعی باشد^۱ با این وجود هنوز بسیاری از کشورها با جواز مطلق سقط جنین مخالفند^۲ و ارباب کلیسا^۳ و حتی مردم برخی از کشورهای اروپایی

- 1- Willke Dr. and Mrs.J.C., why can't we love them both, Abortion Information you can use, chapter 1 (<http://www.abortionfacts.com>)
- 2- Summary of Abortion Laws Around the World, 2002, posted 15 Apr. 2002. (Abortion Policies: A Global Review, 2001 by United Nations, Department of Economic and Social Affairs Population Division, pp. 1-5)

بر این خواست خود پافشاری می‌کنند برای مثال مردم ایرلند شمالی در بیست سال گذشته پنج بار در خصوص سقط جنین به پای صندوق‌های رأی رفته و هر بار اکثریت آراء، مخالف اسقاط جنین بوده است و نیز در همه‌پرسی‌های مکرر بر این خواست خود تاکید کرده‌اند.^۲ قوانین برخی کشورها حل معضلات عظیم اقتصادی و اجتماعی را نسبت به مسأله سقط جنین با اهمیت‌تر دانسته، به‌علاوه به استناد حقوق بشر و لزوم رفع تبعیض و هم‌سان سازی حقوق زن و مرد، سقط جنین را به عنوان یکی از مسائل مرتبط، از حقوق مسلم زن قلمداد کرده، و آن‌چه در رحم در حال رشد است را جزیی از اجزاء مادر، فاقد حیات انسانی و تنها تکه‌ای گوشت، غضروف یا بافتی می‌دانند که فاقد هرگونه حقی است؛^۵ بنابراین مستحق کمترین احترام و توجه است، از نظر ایشان، اولین نگرانی و دلواپسی باید معطوف به سلامت روحی، جسمی، اوضاع خوب اجتماعی و حتی آسودگی و آسایش مادر باشد. کشورهای مختلف متأثر از آراء و عقاید حکام، برخی سقط جنین را مطلقاً تجویز، برخی مطلقاً منع، و برخی تحت شرایطی اجازه می‌دهند. نظرات گروه اخیر نیز، به لحاظ کمیت و کیفیت شرایط با همدیگر تفاوت‌هایی دارند.

در اواخر دهه ۶۰ و اوائل دهه ۷۰ میلادی، فعالیت‌های چشمگیر و مطالعات وسیع و ارزنده‌ای پیرامون سقط جنین در نواحی مختلف دنیا به‌عمل آمد، مثلاً به ابتکار سازمان بهداشت جهانی، کنفرانس‌هایی تشکیل شد و ابعاد مختلف این مسأله مورد تجزیه و تحلیل دانشمندان مختلف جهان از جمله در سال ۱۹۶۷ در شیلی، در سال ۱۹۶۸ در ویرجینیا، و در سال ۱۹۷۱ در کشور مغرب قرار گرفت.^۷

مطالب این مقاله در دو بخش ارائه خواهد شد، بخش اول مروری بر قوانین ۱۹۳ کشور خواهد بود و بخش دوم قوانین کشورهای بریتانیا، ایالات متحده آمریکا، فرانسه، ایتالیا، ایرلند، مصر، لبنان، اردن، شیلی، ژاپن و چین که در خصوص سقط جنین قوانین و مقررات ویژه‌ای دارند و بعضاً منشاء تحولات قوانین در سطح جهان می‌باشند مورد بررسی دقیق‌تری قرار گرفته‌است.

الف) مروری کلی بر قوانین کشورهای جهان

کشورهای جهان در مورد سقط جنین قوانین مختلفی دارند که در جزئیات از یک طرف و در کیفیت و نحوه عمل و واقعیت‌های غیرمنعکس در قوانین و سوابق قضائی از طرف دیگر، دارای اختلافات زیادی هستند، ولی برای این که بتوان آن‌ها را طبقه بندی نمود با غمض عین نسبت به برخی اختلافات جزیی، می‌توان آن‌ها را به سه دسته، آزادی مطلق، ممنوعیت مطلق و جواز سقط جنین در برخی از شرایط و اوضاع و احوال، تقسیم کرد.

۲- محقق داماد، سید مصطفی، "سقط جنین" مجموعه مقالات دومین سمینار دیدگاه‌های اسلام در پزشکی، مشهد، دانشگاه علوم پزشکی مشهد، چاپ اول، ۱۳۸۰ ص ۱۴۲.

4- Europe's terms for terminations, Sunday, 2 June, 2002, 20:38 GMT 21:38 UK,
5- Fletcher A., Garrett P., Gillon R., Rosell and Fured A., Ethics and abortion for fetal abnormality, February 1998 (<http://www.prochoiceforum.org.uk/a112.asp>) p. 17

۶- محیط، بهرام، سقط جنین، تهران، شرکت سهامی چهر، ۱۳۵۲، ۱۲.

۷- رشدی ناظر، عصام و غیره، الاسلام و تنظیم الاسره، رباط، ۱۹۷۱، بیروت، دار المتحدة للنشر، ۱۹۷۳.

۱- آزادی مطلق

کشورهایی که در همه موارد اجازه سقط جنین می‌دهند یعنی مواردی که جان مادر یا سلامت جسمی و روحی وی در خطر باشد، یا در موارد زنا یا به عنف و ناهنجاری‌های جنینی و مسائل اجتماعی و اقتصادی و بالآخره، وقتی هیچ کدام از دلایل فوق وجود نداشته باشد و صرفاً مادر، مایل به ادامه حاملگی نبوده و درخواست سقط جنین می‌کند.

این دسته از کشورها خود به دو دسته تقسیم می‌شوند، آنهایی که بدون قید و شرط، در همه موارد فوق، اجازه سقط جنین می‌دهند و آنهایی که در همه موارد فوق اجازه سقط جنین می‌دهند و انگهی در همه یا برخی از موارد، تحت شرایطی این امر را مجاز تلقی می‌کنند.

۱-۱- گروه اول: کشورهای زیرمجموعه این گروه عبارتند از کشورهای ایالات متحده آمریکا، کانادا، استرالیا، کوپا، آلمان، بلژیک، بلاروس، بوسنی، دانمارک، استونی، یونان، مجارستان، آلبانی، لیتوانی، مقدونیه، هلند، نروژ، اسلوانی، سوئد، یوگسلاوی، چین، کره شمالی، ویتنام و بحرین، بدون هیچ قید و شرطی سقط جنین را جایز می‌دانند.

نکته‌ای که در مورد حقوق آلمان باید تذکر داده شود این که در این کشور و در بعضی از کشورهای که سقط جنین را مطلقاً جایز می‌دانند، قبل از انجام سقط جنین، تحصیل نظر یک پزشک، روانپزشک، مددکار امور اجتماعی یا دیگر کارشناسان مرتبط ضروری است، یعنی باید توسط یکی از اشخاص مزبور، ضرورت سقط جنین، گواهی شود.

واقعیت این است که تحصیل یک گواهی ساده، عملاً شرط واقعی نیست و با مراجعه به این پزشک و آن پزشک، بالآخره با پرداخت وجهی، گواهی لازم قابل تحصیل است. با وجود این در آلمان، با عنایت به این که اصولاً پزشکان آلمانی، اگر هیچ محدودیت قانونی هم وجود نداشته باشد حتی تحصیل گواهی هم لازم و ضروری نباشد، باز از اقدام به سقط جنین خودداری می‌نمایند و تمایلی به انجام آن ندارند، لذا در کشورهایی مثل آلمان، تحصیل گواهی امر ساده‌ای نیست و از شرایط صوری محسوب نمی‌شود.

با عنایت به مطالب فوق، اگر تحصیل گواهی در کشورهایی مثل آلمان، که امری لازم و ضروری است، در نظر گرفته شود، باید بگوییم که سقط جنین، در این کشور، مطلقاً آزاد نیست، بلکه نیاز به تحصیل گواهی دارد.

۱-۲- گروه دوم: کشورهای زیر مجموعه این گروه عبارتند از:

۱-۲-۱- فرانسه:

در فرانسه، برای حفظ حیات حامله و همچنین برای حفظ سلامت جسمی، روانی وی و در موارد وجود ناهنجاری‌ها و نواقص جنینی، امکان سقط جنین در هریک از مراحل بارداری، وجود دارد و در سایر موارد، یعنی مواردی که مشکلات اقتصادی و اجتماعی، وجود دارد و موارد زنا یا به عنف و زنا محارم و بالآخره در مواردی که مادر، مایل به ختم بارداری است، تنها قبل از ۱۲ هفته اول بارداری (سه ماهه اول)، سقط جنین مجاز خواهد بود.

۱-۲-۲- در کشورهای آفریقای جنوبی، ایالت جورجیا، روسیه و اغلب جمهوری‌های شوروی سابق از قبیل گرجستان، قزاقستان، ترکمنستان، ارمنستان، اکراین، تاجیکستان: سقط جنین بنا بر خواست مادر، قبل از انقضای سه ماهه اول، امکان دارد و در سایر موارد، یعنی وقتی جان مادر یا سلامت جسمی یا روانی وی، در معرض تهدید باشد یا در موارد وجود ناهنجاری‌های جنینی و در مواردی که مشکلات اقتصادی و اجتماعی وجود دارد و در موارد زنا‌ی به‌عنف، سقط جنین، قبل از پایان شش ماهه اول دوران بارداری، امکان دارد.

۱-۲-۳- ایتالیا:

در ایتالیا، مواردی که جان مادر در خطر باشد و یا سلامت جسمی یا روانی وی در معرض تهدید باشد و در موارد وجود ناهنجاری‌های جنینی، سقط جنین مطلقاً جایز است و در سایر موارد، یعنی موارد زنا‌ی به‌عنف و زنا‌ی محارم، وجود مشکلات و مسائل اقتصادی و مواردی که مادر، بدون ارائه یا بدون وجود هیچ دلیلی، فقط مایل به ادامه بارداری نیست، مشروط به این که از زمان بارداری، بیش از سه ماه نگذشته باشد، سقط جنین، جایز خواهد بود.

۱-۲-۴- بلغارستان:

در مواردی که حیات مادر در خطر باشد و در مواردی که جنین مبتلا به ناهنجاری و ناقص‌العضو باشد، سقط جنین را مطلقاً جایز می‌دانند و در مواردی که سلامت جسمی مادر در معرض تهدید باشد، تا قبل از شش ماهگی و در سایر موارد یعنی مواردی که سلامت روحی مادر و موارد زنا‌ی به‌عنف و زنا‌ی محارم و مواردی که مشکلات اقتصادی و اجتماعی وجود داشته باشد و بالآخره مواردی که بدون هیچ دلیل، مادر مایل به ادامه آبدستی نباشد، تنها قبل از اتمام سه ماهه اول دوران بارداری، سقط جنین مجاز دانسته شده است.

۱-۲-۴- اسلواکی:

در این کشور، سقط جنین، وقتی سلامت روانی مادر در معرض تهدید باشد، یا در موارد وجود مشکلات اقتصادی و اجتماعی و در مواردی که مادر میل به ختم حاملگی، دارد، تا قبل از سه ماهه اول، مجاز است که اقدام به سقط جنین نماید و در سایر موارد، تا شش ماهه اول، سقط جنین، مجاز خواهد بود. لازم به ذکر است که به‌موجب حقوق این کشور، به‌طور کلی، از سقط جنین مکرر، در طی شش ماه، ممانعت به‌عمل می‌آید، یعنی یک زن در طی شش ماه فقط می‌تواند یک مورد سقط جنین داشته باشد.

۱-۲-۵- رومانی:

در این کشور، سقط جنین برای حفظ جان مادر و برای حفظ سلامت جسمی وی، مطلقاً یعنی در همه دوران بارداری، مجاز می‌باشد و در سایر موارد، تا قبل از انقضای سه ماهه اول بارداری، امکان پذیر می‌باشد.

۱-۲-۶- جمهوری چک:

در مواردی که سلامت روانی مادر در معرض تهدید باشد و در موارد تجاوز به‌عنف و زنا‌ی محارم و در مواردی که مشکلات اقتصادی و اجتماعی وجود داشته باشد و مواردی که

مادر صرفاً مایل به ادامه بارداری نیست، حداکثر تا قبل از پایان سه ماهه اول دوران بارداری، امکان سقط جنین وجود دارد و در سایر موارد، تا قبل از پایان شش ماهه اول، مجاز خواهد بود.

۱-۲-۷- ترکیه:

در ترکیه، اگر زنا یا به عنف یا زنا یا محارم صورت گرفته باشد، یا در مواردی که مسائل اقتصادی و اجتماعی مطرح است، یا مواردی که صرفاً مادر، مایل به ادامه بارداری نمی‌باشد، سقط جنین تا قبل از انقضای سه ماهه اول، مجاز خواهد بود و در سایر موارد نیز مجاز است ولی تحت شرایطی و با وجود محدودیت‌هایی.

۱-۲-۸- آذربایجان:

کشور آذربایجان، فقط سقط جنین به درخواست مادر را مشروط به سه ماهه اول بارداری کرده و در سایر موارد سقط جنین را مطلقاً جایز می‌داند.

۱-۲-۹- کره جنوبی:

در این کشور، سقط جنین در همه موارد، امکان پذیر است منتهی تحت شرایط بسیار خاص و با محدودیت‌های ویژه، این عمل انجام می‌گیرد.

۱-۲-۱۰- سنگاپور:

در سنگاپور، در مواردی که جان مادر در خطر باشد و در مواردی که سلامت جسمی و روانی وی در معرض تهدید باشد، سقط جنین مطلقاً مجاز است و در سایر موارد، یعنی موارد زنا یا به عنف و زنا یا محارم، وجود مسائل حاد اقتصادی و اجتماعی، وجود ناهنجاری و نواقص جنینی و بالآخره در مواردی که مادر مایل به بارداری، نمی‌باشد، قانوناً، سقط جنین تا قبل از شش ماهگی امکان دارد.

۱-۲-۱۱- تانزانیا:

در این کشور، در هر موردی، با یا بدون دلیل، امکان سقط جنین وجود دارد، فقط مشروط بر این که قبل از انقضای سه ماهگی، اقدام به سقط جنین گردد.

۱-۲-۱۲- گینه و گینه بی سائو:

در این کشورها، برای حفظ جان مادر، در هر یک از مراحل بارداری، سقط جنین، جایز خواهد بود و در سایر موارد، تنها قبل از سه ماهه اول، سقط جنین مجاز خواهد بود.

۲- ممنوعیت مطلق

قوانین کشورهای شیلی، السالوادور، جزیره مالت، واتیکان، مطلقاً یعنی تحت هیچ شرایطی یعنی ولو این که جان مادر در خطر باشد، سقط جنین را جایز نمی‌دانند.

۳- جواز سقط جنین در موارد خاص

۱-۳- فقط برای حفظ حیات مادر

قوانین کشورهای برونسی، آفریقای مرکزی، چاد، کلمبیا، کنگو، دومینیکن، گابن، گواتمالا، اندونزی، ایرلند، کرواتی، اسکاتلند، لائوس، لبنان، لیبی، ماداگاسکار، مالی،

موریتانی، میانمار، نیکاراگوئه، نیجر، عمان، پاراگوئه، افغانستان، فیلیپین، سان مارینو، سنگال، سومالی، سری لانکا، سودان، سوئیس، ونزوئلا و یمن^۸ فقط در مواردی که حیات مادر در خطر باشد سقط جنین را در هر مرحله از مراحل رشد جنینی، جایز می‌دانند.

۲-۳- تحت شرایطی، فقط برای حفظ حیات مادر

کشورهایی که قوانین آنها، فقط تحت شرایطی، اجازه سقط جنین برای نجات جان مادر، می‌دهند از نظر شرایط به دو دسته تقسیم می‌شوند، کشورهایی که تا قبل از سه ماهه اول دوران بارداری و کشورهایی که تحت شرایط ویژه و محدودیت‌های خاصی، برای نجات جان مادر، اجازه سقط جنین می‌دهند.

۳-۲-۱- قبل از انقضای سه ماهه اول:

آنگولا از معدود کشورهایی است که قوانینش، تنها برای حفظ حیات مادر، آن هم تا قبل از انقضای سه ماهه اول دوران بارداری اجازه سقط جنین می‌دهد.

۳-۲-۲- تحت شرایط خاص:

مصر، هندوراس، مولداوی، جزائر مارشال، سوریه و امارات متحده عربی فقط تحت شرایط خاصی و تنها برای حفظ نجات جان مادر، اجازه سقط جنین می‌دهند.

۳-۳- برای نجات جان مادر و برای حفظ سلامت جسمی وی

قوانین کشورهای آرژانتین، برونیدی، کاستاریکا، گینه، اریتره، اتیوپی، فقط برای حفظ جان مادر و برای حفظ سلامت جسمی وی، اجازه سقط جنین می‌دهند.

۳-۴- برای نجات جان مادر و برای حفظ سلامت جسمی و روانی وی

قوانین کشورهای سوئیس، الجزایر، پاکستان، قویبه، گامبیا، جامائیکا، جوردان، کنیا، موزامبیک، نیجریه، پرو، رواندا، سیرالئون، تانزانیا و اوگاندا، در این گروه قرار دارند.

۴- اجازه سقط جنین در تمامی موارد به جز به میل مادر

این کشورها سقط جنین را در کلیه موارد از جمله وقتی جان مادر در خطر باشد، یا سلامت جسمی و روحی وی در معرض تهدید باشد و در موارد زنا یا به عنف و زنا یا محارم و

۸- در استفتائی که از رئیس دیوان عالی کشور جمهوری عربی یمن در تاریخ ۲۲/مهرم ۱۳۸۷ ه.ق. صورت گرفته، وی به عنوان قوانین کشوری و همچنین حکم شرعی، در مورد امکان سقط جنین، به دلیل حاملگی ناخواسته و این که زوجین دارای فرزندان متعددی، می‌باشند (و دیگر مایل به داشتن فرزندی نباشند) استفتاء شده و وی چنین فتوا داده است: "شریعت مطهره، در صورت رضایت زوج، مانع سقط جنین قبل از نفع روح، نیست. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در مقابل استفتاء خاص، وی پاسخی اعم داده است، که بموجب آن برای سقط جنین قبل از نفع روح، فقط رضایت زوج، مطرح است و لذا به هر دلیلی می‌توان اقدام به سقط جنین نمود، به خاطر اهمیت این استفتاء عیناً ذیل نقل می‌شود: سؤال: السید رئیس المحکمه العلیا الاستثنائیه تجیه طیبه و بعد، فارجو افتاءنا فی امره متزوجه ولدیها عده اولاد. و لجهلها للوسائل الحدیثه لمتنع الحمل اصیحت حامله الان و تطلب اجهاضها طیباً. فهل تجیز قوانیننا عملیه الاجهاض، علما بان ذلك برضاها و رضی زوجها. نرجو الافتاء سریعاً، و مفضلاً لیکون منا العمل به. جواب: الشریعه المطهره لاتمنع من ذلك مع رضاء الزوج و بشرط ان لا تكون الروح قد نضخت فی الجنین، و قد قررت الشریعه ان الروح تنفخ فی الطفل من اول الشهر الخامس والله الموفق. ۲۳/مهرم ۱۳۸۷ ه.ق. به نقل از: حکم الاجهاض و التعقیم فی الشریعه الاسلامیه، الاسلام و تنظیم الاسره، المؤتمر الاسلامی فی مراکش، عام ۱۹۷۱، ص ۶۶۶.

ناهنجاری‌های جنینی و مسائل اجتماعی و اقتصادی مجاز می‌دانند ولی سقط جنین را صرفاً به میل و خواسته مادر و بدون هیچ دلیل موجه مجاز نمی‌دانند.

این کشورها در موارد جواز سقط جنین، به دو دسته تقسیم می‌شوند.

۴-۱- آنهایی که مطلقاً سقط جنین را مجاز می‌دانند: از این دسته‌اند قوانین کشورهای باربادوس، قبرس، اتیوپی، فیجی، فنلاند، ایسلند، گرانادا و زامبیا.

۴-۲- آنهایی که تحت شرایطی سقط جنین را مجاز می‌دانند: این کشورها تحت شرایطی از قبیل قبل از انقضای شش ماهگی یا با محدودیت‌هایی، سقط جنین را مجاز می‌دانند، از گروه اول می‌توان کشورهای پادشاهی متحده انگلستان، هندوستان و ژاپن را نام برد و از گروه اخیر، به کشور لوگزامبورگ، اشاره نمود.

در مورد حقوق انگلستان و حقوق لوگزامبورگ بیان دو نکته ضروری است:

۴-۲-۱- حقوق انگلستان:

بسیاری از کشورهایی که در گذشته، مستعمره بریتانیا، بوده‌اند، هنوز هم به تصمیمات دادگاه‌های این کشور، توجه دارند، این در حالی است که دادگاه‌های بریتانیا، سقط جنین را در مواردی که زن باردار، یا پزشک معالج او یا زن و پزشک معالج او، مدعی باشند که ادامه بارداری، برای حفظ سلامت جسمی و روانی زن، خطرناک است، مجاز می‌دانند.

۴-۲-۲- حقوق لوگزامبورگ:

در قانون راجع به سقط جنین، در کشور لوگزامبورگ، زن حامله، که به هر دلیل، مایل به سقط جنین خود است، ضروری است قبل از هرگونه اقدام، از کم و کیف و آثار و نتایج شق دیگر قضیه نیز مطلع گردد، یعنی پزشکان و متخصصین مربوطه، باید دقیقاً او را نسبت به عوارض و عواقب سقط جنین و آثار و خطرات آن مطلع گردانند و پس از این آگاهی می‌تواند اقدام به سقط جنین نماید، آن‌چه که در اثر تحقیق و بررسی بدست آمد این که خیلی از کشورها چنین مشاوره‌هایی را ضروری می‌دانند، ولی نحوه و کیفیت عمل و اجرای واقعی آن مبهم است، اما در کشور لوگزامبورگ، لاقبل بر روی کاغذ (یعنی در قانون)، انجام چنین مشاوره‌ای گویا حقیقتاً، شرط است.

۵- کشورهای با قوانین ویژه:

در برخی از کشورها در مورد سقط جنین مقررات و قوانین ویژه‌ای وجود دارد که در این جا به دو نمونه اشاره می‌شود.

۵-۱- اروگوئه: در کشور اروگوئه، سقط جنین برای نجات جان مادر و برای حفظ سلامت جسمی وی، مطلقاً جایز است و در مواردی که سلامت روحی وی در معرض تهدید باشد و در مورد تجاوز به عنف تا قبل از انقضای سه ماهه اول حاملگی، جایز خواهد بود، ولی وقتی جنین مبتلا به ناهنجاری بوده یا ناقص‌العضو باشد همچنین سقط جنین به صرف تمایل زن باردار، مطلقاً ممنوع و غیر مجاز تلقی می‌شود.

نکته مهمی که در قانون این کشور در مورد سقط جنین وجود دارد، و از موارد نسبتاً ویژه و اختصاصی این کشور است این که از نظر متون قانونی، سقط جنین، به دلیل و به استناد وجود مشکلات اقتصادی و اجتماعی، اصولاً غیرقانونی و نامشروع است، ولی اگر مرتکب، در مقام دفاع از خود، به وجود این مشکلات در سر راه خود استناد کند و مثلاً بگوید بر اثر شدت فقر، اقدام به سقط جنین کردم، چنین شخصی در محاکم قضائی، از تحمل کیفر قانونی، معاف می‌شود، پس اگرچه در متون قانونی، این مورد از موارد جواز سقط جنین، قلمداد نمی‌شود ولی در عمل، تا قبل از انقضای سه ماهه اول دوره بارداری، به استناد مسائل و مشکلات اجتماعی و اقتصادی می‌توان اقدام به سقط جنین نمود.

۵-۲- اکوادور: در این کشور، سقط جنین برای نجات جان مادر و برای حفظ سلامت وی، در همه مراحل رشد و تکامل جنین، جایز است، قوانین این کشور در مواردی که سلامت روحی مادر در معرض تهدید باشد، مبهم است و در موارد تجاوز به عنف، با محدودیت‌های ویژه‌ای یعنی فقط در صورتی که زن باردار، عقب افتاده ذهنی یا دیوانه باشد، سقط جنین مجاز خواهد بود و در سایر موارد یعنی وجود ناهنجاری‌ها و نواقص جنینی، مشکلات اقتصادی و اجتماعی و بالآخره سقط جنین بنا بر میل و درخواست زن ممنوع و غیر مجاز است.

نویسنده مقاله: "خلاصه قوانین سقط جنین در کشورهای جهان"^۹، در پایان مقاله خود، تذکر مطالبی را در مورد قوانین و مقررات کشورها ضروری می‌داند که به‌خاطر اهمیت آن‌ها، ذیلاً بیان می‌گردد.

- اغلب مطالب فوق از دپارتمان امور اقتصادی و اجتماعی و توزیع جمعیت سازمان ملل متحد اخذ شده است، لذا این قوانین تا اوائل سال ۲۰۰۲ میلادی، قطعی است ولی با عنایت به این که قوانین کشورهای جهان در حال تغییر و تحول است، ممکن است بعد از این تاریخ لااقل در تعدادی از کشورها نسبت به برخی موارد، ممنوعیت سقط جنین، تغییراتی داده شده یا داده شود.

- اظهارنظر در مورد مقررات کشورهای مختلف در مورد جواز یا عدم جواز سقط جنین در موارد هفت‌گانه زیر، لزوماً بدین معنا نیست که قوانین این کشورها را به‌خوبی بتوان در این دسته‌بندی‌ها، جای داد، لذا ممکن است در برخی از جزئیات و شرایط برای مثال، حتی در مواردی که قوانین دو کشور، یک موضع واحدی در مورد نوعی از سقط جنین دارند، در این جزئیات و شرایط، با همدیگر اختلافات و تفاوت‌های فاحشی داشته باشند.

- واقعیت این است که آنچه در مورد قوانین کشورهای مختلف در مورد سقط جنین، بیان می‌شود، صرفاً انعکاسی از متون قانونی این کشورها است، ولی بیان قوانین کشورها، یک چیز است و این که در عمل در این کشورها چه می‌گذرد و تا چه میزان و درصدی، قوانین این

9- Summary of Abortion Laws Around the World, posted 15 Apr.2002. (Abortion Policies: A Global Review, 2001) by the United Nations, Department of Economic and Social Affairs Population Division

کشورها لافل در مورد سقط جنین، اجرا می‌شود، چیز دیگری است. لذا سنجش و اندازه گیری این که، بک قانون تا چه حدی، در اجرا و در عمل سختگیری می‌کند و الزام آور است، به غایت مشکل است.

مضافاً به این که ارائه آمار، نسبت به آن چه در عمل بدون نگرانی از تعقیب قضائی، اتفاق می‌افتد کار مشکلی است، مثلاً چه بسا، در کشوری سقط جنین ممنوع و غیر قانونی باشد، ولی در عمل افراد بسیار زیادی آنرا نقض می‌کنند و مورد تعقیب قضایی قرار نمی‌گیرند و هرگز گرفتار قانون و محکمه نمی‌گردند.

- تعدادی از کشورهایی که سقط جنین در آن‌ها، مطلقاً ممنوع است، اگر مرتکب سقط جنین، استدلالش در دادگاه این باشد که بنا بر ضرورت حفظ حیات مادر، اقدام به سقط جنین کرده است، از تعقیب کیفری و مجازات معاف خواهد شد.

- در قوانین بسیاری از کشورها، به این نکته گوشزد شده است که سقط جنین برای حفظ سلامت مادر، جایز است، ولی در عمل این اختلاف بین دو گروه طرفداران حیات¹⁰ و طرفداران آزادی،¹¹ منجر به تفسیر دوگانه نسبت به این دسته از قوانین می‌شود با این بیان که طرفداران آزادی، معتقدند، منظور قانون از حفظ سلامت مادر اعم از سلامت روحی و سلامت جسمی اوست و گروه مقابل، این قید را فقط منحصر به سلامت فیزیکی مادر می‌دانند و آنرا شامل مواردی که سلامت روانی مادر در اثر ادامه بارداری به خطر می‌افتد و تهدید می‌گردد، نمی‌دانند. لذا در چنین کشورهایی اگر اطلاعاتی در دسترس باشد که تفسیر غالب، تفسیر طرفداران آزادی بوده، سقط جنین در مواردی که سلامت روانی مادر، در معرض تهدید قرار می‌گیرد، جایز شمرده شده و اگر تفسیر غالب، تفسیر طرفداران حیات، باشد، فقط گفته خواهد شد که سقط جنین در مواردی که سلامت جسمی مادر، در خطر باشد، مجاز خواهد بود.

- بیان قانون غالب کشورهایی که متشکل از اجزای فرعی سیاسی داخلی هستند. مثل کشورهایی از جمله استرالیا، نیجریه، پادشاهی انگلستان، متشکل از بخش‌ها، ایالات و استان‌های مختلفی هستند که از نظر ساختار سیاسی فرعی با بخش‌های دیگر کشور، در مواردی از جمله قانون سقط جنین اختلاف نظرهایی دارند لذا سعی شده در این موارد، فقط نظر رسمی، غالب و عام این کشورها بیان شود و به مقرراتی که در بخشی از تقسیمات کشوری، اجرا می‌شود، اشاره‌ای نشده است. *

ادامه دارد...

10- Pro-life
11- Pro-choice

معمای یک گفت و گوی جانگداز

محسن طاهری
کارشناس ارشد حقوق - شیراز

گفتگوهاست در این راه که جان بگذارد
هر کسی عریضه‌ی این که مبین آن که مبرس
(حافظ)

وکیل «قربانی سرابی» به بهانه‌ی پاسخ‌گویی به یکی از یادداشت‌های من - و نیز یکی از یادداشت‌های جناب آقای قائم فرد - احساس «وظیفه» اش گل کرده و مطلب «من از بیگانگان هرگز نالم...» را در شماره ۲۶ خبرنامه به چاپ سپرده که دوستان قطعاً یادشان است.

به دو دلیل، من قصد نداشتم پاسخ ایشان را بدهم:

یکی این که: نویسنده چشم‌اش را بسته، دهان‌اش را باز کرده و حرف‌هایی به من و همین‌طور جناب قائم فرد زده که پاسخ‌شان خیلی پارسنگ بر می‌دارد. من هم فعلاً نمی‌خواهم مرتکب چنین پاسخی بشوم. چون، هر چه فکر می‌کنم نه گاهی مطلبی از این وکیل خواننده و نقد کرده‌ام که حالا موقع تلافی باشد؛ نه محاکمه‌ای با هم داشته‌ایم که باعث تضییع حق‌شان شده باشم و نه ارث پدرشان از من طلبکاراند که سزاوار چنین بی‌ادبی‌هایی باشم. پس، چرا و به چه مناسبت؟ نمی‌دانم.

دوم این که: معلوم‌ام نیست که این وکیل، از طرف چه کسی حرف می‌زند و سنگ چه کسی را به سینه می‌زند: خودش؟ اسکودا به عنوان شخص حقوقی؟ اصحاب اسکودا به عنوان اشخاص حقیقی یا اصحاب اسکودا به عنوان اشخاص حقوقی؟

پاسخ این ابهام‌ها و پرسش‌ها از این جهت برای من مهم و تعیین‌کننده است که قلباً راضی نیستم بی‌گدار به آب بزنم و ناخواسته باعث آزرده‌گی خاطر کس یا کسان بشوم که روح‌شان از قضیه خبر ندارد. تصور نمی‌کنم اصحاب واقعی و محترم اسکودا (مدیران کانون‌ها، هیأت‌های اجرایی و بازرسان) هم راضی به چنین دفاع زشتی از این نهاد صنفی باشند یا به کس یا کسان چک سفید امضاء یا وکالت نام‌الاختیار داده باشند تا در لباس دلسوزی، هر چه دل‌اش خواست به دیگران بگوید. چون آن‌ها مطمئناً بهتر از من می‌دانند که برای خراب کردن اسکودا، دفاع بد کفایت می‌کند و نیازی به حمله‌ی خوب نیست.

اما، شما جای من. با جمله‌های دو پهلو و قیّم‌گونه و با جانب‌داری‌های سخن‌گویانه‌ی وکیل قربانی، چطور حساب این وکیل را از مسؤولان اسکودا جدا می‌کنید؟
ملاحظه بفرمایید:

«مسؤولان اسکودا گرفتارتر و درگیرتر از آن هستند که مجال ورود به این گونه
عرصه‌ها را داشته باشند...» (ش ۲۶، ص ۳۶، سطر ۶)

«در مرحله دوم شاید انتظار این بوده که اصحاب اسکودا به تعرض‌ها و تعریض‌ها پاسخ دهند و باب مناظره و مباحثه‌ای باز شود که نتیجه آن تکرار نام نویسندگان مقاله‌های اصلی - آن هم به عنوان مخاطبان اسکودا - ... خواهد بود.» (ش ۲۶، ص ۳۶، سطر ۲)

به هر حال، گویان که نثر و ادبیات «من از بیگانگان هرگز ننالم...» هوار می‌کشد که این آش را کس دیگری پخته است، ولی چون من نمی‌دانم و کیل مهر داد قربانی سرایی به «مهر» کدام «سراب» یا به «سراب» کدام «مهر» یا برای کدام «داد» خود را «قربانی» کرده، ناچارم اصل را بر ظاهر و بنا را بر این بگذارم که واقع امر همین است که می‌نماید. گیرم که واقعیت غیر از این و سفارش دهنده یا آشپز این آش یکی از اصحاب اسکودا باشد.

خودم می‌دانم، یا بد مخصوصه‌ای روبرو هستم. چون زبان و قلمم بسته و خیلی از حرف‌های اساسی ناگفته و نانوخته می‌ماند. ولی، گفتم که حسن اش این است که به اصحاب واقعی اسکودا به ناحق بی‌احترامی نمی‌شود. البته اگر کسی نخواهد اسکودا را میراث پدری و خود را وارث منحصر قلمداد کند!

تا یادم نرفته، از وکیل محترم جناب قائم‌فرد که به جرم (۱) تأیید کلیت یادداشت «... سود و زیان...» کام‌شان تلخ شده، عذرخواهی می‌کنم و متأسف‌ام که جز این کاری از دستم بر نمی‌آید.

و اما،

حرف اصلی و اساسی من در یادداشت «تو که سود و زیان خود ندونی» این بود و هست که در شرایط و اوضاع و احوال کنونی، مسائل و مشکلات صنعتی مهم تری باید در همایش‌های اسکودا مورد بحث قرار گیرند و «نقش تکریم و کیل در رعایت حقوق شهروندی - به فرض درستی - چنگی به دل نمی‌زند و من نمی‌دانم شرکت کنندگان می‌خواهند چه مطالبی در این خصوص بیان کنند. همین و همین. نه به ساحت نامقدس کسی توهین کرده ام و نه کفر گمیزه (گمیزه) ای گفته‌ام تا به رگ غیرت کسی برخوردی باشد.

معلوم است که ادعای من، مثل هر ادعای دیگری می‌تواند درست، کمی تا قسمتی درست یا اصلاً پرت و نادرست باشد. پاسخ‌اش هم می‌توانست این باشد که: به فلان دلیل یا دلایل اتفاقاً «نقش تکریم و کیل...» موضوع - شعار - خوبی بوده، با حساب انتخاب شده، آثار و بازتاب‌اش در همایش شیراز درستی این انتخاب را ثابت کرده و نویسنده‌ی نا آگاه - که من باشم - بهتر است به فلان نشریه و سایت رجوع کند تا حرف نسنجیده نزند و از این قبیل. درک ناقص من از آزادی بیان و قلم جز این نیست. انتظار هم نداشته و ندارم که متکلم وحده باشم، هر چیزی که خواستم بگویم و احدالناسی گاف و گزاف‌ام را جار نزنند.

ولی، نقل این حرف‌ها که نبوده و نیست. وکیل قربانی که برای مخالفت با فلان نظر یا گپ و گفت و گو درباره‌ی فلان موضوع صنعتی یا با نیت روشن‌گری و اطلاع‌رسانی در مورد فلان اقدام اسکودا، خلاصه، برای ابراز عقیده به میدان نیامده. او آمده تا زهراش را بریزد. فقط.

به همین خاطر، سر پیری یا میانسالی به یاد نوجوانی و جوانی‌اش - بنا بگفته‌ی خودش - افتاده و با حرف‌های آن‌چنانی، درصدد برآمده به خیال خود کاری کند که از این به بعد،

و کیلی، کارآموزی و خلاصه اهل حقوقی، جرأت تعلق کشیدن درباره‌ی عملکرد نهاد صنفی حرفه‌ی وکالت نداشته باشد. چیزی که هست، او این کار را طوری انجام داده که هم اصل نقد به حاشیه برود و هم ناقد حاج و واج بماند که بالأخره طرف‌اش کیست و درمورد چه نکته‌ای و به چه کسی باید توضیح بدهد.

او برای توجیه دست به قلم بردن‌اش - که البته نیاز به توجیه نداشته - می‌نویسد:
«اگر چیزی غیر از این‌ها [دادخواست، لایحه، قرارداد و صورتجلسه] نوشته‌ام، در مواردی بوده که واقعه‌ای یا نوشته‌ای یا گفته‌ای طاقم را طاق و صبرم را تمام کرده است. این موارد [یادداشت‌های من و جناب قائم‌فرد] هم از همان‌هاست.» (ش ۲۶، ص ۳۴، سطر ۱۴)

خب، من - و ایضاً جناب قائم‌فرد - جای شما. هرگاه دو یادداشت «تو که سود و زیان خورد ندونی» (ش ۲۲) و «نان صاحب‌دلان» (ش ۲۴) را نخوانده یا مفاد دقیق آن‌ها را فراموش کرده باشیم، قطعاً این پرسش برای من پیش می‌آید که مگر نویسندگان آن دو یادداشت چه گفته‌اند که خون و کیل قربانی به جوش آمده؟

مگر نه این بوده که در این دو ساله، عزیزانی چون آقایان دکتر تقی‌خانی، رستگار، علی‌پناه، مرتضوی و... مطالب انتقادی متعددی در مورد ساختار و نحوه‌ی اداره و عملکرد اسکودا نوشته‌اند؟ مگر نه این است که این و کیل ادعا می‌کند «خواننده پر و پا قرص خبرنگار اصفهان» است؟ (ش ۲۶، ص ۳۴، سطر ۱) پس چه شده که حالا و فقط با دو یادداشت ما طاق‌اش طاق و صبراش تمام شده؟ یادداشت‌های ما تندتر بوده‌اند یا وکیل قربانی مبادی آداب و اهل مدارا بوده که بیشتر سکوت اختیار کرده؟

پاسخ این که، حاشا که چنین بوده باشد. نه از آن یادداشت‌ها تندی به مشام می‌رسد و نه از ادبیات ایشان بوی ادب و مدارا. چیزی که هست این وکیل در بقیه‌ی موارد، شهادت و جرأت زدن حرف‌های گنده تر از دهان‌اش را نداشته ولی این بار اشخاص بی‌اسم و رسمی را پیدا کرده تا عقده‌هایش را بر سرشان خالی کند.

درست است که وکیل قربانی، چند جا ما را نویسنده‌ی محترم خوانده و «بزرگواری و سعه صدر مسئولان خبرنگار را بسیار قابل تمجید» دانسته که هر «چیزی» را - به ادعای او - چاپ می‌کنند (ش ۲۶، ص ۳۴، سطر ۳)، ولی حرف دل‌اش همان‌هاست که در جای دیگر نوشته‌اش به تأکید آورده است. آن لکه‌ها هم با آب و صابون «محترم» پاک نخواهد شد.

چرا؟ به‌خاطر این که کوسه و ریش پهن که نمی‌شود. یا ما محترم‌ایم - که حتماً هستیم! - پس آن حرف‌ها به ما نمی‌چسبند. - که حتماً همین‌طور است - یا برعکس، که در آن صورت «احترام» از ما فرار می‌کند.

به‌هر حال این وکیل نه از تحریف کم گذاشته، نه از توهین. به شرحی که ملاحظه می‌کنید:

۱- او با ابداع نوع جدیدی از تلخیص، مقدمات دلخواه‌اش را ساخته و پرداخته تا بتواند از قول‌ام بنویسد «پس تشکیل همایش‌های اسکودا بی‌حاصل است» در حالی که نه آن مقدمات ساختگی به چنین نتیجه‌ای ختم می‌شود، و نه من چنان چیزی گفته‌ام.

برعکس، من نوشته‌ام: «من نمی‌گویم سوت دلان، برای مشورت و با خبر شدن از حال و روز هم هر شش ماه یا هر ماه یا حتی هر روز گرد هم نیایند، یعنی حق ندارم بگویم.» (ش ۲۲، ص ۱۸، بند ۳)

خب، شما جای من. به این استاد مصادره به مطلوب و تحریف چه جایزه‌ای می‌دهید تا دل‌اش خنک و رضایت خاطر‌اش فراهم بشود؟

۲- او می‌نویسد:

«از نوجوانی و جوانی همیشه در دعوایها و زد و خوردها [!؟] به حمایت از طرف باحیا و بی سر و صدا علاقه‌مند بوده‌ام و این داستان [نقدهای من و جناب قائم فرد به عملکرد اسکودا] هم یادآور همان ماجراهاست.» (ش ۲۶، ص ۳۶، سطر ۷)

خب، شما جای من - و ایضاً جناب قائم فرد - به این وکیل دادگستری که چفت و بست دهان‌اش در اختیار خودش نیست، چه پاسخی می‌دهید که هم مناسب شأن و ادبیات‌اش باشد و هم محیط بهداشتی خبرنگار را آلوده نکند؟

۳- او می‌نویسد:

«نمی‌دانم چرا دائماً برادر حاتم طایی و اقدام‌کذایی‌اش که - حاصلی هم نداشت - برآیم تداومی می‌شود!!» (ش ۲۶، ص ۳۶، سطر ۹)

خب، شما جای من - و ایضاً جناب قائم فرد - به این دایه‌ی دل‌سوزتر از مادر که معلوم نیست موی‌اش را در کدام آسیاب سفید کرده که بی‌خیال واقعیت‌ها، نهاد صنفی اسکودا را به چاه زمزم، ما را به برادر حاتم طایی و نقدهایمان را به ... تشبیه می‌کند، چه پاسخی می‌دهید که گویاتر، بهتر و مناسب‌تر از خاموشی باشد؟

بازی روزگار را ببینید که من یک ماه و نیم قبل از خبردار شدن از این تشبیهات، در جای دیگری نوشتم:

«به باور این‌ها [عادت زدگان] چه بهتر که همه خیال‌کنند حرفه و کالت و نهاد صنفی آن تافته‌ی جدا بافته‌ای است که از آب زمزم سیراب شده و انگ بد به آن نمی‌چسبد.» (ش ۲۶، ص ۳۰، سطر ۲۹) حالا کسی آمده و اسکودا را به جای چاه زمزم جا می‌زند!

۴- او می‌نویسد:

«کاملاً معلوم است عبارت «نقش تکریم...» شعار همایش بوده و اگر ایرادی به برگزارکنندگان همایش وارد باشد، این است که چرا بندی از دستور را به این شعار اختصاص نداده‌اند...» (ش ۲۶، ص ۳۶، سطر ۱۳)

من خدمت‌سایرین عرض می‌کنم که اولاً، پیشتر درخبرها آمده بود که این عبارت موضوع همایش است. ثانیاً، اگر ادعای وکیل قربانی درست باشد، به این می‌گویند عذر بدتر از گناه.

چون کاملاً معلوم است عبارت «نقش تکریم و کیل در رعایت حقوق شهروندی» نمی‌توانسته و نمی‌تواند شعار یک همایش باشد؛ نه در گذشته و نه در آینده. ثالثاً، شعار نمی‌تواند بندی از دستور(کار) یک همایش باشد.

چرا؟ به این دلیل که شعار برای خودش تعریف دارد؛ هم چنان که دستور(کار) برای خودش تعریف دارد. شعار بیان مختصر یک آرمان و آرزو و هدف است و دستورکار موضوع بحث و مذاکره است. با رمل و اسطرلاب هم نمی‌شود در وقت تنگی قافیه جای این دو را به دلخواه عوض کرد. حال اگر در این مملکت که هیچ چیز سر جای خودش نیست، می‌کنند و می‌شود، حرف دیگری است.

«اولاد کمتر، آسایش بیشتر»، «همه چیز برای صلح» و عبارت‌های مشابه شعاراند. ولی «نقش تکریم...» - با فرض درست و به جا بودن - یک موضوع، یک فرضیه، یک مقوله برای بررسی و بحث و مذاکره است هم چنان که «نقش جنگل در پاکیزگی هوا»، «افزایش جمعیت و توسعه اقتصادی» و امثال این‌ها چنین‌اند.

۵- سرانجام او می‌نویسد:

«درست است که انتقاد و به‌ویژه انتقاد از خود سازنده است، اما فی الواقع جامعه و کلا با چنین اعضا و چنین دوستانی نیاز به دشمن ندارد!!!» (ش ۲۶، ص ۳۷، سطر آخر)
این حرف نویسنده انصافاً درست است. فی الواقع جامعه‌ی و کلا با چنین اعضا و چنین دوستانی نیاز به دشمن ندارد. چون در این جامعه، دوغ و دوشاب به حدی قاطی شده و بی‌تفاوتی به حدی ریشه دوانده که خود و کلا هم نمی‌دانند و نمی‌خواهند بدانند دوستان و دشمنان واقعی آن‌ها در کجا و چه کسانی‌اند! »

ما فریاد می‌زدیم: «چراغ! چراغ!»
و ایشان در نمی‌یافتند.
سیاهی‌ی چشم‌شان
سپیدی‌ی کدروی بود اسفنج وار

شکافته

لایه بر لایه بر

شبهت برده از جسمیت مغزشان.
گناهی‌شان نبود:
از جَنَمی دیگر بودند.»

شاملو:

بیست نکته در مورد لایحه حمایت خانواده

علی نوریان

رئیس شعبه ۲۰ دادگاه خانواده اصفهان و مدرس دانشگاه

نکته اول:

لایحه حمایت خانواده در راستای اصول ۱۰، ۲۱، ۱۵۶ و ۱۵۸ قانون اساسی تدوین شده است. در اصل دهم قانون اساسی تأکید شده است که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است و همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد و اصل ۲۱ بر ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده تأکید دارد و اصل ۱۵۸ یکی از وظایف رئیس قوه را تهیه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی بیان نموده است. علیرغم تأکید قانون اساسی و اهمیت ویژه و نقش و جایگاه نهاد خانواده، قوانین موجود کارایی لازم را نداشته و قوانین مربوط به خانواده متشتت و متعارض بوده و گاهی خلاف قانونی و تعارضات و معلوم نبودن ناسخ و منسوخ قوانین باعث سردرگمی مردم و حتی محاکم دادگستری گردیده است.

نکته دوم:

با نگاهی کلی به لایحه حمایت خانواده و با توجه به جمع‌آوری قوانین متفرق و پراکنده موجود، این لایحه تعداد ۱۰ قانون را یکجا جمع کرده و در ماده ۵۳ آمده است با تصویب این قانون، قوانین مذکور منسوخ اعلام می‌گردد و این از نکات بسیار مثبت لایحه است. اما این لایحه از دو بخش مقررات ماهوی و مقررات شکلی تشکیل گردیده است. در بعد ماهوی بهتر بود به جای تغییر برخی قوانین، قانون مدنی اصلاح می‌شد تا قوانین موازی نداشته باشیم و لایحه صرفاً به مقررات شکلی و آیین دادرسی می‌پرداخت. لذا پیشنهاد می‌شود به جای تجمیع مواد بی‌ارتباط با هم و برای جلوگیری از موازی‌کاری، جلد ۷ قانون مدنی اصلاح شود.

نکته سوم:

در لایحه بر تأسیس مراکز مشاوره خانواده تأکید شده است اما واگذاری وظیفه تأسیس این مراکز به قوه قضاییه مناسب نیست زیرا امکانات و نیروی انسانی مورد نیاز این مراکز، اکنون در سازمان بهزیستی موجود است درحالی‌که قوه قضاییه که خود با حجم عظیمی از مشکلات اداری و استخدامی و بودجه مواجه است، نمی‌تواند به آسانی و سرعت این مراکز را با نیروی متخصص راه‌اندازی کند.

مطلب دوم آن‌که، صدور گواهی عدم امکان سازش در طلاق توافقی به این مراکز واگذار شده که این صحیح نیست زیرا قاضی در این مرکز حضور ندارد و گواهی عدم امکان سازش امری حقوقی و قضایی است و آثار و عواقب متعددی دارد. زیرا در بسیاری موارد، توافقات

زوجین منطبق با قانون نیست و خلاف قوانین آمره و یا شرعی است و به‌علاوه در بسیاری موارد، توافقات مذکور که به‌عنوان سازش‌نامه تنظیم می‌گردد نیاز به اجرا دارد و بایستی در قالب گزارش اصلاحی تنظیم و ضمانت اجرایی داشته و در مواردی اجراییه صادر شود. لذا از یک سو تأسیس این مراکز امری مفید و ضروری است و از سوی دیگر وظایف و اختیارات مندرج در لایحه اشکال دارد و حتی مخالف اصل ۲۱ قانون اساسی است و ضروری است اصلاح شود. مطلب دیگر آن که در طلاق غیرتوافقی که وظیفه صدور حکم به عهده دادگاه گذاشته شده، ارجاع موضوع اختلاف به داوری نیز به دادگاه واگذار شده است، درحالی که داوری به شکل مطروحه در لایحه، مشابه داوری است که اکنون در محاکم خانواده اجرا می‌شود که متأسفانه نتایج قابل قبولی نداشته و تبدیل به امری صوری و تشریفاتی شده است و بهتر است باتوجه به تأسیس مراکز مشاوره خانواده، امر داوری و دعوت زوجین به صلح و سازش در کلیه اختلافات خانوادگی و انواع طلاق اعم از توافقی و غیرتوافقی به این مراکز واگذار شود و تکلیف داوری از محاکم برداشته شود تا هم از صوری و تشریفاتی بودن آن جلوگیری شود و هم از اطاله دادرسی در محاکم جلوگیری به‌عمل آید.

نکته چهارم:

یکی از نکات مثبت لایحه، تفکیک و تعیین تکلیف تصمیم دادگاه در مورد موضوع طلاق است به این نحو که آمده است در طلاق توافقی اگر طلاق به تقاضای زوج باشد دادخواست صدورگواهی عدم امکان سازش و اگر به درخواست زوجه باشد صدور حکم به الزام به طلاق و با احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق تقدیم می‌شود. زیرا در وضعیت فعلی، مشخص نیست که در چه مواردی دادگاه باید گواهی صادر کند و در چه مواردی حکم صادر می‌شود و این اختلاف وجود دارد که باتوجه به ماده واحده اصلاح مقررات طلاق، که ارجاع به داوری را در کلیه اختلافات ضروری دانسته در کلیه موارد باید گواهی عدم امکان سازش نیز صادر شود و یا در برخی موارد دادگاه ضمن صدورگواهی عدم امکان سازش حکم طلاق صادر نماید؟ به‌علاوه در این که رأی دادگاه در چه مواردی مشمول قانون تعیین مدت اعتبارگواهی عدم امکان سازش می‌شود نیز اختلاف نظر وجود دارد. زیرا گروهی اعتقاد دارند حکم طلاق مدت ندارد ولی گواهی عدم امکان سازش مدت اعتبار سه‌ماهه دارد.

ماده ۳۳ لایحه نیز مدت اعتبار سه‌ماهه را صرفاً برای گواهی عدم امکان سازش ذکر کرده که باتوجه به تعیین تکلیف مصادیق طلاق و نتیجه تصمیم نهایی دادگاه این موضوع اختلاف موجود را حل کرده است. لیکن به‌نظر می‌رسد این مدت ۳ ماه به ۶ ماه افزایش یابد و بین زوجین مقیم ایران و خارج از کشور نیز باید تفاوت زمانی قابل و مدت اعتبار برای ایرانیان مقیم خارج افزایش یابد.

نکته پنجم:

تأکید بر این که دادگاه خانواده با حضور رئیس یا دادرس علی‌البدل و ۲ مستشار که ترجیحاً یکی از مستشاران زن باشد، تشکیل گردد امری مفید و پسندیده است لیکن وجود لفظ «حتی‌المقدور» یکی از مستشاران دادگاه از باتوان دارنده پایه قضایی باشد راه را باز می‌گذارد

که بدون حضور زنان دارای پایه قضایی محاکم تشکیل شود و هدف و غرض قانون گذار در مرحله عمل، به نحو مطلوب اجرا نمی‌شود. به نظر می‌رسد بایستی لفظ «حتی المقدور» به «الزاماً» تبدیل گردد. و مطلب دیگر آن که اکنون که محاکم خانواده با حضور ۳ نفر قاضی تشکیل می‌گردد بایستی آراء صادره از این محاکم در بسیاری موارد جنبه قطعی و غیرقابل تجدیدنظر داشته باشد. در بسیاری موارد مانند صدور حکم حضانت و ملاقات با فرزند، گواهی عدم امکان سازش در طلاق توافقی، اعسار از پرداخت هزینه دادرسی، اعسار از پرداخت مهریه، استرداد جهیزیه، نفقه و تمکین و غیره می‌توان آراء را قطعی اعلام نمود و صرفاً در مهریه‌هایی بالاتر از مبلغ بیست میلیون تومان، صدور حکم در اصل نکاح و طلاق، فسخ نکاح و حکم الزام زوج به طلاق می‌توان یک مرحله تجدیدنظر یا فرجام خواهی را متصور شد. این امر می‌تواند در بسیاری موارد از بلا تکلیفی و سردرگمی زوجین بکاهد و تکلیف فرزندان و بسیاری مسائل در سریع‌ترین زمان حل و فصل و روشن شود.

تکته ششم:

علیرغم این که لایحه سعی در پر کردن خلاءهای قانونی داشته بازم در مواردی خلاءهای قانونی را پوشش نداده است. از جمله، در خصوص طرح دعوی مطالبه نفقه از سوی فرزندان که به سن بلوغ رسیده و تحت حضانت والدین نمی‌باشند ولی جهت طرح دعوی اهلیت ندارند و به سن رشد نرسیده‌اند، اکنون محاکم با خلاء قانونی مواجه‌اند و اختلاف بسیار است. گروهی طرح دعوی به وسیله فرزندان بالغ غیر رشید را می‌پذیرند و گروهی عقیده دارند فرزند بالغ غیر رشید حق طرح دعوی را ندارد. مادر نیز به دلیل این که فرزند به سن بلوغ رسیده سمتی در طرح دعوی ندارد و گروهی مادر را فاقد سمت برای طرح دعوی می‌دانند. این خلاء قانونی در این لایحه برطرف نشده است. این موضوع را با اضافه نمودن تبصره‌ای به ماده ۷ لایحه می‌توان روشن ساخت زیرا متن ماده ۷ طرح دعوی از ناحیه مادر یا نگهدارنده طفل را تا زمان بلوغ روشن کرده و اگر هم هدف مقنن، طرح دعوی تا قبل از سن رشد است ماده ابهام دارد و بایستی روشن شود تا باعث اختلاف نشود.

تکته هفتم:

یکی از نکات مثبت این لایحه که در راستای حمایت از زنان در جهت طرح دعوی مطالبه نفقه و مهریه است، ماده ۱۳ است که مقرر می‌دارد: چنانچه موضوع دعوا، مطالبه مهریه منقول یا نفقه باشد، زوجه می‌تواند در محل اقامت خواننده و یا محل سکونت خود اقامه دعوا نماید و این ماده زوجه را از تکلیف قانونی موجود که وی را وادار می‌نماید جهت طرح دعوی مطالبه نفقه به دادگاه به محل سکونت زوج که گاهی شهرستانی با فاصله جغرافیایی بسیار دورتر از محل سکونت زوجه است مراجعه نماید معاف نموده و از نکات بسیار مفید برای زنان است.

تکته هشتم:

ماده ۱۴ لایحه حمایت از خانواده، در جهت رسیدگی دادگاه‌های خانواده در حوزه‌های قضایی متعدد قاعده‌ای وضع نموده که در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ نیز وجود دارد و

در آن آمده که: هرگاه از سوی زوجین امور و دعاوی موضوع صلاحیت خانواده در حوزه‌های قضایی متعدد مطرح شده باشد دادگاهی که دادخواست یا شکایت مقدم به آن داده شده صلاحیت رسیدگی دارد و چنانچه دو یا چند دادخواست و شکایت در یک روز تسلیم شده باشد، دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعاوی اقامه شده از سوی زوجه را دارد، به تمامی دعاوی رسیدگی نماید.

امتیازی که این ماده به دادگاهی که دادخواست مقدم به آن تقدیم شده داده است، باعث می‌شود هر یک از زوجین در طرح دعوی یا شکایت از دیگری سبقت بگیرند تا از امتیاز فوق بهره‌مند شوند.

تعمیم این ماده به کلیه دعاوی و امور خانوادگی اشکال دارد و بایستی محدود به دعاوی و شکایاتی شود که در یکدیگر اثر مستقیم دارد و نتیجه یکی در دیگری مؤثر است ضمن آن که ماده ۱۳ امتیازاتی برای زوجه در نظر گرفته که با مفاد ماده ۱۴ تعارض پیدا می‌کند.

تکته نهم:

ماده ۲۳ لایحه فعلی که مباحث بسیار زیادی را به خود اختصاص داده اشکالات متعددی دارد. اصل ازدواج مجدد برای زوج امری طبیعی و مشروع است زیرا در مواردی زوج ناچار به ازدواج مجدد است و گاهی حتی زوجه اول خود راضی به ازدواج اوست لذا نه می‌توان ازدواج مجدد را ممنوع کرد و نه می‌توان آن را به حدی راحت و آسان گذاشت که باعث سوءاستفاده و احیاناً هوسرانی زوج شود. به نظر اینجانب، وضعیت موجود فعلی که قضات به ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده استناد نموده و موارد صدور اجازه ازدواج محدود و معین شده منطقی‌تر است. زیرا در مواردی مانند نشوز زوجه و عدم تمکین وی، بیماری صعب‌العلاج و مانع مقاربت و انجام اعمال زناشویی، ابتلای زوجه به بیماری واگیردار، غیبت یا مفقود شدن زوجه برای مدت طولانی، سکونت بدون مجوز زوجه در غیر محل سکونت زوج و مواردی از این قبیل می‌تواند موجبات ازدواج مجدد زوج را فراهم نماید لیکن این امور باید در دادگاه به اثبات برسد.

شرایط فعلی پیش‌بینی شده در ماده ۲۳ یعنی احراز توانایی مالی و تعهد اجرای عدالت بین همسران کافی نیست زیرا توانایی مالی مرد امری ثابت و دائمی نیست و ممکن است در اثر حوادث طبیعی یا غیرطبیعی توانایی مالی مرد از بین برود و تعهد به اجرای عدالت نیز فاقد ضمانت اجرای حقوقی است.

تکته دهم:

ماده ۲۵ پیشنهادی دولت که در لایحه آمده است نیز بسیار مورد انتقاد است زیرا مشخص نیست مالیات در هنگام ثبت ازدواج به چه چیزی تعلق می‌گیرد؟ مالیات بر درآمدی که هنوز وصول نشده و بالفعل نیست و مشخص نیست که وصول شود یا خیر! گرچه هدف اصلی و اساسی تلاش در جهت کاهش مهریه‌های سنگین است و این هدف مطلوب است لیکن راه رسیدن به این هدف، وضع مالیات به مهریه در هنگام ثبت ازدواج نیست، به نظر می‌رسد دولت و قوه قضاییه می‌توانند امتیازات و مشوق‌هایی به مهریه‌های پایین‌تر

بدهند تا جوانان هنگام ازدواج ترغیب و تشویق به این مهریه‌ها شوند مثل اعطای وام بدون بهره به مهریه‌های متعارف و عدم اعطای وام به مهریه‌های غیرمتعارف و یا افزایش حق‌الثبت و حق‌التحریر مهریه‌های غیرمتعارف و کاهش و تخفیف در حق‌التحریر و حق‌الثبت مهریه‌های کمتر و امتیازات و مشوق‌های دیگر در جهت خرید مسکن، اشتغال، تحصیل و غیره و...

نکته یازدهم:

ماده ۹ لایحه که رعایت تشریفات آیین دادرسی در محاکم خانواده را حذف نموده است امری مطلوب است به شرط آن که تشریفات مذکور در قانون مشخص گردد و صراحتاً تعیین شود که منظور کدامیک از ترتیبات آیین دادرسی است و نکته دیگر آن که موکول نمودن نحوه رسیدگی دادگاه خانواده به تصویب آیین‌نامه اجرایی مطلوب نیست و ترتیبات رسیدگی بایستی در قانون مشخص گردد.

نکته دوازدهم:

تخصیص شعبی از دادگاه خانواده برای رسیدگی به اختلافات خانوادگی ایرانیان مقیم خارج از کشور نیز از نکات جالب توجه در این لایحه است که تحقق این امر با همکاری وزارت امور خارجه و حضور قضات در محل کنسولگری، یا سفارتخانه ایران در خارج از کشور و رسیدگی به اختلافات خانوادگی کمک بسیار خوبی به زوجین مقیم خارج است به شرط آن که تشکیل این دادگاه با موازین و اصول حقوق بین‌الملل منافاتی نداشته باشد و با دولت‌های خارجی هماهنگی لازم به عمل آید و موافقت کشورهای مذکور با تأسیس این دادگاه‌ها کسب شود.

نکته سیزدهم:

وضع ماده ۱۲ لایحه مذکور که مقرر داشته در دعای موضوع این قانون، محکوم‌له پس از صدور حکم قطعی و تا پیش از شروع اجرای آن می‌تواند از دادگاه درخواست تأمین محکوم‌به بنماید نیز امری مطلوب است لیکن بایستی ابهام برطرف شود که این تأمین بدون اخذ خسارت احتمالی از سوی دادگاه است یا دادگاه بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی، خسارت احتمالی دریافت می‌نماید.

نکته چهاردهم:

یکی از ایرادات فعلی بر امر تعیین داور از سوی زوجین، معرفی افرادی به‌عنوان داور است که صلاحیت لازم را نداشته و به معنای واقعی دلسوز نبوده و صرفاً قصد تسریع در صدور رأی طلاق دارند که این موضوع اصل داوری را زیر سؤال برده و داوری را از اهداف واقعی خود دور کرده است، صرف‌نظر از این که اینجانب واگذاری امر داوری به دادگاه‌ها را امری غیرمطلوب می‌دانم و قائل به این هستم که امر داوری در مرکز مشاوره و قبل از طرح دعوی در محاکم خانواده انجام شود، معتقد به این امر می‌باشم که چنان‌چه داوری در دادگاه صورت گیرد به‌جز اقارب افراد دیگر نتوانند به‌عنوان داور انتخاب شوند و چنان‌چه به هر دلیل زوجین

قادر به معرفی داور از بستگان و اقارب خود نیستند امر تعیین و انتصاب داور به دادگاه واگذار تا از بین مشاوران مراکز خانواده اقدام به انتصاب داور نمایند.

این موضوع اولاً با مفاد و مفهوم آیه شریفه ۳۵ سوره نساء انطباق بیشتری دارد زیرا در آیه شریفه «حکماً من اهله و حکماً من اهلها» آمده که منظور از «اهل» اقارب می‌باشند و ثانیاً از حضور افراد سردجو و مغرض که صرفاً با قصد و دریافت وجهی از زوجین و ارائه نظریه صوری داوری در محاکم خانواده حاضر می‌شوند جلوگیری خواهد کرد.

نکته پانزدهم:

استثناء نمودن احکام مربوط به محکومیت زوج به پرداخت مهریه از ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و بازداشت و حبس زوج به علت عجز از پرداخت مهریه، از مواردی است که به نظر می‌رسد در این لایحه می‌تواند گنجانده شود. منظور از قانون حمایت خانواده، صرفاً حمایت از زن نیست زیرا اکثر قواعدی که در این لایحه در جهت حمایت آمده مختص حمایت از زنان است در حالی که هدف حمایت از خانواده است، نه حمایت از زن. همه به این امر واقف هستیم که زندانی و بازداشت نمودن زوج به علت عدم پرداخت مهریه از مهم‌ترین علل فروپاشی نهاد خانواده در وضعیت فعلی است. پیشنهاد می‌شود ترتیبی اتخاذ شود که در صورت طرح دعوی اعسار از سوی زوج، اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی متوقف و صرفاً در صورت صدور حکم قطعی بر تقسیط مهریه و عدم پرداخت اقساط از سوی زوج، ضمانت اجرای اعمال ماده ۲ قانون مذکور مقرر شود.

نکته شانزدهم:

وضع ماده ۴۸ لایحه مذکور مبنی بر این که: «کسی که حضانت طفل به او محول شده است، هرگاه از انجام تکالیف مربوط به حضانت خودداری نماید یا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق شود، به پرداخت ۵۰۰ هزار تا ۵ میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شود» از نکات مثبت لایحه است که اختلاف موجود در محاکم خانواده در مورد شمول ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی در مورد والدین را برطرف می‌کند. لیکن به نظر می‌رسد علاوه بر جزای نقدی، ضمانت اجرایی دیگری از جمله اسقاط حق حضانت شخص متخلف و واگذاری حضانت به طرف مقابل نیز می‌تواند مؤثر باشد.

نکته هفدهم:

یکی از مسائل و مشکلات مبتلا به در محاکم خانواده، اختلاف زوجین در محل نحوه اجرای دستور ملاقات با طفل و زمان و مکان ملاقات است. به نظر می‌رسد لازم است در این لایحه به این موضوع نیز پرداخته شود. زیرا امروزه عمدتاً این امر در کلاسترها صورت می‌گیرد. پیشنهاد می‌شود این موضوع یعنی نقل و انتقال و تحویل طفل به دیگری در مراکز مناسبی در سازمان بهزیستی انجام و این تکلیف در قانون پیش‌بینی شود و یا نیروهای انتظامی موظف شوند مکان مناسبی در هر محل تهیه نمایند که دارای امکانات و فضایی مناسب و آرام

بوده و با گماردن افرادی از بین مأموران زن و بدون لباس فرم، کمترین آسیب روحی، روانی به اطفال وارد شود.

نکته هجدهم:

الزام به ثبت واقعه نکاح غیر دائم در دفاتر رسمی ثبت ازدواج نیز مطلبی است که به نظر می‌رسد ضرورت داشت در لایحه گنجانده شود زیرا آثار و عواقب ناشی از تنظیم اسناد عادی و یا عدم تنظیم اسناد رسمی در عقود ازدواج غیردائم، امروزه دامنگیر زوج‌هایی می‌شود که اقدام به ازدواج غیردائم نموده‌اند به خصوص در مواردی که فرزندان مشترکی ناشی از این گونه ازدواج‌ها متولد شوند و عدم ثبت این ازدواج‌ها یکی از موانع عدم گسترش و رواج این نهاد حقوقی و مشروع در جامعه گردیده است.

نکته نوزدهم:

ماده ۵۱ لایحه مذکور و واگذار نمودن امر افزایش میزان جزای نقدی موضوع این قانون به وزارت دادگستری و هیأت وزیران، خلاف اصول حاکم بر حقوق جزا و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها بود و اصل تفکیک قوا و وظایف قوای سه‌گانه را زیر سؤال می‌برد زیرا این امر نوعی قانون‌گذاری است و نمی‌توان امر قانون‌گذاری را به دولت واگذار نمود.

نکته بیستم:

نظر به این که در این قانون، شرایط مناسبی برای قضات محاکم خانواده در نظر گرفته شده است و تأسیس مراکز مشاوره خانواده به منظور تحکیم مبانی خانوادگی و جلوگیری از اختلافات خانوادگی پیش‌بینی شده است تبصره ۲ ماده ۱۲ که طرح تمامی اختلافات و منازعات خانوادگی در شوراهای حل اختلاف را مطرح کرده است امری غیرضروری است و نوعی موازی‌کاری است زیرا مراکز مشاوره با پیش‌بینی‌هایی که در لایحه صورت گرفته بهتر و مناسب‌تر می‌توانند این هدف را عملی سازند و این تبصره با مفاد قانون شوراهای حل اختلاف نیز ناسازگار بوده و باعث افزایش ابهامات و اختلافات در باب صلاحیت شوراهای حل اختلاف نیز می‌گردد.

نتیجه:

ارزیابی کلی اینجانب از این لایحه، مطلوب است به شرط آن که کلیه ابهامات و خلاءهای قانونی را به‌طور عملی برطرف سازد و در فضایی آرام و با استفاده از نظرات کارشناسی و بخصوص قضات محاکم خانواده که به‌طور عملی به این امور می‌پردازند، به نحو دقیق‌تر و جامع‌تری تدوین و توسط مجلس شورای اسلامی تصویب گردد. زیرا هرگونه تعجیل در تصویب این لایحه و تأثیر پذیرفتن از جو سازی و هیاهو و جنجال‌گروه‌های خاص و عدم توجه به نقطه‌نظرات کارشناسی، می‌تواند لایحه را از اهداف واقعی خود دور سازد. *

شیوه‌های جایگزین (ADR) حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی

دکتر محمود جلالی / عضو هیأت علمی دانشگاه اصفهان و وکیل دادگستری
سیماعلوی حجازی / کارشناس ارشد حقوق خصوصی

۱. مقدمه

یکی از نکات پر اهمیت در سرنوشت قراردادهای تجاری بین‌المللی چگونگی حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر یا اجرای قراردادهاست. از آنجا که بروز اختلافات تجاری بر سرعت و امنیت اعمال تجاری تأثیر منفی گذاشته و سرمایه‌تجار را دستخوش رکود و عدم امنیت می‌کند، لازم است در هنگام تنظیم قراردادهای تجاری به این مهم توجه خاص گردد. بنابراین قبل از هر چیز تجار و تنظیم‌کنندگان قراردادهای تجاری باید اولاً از وجود انواع مکانیسم‌های حل و فصل اختلافات تجاری آگاه گردیده ثانیاً به امتیازات و معایب آنها واقف گردند تا براساس اوضاع و احوال و موضوع قرارداد بهترین و مؤثرترین شیوه را انتخاب نمایند. در پاسخ به این نیاز در سال‌های اخیر شاهد شکل‌گیری و استفاده از روش‌های جدیدی برای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات تجاری بوده‌ایم، این روش‌ها که تحت عنوان «شیوه‌های جایگزین حل اختلاف»^۱ شناخته می‌شوند، شامل کلیه روش‌های حل اختلاف به غیر از طرح دعوا در دادگاه‌های دادگستری می‌باشد، که بر اساس اراده و اختیار طرفین شکل گرفته و غالباً رسیدگی توسط شخص یا اشخاص خصوصی منتخب طرفین صورت می‌گیرد. در این مقاله به اختصار شیوه‌های مذکور مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲. شیوه‌های جایگزین حل اختلاف

شیوه‌های جایگزین به مجموعه روش‌هایی اطلاق می‌شود که جایگزین «رسیدگی قضایی» گردیده و حل و فصل اختلاف معمولاً توسط شخص یا اشخاص ثالث بی‌طرف که توسط طرفین انتخاب می‌شوند صورت می‌گیرد.^۲ این روش‌ها دارای ماهیت غیرقضایی و غیردولتی^۳

1-Alternative Dispute Resolution (ADR) or Alternative Dispute Settlement (ADS).

2-[http://Alternative Dispute Resolution -Wikipedia, The Free Encyclopedia.mht](http://Alternative%20Dispute%20Resolution-Wikipedia,%20The%20Free%20Encyclopedia.mht)

۳- توفلی جهرمی، منوچهر، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR)»، مجله حقوقی، شماره

۲۷-۲۶، ۸۱-۱۳۸، ص ۳۶۶.

بوده و از خصوصیات ماهوی آن می‌توان از انعطاف پذیری این شیوه‌ها، سریع و کم هزینه بودن، استفاده از افراد متخصص و مورد اعتماد طرفین به عنوان ثالث بی‌طرف و همچنین انجام مذاکرات و گفتگوها در محیطی دوستانه و محرمانه، نام برد.^۴ آنچه موجب ایجاد چنین امتیازاتی برای شیوه‌های جایگزین گردیده اصول و قواعد حاکم بر این روش‌هاست. به عنوان مثال اعمال اصل حاکمیت اراده موجب انعطاف‌پذیری این روش‌ها گردیده به طوری که براساس این اصل طرفین حق دارند یکی از روش‌های جایگزین را انتخاب کرده، همچنین می‌توانند قانون حاکم بر نحوه رسیدگی، ماهیت دعوا و آیین رسیدگی را انتخاب کنند. با استفاده از این روش‌ها حتی این امکان وجود دارد که شخص ثالث بدون توجه به قانون و صرفاً مطابق با «انصاف» به حل و فصل اختلافات پردازد. در نهایت نیز طرفین هیچ‌گونه الزامی برای اجرای آرای صادره یا نظرات پیشنهادی ندارند.^۵ به غیر از داوری که آرای آن برای طرفین الزام‌آور است. به‌علاوه غیرتشریفاتی بودن فرایند رسیدگی و یک مرحله‌ای بودن این شیوه‌ها موجب سرعت در رسیدگی‌ها گردیده است، تنوع شیوه‌های رسیدگی نه تنها موجب ایجاد حق انتخاب می‌گردد، بلکه این امکان را نیز به‌وجود می‌آورد تا در صورت انتخاب یک روش و عدم حصول نتیجه، طرفین به شیوه‌ای دیگر متوسل گردند. در این قسمت به بررسی اجمالی چند نمونه از روش‌های جایگزین حل اختلاف پرداخته می‌شود:

۱-۲ سازش

سازش^۶ یکی از شیوه‌های خصوصی و ارادی حل اختلاف می‌باشد که در آن شخص ثالث و بی‌طرفی به نام سازشگر که منتخب طرفین می‌باشد جهت نزدیک کردن دیدگاه‌های دو طرف و تسهیل توافق بین آنان به گفتگو با آن‌ها می‌پردازد و در نهایت نیز با صدور رأی غیرالزام‌آور به عملیات سازش پایان می‌دهد.^۷ گفتنی است در این نوع از رسیدگی قصد بر محکوم کردن یکی از طرفین نیست و سازشگر معمولاً می‌کوشد تا رضایت دو طرف را تأمین کند. لذا حفظ مناسبات و روابط کاری آینده طرفین با استفاده از این شیوه به خوبی فراهم می‌آید.

امروزه در بسیاری از کشورها و نهادهای بین‌المللی قواعدی را در خصوص سازش تنظیم کرده‌اند، که از جمله می‌توان به مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۸ در سال ۱۹۹۸^۹ (که در سال ۲۰۰۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی قواعد حاکم بر سازش را حذف و قواعد

4- <http://www.Icc Wbo.org/adr/idr/id4306/index.htm> & <http://www.adr.htm>

۵- جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۱، ص ۳۰ تا ۳۱.

6- Conciliation

۷- مصلحی، علی‌حسین و صادقی، محسن، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)»، نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۳۳-۱۳۴.

8- International Chamber of Commerce.

۹- اتاق تا همین اواخر براساس متن واحدی موسوم به مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۸ که مصوب ۱۹۹۸ بود حسب مورد به دو طریق سازش یا داوری به اختلافات رسیدگی می‌کرد. اما از ابتدای ژوئیه

مربوط به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف را جانشین آن کرد^{۱۱} و همچنین مقررات سازش آنسیترال در سال ۱۹۸۰ اشاره نمود.^{۱۲}

۲-۲ داوری

داوری^{۱۳} یکی از طرق خصوصی حل و فصل اختلاف می‌باشد که صلاحیت و مشروعیت داوران در امر رسیدگی به موجب توافق و تراضی طرفین در سندی به نام «موافقتنامه داوری» حاصل می‌شود. این موافقتنامه می‌تواند در قالب یک قرارداد داوری، مستقل و یا به صورت «شرط داوری» در ضمن قرارداد اصلی باشد. رسیدگی در این شیوه تراضی بوده و غالباً در یک مرحله صورت می‌گیرد. اصالت تشریفات آئین دادرسی در داوری به مانند آنچه در دادگاه‌ها وجود دارد نیست و صرفاً رعایت «اصول اجباری دادرسی» لازم‌الرعایه می‌باشد.^{۱۴} به همین دلیل داوری یکی از روش‌های نیمه رسمی حل و فصل دعاوی محسوب شده و نسبت به دادرسی در دادگاه‌ها از سرعت بیشتری برخوردار است. هزینه دادرسی به نسبت دادگاه‌ها کمتر و از آن‌جا که داور یا داوران توسط طرفین انتخاب می‌شوند، اعتماد طرفین به داوران بیشتر از اعتمادی است که به یک قاضی دارند. آرای صادره از داوری الزام‌آور بوده، و کتبه آثار مترتب بر یک رأی را دارد. بنابراین واجد «اثر امر مختومه» بوده به همین لحاظ تا حدودی به روش قضایی نزدیک است، به طوری که می‌توان آن را یک نوع دادرسی خصوصی دانست.

۲-۳ مذاکره

مذاکره^{۱۵} روشی است که در آن طرفین اختلاف بدون حضور ثالث تلاش می‌کنند تا اختلافات فی‌مابین را حل نمایند.^{۱۶} این روش احتیاج به شرط مذاکره در قرارداد نداشته^{۱۷}، روشی خصوصی، غیررسمی، غیر تشریفاتی و غیر الزامی است. در این شیوه بار مذاکرات کلاً

۲۰۰۱ (دهم تیرماه ۱۳۸۰) قواعد مربوط به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف را رسماً به اجرا گذاشته و قواعد ناظر به سازش را از مقررات پیشین حذف کرده است، نتیجه این که هم‌اکنون دیوان داوری اتفاق یازگانی بین‌المللی که مقر آن در پاریس است دو نوع مقررات برای حل اختلافات دارد که عبارتند از مقررات داوری و مقررات شیوه‌های جایگزین حل اختلاف که می‌تواند در دعاوی داخلی و بین‌المللی مورد استفاده قرار گیرد (توسلی چهارمی، ۸۱-۱۳۸۰، ص ۳۶۷-۳۶۶).

۱۰- برای مطالعه متن ترجمه نشده این قواعد به سایت زیر مراجعه شود.

<http://www.Icc web. org /court/adr/ldr/id4306/index. html>

۱۱- ن.ک مقررات آنسیترال در زمینه سازش را در <http://www.un.org.at/uncitral/en-index.htm>

12- Arbitration

۱۳- شامل اصل ابلاغ به موقع، اصل رعایت حق دفاع و اصل بی‌طرفی و رفتار مساوی با طرفین است.

14- Negotiation

۱۵- اشمیتوف، کلایوم، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی...، جلد ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات

سمت، ۱۳۷۸.

16- Richard christion ,Drafting Commercial agreements ,second Edition,London Sweet & Maxweel,1996, p712.

به دوش طرفین بوده و گفتگوها در محیطی دوستانه صورت می‌گیرد. اما رسیدگی از این طریق زمانی مؤثر واقع خواهد شد که طرفین با هم تفاهم داشته و مایل به رفع اختلافات خود باشند و از نظر وضعیت اقتصادی، اجتماعی یا سیاسی تا حدودی مساوی باشند. چرا که در صورت عدم تساوی در مذاکرات معمولاً طرف ضعیف متأثر از نظرات طرف قوی‌تر می‌گردد.^{۱۷} این مورد بخصوص در اختلافات بین‌المللی حائز اهمیت است.

۲-۴ آیین پامردی یا مساعی جمیله

مساعی جمیله^{۱۸} یک شیوه خصوصی، غیر تشریفاتی و غیر رسمی بوده که در آن هر چند شخص ثالث در حل و فصل اختلاف نقش دارد، اما مستقیماً دخالتی در مذاکرات طرفین نداشته بلکه به‌طور محرمانه پیشنهادات سازشی خود را به طرفین اعلام، و زمینه را برای سازش و حل اختلاف فراهم می‌کند.^{۱۹} بعد از مذاکره که به دلیل عدم دخالت ثالث از خصوصی‌ترین و غیر تشریفاتی‌ترین روش‌های حل و فصل دعاوی است مساعی جمله اولین قدم در دخالت و حضور شخص ثالث برای حل اختلاف می‌باشد، اما با کمترین میزان مداخله یعنی صرفاً در حد ترغیب طرفین به مذاکره بدون این که مستقیماً در حل مسأله دخالت کرده یا آشکارا به میانجی‌گری پردازد، سبب حل اختلاف می‌گردد.

۲-۵ آیین تحقیق (کمیسیون تحقیق)

این شیوه معمولاً در اختلافاتی که جنبه فنی و تخصصی دارد به کار می‌رود و هدف آن تأثیرگذاری مثبت بر روند مذاکرات بین طرفین است. لذا به موجب یک موافقتنامه خاص کمیسویی از کارشناسان تشکیل می‌شود. وظیفه کمیسیون تحقیق^{۲۰} صرفاً تشریح صحیح وقایعی می‌باشد، که منجر به اختلاف بین دو طرف شده، اما کمیسیون حتی اظهار نظر در خصوص پرونده را نداشته همچنین حق ندارد مسؤولیتی برای یکی از طرفین تعیین کند.^{۲۱} کمیسیون نظر خود را به طرفین اعلام و آن‌ها مخیر به قبول یا رد این نظر می‌باشند.

۲-۶ میانجی‌گری

میانجی‌گری^{۲۲} عبارتست از شیوه‌ای خصوصی و ارادی حل و فصل اختلافات که در آن شخص ثالث بی‌طرف ارتباط میان طرفین را مستقیماً از طریق تشویق به حل اختلاف تسهیل

۱۷- مصلحی، علی‌حسین و صادقی، محسن، "نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)"، نام مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۳۷-۱۳۸.

18- Good offices

۱۹- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ ۲۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۴۴۱.

20- Enquiry

۲۱- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ ۲۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۴۴۳.

22- Mediation

می‌کند.^{۳۳} فرآیند رسیدگی غیر رسمی و غیر تشریفاتی بوده و میانجی صرفاً جهت روشن کردن ابعاد موضوع کمک می‌کند. وی از طریق تشکیل جلسات گفتگو با طرفین بحث و در خصوص موضوع مورد اختلاف راه حل‌های احتمالی و متصور برای حل مسأله را پیشنهاد می‌دهد. بنابراین میانجی‌گری در محیطی دوستانه و توأم با همکاری و همفکری امکان پذیر است. میانجی رأی صادر نمی‌کند تا الزامی باشد و صرفاً پیشنهاد می‌دهد. وی تلاش می‌کند تا فضای مناسب برای رسیدن به مصالحه را ایجاد کند.^{۳۴} رسیدگی از طریق میانجی‌گری سریع‌تر و ارزان‌تر از داوری بوده لذا اکثراً در قراردادهای ابتدائی این شیوه مورد توافق قرار می‌گیرد و چنان‌چه میانجی‌گری به نتیجه نرسد از طریق داوری به فصل خصومت می‌پردازند.^{۳۵}

۲-۷ ارزیابی بی طرفانه

در شیوه ارزیابی بی طرفانه^{۳۶} طرفین توافق می‌کنند تا بک کارشناس در خصوص «حکم» مربوط به مسأله یا «موضوع» متنازع فیه براساس دلایل و ادعاهای طرفین، کارشناسی بی طرفانه کرده و از اظهار نظر او می‌توان این پیش‌بینی کرد که دادگاه در این خصوص چه تصمیمی خواهد گرفت. از این روش جهت تغییر یا اصلاح قرارداد نیز می‌توان استفاده کرد. همچنین در مواردی که اختلاف در خصوص ارزش موضوع قرارداد باشد، ارزیابی بی طرف ممکن است به ارزیابی بپردازد. این شیوه نیز مانند سایر روش‌های جایگزین روشی غیر تشریفاتی و محرمانه بوده و در نهایت یک نظر غیر الزام آور داده می‌شود.

ارزیابی بی طرفانه از جهاتی شبیه کارشناسی در دادگاه‌های دادگستری است. به عنوان مثال هر دو باید از تخصص خود در ارائه نظر استفاده کرده، نظرشان الزام آور نبوده و باید در حین کارشناسی بی طرفی را حفظ کنند. اما این دو تأسیس از جهاتی نیز با هم تفاوت دارند، از جمله این که کارشناسی تابع قانون راجع به کارشناسان است، دادگاه قضیه را به کارشناسی ارجاع می‌کند و اگر دادگاه نظر کارشناسی را کامل نداند ممکن است دستور تکمیل داده و او نیز مکلف به تبعیت از نظر دادگاه است. همچنین وی فقط در خصوص مسائل «موضوعی» می‌تواند اظهار نظر کند. اما ارزیابی تابع قواعد مورد تراضی طرفین است و تکلیفی بر متابعت از نظر دادگاه ندارد. به علاوه ارزیابی هم در خصوص مسائل «موضوعی» و هم «حکمی» می‌تواند اظهار نظر کند.^{۳۷}

۲۳- مصلحی، علی حسین و صادقی، محسن، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)»، نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۳۷ و <http://www.mediation>
۲۴- توسلی جهرمی، منوچهر، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) ...»، مجله حقوقی، شماره ۲۶-۲۷، ۸۱-۱۳۸۰، ص ۳۷۳ و مصلحی، علی حسین و صادقی، محسن، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)»، نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۳۶.

25- <http://www.arbitration-procedures.mht>

26- Neutral Evaluation

۲۷- توسلی جهرمی، منوچهر، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) ...»، مجله حقوقی، شماره ۲۷-

۲۶۸۱-۱۳۸۰، ص ۳۷۳ و مصلحی، علی حسین و صادقی، محسن، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل

اختلاف (ADR)»، نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۳۹-۱۴۰.

۸-۲ شیوه احراز واقع

شیوه احراز واقع^{۲۸} زمانی استفاده می‌شود که مذاکرات بین طرفین با شکست روبرو شده و طرفین توافق می‌کنند که شخصی بی‌طرف به ارزیابی وقایع و موضوعات مورد اختلاف پرداخته و از طریق ارائه نظر مشورتی طرفین را به مذاکره مجدد برگرداند.^{۲۹}

۹-۲ رسیدگی کوتاه (رسیدگی اختصاری)

در رسیدگی اختصاری^{۳۰} مانند سایر روش‌های جایگزین، اختلاف با توافق و تراضی طرفین نزد شخص ثالث بی‌طرف که معمولاً از قضاوت یا وکلای بازنشسته می‌باشند حل می‌گردد. با این تفاوت که شخص مزبور به همراه دو نماینده از جانب هر یک از طرفین هیأت رسیدگی تشکیل داده و طی بررسی ابعاد اختلاف، نظر غیر الزام‌آوری که صرفاً جنبه مشورتی داشته ارائه می‌کند (مگر آن‌که طی یک سند کتبی بر الزام‌آور بودن نظر تصریح گردد). همچنین رسیدگی کوتاه، غیر رسمی، غیر تشریفاتی و خصوصی می‌باشد.^{۳۱}

۱۰-۲ شیوه‌های ترکیبی

طرفین اختلاف در انتخاب روش‌های جایگزین حل اختلاف خواهان کسب امتیازاتی مثل رسیدگی سریع‌تر، کم هزینه‌تر و غیر تشریفاتی می‌باشند. به همین منظور در انتخاب روش حل و فصل اختلاف ابتدا روش‌هایی مثل مذاکره را انتخاب می‌کنند که ساده‌تر و خصوصی‌تر است. اما چنان‌چه به نتیجه مطلوب نرسیدند می‌توانند از سایر طرق جایگزین حل اختلاف که کم و بیش دارای همین امتیازات بوده استفاده کنند. به این گونه استفاده از شیوه‌های جایگزین حل اختلاف، شیوه‌های ترکیبی یا چند مرحله‌ای ADR گویند.^{۳۲} شیوه‌های ترکیبی به هر ترتیبی می‌توانند جایگزین هم گردند اما متداول‌ترین آن‌ها عبارتند از: ترکیب سازش و میانجی‌گری؛ در این نوع از شیوه‌های ترکیبی طرفین توافق می‌کنند تا شخص ثالثی ابتدا به عنوان میانجی و چنان‌چه به نتیجه نرسیدند به عنوان سازشگر ایفای نقش کند.^{۳۳} ترکیب میانجی و داوری؛ در این شیوه نیز طرفین توافق می‌کنند تا شخص ثالث در مدت معین به

28- Fact – Finding

۲۹- مصلحی، علی‌حسین و صادقی، محسن، "نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)"، نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۴۰ تا ۱۴۱.

30- Mini – Trial

۳۱- مصلحی، علی‌حسین و صادقی، محسن، "نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)"، نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۳۸-۱۳۹ و توسلی چهرمی، منوچهر، "نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR)..."، مجله حقوقی، شماره ۲۷-۲۶، ۸۱-۱۳۸۰، ص ۳۷۳ و

<http://www.Alternative Dispute Resolution-Always Associats .mht>

32- Multi – Step ADR

۳۳- مصلحی، علی‌حسین و صادقی، محسن، "نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)"، نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۴۲.

عنوان میانجی به حل اختلافات پردازد. اما چنانچه به نتیجه نرسید از طریق داوری فصل خصومت خواهد کرد.^{۳۴} ترکیب سازش و میانجی‌گری و داوری: در این روش نیز اگر سازش حاصل نشد شخص ثالث میانجی‌گری کرده و چنانچه از طریق میانجی‌گری نیز اختلاف حل نشود به عنوان داور به رسیدگی می‌پردازد.^{۳۵}

۱۱-۲ میانجی‌گری و ارائه آخرین پیشنهاد به داوری

در میانجی‌گری و ارائه آخرین پیشنهاد به داوری^{۳۶} ابتدا از طریق میانجی‌گری طرفین آخرین و بهترین پیشنهاد خود را به داور یا داوران ارائه می‌کنند تا آن‌ها از بین این پیشنهادات یکی را انتخاب خواهند کرده. داور باید یکی از دو پیشنهاد را انتخاب کند و نمی‌تواند حد واسط آن را بگیرد، چرا که فلسفه به وجود آمدن این شیوه آن است که طرفین از ترس احتمال پذیرفته شدن پیشنهاد طرف مقابل، سعی می‌کنند در مرحله قبلی، بیشترین تلاش را برای سازش به عمل آورند. در این روش میانجی‌گری در مرحله اولیه اختیاری بوده و می‌توان از آن صرف نظر کرد و مستقیماً به سراغ داوری براساس آخرین پیشنهاد رفت.

۳. نقش شیوه‌های جایگزین حل اختلاف در اختلافات تجاری

۱- بروز اختلاف در روابط تجاری اجتناب ناپذیر است اما پایان رابطه تجاری نیست. به همین لحاظ تجار تمایل دارند از روشی برای حل اختلافات خود استفاده کنند که به آینده روابط تجاری آن‌ها لطمه‌ای وارد نسازد. از آن‌جا که شیوه‌های جایگزین از طرق دوستانه حل اختلاف بوده، مبنای رسیدگی در آن‌ها توافق و تراضی طرفین است. استفاده از این طرق به خوبی می‌تواند جو دوستی و اعتماد را بین طرفین ایجاد کرده و از گسترش نزاع و تنش جلوگیری کند.^{۳۷}

۲- روابط تجاری از اموری است که سرعت و امنیت در آن از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. چرا که تجار معمولاً با سرمایه‌های کلان در ارتباط‌اند و ایجاد اختلاف ممکن است سرمایه آن‌ها را برای مدتی از گردش باز دارد. همچنین تعهد به اجرای قرارداد در مدت معین اهمیت حفظ زمان را دو چندان می‌کند. سرعت رسیدگی در شیوه‌های جایگزین به مراتب از آن‌چه در دادگاه‌ها انجام می‌گیرد بیشتر است. زیرا طرح دعوا در محاکم همواره با رعایت تشریفات قانون آیین دادرسی بوده و غالباً رسیدگی در دو یا چند مرحله صورت می‌گیرد در حالی که در شیوه‌های جایگزین ثالث ملزم به رعایت مقررات دست و پاگیر آیین دادرسی نخواهد بود.

34- <http://www.Alternative Dispute Resolution-Always Associats .mht>

۳۵- مصلحی، علی‌حسین و صادقی، محسن، "نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)، نامه مفید، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص ۱۴۲.

36- Mediation – and – last – offer Arbitration (MEDALOA)

۳۷- محبی، محسن، «نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی»، مجله حقوقی، ۱۳۷۸، شماره ۲۴، ص ۴۱.

همچنین تنگ مرحله‌ای بودن این شیوه‌ها از عوامل افزایش دهنده سرعت در رسیدگی است.^{۳۸}

۳- هزینه رسیدگی در شیوه‌های جایگزین به مراتب کمتر از رسیدگی قضایی است. به طوری که هزینه رسیدگی در داورهای موردی (Ad Hoc) معمولاً محدود به حق الزحمه داوران می‌باشد. این در حالی است که طرح دعوا در دادگاه‌های دادگستری مستلزم ابطال تمبر به علاوه سایر هزینه‌ها و خسارات دادرسی مثل حق الزحمه کارشناس یا حق الوکاله وکیل و غیره نیز می‌شود.^{۳۹}

۴- دعوای تجاری عموماً دارای جنبه تخصصی بوده حل و فصل آن‌ها مستلزم داشتن تخصص لازم و آگاهی به عرف‌های بازرگانی است.^{۴۰} از آن‌جا که قضات دادگاه‌ها متخصص در امور حقوقی بوده و به مسائل متنوع تجاری آگاهی کمتری دارند، بدیهی است که نمی‌توانند رسیدگی دقیقی در زمینه مسائل تخصصی تجاری داشته باشند. این در حالی است که در شیوه‌های جایگزین شخص ثالث از بین متخصصین در موضوع مورد اختلاف انتخاب می‌شود، لذا انتظار می‌رود رسیدگی دقیق‌تر و مطلوب‌تری را نسبت به قضات ارائه دهد.

۵- حفظ اسرار تجاری نیز یکی از مسائل پر اهمیت در مراودات تجاری است. از آن‌جا که رسیدگی از طریق شیوه‌های جایگزین جنبه خصوصی، محرمانه و غیرعلنی دارد، در تأمین این هدف شیوه‌ای مناسب محسوب می‌شود.^{۴۱}

۶- عموماً تجار علاقه‌مندند اختلافات آن‌ها، در ماهیت، از طریق به جز آن‌چه قضات حکم می‌کنند خاتمه یابد. تأمین این هدف به وسیله شیوه‌های جایگزین امکان‌پذیر می‌باشد، چرا که شیوه‌های جایگزین به ثالث این امکان را می‌دهد تا علاوه بر استناد به قواعد و مقررات قانونی به حقوق تجار یا اصول کلی حقوقی و یا عرف‌های خاص تجاری مراجعه کرده و حتی در صورت توافق طرفین براساس انصاف بدون آن که تکلیفی بر رعایت قانون داشته باشد، عمل نماید. این در حالی است که در سیدگی‌های قضایی برای قضات امکان خروج از حاکمیت قانون وجود ندارد.^{۴۲}

۳۸- نصیری، دکتر مرثی، حقوق تجارت بین الملل در نظام حقوق ایران، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲، ص ۴۳۲ و محبی، محسن، «نظام داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى»، مجله حقوقی، ۱۳۷۸، شماره ۲۴، ص ۴۳.

۳۹- اشمیتوف، کلایوم، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی...، جلد ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۸، ص ۹۸۷ و محبی، محسن، «نظام داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى»، مجله حقوقی، ۱۳۷۸، شماره ۲۴، ص ۴۳ و افتخار جهرمی، دکتر گودرز، «مزایای داورى به‌عنوان جایگزین رجوع به دادگاه‌ها»، داورى‌نامه، شماره ۱۳۸۳، ص ۱۲۱-۱۲۰.

۴۰- نصیری، دکتر مرثی، حقوق تجارت بین الملل در نظام حقوق ایران، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۳، ص ۴۳۱.

۴۱- محبی، محسن، «نظام داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى»، مجله حقوقی، ۱۳۷۸، شماره ۲۴، ص ۴۵.

۴۲- افتخار جهرمی، دکتر گودرز، «مزایای داورى به‌عنوان جایگزین رجوع به دادگاه‌ها»، داورى‌نامه، شماره ۱، ۱۳۸۳، ص ۱۲۲ او کلایوم، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی...، جلد ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۸، ص ۹۹۹-۹۹۸.

۴. نتیجه گیری

از مطالب مطرح شده در این مقاله می‌توان نتیجه گرفت که در دنیای تجاری امروز به دلایل مختلف که مورد بحث قرار گرفت، رسیدگی رسمی به حل و فصل اختلافات تجاری وسیله کافی به نظر نمی‌رسد. با این حال، به رغم امتیازات یاد شده برای شیوه‌های جایگزین، بعضی معایب نیز برای این شیوه‌ها قابل تصور می‌باشد. از جمله الزام آور نبودن آرا در بیشتر این شیوه‌ها و منوط بودن موفقیت آن‌ها به وجود جو دوستی و اعتماد بین طرفین که نه تنها باعث محدودیت استفاده از آن‌ها گردیده بلکه موجب شده در صورت اعمال این شیوه‌ها و عدم شرایط مذکور نتوان فصل خصومت کرد و در نتیجه طرفین جهت حل اختلاف مجبور هستند به مراجع دادگستری یا داوری به عنوان مراجعی که آرای آن‌ها پایان دهنده خصومت می‌باشد، مراجعه کنند. این امر موجب کاهش سرعت رسیدگی و طولانی شدن آن می‌گردد. از طرفی در فرض قبول رأی یا پیشنهاد ثالث توسط طرفین هر چند توافق الزام آور و قابل اجراست، اما این توافق در حد یک قرارداد بوده و لذا در صورت عدم اجرای قرارداد می‌توان از دادگاه تقاضای اجبار به انجام قرارداد را نمود و دادگاه نیز ضمن رسیدگی احتمالاً اقدام به صدور حکم در خصوص اجرای توافق و پرداخت خسارات تأخیر در انجام تعهد را می‌دهد. این فرایند با اهداف ما در استفاده از این شیوه‌ها که سرعت و هرچه خصوصی‌تر کردن رسیدگی است، منافات داشته و موجب ناکار آمد شدن آن‌ها می‌شود. البته در داوری که با صدور رأی الزام آور و عدم اجرای آن توسط طرف دعوا می‌توان از دادگاه تقاضای شناسایی و اجرای رأی را کرد و دادگاه نیز بدون آن‌که وارد ماهیت شود ضمن شناسایی رأی داور حکم به اجرای آن می‌دهد، از این امر مستثنی می‌باشد در پایان باید متذکر شد،^{۴۳} با توجه به آن‌که از سال ۱۹۷۰ در سطح بین‌المللی موجی در جهت گسترش استفاده از این شیوه‌ها به وجود آمده و نهادها و مؤسسات بین‌المللی مثل اتاق بازرگانی بین‌المللی به تدوین قواعدی در خصوص این شیوه‌ها پرداخته‌اند، در کشور ما این شیوه‌ها هنوز با استقبال تجار روبه‌رو نشده است. دلیل این عدم استقبال را می‌توان در فقدان قوانین مناسب و همچنین نبودن نهادها و مؤسساتی دانست که می‌توانند به معرفی این شیوه‌ها پرداخته و اشخاص ثالث بی‌طرف و متخصص در امور مختلف را به طرفین معرفی نموده و آن‌ها را به استفاده از این شیوه‌ها ترغیب کنند. *

۴۳- جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۱، ص ۳۳-۳۱.

مطالعه تطبیقی و کاربردی دفاع مشروع در برخی کشورهای اروپایی^۱

ترجمه یاسین صعیدی

رکيل دادگستری - دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی

- قسمت دوم و پایانی -

همان گونه که در بخش نخست خواندیم، تیتوس و کانیوس تصمیم می گیرند تا شبانه از منزل سمپرونیوس که ویلانی دور افتاده در بیلاق است سرقت نمایند. هر دوی آنان از دیوار محوطه منزل بالا می روند و دو سنگ نگهبان منزل را (به وسیله بیهوشی و یا ...) خنثی و درب ورودی خانه را با زور باز می کنند و سپس به جستجوی جواهرات خانه می پردازند. آنان به طبقه بالا که سمپرونیوس، همسرش و دو فرزند کوچک آنان در آنجا خوابیده بودند می روند. سمپرونیوس که پیش از این نیز قربانی سرقت شبانه از منزلش بوده است، با شنیدن صداهای مشکوک از رختخواب خود برمی خیزد، اسلحه اش را که در داخل کشوی میز شبش بود، برمی دارد و به طرف پله ها به پیش می رود و آن جاست که در سایه روشن، به دو مرد سارق برخورد می کند و وحشت زده و با اندیشه خطری که از سوی این دو نفر خانواده او را تهدید می کند به سوی آن ها شلیک می کند و با زخمی کردن سینه تیتوس او را در دم می کشد. کانیوس نیز فوراً فرار می کند.

آیا سمپرونیوس می تواند به دفاع مشروع و یا هر علت دیگری، برای مجازات نشدن یا تخفیف مجازات استناد نماید؟

در قسمت اول، وضعیت مسؤلیت کیفری^۲ مرتکب را در حقوق کیفری کشورهای آلمان، انگلستان، بلژیک و فرانسه ملاحظه کردیم. در این بخش به تحلیل موضوع در حقوق کیفری کشورهای هلند و ایتالیا خواهیم پرداخت.

حقوق هلند

طبق قانون این کشور با اعمال یکی از علل سالب مسؤلیت کیفری از سوی قانون و یا رویه قضایی ممکن است رأی به عدم مسؤلیت کیفری متهم صادر شود. در این مورد جرم نبودن عمل و یا مجرم ندانستن مرتکب جرم؛ حذف مجازات و یا تبرئه شدن متهم را در پی خواهد داشت.

۱- این مبحث ترجمه قسمتی از کتاب *droit penal compare (حقوق کیفری تطبیقی)* نوشته گروهی از نویسندگان است که توسط انتشارات دالوز پاریس و به زبان فرانسه در سال ۲۰۰۷ میلادی منتشر شده است.
۲- به نظر می رسد واژه مسؤلیت کیفری در این نوشتار به معنی "تحمل مجازات" استعمال شده است.

عوامل موجهه جرم و بزرگی غیرقانونی بودن رفتار ارتكابی را از بین می‌برند و علل مانع انتساب، بر مجرمیت مرتكب تأثیر گذارند.

عوامل سالب مسؤولیت کیفری توسط قانون و رویه قضایی توسعه یافته‌اند. از موارد اخیر می‌توان به **اشتباه حکمی و موضوعی** اشاره نمود که در حقوق هلند تحت عنوان **قتل‌اند** مطلق مجرمیت نامیده می‌شود.

همچنین می‌توان **عوامل عام عدم مسؤولیت کیفری** (که در حوزه نظری می‌توان آن‌ها را در مورد هر جرمی اعمال نمود) و نیز **عوامل خاص عدم مسؤولیت کیفری** (ناظر به برخی جرایم خاص که توسط قانون گذار معرفی می‌شوند) را از یکدیگر متمایز نمود. سلب عمدی حیات به درخواست مقتول (اتانازی) نمونه‌ای از این موارد است. اگرچه قانون جزایی هلند اتانازی را قابل مجازات می‌داند (ماده ۲۹۳، پاراگراف ۱، قانون کیفری)، اما با حصول شرایط خاصی، مسؤولیت کیفری را در موارد خاصی از مرتكب سلب می‌کند (ماده ۲۹۳، پاراگراف ۲، قانون کیفری). **ماده ۴۱ قانون جزا** یکی از موارد عام عدم مسؤولیت کیفری رایسان می‌کند. به‌طور خلاصه می‌توان گفت ماده ۴۱ ناظر بر موقعیتی است که شخص باید در برابر تجاوزی غیرقانونی و نامشروع از خود دفاع نماید. در پاراگراف اول این ماده **دفاع مشروع** (یکی از **علل موجهه**) و در پاراگراف دوم، **دفاع مشروع افراطی** (یکی از **عوامل مانع انتساب**) ذکر شده است.

ماده ۴۱ مزبور مقرر می‌دارد: **الف: شخصی که بنا بر ضرورت، جهت دفاع مشروع از جسم و جان، ناموس و مال خود و یا دیگری در برابر تعرض قریب الوقوع و غیرقانونی، مرتكب جرمی شود، مسؤولیت کیفری ندارد.**

ب: مسؤولیت کیفری بوقسی که در اثر احساس وحشت از یک تعرض خشونت آمیز، از حدود قانونی دفاع مشروع خارج و مرتكب دفاع مشروع افراطی شود، تحمیل نمی‌شود.

در نتیجه قانون گذار هلندی برای پذیرش دفاع مشروع شرایط عینی متعددی را ضروری دانسته است:

اولاً: دفاع باید از جسم و جان، ناموس یا مال خود و یا دیگری صورت پذیرد. بر شمردن ارزش‌های حقوقی مورد حمایت قانون گذار، در مواد قانونی امری منطقی است، اما محدودیت‌هایی را نیز به همراه دارد که توجه ما را به آن جلب می‌کند. از کلمه **ناموس**، حیثیت جنسی به ذهن متبادر می‌شود، لذا واکنش نشان دادن نسبت به ناسزاگویی‌های معمولی، تحت مقررات قانونی، دفاع مشروع تلقی نمی‌شوند.

و مسأله مهم‌ترین که واکنش نشان دادن در برابر یک تعرض معمولی به منزل مسکونی نیز مجاز نیست (دیوان عالی کشور. رأی شماره ۶۶۲، ۱۴ آوریل ۱۹۹۸). بنابراین **تعرض باید توأم با تهدید علیه ساکنین و یا اموال منزل مسکونی باشد** و رعین حال دفاع در همان لحظه تهدید امکان پذیر باشد. (از نظر مارشیلز حقوق‌دان هلندی نیز تعرض به منزل مسکونی اگر همراه با خشونت نسبت به فرد مدافع و یا ساکنان آن، صورت پذیرد، در آن حال امکان دفاع مشروع را فراهم می‌سازد). اگر تعرض به منزل مسکونی همراه با تخریب و یا

آسیب‌رساندن به منزل به‌عنوان مثال جهت ورود به آن صورت پذیرد و یا بتوان به وضوح قصد مهاجم مبنی بر ارتکاب جرم علیه اموال را دریافت، می‌تواند موجب دفاع را به‌خاطر تحقق خطر علیه اموال، توجیه نماید.

ثانیاً: اقدام به تعرض توسط مهاجم باید آغاز شده باشد. در صورتی که تعرضی هنوز آغاز نشده باشد، نمی‌توان اقدام به دفاع مشروع نمود (رأی دیوان عالی کشور، ۲۲ اکتبر ۱۹۷۴- و نیز ۳۱ اکتبر ۲۰۰۱).

رویه قضایی علاوه بر تعرض فعلی به جان، مال و ناموس، **تهدید قریب‌الوقوع** به ایجاد خطر، علیه این ارزش‌ها را تجاوز به شمار آورده و در نتیجه دفاع در برابر آن را موجه می‌داند. (دیوان عالی کشور، ۲ فوریه ۱۹۶۵ رأی شماره ۲۶۲ و نیز رأی شماره ۳۲۲ مورخه ۳۰ مارس ۱۹۶۷). **تهدید قریب‌الوقوع** را باید از احتمال انجام تجاوز تفکیک نمود. (دیوان عالی کشور، ۲۶ می ۱۹۹۲ رأی شماره ۶۸۱. و نیز رأی شماره ۶۵۱-۲۶ فوریه ۱۹۸۵). بنابراین صرف یک برخورد تهدید آمیز ساده برای توجیه دفاع کافی نیست. (دیوان عالی کشور رأی شماره ۶۱۷ تاریخ ۸ فوریه ۱۹۳۲)

مرز میان یک ترس عادی و تهدید قریب‌الوقوع مطمئناً بسیار ظریف و باریک است (دیوان عالی کشور رأی شماره ۶۰، ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵). شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر فضای محل ارتکاب جرم در این زمینه بسیار تعیین‌کننده است. برای مثال رأی دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۱ ژوئن ۲۰۰۲ در این خصوص قابل توجه است که در ضمن آن دیوان اقدام به ضرب و شتم را از جانب مسافر اتوبوسی که توسط یکی دیگر از مسافران تهدید شده بود دفاع مشروع تلقی نمود و رأی بر براءت متهم داد و در مقابل در پرونده دیگری که در جریان آن زنی مرد هم‌خانه خود را به علت تهدیدات خشونت آمیز به قتل و تجاوز به دختر این زن، با سلاح کمربند در حین خواب به قتل رسانده بود دفاع مشروع تشخیص نداد. زیرا در زمان خوابیدن این مرد، هنوز تعرضی صورت نگرفته بود و زن نیز در معرض خطر تهدیدات او نبوده و در نتیجه تهدید قریب‌الوقوع به شمار نخواهد آمد (رأی صادره به شماره ۶۸۱ مورخه ۲۶ می ۱۹۹۲). تهدید قریب‌الوقوع نیز بایستی توأم با نشانه‌های عینی از احتمال وقوع تعرض باشد.

ثالثاً: تعرض بایستی غیرقانونی و نامشروع باشد. این شرط، یکی از شرایط اساسی برای تحقق دفاع مشروع است. بنابراین زمانی که نیروهای پلیس برای دستگیر کردن یک مظنون مجبور به استفاده از قوه قهریه می‌شوند، در این مورد دفاع فرد مظنون تحت تعقیب، دفاع مشروع تلقی نخواهد شد، چرا که تعرض ضابطان، به‌عنوان نماینده دولت اساساً اقدامی قانونی و مشروع است.

رابعاً: رویه قضایی هلند یکی از شرایط دفاع مشروع را رعایت اصل استفاده از راه‌حل‌های جایگزین می‌داند. به طور مثال آیا برای مدافع امکان توسل به سایر ابزارهای جانبی کم‌خطر مانند فرار کردن از مقابل تعرض مهاجم و یا استمداد از پلیس وجود داشته است یا خیر؟

خامساً: ضرورت اصل تناسب میان دفاع و تعرض نیز بایستی مورد نظر باشد. ابزار به کار گرفته شده در حین دفاع باید با ارزش های قانونی مورد دفاع تناسب داشته باشد. و یا به اصطلاح قانونی باید دفاع، مقتضی باشد. لذا فرد مدافع اگر مجبور به شلیک به سوی مهاجم شد، باید حتی الامکان پاهای وی را مورد هدف قرار دهد، نه این که بلافاصله به قلب یا سر او شلیک نماید.

در مورد پرونده سمپرونیوس یکی از مسائل اصلی که باید مشخص شود این است که آیا اساساً تعرضی نسبت به وی صورت گرفته است یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، این تعرض متوجه کدام یک از ارزش های مورد حمایت قانون گذار بوده است؟

تیتوس و کانیوس شبانه از دیوار بلندی که منزل سمپرونیوس و خانواده اش را احاطه کرده بود، بالا رفته، دو سنگ نگهبان را از سر راه برداشتند. سپس با حمله به در، شبانه و بدون مجوز وارد منزل شدند. بنابراین ورود آن ها به منزل غیرقانونی بوده است. آن ها پس از رسیدن به طبقه همکف، برای جستجوی اشیاء گران قیمت به طبقه بالا رفته اند. **با نگاه به مجموع این شرایط می توان گفت تجاوز به صورت بالفعل به ویژه علیه اموال محقق شده است** و پاراگراف اول از ماده ۴۱ قانون جزا نیز دفاع مشروع در برابر این تجاوز را ممکن می سازد. لکن به سختی می توان پذیرفت که ساکنین منزل نیز مورد تجاوز قرار گرفته و یا خطر قریب الوقوعی آنان را نیز تهدید نموده باشد. لذا دفاع مشروع از جان مدافع و یا خانواده وی قابل بحث نیست. مسأله مهم دوم این است که **آیا سمپرونیوس شرایط مربوط به اصل تناسب و اصل استفاده از راه حل های جایگزین را رعایت کرده است یا نه؟** در مورد استفاده از راه حل های جایگزین باید گفت اساساً فرار سمپرونیوس از برابر مهاجمین به هیچ وجه جزء راه های منطقی نبوده است. چرا که حوادث در طبقه اول در حال وقوع بودند (و طبیعتاً سمپرونیوس برای فرار باید از طبقه اول به طبقه همکف می آمده و در مقابل چشمان مهاجمین پایه فرار می گذاشته است) وانگهی خانواده سمپرونیوس نیز در خانه و در معرض خطر بودند (ولذا امکان فرار مطلقاً وجود نداشته است). از سویی با خبر کردن پلیس نیز (باعنایت به نیمه شب و کمبود وقت) راه حل چندان واقعبینانه ای نبوده است.

با توجه به حقوق هلند، مشکل ترین مسأله پرونده، دانستن این است که **آیا دفاع به عمل آمده از سوی سمپرونیوس متناسب با ارزش حقوقی که مورد دفاع قرار گرفته، بوده است یا نه؟**

در مورد حاضر، در وهله اول به نظر می رسد که سمپرونیوس از ابزاری بسیار قوی (تپانچه) و یا حداقل با خشونت بسیار زیاد (شلیک به سینه تیتوس) استفاده کرده است. و این نحوه دفاع به شدت نامتناسب با تعرضی صورت گرفته است. به ویژه اگر بپذیریم که آنچه که مورد تعرض قرار گرفته است اموال سمپرونیوس بوده نه جان وی و خانواده اش. مسأله وقوع حادثه در شب نیز نقشی حاشیه ای دارد و می توان گفت که تنها پوششی برای پنهان کردن واقعیت و قصد اصلی سمپرونیوس است. البته اگر سمپرونیوس به طور متال ابتدا برای هشدار دادن به سارقین ابتدا شلیک هوایی و سپس پاهای آنان (و نه بالا تنه تیتوس) را هدف گیری می نمود، استفاده او متناسب با تعرض بود.

اگر چه بهره‌مندی سمپرونیوس از دفاع مشروع به‌عنوان یکی از علل موجهه بسیار مشکل و بید به‌نظر می‌رسد، مع‌الوصف ممکن است از دفاع مشروع افراطی (پاراگراف دوم ماده ۴۱ قانون جزای هلند) به‌عنوان یکی از علل مانع انتساب برای معافیت وی از مجازات بتوان بهره برد.

برای توسل به دفاع مشروع افراطی، بایستی بدو شرایط لازم برای توسل به دفاع مشروع وجود داشته باشد (دیوان عالی کشور رأی شماره ۶۹۱ مورخه ۱۹ نوامبر ۱۹۸۵ و نیز ۱۸ می ۱۹۹۳). بنابراین دفاع مشروع افراطی می‌تواند زیاده‌روی‌ها و افراط در دفاع وعدم رعایت تناسب بین دفاع و تجاوز را توجیه نماید.

دیوان عالی کشور هلند در رأی شماره ۶۹۱ مورخه ۱۸ می سال ۱۹۹۳، تمامی شرایط لازم برای توسل به دفاع مشروع افراطی را بیان کرده است:

شرایط تحقق دفاع مشروع همواره باید رعایت شوند مگر در صورتی که:

۱- مدافع اقدامات متناسب به خود را در وضعیت و زمانی مرتکب شده باشد که برای وی دفاع در برابر تهدیدهای یک خطر قریب‌الوقوع ضرورت داشته باشد، اما در این موقعیت به‌علت فشار روحی و ترس و وحشت ناشی از تجاوزی که بر او تحمیل شده، از حدودی که قانون برای دفاع در نظر گرفته است، خارج شده باشد.

۲- مدافع پس از اتمام تجاوز از سوی مهاجم اقدام به دفاع نموده است یعنی در زمان ارتکاب اعمال مجرمانه مدافع، تعرض خاتمه یافته و در نتیجه ضرورت دفاع دیگر وجود ندارد، لیکن این اقدامات نتیجه فوری احساسات شدیدی است که به‌واسطه تحمل این تجاوزات از سوی مدافع بروز نموده و بعد از اتمام تعرضات، مدافع بدون توجه به شرایط قانونی اقدام به ارتکاب جرم علیه مهاجم می‌کند. تجاوز از حدود و شرایط مقرر در ماده پاراگراف دوم ۴۱ (دفاع مشروع افراطی) تنها در صورتی قابل اجراست که اقدام به دفاع، ضروری بوده و یا باشد.

حقوق‌دانان در نظریات خود این دو مدل از دفاع مشروع افراطی را که در رأی دیوان فرق آمده است تحت دو عنوان دفاع مشروع افراطی فشرده و دفاع مشروع افراطی گسترده تقسیم بندی نموده‌اند. ناگفته نماند که دیوان عالی کشور در رأی دیگری به شماره ۴۶۳ مورخه ۲۷ می ۱۹۷۵ دفاع مشروع افراطی گسترده را به‌عنوان یکی از شقوق دفاع مشروع نپذیرفته و رد نموده است. در هرصورت برای تحقق این دو شق از دفاع مشروع افراطی وجود دو رابطه علیت ضروری است: ابتدا بین تجاوز اولیه و ایجاد احساسات (ترس، وحشت، ناراحتی) برای مدافع و سپس بین این وضعیت روحی مدافع و ارتکاب جرم توسط وی علیه مهاجم اولیه.

بنابراین بر اساس شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر پرونده سمپرونیوس، می‌توان گفت که او شانس آن را دارد که از امتیازات مقرر برای دفاع مشروع افراطی بهره‌مند گردد. حسب واقعیات پرونده رفتار او، نتیجه مستقیم ترس و وحشت شدیدی است که در نتیجه به خطر افتادن امنیت جانی خود و خانواده‌اش بر او مستولی شده، ترسی که

مستقیماً ناشی از حضور سارقین در منزلش نشأت گرفته و به واسطه سرقت‌های قبلی که از این منزل صورت گرفته بود، تشدید شده است.

دورابطه علیت مذکور، در این پرونده نیز وجود دارد (تعرض سارقین و درپس آن ترس و وحشت شدید و اقدام به قتل در اثر بروز هیجان شدید) و تجاوز از حدود مقرر قانونی در خصوص رعایت تناسب بین دفاع و تعرض، نیز چندان خارج از قاعده و افراطی نبوده است. نکته دیگر این که اگر چه سمپرونیوس حامل سلاح بوده است (و حتی این سلاح احتمالاً به صورت غیرمجاز در اختیار وی بوده است) لکن رویه قضایی پذیرفته است که حمل سلاح ولو به صورت غیرقانونی نمی‌تواند در صورت وجود سایر شرایط مدافع را از بهره‌مندی از دفاع مشروع یا دفاع مشروع افراطی محروم نماید. (دیوان عالی کشور رأی شماره ۵۶ مورخه ۲۳ اکتبر ۱۹۸۴، و نیز رأی شماره ۵۱۲ مورخه ۲۷ می ۲۰۰۳)

در نتیجه‌گیری باید گفت که سمپرونیوس در موجه نمودن رفتار خود با توسل به دفاع مشروع مشکلات متعددی خواهد داشت. چرا که او در دفاع از اموالش یا را بسیار فراتر از دفاع مشروع گذارده است. لکن تا حدودی شانس هر چند اندک برای بهره‌مندی از یکی از عوامل مانع انتساب دارد. مع الوصف به ویژه در دفاع مشروع افراطی، شرایط و اوضاع حاکم در زمان انجام تجاوز اقدام به دفاع نقش بسیار تعیین کننده‌ای دارد. با این حال آرایه پاسخ مشخصی در پرونده سمپرونیوس امکان پذیر نیست.

در پایان به یاد داشته باشیم که پرونده مورد بررسی، متهم می‌تواند (به طریقی دیگر نیز) کاملاً از مسؤلیت کیفری معاف شود. قاضی دادگاه کیفری با اختیارات گسترده‌ای که در فردی کردن مجازات‌ها (تطبیق مجازات‌ها با شخصیت مرتکبین) دارد می‌تواند شرایط موجود را به‌عنوان کیفیات مخففه در نظر گرفته و در نتیجه در مجازات مرتکب تخفیفات گسترده دهد و کاهش مجازات‌ها را اعمال نماید.

حقوق ایتالیا

ماده ۵۷۵ قانون کیفری ایتالیا فعل سمپرونیوس را صرف‌نظر از شرایط و اوضاع و احوال، قتل عمدی دانسته و برای وی مجازات قتل عمد را در نظر گرفته است. با این حال احراز مسؤلیت کیفری او منوط به فقدان علل موجهه و یا سایرعللی که دارای همان نتیجه‌اند (عدم مجازات) است.

برای بررسی پرونده مورد بررسی، بایستی مقررات مربوط به دفاع مشروع که در ماده ۵۲ قانون کیفری ایتالیا آمده است را مطلع نظر قرار داد. مطابق این مقرر قانونی: "شخصی که به‌علت ضرورت دفاع از حقوق قانونی خود یا دیگری که از سوی یک خطر بالفعل و غیرقانونی مورد تهدید قرار گرفته است، مرتکب جرمی شود قابل مجازات نیست مشروط بر این که دفاع همواره متناسب با جرم باشد."

شرایط اصلی دفاع مشروع از کلیه حقوق قانونی (فردی و مالی) عبارتند از: ۱- وجود تعرض غیرقانونی از سوی مهاجم ۲- واکنش مشروع در برابر این تعرض از سوی مدافع.

عنصر تعرض بایستی در قالب خطری قریب الوقوع و ناشی از جرمی باشد که در صورت خنثی نشدن آن در لحظه مقتضی، منجر به ورود خسارت مالی یا جانی و یا به خطر افتادن حقوق شخص دیگری شود.

در مورد عکس العمل مدافع نیز دکترین و رویه قضایی مسأله همزمانی دفاع و تعرض، ضرورت داشتن اقدام به دفاع در برابر تجاوز و نیز متناسب بودن دفاع با تجاوز را ضروری دانسته‌اند. شرط ضرورت را نیز این گونه می‌توان توصیف کرد که فرد مدافع باید خود را در موقعیت انتخاب اجباری یکی از دو راه: اقدام به عکس العمل در برابر تجاوز و یا قبول تعرض و خسارات جانی و مالی و... بیابد، به نحوی که تنها با دفع تجاوز بتواند از خطرات متصوره ناشی از تعرض نجات پیدا کند.

مشکل اساسی در خصوص شرط تناسب است. در گذشته رویه قضایی پذیرفته بود که احراز شرط تناسب بایستی با توجه به ابزار مورد استفاده در حین دفاع و یا به طور کلی تر ابزارهایی که در اختیار فرد مهاجم بوده است صورت پذیرد. براساس اکثر نظریات حقوق دانان آنچه که برای احراز تناسب باید مورد مقایسه قرار گیرد ارزش‌های حقوقی مورد تعرض است.

در واقع می‌توان این گونه اظهار داشت که سمپرونیوس با شلیک مرگ آور به یکی از سارقین در منزل مسکونی اش به طور عینی رفتاری غیرمتناسب با تعرض نامشروعی که تیتوس و کاتیوس در حال بروز دادن آن بوده‌اند داشته است. درحقیقت می‌توان این مسأله را مورد نظر قرارداد که ابزار استفاده شده برای دفاع (تپانچه) می‌بایست به شکلی دیگر مورد استفاده قرار می‌گرفت، مثلاً شلیک گلوله هوایی یا شلیک به زمین و تنها با هدف ترساندن سارقین و فراری دادن آنها.

مع الوصف تحلیلی دقیق تر از موقعیت ذکر شده نشان می‌دهد که رفتار دو سارق نه تنها برای اموال سمپرونیوس بلکه برای تمامیت جسمانی او و خانواده اش نیز خطر آفرین بوده است. یا مرور حادثه از ابتدا و با نگاهی به گذشته می‌توان دریافت که برای سمپرونیوس امکان پیش بینی رفتاری که ممکن است تیتوس و کاتیوس در رویارویی با او و اعضای خانواده اش از خود بروز دهند، وجود نداشت. از این دیدگاه، قتل تیتوس با اجرای ماده ۵۲ که پیش از این به آن اشاره شده است قابل توجیه می‌باشد.

عدم امکان ارائه راه حلی واحد در درجه اول از نحوه طرح و بیان مسأله ناشی می‌شود. در واقع نمی‌توان تمام آنچه را که در جریان حادثه اتفاق افتاده است با استدلال و دقت نظر استنتاج کرد. وانگهی اگر سمپرونیوس به خاطر قتل عمدی تحت تعقیب قرار گیرد، توسط دادگاهی متشکل از ۸ عضو (دوقاضی حرفه‌ای و ۶ عضو هیأت منصفه منتخب از میان مردم) محاکمه می‌شود. با این حال این دادگاه قضایی به خاطر ترکیب ویژه اش تحت تأثیر بافت اجتماعی و فرهنگی حوزه قضایی خود فعالیت می‌کند. بنابراین نتیجه نهایی پرونده ممکن

است تحت تأثیر فضای احساسی که در زمان رسیدگی به پرونده بر شهروندان عضو هیأت منصفه به وجود می‌آورد، قرار گیرد.

وانگهی در صورتی که ما معتقد به عدم رعایت تناسب بین دفاع و تعرض و در نتیجه عدم پذیرش دفاع مشروع باشیم، بایستی به بررسی ماده ۵۵ قانون جزا پردازیم که مقرر می‌دارد: "به هنگام ارتکاب افعالی که در مواد ۵۱ (اعمال یک حق و یا انجام یک وظیفه) و ۵۲ (دفاع مشروع) و ۵۴ (حالت ضرورت) در اثر اشتباه مرتکب و یا ضرورت، از حدودی که در قانون پیش‌بینی شده است فراتر رود، در این حالت مقررات مربوط به جرائم غیر عمدی ناشی از سهل انگاری اجرا خواهد شد، آن هم تنها زمانی که عمل متهم از سوی قانون به عنوان سهل انگاری تلقی شود." سهل انگاری به عنوان غفلت زیاده از حد و یا بی‌کفایتی حرفه‌ای، تعریف و تبیین می‌شود. نوع افراط صورت گرفته با توجه به این که آیا خطای فرد همراه با علم به وجود خطر و یا بدون علم به وجود آن بوده، متفاوت است.

در پرونده سمپرونیوس مجموعه عوامل وقوع جرم (فضای نیمه تاریک، وقوع سریع و پی‌درپی حوادث) باعث ارزیابی نادرست خطر از سوی سمپرونیوس و در نهایت عدم تطبیق ابزار مورد استفاده برای دفاع با نوع خطر و وقوع قتل غیر عمدی به خاطر شروع به جرم سرقت شده است.

در پایان می‌توان قتل غیر عمدی از روی سهل انگاری را به عنوان توصیف مجرمانه عادلانه در پرونده سمپرونیوس در نظر گرفت.

در مورد وضعیت روحی و روانی سمپرونیوس نیز می‌توان به ماده ۹۰ قانون جزای ایتالیا اشاره نمود که بر اساس آن، "حالات روحی، عاطفی و یا احساسی موجب از بین بردن و یا کاهش مجرمیت مرتکب نخواهند شد." اگر چه وضعیت روحی متهم در مورد نوع و میزان مجازات مرتکب مؤثر است. (ماده ۱۳۰ قانون کیفری ایتالیا). =

گفت‌وگو

مروری اجمالی بر وظیفه اخلاقی وکیل
با توجه به اخلاقیات کانتی

فرشاد قدوسی
کارآموز وکالت

در زمان جنگ ویتنام، بسیاری از جوانان آمریکایی بر سر دو راهی اخلاقی سختی قرار داشتند. آن‌ها از یک سو از لحاظ اعتقادات شخصی با نفس جنگ موافق نبودند و از سوی دیگر مطابق قانون اگر توسط دولت به جنگ فرا خوانده می‌شدند می‌بایست لباس رزم بر تن می‌کردند و به نبرد می‌رفتند. البته این مثالی از هزاران مورد تعارض میان وظیفه اخلاقی شخص و قوانین موضوعه است و شاید بیشترین قشری که همواره با این تعارضات دست و پنجه نرم می‌کنند وکلا و قضات دادگستری هستند.

چندی است در خبرنامه کانون وکلای اصفهان مبحث اخلاقیات در وکالت و رابطه اخلاقی وکیل-موکل-دادگستری مورد بررسی قرار گرفته و مقالاتی چند در این باب به چاپ رسیده است. این امر از یک سو نشانگر دغدغه فکری وکلا در باب اخلاقیات حرفه‌ای خود و از سوی دیگر نشانگر اهمیت موضوع مورد بحث است و چه مطلوب است که روند نگارش در این موضوع متوقف نشود زیرا تا زمانی که بسیاری از ابعاد این مسأله فلسفی-اخلاقی-حقوقی روشن شود راه طولانی باقی است و البته مبحث اخلاقیات وکلا و رابطه اخلاقی وکیل و موکل نه موضوعی جدید بلکه قدمتی به اندازه عمر وکالت دارد.^۱

آنچه نگارنده در این مقاله به دنبال آنست بررسی اجمالی رابطه اخلاقی وکیل و موکل و همچنین وکیل و نظام قضایی با استفاده از یکی از معروف‌ترین تئوری‌های اخلاقی دنیای مدرن یعنی نظام اخلاقی کانتی است. البته باید توجه داشت بحث از اخلاقیات کانتی، هم

۱- می‌توان به مقالات زیر به عنوان نمونه اشاره کرد اگرچه تعداد مقالات در این خصوص بسیار زیاد است و حتی برخی از آن‌ها مربوط به بیش از ۸۰ سال پیش هستند:

Charles Fried, The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation, *The Yale Law Journal*, Vol. 85, No. 8, (Jul., 1976), pp. 1060-1089

Herbert M. Kritzer, The Dimensions of Lawyer-Client Relations: Notes toward a Theory and a Field Study, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 9, No. 2, (Spring, 1984), pp. 409-425

Geoffrey C. Hazard, Jr., The Future of Legal Ethics, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue, (Mar., 1991), pp. 1239-1280

پیچیدگی‌های فراوان دارد و هم نیاز به مطالعه زیاد و دریافت ظرافت‌های بیشتر آن. و بالطبع آن‌چه در پی می‌آید نوعی طرح کلی (Outline) از این نظام اخلاقی است و سعی بر این است تا نتایج آن در مباحث اخلاقیات و کلا پیاده شود.

کانت، فیلسوف بزرگ آلمانی از پیروان و همچنین مقومین دوره روشنگری اروپا است و فلسفه نقدی او به آن‌چه "مدرنیته (Modernity)" خوانده می‌شود نضج و قوام بخشید. به گفته یکی از اندیشمندان: «مدرنیته مدافع کم نداشت اما با کانت و هگل فیلسوفان خود را یافت.»^۲ کانت قصد داشت با فلسفه نقدی خود چهارچوبی برای معرفت آدمی بنا گذارد و بدین طریق محدوده شناختی او را مشخص کند و نقد نخست او یعنی کتاب نقد عقل محض با توجه به فیزیک نیوتونی به چنین پروژه فکری اختصاص داشت. اما کانت، معتقد به وجود سه قوه شناخت در انسان بود: ۱- فهم یا فاهمه ۲- حکم یا حاکمه ۳- عقل یا عاقله. او در نقد اول (نقد عقل محض) مبادی پیشین قوه فاهمه را مورد تدقیق قرار داد و در نقد سوم (نقد قوه حکم) به قواعد پیشینی (A priori) در داوری‌های انسان پرداخت.^۳ اما آن‌چه به اخلاقیات کانتی مربوط می‌شود راجع به نقد دوم (نقد عقل عملی) است که کانت در آن به بررسی قوه عقل پرداخت و البته باید توجه داشت در منظر کانت منشا تکلیف اخلاقی نیز همین قوه یعنی قوه عقل است.^۴ بنابراین اخلاقیات از تجارب حسی و اعیان خارجی بدست نمی‌آید و برای پیدا کردن اصول پیشینی حاکم بر آن باید به دنبال تحلیل قوه عاقله رفت.

کانت برای تبیین نظام اخلاقی خود مفهوم وظیفه را مطرح می‌کند و به طور کلی بر این باور است، تصمیم‌ها زمانی اخلاقی هستند که نه صرفاً برای انجام تکالیف بلکه به انگیزه وظیفه‌شناسی یا به خاطر نفس وظیفه گرفته شوند.^۵ بنابراین کانت برخلاف نتیجه‌گرایان (Consequentialist) بر این باور نیست که نتیجه عمل، اخلاقی بودن آن را معین می‌سازد بلکه کاملاً برعکس آن‌چه امری را اخلاقی می‌کند جدایی آن از نتیجه خاص و یا به دست آوردن سود و منفعتی خاص است. این بدین دلیل است که «هر چیز در طبیعت مطابق قانون عمل می‌کند. اما فقط موجود عاقل دارای این توان است که مطابق تصور قانون- یعنی مطابق اصول- عمل کند.»^۶

مشخص شد کانت هیچ نتیجه و غایتی را صالح برای این که با توسل به آن عمل اخلاقی محسوب شود نمی‌داند و در نظر او عمل اخلاقی باید صرفاً برای وظیفه اخلاقی انجام شود. مثالی از کانت این امر را روشن‌تر می‌سازد: فرض کنید فروشنده‌ای مراقب است تا به مشتریان خود گرانفروشی نکند ولی این عمل او لزوماً عمل اخلاقی به حساب نمی‌آید زیرا ممکن است او برای کسب شهرت و یا از دست ندادن مشتریان خود به چنین کاری دست بزند و در

۲- بابک احمدی، مدرنیته و اندیشه انتقادی، نشر مرکز، چاپ پنجم، ۱۳۸۳، ص ۲۴.

۳- اشتفان کورتر، فلسفه کانت، ترجمه عزت الله فولادوند، انتشارات خوارزمی، چاپ دوم، مهرماه ۱۳۸۰، ص ۳۳۰.

۴- همان، ص ۲۷۵.

۵- همان، ص ۲۷۹.

۶- ایمانوئل کانت، بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق، به نقل از همان، ص ۲۸۱.

این حالت عمل او از آزمون اخلاقی کانت نمره نمی‌آورد زیرا به خاطر نفس وظیفه انجام نشده است.^۷ و اما کانت برای بدست دادن معیاری جهانی و عقلی، مفهوم امر مطلق (Categorical Imperative) را مطرح می‌کند که می‌تواند محک مناسبی برای اخلاقی بودن و یا نبودن عملی قرار گیرد. امر مطلق قابل صورت‌بندی‌های متعددی است و نخستین آن چنین است: «فقط مطابق دستوری عمل کن که بتوانی اراده کنی آن دستور به قانون کلی و جهانی مبدل شود.» و یا در شکل دوم خود چنین بیان می‌شود: «چنان عمل کن که گویی دستور عملت قرار است بنا به اراده تو به قانون کلی طبیعت مبدل گردد.»^۸ دلیل این معیار اخلاقی نیز از منظر کانت، تعارض عقلی است (در عقل عملی) که به وجود می‌آید زیرا فرد دستوری را صادر می‌کند که خود نمی‌خواهد انجام پذیرد و یا لاقابل دیگران انجام دهند. مثالی از کانت مسأله را روشن‌تر می‌سازد: مردی نیاز به پول دارد و او تنها از طریق وعده واهی برای بازپرداخت آن می‌تواند پول را به دست آورد. حال این قاعده «زمانی که نیاز به پول دارم، آن را فرض می‌گیرم و وعده دروغین برای بازپرداخت آن خواهم داد.» می‌تواند قاعده‌ای اخلاقی باشد؟ جواب کانت منفی است زیرا اگر این قاعده به قاعده کلی و جهانی بدل شود آن گاه تمامی وعده‌ها بی‌مبنا خواهد شد و بالطبع قاعده فوق نیز بی‌فایده است زیرا مبنای آن که وفای عهد از سوی فرد مدیون است بی‌اساس می‌شود و کسی دیگر نمی‌تواند پولی قرض بگیرد (حتی خود آن شخص) و بنابراین خود قاعده از لحاظ عقلی دچار تناقض است.^۹

از آن‌چه گفته شد مشخص می‌شود مطابق دیدگاه کانت، امر اخلاقی می‌بایست توسط فرد در مقام تصمیم‌گیری و با استفاده از امر مطلق مشخص شود و به همین دلیل او امر مطلق را ناظر بر انسان به عنوان غایت بالذات می‌داند یعنی آدمی و به طور کلی هر موجود عاقلی به عنوان غایت بالذات وجود دارد نه صرفاً به عنوان وسیله‌ای که به دلخواه مورد استفاده فلان اراده و یا فلان هدف قرار بگیرد و بر همین مبنا پیشینی بودن امر مطلق ثابت می‌شود زیرا غایت آن همان موجود غایت فی‌الذات یعنی انسان است. به عبارت دیگر، می‌توان این امر را دومین صورت‌بندی امر مطلق به‌شمار آورد و به‌طور خلاصه آن را این‌گونه بیان داشت: «طوری عمل کن که انسان را، خواه شخص خودت خواه دیگران، همواره غایت بدانی و هرگز وسیله صرف به‌شمار نیاوری»^{۱۰}. این امر مطلق کانت بر رد دیگر هدف‌ها و قرار گرفتن بر تنها هدف اصلی یعنی انسان استوار می‌شود. اگر انسان نباید وسیله اهداف مختلف قرار بگیرد پس اخلاقیات نیز چیزی نیست جز آن‌چه که انسان بما هو انسان را همواره مدنظر داشته باشد. در همین راستا خودمختاری اراده فرد (Autonomy of the will) در امر اخلاقی مورد تأکید

7-Frederick Copleston, *History of Philosophy: The Enlightenment: Voltair to Kant*, vol. 6. Continuum, 1960, p. 316

۸- اشتفان کورنر، پیشین، ص ۲۸۴.

۹- به عبارت باز هم ساده‌تر: ما باید آن‌گونه عمل کنیم که انتظار داریم با ما عمل شود.

۱۰- برای توضیح بیشتر ر. ک اشتفان کورنر، پیشین، ص ۲۸۶ به بعد.

۱۱- رابرت ال هولمز، مبانی فلسفه اخلاق، ترجمه مسعود علیا، انتشارات فقیوم، ویراست سوم، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۲۵۵.

کانت قرار می‌گیرد و او اظهار می‌دارد پیروی از قانون دیگر و یا شخص دیگر توسط اراده (Heteronomy of the will) منشاء تمامی اصول اخلاقی ساختگی و جعلی است.^{۱۲}

حال، پس از مروری سریع (و حتی ناکافی) بر اخلاقیات کانتی زمان آن است که با تیغ نظام اخلاقی کانت به سراغ کالبد شکافی پروبلماتیک (مشکله) اخلاقیات وکلا برویم. نخست باید به برخی از نتایج مهم این نظام اخلاقی در حرفه وکالت اشاره کرد. وکلا همواره در میان توقعات دو گروه خاص مشغول به فعالیت هستند. از یک سو موکلین درخواست‌ها و تمایلاتی از وکلای خود دارند و از سوی دیگر دادگستری و نظام قضایی وکلا را دارای وظایفی خاص می‌داند. بنابراین وکلا از طرفی نماینده و سخنگوی موکل شناخته می‌شوند و از طرف دیگر همکار و جزء اشخاص وابسته به دادگستری^{۱۳}، ولی اکنون اگر با نگاه کانتی به شغل وکالت نگاه کنیم وکلا نه نمایندگان صرف موکلین به حساب می‌آیند و نه همکار و وابسته به دادگستری زیرا هر وکیل به تعبیر کانت غایت فی‌الذات است و تلقی آن به عنوان سخنگوی منافع موکلین و یا به عنوان ابزاری در دست نظام قضایی نوعی در اختیارگیری موجودی عاقل^{۱۴} برای منافع خاص است که شدیداً در نظام اخلاقیات کانتی قبیح تلقی می‌شود. «استقلال» وکلا نیز به اعتقاد نگارنده تعبیری جز این ندارد. همواره آن دسته از حقوق‌دانانی که قصد در فروکاهیدن وکیل به نماینده صرف^{۱۵} دارند و او را مجری اراده موکل و بیان درخواست‌های او به زبان حقوقی می‌دانند، نقش وکیل به عنوان سوژه‌ای مستقل و اخلاقی را نادیده می‌گیرند و همچنین آن دسته از حقوق‌دانانی که وکیل را وابسته دادگستری و همیار نظام قضایی می‌دانند نقش وکیل را همانند نقش مدیران دفاتر در دادگاه‌ها می‌پندارند. شاید به همین دلیل استقلال وکلاست که همواره چه از جانب مردم (به عنوان مثال می‌توان به تصور عمومی مردم از وکیل بعد از رسوایی واترگیت در آمریکا اشاره کرد) و چه از جانب نظام قضایی (به عنوان نمونه به جلوگیری از فعالیت وکلا در فرانسه در اواخر قرن ۱۸ می‌توان اشاره کرد) وکلا تحت فشار قرار می‌گیرند. استقلال وکلا به این خاطر است که در آن واحد هم در درون سیستمی مشغول به فعالیتند و هم در همان زمان خارج از سیستم قضایی قرار دارند و به همین جهت تعیین نقش واقعی آن‌ها نیاز به وسعت دید بیشتر و نگاه «سومی» دارد.

بر همین مبنا، معضلات اخلاقی پیش روی وکلا را نمی‌توان در «مجموعه قوانین» و یا توصیه‌ها و اندرزها خلاصه کرد. نظام اخلاقی کانتی نیز هیچ‌گاه ادعای ارائه قوانین ماهوی اخلاقی را ندارد^{۱۶} و به همین جهت راه را برای اخلاقیات وکلا نیز باز می‌گذارد زیرا هیچ‌کسی جز شخص وکیل نمی‌تواند بار سنگین تصمیمات اخلاقی را به دوش بکشد و این بزرگترین استقلال وکلا در یک نظام قضایی است. مثالی که از جنگ ویتنام در ابتدای بحث

12- Frederick Copleston, Ibid, pp. 328-329

۱۳- دکتر شمس در کتب آیین دادرسی مدنی خود در جلد اول وکلا را جزو اشخاص وابسته به دادگستری طبقه‌بندی کرده‌اند.

۱۴- این تصور رگه‌هایی از تفکر قرارداد اجتماعی روسو دارد به‌خصوص زمانی که صحبت از کانون وکلا و یا اسکودا می‌شود.

۱۵- نظام اخلاقی کانت را به همین دلیل فرمالیستی و شکل‌گرایانه تلقی می‌کنند. ر.ک. Fredrick Copleston, Ibid, p. 346

آورده شد به خوبی دوراهی‌های اخلاقی هر روزه و کلا را آشکار می‌سازد. در بسیاری موارد قوانین آن‌چیزی نیست که وکیل عادلانه می‌پندارد و در عین حال مجبور به اجرا و حتی «احقاق حق» بر مبنای آن‌هاست. حال در دادگاهی برای اتهام فردی که وکیل اساساً آن را جرم نمی‌داند و یا مجازات آن را مناسب نمی‌بیند و یا جزو پیروان مکتب جرم‌زدایی (Decriminalization) در حقوق جزا است آیا باز او وظیفه اخلاقی به بازگویی واقعیت ماجرا برای اجرای مجازات قانونی دارد؟ آیا او می‌تواند قاعده‌ای چینی را به قاعده‌ای کلی و جهانی بدل کند؟ قاعده او جز این نخواهد بود: «برای کمک به دادگستری و قاضی باید بر خلاف اندیشه خود حقیقت را به قاضی بگویم.» اگر حتی بپذیریم نگفتن حقیقت در این‌جا دروغ گفتن است ولی مگر نه این است که بر خلاف اندیشه رفتار کردن نیز خود دروغ به خود است؟ آیا براساس امر مطلق کانت، وکیل می‌تواند چنین قاعده‌ای را از طریق اراده خود به قاعده کلی بدل سازد؟ درست است تصمیم‌گیری در بسیاری از امور اخلاقی و کلا مشکل است زیرا تمامی قضایا روشن و بدون پیچیدگی نیست ولی آنچه از نظام اخلاقی کانت به دست می‌آید این است که وکیل صرفاً باید براساس وظیفه اخلاقی شخصی خود عمل کند و نه برای کمک به دادگستری و یا پیشبرد اهداف موکل. درست بر همین اساس اگر موکلی پولی را از شخصی دریافت داشته و رسیدی نداده است وکیل نمی‌بایست دوباره آن را از جانب موکل مطالبه کند. زیرا بعید است کسی فائل باشد این قاعده که «پولی را که گرفته‌ای دوباره در صورت نیاز مطالبه کن.» به صورت قاعده کلی و طبیعی درآید. به طور خلاصه، وکیل خود انسانی مستقل است و نباید به سبب «وکیل» بودن نوعی دیگر از اخلاقیات برای او در نظر آوریم و در واقع اخلاقیات حرفه‌ای نباید منجر به گرفتن آزادی وکیل در مقام تصمیم‌گیری در امور پیچیده اخلاقی شود. این است آنچه منظور انسان فی‌الذات در اخلاقیات کانتی است که البته وکلا از این امر مطلق مستثنا نیستند.

ممکن است ایراد شود با «استقلال» اخلاقی وکلا، نوعی هرج و مرج در نظام قضایی به وجود می‌آید و «نظم» قضایی به مخاطره می‌افتد. پاسخ این ایراد به سادگی ممکن نیست به‌خصوص اگر بخواهیم به کانت مراجعه کنیم. در واقع، این فیلسوف، علی‌رغم آزاد اندیشی خود در اخلاقیات، در فلسفه سیاسی به نظر می‌رسد اولویت را با نظم بداند به‌خصوص زمانی که مقاومت و نافرمانی مدنی منجر به شورش و بی‌نظمی شود. کانت در نوشته‌ای از خود در این خصوص بیان می‌دارد: «بنابراین نتیجه می‌شود که همه مقاومت‌ها در برابر قوه اعلای قانون‌گذاری، همه تحریکات اتباع حکومت به بیان خشونت‌آمیز نارضایتی خود، همه کارشکنی‌هایی که به شورش منجر شود، بزرگترین و پر مجازات‌ترین جرایم در یک جامعه مشترک‌المنافع است، زیرا این جرم اصل بنیان جامعه را نابود می‌سازد. این منع، مطلق است»^{۱۶}. البته مبنای این نگاه نوعی خوشبینی زمان کانت درباره دول مدرن و مفهوم دولت-ملت است و در واقع به همین دلیل حقوق نیز با دیده‌ای بسیار مثبت و پیشرو مورد لحاظ قرار می‌گیرد.^{۱۷}

۱۶- راجر اسکروتن، کانت، ترجمه علی پایا، انتشارات طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۳، ص ۱۹۵.
 ۱۷- صحبت از این موضوع از حوصله این مقاله خارج است.

اما باید توجه داشت فلسفه سیاسی کانت در این خصوص یکپارچه نیست و می‌توان به جملاتی متعارض با آن‌چه در بالا گفته شد اشاره کرد.^{۱۸} به همین دلیل آن‌چه اهمیت دارد فلسفه اخلاق اوست^{۱۹} و اخلاقیات کانت، خود پتانسیل بالایی برای تحلیل بسیاری از امور اخلاقی در اختیار ما می‌گذارد. به همین دلیل باید توجه داشت، «نظم» و «عدالت» همواره راهی جدا از یکدیگر می‌روند و اجرای نظم لزوماً به عدالت نمی‌انجامد و البته نقش و کلا در این راستا بسیار پررنگ‌تر است زیرا می‌بایست در میان میله‌های خشک «نظم» راهی برای عدالت بیابند و چه توشه‌ای بهتر از استقلال اخلاقی برای این کار دشوار.

باید توجه داشت اخلاقیات کانتی، به خصوص مبنای عقل‌گرایانه (Rationalistic) آن مورد انتقادات بسیاری قرار گرفته است ولی نباید از نظر دور داشت همان‌طور که دیوید هیوم، کانت را از خواب جزمی در نقد عقل اول بیدار کرد^{۲۰}، روسو^{۲۱} خواب جزمی او را در نقد عقل عملی برهم زد. اخلاقیات کانتی علی‌رغم ظاهر فرم‌گرایانه (Formalistic) و ساده‌اش، به اعتقاد نگارنده نوعی اخلاق رومانتیکی و انقلابی است. فراموش نکنیم کانت همواره شیفته انقلاب فرانسه بوده است. البته عمل بر مبنای اخلاقیات کانتی بسیار دشوار است و شاید به «تقوایی» زیاد نیاز دارد به خصوص در دورانی که به تعبیر مارکس در مانیفست، و کلا نیز مجبور به فروش ذره ذره خود هستند^{۲۲} و یا تعدادی اساساً دغدغه‌های اخلاقی چندینی ندارند.

حال به آمریکای زمان جنگ بازگردیم. اگر شیخ کانت به سراغ جوانان آمریکایی می‌رفت به آن‌ها چه می‌گفت؟ اگر آن‌ها می‌توانستند مثلاً سندی برای معلولیت جسم خود جعل کنند و بدین طریق از نبرد بی‌هویت و یتام بگریزند چه؟ اگر آن‌ها می‌توانستند با دروغ‌گویی از رفتن به جنگ رهایی یابند چه؟ پاسخ این سئوالات بسیار مشکل است اما تصور می‌کنم روح آزاده کانت اگر عصر نهایت‌ها یعنی قرن بیستم را می‌دید، حکم به اعزام آن‌ها به چنین جنگی نمی‌داد حتی اگر سندی جعل می‌کردند...»

۱۸- به عنوان نمونه ر. ک. راجر اسکروتن، پیشین، ص ۱۹۴.

۱۹- نوکانتی‌های سوسیالیست نیز تأکید خود را بر اخلاقیات کانت به جای فلسفه سیاسی او قرار دادند. ر. ک. لشک کولاکوفسکی، جریان‌های اصلی در مارکسیسم، جلد دوم، ترجمه عباس میلانی، انتشارات آگه، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ص ۲۷۹ به بعد.

۲۰- کانت معتقد بود شکاکیت فلسفه هیوم او را از خواب جزمی و دگماتیک عقل‌گرایانه بیدار کرد.

۲۱- روسو فیلسوف فرانسوی پدر نهضت رمانتیسم و از تأثیرگذاران انقلاب فرانسه بود.

۲۲- مارکس و انگلس، مانیفست، از کتاب لئوپاتیچ و کالین لیز، مانیفست پس از ۱۵۰ سال، ترجمه حسن مرتضوی، ص ۲۸۴- ضمناً این عبارت مانیفست نیز در این خصوص قابل تأمل است: «بورژوازی هاله (قداست) تمام پیشه‌هایی را که تا آن هنگام گرامی شمرده می‌شد و با هراسی توأم با وقار به آن‌ها می‌نگریستند، دریده است. پزشک، وکیل، کشیش، شاعر و دانشمند را کارگر مزدبگیر خود ساخته است.»

بررسی برخی از موانع موجود در راه اشتغال زنان

کلرخ افقهی
وکیل دادگستری

چندی پیش از زبان یکی از نمایندگان مجلس هفتم خواندم: "واقعیت‌ها را باید پذیرفت، وقتی دختران بدون اجازه پدر و همسر خود نمی‌توانند کار کنند و به شهرهای دور بروند تخصص آن‌ها هیچ تأثیری به حال مملکت ندارد و تحصیل دختران تنها موجب افزایش اختلاف‌های خانوادگی و شکسته شدن حرمت خانواده‌ها می‌شود." این مطلب مرا بر این امر مصر نمود که به‌عنوان زنی که در این جامعه زندگی می‌کند و در رشته حقوق درس خوانده، متنی در باب موانع و مشکلات پیرامون اشتغال زنان بنویسم.

در بعد فرهنگی، فرهنگ اقتدارگرا و مردسالار همواره رواج دهنده باورهای سنتی و کلیشه‌های جنسیتی بوده و از ابتدا، تربیت و اجتماعی شدن دختران، در نظر گرفتن خود به‌عنوان جنس دوم، تضعیف اعتماد به نفس و تعمیق حس حقارت و خودکم بینی توانایی‌های شخصی را در پی داشته است.

وجود این باور در میان برخی از مردم که نیازی به کار زنان نیست و جای آنان در خانه است باعث شده که فرهنگ نان‌آوری مرد در کشورهای توسعه نیافته باقی بماند و به زن همچنان به‌عنوان جنس دوم و تا حدودی در حاشیه نگریسته شود. مخالفت مردان با کار زنان، علاوه بر ایجاد فشار روانی بر روی آنان سبب می‌شود که نرخ فقر که همواره در جمعیت زنان بیش از مردان است ثابت بماند. همچنین توقع انجام کارهای منزل توسط زن از طرف اعضای خانواده، بدون در نظر گرفتن شغل او، آنان را همچنان با بار سنگین خانه‌داری روبه‌رو می‌سازد. این اعتقاد که انجام کارهای خانگی و نگهداری و پرورش فرزندان وظیفه زنان و برعهده آنان است و چنان‌چه بخشی از این فعالیت به دیگری واگذار گردد، در مقام یک زن دارای نقص و کاستی خواهند بود، نیز مانع فرهنگی دیگری در راه اشتغال است. با تولد فرزندان و افزایش مسؤلیت زنان در خانه، بسیاری از آنان احساس می‌کنند که باید از کار و حرفه خود دست بردارند. بنابراین با ایجاد تغییرات تدریجی در هنجارهای اجتماعی - فرهنگی مرتبط با تقسیم کار و پذیرفتن این نکته که زنان شاغل با متحمل شدن بخشی از مخارج خانواده به مردان در انجام وظایفشان یاری می‌دهند و در مقابل مردان نیز می‌توانند با برعهده گرفتن بخش قابل توجهی از کارهای مربوط به خانه و فرزندان، زنان را در انجام کارها یاری دهند، می‌توان

امیدوار بود که زنان نیز درحالی که فشارکاری کمتری را متحمل می‌شوند، بتوانند در مشاغل تخصصی و حرفه‌های گوناگون رشد و ارتقاء داشته و حتی در رده‌های مختلف مدیریتی و اجرایی در عرصه‌های گوناگون به انجام مسؤلیت بپردازند.

آمارها بیانگر بیشتر بودن نرخ بیکاری در میان زنان نسبت به مردان است. از طرفی تحلیل‌گران یکی از دلایل پایین بودن جمعیت فعال کشورهای توسعه نیافته را مشارکت پایین زنان می‌دانند. همچنین فشارهای اقتصادی بر خانواده‌های متوسط و کم درآمد، زنان را به اشتغال خارج از منزل مجبور ساخته و از سوی دیگر زنان بسیاری نیز در تلاش برای کسب منزلت اجتماعی، استقلال اقتصادی، مشارکت مؤثر سیاسی و... به اشتغال روی آورده‌اند و در بسیاری از موارد شرایط ناعادلانه و نامناسب محیط کار را تحمل می‌کنند. با وجود این که طبق ماده ۳۸ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ مزد کارگر زن و مرد برای کار مساوی، یکسان است اغلب آنان هنوز هم برای کار یکسان، دستمزد مساوی دریافت نمی‌کنند و شرایط کاری‌شان بسیار پرتنش، نامناسب و با دستمزدهای پایین است. در کل مسأله اشتغال زنان در وضعیت مطلوبی نیست و این گروه همواره از فرصت‌های شغلی کمتری برخوردارند و غالباً در بخش‌های غیررسمی و با اندک دستمزد مشغول به کارند. مطالعات نشان داده که زنان به طور متوسط ۱۲ ساعت بیشتر از مردان کار می‌کنند، که به دلیل بدون مرز بودن کار خانگی، همچنان در سطح نازل درآمدی قرار می‌گیرند.

تبعیض‌های جنسیتی را در نوع آموزش شامل تفاوت مواد درسی مختص به دختران و پسران (از جمله کودک‌یاری و خیاطی برای دختران و کارهای فنی برای پسران)، نقش زنان در کتاب‌های درسی (که عموماً به مسأله مادر بودن و خانه‌داری اشاره نموده) و همچنین در رسانه‌ها که بیشتر تقویت‌کننده دید سنتی نسبت به زن است می‌توان مشاهده نمود. محدودیت‌های آموزشی که به تازگی شدت یافته است مانند انحصار برخی رشته‌ها برای مردان و سهمیه‌بندی کردن برخی از رشته‌های دانشگاهی، محدودیت اعزام دانشجویان به خارج از کشور برای ادامه تحصیل و کمبود امکانات (از قبیل خوابگاه ویژه دختران) زیرمجموعه موانع اجتماعی به شمار می‌آید.

نگاه سنتی به زنان در نمونه‌ای که به صورت وضوح در جامعه مشخص شده، کاهش ساعت کاری آنان می‌باشد که گرچه این امر در ظاهر کمک به ایشان محسوب می‌گردد لیکن حذف تدریجی زنان از جامعه، صحت کار و تلاش در عرصه اجتماعی را در پی خواهد داشت (در تیرماه امسال لایحه‌ای در دولت تدوین گردید که بر اساس آن، ۲ ساعت از ساعت کاری زنان متأهل در عین دریافت حقوق کامل، کم خواهد شد. بر اساس این لایحه با تولد فرزند اول، ساعت کاری زنان یک ساعت و با به دنیا آمدن فرزند دوم، ساعت کاری آنان، بار دیگر کاهش می‌یابد!) در صورت تصویب چنین مقررات و قوانینی، طبیعی است که مراکز دولتی و

خصوصی اولویت خود را در استخدام کارمند، به مردان خواهند داد و در نتیجه بازار کار زنان کم می‌شود. هم‌اکنون نیز اگر به آگهی‌های استخدام دولتی توجه نماییم، متوجه می‌شویم اکثراً خواستار نیروی کار مرد هستند و در آگهی‌های استخدام خصوصی نیز تنها برای مشاغل دون مرتبه و با حقوق پایین تقاضا برای به‌کارگیری زنان بسیار است. همچنین به دلیل وجود نگاه جنسیتی، فرصت‌های اجتماعی و شغلی، کمتر به‌طور برابر با توجه به شایستگی‌های افراد فارغ از جنسیتشان، اعطا گشته است و به بیان بهتر درصد بسیار محدودی به سمت‌های بالای اداری و مدیریتی دست می‌یابند.

از طرفی حکومت‌ها و نهادهای مختلف اجتماعی نیز با تصویب قوانین و ایجاد برنامه‌ریزی‌های گوناگون در زمینه اعطای امتیازات بسیار به مردان شاغل و ایجاد محدودیت‌های مختلف شغلی برای زنان به موانع موجود دامن می‌زنند.

قانون مدنی کشور ما، ریاست و مدیریت خانواده را به مرد اختصاص داده و شناسایی مصالح خانواده نیز به تبع آن حق اوست. بنابراین وی اجازه دارد در مواردی که اشتغال زن را خلاف مصلحت و یا حیثیات و شئون خانواده بداند، با تأیید دادگاه، از آن جلوگیری نماید که البته برای تشخیص این امور قاعده ثابتی موجود نیست و اخلاق و عرف منطقه و خانواده در تعیین مصلحت هر خانواده مؤثر است. (لازم به ذکر است که این مطلب مخالف صریح اصل ۲۸ قانون اساسی و ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌باشد.) در صورتی که اگر قانون‌گذار مصادیق شغل‌های خلاف شئون را بیان می‌نمود و یا حتی تعریفی از مصلحت و حیثیت خانواده ارائه می‌کرد دست افراد سودجو را در این زمینه بسته نگاه می‌داشت. از منظر دیگر اگر به صرف ادعای خلاف مصلحت خانواده بودن بتوان مانع اشتغال زنان شد، در دنیای امروز که زنان نیز دارای تحصیلات عالی می‌باشند چگونه می‌توان پذیرفت که سرمایه مملکت که در راه تحصیل آنان مصرف گردیده و منجر به پرورش انسان‌های متخصص شده است به هدر رود؟

از موارد قانونی محدودکننده فعالیت اشتغال زنان در قانون مدنی ایران، می‌توان به مواد ۱۱۰۶ (نفقه زوجه) و ۱۱۱۷ (منع کار زوجه در صورت عدم رضایت شوهر) اشاره نمود. مطابق ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید. که این مسأله نیز در مواردی که زوجین در دو محل متفاوت مشغول به کار باشند مشکل‌زا می‌گردد. از دیگر قوانین محدودکننده اشتغال زنان می‌توان به مقررات مربوط به مرخصی زایمان (در خردادماه سال گذشته از ۴ ماه به ۶ ماه افزایش یافت)، قانون اشتغال نیمه‌وقت زنان مصوب ۱۳۶۲ و بند ۳ ماده ۱۸ قانون گذرنامه مصوب ۱۳۵۱ (اجازه خروج زنان از کشور با موافقت کتبی شوهر و در مواقع ضروری با اجازه دادستان است) اشاره نمود که تمامی موارد مذکور رواج دهنده فرهنگ وابستگی مالی زن می‌باشد. این قوانین نه تنها برای افراد جامعه، درونی

می‌سازند که نیازی به کار زنان نیست بلکه کارفرمایان را نیز به صورت غیرمستقیم از استخدام زنان منع می‌نمایند.

مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی تحت عنوان سیاست‌های اشتغال زنان در جمهوری اسلامی ایران شغل اصلی زن را همسری و مادری عنوان کرده است! در ماده ۵ مصوبه فوق‌الذکر کلیه مشاغل با نگاه جنسیتی و بدون توجه به این نکته که زن نیز به عنوان یک انسان حق انتخاب شغل مورد علاقه خود را دارد به ۴ دسته تقسیم گردیده:

الف) مشاغلی که با ویژگی‌های بانوان از لحاظ روحی و جسمی متناسب باشد مانند: علوم آزمایشگاهی - مهندسی الکترونیک - داروسازی - مددکاری اجتماعی.

ب) مشاغلی که پرداختن به آن از سوی زنان، مطلوب شارع است. مثل همایی و رشته‌های پزشکی و تدریس.

ج) مشاغلی که هیچ‌گونه مزیت و برتری در آن برای شاغلان زن و مرد وجود ندارد و ملاک انتخاب آن تخصص یا تجربه است و نه جنسیت مثل: کارگری ساده.

د) مشاغلی که به دلیل منع شرعی یا شرایط خشن کار و یا به دلیل ارزش‌های اعتقادی - فرهنگی و اجتماعی برای بانوان نامناسب است. مانند: قضاوت و آتش نشانی.

میان توانایی‌های شخصیتی از قبیل اعتماد به نفس و پنداشت از خود، بر اشتغال زنان رابطه متقابل وجود دارد، پس پنداشت از خود و اعتماد به نفس بالا، تأثیری مستقیم بر اشتغال زنان و موقعیت شغلی آنان دارد. تحقیقات نشان داده زنانی که وظایف همسری، مادری و شغلی را با هم می‌آمیزند، از بیشترین شادی، عزت نفس و رضایت از زندگی برخوردارند.


در پایان باید یادآور گردم که در سال‌های اخیر تحولات فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی بر ساخت خانواده و از جمله نگرش آنان نسبت به مسائل مربوط به زنان اثر گذاشته است، به گونه‌ای که با وجود برخی قوانین و مقررات و با گذشت سال‌ها از عمر حکمرانی سنت‌ها به مسائل خانوادگی، به تدریج از میزان ناراضی‌مردان از اشتغال زنان کاسته شده است. از طرفی در قرن حاضر پس از کسب موفقیت‌های فراوان توسط زنان، در نقاط مختلف جهان و کسب مدارج بالای علمی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، عده کثیری از زنان به خودباوری و اعتماد به نفس لازم برای شرکت در جامعه و پیشرفت و مشارکت در هزینه‌های زندگی دست یافته‌اند. امید است روزگاری نه‌چندان دور به جای سخن راندن از مشکلات زنان به عنوان گروهی خاص، بدون هیچ تمایز جنسیتی، از مشکلات انسان‌ها بگوییم و بنویسیم.



مسئولیت مدنی دولت در قبال اعمال کارکنان خود

علیرضا مختاری

وکیل دادگستری - کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی



چکیده:

کارمندان دولت همواره چه در حیطه اعمال تصدی و چه در حیطه اعمال حاکمیتی ممکن است موجب ایراد خسارت به اشخاص شوند و با توجه به این که در بسیاری از موارد کارمند دولت ناتوان از پرداخت خسارت است و همچنین مشخص کردن عامل زیان در دستگاه‌های پیچیده اداری کاری مشکل است حکم ماده ۱۱ ق.م.م. مشکلات فراوانی را برای زیان‌دیدگان ایجاد می‌کند بنابراین هم در حیطه اعمال این ماده و هم در حیطه اصلاح قوانین گسترش محدوده مسئولیت دولت ضروری به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی:

مسئولیت مدنی دولت، اعمال تصدی، اعمال حاکمیتی، کارمند دولت، منافع عمومی.

مقدمه:

دولت به‌عنوان اداره‌کننده جامعه و مسؤول حفظ نظم و منافع عمومی اجتماع، وظایف بسیار و متعددی را به‌عهده دارد که در برخی از موارد انجام این وظایف منتهی به ایراد خسارت به اشخاص جامعه می‌گردد.

اعمال دولت چه در حیطه اعمال حاکمیتی و چه در حیطه اعمال تصدی عموماً در جهت منافع عمومی و تأمین نیازهای جامعه و برقراری نظم و امنیت در جامعه است به همین دلیل دولت در این زمینه باید امتیازات ویژه‌ای داشته باشد.

از سوی دیگر در راستای این اهداف منافع اشخاص نیز نباید از نظر دور بماند زیرا هدف اصلی از تأمین منافع عمومی جامعه به‌عنوان یک کل، در نهایت در جهت تأمین منافع فرد اشخاص به‌عنوان اعضای این کل است. بنابراین در عین حال که دولت برای نیل به این اهداف باید

از ابزارها و امتیازات ویژه‌ای برخوردار باشد نباید منافع اشخاص نیز در این امر نادیده گرفته شود. این امر با توجه به اقتدار و ابزارهای قدرت موجود در دست دولت نمود بیشتری می‌یابد. علی‌رغم موارد فوق قانون مسؤلیت مدنی در حالی که در ماده ۱۲ کارفرمایان مشمول قانون کار را در برابر اعمال کارکنان خود مسؤل دانسته است در ماده ۱۱ علی‌رغم این که دولت نیز در بسیاری از موارد مانند کارفرمایان و حتی به واسطه اقتدار ناشی از وضعیت ویژه خود فراتر از آنان است مسؤلیت را مستقیماً متوجه کارمندان دانسته است و در قسمت اخیر ماده نیز با بیانی مبهم دولت را از جبران خسارت در مورد اعمال حاکمیت معاف کرده است. این دیدگاه که برگرفته از نظرات مکتب اجتماعی است در بسیاری از موارد موجب تضییع حقوق اشخاص می‌گردد که در این تحقیق ضمن تحلیل این ماده به بررسی راه کارهای کاهش این تضییع پرداخته شده است. در این تحقیق با توجه به تفکیک موجود در ماده ۱۱ ق.م.م موضوع در دو فصل تحت عنوان مسؤلیت دولت در قبال اعمال تصدی و مسؤلیت دولت در قبال اعمال حاکمیت بررسی می‌شود.

- فصل اول -

مسؤلیت دولت در قبال اعمال تصدی

ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی در تبیین مسؤلیت دولت در زمینه اعمال تصدی قائل به تفکیک شده و دو حالت را که خسارت «عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی» کارمند بوده یا این که «مربوط به نقص وسایل ادارات و مؤسسات» باشد را به‌طور جداگانه مورد بحث قرار داده است که در ادامه ابتدا محدوده اعمال تصدی و سپس دو مورد فوق‌الذکر، در سه مبحث بررسی می‌شود.

مبحث اول: اعمال تصدی

شناخت اعمال تصدی و تفکیک آن از اعمال حاکمیت آسان نیست و در بسیاری از موارد نمی‌توان مرز مشخصی بین این اعمال ترسیم کرد اما به عنوان یک توصیف می‌توان این چنین بیان کرد که: اعمال تصدی اعمالی هستند که در آن‌ها نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی‌شود، بلکه دولت با همان شرایطی که برای افراد مقرر شده عمل می‌کند. به همین جهت اعمال مزبور از نظر حقوقی نظیر اعمال افراد عادی است، برای مثال خرید و فروش، اجاره و استجاره، رهن، قرض و... از جمله اعمال تصدی هستند که دولت آن‌ها را به‌عنوان این که دارای شخصیت حقوقی و مأمور اداره و حفظ دارایی و منافع و اموال عمومی است انجام می‌دهد. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۸، ۳۹۱)

بنابراین کلیه اعمال دولت سوای اعمال حاکمیتی مانند وضع قوانین و آیین‌نامه‌ها، برقراری مالیات و عوارض و امثال آن مشمول اعمال تصدی بوده و احکام صدر ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی درباره آن مجری است.

این در حالی است که یکی از حقوق دانان چنین عنوان می کند که: «در صورتی که دولت به تجارت یا صنعت می پردازد یا مؤسسه های تجاری و صنعتی در اداره و نظارت خود دارد (مانند بانک ها و شرکت های دولتی که به صورت شرکت های بازرگانی اداره می شود)، مسئولیت دولت و شهرداری ها تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی است و در نتیجه شرکت یا بانک وابسته به دولت نیز مسؤول کارکنان و کارمندان خویش است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۶۵)

این در حالی است که اعمال مزبور از موارد بارز اعمال تصدی دولت است، چه این که دولت نه در مقام اعمال قدرت حاکمه خود که در نقش یک شخص حقوقی به این اعمال پرداخته است پس بنابراین مسؤول دانستن دولت در چنین وضعیتی با توجه به اوصافی که برای اعمال تصدی ذکر شد و این که در این وضعیت دولت در مقام انجام اعمال تصدی است خلاف نص صریح ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی است از سوی دیگر اگر این اعمال را از شمول اعمال تصدی خارج کرده و جزو اعمال حاکمیتی محسوب کنیم نیز با توجه به قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، مسؤول شناختن دولت صحیح نمی باشد.

پس با توجه به این که اعمال دولت از دو حالت تصدی و حاکمیتی خارج نیست در هر دو صورت اعمال عنوان شده در فوق موجب مسئولیت دولت نمی گردد.

مبحث دوم: خسارات عمدی یا در نتیجه بی احتیاطی کارکنان دولت

ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، کارمندان دولت و شهرداری ها و مؤسسات وابسته به آن ها را در صورتی که در حین انجام وظیفه و یا به مناسبت آن به عمد یا در نتیجه بی احتیاطی، خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسؤول جبران خسارت دانسته است.

این حکم اصولاً استثنایی بر حکم عام ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی مبنی بر مسئولیت کارفرمایان در قبال خسارات وارد شده از ناحیه کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن است؛ زیرا همان طور که عنوان شد فعالیت دولت در حیطه اعمال تصدی از لحاظ ماهوی تفاوتی با فعالیت سایر کارفرمایان ندارد. بنابراین با توجه به این موضوع و با عنایت به این که تفسیر موسع این ماده موجب تخصیص حقوق افراد در بسیاری از موارد می شود باید ضمن تفسیر مضیق این ماده آن را تنها در محدوده قدر متیقن آن اجرا کرد.

برای تفسیر این ماده به چند موضوع باید توجه نمود؛ اولین مورد لفظ کارمندان که در ابتدای ماده به آن اشاره شده است این نکته را خاطر نشان می سازد که تنها اشخاصی که رابطه آن ها طبق قانون استخدام کشوری با دولت رابطه کارمندی است مشمول این ماده قرار می گیرند و اشخاصی که رابطه آن ها رابطه کارمندی نیست از شمول این ماده خارج اند که همین امر موجب شده است که برخی از حقوق دانان تصور کنند که در مواردی که دولت به عنوان کارفرما کارگاهی را اداره می کند، کارکنان و کارگران آن مشمول ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی قرار می گیرند و دولت در برابر اعمال زیانبار آنان مسئولیت دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۵۶۴)

این در حالی است که همان گونه که عنوان شد دولت در زمینه اعمال تصدی همانند کارفرما و به عنوان کارفرما فعالیت می کند و در همین حیطه نیز ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی

با عنایت به کارفرما بودن دولت، او را از حکم مذکور در ماده ۱۲ مستثنی کرده است. بنابراین نمی‌توان چنین عنوان کرد که دولت در مقام کارفرما مشمول ماده ۱۲ قانون مسؤلیت مدنی می‌شود چون در این حالت قسمت اول ماده ۱۱ لغو و بیهوده می‌گردد.

موضوع دیگری که در مورد کارمند قابل ذکر است این است که اشخاصی مشمول حکم ماده ۱۱ می‌شوند که رابطه آن‌ها با دولت رابطه استخدامی (اعم از رسمی یا پیمانی، قراردادی) باشد. قانون استخدام کشوری، مستخدم دولت را کسی می‌داند که در خدمت دولت باشد. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۸، ۱۴۳) مطابق بند الف ماده یک قانون استخدام کشوری، استخدام دولت عبارت از پذیرفتن شخص به خدمت دولت در یکی از وزارتخانه‌ها یا شرکت‌ها یا مؤسسات دولتی است.

همچنین مطابق بند پ همان ماده خدمت دولت عبارت از اشتغال به کاری است که مستخدم به موجب حکم رسمی مکلف به انجام آن شود. بنابراین تنها کسانی که طبق شرایط قانون استخدام کشوری به خدمت دولت مشغولند حال خواه به صورت رسمی و خواه به صورت پیمانی، مشمول عنوان کارمند شده و احکام ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی بر آن‌ها بار می‌شود اما سایر اشخاص حسب مورد مشمول قواعد خاص مربوط به خود در زمینه مسؤلیت مدنی می‌باشند.

نکته دیگری که در این قسمت ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی وجود دارد قید به مناسبت انجام وظیفه است بنابراین عمل زیان‌باری که کارمند دولت انجام می‌دهد باید مرتبط با خدمت اداری و در اثنای اشتغال به حرفه‌اش انجام گرفته باشد.

برای این که زیان به تعبیر قانون مسؤلیت مدنی به مناسبت انجام وظیفه حادث شود باید اولاً میان وقوع ضرر و انجام وظیفه ارتباط زمانی وجود داشته باشد یعنی این که کارمند باید در زمانی که به فعالیت اداری مشغول است زیان را وارد کند. ثانیاً عمل ارتكابی کارمند باید در جهت انجام وظایف اداریش باشد. این سخن بدین معناست که عمل کارمند باید به قصد اجرای تکالیف اداری باشد.

با توجه به تعبیر ذکر شده در ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی، خطای کارمند مذکور در این ماده با توجه به این قید، یک خطای شغلی است که همانند این مورد در ماده ۱۲ قانون مسؤلیت مدنی درباره خساراتی که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران و کارفرمایان مشمول قانون کار با عبارت در حین کار یا به مناسبت آن به کار رفته است، نتیجه منطقی این بحث این است که همان‌گونه که کارفرمایان در چنین وضعیتی مسؤول اعمال کارکنان خود هستند، خطای اداری کارمند نیز باید منتهی به مسؤولیت دولت گردد زیرا تقصیر کارمند به عنوان کار گزار شخص حقوقی، منسوب به این شخص است. (غمامی، ۱۳۷۶، ۶۵).

اما همان‌طور که قبلاً عنوان شد ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی این نتیجه را نپذیرفته و کارمندان را در این مورد شخصاً مسؤول می‌داند. بنابراین تفکیک قائل شدن بین اعمالی که به مناسبت انجام وظیفه و یا غیر آن موجب ایراد خسارات می‌گردد، چنانچه در این ماده انجام شده است لغو و بیهوده است چه این که طبق ماده ۱ قانون مسؤلیت مدنی همه افراد در برابر خساراتی که به دیگران وارد می‌آورند مسؤولند و در این حالت نیز ماده ۱۱ شق جدیدی را بیان نکرده است.

نکته دیگری که در مورد قسمت اول این ماده قابل ذکر است این است که در مواردی که طبق قوانین خاص دولت در قبال اعمال کارکنان خود مسؤول است این ماده مورد تخصیص قرار می‌گیرد.

به عنوان مثال ماده ۱ قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در برابر اشخاص ثالث مصوب ۱۳۴۷ چنین عنوان می‌کند که: کلیه دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی و انواع یدک و تریلر متصل به وسایل مزبور و قطارهای راه آهن، اعم از این که اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند، مسؤول جبران خسارت بدنی و مالی هستند که در اثر حوادث وسایل نقلیه مزبور و یا محصولات آن‌ها به اشخاص ثالث وارد شود. همان‌طور که مشاهده می‌شود این ماده کلیه دارندگان چنین وسایلی را اعم از این که از اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند در اثر حوادثی که این وسایل به وجود می‌آورند مسؤول شناخته است. دولت نیز به عنوان یک شخص حقوقی از این قاعده مستثنی نیست و در صورتی که کارمند دولت به وسیله یکی از این وسایل خسارتی به دیگری وارد کند دولت در مقابل آن مسؤول است و به تعبیر دیگر این ماده استثنایی در جهت محدود کردن ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی است.

مبحث سوم: خسارات ناشی از نقص وسایل ادارات و مؤسسات دولتی

ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی در صورتی که خسارات وارده مربوط به نقص وسایل ادارات و مؤسسات دولتی باشد، اداره یا مؤسسه مربوط را مسؤول شناخته است. بنابراین با توجه به این ماده شرط مسؤول نبودن کارمندان این است که خسارات وارده مستند به عمل آن‌ها نبوده و مربوط به نقص وسایل باشد.

تفکیک بین خسارات ناشی از نقص وسایل و خسارات ناشی از عمد و بی‌احتیاطی کارمندان دولتی بسیار مشکل است زیرا نقص وسایل ادارات نیز نهایتاً مستند به کارمندان است زیرا در چنین وضعیتی در اثر اهمال یا عمد کارمند در استفاده از وسایل ناقص خسارت وارد شده است و اصولاً در چنین وضعیتی نمی‌توان تقصیر را متوجه وسایل که ابزارهای مادی و بی‌جان هستند شمرد.

برای حل این مشکل باید از تفسیر خشک و ادبی این ماده پرهیز کرده و با تفسیر منطقی علاوه بر این که از چنین نتیجه‌ای که این قسمت از ماده ۱۱ را لغو و بی‌اثر می‌کند جلوگیری کرده مسؤولیت دولت را در این حیطه گسترش دهیم.

بنابراین در حالتی که در اثر معیوب یا ناقص بودن وسایل و تجهیزات، ایراد و خسارتی به کسی وارد شود، دولت مسؤول است هر چند که کارمند با اهمال و بدون توجه به این امر از این وسایل استفاده کرده باشد.

بنابراین منظور از نقص وسایل اداره که در این ماده آمده این است که اداره، مجهز به وسایل، یعنی تدابیر و روش‌های صحیح مدیریت برای انجام کار نبوده و این امر موجب بی‌نظمی در سازمان و سوء جریان کارهای اداری و در نتیجه وقوع خسارت گردد، به عبارت

دیگر اداره در تجهیز خود به وسایل صحیح کار، که وجود یک تشکیلات و مدیریت صحیح و منظم، آن را ایجاب می‌کند، مرتکب تقصیراتی شده باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۸، ۳۸۷). البته برخی از نویسندگان معتقدند که این قسمت از ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی ناظر به خسارتی است که به نقص و ضعف ساختار اداری، اقتصادی و سیاسی دولت باز می‌گردد، به نوعی که نمی‌توان شخص معینی را خطا کار دانست (غمامی، ۱۳۷۶، ۹۰) که به نظر می‌رسد چنین تفسیری از این ماده صحیح نباشد زیرا خطا یا تقصیری اداری که دولت، باید جواب‌گوی آن باشد، تنها تقصیری نیست که عامل و بانی آن‌ها معلوم نباشد، بلکه هرگونه تقصیر یا خطایی است که از لحاظ منطقی آن را نمی‌توان تقصیر شخص مستخدم تلقی کرد، (طباطبایی مؤتمنی ۱۳۷۸، ۳۸۸).

- فصل دوم -

مسؤولیت دولت در قبال اعمال حاکمیت

همان‌طور که در فصل نخست عنوان شد تفکیک اعمال تصدی از اعمال حاکمیت آسان نیست و نمی‌توان مرز کاملاً مشخصی بین این اعمال قائل شد اما می‌توان اعمال حاکمیتی را چنین توصیف کرد: «اعمال مربوط به حاکمیت دولت، اعمالی هستند که در انجام آن‌ها دولت، حاکم و قدرت مطلق است و به وسیله آن‌ها به مردم فرمان می‌دهد و تحکم می‌کند به همین جهت این اعمال از نظر حقوقی شبیه اعمال متداولی بین افراد نیستند و قابل تصور هم نیست که شخصی بتواند نظایر آن اعمال را انجام دهد، برای مثال وضع قانون و آیین‌نامه، برقراری مالیات و عوارض، سلب مالکیت از افراد و دستورهای گوناگونی که مأموران به افراد می‌دهند، از جمله اعمال حاکمیتند که دولت آن‌ها را به عنوان قوه حاکمه جامعه، در حدود اختیارات قانونی خویش انجام می‌دهد و بدین وسیله در جامعه نظم و آرامش و عدالت برقرار می‌کند. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۸، ۳۹۱).

ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی، در اعمال حاکمیت دولت، دو شرط ضرورت داشتن و برای تأمین منافع اجتماعی به عمل آمدن را، لازمی عدم مسؤلیت دولت دانسته است. بنابراین از مفهوم مخالف این ماده چنین استنباط می‌شود که در صورت عدم وجود این دو شرط، دولت در قبال اعمال حاکمیتی خود مسؤلیت مدنی دارد.

بنابراین شناخت محدوده این دو شرط در شناخت محدوده مسؤلیت مدنی دولت در قبال اعمال حاکمیتی اهمیت فراوانی دارد.

در ادامه دو شرط مذکور و حدود آن طی دو مبحث مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول - اعمالی که بر حسب ضرورت انجام می‌شود.

ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی، دولت را در قبال اعمال حاکمیت در صورتی که این اعمال بر حسب ضرورت انجام گرفته باشد مبری از مسؤلیت مدنی دانسته است. بنابراین، این ماده به

حالت ضرورت که در برخی از قوانین دیگر مخصوصاً قوانین کیفری مدنظر قرار گرفته اشاره کرده است.

در حقوق ایران به نظر می‌رسد که حالت ضرورت با اضطرار تفاوتی نداشته باشد و تفاوتی که برخی از نویسندگان بین این دو قائل شده‌اند ناشی از عدم شناخت صحیح این دو نهاد که یکی از منابع فقهی و دیگری از حقوق غربی گرفته شده است می‌باشد.

ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی در زمینه حالت ضرورت چنین مقرر داشته است «هر کس هنگام بروز خطر شدید از قبیل آتش‌سوزی، سیل و طوفان به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود، مجازات نخواهد شد، مشروط بر این که خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب بوده و برای رفع آن ضرورت داشته باشد».

تبصره این ماده نیز چنین مقرر می‌کند: «دیه و ضمان مالی از حکم این ماده مستثنی است» بنابراین با توجه به مفهوم ماده فوق اضطرار یا حالت ضرورت را می‌توان به حالتی تبیین کرد که انسان خود را در تنگنایی بیابد و برای گشایش آن ناچار شود دست به کاری بزند» (اردبیلی، ۱۳۸۱، ۱۷۴).

البته تحقق این حالت شرایطی دارد که در صورت عدم وجود آن، حالت ضرورت قابل استناد نیست.

(۱) بروز خطر شدید: شرط وجود حالت اضطرار بروز «خطر شدید» یا قریب‌الوقوعی است. (همان، ۱۷۷) بنابراین بیم وجود خطری در آینده که هنوز قرینه‌ای برای تحقق آن وجود ندارد نمی‌تواند موجب استناد به این حالت و رفع مسؤولیت شود.

(۲) ضرورت ارتكاب عمل: یکی دیگر از شرایط استناد به حالت ضرورت این است که ارتكاب عمل خسارت بار، تنها راه خروج از تنگنای پیش آمده باشد. پس در وضعیتی که راه دیگری برای خارج شدن از تنگنا در دسترس باشد استناد به حالت ضرورت قابل پذیرش نیست.

(۳) عدم مداخله عمدی مرتکب در ایجاد خطر: «منطق و عدالت ایجاب می‌کند کسی که خطری را عمداً ایجاد کرده، سپس برای مقابله با آن، ناچار، مرتکب جرم (عملی خسارت‌بار) شده است مسئول عمل خود به حساب آید» (همان، ۱۷۷). بنابراین عادلانه این است که هنگامی که حاکمیت، خود در تحقق حالت ضرورت نقش داشته است، در مقابل خساراتی که وارد می‌کند مسؤول باشد.

(۴) تناسب عمل با خطر موجود: این شرط نیز یکی از شرایط دارای قابلیت استناد به حالت ضرورت است، زیرا منطقی نیست که برای رفع خطری دست به ایجاد خسارتی بیشتر و حتی برابر آن زد. پس لازم است که خسارتی که دولت ایجاد می‌کند در برابر نفعی که از آن عاید می‌شود بیشتر باشد.

که البته همان‌طور که عنوان شد تبصره ذیل ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی ضمان مالی یا تعبیری مسؤولیت مدنی را از حکم این ماده استثنا کرده است که به نظر می‌رسد عادلانه نیز

همین باشد، زیرا متضرر که خود اصولاً نقشی در تحقق حالت اضطرار نداشته است، نباید در مقابل رفع خطری که دیگری ایجاد می‌کند خسارت دیده، و خسارت او نیز جبران نشده باقی بماند و این در حالی است که ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی این نتیجه عادلانه را نپذیرفته و دولت را در چنین حالتی از جبران خسارت معاف کرده است.

مبحث دوم - تأمین منافع عمومی

شرط دیگری که ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی برای عدم مسؤلیت دولت در قبال اعمال حاکمیت مقرر کرده است این است که اعمال مذکور برای تأمین منافع اجتماعی ارتکاب یافته باشد.

در حقیقت این شرط نیز جزئی از شرط قبلی، یعنی ضرورت ارتکاب عمل است زیرا یکی از مهمترین دلایل توجیه‌کننده حالت ضرورت همین نفع عمومی است و در صورتی که تحقق منفعتی اجتماعی متوقف بر ایراد خسارت برد دیگری نباشد اصولاً حالت ضرورت مقرر در این ماده محقق نمی‌شود (البته این در صورتی است که رفع ضرر را نیز نوعی منفعت بدانیم) با این وصف همان ایرادی که در عدم مسؤلیت دولت در مورد حالت ضرورت عنوان شد در این جا هم موجود است و اصولاً عادلانه نیست که در این گونه موارد در برابر نفعی که عاید اکثریت اجتماع می‌شود، عده‌ای متضرر شوند. «اگر هدف برتر ادعایی در این گونه موارد، یعنی تأمین منافع عمومی، توجیه‌کننده این عدم مسؤلیت است، در مقابل، تساوی همگان در برابر هزینه‌های عمومی اقتضاء می‌کند که هرگاه از عملی که دولت به منظور برآوردن منافع جمعی انجام می‌دهد، عده خاصی متضرر گردند، این ضرر نیز در برابر نفعی که عاید عموم شده است، در میان همگان منتشر گردد و طریق آن هم جبران خسارت زیان‌دیدگان از سوی دولت باشد.» (غمامی، ۱۳۷۶، ۱۱۶).

بنابراین نفعی مسؤلیت دولت در قبال اعمالی که در جهت منافع عمومی انجام می‌دهد مبنای صحیحی نداشته و موجب بروز بی‌عدالتی بین افراد جامعه می‌گردد.

نتیجه:

دولت نیز باید همانند سایر کارفرمایان در برابر خساراتی که کارگزاران او انجام می‌دهند مسؤل باشد با توجه به این که دولت به عنوان یک شخص حقوقی فعالیت می‌کند و کارگزاران او در واقع به مثابه اندام این شخص حقوقی هستند دولت باید در قبال اعمال آنها مسؤل باشد.

همان مبنایی که در مورد مسؤلیت کارفرمایان در قبال اعمال کارگران‌شان وجود دارد، در مورد دولت نیز موجود است. علاوه بر این که با توجه به وسعت عمل ادارات دولتی و پیچیدگی که در بسیاری از این دستگاه‌ها وجود دارد اصولاً تعیین مقصر و عامل اصلی ضرر برای زیان‌دیده بسیار مشکل و در بسیاری از موارد غیرممکن است.

در صورت شناخته شدن مقصر نیز در بسیاری از موارد این شخص قادر به جبران خسارات وارده نیست و عملاً خسارت وارد جبران نشده باقی می ماند.

بنابراین اصلاح قانون در این زمینه و گسترش مسؤلیت دولت در قبال اعمال کارکنان اش با توجه به واقعیات زندگی اجتماعی و گستره اعمالی که دولت در حیطه اعمال تصدی انجام می دهد ضروری به نظر می رسد.

هم اکنون نیز ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی باید تنها در محدوده قدرمتیقن آن اعمال شود و هر کجا که با توجه و توسل به سایر قواعد و مقررات بتوان مسؤلیت دولت را گسترش داد باید دولت را در قبال اعمال کارکنان اش مسؤل دانست. در حیطه اعمال حاکمیتی نیز باید قیود مذکور در آن، مخصوصاً ضرورت داشتن انجام عمل به وسیله دولت مدنظر قرار گیرد و در غیر این موارد دولت در قبال اعمالش مسؤل باشد.

سوی این که همان طور که عنوان شد مسؤل ندانستن دولت در قبال اعمال حاکمیتی هم که بر مبنای ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی ارتکاب یافته با عدالت و منطبق حقوقی سازگاری ندارد و اصلاح دیدگاه قانون در این زمینه نیز لازم است. =

منابع

- ۱- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۸۱.
- ۲- جلیلووند، یحیی، مسؤلیت مدنی دولت، چاپ اول، تهران، یلدا ۱۳۷۳.
- ۳- حسینی نژاد، حسینقلی، مسؤلیت مدنی، چاپ اول، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
- ۴- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۷۸.
- ۵- غمامی، مجید، مسؤلیت مدنی دولت در اعمال کارکنان خود، چاپ اول، تهران، دادگستر، ۱۳۷۶.
- ۶- کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- ۷- کارل، هارلو، شبه جرم، ترجمه کامبیز سیدی، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
- ۸- لوراسا، میشل، مسؤلیت مدنی، ترجمه محمد اشتری، چاپ اول، تهران، حقوق دان، ۱۳۷۵.
- ۹- یزدانیان، علیرضا، قلمرو مسؤلیت مدنی، چاپ اول، تهران، ادبستان، ۱۳۷۹.

تأملی بر لایحه جدید حمایت خانواده

عباس شفیعی - وکیل دادگستری

در حدود یک سال پیش لایحه جنجالی حمایت خانواده تقدیم مجلس هفتم شد ولی آن مجلس به لحاظ اتمام دوره اش نتوانست این لایحه را به تصویب برساند. اخیراً در مجلس هشتم این لایحه در دستور کار قرار گرفته است در این مقاله سعی بر آن شده است که نکات قوت و ضعف این لایحه بررسی شود. امید است که قانون گذار در جهت اصلاح لایحه موصوف گام مؤثری بردارد.

لایحه موصوف مشتمل بر ۶ فصل می باشد: فصل اول دادگاه خانواده، فصل دوم مراکز مشاوره خانواده، فصل سوم ازدواج، فصل چهارم طلاق، فصل پنجم حضانت و نگهداری اطفال و فصل ششم مقررات کیفری است.

فصل اول: دادگاه خانواده

مبحث اول: مرجع رسیدگی به دعاوی خانواده

به موجب لایحه مذکور در حوزه قضایی شهرستان به تعداد کافی شعب دادگاه خانواده تشکیل می شود و در دادگاه های بخش هم به تناسب امکانات و به تشخیص رئیس قوه قضاییه خواهد بود.

ایرادی که در این قسمت وارد است این است که از آن جایی که رسیدگی به دعاوی خانواده به موجب این لایحه تابع قواعد ویژه ای است چرا نباید در تمام حوزه های قضایی (اعم از بخش و شهرستان) تشکیل این دادگاه الزامی باشد. در خصوص ایرانیان مقیم خارج از کشور نیز مرجع جدیدی علاوه بر دادگاه حوزه اقامت و دادگاه شهرستان تهران پیش بینی شده و آن تأسیس شعبه دادگاه خانواده در محل سفارت است که چنین امری قبلاً سابقه نداشته است. علاوه بر دادگاه های عمومی به موجب تبصره ۲ ماده ۲۱ لایحه، شوراهای حل اختلاف هم صلاحیت رسیدگی به کلیه دعاوی خانواده به استثناء طلاق را دارند. اشکال مهمی که در این قسمت وارد می شود این است که از آن جایی که دادگاه های خانواده با شرایط خاص تشکیل می شود چرا باید شوراهای حل اختلاف صلاحیت رسیدگی داشته باشند؟

مبحث دوم: سازمان دادگاه خانواده

برطبق لایحه جدید، دادگاه با حضور یک رئیس یا دادرس علی البدل و دو مستشار تشکیل می شود که حتی المقدور یکی از مستشاران دادگاه از بانوان دارنده پایه قضایی می باشد و رسمیت جلسات و صدور رأی با اکثریت خواهد بود. در قانون تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب نیز بند ب ماده ۱۴ اشاره به حضور مشاور زن نموده ولی اشاره ای به تعداد قضات

نکرده بود. علی‌رغم پیش‌بینی تعدد قضاات در لایحه موصوف حضور مستشار زن را اختیاری فرض نموده و کلمه حتی‌المقدور در عبارت لایحه به کار رفته است و مشخص نیست چرا نباید مشاور زن الزاماً حضور داشته باشد؟

مبحث سوم: صلاحیت دادگاه خانواده

از حیث صلاحیت، موارد همان مواردی است که در ماده واحده قانون اختصاص تعدادی از دادگاه‌های موجود به دادگاه خانواده مصوب ۷۶/۵/۸ ذکر شده است. البته علاوه بر آن صلاحیت رسیدگی به موضوع سرپرستی کودکان بی‌سرپرست و اهداء چنین نیز پیش‌بینی شده است و مورد سوم که قبلاً سابقه در قوانین ما نداشته مسأله نشوز زوج می‌باشد که در بند ۸ ماده ۱۴ پیش‌بینی شده و از نکات مثبت این لایحه است.

مبحث چهارم: آیین دادرسی

هرچند در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، دادگاه خانواده نیز جزئی از دادگاه عمومی بوده و می‌بایست تشریفات آیین دادرسی در خصوص این دعاوی نیز رعایت می‌شد ولی لایحه جدید رعایت تشریفات آیین دادرسی را الزامی نمی‌داند که به پاره ای از موارد آن نیز اشاره می‌شود:

- ۱- پذیرش صلاحیت دادگاه اقامتگاه خواهان در مورد دعاوی مطالبه مهریه منقول و نفقه در لایحه جدید، در حالی که در آیین دادرسی چنین اصلی مورد پذیرش واقع نشده است.
- ۲- تأخیر جلسه دادرسی به منظور سازش در قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً برای یک‌بار به درخواست دو طرف امکان پذیر است (ماده ۹۹ ق.آ.د.م) در حالی که در لایحه جدید برای دو مرتبه می‌توان تأخیر در جلسه دادرسی را خواستار شد حتی اگر به درخواست یکی از طرفین باشد (ماده ۱۱ لایحه).
- ۳- شیوه ابلاغ در دادگاه خانواده از طریق پست، پیام‌های تلفنی و پست الکترونیکی و هر طریق دیگر جایز شمرده شده در حالی که در آیین دادرسی مدنی ابلاغ توسط مأمور ابلاغ و از طریق اوراق ابلاغ به عمل می‌آید.
- ۴- برای صدور دستور موقت به موجب قانون آیین دادرسی مدنی نیاز به سپردن تأمین و تأیید رئیس حوزه قضایی است در حالی که در لایحه جدید در خصوص دستور موقت نیازی به موارد ذکر شده نیست. صدور دستور موقت باید از ناحیه خواهان به عمل آید (خواهان بدوی، تجدیدنظر، دعوی تقابل، ورود ثالث و جلب ثالث) ولی در لایحه موصوف درخواست دستور موقت را از هر دو طرف اصحاب دعوی پذیرفته است. از دیگر موارد افتراق می‌توان به رفع اثر شدن از دستور موقت اشاره کرد، در قانون آ.د.م تا هر زمان که دادرسی طول بکشد دستور موقت هم پایدار است ولی در لایحه جدید چنان که دادگاه ظرف شش ماه تصمیم‌گیری در خصوص اصل دعوی ننماید از دستور موقت رفع اثر می‌شود. البته شیوه رسیدگی در لایحه جدید به موجب آیین‌نامه اجرایی است که بعداً به تصویب خواهد رسید.
- ۵- به موجب لایحه حداکثر مدت برای رسیدگی فرجامی در مورد طلاق، شش ماه می‌باشد در حالی که در سایر دعاوی به موجب آیین دادرسی مدنی محدودیت زمانی ندارد.

فصل دوم: مراکز مشاوره خانواده

مسأله مشاوره خانواده نیز از نکات مثبت لایحه است ولی با این حال استفاده از نظر این مراکز، برای دادگاه اختیاری شده است و جا داشت که تدوین کنندگان این لایحه موضوع اجباری بودن را در نظر می‌گرفتند درحالی‌که صرفاً در خصوص طلاق توافقی موضوع مراجعه به مراکز مشاوره خانواده الزامی شده است.

فصل سوم: ازدواج

مبحث اول: تعدد زوجه

جنگالی‌ترین قسمت لایحه اختصاص به فصل سوم این لایحه دارد. به موجب این لایحه شوهر بدون اجازه همسر به شرط داشتن استطاعت مالی و تعهد اجرای عدالت بین همسران مجاز به اختیار کردن همسر دیگر می‌باشد. در نگاه اول به عبارت ماده ۲۳ این سؤال به ذهن خطور می‌کند که هدف تدوین کنندگان از درج این ماده چه بوده است. ظاهراً نامبردگان فراموش کرده‌اند که لایحه حمایت خانواده را تدوین می‌نمایند نه تزلزل خانواده را! آیا با این مسأله شعور زنان را به مسخره نگرفته‌ایم؟ چرا نباید قبل از وضع قانون، موضوع از حیث جامعه‌شناسی حقوقی مورد بررسی قرار گیرد؟ آیا از خود پرسیده‌اند که چندین خانواده تاکنون به خاطر هوسرانی شوهر و اختیار همسر دوم از هم پاشیده است؟ چرا ما باید این قدر واپسگرا شده باشیم که در قرن ۲۱ اجازه تعدد همسر را تجویز کنیم؟ آیا بهتر نبود اساساً ازدواج بدون اجازه همسر اول را غیرنافذ بدانیم و برای چنین افرادی مجازات در نظر بگیریم؟

مبحث دوم: ازدواج موقت

متأسفانه یکی دیگر از موارد انتقادی نسبت به این لایحه مبحث ازدواج موقت است و جا داشت که قانون‌گذار به منظور حفظ کیان خانواده چنین ازدواجی را اساساً ممنوع می‌داشت یا محدود به شرایط خاصی می‌نمود. سوای از این که آیا اساساً این مسأله صحیح است یا نه، در شرایط امروزی هیچ کس حاضر به ازدواج موقت نیست و باید گفت ازدواج موقت چیزی به جز خودفروشی زن نیست.

و ایراد دیگر این است، چرا عدم ثبت نکاح موقت جرم نمی‌باشد؟ هر چند در لایحه جدید ثبت این نکاح منوط به آئین‌نامه‌ای شده که به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.

مبحث سوم: حقوق مالی زوجه در لایحه جدید

الف) مهریه، یکی دیگر از نکات بحث برانگیز این لایحه، تعیین سقف برای مهریه و وصول مالیات است که در ماده ۲۵ لایحه پیش‌بینی شده است. به موجب این ماده چنانچه مهریه‌های غیرمتعارف در نظر گرفته شود باید مالیات پرداخت شود و اساساً معلوم نیست این مسأله به چه علت در نظر گرفته شده است و چه موقع این مالیات باید پرداخت شود و از طرف چه کسی باید مالیات داده شود و این که شوهر هنوز چیزی به زوجه نپرداخته که بخواهد مالیات

بپردازد. لذا با توجه به مراتب فوق باید گفت که دولت باید در این لایحه تجدیدنظر کند و اساساً وصول مالیات را حذف نماید.

ب) اجرت‌المثل و نخله، درخصوص حقوق مالی فوق باید گفت که دولت در لایحه مذکور اصلاً اجرت‌المثل و نخله را پیش‌بینی نکرده و از آن‌جایی که قانون راجع به طلاق را نسخ نموده بنابراین، این حقوق هم پایمال شده است.

ج) خسارت مقرر در ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ از دیگر مواردی است که در لایحه جدید نادیده گرفته شده است.

فصل چهارم: طلاق

از نکات جالب توجه در این فصل موضوع طلاق توافقی است که در لایحه جدید مرجع صدور گواهی عدم سازش برخلاف سابق که دادگاه بود این بار برعهده مراکز مشاوره خانواده پیش‌بینی شده است (ماده ۲۷ ل.ج). همچنین در طلاق توافقی باتوجه به عبارت ماده ۲۹ ارجاع موضوع به داور اختیاری است.

درخصوص طلاق نیز باید گفت متأسفانه کمافی‌سابق مرد بدون دلیل و عذر موجه می‌تواند همسر خود را طلاق دهد و این درحالی است که در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ موارد طلاق پیش‌بینی شده بود (ماده ۸ قانون حمایت خانواده) ولی با تصویب لایحه تشکیل قانون مدنی خاص این موارد حذف گردید. (تبصره ۲ ماده ت.د.م.خ) و در لایحه جدید هم این مسأله نادیده گرفته شده است.

فصل پنجم: حضانت و نگهداری اطفال

در این فصل تغییر خاصی ملاحظه نشده و صرفاً درخصوص خارج نمودن طفل از کشور علاوه بر اجازه دادگاه که در تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده پیش‌بینی شده اخذ تأمین مناسب هم شرط شده است.

فصل ششم: مقررات کیفری

متأسفانه در این فصل هم اکثر مجازات‌ها تخفیف یافته. از جمله می‌توان به مجازات عدم ثبت ازدواج، طلاق، فسخ و رجوع و همچنین مجازات پزشکیانی که برخلاف واقع گواهی سلامت مزاج صادر می‌نمایند اشاره نمود.

در این قسمت نکته جالبی که به چشم می‌خورد این است که چنان‌چه فرد خارجی با زن ایرانی، بدون اجازه مقرر در ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی ازدواج نماید به مجازات حبس از سه ماه و یک روز تا یک سال محکوم و زن چنان‌چه با اختیار خود ازدواج نماید و همچنین پدر وی در صورت دادن اذن به مجازات معاون در جرم مذکور محکوم خواهد شد این مجازات اساساً عادلانه نیست چرا که بیشتر این ازدواج‌ها در مناطق مرزی و محروم واقع می‌شود که علم به قانون ندارند.

در پایان از نمایندگان محترم تقاضای دقت‌نظر در تصویب لایحه را خواستارم. امید است که وکلای محترم مجلس پس از کارشناسی دقیق و جلب‌نظر جامعه‌شناسان، روانشناسان و حقوق‌دانان نسبت به تصویب لایحه اقدام نمایند. *

شان وکالت شان هنر

حمید رفیعی فرد

وکیل دادگستری

بالندگی، یعنی شهامت گذشتن از کهنه‌ها،
شجاعت پذیرفتن تازه‌ها.
اوشو (شاعر هندی)

بنابه موضوعیت برخی از شکایات مطروحه در مراجع انتظامی کانون وکلای دادگستری، رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد آن شکایات نیازمند تعمق بیشتری است نه از جهت صرفاً آثار انتظامی آن‌ها، بلکه از آن جهت که چگونگی اتخاذ تصمیم درخصوص این شکایات لزوماً به حساب نوع نگرش فرهنگی کانون وکلا نیز گذاشته خواهد شد و بدین لحاظ است که این موارد از رسیدگی، ضریب بیشتری از مسؤلیت را می‌طلبند، ازجمله موارد پیش‌بینی شده در مقررات انتظامی، رفتار خلاف شأن وکالت است که در رسیدگی به این نوع پرونده‌ها علاوه بر اشراف به مقررات انتظامی، لازم است که شخص رسیدگی‌کننده از اطلاعات اجتماعی و تاریخی جامعه نیز برخوردار باشد، علاوه بر آن مهم است که شخص رسیدگی‌کننده در چه مدارجی از تفکرات اجتماعی و فرهنگی جامعه (پویایی یا ایستایی) قرار داشته باشد.

ازجمله مواردی که در دادرسی انتظامی توجه اینجانب را جلب نموده، پرونده‌ای بود که این سوال را ایجاد نمود: آیا اگر وکیل دادگستری از هنر موسیقی برخوردار باشد و هنر خود را عرضه نماید، رفتار هنرمندانه او منافات با شأن وکالت دارد؟ آیا اگر جماعتی از تأثیرات هنر ساز یا آواز وکیل هنرمند جان یابند آن وکیل مغایر عرف جامعه عمل نموده است؟ صحبت این است که هنر اساساً ارزش است نه ضد ارزش، آیا اگر وکیل دادگستری هنری را که از هر جهت و بنابه هر معیاری ارزشی است ارائه نماید، برخلاف شأن وکالت عمل نموده است؟ چنین رأیی اگر صادر شود، اعلام جنگی خواهد بود از ناحیه کانون وکلا به جامعه هنر که چنین نگرشی به هیچ‌وجه نمی‌تواند برازنده کانون وکلای دادگستری باشد که بنابه ساختار

هویتی‌اش از مراکز نواندیشی جامعه است و این نواندیشی را همراه با واژه استقلال بیش از نیم قرن در قالب یکی از نخستین NGOهای کشور یدک می‌کشد، آن‌ها که عرضه هنر توسط وکیل هنرمند را رفتار خلاف شأن و کالت می‌دانند، لزوماً باید نگرش نازلی از هنر داشته باشند و در واقع با اتکاء به این نگرش نازل مبادرت به ابراز چنین عقیده‌ای می‌نمایند و از همین روست که این اشخاص از جهت تحقیر اهالی هنر موسیقی از عنوان «مطرب» استفاده می‌نمایند. درحالی‌که شأن و جایگاه هنر، مقدس است به نحوی که هر شخص در حیطه آن قرارگیرد از ارزش والایی برخوردار می‌گردد.

قطع نظر از موارد فوق، تبعیت مطلق از عرف نیز مغایر با نواندیشی است، به یاد آوریم زمانی که در عرصه جهانی، زنان از ورود به حیطه‌های آموزشی منع می‌گردیدند، زیرا نگرش عرف و سنت آن‌گونه بود که حتی زن نمی‌توانست فکر پزشکی شدن را به خود راه دهد، سال‌ها پس از مبارزات و تحمل مصائب، آن‌گاه که زن در حیطه‌های آموزش پزشکی راه یافت و به رغم مقاومت عرف و سنت پزشکی گردید، مدت‌ها عده‌ای جهت تحقیر پزشکان زن برای مداوا به آن‌ها مراجعه نمی‌نمودند، تاریخ سرشار از وقایع اندوه‌بار در حوزه مبارزات تفکرات ایستایی و پویایی است، اما تاریخ درس‌های زیادی نیز به ما آموخت و این که دستیابی به تجدد نیازمند تحرک متعادلی است و آن‌گونه که در مدرسه حقوق از زبان قانون نیز به ما آموختند: عیب، عبارت است از هرگونه نقصان و زیادتی. و باید بپذیریم که در حوزه نواندیشی باتوجه به مختصات جوامع، هر تلاشی در حد تعادل کنش مثبت خواهد داشت و قدر مسلم این که برای رسیدن به تجدد نیز نیازمند تحرکات متناسبی می‌باشیم و در این راستا، هرگونه تحرکی که در سرعت آن نقصان و یا زیادتی مشهود باشد ما را از حد تعادل خارج و اعمال ما به لحاظ افراط و تفریط، عیب محسوب و نتیجه مؤثری نخواهد داشت، همان‌طوری که وکالت دارای شأن والایی است، هنر نیز دارای شأن مقدسی است، مضافاً بر این که عمر هنر بنا به حکایت تاریخ تمدن به پنجاه هزار سال می‌رسد و بدون شک، هنر یکی از عوامل مهم تمدن بشری است و قدر متیقن این که شأن هنر لزوماً کمتر از شأن وکالت نیست (که بیشتر است) و درواقع وکالت و هنر دارای دیوار مشترکی از شانی ارزشمند می‌باشند.

نتیجه این که وکیل هنرمند لزوماً احساس مسؤولیت مضاعفی بر رعایت شئون وکالت و هنر باید داشته باشد و آن‌جا که شأن هنر را زیر پا گذارد، لزوماً شأن وکالت را نیز خدشه‌دار نموده است، در آن صورت هم از ناحیه جامعه هنر و هم از ناحیه جامعه وکالت با او برخورد خواهد شد. ختم کلام این که صدور رأی توسط مراجع انتظامی کانون وکلا بر این که عرضه هنر توسط وکیل هنرمند، رفتار خلاف شأن وکالت محسوب می‌گردد، توهین به تقدس هنر و توهین به تمدن بشری است و اخذ هرگونه تعهد از وکیل هنرمند، بر ترک هنر وی، یادآور اخذ تعهد از گالیله بر انصراف از تفکر علمی است. =