

اصفهان
اسان
کانون وکلادادتر

خبرنامه

سال ۳۵



با آثاری از:

شاپور اسماعیلیان، دکتر محمد مهدی الشریف، دکتر حسن پوربافرانی،
فاطمه پیرمرادی، طاهر توحیدی، ساناز السادات جعفری،
احسان زرخ، حسین صانعی خوانساری، دکتر مرتضی طیبی جبلی،
دکتر غلامرضا طیرانیان، پرویز علی پناه، دکتر علیرضا فصیحی زاده،
دکتر شهرام کیوانفر، سینا گلستانی، محمدرضا محمدی جرقویه ای،
احمد نصر اصفهانی و دکتر نوذر یزدانی

۳۵

خرداد ۸۸

فهرست مطالب

مقالات

۲ همکار جوان من	دکتر غلامرضا طبرانیان!
۶ چند سؤال	شاپور اسماعیلیان!
۸ رویکرد تفسیری رونالد دورکین به قانون	دکتر شهرام کیوانفر!
۱۱ منع به کارگیری رفتار و مجازات رنج آور، غیر انسانی و تحقیر آمیز به عنوان	احمد نصر اصفهانی!
۱۸ بازخوانی دعوی الزام به تنظیم سند رسمی	حسین صائقی خوانساری!
۲۳ نحوه پرداخت دیه در جرم صدمات بدنی در اثنای منازعه	دکتر حسن پوربافرانی!
۲۸ نقد یک رأی در باب خسارت تأخیر تأدیه	دکتر محمد مهدی الشریف!
۳۵ مسؤلیت و کیل سرپرست در مقابل اعمال کارآموز	دکتر نوذر یزدانی!
۳۹ اثر ازدواج و طلاق مادر، در حق حضانت از منظر فقههای مذاهب اسلامی (۲)	دکتر طیبی، فاطمه پیرمادی!
۴۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تفسیر یا تقنین	پرویز علی پناه!
۵۴ خلط میان ذنبعی و ذیحقی خواهان در رسیدگی قضایی	دکتر علیرضا فصیحی زاده!
۶۰ کانون و کمیسیون	احسان زورخ!
۶۴ انتقادی از نظام فعلی حقوق خانواده ایران و پیشنهادی در باب (۲)	سینا گلستانی!
۶۸ تسریع در فرایند رسیدگی و اهمیت آن در قوانین دادرسی کیفری	ظاهر توحیدی!
۸۰ بررسی لایحه آزادی اطلاعات با تکیه بر اسناد و قوانین بین المللی	ساناز السادات جعفری!

طنز

۸۸ ترمینولوژی حقوق	محمد رضا محمدی جرقوبه ای!
----	-----------------------	---------------------------

من همکار جوان

دکتر غلامرضا طیرانیان*

سه‌مبند در ثمرات نیات پاک تو و هر حقی که
بر جای خود استوار سازی.

پیروزی در آزمون‌ها و پروانه‌گرانبهایی که نام
تو بر آن نقش بسته است، خود گواهی صادق
است که عدل و حق را به شایستگی می‌شناسی و
باور داری که جهان هستی و بقاء حیات بر روی
زمین به دوام عدل و استقرار حق پایدار است. حال
به جمع وکلای دادگستری پیوسته‌ای، تا بیرون
از گفته‌ها و نوشته‌ها، در سرزمین عمل از حق و عدل
نگهبانی کنی و خود را نیز بیازمایی که باورهایت با
تو چه می‌کنند.

تا دیروز این اساتید گرانقدر و دانشمند بودند که
مسائل را خلق می‌کردند و پاسخ به مشکلات
مفروض انسان‌ها را به تو می‌آموختند. از این پس
این مردم مبتلا به مسائل و عاری از دانش حقوقی
هستند که مشکلات عینی زندگی خویش را نزد تو
می‌آورند و از تو پاسخ می‌خواهند: گره‌های کور
روابط تیره خود با دیگران را به دست تو می‌سپارند
تا تو با برخورداری از توانایی‌های خویش بر
عهده‌گیری گشودن مشکلات ایشان را. این مردم
هستند که با سرمایه مادی و حمایت بی‌دریغ معنوی
ایشان، علم وکالت و دفاع از حق را آموخته‌ای.

حضور تو در گروه وکلای دادگستری ایران
نشانه‌ای است از تلاش شایسته و پیوسته تو. از
آزمون‌های سخت بسزایی عبور کرده‌ای. جامعه
وکالت دادگستری با افتخار ورود تو را به این حرفه
مقدس ارج می‌نهد. این نخستین روزی است که با
پروانه کارآموزی وکالت دادگستری در دست،
عزم راسخ داری تا بی‌زمانی، آنچه را در سال‌های
سال، از عمر و جوانی با ارزش خود در مراکز علمی
عالی کشور از اساتید خویش فرا گرفته‌ای. آن‌ها بودند
که مفاهیم علم حقوق و علم شناخت روابط انسان‌ها
را به تو آموختند و دانستی حیات انسان مجموعه‌ایست
از حقوق و تکالیف جاری بین ابناء بشر که تا
زنده‌اند هیچ‌گاه پایان نمی‌پذیرد و هیچ‌گاه از تحول
و تکامل باز نمی‌ایستند: از عهدها و وفای به
عهدها، از نظم‌ها و مراقبت از نظم‌ها، از اصل‌ها و
جایگاه اصل‌ها، از نیازها و نگاه به ضرورت‌ها و از
باورها و وابستگی به این باورها. در این میان نقش
تو و همکاران تو به‌عنوان وکیل دادگستری چیست؟
به پاس آنچه را آموختند، فرض است بر تو
همواره حرمت و بزرگداشت اساتید خود را در
خاطر خویش حفظ کنی. آن‌ها بودند که همه
آنچه را می‌دانستند و از اساتید پیشین فرا گرفته
بودند و خود نیز به آن افزودند، بی‌هیچ مزد و
انتظار به تو سپردند، تنها خشنود از آن که تو لوازم
حفظ حیات انسان را به تکیه بشناسی و آنان نیز

* وکیل دادگستری - تهران.

مربیان تو در خانه و اساتید تو در مراکز علمی نیز از همین مردمند و به لیاقت و استواری و استقلال تو چشم دوخته‌اند. یقیناً با مستی در وظایف و کجروی امید ایشان را به یأس مبدل نمی‌کنی. اینک با نگاهی به آینده، آینده‌ای که گذشته و کلای مدافع پیشین است، کارآموزی در حرفه شریف و کالت را آغاز کرده‌ای تا از عالمان و صاحبان تجربه، بیاموزی چگونه باید علم را در مجرای عمل جاری ساخت و در خدمت دادخواهان ذبحی بود. ایشان در انتظارند که در پایان کارآموزی که مجهز به علم و تجربه شده‌ای به تو و پروانه و کالت تو تکیه کنند که وکیل دادگستری باید تکیه‌گاه استوار حق و ستمدیدگان باشد، نه سودای تنها به دادوستد سرگرم که انگیزه او تنها دریافت مزد باشد، بی‌اعتنا به حق! ارزش و شأن والای و کالت دادگستری به حق‌گرایی است. علم و مهارت نیز باید در صراط حق باشد. تو از هم‌اکنون که جوانی باید عظمت و کالت و تقوی در این حرفه را باور داشته باشی.

و این باور سخت به شجاعت و جسارت و ایستادگی نیازمند است. آیا خود را آزموده‌ای؟ آیا در خود جسارت حمایت از ستمدیدگان را می‌یابی؟ به دقت در خود جستجو کن. آیا شجاعت دفاع از حق را در خود یافته‌ای. جسارت نه علم است، نه تجربه. جایگاه جسارت در درون تو است، در باور تو است. آیا می‌دانی چون در برابر ستمگر ایستادی او نیز به سبزه با تو برمی‌خیزد و شمشیر خصومت بر روی تو می‌کشد و ترا آسوده نمی‌گذارد. خطری بزرگ در پیش داری، چه مزدی با این خطر برابر است؟ اگر و کالت را برای مزد می‌خواهی، از هم اینک بازگرد که هیچ مزدی با جان و آزادی تو برابر نکند. جان و آزادی را فقط در برابر عشق به حق می‌توان تقدیم کرد.

آن‌کس که در درون او هراس و بیم ریشه دارد، علمی را که از اساتید حقوق آموخته و تجربه‌ای که در عمل و در ایام سخت‌کارآموزی آندوخته، هیچ‌یک به کارش نیاید. پس اگر باور داری که و کالت حمایت است و مقابله با ستمکاری، بار سنگین این وظیفه مقدس را بر دوش گیر، که این باور به تو شجاعت می‌بخشد و گم‌هایت را در راه حق و حق‌تعالی ثابت و استوار می‌سازد و تو در پرتو قداست حق، مقدس می‌شوی و مقدسان به معامله و دادوستد نمی‌آند. باشند.

آن‌ان که در جستجوی نان و امرار معاشند، برای معاش، خود را به هلاکت نمی‌کنند. رسالت عظیم و کالت و پرمخاطره را رهاکنند، خود را به زحمت مبتلا نکنند و حرمت و کالت را نشکنند. راه‌های بی‌خطر و روان و پرسود بسیار است که نان بیشتر در سفره رنگین‌تر پیش روی ایشان می‌گشاید. حرفه و کالت را به طمع مال آلوده نباید کرد.

الته هیچ عاقلی از تو انتظار ندارد بی‌مزد خدمتی ارائه کنی که این نیز نوعی ستم برخویش است. تو سال‌های پربهای عمر را به آموختن سپری کرده‌ای. علم تو سرمایه مادی و معنوی توست. برای اداره زندگی اقتصادی خود باید از این سرمایه بهره‌گیری، ولی فراموش نکن این سرمایه بیش از آن که مادی باشد، سرمایه معنوی است. دنیای معنی عالم دیگری است فراتر از محسوسات که شناخت و باور آن نیاز به رهایی از بند کلمات و نیاز به اعتقاد به غیب دارد. کشاورزان را بنگر که گندم را با آن سختی کشت می‌کنند، نه برای تحصیل گاه، که خوراک ستوران است. آنان در تلاش برای دانه‌های گندم‌اند که نیروبخش و مایه حیات و زندگی مردمان است. گاه نیز لاجرم از کشت گندم حاصل می‌شود. مزد کار و کالت به سان آن‌گاه است برای امر معاش. تن انسان در ارزش

به مانند ستوران است که ناگزیر نیاز به طعام دارد و از آن نیرو می‌گیرد. تن چون مرکب جان است، مرکب را باید راه وار ساخت تا از پای نیفتد و بار جان و وظایف روح را به منزل رساند.

تلاش در حرفه و کالت باید مایه حفظ حیات با کرامت فرد و جامعه باشد، در راستای اقتدار حق و تضعیف و اسقاط ستم. این همان دنیای معنی و معنویت است و کسوت و کالت زینده کسی است که در عمق وجود خود این باور را یافته باشد. حال که تو با جستجو در خود و سرشار از باورهای ایمانی، خویش را شایسته و کالت دادگستری می‌دانی، پس سخنی دیگر را آغاز کنیم: تو در مراکز علمی، در دنیای «ثبوت» بودی. ولی وکیل دادگستری تلاشگر میدان «اثبات» است. آنجا همه روابط و عناوین حقوقی بر فرض ثبوت توسط اساتید ارائه و بررسی و حکم موضوعات مفروض بیان می‌شد. این‌جا در پیچ و خم عمل و در فضای عینیت، احکامی را که آموخته‌ای بر تو معلوم است، موضوعات را باید ارزیابی و تعیین کنی که هر عمل و یا واقعه با کدام موضوع منطبق است. آنجا می‌گفتند عقد بیع از عقود لازم است و یا اکراه موجب عدم نفوذ معامله است. آنجا می‌گفتند مجازات قتل عمدی قصاص نفس است و مجازات کلاهبرداری حبس و رد مال و جزای نقدی. در دنیای عمل که محل ابتلای مردمان است، این‌جا تو هستی که باید تعیین کنی آنچه بین موکل و دیگری منعقد شده، عقد بیع است یا فاقد ارکان این عقد. آنچه بر موکل تحمیل شده، از مصادیق اکراه است و یا نیست. حادثه‌ای که به وقوع پیوسته، قتل است و اگر قتل است، قتل عمدی است یا شبه عمد و یا خطایی و آیا نوع اقدامات به گونه‌ای بوده که متقابله و کلاهبرداری باشد و یا اختلافی است حقوقی محض و احکام بر حسب تشخیص تو تعیین و بیان

می‌شود. تشخیص موضوعات، نیازمند مهارت‌هایی است که نزد وکلای بان تجربه پیشین و در عمل حاصل می‌شود. سرنوشت دعاوی در دست توست. سرنوشت حقوق مردم در گرو تیز بینی و درک شایسته توست. آنجا فصولی در پاسخ، اندکی از نمره درسی تو می‌کاست، این‌جا تشخیص ناروای تو زندگی موکل را نابود می‌کند، موکلی که خود و حیات مادی و معنوی خود را به تو سپرده است، که امانتی است بس گران!

حق، آن‌گاه حق است که در برابر آن تکلیف مقرر باشد و تکلیف آن است که قدرت حاکمه کشور و مرجع قضایی مکلف را ملزم به انجام تکالیف کند و این در دست توست که اسباب این الزام را فراهم آوری. وجود حق در قوانین کفایت نمی‌کند، استواری و تحقق عینی حق در گرو دلایل اثبات حق برعهده وکیل دادگستری است، یعنی حق پایدار است به وجود تلاش وکیل دادگستری و اثبات آن با دلایلی که وکیل آن را ارزیابی و در موضع به موقع خود به مرجع قضایی ارائه می‌کند و این بالاترین و با ارزش‌ترین نقش وکیل دادگستری است و تو باید در طی دوره کارآموزی فراگیری که برای اثبات هر عمل حقوقی و یا وقایع حقوقی چه دلایلی باید بررسی، ارائه و چگونه باید به مقام قضایی تقدیم گردد. تفاوت کارآموزانی که به مدت طولانی در کانون‌های وکلای دادگستری نزد وکلای عالم و کارآموزده تربیت شده‌اند با آنان که در مدتی اندک اختیار حقوق مردم را به دست می‌گیرند بسیار است. علم و کالت و دفاع به گونه‌ای است که با اندک کارآموزی حاصل نمی‌شود. وکیل دادگستری حتی اگر سال‌های طولانی کسب علم و تجربه کرده باشد، بداند تا پایان عمر و حتی در لحظاتی که در بستر عزیمت به دارالبقاء است، کارآموز است و کارآموزی هیچ‌گاه پایان نمی‌پذیرد. روابط حقوقی و تحولات و تبدلات زندگی به قدری وسیع و گسترده است که آن‌چه می‌دانیم در برابر آن‌چه باید بدانیم بسیار اندک است. پس

هیچ‌گاه از افزودن به علم خود و تلاش در راه کسب تجارب حقوقی متوقف نباید شد. آیا سختی این تلاش را می‌پذیری؟

از نخستین روزی که کارآموزی را آغاز می‌کنی، همواره دفتری پر برگ همراه داشته باش. هر سخن و مسأله حقوقی را که شنیدی در آن ثبت کن و پاسخ و کلای با تجربه را در مقابل آن. آن‌گاه با مراجعه به قوانین و عالمان حقوق و کتب اساتید صحت پاسخ را بررسی و در خاتمه نظر خود را برخاسته از مطالعه و مباحث حقوقی بنویس. در پایان کارآموزی این دفتر به کتابی ارزشمند تبدیل می‌شود که علاوه بر حفظ خاطرات شیرین این ایام، مستندی علمی و عملی خواهد شد که همواره تو را در توفیق در مراحل بعدی یاری می‌کند. تفکر در پدیده‌های حقوقی و یافتن مبانی علمی برای اعمال و وقایع عینی، ذهن وکیل را صیقل می‌دهد. ذهن توان حفظ همه آن‌چه را اندیشیده‌ای ندارد. مفاهیم حل مسائل گوناگون فرارند، صفحاتی چند از آن دفتر را نیز به یافته‌های ذهنی خود اختصاص بده. این دفتر به‌عنوان سرمایه‌ای غنی ترا به آموختن بیشتر و آندوختن تجارب فزون‌تر ترغیب می‌کند و به ارزش تو می‌افزاید. میزان سنجش شخصیت وکیل علاوه بر شجاعت و تقوی، مهارت حاصل از علم و تجربه است و این شخصیت از نخستین روزهای کارآموزی آغاز می‌شود. این فرصت گرانبها را از دست مده تا همواره تمامی سخنان تو به زیور استدلال آراسته شود، همان‌گونه که باید آراء قضات، به استدلال، زینت یابند. قضاوت و وکالت بی‌استدلال، بی‌ارزش و بی‌حجت است، گرچه بر سیل اتفاق سخنی راست و عقیده‌ای درست باشد.

استدلال به مدافعات وکیل و آراء قضات بها می‌دهد. همه تابع قانونند و مجری قانون، دفاع فاقد استدلال بی‌بهره است و قضای بی‌استدلال به استبداد می‌ماند. اگر از قاضی ناگزیر بپذیرند از وکیل نمی‌پذیرند. قاضی در مسند است و تو در مدخل. قاضی از آراستگی اقتدار قضایی برخوردار است و تو فاقد هرگونه اقتدار. اقتدار وکیل در گرو علم و تجربه اوست که با زبان استدلال این اقتدار معنوی را می‌توان تحصیل کرد. اقتداری ماندگار که سلب آن از تو ممکن نباشد.

با آموخته‌های ارزشمندی که در ایام کارآموزی وکالت با تلاش و سختی فراهم آورده‌ای، توانستی به سهولت از مرز اختیار کارآموزی با موفقیت کامل عبور کنی. در انتظار مراسم تحلیف روزشماری می‌کنی تا قامت استوار خود را به کسوت وکالت پایه یک دادگستری بیاری. پس از این سوگند است که پروانه ورود واقعی به جامعه وکالت از جانب همکاران تو که مدیریت کانون را بر عهده دارند به تو اعطاء می‌شود.

در سوگند نیز سخن بسیار است. مبدا آن را جزئی از تشریفات ظاهری اخذ پروانه وکالت قلمداد کنی. مشاغل معنوی که وکالت دادگستری نیز در زمره این مشاغل است اگر در بیرون نظارتی ناقص بر آن قابل اعمال باشد، ولی بر درون وکیل دادگستری، هیچ تدبیر و وسیله‌ای نمی‌توان نظارت کرد. انسان با تمامی پیشرفت‌های علمی هنوز وسیله و راهی نیافته که بتواند درون انسان‌ها را تحت مراقبت خویش قرار دهد. در این باره در آینده عریضی تقدیم خواهیم کرد. ■



یادداشت (یک سوال) به قلم استاد ارجمند، جناب دکتر تقی خانی در شماره ۳۴ خبرنامه، حاوی نکات جالبی بود. ایشان ضمن تشریح مفهوم (ضرورت) به «ناگزیر» و «ناعلاج» در اصول ۸۲ و ۸۵ قانون اساسی، این پرسش را مطرح کرده‌اند، آیا مجلس شورای اسلامی می‌تواند به بهانه «مفصل بودن لایحه» یا به این بهانه که «صلاح نیست برخی مجازات‌ها در صحن عمومی مجلس مطرح شود» اختیار وضع قانون مجازات اسلامی را به کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس واگذار کند؟ به سخن دیگر پرسش ایشان این است که چنین بهانه‌هایی مصداق «موارد ضروری» یعنی موارد نادر، استثنایی، فوق‌العاده و غیر معمول نظیر جنگ، اشغال نظامی کشور، آشفته‌گی شدید اوضاع اجتماعی یا بحران‌های حاد دیگر به شمار می‌آید؟ بدون تردید آنچه در این یادداشت مورد نقد قرار گرفته در راستای بیان یکی از چالش‌های مزمن و مستمر عرضه حقوق و قضاست. زیرا در سال‌ها و بلکه دهه‌های اخیر تفویض اختیار تصویب لوایح قضایی مهم (همچون قانون مجازات اسلامی یا آیین دادرسی کیفری) به کمیسیون داخلی مجلس و تمدید مکرر این قوانین آزمایشی به روالی عادی بدل گشته است. پرسش این است مقرراتی که در رابطه با تعیین اعمال ممنوع و درخور مجازات تا حد سلب حیات از انسان‌هاست و همین‌طور قوانینی که هدف از وضع آن ایجاد امنیت و آرامش در جامعه یا دفاع از منافع جامعه و متهم و جلوگیری از برخوردهای خودسرانه با بزهکار و یا ناکرده جرم می‌باشد چرا نباید در اولویت کاری یا بررسی صحن عمومی مجلس قرار گیرد؟

آیا مجلسیان محترم که برای بررسی یک تبصره از لایحه بودجه یا شرایط داوطلبان نمایندگی در مجلس و یا ریاست جمهوری ساعت‌ها و روزها وقت صرف می‌کنند اما تصویب لایحه قانون مجازات اسلامی را، آن هم بعد از ۱۷ سال اجرای آزمایشی در صحن عمومی مجلس مقروّب به مصلحت نمی‌دانند؟! آیا چالش مربوط به مسائل مهم جزایی چون سن مسؤلیت کیفری و اعدام کودکان زیر ۱۸ سال در ایران، تجویز قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن، وجود مجازات سنگسار، فرزندکشی، نابرابری در مقدار دبه زن و مرد و ده‌ها مورد مطرح در مقررات جزایی و آیین دادرسی کیفری، توجه کافی برای بررسی و تصویب جزئیات این‌گونه لوایح در صحن عمومی مجلس نمی‌باشد؟

یک بررسی اجمالی توسط هیأتی از نخبگان مجرب حقوقی و قضایی می‌تواند موارد زیر را روشن نماید:

* وکیل دادگستری - ارومیه

۱- در سال‌های اخیر، اداره حقوقی قوه قضاییه، هیأت عمومی دیوان عالی کشور و نشست‌های قضایی چه تعداد نظرات مشورتی، آراء وحدت رویه و نظریه‌های قضایی و در زمینه کدام مسائل مبتلابه و مورد اختلاف در محاکم و رویه قضایی اعلام داشته‌اند؟ به بیان دیگر چند درصد از این نظرات و آراء در زمینه مسائل کیفری به ویژه آیین دادرسی کیفری می‌باشد؟ آیا وجود این همه نظر و رأی، دلیل اختلاف برداشت از مقررات مجمل و نارسا موضوعه نبوده و آیا ضرورت بازنگری و تصویب به موقع لوایح قضایی را با دقت بیشتر و به شرط اخذ نظرات کارشناسی از سرمایه‌های حقوقی کشور در صحن عمومی مجلس توجیه‌پذیر نمی‌نماید؟

۲- آمار آراء منقوض در شعب تجدیدنظر، دیوان عالی کشور و شعب تشخیص در مقاطع زمانی معین عمدتاً مربوط به کدام مسائل کیفری و مورد اختلاف است؟ آیا تشکیل این همه پرونده و رفت و برگشت آن‌ها سواى اتلاف اوقات مردم و قضاوت و تحمیل هزینه‌های سنگین به درگیران در پرونده‌ها و بیت‌المال از علل اطاله دادرسی و یا ناکارآمدی دستگاه قضایی محسوب نمی‌شود؟ البته در این بررسی درصداً ضعف علمی قضاوت صادرکننده رأی به عنوان علل مضاعف در کاربرد قوانین نارسا و مجمل نیز تا حدودی مشخص می‌شود.

۳- تعلل دولت در ارسال به موقع لوایح قضایی به مجلس، معطلی تصویب این لوایح در مجلس و یا تصویب غیر کارشناسانه برخی از این لوایح در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس (به عنوان مثال قانون شوراهای حل اختلاف-م.ک.ب: قانون خلاف صلاحیت و اصول دادرسی از نگارنده در شماره ۳۳ همین خبرنامه) تا چه حد است و این گونه رویکرد تقنینی چه تأثیر سویی در کارکردهای قضایی داشته و چگونه اسباب تأخیر در اصلاحات قضایی را فراهم می‌نماید. به عنوان نمونه، مدتی است دغدغه جمعی از فعالان اجتماعی و حقوقی در زمینه اعدام کودکان زیر ۱۸ سال و بازتاب منفی آن در عرصه بین‌المللی فراگیر شده به نحوی که برخی از فقها نیز نگرانی خود را در این رابطه اعلام داشته‌اند و ابراز عقیده نموده‌اند «روشنگری و تبیین ضمیر روشن اسلام به جهانیان تنها با تجدیدنظر در برخی از قوانین غیرعبادی و به روز کردن این قوانین عملی است»- (م.ک.ب: محمدتقی فاضل میبدی، عرف زمان و تغییر حکم غیرعبادی، روزنامه اعتماد ملی ۸۸/۲/۸). اما با وجود این که در بهمن ماه سال ۸۳ لایحه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان از سوی قوه قضاییه تقدیم دولت شده و سپس دولت آن را به مجلس هفتم ارائه کرده است این لایحه مهم بعد از تصویب کلیات آن در مرداد ۸۵، هنوز از طرف کمیسیون به صحن عمومی مجلس اعاده نشده است و قطعاً سؤالاتی از این دست فراوان است. اما سؤال اصلی این است که آیا تعیین هیأتی از کارشناسان (آن هم از نخبگان حقوقی و قضایی) امکان عملی دارد و به فرض عملی شدن و اعلام نتیجه، به این نتایج بهایی داده می‌شود؟! ■

رویکرد تفسیری رونالد دورکین به قانون

دکتر شهرام کیوانشر*

رونالد دورکین را شاید بتوان با نفوذترین نظریه‌پرداز حقوقی انگلیسی زبان امروز شناخت. طی سی سال گذشته او یک جایگزین جذاب برای پوزیتیویسم حقوقی ساخته و پرداخته است. اگر چه نظریه او شباهت بسیار کمی با تئوری‌های حقوق طبیعی سنتی دارد، اما دورکین گه‌گاه رهیافت خود را یک نظریه حقوق طبیعی نامیده است.¹

دورکین در نوشته‌های متقدم خود (حق‌ها را جدی بگیریم- ۱۹۶۸م)² نسخه ویژه‌ای از پوزیتیویسم حقوقی را به نقد کشیده، نظری که حقوق را مساوی با قانون می‌گیرد و به قضات حق می‌دهد در صورت نبود قانون از بصیرت قضایی خود برای تصمیم‌گیری استفاده کنند. او دیدگاهی متفاوت پیش می‌نهد، نظریه‌ای که مطابق آن، منابع حقوقی موجود برای حل اختلاف، متنوع و گوناگون‌اند و به قانون محدود نمی‌شوند و تشخیص حکم قانون فعلی ماهرانه‌تر است.³

دورکین استدلال می‌کند که نظام‌های حقوقی علاوه بر قواعد، دربردارنده اصولی نیز هستند. اصول حقوقی، همانند قوانین به شبهه «همه یا هیچ» عمل نمی‌کنند، آن‌ها این استعداد را دارند که قضاوت را به نتایج متفاوتی هدایت کنند. اصول حقوقی مورد نظر دورکین گزاره‌هایی با محتوای اخلاقی‌اند که به اقدامات رسمی پیشین (برای مثال، متون قانونی، تصمیمات قضایی، یا نهادهای حقوقی) تکیه دارند. در این نظریه هنوز نوعی تفکیک میان حقوق و اخلاق وجود دارد، چرا که از قضات خواسته می‌شود نه بر پایه اصول اخلاقی بلکه با مراجعه به مجموعه‌ای از اصول حقوقی با یکدیگر متفاوت و چه بسا متضاد تصمیم بگیرند، اصولی که به صورت صریح یا ضمنی از مجاری رسمی عبور کرده‌اند.⁴

دورکین برای اثبات وجود چنین اصولی به رویه‌های قضایی استناد می‌کند، او این اصول را بخشی از سیستم حقوقی می‌داند که محاکم به تناسب مورد، ملزم به رعایت آن‌ها هستند. دورکین نشان می‌دهد که چگونه قضات تصمیم‌های مخالف قانون اتخاذ می‌کنند و تصمیم خود را به «معنای واقعی»⁵ یا «روح»⁶ قانون نسبت می‌دهند. او همچنین به آرای اشاره می‌کند که به نحوی قانون را تعدیل، یا مواردی را از شمول آن استثناء کرده‌اند یا به کلی قانون را نادیده گرفته‌اند و این اقدامات را با استناد به برخی اصول توجیه نموده‌اند.⁷

* وکیل دادگستری- تهران.

1- نگارنده خود به نظریه‌ای تفسیری میانه‌آن‌چه دورکین پیشنهاد کرده است و نظریه تفسیری مورد نظر مکب پراگماتیسم تمایل دارد. در باره تفسیر قانون از منظر پراگماتیسم حقوقی در فرصت بعدی سخن خواهیم گفت.

2-Taking Rights Seriously (1978).

3-Mcleod Ian, Legal Theory, Marise Cremona (ed.), UK: Palgrave Macmillan, 3rd edn, p.123, 2005.

4-Dworkin Ronald, The Model of Rules, Dennis Patterson (ed.), Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, 2003, (3), 46 - 65, pp. 51 - 52.

5-Real meaning.

6-True spirit.

7-Ibid., pp. 53 - 55.

اگرچه رهیافت دورکین با افزودن اصول حقوقی به منابع حقوق مشکلی خلاءهای قانونی را کمابیش برطرف می‌کند اما پرسشی دیگر را برمی‌انگیزد: جایی که اصول حقوقی متفاوت، رسیدگی را به نتایج مختلفی هدایت می‌کنند قاضی چگونه باید تصمیم بگیرد؟ به عقیده دورکین، قضات باید طیفی از پاسخ‌های حقوقی مسأله را در نظر آورند و راه‌حلی را که به اندازه کافی با اعمال رسمی گذشته (شامل قوانین، رویه‌های قضایی و نهادهای حقوقی) متناسب نیست از لیست خود حذف کنند، سپس از بین موارد باقیمانده، راه‌حلی را که از لحاظ اخلاقی بهترین است، انتخاب نمایند. این مرحله آخر از تصمیم‌گیری قضایی است که موجب می‌شود اخلاق نقشی مرکزی در نظریه دورکین پیدا کند.

دورکین در نوشته‌های بعدی و متأخر خود (*امپراتوری حقوقی* - 1978 م.)⁸ نظریه دیگری پیش نهاد و آن را «رهیافت تفسیری»⁹ به حقوق نامید. هرچند او درباره ارتباط میان کارهای اخیر و نوشته‌های قبلی خود کم‌سخن گفته است ولی کارهای اخیر او را می‌توان نوعی بازگویی نوشته‌های پیشین دانست که از درون تحلیل‌های فلسفی دقیق‌تر و پرنقش‌تر عرضه شده‌اند. او استدلال می‌کند که هر تصمیم قضایی یک قضاوت تفسیری¹⁰ است و بنابراین از عناصر پسینی و پیش‌رو ترکیب یافته.¹¹

به عقیده دورکین، بهترین شیوه فهم قانون «تفسیر سازنده»¹² است. او در کارهای ادبی و هنری نیز «تفسیر سازنده» را روشی مناسب می‌شناسد و در نوشته‌های خود بارها نقش قاضی را با شیوه کار یک منتقد ادبی مقایسه نموده است.¹³ (استفاده از تفسیر سازنده در هنر و ادبیات و تلقی تفسیر حقوقی به عنوان امری مشابه تفسیر ادبی یا هنری ادعاهایی به شدت بحث‌انگیز و اختلافی‌اند).

تفسیر سازنده را می‌توان به تصور صورت‌های فلکی در آسمان با روش‌های ریاضی مدرنی تشبیه کرد که نقاط روی یک منحنی را با توجه به موقعیتی که روی منحنی و نسبت به سایر نقاط آن دارند مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهند. تفسیر سازنده هم به موضوع تفسیر «فرم» می‌بخشد (به این معنا که برخلاف عقیده فرمالیست‌ها «موضوع» خود به خود و بلافاصله «فرم» را به مفسر القا نمی‌کند) و هم از «موضوع»، «شکل» می‌پذیرد (به این معنا که مفسر تحت تأثیر موضوع تفسیر است و در تحمیل «شکل» انتخابی خود به «موضوع» آزاد نیست).

دورکین همچنین در نظریه خود بر «انسجام»¹⁴ تأکید ورزیده است. او استدلال می‌کند: قضات باید به طریقی تصمیم بگیرند که بر انسجام حقوق افزوده شود و تفسیری را ترجیح دهند که قانون را محصول یک دیدگاه اخلاقی واحد نشان دهد. از منظر دورکین اقدامات پیشین مقامات رسمی (شامل رویه قضایی، استدلال‌های حقوقی و قوانین مصوب) اطلاعاتی‌اند که باید توضیح داده شوند. در بعضی حوزه‌ها ارائه توضیح درست به آسانی امکان‌پذیر است. در این موارد پاسخ به این دلیل آسان به نظر می‌رسد که در میان نظریه‌های مختلف فقط یک نظریه

8-Law's Empire (1968).

9-Interpretive approach.

10-Interpretive judgment.

11-Dworkin Ronald, Law as Interpretation, Dennis Patterson (ed.), Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, 2003. (14), 374 - 388, p.375.

12-Constructive interpretation.

13-See Ibid. . pp. 376 - 385.

14-Integrity.

تناسب کافی از خود نشان می‌دهد. اما اغلب با تئوری‌هایی مواجهیم که هر کدام با برخورداری از تناسب کافی، قابلیت جایگزینی نسبت به یکدیگر دارند. در میان این تئوری‌ها، برخی از لحاظ تناسب با نظام حقوقی امتیاز بالاتری کسب می‌کنند و برخی دیگر از نظر ارزش‌های اخلاقی بهتراند. هنگام هم‌سنجی نظریه‌های مختلف و جایگزین، مقایسه میزان تناسب یک تئوری با نظام حقوقی و مقدار ارزش اخلاقی آن، خود یک مسأله تفسیری است و کیفیت این ارزیابی در یک حوزه از حقوق نسبت به حوزه دیگر متفاوت است (برای مثال در حوزه حقوق اموال و مالکیت، تناسب یک تصمیم با نظام حقوقی، از جهت حفظ ثبات و استحکام معاملات، مهم‌تر از ارزش اخلاقی آن تصمیم است و برعکس در مسائل مربوط به آزادی‌های مدنی، معمولاً ارزش اخلاقی یک تصمیم بسیار مهم‌تر از تناسب آن با نظام حقوقی به نظر می‌رسد). تحول تئوری‌های حقوقی نیز به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در تصمیم‌گیری‌های قضایی سهم بزرگی دارد، تحولانی نظری مثلاً درباره «هدف حقوق»، یا پذیرش تئوری‌های جدید درباره محتوای یک حوزه حقوقی.^{۱۵}

دورکین در آثار خود (اعم از نوشته‌های متقدم و متأخر) تلاش کرده است نشان دهد که نمی‌توان در چارچوب بوزیتویسم حقوقی جنبه‌های مختلف تصمیم‌گیری قضایی را به آسانی توضیح داد. پاسخ کلیشه‌ای منتقدین دورکین به عقاید او این است که: قضات و نظریه‌پردازان حقوقی نباید به قانون از پشت شیشه‌های رنگی نگاه کنند، قانون را باید همان‌گونه که هست توصیف کرد. دفاع دورکین در برابر این انتقاد را باید کلید فهم عقاید او دانست. به نظر دورکین، هیچ توصیف ساده‌ای از «قانون آن‌گونه که هست» وجود ندارد؛ به عبارت روشن‌تر، توصیف «قانون آن‌گونه که هست»، مستلزم درگیر شدن در یک فرایند تفسیری است.^{۱۶}

دورکین را می‌توان یک نظریه‌پرداز حقوق طبیعی به مفهوم مدرن آن دانست، چرا که او نیز میان حقوق و اخلاق تمایز مفهومی قائل نیست و محاسبات اخلاقی را برای توصیف و فهم قانون ضروری می‌شناسد؛ به بیان دیگر، از نظر دورکین فهم و توصیف درست قانون بدون محاسبات اخلاقی امکان ندارد.^{۱۷} ■

[5- Ibid., p.387.

[6- See Bix Brian H., Natural Law: the Modern Tradition ..., op.cit., pp. 82 – 84.

۱۷- نوشته‌های استاد دکتر ناصر کاتوزیان، نشان می‌دهد که ایشان در حوزه قضاوت و تفسیر قانون رویکردی مشابه دارند و به بیان درست‌تر می‌تواند مروج عقیده‌ای مشابه در نظام حقوقی ایران بوده‌اند. به عنوان نمونه، استاد در پیشگفتار چاپ دوم جلد نخست کتاب خانواده می‌نویسد: «... مالیاتی دراز است که قانع شده‌ام وجدان دادرس باید در اجراء و تفسیر قوانین جای شایسته‌ای داشته باشد و پای چوبین استدلال و اطاعت از قوانین دولتی، دست و پای دادرس را به‌طور کامل نبندد. تنها در این فرض است که قانون نیز جان می‌گیرد و با اخلاق و رسوم اجتماعی حرکت می‌کند. دیگر واژه‌های بی‌روح بر صفحه کاغذ یا امر حکومت نیست؛ شمشیر برآن عدالت و مرحم انصاف است؛ یا نیازها همگام و با آرمان‌ها همسو است. سعی من بر این است که قوانین را محترم شمارم و نظم را نگاه دارم، ولی این شکیبایی نیز برای خود حس می‌دارم. همین که با ستمی آشکار روبرو شوم، در پشت سدهای شهرت و رسم و رویه قضایی و صنایع ادبی و منطقی فرو نمی‌مانم. با هر وسیله که علم حقوق در اختیارم نهاده است برآن قاعده می‌کوبم تا از رونق و جلا بیفتد. اگر بتوانم از آن می‌گذرم و اگر چندان صریح باشد که وامانم، سرافرازم که با ظلم در افتاده‌ام. آسودگیم آن‌جاست که خیاری بر چهره عدالت نبینم...». کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: خانواده، ج ۱، ج ۲، تهران، بهنشر، ۱۳۶۸، ص. ۵۷.

منع به کارگیری رفتار و مجازات رنج آور، غیر انسانی و تحقیر آمیز به عنوان حق بنیادین و مطلق بشر

احمد نصر اصفهانی*

کرامت ذاتی انسان^۱

یکی از اصول پایه در نظام بین الملل حقوق بشر، ارزشمند بودن کرامت و منزلت انسان است. منزلت و کرامتی که ذاتی و غیر اکتسابی است. این اصل در مقدمه کلیه اسناد بین المللی حقوق بشری با صراحت مورد تأکید و اشاره قرار گرفته و یکی از اهداف تنظیم چنین اسنادی پاسداشت این منزلت بیان شده است. این اصل بنیادین از دیرباز همواره از سوی مصلحتان، اندیشمندان و نیک اندیشان جوامع فرا یاد آورده شده و در سده های اخیر لزوم احترام به این اصل و رعایت آن از جمله مبانی شکل گیری ایده حق های بشری بوده است. در قرن گذشته و به دنبال کشتار و نابودی میلیون ها انسان در جریان دو جنگ جهانی، که با انگیزه هایی عمدتاً ایدئولوژیک و نژادپرستانه روی دادند، ضرورت ایجاد نظامی بین المللی جهت صیانت از حقوق بشر و آزادی های اساسی مطرح گردید و در نهایت نظام بین الملل حقوق بشر از ورای آن تولد و تحقق یافت.

امروزه به آن دسته از حقوق و آزادی های بشری که برای حمایت و صیانت از کرامت و حیثیت انسانی ضروری می باشند، «حقوق بنیادین»^۲ اطلاق می شود. این دسته از حقوق جنبه جهانی و فرا فرهنگی دارند. از جمله این حقوق بنیادین می توان حق بر منع شکنجه و ممنوعیت استفاده از رفتارها و مجازات های رنج آور، غیر انسانی و تحقیر آمیز، آزادی عقیده، آزادی بیان، حق بر مالکیت و حق بر مشارکت در اداره امور عمومی را بر شمرد.^۳

از سوی دیگر یکی از مفاهیمی که در نظام بین الملل حقوق بشر مطرح می باشد مفهوم «حق مطلق»^۴ است. مطلق بودن در این جا به معنای غیر قابل «معلق سازی»^۵ و غیر قابل «محدود سازی»^۶ است. در نظام بین الملل حقوق بشر، برخی از حقوق بنیادین بشر واجد خصصت مطلق نیز می باشند

* وکیل دادگستری - اصفهان.

1- Human Inherent Dignity.

2- Fundamental rights.

3- General Comment No.20 . Adopted by the human rights committee. para:2.

4- Absolute Right.

5- معلق سازی یا Derogation به فرایندی گفته می شود که به موجب آن در صورت به وجود آمدن یک حالت اضطرار عمومی مثل سیل، زلزله، جنگ و یا خطر حملات تروریستی، دولت می تواند در صورت ضرورت موقتاً اجرای برخی از حقوق بشر را معلق سازد. برای مثال در صورت وقوع یک جنگ دولت می تواند آزادی رفت و آمد به آن منطقه را تا اطلاع ثانوی، ممنوع سازد. بنگرید به ماده ۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی.

6- محدود سازی یا Limitation به فرایندی اطلاق می شود که به موجب آن دولت می تواند با رعایت اصل ضرورت و تناسب در چارچوب یک روند دموکراتیک با وضع قانون و به دلایلی همچون رعایت حقوق و آزادی های اشخاص، امنیت عمومی، امنیت منی، بهداشت عمومی، اخلاق عمومی و نظم عمومی، محدودیت هایی را در زمینه اجرا و اعمال برخی از حقوق بشر بر قرار سازد. از جمله بنگرید به ماده ۱۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی.

که از آن جمله عبارتند از: آزادی عقیده، آزادی وجدان و مذهب، حق بر منع شکنجه و حق بر منع بکارگیری رفتارها و مجازات‌های رنج‌آور، غیر انسانی و موهن. این دسته از حقوق بشر را به هیچ عنوان نمی‌توان به استناد وجود وضعیت اضطرار عمومی و یا بر مبنای مصلحت عموم با حقوق و آزادی‌های دیگران، معلق ساخته یا با محدودیت مواجه ساخت.^۷ این دسته از حقوق، حق‌هایی بنیادین و مطلق می‌باشند.

در ادامه تلاش می‌شود تا «ممنوعیت بکارگیری رفتار و مجازات رنج‌آور»، غیر انسانی^۸ و تحقیرآمیز^۹ را به عنوان یکی از حقوق بنیادین و مطلق بشر مورد بررسی و واکاوی قرار دهیم.

جایگاه این حق در نظام بین الملل حقوق بشر

ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه و یا رفتارها و مجازات‌های رنج‌آور، غیر انسانی یا تحقیرآمیز قرار داد. مخصوصاً قراردادن یک شخص تحت آزمایش‌های پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه او ممنوع می‌باشد.»^{۱۰}

این ماده سه حق بنیادین را مورد اشاره قرار می‌دهد که لازمه احترام به کرامت ذاتی انسان می‌باشند: (۱) حق بر منع شکنجه، (۲) حق بر ممنوعیت به کارگیری رفتار و مجازات رنج‌آور، غیر انسانی و تحقیرآمیز، (۳) حق بر ممنوعیت انجام آزمایش‌های پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه فرد.

هر سه حق مذکور وفق بند ۲ ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بند ۳ نظریه عمومی شماره ۲۰ کمیته حقوق بشر در زمره حقوق مطلق شمرده شده‌اند. مقررات این ماده قبل از این در ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز پیش بینی شده و در سال ۱۹۷۵ در قالب اعلامیه «حمایت از کلیه اشخاص در مقابل شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های رنج‌آور، غیر انسانی و تحقیرآمیز» و سپس در سال ۱۹۸۴ در قالب یک سند جداگانه تحت عنوان «کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های رنج‌آور، غیر انسانی و تحقیرآمیز» به تفصیل مورد تأکید خاص قرار گرفته است. در ادامه به ابعاد مختلف ممنوعیت بکارگیری رفتارها و مجازات‌های رنج‌آور، غیر انسانی و تحقیرآمیز پرداخته خواهد شد.

مقررات یادشده اصولاً تعریف مشخصی از مفاهیم مطرح در این حق به دست نمی‌دهند، لیکن با گذری بر نظریه‌های عمومی و اظهارنظرها و ابراز عقیده‌های کمیته حقوق بشر، جنبه‌های

7- General Comment No.20 . Adopted by the human rights committee. para:3, see also: General Comment No.10. para:1.

8- Cruel.

9- Inhuman.

10- Degrading.

۱۱- دولت ایران در سال ۱۳۵۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را بدون هیچ گونه قید و شرطی به تصویب رسانده و از نظر بین‌المللی متعهد به رعایت مفاد این سند الزام‌آور گردیده است. این سند بین‌المللی با توجه به ماده ۹ قانون مدنی و تصویب توسط مجلس، در شمار قوانین لازم‌الانطباق داخلی است و کلیه دادگاهها و مراجع دولتی و عمومی موظف به رعایت آن می‌باشند.

مختلف مفاهیم به کار برده شده در این حق قایل درک و دریافت خواهد بود.^{۱۲} در این راستا از نظر کمیته حقوق بشر، تعیین رنج آور، غیر انسانی و تحقیر آمیز بودن یک رفتار، وابسته با موضوع و اسواول خاص هر مورد است که در این رابطه می‌بایست عواملی همچون تداوم رفتار، روش رفتار، آثار جسمانی و روانی، جنسیت، سن و وضع سلامتی قربانی مورد لحاظ قرار گیرند.^{۱۳} لازم به توضیح است که رفتارها و مجازات‌های رنج آور، غیر انسانی و تحقیر آمیز، اغلب در جریان بازجویی‌های مقدساتی جرایم و اجرای احکام نمود می‌یابند، لیکن این به آن معنا نیست که چنین رفتارهایی منحصر به مراحل بازجویی و اجرای احکام باشد، بلکه در هر حوزه‌ای اعم از عمومی و یا خصوصی می‌توانند ارتکاب یابند.

الف) رفتار رنج آور و غیر انسانی^{۱۴}

این دو گونه رفتار عمدتاً در کنار هم و به‌طور هم‌زمان مطرح می‌شوند. نه‌اینکه خاصی میان آن دو وجود ندارد. رفتاری که رنج آور است، غیر انسانی نیز می‌باشد و رفتار غیر انسانی متضمن حداقلی از درد و رنج (اعم از جسمی یا روحی) است. با این حال شایان توجه است که این دو گونه رفتار از «شکنجه»^{۱۵} متفاوت‌اند. به تعبیر دیگر به رفتاری که فاقد عناصر اساسی تشکیل دهنده شکنجه (از قبیل شدید بودن درد و رنج) باشد، رفتار رنج آور و غیر انسانی اطلاق می‌شود.^{۱۶}

کمیته حقوق بشر در جریان رسیدگی به برخی شکایات طرح شده در آن کمیته، مصادیقی از رفتار رنج آور و غیر انسانی را ذکر نموده است که نمونه‌هایی از آن به شرح زیر می‌باشند:

- در پرونده (Inton) علیه جامائیکا (۲۵۵/۸۷): قربانی در معرض یک اعدام سختی قرار داده شده و ضمن مضروب شدن مراقبت‌های پزشکی مناسب از وی سلب شده است.
- در پرونده (rojas garcia) علیه کلمبیا (۶۸۷/۹۶): قربانی به همراه خانواده‌اش در جریان یک بازرسی منزل از سوی مأموران پلیس مورد فحاشی و تهدید قرار گرفته و در ضمن

۱۲- نظریه‌ها و اظهارنظرهای کمیته حقوق بشر، توصیه‌های راه‌گشایی هستند که در صورت وجود حسن نیت و عزم جدی یک دولت به رعایت حقوق بشر، می‌توانند ابهامات و کاستی‌های موجود در زمینه اجرای مفاد میثاق را برطرف سازند.

13- Sarah Joseph, Jenny Schults and Melissa Castan. International covenant on civil and political rights. oxford university press. first published 2000. page: 211.

14- Cruel & Inhuman treatment.

۱۵- ماده ۱ کنوانسیون منع شکنجه... مصوب ۱۹۸۴: «... شکنجه هرگونه فعلی عمدی است که از طریق آن درد یا رنج شدید، اعم از جسمانی یا روانی، بر یک شخص توسط یک مأمور رسمی یا تحت نظارت وی یا با رضایت یا سکوت وی در محدوده صلاحیت رسمی‌اش وارد گردد، به منظور نیل به اعدائی همچون کسب اطلاعات یا اخذ اقرار از قربانی یا شخص ثالث، تئیه قربانی برای عملی که وی یا شخص ثالث مرتکب شده یا منظور به ارتکاب آن است، مضروب نمودن یا تحت فشار گذاردن قربانی یا شخص ثالث، اعمال تبعیض از هر نوعی...».

16- Katie Mitchell, Sarah Joseph & Linda Gyorki, Carin Benninger-Budel. a handbook on the individual complaint procedures of the UN treaty bodies. Part3, Page:160. available on: http://www.omct.org/pdf/UNTB/2006/handbook_series/vol4/eng/

بازرسی برای ارباب ایشان گلوله‌ای نیز شلیک شده و در نهایت مجبور به امضای صورتجلسه‌ای شده‌اند که حتی اجازه خواندن آن را نیز نیافته‌اند.

- در پرونده (deidriek) علیه جامائیکا (۶۱۹/۹۵): قربانی در هر روز برای مدت ۲۳ ساعت در یک سلول حبس بوده بدون این که امکاناتی از قبیل تشک یا رختخواب، وسایل کامل بهداشتی، روشنائی طبیعی، غذای مناسب و مراقبت‌های پزشکی کافی داشته باشد.
 - در پرونده (hylton) علیه جامائیکا (۴۰۷/۹۰): قربانی توسط نگهبانان زندان کتک خورده و به مرگ تهدید شده است.
 - در پرونده (bailey) علیه جامائیکا (۳۳۴/۸۸): قربانی مکرراً با اسلحه و لوله و باتون‌های آهنی مضروب شده و مراقبت‌های پزشکی از وی سلب شده است.
- مواردی که ذکر شد صرفاً مصادیقی از رفتار رنج‌آور و غیر انسانی است که عمدتاً در دوران بازداشت یا حبس ممکن است بر برخی افراد تحمیل گردد.

ب) رفتار تحقیرآمیز و موهن^{۱۷}

برای تحقق این گونه رفتار نیاز به کمترین حد از درد و رنج می‌باشد و جایی مطرح می‌شود که یک رفتار موجب خواری، تحقیر و سرافکندگی یک فرد گردد. البته باید توجه داشت که رفتاری که در یک اوضاع و احوال می‌تواند تحقیرآمیز باشد ممکن است در اوضاع و احوال دیگر تحقیرآمیز نباشد.^{۱۸}

کمیته حقوق بشر در جریان رسیدگی به شکایات مطروحه در آن کمیته برخی از مصادیق رفتارهای تحقیرآمیز را ذکر نموده است:

- در پرونده (polay campos) علیه پرو (۵۷۷/۹۴): قربانی در یک قفس قرار داده شده و از طریق رسانه‌ها به نمایش گذاشته شده است.
- در پرونده (francis) علیه جامائیکا (۳۲۰/۸۸): قربانی توسط سربازان و نگهبانان زندان کتک خورده، تهدید شده، سطلی از ادرار بر سر وی ریخته شده، غذا و آب او به کف اتاق پرتاب شده و تشکش به بیرون از سلول انداخته شده است.
- در پرونده (young) علیه جامائیکا (۳۲۱/۸۸): قربانی در یک سلول خیلی کوچک زندانی شده و اجازه ملاقات با افراد انگشت شماری را داشته و از سوی نگهبانان مضروب شده و رختخوابش مکرراً از سوی مأموران زندان خیس شده است.

پ) مجازات رنج‌آور، غیر انسانی و تحقیرآمیز^{۱۹}

مجازات‌ها عموماً رفتارهایی هستند که بر اساس قوانین یک کشور حیات، آزادی و تمامیت جسمانی فرد محکوم را مورد تعرض قرار می‌دهند. از منظر حقوق بشر نکته حائز اهمیت در این خصوص این است که ماهیت مجازات‌ها و روش‌های اجرای آن‌ها همواره می‌بایست از سوی دولت‌ها به دقت کنترل شوند تا از اعمال مجازات‌های رنج‌آور، غیر انسانی و تحقیرآمیز جلوگیری شود.

17- Degrading treatment.

18- Katie Mitchell &... op cit, part 3, page:160, 161.

19- Cruel, Inhuman & Degrading punishment.

کمیته حقوق بشر در برخی نظریه‌های عمومی صادره یا ابراز عقیده‌ها در هنگام رسیدگی به شکایات و با در برخی اظهارنظرهای خود به هنگام رسیدگی به گزارش‌های دوره‌ای کشورهای عضو نکات حائز اهمیتی را در این رابطه بیان داشته که به برخی از آنها اشاره می‌گردد.

- مجازات‌های بدنی (جسمی)²⁰

به عقیده کمیته حقوق بشر از جمله مجازات‌های رنج‌آور، غیر انسانی و موهن، مجازات‌های بدنی (جسمی) هستند که از آن جمله می‌توان به تأدیب‌های شدیدی که به عنوان مجازات یک جرم یا تحت عنوان یک اقدام تربیتی یا انضباطی به کار می‌روند، اشاره نمود. در این رابطه ماده ۷ میثاق، به‌طور خاص کودکان، دانش‌آموزان و بیماران را در مراکز آموزشی و پزشکی مورد حمایت قرار می‌دهد.²¹

«شلاق»، «تنبیه بدنی» و «قطع اعضاء» از نمونه‌های بارز این قبیل مجازات‌ها می‌باشند. کمیته حقوق بشر در جریان رسیدگی به برخی شکایات صراحتاً اعمال مجازات «شلاق» را موجب نقض ماده ۷ میثاق دانسته است.²² و در اظهارنظر خود در مورد گزارش دوره‌ای جمهوری اسلامی ایران نیز مجازات شلاق را مغایر با ماده ۷ میثاق اعلام نموده است.²³ کمیته حقوق بشر همچنین در اظهارنظر دیگری در مورد گزارش دوره‌ای کشور عراق اظهار داشته که «تنبیه بدنی» به نحوی که در شریعت اسلام بیان شده است، موجب نقض ماده ۷ میثاق می‌باشد.²⁴ این کمیته همچنین در اظهارنظر خود درخصوص گزارش دوره‌ای کشور سریلانکا کاربرد «تنبیه بدنی» در زندان‌ها و مدارس این کشور را محکوم نموده و موجب نقض ماده ۷ میثاق دانسته است.²⁵

کمیته حقوق بشر همچنین در اظهارنظر مربوط به گزارش دوره‌ای کشور یمن و همین‌طور در اظهارنظر مربوط به گزارش دوره‌ای جمهوری اسلامی ایران، مجازات «قطع اعضاء» را در زمره مجازات‌های رنج‌آور، غیر انسانی و تحقیرآمیز دانسته است.²⁶

- مجازات‌های منتهی به مرگ (سالب حیات)²⁷

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در ماده ۶ خود مجازات مرگ را با لحاظ شرایطی خاص به عنوان استثنایی بر حق حیات پذیرفته است.²⁸ هر چند این مجازات بعداً توسط دومین

20- Corporal punishment.

21- General Comment No.20. Adopted by the human rights committee. para:5.

22- *Higginson v. Jamaica* (792/98). See also: *Sooklat v. Trinidad and Tobago* (928/2000).

23- Concluding observations of the HRC, Islamic Republic of Iran,

U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.25 (1993). Para:11

24- Concluding observations of the HRC, Iraq,U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.84(1997). Para:12.

25- Concluding observations of the HRC, Sri Lanka,U.N.Doc.CCPR/CO/79/LKA(2003).

Para:11.

26. Concluding observations of the HRC, Yemen,U.N.Doc.CCPR/CO/84/YEM (2005).

Para:15, 16. see also: Concluding observations of the HRC, Islamic Republic of Iran,

U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.25 (1993). Para:11

27- Death Penalty.

28- ماده ۶: ۱- حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است. این حق باید به‌موجب قانون حمایت شود. هیچ

فردی را نمی‌توان خودسرانه از زندگی محروم کرد. ۲- در کشورهایی که مجازات اعدام لغو نشده صدور حکم

جایز نیست مگر در مورد مهم‌ترین جنایات طبق قانون لازم‌الاجرا در زمان ارتکاب جنایت که آن هم نباید با



پروتکل الحاقی به میثاق فوق، ممنوع شده است، اما بسیاری از کشورهای عضو میثاق این پروتکل دوم را به تصویب نرسانده‌اند و لذا همچنان از این مجازات در مقررات جزائی خود استفاده می‌نمایند. البته عجیب است که میثاق فوق به موجب ماده ۷ مجازات‌های بدنی را ممنوع نموده، اما مجازات اعدام را تحت شرایط خاصی وفق ماده ۶ پذیرفته است و این یک تعارض در متن این میثاق می‌باشد.^{۲۹}

با این وجود و علیرغم پذیرش مجازات اعدام از سوی میثاق، کمیته حقوق بشر (به عنوان رکن ناظر بر حسن اجرای میثاق) شرایط و ضوابط خاصی در زمینه جنبه‌های مختلف این مجازات مطرح نموده که مورد اشاره قرار می‌گیرند:

۱) شیوه‌های اعدام

کمیته حقوق بشر در نظریه عمومی شماره ۲۰ خود مقرر داشته که مجازات اعدام می‌بایست به شیوه‌ای اجرا گردد که موجب کمترین درد و رنج جسمانی یا روانی بر فرد محکوم باشد.^{۳۰} در همین راستا این کمیته در جریان رسیدگی به شکایتی علیه کانادا^{۳۱} صراحتاً اعدام از طریق «خفگی با گاز»^{۳۲} را به دلیل داشتن درد و رنج جسمانی موجب نقض ماده ۷ میثاق دانسته است.^{۳۳} البته در مقابل در جریان شکایت دیگری علیه کانادا، کمیته حقوق بشر اجرای اعدام از طریق «تزریق آمبول مورگه»^{۳۴} را یک مجازات رنج‌آور و غیر انسانی ندانسته است.

کمیته حقوق بشر همچنین در جریان اظهارنظری بر گزارش دوره‌ای کشور یمن، اجرای مجازات اعدام از طریق «سنگسار»^{۳۵} را موجب نقض ماده ۷ میثاق و یک مجازات رنج‌آور، غیر انسانی و تحقیرآمیز دانسته است.^{۳۶}

کمیته حقوق بشر همچنین در اظهار نظری بر گزارش دوره‌ای ایران، ضمن ابراز تأسف از اجرای «اعدام در ملاء عام»، از دولت ایران خواسته است تا علاوه بر کاستن از میزان اعدام‌ها و کاهش تعداد جرایمی که با مجازات اعدام روبرو می‌شوند، از اجرای اعدام در ملاء عام خودداری نماید.^{۳۷} چرا که اعدام در ملاء عام نمونه‌ای از رفتار غیر انسانی و تحقیر کننده می‌باشد.^{۳۸}

مقررات این میثاق و کنوانسیون‌ها رنج به جلوگیری و مجازات جرم‌کنشار جمعی (ژنوساید) منافات داشته باشد. اجرای این مجازات جایز نیست مگر به موجب حکم قطعی صادر از دادگاه صالح...»

29- Katie Mitchell &..., op cit, part 3, page:176.

30- General Comment No.20. Adopted by the human rights committee. Para:6.

31- N.g v. Canada (469/91).

32- Gas asphyxiation.

۳۳- در این پرونده ماحرا به این ترتیب بوده که قربانی مدعی شده در کشور خود یعنی ایالات متحده مرتکب قتل عمدی شده و لذا در صورتی که کشور کانادا او را به ایالات متحده مسترد کند، وی در سرزمین خود (ایالت کالیفرنیا) با اعدام از طریق خفگی با گاز مواجه خواهد شد. کمیته حقوق بشر در این رابطه پس از بررسی موضوع و ملاحظه ادله ارائه شده در مورد عذاب‌آور بودن خفگی با گاز سیانور به این نتیجه رسیده که چنین شیوه‌ای از اعدام متضمن درد و رنج جسمانی است و در نتیجه متضمن نقض ماده ۷ بوده و یک رفتار رنج‌آور و غیر انسانی می‌باشد. بنگرید به: Sarah Joseph &... op cit, page:230,231.

34- Death by lethal injection.

35- Stoning.

36- Concluding observations of the HRC, Yemen,U.N.Doc.CCPR/CO/84/YEM (2005).

Para:15, 16.

37- Concluding observations of the HRC, Islamic Republic of Iran,

11.N.Doc.CCPR/C/79/Add.25 (1993). Para:8 , 18.

38- Sarah Joseph &..., op cit, page: 230.

۲) پدیده محکومان در صف اعدام^{۳۹}

این اصطلاح در مورد افرادی به کار می‌رود که برای یک مدت زمان طولانی در بند محکومان به مرگ (اعدامیان) در بازداشت به سر می‌برند به نحوی که این بازداشت موجب افزایش تشویش روانی و ازدیاد تنش و فشار بر فرد در شرف اعدام گردد.^{۴۰}

در این زمینه دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده (Soering) علیه بریتانیا، پدیده محکومان در صف اعدام را ماهیتاً غیر انسانی و تحقیرآمیز دانسته است.^{۴۱} با این حال کمیته حقوق بشر از شناسایی این موضوع که چنین پدیده‌ای موجب نقض ماده ۷ میثاق می‌شود، تاکنون امتناع ورزیده است. برای نمونه در پرونده (Johnson) علیه جامائیکا^{۴۲} که به موجب آن قربانی برای حدود ۱۱ سال در بند محکومان به مرگ به سر برده، کمیته این موضوع را به خودی خود متضمن نقض ماده ۷ میثاق ندانسته است. چرا که به عقیده کمیته اولاً میثاق حقوق مدنی و سیاسی اجازه اجرای مجازات اعدام را در اوضاع و احوال خاص می‌دهد و بازداشت محکومان به مرگ نتیجه ناگزیر اعمال چنین مجازاتی است. ثانیاً کمیته حقوق بشر نمی‌تواند خواستار تنظیم مواعیدی شود که یک دولت را تشویق و ترغیب به اعمال مجازات اعدام در طی دوره زمانی خاصی بکند و یا خواستار تسریع در اجرای آن حکم شود.^{۴۳} با این وجود بنا بر نظر کمیته در صورتی که این پدیده همراه با برخی عوامل دیگر باشد، می‌تواند متضمن نقض ماده ۷ گردد. از جمله نگهداری کودکان زیر ۱۸ سال در این بند و یا بروز آسیب روانی برای محکوم حاضر در این بند. برای نمونه در پرونده (Clive Johnson) علیه جامائیکا^{۴۴}، قربانی کودکی بوده که از یک سو ضمن نقض بند ۵ ماده ۶ میثاق به اعدام محکوم شده^{۴۵} و از سوی دیگر در بند محکومان به مرگ نگهداری شده تا شرایط اعدام وی طبق قانون داخلی فراهم گردد. کمیته حقوق بشر در این خصوص اظهار داشته که این بازداشت قطعاً به مثابه یک رفتار رنج‌آور و غیر انسانی است و از این رو ماده ۷ میثاق نقض شده است.

یا برای مثال در پرونده (Chisanga) علیه جامائیکا،^{۴۶} به قربانی اعلام شده که محکومیت اعدام او به مجازات دیگری تبدیل یافته است. از این رو از بند اعدامیان به بند دیگری منتقل شده، لیکن ۲ سال بعد مجدداً به بند اعدامیان بازگردانده شده، بدون این که هیچ گونه توضیحی از سوی دولت به او داده شود. در این خصوص کمیته حقوق بشر نتیجه گرفته که چنین رفتاری یک اثر روانی منفی بر قربانی داشته و او را دچار تشویش و اضطراب و آسیب روانی ساخته و این یک رفتار رنج‌آور و غیر انسانی و موجب نقض ماده ۷ میثاق می‌باشد. ■

39- Death row phenomenon.

40- Sarah Joseph &..., op cit, page: 223

41- Katie Mitchell &..., op cit, part 3, page:178.

42- Johnson v. Jamaica (588/94)

43- Katie Mitchell &... op cit, part 3, page:178.

44- Clive Johnson v. Jamaica (592/94)

۴۵- ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «... ۵- حکم اعدام در مورد جرایم ارتكایی اشخاص کمتر از

هیجده سال صادر نمی‌شود...» ماده ۳۷ کنوانسیون حقوق کودک نیز در این خصوص بیان می‌دارد: «الف)...

مجازات اعدام و یا حبس ابد بدون امکان بخشودگی را نمی‌توان در مورد کودکان زیر ۱۸ سال اعمال کرد...»

46- Chisanga v. Jamaica (1132/2002)

بازخوانی دعوی

الزام به تنظیم سند رسمی

حسین صانعی خوانساری*

چکیده:

در ایران پس از شروع حاکمیت قانون ثبت، تاکنون دکترین حقوقی و رویه قضایی بر مالی بودن دعوی الزام به تنظیم سند رسمی مستقر گردیده است. نظریه مالی بودن این دعوا بر اثر استمرار و تکرار بسیار بدیهی به نظر می‌رسد، ظاهراً تاکنون شبهه‌ای نسبت به آن بروز و ظهور نکرده است. لیکن شاید نظریه و رویه یاد شده صحیح نباشد. و حداقل جای شک و شبهه در آن وجود دارد.

کلید واژگان:

دعوی الزام - شرط ضمن عقد - دعوی مالی - دعوی غیرمالی - شرط ابتدایی - قانون ثبت.

مقدمه:

در کتاب‌های معتبر و به اصطلاح مرجع آیین دادرسی مدنی تألیف اساتید صاحب نام و صاحب نظر، دعاوی حقوقی (مدنی) به دعاوی مالکیت و تصرف تقسیم و تعریف گردیده است. اما تقسیم و تعریف دعاوی به مالی و غیرمالی در این کتاب‌ها دیده نمی‌شود. استاد بزرگ حقوق دکتر جعفری لنگرودی در جلد سوم دانش‌نامه حقوقی در ضمن بحث راجع به دعوا، دعوی مالی و غیرمالی را مورد توجه قرار داده به تعریف و توصیف آن پرداخته‌اند. بنابر نظر ایشان، «هر دعوایی که هدف مدعی آن اولاً و بالذات طلب مال باشد آن دعوی مالی است. و هر دعوایی که هدف مدعی آن اولاً و بالذات طلب مال نباشد، دعوی غیرمالی است.»

در ادامه بحث استاد لنگرودی با استناد به بندهای ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق دعاوی تصرف عدوانی و مزاحمت و ممانعت از حق و دعوی افراز و تخلیه ید از اعیان مرهونه و مستأجره و خلع ید و... را مالی و دعوی توقف و ورشکستگی و حجر و قیمومت... را غیرمالی دانسته‌اند. از فحوی کلام آقای دکتر لنگرودی با توجه به مثال‌هایی که به عنوان

* وکیل دادگستری - تهران.

مصادیق دعوی مالی ذکر کرده‌اند، ظاهراً باید مالی شناختن این مصادیق و مثال‌ها را به اعتبار مالی بودن اعیان مقصوب یا مورد تصرف و مرهونه و مستأجره، باشد درحالی که به نظر می‌رسد مالی بودن دعوی یاد شده، نه به اعتبار اعیان، بلکه به اعتبار ارزش مالی منافع اعیان مذکور، مالی شناخته می‌شود. به همین دلیل برای جبران خسارات ناشی از غضب و تصرف عدوانی... طرح دعوی مطالبه اجرت‌المثل مرسوم و متعارف است.

بخش نخست:

الف: دعوی مالی و غیرمالی.

در قوانین، دعوی مالی و غیرمالی تعریف نگردیده است، لذا به تعریف آقای دکتر لنگرودی در این مقاله اکتفا می‌شود. و با پذیرش تعریف دعوی مالی و غیرمالی به شرحی که گذشت و با توجه به عنوان موضوع این نوشته مالی یا غیرمالی بودن دعوی الزام به تنظیم سند رسمی بیع غیرمنقول که با سند عادی صورت گرفته مورد بررسی قرار گیرد.

ب: الزام به تنظیم سند رسمی بیع مال غیرمنقول ثبت شده.
آنچه بیشتر و اکثریت این‌گونه دعاوی را شامل می‌شود، مربوط به معاملاتی است که با سند عادی راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده صورت می‌گیرد، که معمولاً فروشنده در متن سند متعهد می‌شود در زمان معینی نسبت به تنظیم سند رسمی مبادرت نماید، و به علت عدم اجرای تعهد خریدار به طرح دعوا مجبور می‌گردد.

ج: آیا تعهد به تنظیم سند رسمی واقعاً از نظر حقوقی الزام‌آور است؟
اداره حقوقی دادگستری در نظریه مشورتی ۷/۴۲۸۸ مورخ ۸۲/۵/۲۵ ذکر تعهد به تنظیم سند را الزام‌آور و عدم ذکر آن را غیرالزام‌آور دانسته است. حال با فرض این که عدم ذکر هم به منزله ذکر باشد (ماده ۲۲۰ قانون مدنی) آیا پذیرش دعوی الزام با صریح ماده ۴۸ قانون ثبت منافات ندارد؟ به نظر می‌رسد منافات داشته باشد. مطالبی که در مقالات و کتاب‌های حقوق مدنی در مورد فقدان منافات در این مورد بیان گردیده ضمن آن که فاقد استدلال قوی حقوقی است؛ نوعاً متضمن مصادره به مطلوب است که تفصیل و تشریح آن از حوصله این نوشته خارج است.^۱ اکنون با فرض نبودن منافات بین ماده ۴۸ با الزام یاد شده بحث را ادامه می‌دهیم.

د: ماهیت حقوقی عمل یا فعل تنظیم سند رسمی.
در اسناد عادی بیع غیرمنقول موضوع تنظیم سند رسمی معمولاً به یکی از دو صورت زیر نوشته می‌شود:
۱- فروشنده متعهد است در تاریخ فلان با حضور در دفتر اسناد رسمی به تنظیم سند اقدام نماید.

۱- شهیدی، دکتر مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ نشر حقوق دان، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۷.

۲- طرفین در تاریخ فلان جهت تنظیم سند رسمی در دفتر اسناد رسمی شماره... حاضر خواهند شد.

صرف نظر از تفاوت حقوقی نحوه نگارش سند، با توجه به قدر متیقن حاصل از نوشته و قصد طرفین، تعهد فروشنده به تنظیم سند، یا مبتنی بر شرط ضمن العقد و یا آن که براساس وجود تعهدی است مستقل. در وضعیت اخیر بدون توجه به قانون ثبت و مقررات آن، بازهم این سؤال مقدر است که آیا چنین شرطی یا چنین تعهدی لازم الوفاست یا نه؟

اگر اشتباه نکنم از مجموع نظریات استاد محترم جناب آقای دکتر کاتوزیان راجع شرط ابتدایی چنین استنباط می شود که این تعهد به استناد مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانونی مدنی لازم الوفاست. با ملاحظه و مطالعه مواد یاد شده لازم الوفا بودن مستلزم وجود عقد و تعهد طرفینی است. که در نتیجه بدون وجود عقد، لازم الوفا بودن به استناد مواد مذکور حاصل نمی گردد و به عبارت دیگر، چنین تعهدی از مصادیق مواد یاد شده خارج است. فقها به بطلان شرط ابتدایی اتفاق نظر دارند، لیکن به نظر می رسد، بهتر بود بر لازم الوفا نبودن شرط ابتدایی تأکید می نمودند. احتمالاً لازم الوفا نبودن شرط ابتدایی را مسامحتاً با تعبیر بطلان شرط ابتدایی بیان داشته اند. زیرا لازم الوفا نبودن همیشه مستلزم بطلان شرط نیست. همان گونه که لازم الوفا نبودن تعهدات مشمول مرور زمان در قانون آیین دادرسی ۱۳۱۸ با صحت و اعتبار معمولی آن تعهدات مانع الجمع نبودند. استاد لنگرودی در ترمینولوژی حقوق شرط ابتدایی را باطل نشناخته اند لیکن بر لازم الوفا بودن یا نبودن آن مطلبی ذکر نکرده اند.

بخش دوم:

مالی بودن یا مالی نبودن دعوای الزام به تنظیم سند رسمی:

کلیات: با فرض وجود الزام قراردادی منطبق با قانون برای فروشنده مال غیر منقول ثبت شده به تنظیم سند رسمی، آیا مطالبه و انجام چنین تعهدی و یا نفس آن مالی است؟ به نظر می رسد تعهد مذکور برخلاف رویه معمول، مالی نباشد و علت مالی شناخته شدن آن تاکنون ناشی از یکی از حالات زیر باشد.

۱- مفهوم کلی دعوای مالی دقیقاً شناخته شده نباشد.

۲- تشخیص مصداق های دعوای مالی غلط صورت گرفته باشد.

۳- هر دو حالت فوق توأماً وجود داشته باشد.

توضیح آن که اگر دادگاه، سند و قرارداد دعوای را مصداق بیع بشناسد، در نتیجه قبلاً تملیک و تملک، که از جمله امور مالی است صورت پذیرفته است. لذا امر مالی دیگری هم بین طرفین وجود ندارد. در نتیجه تنظیم سند صرفاً عملی است تشریفاتی و اداری که با هیچ گونه دلیل و منطقی نمی توان جنبه مالی برای آن قائل شد. بنابراین چگونه می توان تعهد مورد نظر را

از جمله تعهدات مالی محسوب داشت؟ آیا خواهان دعوای الزام، حقیقتاً اولاً و بالذات خواستار مال است؟ ظاهراً چنین نیست. اگر ارزش مال غیرمنقول دارای سند رسمی مالکیت بیشتر از ارزش مال بدون سند رسمی باشد این امر حداکثر می‌تواند در ثانی و بالعرض هدف خواهان باشد که با توجه به تعریف پذیرفته شده برای دعوای مالی باز هم نمی‌توان دعوا را مالی قلمداد کرد.

اگر به نظر دادگاه قرارداد و سند دعوای مصداق بیع کامل و قطعی محسوب نگردد و تنظیم سند در انتقال مالکیت جنبه موضوعی (تشریفاتی) داشته باشد، رسیدگی به دعوای الزام با اشکالات زیر مواجه است.

اولاً: تعهد به تنظیم سند الزاماً باید مبتنی یا مترتب بر بیع باشد به بیان دیگر وقوع بیع باید مفروض عنه به حساب آید. پس وقتی وقوع بیع مفروض و مفروض عنه نباشد، تنظیم سند فاقد مبنای عرفی و قانونی است.

ثانیاً: اگر اصل بیع محرز و مسلم شناخته نشود، این امر نیاز به رسیدگی قضایی دارد که مطابق مقررات و موازین دادرسی دادگاه مجاز نخواهد بود امر وقوع یا عدم وقوع بیع را ضمن دعوای الزام مورد رسیدگی قرار دهد. دلایل عدم امکان دادگاه در ورود به رسیدگی به عقد بیع عبارتند از:

- ۱- رسیدگی به دعوای الزام نسبت به رسیدگی به اصل بیع جنبه جزئی و فرعی و کم اهمیت دارد. ضمن امر جزئی، رسیدگی به امر کلی و مهمتر منطقی نیست و رسیدگی به چنین امری از مصادیق جزء بزرگتر از کل شناخته می‌شود.
- ۲- دادگاه مطابق ماده ۲ آیین‌نامه دادرسی مدنی اصولاً حق ندارد به امری که مطرح نگردیده رسیدگی نماید.

اداره حقوقی دادگستری در نظریات متعدد از جمله نظر به شماره ۷/۱۵۴۵ مورخ ۷۹/۲/۲۹ و ۷/۳۶۷۵ مورخ ۶۲/۸/۱۱ دعوای خلع ید و الزام را به شرط پذیرش بیع و یا سکوت خواننده مسموع و قابل رسیدگی می‌داند.

اداره حقوقی در عین توجه به این نکته که دادگاه نباید وارد رسیدگی به اصل بیع و تحقق آن گردد، متأثر از رویه مشهور و ذهنیت ناشی از آن، به این نکته مهم توجه نکرده است که سکوت چیزی را ثابت نمی‌کند و به فرض آن که سکوت اثبات کننده امری باشد چون اصولاً بحث وقوع یا عدم وقوع از راه تعارف و قانونی اقامه دعوای مطرح نمی‌باشد خواننده در قبال این مسأله با تکلیفی روبرو نبوده که سکوت و یا قبول او را دلیل اثبات بیع بشناسیم. صرفاً پس از طرح دعوای اثبات مالکیت، اگر خواننده در مقابل دعوا دفاع نکرده و یا آن را مورد پذیرش قرار دهد، احتمالاً حکم اعلامی بر وقوع بیع و اثبات مالکیت صادر می‌گردد.

آنچه این جانب از رویه مرسوم و معمول دادگاه‌های حقوقی در نحوه انشای رأی بر الزام خواننده یا فروشنده به تنظیم سند اطلاع دارم آن است که دادگاه صرفاً حکم بر الزام خواننده به

حضور در دفتر اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی صادر می‌کند. از طرفی دفاتر اسناد رسمی مطابق مقررات و آیین‌نامه‌های ثبتی مکلفند نقل و انتقال را در قالب یکی از عقود معین انجام دهند. در رأی دادگاه معمولاً چنین قیدی وجود ندارد. بنابراین آن‌چه تاکنون دادگاه‌ها انشاء کرده‌اند و اجرای احکام مبادرت به اجرای آن نموده‌اند، عملیات اجرایی با رأی دادگاه انطباق نداشته است. گویا دفاتر اسناد رسمی ناخودآگاه اصلاحی حکم را متصرف و مقدر به فرد اجلای عقود (بیع) دانسته و سند را بر این اساس صادر کرده‌اند.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد:

- ۱- دعوای الزام به تنظیم سند رسمی مالی نیست.^۳
- ۲- چون رسیدگی به دعوای الزام به طور ضمنی مستلزم رسیدگی به اصل مالکیت و تحقق بیع می‌باشد با توجه به منطق و موازین دادرسی قابل استماع نیست. میبانی و استدلال و اسباب موجهه رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۸۳/۱۰/۱ مؤید این نظر است.
- ۳- دعوای اثبات مالکیت نیز نیازمند استدلالی است که اعتبار ماده ۴۸ قانون ثبت را خدشه‌دار نسازد. اگر چنین استدلالی وجود نداشته باشد این دعوا نیز مسموع نبوده و یا محکوم به بطلان است.

راجع به پیشنهاد راه حل

پاسخ مخاطبین احتمالاً به یکی از دو صورت رد یا قبول نظریات خواهد بود. برای کسانی که مقاله و نظریات آن قابل قبول نباشد پیشنهاد راه حل لازم نیست و کسانی که مطالب را صحیح و قابل قبول تلقی کنند مسلماً خود راجع به راه حل اندیشه خواهند کرد و در صورت به وجود آمدن وضعیتی غیر از آن‌چه گفته شد و احساس ضرورت پیشنهاد خود را در آینده بیان خواهند کرد. ■

۲- با توجه به وجوه اشتراک بین دعوای خلع ید از غیر منقول با دعوای الزام به تنظیم سند علاوه بر توضیحاتی که داده شد وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۸۳/۱۰/۱ مبنی بر منع قابلیت استماع دعوای خلع ید را با استناد سند عادی- قسمت اخیر بند ج از ماده ۱۲ قانون وصول برخی درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۳ به بعد که بر طبق آن خلع ید با استفاده از او عطف از سایر دعوای مالی غیر منقول جدا گردیده نیز قابل استناد و با حداقل ملاک آن قابلیت استناد را دارد.

نحوه پرداخت دیه

در جرم صدمات بدنی در اثنای منازعه

دکتر حسن پورباقرانی*

چکیده

در جرم صدمات بدنی در اثنای منازعه هنگامی که قتل حادث می‌شود یا صدمات جسمانی دیگر به وجود می‌آید، چنانچه عامل قتل یا صدمه مشخص باشد، همان محکوم به مجازات مقرر قانونی برای این صدمات اعم از قصاص نفس یا عضو یا پرداخت دیه می‌گردد. در غیر این صورت یعنی هنگامی که عامل صدمه ایجاد شده اعم از قتل و... مشخص نباشد این سؤال وجود دارد که اولاً آیا امکان اعمال مجازات قصاص وجود دارد یا خیر و ثانیاً به فرض که چنین امکانی نیست آیا می‌توان مبادرت به اخذ دیه کرد و ثالثاً در صورت مثبت بودن پاسخ، نحوه اخذ دیه در این حالت چگونه است. این مقاله به بررسی مختصر این مسأله می‌پردازد.

مقدمه

ماده ۱۷۵ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ می‌گفت: «هرگاه در اثنای منازعه که چند نفر بخصوص در آن مشارکت داشته‌اند، قتل یا جرح یا ضرب واقع شود و مرتکب، شخصاً معلوم نباشد هر یک از آنها در صورت وقوع قتل به یک الی سه سال و در صورت وقوع جرح به سه ماه الی یک سال و در صورت وقوع ضرب به سه الی شش ماه حبس تأدیبی محکوم می‌شود.» بر اساس این ماده شرط مهم تحقق جرم منازعه علاوه بر وقوع صدمه در حین منازعه به وسیله چند نفر معین، نامشخص بودن عامل صدمه است. در توجیه این شرط به درستی گفته شده است: «اگر بتوان مرتکب [یا عامل صدمه] را شناخت با او در حدود مواد راجع به ایراد ضرب و جرح عمدی رفتار می‌شود و نه ماده ۱۷۵ قانون مجازات عمومی» (پاد، ۱۳۶۷، ص ۱۴۸).^۱

متعاقباً مقنن در ماده ۶۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ با حذف شرط «نامشخص بودن عامل صدمه» می‌گوید: «هرگاه عده‌ای با یکدیگر منازعه نمایند هر یک از شرکت کنندگان در نزاع حسب مورد به مجازات زیر محکوم می‌شوند:

* استاد یار گروه حقوق دانشگاه اصفهان - وکیل دادگستری.

۱- برخی کماکان این عقیده را داشته و معتقدند در صورتی که عامل صدمه مشخص باشد امکان تعقیب و مجازات مرتکب با استفاده از مواد دیگر قانون مجازات اسلامی وجود دارد و لذا «همچنان باید بر این نکته پای فشرد که شرط تحقق این جرم حتی در قانون مجازات اسلامی مشخص نبودن عامل صدمه است» (مؤذن زادگان، ۱۳۷۸، ص ۳۰-۲۹). به نظر ما این استدلال از لحاظ ماهیت جرم انگاری قضیه، منطقی و متین است و مقنن بایستی این شرط مهم را در ماده ۶۱۵ قانون مجازات اسلامی هم ذکر می‌کرد. با وجود این به نظر می‌رسد که مقنن در حال حاضر به این شرط اعتقاد ندارد و صرف نظر از این که عامل صدمه مشخص باشد یا نباشد با تحقق سایر شرایط جرم ایراد صدمه در اثنای منازعه را محقق می‌داند.

- ۱- در صورتی که نزاع منتهی به قتل شود به حبس از یک تا سه سال.
 - ۲- در صورتی که منتهی به نقص عضو شود به حبس از شش ماه تا یک سال.
 - ۳- در صورتی که منتهی به ضرب و جرح شود به حبس از سه ماه تا یک سال.
- بر اساس تبصره ۲ این ماده هم مجازات‌های فوق مانع اجرای مقررات قصاص یا دیه حسب مورد نخواهد شد.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود مقنن در متن ماده ۶۱۵، مجازات حبس را برای منازعین بیان داشته و در تبصره این ماده هم وجود مجازات حبس را نافی مجازات قصاص یا دیه، حسب مورد نمی‌داند. با این حال ذیلاً در خصوص مجازات‌های فوق به بحث و بررسی می‌پردازیم.

۱- مجازات حبس

مجازات منازعه بر حسب این که نزاع منتهی به چه صدمه‌ای بشود تفاوت می‌کند. بر اساس بند ۱ تا ۳ ماده ۶۱۵ قانون مجازات اسلامی در نزاع منتهی به قتل مجازات حبس از یک تا سه سال، در نزاع منتهی به نقص عضو، شش ماه تا سه سال و در نزاع منتهی به ضرب و جرح سه ماه تا یک سال تعیین گردیده است.

علاوه بر آن در تبصره ۲ ماده ۶۱۵ گفته شده که مجازات‌های فوق مانع اجرای مقررات قصاص یا دیه حسب مورد نیست. به عبارت دیگر اگر احد از منازعین مرتکب قتل فرد دیگری شده باشد حسب مورد مجازات قتل عمدی یا قتل غیرعمدی را هم خواهد داشت. ظاهراً تبصره ۲ بیانگر این است که در این صورت علاوه بر مجازات قتل عمدی یا غیرعمدی، مجازات حبس بند ۱ ماده ۶۱۵ هم در مورد قاتل اجرا خواهد شد که به نظر می‌رسد این مطلب خلاف موازین شرعی است. چون از لحاظ موازین شرعی مجازات قاتل عمدی اصولاً قصاص است و اعمال مجازات زائد دیگر علاوه بر آن فاقد توجیه است. ایراد به نوعی درستی رویکرد مقنن سال ۱۳۰۴ مبنی بر شرط دانستن «مشخص نبودن عامل صدمه» برای تحقق جرم منازعه را هم تقویت می‌کند. چون وقتی عامل صدمه مشخص است، مجازات عمل ارتكابی در مورد او اعمال می‌گردد و خلاء تقنینی هم وجود ندارد.

۲- پرداخت دیه

همان‌طور که گفته شد مجازات حبس مقرر در بندهای سه‌گانه ماده ۶۱۵ اعم از این که عامل صدمه مشخص یا نامشخص باشد لازم‌الاجرا است. بدیهی است اگر عامل صدمه مشخص نباشد، نمی‌توان صحبت از قصاص نفس یا عضو به میان آورد، چون با شک و شبهه نمی‌توان حکم به قصاص نفس یا عضو دیگری صادر کرد و مسلماً این امر خلاف منطق و عدالت و موازین شرعی است (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ص ۲۳۸، نیز خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۴۶). اما علیرغم برخی نظرات^۱، به نظر می‌رسد که امکان مطالبه دیه وجود دارد. چون

۱- از قول برخی نقل شده است که مطالبه زیان در جایی که عامل آن مشخص نیست، وجاهت قانونی ندارد. زیرا وقتی عامل صدمه مشخص نباشد به لحاظ عدم احراز رابطه علیت بین رفتار مرتکب و صدمه، موجبی برای مطالبه ضرر و زیان نیست. در نتیجه در بحث منازعه صرفاً می‌توان اقامه شکایت کیفری کرد (ر. ک. مؤذن زادگان، ۱۳۸۷، ص ۲۴).

صدمه‌ای اعم از قتل یا جرح یا نقص عضو وارد شده و بدون تردید حالت منازعه هم سبب آن بوده است.^۲ تبصره ۲ ماده ۶۱۵ قانون مجازات اسلامی هم به نوعی تأکید بر این مطلب دارد. به‌طور کلی روح مقررات مربوط به دیات که متخذ از موازین فقهی است بیانگر آن است که در صورت تردد قاتل بین دو یا چند نفر یا حتی در جنایات کمتر از قتل، مطالبه دیه متفی نمی‌گردد. در عین حال در این‌که مسؤول پرداخت دیه در این حالات چه کسی است، نیاز به بررسی مستقل دارد که به آن می‌پردازیم.

۳- مسؤول پرداخت دیه

سؤال این است که اگر عامل صدمه ایجاد شده در اثناء منازعه مشخص نباشد مسؤول پرداخت دیه چه کسی است. تبصره ۲ ماده ۶۱۵ قانون مجازات اسلامی در این خصوص ساکت است و نص صریحی هم در این خصوص در سایر مواد قانون مجازات اسلامی وجود ندارد. در عین حال موادی در قانون مجازات اسلامی وجود دارد که می‌توان بر اساس آن‌ها به تحلیل موضوع پرداخته و به نظر صائب رسید.

اولین بندار ممکن است مبتنی بر ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی و آن باشد که می‌توان از طریق قرعه مشکل مسؤول پرداخت را حل کرد. بر اساس این ماده «اگر دو نفر متهم به قتل باشند و هر کدام ادعا کنند که دیگری کشته است و علم اجمالی بر وقوع قتل توسط یکی از دو نفر نباشد و جهت شرعی بر قاتل بودن یکی اقامه نشود و نوبت به دیه برسد، با قید قرعه از یکی از آن دو نفر گرفته می‌شود».

باتوجه به این‌که تعیین مسؤول پرداخت دیه از طریق قرعه خلاف منطوق و اصول حقوقی است، برخلاف نظر برخی از حقوق‌دانان (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۶، ص ۳۶۹-۳۶۸) به نظر می‌رسد که بایستی این ماده را کاملاً مضیق تفسیر کرده و از توسعه مصادیق آن بر سایر موارد خودداری کرد. با این حال تا زمان موجود بودن این ماده در نظام کیفری ایران و لازم‌الاجرا بودن آن، به نظر می‌رسد در حالاتی از منازعه که دقیقاً منطبق بر این ماده باشد می‌توان با استناد به آن مشکل را حل کرد. به‌عنوان مثال در منازعه‌ای که پنج نفر شرکت در آن داشته‌اند و محرز گردیده است که فقط دو نفر از منازعین چاقو داشته و یک نفر از منازعین هم در اثر اصابت چاقو به بدنش کشته شده است و در عین حال معلوم نیست که کدام‌یک از دو نفر ضربه چاقو را وارد کرده، می‌توان از این ماده خلاف اصل را برای یافتن مسؤول پرداخت دیه مدد جست. اما اگر به جای دو نفر همگی منازعین چاقو داشته و قاتل در میان چهار نفر (نه دو نفر) باشد به

۲- رأی وحدت رویه شماره ۵۶ مورخ ۱۳۵۲/۷/۲۵ هر چند در زمان حاکمیت قانون مجازات عمومی صادر شده، اما در این خصوص قابل توجه است: نظر به این‌که طبق مواد ۹ و ۱۴ آیین دادرسی کیفری و اصل کلی، شخصی که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان شده می‌تواند به تبع ادعای دادستان مطالبه ضرر و زیان نماید و هرگاه دادگاه جزا متهم را مجرم تشخیص دهد مکلف است به دادخواست تاوان‌خواه که با رعایت تشریفات مقرر تقدیم شده رسیدگی و ضمن صدور حکم جزایی حکم ضرر و زیان وی را نیز با عنایت به دلایل موجود صادر نماید، لذا در نظایر موضوع که مداخله متهم در منازعه، ثابت و مورد حقوق حکم قرار گرفته دادگاه نمی‌تواند به این استدلال که مرتکب جرح یا ضرب معلوم نیست و تاوان خواه خود از جمله مجرمین قضیه می‌باشد، دعوی خصوصی را رد نماید. بنابه مراتب با اکثریت آراء دادنامه صادره از شعبه ششم دیوان عالی کشور در این خصوص تأیید می‌شود. پیش از این نظریه مشورتی شماره ۳۳۰ مورخ ۱۳۴۴/۱۲/۲۴ نیز با همین رویکرد صادر شده است (ر.ک. محسنی و آکلانتریان، بی‌تا، ص ۴۰۲).

نظر می‌رسد که نمی‌توان از این ماده برای یافتن مسؤول پرداخت استفاده کرد. چون این ماده، خلاف اصل است و فقط در حد قدر متیقن آن می‌توان از آن استفاده کرد. همین‌طور نمی‌توان در جنایات غیرقتل هم برای یافتن مسؤول پرداخت دیه از این ماده بهره گرفت.

دومین دیدگاه می‌تواند مبتنی بر ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی و آن باشد که می‌توان از طریق بیت‌المال مشکل مسؤول پرداخت دیه را حل کرد. بر اساس این ماده «هرگاه شخصی در اثر ازدحام کشته شود و یا جسد مقتولی در شارع عام پیدا شود و قرائن ظنی برای قاضی بر نسبت قتل او به شخص یا جماعتی نباشد، حاکم شرع باید دیه او را از بیت‌المال بدهد و اگر شواهد ظنی نزد حاکم اقامه شود که آن قتل به شخص یا اشخاص معین منسوب است، مورد از موارد لوٹ خواهد بود.» پشتوانه دیدگاه دوم می‌تواند وحدت ملاکی باشد که هم در حالت منازعه و هم در ماده ۲۵۵ وجود دارد و آن این که در هر دو حالت عامل صدمه مشخص نیست. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۵۳۰۷ مورخ ۱۳۶۲/۱۲/۲۱ این دیدگاه را پذیرفته است: «... و اما در خصوص قتلی که در اثناء منازعه واقع شده است در صورت شناخته نشدن قاتل واقعی، مورد مشمول ماده ۴۲ قانون حدود و قصاص (ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی) است...» (شهری و ستوده جهرمی، ۱۳۷۳، ص ۲۹۲).

به نظر می‌رسد که قیاس این دو حالت با همدیگر قیاس مع الفارق است؛ چون در فرض ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی قاتل اساساً شناخته شده نیست و با توجه به قاعده هدر نرفتن خون، چاره‌ای جز پرداخت دیه از بیت‌المال نیست، اما در فرض منازعه، قاتل یا جانی در جنایت کمتر از قتل وجود دارد و محصور بین چند نفر مشخص است، لذا این دو حالت قابل قیاس به یکدیگر نیست. و این که در این میان مثلاً دو یا سه یا چهار نفری را که مطمئناً یکی از آنها مرتکب ایراد ضرب و جرح یا قتل شده است رها کرده و دیه را بر بیت‌المال تحمیل کنیم توجیه منطقی ندارد.

سومین دیدگاه آن است که تمامی منازعین به طور مساوی مسؤول پرداخت دیه (اعم از نفس یا عضو) هستند. آنها با نیت ورود در منازعه و شرکت در آن مرتکب جرم شده‌اند و به لحاظ احراز تقصیر مذکور، مطالبه دیه از آنان کاملاً با منطق حقوقی سازگار است. زیرا صدمات حاصله ناشی از قصد و ورود مشترک منازعین در نزاع بوده است (مؤذن زادگان، ۱۳۸۷، ص ۴۱). از پشتوانه‌های این نظریه می‌توان به رأی شعبه دوم دیوان کشور فرانسه در آوریل ۱۹۷۷ اشاره کرد که مطابق آن «اگر امکان تعیین قاتل به صورت مشخص وجود ندارد، سبب مرگ قربانی، قصد مشترک جوانان گروه بوده... که همگی تمایل به انتقام‌گیری و نیت ایراد ضرب داشته‌اند.» (نقل از همان، ص ۳۸). این دیدگاه از پشتوانه‌های فقهی محکمی نیز برخوردار است به نحوی که برخی از فقها کراً قاعده عدل و انصاف را حاکم و مقدم بر قاعده قرعه دانسته و توسل به قرعه را خلاف عدالت و انصاف دانسته‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۸۹ ص ۵۵، ۲۰۸ و ۲۳۸) تعداد زیادی از فقهای معاصر از جمله آیت‌... اراکی، بهجت، صافی گلپایگانی و مکارم شیرازی هم در مورد حالتی که قاتل بین چند نفر مردد است و علم اجمالی به ارتکاب قتل از سوی احد از آنان موجود است، صراحتاً بحث قصاص و قرعه را رد کرده و نظریه تساری مسؤولیت در پرداخت دیه را پذیرفته‌اند (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۲۷-۱۲۵). آیت‌... اراکی در پاسخ این سؤال که آیا می‌شود قاتل را به قرعه تعیین کرد و قصاص نمود یا این که قصاص ساقط است و فقط باید دیه را مجموعاً پردازند، گفته است:

«جریان قرعه در فرض سؤال محل اشکال است و قسم نمی‌توان داد. با فرض این که هیچ‌کس علم ندارد و مظنه نیز نیست، دیه را باید مشترکاً بپردازنده (همان؛ نیز اراکی، ۱۳۷۳، ص ۲۴۶). اداره حقوقی قوه قضاییه هم ضمن عدول از نظریه مورخ ۶۲/۱۲/۲۱ خود، در نظریه شماره ۹۵۳۰ مورخ ۷۱/۱۱/۱۳ این نظریه را پذیرفته و می‌گوید: «... چون دیه برابر رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور از مصادیق ضرر و زیان و اخص از آن است می‌توان آن را از شرکت‌کنندگان در منازعه مطالبه نمود و آنان بالسویه مسؤول پرداخت دیه می‌باشند. در این مورد تحمیل دیه بر بیت‌المال و یا اخذ از احد از شرکت‌کنندگان به قید قرعه نمی‌تواند مستندی داشته باشد.^۴»

به عنوان نتیجه می‌توان گفت که در وضعیت فعلی که ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی هم لازم‌الاجرا است. اگر بتوان با آن ماده با توجه به مطالب پیش‌گفته مشکل یافتن مسؤول پرداخت را حل کرد بایستی به آن ماده عمل نمود؛ چون در هر صورت و صرف نظر از ایرادات درست وارده به آن، ماده قانونی لازم‌الاجرا است. هرچند این ماده با توجه به مطالبی که گفته شد گستره بسیار محدودی داشته و شامل همه مصادیق نمی‌شود. در غیر این صورت (برای مصادیق خارج از ماده ۳۱۵) بایستی نظریه تساوی مسؤولیت همه منازعین که منطبق بر قاعده عدل و انصاف است را پذیرفت. هرچند رأی اصراری شماره ۸۶ مورخ ۱۳۶۸/۸/۲۳ دیوان عالی کشور این نظریه را نپذیرفته ولی به نظر می‌رسد که با توجه به مطالبی که گفته شد این نظریه از مابقی صائب‌تر است و مقنن نیز باید در اصلاحاتی که به‌عمل می‌آورد ضمن حذف ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی این نظریه را که ایرادات کمتری دارد به صراحت وارد قانون کند.

منابع

- ۱- آقای نی، حسین، جرائم علیه اشخاص، نشر میزان، ۱۳۸۶.
- ۲- اراکی، محمدعلی، استفتائات، نشر معروف، ۱۳۷۳.
- ۳- پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۷.
- ۴- حسین شیرازی، سید محمد، الفقه، ج ۸۹، بیروت، ۱۴۰۹.
- ۵- خوانساری، سید احمد، جامع‌المدارک، ج ۷، قم، ۱۴۰۵.
- ۶- شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش، نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری، ج ۱، ۱۳۷۳.
- ۷- محسنی، مرتضی و کلانتریان، مرتضی، مجموعه نظرهای مشورنی اداره حقوقی وزارت دادگستری در زمینه مسائل کیفری، بی‌تا.
- ۸- مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، مجموعه آرای فقهی قضایی در امور کیفری، ج ۱، ۱۳۸۱.
- ۹- مؤذن زادگان، حسنعلی، بررسی جرم صدمات بدنی در انای منازعه، مجله پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱، ۱۳۷۸.
- ۱۰- میر محمد صادقی، حسین، جرائم علیه اشخاص، نشر پندان، ۱۳۸۶. ■

۴- البته گویا اداره حقوقی در نظریه شماره ۴۸۴۶ مورخ ۱۳۸۲/۶/۲۲ خود مجدداً از این نظریه هم عدول کرده و گفته است: «قطع نظر از اعمال مجازات‌های مقرر در ماده ۶۱۵ قانون مجازات اسلامی در مورد شرکت‌کنندگان در منازعه چون محکوم کردن همه شرکت‌کنندگان در منازعه به پرداخت دیه با علم به این که همگی شرکت در قتل نداشته‌اند، توجیه قانونی ندارد و از طرفی خون مسلمان نیز نباید هدر برود و قانون در این مورد ساکت است، لذا حسب نظر کمیسیون قوانین جزایی و حضرت آیت‌... مرعشی معاون قضایی محترم ریاست قوه قضاییه باید دیه از بیت‌المال پرداخت شود.» (نقل از آقای نی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۶-۲۴۵)

خسارت تأخیر تأدیه

دکتر محمد مهدی الشریف*

درآمد

شاید کمتر نهادی در عالم حقوق همچون نهاد خسارت تأخیر تأدیه، چالش برانگیز و بحث آفرین بوده است. نظریات متعدد و متفاوت شورای نگهبان، قوانین پراکنده مصوب مجلس و مداخلات مجمع تشخیص مصلحت نظام، گواه روشنی بر این مدعاست. خسارت تأخیر تأدیه، از ابعاد گوناگون مورد کنکاش قرار گرفته اما آنچه رافتم سطور را بر آن داشته تا باز به سیاه کردن اوراق پردازد، جنبه‌ای است که بر حسب اطلاع و تتبع نگارنده، بحث مکتوبی پیرامون آن صورت نگرفته و در عین حال شایسته تأمل و تعمق است. این جنبه معقول، مسأله خسارت تأخیر تأدیه در خصوص چک‌های ارزی است. با توجه به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصره ماده ۲ قانون صدور چک و استفساریه آن، این پرسش در ذهن جان می‌گیرد که آیا خسارت تأخیر تأدیه، تنها در خصوص چک‌هایی که وجه مندرج در آن، وجه رایج است قابل اعمال است یا این که خسارت تأخیر تأدیه در باب چک‌های ریالی و ارزی، به نحو یکسان قابل مطالبه است؟

بی‌گمان رواج و فراوانی چک‌های ریالی، قابل مقایسه با چک‌های ارزی نیست و بر همین اساس، دادگاه‌ها کمتر فرصت یافته‌اند به حل مشکلات مربوط به چک‌های ارزی پردازند. با این وجود، دادخواستی به خواسته مطالبه وجه یک فقره چک ارزی در دادگستری اصفهان مطرح گردیده و دادگاه محترم، بر اساس دیدگاه خود حکم به پرداخت وجه چک و خسارت تأخیر تأدیه داده است. ما طرح این دعوی نه چندان شایع را به فال نیک گرفته و به بهانه نقد و تحلیل این رأی، تأملی بر مسأله خسارت تأخیر تأدیه چک‌های ارزی خواهیم داشت.

خلاصه ماجرا

شخصی در سال ۱۳۷۳ اقدام به صدور یک فقره چک ارزی به مبلغ ۶۷۵۰۰ دلار می‌نماید. به دلیل تغییر ناگهانی قیمت دلار در آن ایام، صادرکننده از عهده پرداخت وجه چک در

* اسنادبار دانشگاه اصفهان - وکیل دادگستری.

سررسید بر نمی آید و بر اساس شکایت دارنده چک، به جرم صدور چک بلامحل به زندان می افتد. سیزده سال بعد، دارنده چک دادخواستی بر اساس چک یادشده به دادگستری اصفهان تقدیم می نماید و علاوه بر وجه چک، مطالبه کلیه خسارات و از جمله خسارت تأخیر تأدیه را می نماید. دادگاه در این خصوص رأی زیر را صادر می نماید:

رأی دادگاه

«در خصوص دعوی آقای الف به طرفیت آقای ب به خواسته مطالبه ششصد و چهل و یک میلیون و دویست هزار ریال بابت وجه یک فقره چک ارزی عهده بانک تجارت واحد ارزی اصفهان - به ارزش شصت و هفت هزار و پانصد دلار آمریکا به انضمام خسارت تأخیر تأدیه و هزینه دادرسی باتوجه به محتویات پرونده و ملاحظه تصویر مصدق گواهی عدم پرداخت موصوف... دعوی خواهان را محمول بر صحت دانسته و مستنداً به مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ و ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی، خوانده را به پرداخت ششصد و چهل و یک میلیون و دویست و پنجاه هزار ریال بر اساس نرخ هر دلار آمریکا نه هزار و پانصد ریال... و همچنین خسارت تأخیر تأدیه از زمان سررسید چک موصوف تا زمان اجرای حکم که از سوی دایره محترم اجرایی احکام مورد محاسبه قرار می گیرد، در حق خواهان محکوم می نماید...»

نقد رأی

۱- نخستین اشکالی که در این رأی به چشم می خورد، مربوط به نحوه بیان خواسته است. همان گونه که از رأی هویدا است، خواهان، خواسته خود را به ریال عنوان نموده و بر اساس آن نیز اقدام به ابطال تمبر نموده است و این درحالی است که در متن رأی، تصریح شده که موضوع دعوا یک فقره چک ارزی به مبلغ ۶۷۵۰۰ دلار آمریکا بوده است. بنابراین خواهان می بایست همان نوع ارزی را که موضوع دعوا یا سند تجاری بوده مورد مطالبه قرار می داد و طبیعتاً چنانچه دادگاه دعوی خواهان را محمول بر صحت می دانست، خوانده را به پرداخت همان واحد پولی محکوم می نمود. متأسفانه دادگاه محترم به این اشکال توجه ننموده و بر اساس خواسته ریالی، حکم صادر نموده است. ظاهراً آنچه دادگاه محترم را به پی راهه کشاننده، در آمیختن دو مفهوم متفاوت «خواسته» و «بهای خواسته» است. ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی به روشنی بین این دو مفهوم تفکیک نموده و اعلام داشته: «اگر خواسته، پول رایج ایران باشد، «بهای» آن عبارت است از مبلغ مورد مطالبه و اگر پول خارجی باشد، ارزیابی آن به نرخ رسمی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در تاریخ تقدیم دادخواست «بهای خواسته» محسوب می شود.»

بنابراین طرح دعوا به نحو مزبور صحیح نبوده و دادگاه نمی‌تواند به چنین خواسته‌ای حکم دهد زیرا آن‌چه از دادگاه خواسته شده (مبلغ ریالی) مستند به دلیلی نیست و آن‌چه دلیل برای آن وجود دارد، یعنی طلب ارزی، مطالبه‌ای نسبت به آن صورت نگرفته است.

۲- عدم توجه دادگاه به ایراد شکلی سابق، دادگاه را به نتایج بسیار نامعقول و غیرقابل قبولی سوق داده است. از یک سو دادگاه محترم برای محاسبه اصل بدهی، هر دلار آمریکا را به نرخ روز تقدیم دادخواست محاسبه نموده، سپس همین مبلغ را به سیزده سال پیش یعنی سررسید چک برگردانده و خواننده را به خسارت تأخیر تأدیه این دین ریالی برای تأخیر سیزده ساله و بر اساس شاخص تورم بانک مرکزی محکوم کرده است! یعنی در این رأی، هم افزایش قیمت دلار محاسبه شده و هم کاهش ارزش ریالی!

۳- دادگاه محترم برای محکومیت خواننده به خسارت تأخیر تأدیه، به ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی استناد نموده است.

مراجعه به ماده ۵۲۲ نشان می‌دهد که این ماده تنها در مواردی قابل اعمال است که موضوع دعوا، دین و از نوع «وجه رایج» باشد. پس اولاً موضوع دعوا باید مال کلی و ثابت بر ذمه باشد و الاً اگر عین معین و خارجی باشد این ماده قابل استناد نیست. بنابراین اگر موضوع دعوا پول‌های موجود در یک کیف یا یک پاکت باشد، شرط اول اعمال ماده ۵۲۲ فراهم نیست و به عکس اگر موضوع دعوا یک تن سبب کلی باشد، شرط اول یعنی «دین بودن» موضوع دعوی محقق است، هرچند همان‌گونه که خواهیم دید با شرط دوم، این‌گونه دیون از شمول ماده خارج می‌شوند.

و اما شرط دوم ماده ۵۲۲، این است که دین از نوع «وجه رایج» باشد و گمان نمی‌رود در عدم اطلاق وجه رایج به ارز خارجی تردیدی وجود داشته باشد. تقابلاً مذکور در ماده ۶۲ که پیشتر ذکر آن گذشت برای رفع هرگونه شبهه کفایت می‌کند.

ممکن است کسی برای دفاع از دادگاه محترم، به رأی وحدت رویه شماره ۹۰ مورخ ۱۳۵۳/۱۰/۴ دیوان عالی کشور استناد نماید که بر اساس آن «تخصیص دادن ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی (سابق) به دعاوی که خواسته آن پول رایج ایران است صحیح نیست...». بنابراین مقررات فصل سوم قانون مزبور در باب خسارت تأخیر تأدیه شامل دعاوی نیز که خواسته آن پول خارجی است می‌شود...».

به نظر می‌رسد این رأی وحدت رویه نه تنها نمی‌تواند به عنوان مؤید عملکرد دادگاه قرار گیرد بلکه برعکس، دلیلی بر نادرستی برداشت دادگاه است. زیرا ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق با این عبارت آغاز شده بود: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است...». و همان‌گونه که دیوان تصریح نموده، وجه نقد شامل پول خارجی نیز می‌گردد ولی ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید که جانشین ماده ۷۱۹ سابق گردید، به جای وجه نقد از «وجه رایج» سخن گفته و این تغییر اصطلاح حکایت از تغییر دیدگاه قانونگذار و قصد مقنن، بر اختصاص خسارت تأخیر در مفهوم جدید آن به وجه رایج دارد.

صرف نظر از تفاوت صدر دو ماده ۷۱۹ و ۵۲۲، ادامه ماده ۷۱۹ و تفاوت آن با ماده ۵۲۲ نیز، تفاوت موضوع دو ماده را گواهی می‌دهد. زیرا در ماده ۷۱۹ سابق، ملاک محاسبه خسارت تأخیر، بدون هیچ مشکلی، به نحو یکسان در مورد دیون ریالی و دیون ارزی قابل اعمال بود. یعنی برای هر سال تأخیر، ۱۲٪ به مبلغ موضوع دعوا افزوده می‌شد. اما در ماده ۵۲۲ برای محاسبه خسارت تأخیر تأدیه، به شاخص تورم که از سوی بانک مرکزی اعلام می‌شود ارجاع داده شده و روشن است که ضرایب اعلام شده از سوی بانک مرکزی، مربوط به کاهش ارزش ریالی است و ربطی به دلار ندارد.

نظریه مشورتی شماره ۱۰۸۷۲۷ مورخ ۸۰/۱۱/۲ نیز مدعای فوق را تأیید می‌کند. به موجب این نظریه: «وجه رایج مندرج در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به ارزشهای خارجی تسری پیدا نمی‌کند. زیرا تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، بر اساس ترقی و تنزل هزینه زندگی است...».

۴- ممکن است در دفاع از نحوه عملکرد دادگاه، به تبصره ۱ ماده ۲ قانون صدور چک و استفساریه مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، استناد نمود، هر چند دادگاه محترم در رأی خود به این مواد اشاره‌ای ننموده است. با توجه به تبصره ماده ۲ و استفساریه می‌توان چنین استدلال نمود که هر چند ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی که بیانگر قاعده عام خسارت تأخیر تأدیه در دیون است، شامل پول خارجی نمی‌شود؛ اما در خصوص دیونی که در قالب یک چک تجلی یافته‌اند، قانون خاص یعنی تبصره ماده ۲ و استفساریه مصوب ۷۷/۹/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام حاکم است. به موجب این استفساریه «کلیه خسارات» مذکور در تبصره ماده ۲، شامل خسارت تأخیر تأدیه نیز می‌گردد. اطلاق تبصره ماده ۲ و نیز استفساریه، به نحو یکسان چک‌های ریالی و چک‌های ارزی را در بر می‌گیرد و اختصاص خسارت تأخیر مذکور در استفساریه به چک‌های ریالی، با اطلاق استفساریه منافات دارد. به نظر می‌رسد این استدلال نیز گره از کار فرو بسته دادگاه نمی‌گشاید. زیرا:

اولاً: به موجب همین استفساریه «خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده» محاسبه می‌گردد و همان‌طور که قبلاً گفته شد، آنچه از سوی بانک مرکزی اعلام می‌گردد، شاخص تورم و کاهش ارزش پول ایران است و لذا اجرای مواد مربوط به خسارت تأخیر تأدیه در مورد واحد پول خارجی، امکان اجرایی ندارد.

ثانیاً: تفسیر «کلیه خسارات» به خسارت تأخیر تأدیه و هزینه دادرسی و حق الوکاله از سوی مجمع، به معنای وجود کلیه این خسارات در هر چک و تکلیف دادگاه به محکومیت خوانده نسبت به آن‌ها نیست. زیرا دست‌کم در مورد حق الوکاله و یا در مواردی که بین سررسید تا زمان وصول، شاخص قیمت‌ها تغییری نیافته است، حکم به خسارت موضوعاً منتفی است. پس مراد استفساریه، نه اثبات همه خسارات در هر مورد، بلکه حصر خسارات

قابل مطالبه در مورد چک، به خسارات سه گانه فوق است. و برای مطالبه هر یک از این خسارات باید تحقق وقوع خسارت اثبات گردد.

ثالثاً: ارجاع محاسبه خسارت تأخیر تأدیه از سوی مجمع تشخیص به نرخ تورم اعلام شده از سوی بانک مرکزی، دلالت بر انصراف خسارت تأخیر تأدیه مذکور در استفساریه، به چک‌های ریالی دارد.

رابعاً: آنچه موجب تمایز ماده ۵۲۲ از استفساریه می‌گردد، نمی‌تواند تفاوت مفهوم خسارت تأخیر تأدیه یعنی کاهش ارزش پول ایران باشد بلکه آنچه چک را از سایر دیون مشمول ماده ۵۲۲ متمایز می‌سازد، تفاوت در شرایط مطالبه خسارت تأخیر تأدیه است که بر اساس ماده ۵۲۲، تمکن داین و مطالبه طلبکار از شرایط آن است، در حالی که در باب چک همین که پرداخت چک از سر رسید تأخیر بیفتد، امکان مطالبه خسارت تأخیر وجود دارد؛ خواه مدیون چک تمکن از پرداخت داشته یا نداشته باشد و خواه دارنده چک وجه چک را مطالبه کرده یا نکرده باشد. و ظاهراً همین تمایز هاست که موجب گردیده تبصره ماده ۲ و استفساریه آن اعتبار خود را از مجمع تشخیص مصلحت نظام بگیرند و در فرایند عادی قانونگذاری قابل تصویب نباشد. ولی به هر حال تغییر شاخص قیمت که مقوم مفهوم خسارت تأخیر در حقوق امروز است در هر دو مورد ضروری است و هر چند قانونگذار در قانون چک از تغییر شاخص سخن نگفته ولی با توجه به نحوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه و اعمال ضرب تورم، در ضرورت چنین شرطی تردید نمی‌توان کرد.

۵- تجویز خسارت تأخیر تأدیه در خصوص چک ارزی، نظام حقوقی ما را با تبعیض نامعقول و غیر منصفانه روبرو می‌سازد. زیرا قانونگذار در باب مهریه و تعدیل آن به قیمت روز، تنها صورتی را مجاز دانسته که مهریه از نوع وجه رایج باشد. (ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی) با این که از دیدگاه قانونگذار تعدیل مهریه، امری مطابق با قاعده بوده و به همین لحاظ بدون نیاز به مداخله مجمع تشخیص مصلحت نظام، با تصویب مجلس و با تأیید شورای محترم نگهبان به تصویب رسیده است؛ لازمه مجاز شناختن مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در چک ارزی این است که خسارت تأخیر تأدیه در موردی که برخلاف قاعده بوده و به صورت استثنایی به تصویب مجمع رسیده قابل مطالبه باشد و در مورد مهریه که به حسب فرض مطابق با قاعده است، قابل مطالبه نباشد.

۶- نکته دیگری که حکم به خسارت تأخیر تأدیه در مورد چک‌های ارزی را با مشکل روبرو می‌سازد، اشکالات اجرایی آن است. در مورد دیون ریالی اقم از مهریه یا دیون مشمول ماده ۵۲۲ یا چک‌های ریالی، نحوه محاسبه کاملاً روشن و از سوی قانونگذار و آیین‌نامه‌های مربوطه و جدول‌های اعلام شده از سوی بانک مرکزی، به وضوح مشخص گردیده است. اما به فرض که دادگاهی بخواهد خسارت تأخیر تأدیه را برای چک‌های ارزی در نظر بگیرد، هیچ

روش و شیوه مشخصی برای وی وجود ندارد، کما این که در رأی مورد بحث، دادگاه برخلاف ضوابط قانونی، خواسته را به ریال برگردانده و حکم به خسارت تأخیر داده است.

۷- نکته بسیار مهمی که در این رأی معقول مانده و تنظن بدان به اندکی تأمل نیاز دارد، این است که بفرض که قرار باشد برای دلار یا هر پول خارجی خسارت تأخیر تأدیه در نظر بگیریم، این خسارت هیچ نسبتی با خسارت تأخیر تأدیه بدهی ریالی ندارد. زیرا همان گونه که گفتیم خسارت تأخیر تأدیه در مفهوم امروزی آن، چیزی جز جبران کاهش ارزش پول یا جبران کاهش قدرت خرید پول نیست. در حالی که کاهش قدرت خرید ریال و دلار کاملاً مستقل و متفاوت بوده و هر کدام از عوامل خاص خود متأثر می‌گردد. برای تصدیق این مدعی کافی است به این نکته توجه کنیم که نرخ برابری دلار با ریال همواره در حال تغییر بوده و هیچ‌گاه ثابت نمانده است و به‌عنوان نمونه کاهش قدرت خرید ریال در چند سال اخیر، بسیار بیشتر از کاهش قدرت خرید دلار بوده است و چه بسا در برخی مقاطع، قدرت خرید دلار افزایش نیز داشته است.

۸- اما چه چیز قانونگذار پس از انقلاب را بر آن داشته تا در بحث تأخیر تأدیه، بر «وجه رایج» تأکید کند و از به‌کار بردن اصطلاح «وجه نقد» بپرهیزد؟ در توجیه این تغییر شاید بتوان چنین استدلال نمود که ارز یا پول خارجی در ایران، در حکم کالا محسوب می‌شود و همان‌گونه که در مورد کالاهایی مانند سکه طلا و اتمیبل و زمین و میوه و امثال آن سخن از خسارت تأخیر تأدیه به معنای مورد نظر قانونگذار فعلی یعنی کاهش قدرت خرید، منتفی است در مورد ارز یا پول خارجی نیز وضعیت بر همین منوال است. به بیان دیگر وجه رایج در هر کشور، معیار محاسبه ارزش و واسطه در مبادله کالاهاست ولی خود موضوعیت ندارد. به بیان فنی، وجه رایج مخصص در نمیت است، یعنی همواره نقش ثمن و عوض را در معامله بازی می‌کند. در حالی که در خصوص دلار و سایر واحدهای پولی خارجی، قضیه معکوس است. یعنی در کشور ما پول خارجی، علی‌الاصول معیار سنجش کالاها یا ابزار وصول به آنها نیست بلکه برعکس خود به‌عنوان معوض یا مبیع یا مضمن در معاملات لحاظ می‌شود و به اصطلاح خود موضوعیت دارد. به بیان ساده، در ایران کسی ریال نمی‌خرد بلکه با ریال خرید می‌کند ولی در ایران دلار را می‌خرند ولی با دلار خرید نمی‌کنند. و البته این وضعیت در کشورهایی که مثلاً دلار وجه رایج آنهاست معکوس بوده و دلار و ریال نقش خود را با یکدیگر عوض می‌کنند. پس به‌طور خلاصه براساس این استدلال، ارزهای خارجی مانند سایر کالاها و همراه با آنها افزایش قیمت داشته و لذا در خصوص آنها خسارت تأخیر تأدیه به معنای امروزی معنا ندارد، کما این که در مورد سایر کالاها نیز از همین قرار است و این که ممکن است یک کالا در مقایسه با سایر کالاها رشد بیشتر یا کمتری داشته باشد تأثیری در ماجرا ندارد.

کلام آخر

گویا قانونگذار فعلی بر اساس تحلیل فوق، خسارت تأخیر تأدیه را چه در باب مهریه و چه در باب مطلق دیون و چه در باب چک، به وجه رایج اختصاص داده است. اما این نتیجه‌گیری

به معنای تأکید تحلیل قانونگذار و اختصاص خسارت تأخیر تأدیه به وجه رایج نیست. زیرا برخلاف تحلیل فوق، پول خارجی را نمی‌توان دقیقاً مانند یک کالا به حساب آورد. زیرا ارزش کالاها از ذات آن‌ها نشأت گرفته و وابسته به اعتبار معتبر نیست. درحالی که همه واحدهای پولی، ابزارهایی هستند که بر اساس اعتبار یک حکومت، ارزش مبادلاتی یافته و نقش واسطه در معاملات را بازی می‌کنند و خود ارزش ذاتی ندارند؛ ولی سایر کالاها مانند زمین، اتومبیل، طلا و امثال آن نه ارزش خود را از اعتبار یک حکومت گرفته‌اند و نه با سلب اعتبار از سوی حکومت، ارزش و مالیت خود را از دست می‌دهند. ارزش ابزاری و طریقی پول، آن را از سایر کالاها که ارزش ذاتی دارند متمایز می‌سازد و ظاهراً به همین دلیل است که فقهاء امامیه که در باب مضاربه، کالا نبودن سرمایه را شرط صحت مضاربه می‌دانند، هرگونه وجه نقد اعم از داخلی و خارجی یا رایج و غیر رایج را به‌عنوان سرمایه می‌پذیرند و قانون مدنی نیز بر همین اساس از لزوم وجه نقد بودن سرمایه سخن گفته (ماده ۵۴۷ قانون مدنی) که تنها کالاهای ذاتی از شمول آن خارج می‌ماند.

وانگهی در دنیای معاصر هرچند در هر کشور یک وجه رایج و رسمی وجود دارد ولی در برخی معاملات خاص یا معاملات با طرف خارجی ارزهایی چون دلار معیار محاسبه و سنجش به حساب می‌آیند. از سوی دیگر کاهش قدرت خرید که بر اساس آن قانونگذار در برخی موارد خسارت تأخیر تأدیه را تجویز نموده در مورد پول خارجی نیز قابل تصور است. درحالی که چنین مفهومی در مورد کالاهای ذاتی معنا ندارد. این‌ها و دلایل دیگری که تفصیل آن مجال دیگری را می‌طلبد ایجاب می‌کند که قانونگذار همان‌گونه که در باب وجه رایج خسارت تأخیر تأدیه به معنای جبران کاهش قدرت خرید را پذیرفته، در مورد مطلق وجه نقد اعم از پول داخلی یا خارجی نیز چنین حکمی را بپذیرد و از تبعیض فاقد توجیه اقتصادی و علمی پرهیز نماید. به‌طور خلاصه اگر مبنای قانونگذار، کالا محسوب کردن ارز خارجی بوده، این سخن جای تأمل و مناقشه بسیار دارد و جا دارد که از منظر علم اقتصاد نیز این مبنا مورد بررسی قرار گیرد. اما به‌هرحال بر فرض که لازم بدانیم قانونگذار در باب دیون ارزی نیز چاره‌ای بیاندیشد، این «باید» نباید به بهای تحقیر نظم حقوقی حاکم تمام شود و مادام که قانونگذار دست به چنین اصلاحی نزند و قوانین موجود نیز تاب چنین تفسیری را نداشته باشد، چاره‌ای جز تمکین به حکم قانونگذار در اختصاص خسارت تأخیر به دیون ریالی و تلاش برای اصلاح قوانین وجود ندارد. ■

مسئولیت وکیل سرپرست در مقابل اعمال کارآموز*

دکتر نوذر یزدانی

از جمله مسائلی که زیاد درباره آنها گفتگو می‌شود رابطه وکیل سرپرست و کارآموزی است که نزد او به آموختن فنون و رموز وکالت مشغول است.

برای ورود در این بحث لازم است ابتدا عبارات و اصطلاحاتی را که می‌خواهیم درباره آنها صحبت کنیم خوب بشناسیم و مکان و موقعیت آنها را در قوانین و مقررات موجود روشن نماییم.

بنابراین باید دید، وکیل سرپرست کیست؟ و کارآموز کدام است؟ و چه رابطه‌ای بین آنها برقرار است؟ و کدام مسئولیت است که وکیل سرپرست باید جوابگوی آن باشد؟ پاسخ به هر یک از سؤالات فوق، مراجعه به قانون و مقررات موضوعه و نظامات کانون را می‌طلبد. من در حد بضاعت خود اشاره‌ای به هر یک از آنها خواهم نمود.

اول باید دید وکیل سرپرست کیست؟

تا آنجا که من در قانون وکالت و لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری و آیین‌نامه‌های مربوط و قوانین بعدی که در این خصوص وضع شده‌اند مطالعه کردم، تعریفی از وکیل سرپرست ندیدم. شاید مسأله آن قدر بدیهی بوده است که نیازی به ارائه تعریف، احساس نشده است.

و اما در عرف وکالت، وکیل سرپرست به کسی گفته می‌شود که سابقه‌ای در امر وکالت داشته و بتواند تجربیات علمی خود را به شاگردی که به او مراجعه می‌نماید، انتقال دهد و حسن شهرت و صحت عمل او هم، مورد قبول کانون وکلا باشد.

بنابراین وکیل سرپرست، وکیلی است که همانند استاد در نظام صنفی، وظیفه تعلیم و تربیت یک شاگرد تازه وارد به آن صنف را به عهده می‌گیرد و قبول می‌کند که فوت و فن‌ها و نحوه کار عملی را به شاگرد خود انتقال داده و او را آماده پذیرش مسئولیت سنگینی بنماید که عهده‌دار شدن دفاع از حقوق کسانی است که خود مهارت لازم جهت دفاع از حقوق خود را ندارند.

با وصف مراتب، باید رابطه وکیل سرپرست و کارآموز را، رابطه استاد و شاگردی نظام صنفی دانست و چون در چنین نظامی شاگرد مادام که خود بالاستقلال شروع به کار نکرده

* وکیل دادگستری - تهران.

است، مسؤولیتی در قبال ارباب رجوع استاد خود ندارد، ولو این که کار هم به وسیله او انجام شده باشد، چون اساساً طرف معامله با ارباب رجوع نیست، مستقیماً هم مسؤولیتی ندارد. به همین لحاظ است که تبصره ۲ ماده ۸ قانون وکالت مصوب سال ۱۳۱۵ مقرر می‌دارد: «... در صورتی که وکیل در دوره آزمایش، طبق نظامنامه از طرف یکی از وکلا در محاکمات دخالت نماید مسؤولیت اعمال او متوجه وکیلی است که او را تعیین نموده است.» این دقیقاً توصیف همان رابطه‌ای است که در نظام صنفی برای تبیین مسؤولیت استاد و شاگرد مقرر است.

اما اینجانب با اصطلاح وکیل سرپرست مخالف هستم. زیرا متبادر به ذهن از اصطلاح مذکور دو چیز است: اول آمریت و تحت امر بودن کارآموز، دوم ولایت وکیل سرپرست بر کارآموز و عدم استقلال کارآموز؛ در صورتی که در نظام حقوقی فعلی ما، هیچ‌یک از دو مفهوم فوق جاری نیست، زیرا:

قسمت آخر ماده ۳۸ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری که عیناً نقل می‌شود: «... ولی از کارهایی که کارآموز، خود قبول می‌نماید و تحت نظر وکیل سرپرست انجام می‌دهد، می‌تواند حق الزحمه از صاحب کار دریافت نماید.» صراحتاً به کارآموز اجازه داده است که:

اولاً- بالاستقلال و بدون واسطه وکیل سرپرست، وکالت قبول نماید.

ثانیاً- مستقیماً و بلاواسطه، از صاحب کار یعنی موکل، حق الزحمه دریافت نماید.

این دو مطلب آشکارا با مقررات نظام صنفی سنتی مغایرت دارد، زیرا:

اولاً- در نظام صنفی سنتی، شاگرد اساساً طرف رجوع نیست و مراجعات تماماً با استاد است و نتیجتاً شاگرد هم در قبال اعمال خود مسؤولیتی در مقابل ارباب رجوع ندارد و فقط جوابگوی استاد خود می‌باشد.

ثانیاً- در نظام صنفی سنتی، شاگرد حق اخذ حق الزحمه به‌طور مستقیم از صاحب کار را ندارد و مزد خود را فقط از استاد خود دریافت می‌نماید.

ثالثاً- تمام مراتب تعلیم و تربیت کارآموز به‌عهده وکیل سرپرست نیست و بسیاری از مراحل تربیتی از قبیل انجام تحقیقات علمی و ترتیب جلسات سخنرانی و معرفی کارآموز به دادگاه و امثال آن‌ها به‌عهده خود کانون وکلا است و سرپرست در این موارد دخالتی ندارد.

همان‌طور که ملاحظه می‌فرمائید آمریت و تحت امر بودن و حتی ولایت وکیل سرپرست در نظام فعلی ما، برقرار نیست و کارآموز با محدودیت معین، مستقل و مجاز به انجام کارهای وکالتی است.

بنابه مراتب، بنده اعتقاد دارم که به جای اصطلاح وکیل سرپرست، همان‌طوری که در دانشگاه‌ها متداول و مرسوم است اصطلاح وکیل راهنما به کار برده شود و این عبارت با طرز عمل کانون و رفتار متقابل وکیل سرپرست و کارآموز، متناسب‌تر است؛ ولی تا زمانی که قانون اصلاح نشده به کار بردن همین اصطلاح الزامی است و عمقیده بنده در حد یک پیشنهاد باقی خواهد ماند.

مسئله دوم تعریف کارآموز است، که باز هم در قوانین و آیین‌نامه‌های موجود تعریفی برای آن وجود ندارد و با همان تصور بدیهی بودن از کنار آن گذشته و فقط به ذکر اوصافی که باید داشته باشد و یا تکالیفی که باید انجام دهد اکتفا شده است. مع‌الوصف از مجموع مطالب منعکس در قوانین و مقررات مربوطه باید گفت که در حال حاضر کارآموز به کسی گفته می‌شود که علاوه بر داشتن دانشنامه لیسانس در رشته‌های مربوطه و پذیرفته شدن در آزمون ورودی، تمام شرایط مندرج در ماده ۳۱ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری را نیز داشته باشد و رابطه او با وکیل سرپرست نیز همان است که در مقررات مربوطه و مصوبات هیأت مدیره کانون منعکس است و به هیچ وجه آمریت یا ولایت از آن‌ها مستفاد نمی‌شود، بلکه ناظر به هدایت و راهنمایی است.

بنابه مراتب باید مسئولیت وکیل سرپرست یا راهنما را در قبال اعمال کارآموز به دو دسته تقسیم کرد که هر یک از این دو دسته نیز به نوبه خود به دو دسته تقسیم می‌شوند:

اول- در خصوص کارهایی که وکیل سرپرست ارجاع می‌دهد.

الف- مسئولیت در مقابل موکل:

در خصوص کارهایی که وکیل سرپرست شخصاً قبول نموده و انجام آن‌ها را به عهده کارآموز خود واگذار می‌نماید و یا این که کارآموز را همراه خود منفرداً و مجتمعاً وکیل معرفی می‌نماید. که در این موارد مسئولیت تمام اعمال کارآموز، برابر تبصره ۲ ماده ۸ قانون وکالت مصوب سال ۱۳۱۵، برعهده وکیل سرپرست است؛ زیرا در این خصوص موکل ارتباط مستقیمی با کارآموز نداشته و به اعتبار شخصیت و صلاحیت علمی و اجتماعی وکیل سرپرست است که تفویض وکالت نموده است و وکیل سرپرست که انجام بعضی یا تمام کارهای مربوطه را به کارآموز خود واگذار نموده است باید مسئولیت اشتباهات و خطاهای کارآموز خود را هم پذیرا باشد.

ب- مسئولیت در برابر مقامات و اشخاص ثالث:

در این خصوص، کارآموز برابر ماده ۸۸ آیین‌نامه، مسؤول تخلفات خویش است و وکیل سرپرست از جهت عدم نظارت و هدایت کارآموز و در حد عدم رعایت نظامات کانون، مسؤول است.

دوم- درباره کارهایی که خود کارآموز قبول می‌نماید.

الف- مسؤولیت در مقابل موکل:

در خصوص کارهایی که کارآموز، خود قبول کرده و با نظارت و کیل سرپرست انجام می‌دهد. در این جا نظر به این که ماده ۳۸ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری اجازه چنین کاری را به کارآموز داده است و ارباب رجوع یا موکل نیز به اعتبار شخصیت خود کارآموز و اعتمادی که به شخص ایشان داشته است به کارآموز تفویض و کالت نموده است و هیچ گونه ارتباط حقوقی بین وکیل سرپرست و موکل کارآموز وجود ندارد و قوانین و آیین نامه‌ها هم انتظاری جز نظارت بر کار کارآموز و جلوگیری از وقوع اشتباهات بارز از ناحیه ایشان از وکیل سرپرست ندارد، باید گفت که وکیل سرپرست در قبال اعمال کارآموز خود، مسؤولیتی نخواهد داشت.

ب- در مقابل اشخاص ثالث و مقامات قضایی:

همان طور که در شق ۱ نیز متذکر شدیم، مستنداً به ماده ۸۸ آیین نامه، کارآموزان شخصاً از جهت تخلفات انتظامی مشمول آیین نامه هستند و وکیل سرپرست فقط از لحاظ سهل انگاری در انجام وظیفه نظارتی و هدایتی مسؤول خواهد بود. اگر از بابت عدم نظارت و سهل انگاری در جلوگیری از اشتباهات بارز کارآموز، تخلفی واقع شود، آن اعمال خود وکیل سرپرست است نه کارهای کارآموز که مسؤولیت آن متوجه وکیل سرپرست باشد و اصل شخصی بودن جرم و مجازات هم بر همین مطلب دلالت دارد.

و اما در خاتمه لازم می‌دانم یک مطلب را هم ناگفته نگذارم و آن یک تکلیف نانوشته است؛ بدین معنی که مراحل تکوین شخصیت صنفی یک کارآموز که جوان است و ناز، وارد عرصه‌ای شده است که اطلاع چندانی از آن ندارد، در ایامی تکمیل می‌شود که نزد وکیل راهنما یا به اصطلاح قانونی، وکیل سرپرست سپری می‌نماید و الگوی کاری خود را همانند بچه‌ها که از پدر و مادر و معلمین خود می‌گیرند، از وکیل راهنمای خود اخذ می‌نماید و اگر وکیل سرپرست نتواند الگوی مناسبی برای کارآموز خود باشد ولو این که قانوناً هم مسؤول نباشد، در دید جامعه و کالت و حتی اجتماع بزرگ ملی، مسؤول خواهد بود و این مسؤولیتی است که برائت از آن هم در هیچ مرجعی امکان پذیر نیست. ■

اثر ازدواج و طلاق مادر، در

حضانة

از منظر فقهای مذاهب اسلامی

دکتر مرتضیٰ طبیبی جبلی*
فاطمه پیرمرادی**

- قسمت دوم و پایانی -

اهل سنت:

- این گروه از فقهای اهل سنت، برای اثبات نظر خود، ابتدا دلایل دو گروه قبل را رد می‌کنند و سپس دلایل خود را ارائه می‌دهند
- ۱- آیه هو ربانکم الا ان فی حجورکم...^۱ مثبت ادعای گروه سوم نبوده بلکه ناظر به موردی است که طفل فاقد پدر بوده و یا پدرش راضی است که حضانت در اختیار مادر طفل باشد پس این آیه نمی‌تواند مستند دعوی باشد و مدعای گروه سوم را اثبات نماید.
- ۲- روایات
- الف) از جمله روایت ابن ابی موسی از رسول خدا (ص) مبنی بر این که فرموده باشند: انت احق به مالک تنکحی^۲؛ تو برای حضانت طفل مادام که ازدواج نکرده‌ای، احق هستی
- ب) روایت عبدالله بن عمرو از نبی مکرم (ص): انت احق به مالک تنکحی^۳
- ج) روایت ابو هریره از نبی اکرم (ص): الام احق بولدها مالک تنکحی^۴ یعنی مادر برای حضانت فرزند، مادامی که ازدواج نکرده است، احق می‌باشد
- ۳- اجماع: ابن قدامة به نقل از ابن منذر مدعی است که فقهای اسلام، بر سقوط حق حضانت مادر به هنگام ازدواج، اجماع دارند.
- ۴- قضاوت شریح قاضی: شریح قاضی نیز در موردی، به سقوط حضانت مادری که ازدواج نموده بود، حکم کرد.
- ۵- مالک^۵، شافعی^۶ و ابوحنفیه^۷ از ائمه اهل سنت، نیز چنین نظر دارند.

۵ استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان - وکیل دادگستری.

۵۵ دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد.

۱- آیه ۲۳ سوره نساء.

۲- مستدرک الوسائل، باب ۵۸ من ابواب احکام الاولاد حدیث ۵ و ۶.

۳- سنن ابن داود، ج ۲، ص ۲۸۳ حدیث ۲۲۷۶.

۴- سنن احمد، ج ۲ ص ۲۰۳.

۵- عبد الله ابن قدامة، المغنی، ج ۱۱ ص ۵۲۱ (فقه حنبلی).

۶- همان و ابی ذکریا محیی الدین بن شرف النووی، المجموع ج ۱۸ ص ۳۲۵ (فقه شافعی).

۷- عبد الله ابن قدامة، المغنی، ج ۱۱ ص ۵۲۱ (فقه حنبلی).

۶- تراحم حقوق شوهر با حقوق طفل^۸؛ وقتی زنی شوهر می‌کند، باید در زندگی جدیدش وظایف زناشویی را انجام دهد و در هنگام تراحم این دو حق، حقوق زوجیت اهم بوده و بر حق حضانت اولویت دارد به عبارت دیگر اگر زن حاضنه هنگامی که ازدواج کند همچنان حضانت طفل را برعهده داشته باشد موجب می‌شود که زن هم مسؤولیت رعایت حقوق شوهر خود را داشته باشد و هم مسؤولیت حضانت طفل را و رعایت حقوق شوهر مقدم بر رعایت حقوق طفل است بنابر این پدر طفل مقدم خواهد بود. طرفداران این نظر، در توجیه روایت مربوط به دختر حمزه سیدالشهداء (که قبلاً بدان اشاره شد) توجیهاتی ارائه کرده‌اند، این‌ها که خود به دو دسته تقسیم می‌شوند، می‌گویند: روایتی که گروه دوم و سوم به آن استناد کرده‌اند، مثبت دعوی‌شان نمی‌باشد ولی دلایل هر یک، متفاوت است برخی به این دلیل که مسأله مربوط به خاله طفل و پسر عمومی طفل یعنی جعفر طیار می‌باشد و خاله با وجود متأهل بودن بالفعل صلاحیت حضانت طفل را دارد زیرا شوهرش اجنبی از طفل نبوده و جعفر نیز لااقل بالقوه صلاحیت حضانت طفل را دارا می‌باشد بنابر این، این نوع تأهل، ضرری به صلاحیت زن متأهل برای عهده دار شدن یا استمرار حضانت نخواهد زد.^۹ و مسقط حق حضانت نمی‌باشد، و برخی دیگر روایت را بدین بیان توجیه می‌کنند: این روایت ناظر به زمانی است که زن واجد شرایط غیر متزوجی وجود نداشته که حضانت طفل به وی واگذار شود لذا به ناچار حضانت منحصر در این فرد یعنی خاله شده و دختر بیچه در اختیارش قرار گرفته است.^{۱۰}

۷- دلیل دیگر این که اساساً تمام وقت زن به جز وقت عبادتش، متعلق به شوهرش می‌باشد پس برداختن به حضانت مانع ادای حقوق شوهر می‌شود.^{۱۱} زیرا حقوق زوجیت و حق حضانت در این جا مانع الجمع می‌باشند

۸- ام سلمه مادر زینب و همچنین خاله دختر حمزه سید الشهداء، با وجود این که متأهل بودند، حضانت طفل را عهده‌دار شدند، ولی این دو واقعه دلیل عدم سقوط حضانت زن، وقتی اقدام به ازدواج می‌کند، نمی‌تواند قلمداد گردد زیرا این دو روایت ناظر به مواردی است که هیچ زنی که متأهل نباشد و واجد شرایط برای تصدی حضانت این اطفال باشد، وجود نداشته است پس نمی‌تواند مثبت ادعای گروه‌های دوم و سوم باشد.^{۱۲}

۸- ابی ذکریا محیی‌الدین بن شرف النووی، المجموع ج ۱۸ ص ۳۲۵ (فقه شافعی)، سرخسی، المبسوط (فقه حنفی)، ج ۴، ص ۲۲۱، ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۱.

۹- عبدالله ابن قدامه، المغنی، ج ۱۱ ص ۵۲۱ (فقه حنبلی).

۱۰- ابی ذکریا محیی‌الدین بن شرف النووی، المجموع ج ۱۸ ص ۳۲۵ (فقه شافعی).

۱۱- همان.

۱۲- همان.

و باعنایت به دلایل مطروحه این دسته از فقهای اهل سنت، معتقد به سقوط حضانت مادر، پس از ازدواج می‌باشند

امامیه:

مشهور فقهای امامیه^{۱۳} بر این اعتقادند که: مادر، حضانت پسر بچه را تا دو سال و دختر بچه را تا هفت سال عهده‌دار خواهد بود^{۱۴}. البته این حضانت مشروط به شرایطی است از جمله این که مادر، ازدواج نکند.

مسأله سقوط حضانت مادر، وقتی با مرد دیگری، ازدواج نماید، از مسائلی است که تقریباً همه فقهای امامیه بر آن اتفاق نظر دارند، برای مثال: در ضرورت اشتراط عدم تزویج، صاحب جواهر چنین گفته است: خلافتی (بین فقهای امامیه ط) در این مورد نیافتم بلکه در مسالک الافهام^{۱۵}، ادعای اجماع بر آن شده است و این اجماع، با توجه به روایات متعددی^{۱۶} که از طریق نبی مکرم اسلام صلی الله علیه و آله و سلم و حضرات ائمه معصومین سلام الله علیهم اجمعین، در این خصوص نقل شده، حجت و معتبر است.^{۱۷} بلکه به استناد فحوائی روایت داود رقی^{۱۸} و همچنین با تقویت شدن و معاضدت این دسته از روایات با روایات نبوی^{۱۹} که از طریق اهل سنت

۱۳- برای نمونه به منابع زیر مراجعه شود: ابن حمزة طوسی، الوسيلة، ص ۲۸۸ و محقق حلّی، المختصر النافع، ص ۱۹۴ و فضل آبی، کشف الرموز، ج ۲ ص ۲۰۰ و علامه حلّی، قواعد الاحکام، ج ۳ ص ۱۰۱ و شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص ۱۷۶ و شهید ثانی، شرح اللمعة، ج ۵، ۴۵۷ و شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰. ۱۴- قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۹ از نظر مشهور فقهای امامیه تعین کرده است (برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت پس از انقضاء این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود.

۱۵- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۴۳۵.

۱۶- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعة، باب ۷۳ من ابواب احکام الاولاد، حدیث ۱ و ۲ و ۳ و همان باب ۸۱ من ابواب احکام الاولاد، حدیث ۴ و ۵ و ۶ و ۷، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۵ اثر رقم ۱۳۰۳.

۱۷- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۳.

۱۸- عن امرأة حرة نکحت عبداً فولد لها اولاداً ثم انه طلقها فلم تقم مع ولدها و تزوجت، فلما بلغ العبد انها تزوجت، اراد ان یأخذ ولده منها و قال انا احق بهم منك ان تزوجت فقال لیس للعبد ان یأخذ منها ولدها و ان تزوجت حتی یتقی می احق بولد هانمه مادام مملوکاً فاذا اعتق فهو احق بهم منها یعنی زن حری، بایردهای ازدواج کرد و سپس دارای چند فرزند شدند بعد شوهر زنش را طلاق داد و زن با دیگری، ازدواج نمود، مرد خواست فرزندانش را با این استدلال که تو ازدواج کرده‌ای و حق حضانت ساقط شده است، از او بگیرد، ولی امام فرمودند: مادامی که عید هست و آزاد نشده مادر حتی اگر ازدواج کرده باشد، حق به حضانت است ولی عید اگر آزاد شد، نسبت به حضانت فرزندانش احق خواهد بود. (شیخ حر عاملی، وسائل، باب ۷۳، من ابواب احکام الاولاد الحدیث الثانی، شیخ کلینی، کافی، ج ۶ ص ۴۵.

۱۹- قال النبی صلی الله علیه و آله: " الأم احق ببعضانہ ابنها ما لم تنزوج" یعنی مادر، مادامی که ازدواج نکرده، برای حضانت فرزندش، احق است (المستدرک الباب- باب ۵۸، من ابواب احکام الاولاد الحدیث ۵) و فی آخر " ان امرأة قالت یا رسول الله ان ابني هذا کان یطنی له و عاء و تدیی له سقاء و حبری له حواء و ان اباه طلقنی و اراد ان یتزعه منی، فقال لها النبی صلی الله علیه و آله: أنت احق به ما لم تنکحی" (یعنی زنی خدمت رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم، عرض کرد: این فرزندم هست، شکم طرف او (برای رشد و نمو) بوده و سینه‌هایم سقایی او و دامانم خانه او بوده یا خاتمام حریم او بوده حال پدرش مرا طلاق داده و گمان نموده می‌تواند او را از من ←

بدین مضمون نقل شده است به ضرورت وجود اشتراط عدم تزویج مادر حاضنه، پی‌می‌بریم^{۲۰} اما این که برخی دلیل سقوط حق حضانت مادر را چنین بیان کرده‌اند که: وقتی زنی با مردی ازدواج می‌کند ملزم به رعایت حقوق زوجیت می‌باشد و این امر مانع اشتغال به حضانت خواهد شد^{۲۱}، گفته می‌شود، با وجود اجماع و نصوص، اولاً نیازی به این دلیل نیست، ثانیاً: این دلیل، از استحکام لازم برخوردار نمی‌باشد زیرا چه بسا استدلال شود که اساساً حضانت تراحمی با حقوق زوجیت ندارد و مانع الجمع نمی‌باشند یا لزوم رعایت حقوق زوجیت، منافاتی با حق حضانت ندارد مضافاً به این که ظاهر نص و اجماع دلالت بر این دارد که به صرف اجرای صیغه عقد نکاح، حضانت ساقط می‌شود به تعبیر روشن‌تر، وقتی هنوز دخولی صورت نگرفته و عملاً زندگی زناشویی شروع نشده تا زن ملزم به رعایت حقوق زندگی مشترک باشد، فقط به صرف اجرای صیغه عقد نکاح، حضانت زن، ساقط می‌شود بلکه اگر زوج جدید، به زن اذن به حضانت فرزندش را داده باشد و به طریقی، شرعاً و قانوناً ملزم به عدم رجوع از اذن خود باشد یا زن طوری وظایف زناشویی را انجام دهد که هیچ منافات و تراحمی با حقوق زندگی مشترک و حقوق شوهر نداشته باشد، یا این که بالاخره ازدواج طوری صورت پذیرد، که هیچ منافاتی با حضانت نداشته باشد، باز ظاهر نص و اجماع، متضمن این مطلب است که در همه این موارد، به صرف اجرای صیغه نکاح، حضانت ساقط می‌شود^{۲۲}.

قسمت دوم: وضعیت حضانت مادر مطلقه

چنانچه قبلاً اشاره شد، فقهای مذاهب اسلامی ابتدا در مورد امکان ساقط شدن حق حضانت مادر هنگام ازدواج با مرد دیگری، اختلاف نظر دارند، آن دسته^{۲۳} که ازدواج را مطلقاً یا در مورد دختر بچه، مسقط حق حضانت نمی‌دانند، موضعشان در پاسخ به سؤال حاضر کاملاً روشن است زیرا وقتی ازدواج مسقط حق حضانت نباشد، دیگر با طلاق اتفاق خاصی نمی‌افتد که تردید در استمرار این حق بشود یا به عبارت بهتر، به قیاس اولویت، حق حضانت بعد از طلاق وجود خواهد داشت. اما گروه دیگر، یعنی آن‌هایی که معتقدند به استناد نص و اجماع، به محض ازدواج، حق حضانت زن ساقط می‌شود خود، درخصوص بازگشت حضانت بعد از طلاق اختلاف نظر دارند لذا نظرات هر دسته از فقهای شیعه و سنی از این گروه ذیل در این مورد بیان می‌شود.

بگیرد، پیامبر (ص) فرمودند: تا وقتی ازدواج نکرده‌ای، (برای حضانت فرزند)، تو احن هستی. (سنن البیهقی ج ۵ ص ۴) و (مسند رک الوسان، باب ۵۸ من ابواب احکام الاولاد حدیث ۵ و ۶)
 ۲۰- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱ ص ۲۹۰.
 ۲۱- شهید ثانی، شرح اللمعة، ج ۵، ص ۴۶۳ و فاضل هندی، کشف القناع، ج ۷ ص ۵۵۳ و محقق بحرانی، حدائق الناصرة، ج ۲۵ ص ۹۲.
 ۲۲- قاضی ابن البراج، المهذب، به نقل از الینایع الفقهیة - علی اصغر مروارید - ج ۱۸ صفحه ۱۹۵.
 ۲۳- مثل حسن بصری (رجوع شود به النووی، المجموع، ج ۱۸، ص ۳۲۵ (فقه شافعی)).

اهل سنت

اغلب فقهای اهل سنت، در مورد امکان بازگشت حق حضانت مادر حاضنه، بعد از مطلقه شدن، با استناد به روایات^{۲۴} بر این باورند که هنگام طلاق، حضانت به مادر برمی گردد^{۲۵} اینها به مفهوم مخالف غایت، در نبوی مشهور (انت احق به مالم تنکحی یا الام احق به مالم تزوج^{۲۶}) برای اثبات نظر خود، استناد می کنند.

این دسته از فقهای اهل سنت با پذیرش اصل امکان عود حضانت به مادر، در جزئیات اختلاف نظر دارند: برخی معتقدند، مطلقاً و به صرف اجرای صیغه طلاق، حضانت برمی گردد^{۲۷} و برخی گمان می کنند قبل از انقضای عده در طلاق رجعی، حضانت بر نمی گردد^{۲۸} و در مقابل برخی مثل امام مالک و پیروان مکتب او اساساً معتقدند حق حضانت با ازدواج مادر، به استناد اجماع و روایات، از بین رفته و ساقط گردیده^{۲۹} و بعد از وقوع طلاق، به علت این که دلیلی برای عود آن، وجود ندارد عدم آن استصحاب می شود.^{۳۰}

ولی در مقابل برخی از فقهای اهل سنت^{۳۱} مثل امام مالک و پیروانش، معتقدند با نکاح حق حضانت به دلیل اجماع و روایات، ساقط می شود. برخی از فقهای مالکی که در همین گروه قرار دارند با وجود این که منکر اصل بازگشت حضانت ساقط شده، می باشند^{۳۲} در فتوای خود قائل به استثنایی شده اند به این بیان که: اگر کسی که جایگزین مادر شده است فردی مثل پدر، به دلایلی مثل بیماری، یا سفر حج، یا اگر زن است مثل مادر بزرگ، ازدواج کرده باشد و مانعی برای استمرار حضانت پیدا کند، در این صورت مادری که با ازدواج، حضانتش را از دست داده است، به دلیل وجود مانع برای استمرار حضانت جانشینش، حضانتش عود می کند.^{۳۳}

۲۴- روایت ابوهریره و عمرو بن عاص (سنن احمد بن حنبل، ج ۲، ص ۲۰۳) و روایت عبدالله بن عمر (سنن ابن داود، ج ۲، ص ۲۸۳ حدیث ۲۲۷۶).

۲۵- شیخ طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۳.

۲۶- سنن البیهقی ج ۸ ص ۴ و مستدرک الوسائل، باب ۵۸ من ابواب احکام الاولاد حدیث ۵ و ۶.

۲۷- از جمله این دسته، شافعی است (علی بن محمد القمی، جامع الخلاف و الوفاق، ص ۵۱۲ و الوجیز، ج ۲، ص ۱۱۸ و التووی، المجموع، ج ۱۸، ص ۳۲۵ (فقه حنبلی) و السراج الوهاج ص ۴۷۴ و ابن قدامة، ج ۹، ص ۳۰۷) و شافعی، الام، ج ۵، ص ۹۲.

۲۸- این نظر ابوحنیفه و المزنی است (رجوع شود به شیخ طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۳).

۲۹- لان النکاح ایطل حقها زیرا نکاح، حق حضانت مادر حاضنه را از بین برد و باطل نمود (رجوع شود به ابن قدامة، المغنی، ج ۹، ص ۳۰۷ (فقه حنبلی) و التووی، المجموع، ج ۱۸، ص ۳۲۵ (فقه شافعی) و علی بن محمد القمی، جامع الخلاف و الوفاق، ص ۵۱۲).

۳۰- الخطاب الرعینی، مواهب الجلیل، ج ۵، ص ۵۹۹ (فقه مالکی) و ابن عابدین، حاشیه رد المختار (فقه حنفی)، ج ۳، ص ۶۱۴ (فقه حنفی).

۳۱- عبدالله ابن قدامة، المغنی، ج ۹، ص ۳۰۷ (فقه حنبلی) و التووی، المجموع، ج ۱۸، ص ۳۲۵ (فقه شافعی).

۳۲- ابن قدامة، المغنی، ج ۹، ص ۳۰۷ (فقه حنبلی) و التووی، المجموع، ج ۱۸، ص ۳۲۵ (فقه شافعی).

۳۳- ابوالبرکات، الشرح الکبیر، ج ۲، ص ۵۳۲ (فقه مالکی).

مشهور فقهای امامیه نیز به استناد روایات^{۳۴}، معتقدند با طلاق، حضانت ساقط شده برمی‌گردد اینان نیز در جزئیات اختلاف نظر دارند برخی^{۳۵} معتقدند به محض این‌که صیغه طلاق جاری شود، حضانت زن به دلیل وجود مقتضی و مرتفع شدن مانع، بازمی‌گردد با این توضیح که اساساً مادر در زمان‌های مقرر (تا دو سال و یا تا پنج سال)، مقتضی برای داشتن حق حضانت را دارا می‌باشد و به محض این‌که ازدواج نمود، مانعی برای تحقق مقتضی یا استمرار عمل مقتضی به وجود می‌آید بنابر این هنگامی که زن حاضنه، مطلقه شد، این مانع مرتفع شده و مقتضی کما فی السابق عمل کرده و زن نسبت به حضانت طفل، احق خواهد بود. بنابراین، به صرف اجرای صیغه طلاق بان، حق حضانت به زن باز می‌گردد ولی اگر طلاق رجعی باشد، پس از انقضای مدت عده، حق حضانت به زن باز خواهد گشت ولی این احتمال هم وجود دارد که بگوئیم: اجرای صیغه طلاق رجعی موجب بازگشت حق حضانت به زن می‌شود و نیازی به انقضای عده نیست^{۳۶} زیرا وقتی طلاق جاری شد، دیگر زن اشتغالی به وظایف زناشویی ندارد تا مانعی برای عمل کردن مقتضی وجود داشته باشد.

در مقابل مشهور، ابن ادریس از فقهای امامیه بر این باور بوده که به صرف اجرای صیغه طلاق، حضانت به زن باز نمی‌گردد از دیدگاه اینان، با ازدواج، حق حضانت ساقط می‌شود و سقوط آن در زمان اجرای صیغه طلاق، استصحاب می‌شود بنابراین دلیلی بر بازگشت حق حضانت به مادر، وجود ندارد.^{۳۷}

نتیجه

در مقاله حاضر با نظرات مختلف و آراء متفاوت فقهای مذاهب اسلامی آشنا شدیم و معلوم گردید اکثریت فریب به اتفاق همه مذاهب اسلامی (امامی، شافعی، حنفی، مالکی، حنبلی و ظاهری) به استناد روایات و احیاناً دلایل دیگر، معتقدند حق حضانت مادر حاضنه، با ازدواج ساقط می‌شود و چنانچه مادر، بعد از ازدواج، به عللی، مطلقه گردد، به محض اجرای صیغه طلاق بنابر قولی یا در طلاق رجعی بعد از انقضای عده، بنابر قولی دیگر، حق حضانت به وی برمی‌گردد زیرا مانع برای ادامه عمل مقتضی مرتفع شده است و حق حضانتی که وجود داشته مجدداً عود می‌کند. ■

۳۴- روایت داود الرقی (کلبی، الکافی، ج ۵ ص ۴۵، حدیث ۵ و حرعاملی، الوسائل، ج ۱۵، ص ۱۸۱ باب ۷۳ حدیث ۲) و روایت صحیحۃ فضیل بن یسار (القیه، ج ۳، ص ۲۷۵، حدیث ۳) و روایت مقطوعه جمیل و ابن بکر (کلبی، الکافی، ج ۵، ص ۴۹۲، حدیث یک).

۳۵- الخلاف، شیخ طوسی، ج ۵، ص ۱۳۳ و ابن حمزه طوسی، الوسیله، ص ۲۸۸.

۳۶- علامه حلی، ارشاد الاذهان، ج ۲، ص ۴۰، علی بن محمد القمی، جامع الخلاف و الوفاق، ص ۵۱۲.

۳۷- ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۱ و علامه حلی، مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۹ و شهید ثانی، شرح اللمعه، ج ۵، ص ۴۶۳.

فهرست منابع

- ابن الأشعث سجستاني، ابي داود سليمان، سنن ابي داود، بي جا، دارالفكر لطباعة والنشر و التوزيع، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ.ق.
- ابن حمزة الطوسي، عماد الدين ابي جعفر محمد بن علي، الوسيلة الي نيل الفضيلة، قم، منشورات مكتبة آية الله العظمى مرعشي النجفي، چاپ اول، ۱۴۰۸هـ.ق.
- ابن ادریس الحلبي، ابي جعفر محمد بن منصور بن احمد، السرائر، قم، مؤسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، چاپ دوم، ۱۴۱۰.
- ابن البراج القاضي الطرابلسي، عبدالعزيز، المهذب، قم، مؤسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۴۰۶.
- ابن حزم، ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم، المحلى، بيروت، دارالفكر، بي تا.
- ابن قدامة، ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، بيروت، دارالكتاب العربي للنشر و التوزيع، بي تا.
- ابن عابدين، محمد امين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، بيروت، دارالكفكر للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ اول، ۱۴۱۵هـ.ق.
- ابن العلامة، ابي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر، ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، قم، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۳۸۷هـ.ق.
- ابوالبركات، احمد الدردير، الشرح الكبير، بي جا، دارالاحياء الكتب العربية، بي تا.
- احمد بن حنبل، مستند احمد بن حنبل، بيروت، دار صادر، بي تا.
- البحراني، الشيخ يوسف، الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة، قم، مؤسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ج ۲۵، ص ۸۳.
- البهوتي الحنبلي، الشيخ منصور بن يونس، كشاف القناع، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، چاپ اول، ۱۴۱۸هـ.ق.
- الحر العاملي، الشيخ محمد بن الحسن، وسائل الشيعة الي تحصيل مسائل الشريعة، بيروت، مؤسسه آل البيت لاحياء التراث، چاپ دوم، ۱۴۱۴هـ.ق.
- الحلبي، العلامة ابي منصور الحسن بن يوسف المطهر الاسدي، مختلف الشيعة، قم، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ.ق.
- تحرير الاحكام، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰هـ.ق.
- ارشاد الاذهان، قم، مؤسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ.ق.
- قواعد الاحكام، قم، مؤسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ.ق.
- الحلبي، المحقق ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹هـ.ق.
- المختصر النافع في فقه الامامية، تهران، قسم الدراسات الاسلاميه في مؤسسه البعث، ۱۴۱۰هـ.ق.
- الحلبي، جمال الدين، ابي العباس احمد بن محمد بن فهد، المهذب البارع في شرح المختصر النافع، قم، مؤسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۷هـ.ق.
- الرعيني، الخطاب، مواهب الجليل، بيروت، دارالكتب العلمية، چاپ اول، ۱۴۱۶هـ.ق.

- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، بيروت، دارالمعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٠٦.
- الشافعي، ابي عبدالله محمد بن ادريس، الام، بيروت، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ دوم، ١٤٠٣.
- الشرييني الخطيب القاهري الشافعي، شمس الدين محمد بن احمد، معنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، بيروت، داراحياء التراث العربي، ١٣٧٧هـ.ق.
- الشهيد اول، محمد بن جمال الدين مكى العاملى، اللمعة دمشقية، قم، دارالفكر، چاپ اول، ١٤١١هـ.ق.
- الشهيد ثانى، محمد بن جمال الدين مكى العاملى، مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامية، چاپ اول، ١٤١٣.
- الشهيد ثانى، محمد بن جمال الدين مكى العاملى، شرح اللمعة، نجف، منشورات جامعة النجف الدينية، چاپ دوم، ١٣٩٨هـ.ق.
- الصدوق، الشيخ ابي جعفر محمد بن على بن الحسين بن بابويه القمى، من لا يحضره الفقيه، قم، مؤسسة النشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين، چاپ دوم، بى تا.
- الطوسى، ابي جعفر محمد بن الحسن، الخلاف، قم، مؤسسة النشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين، بى تا.
- الفاضل الآبى، زين الدين ابي على الحسن بن ابي طالب، كشف الرموز فى شرح المختصر النافع، قم، مؤسسه نشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ١٤٠٨هـ.ق.
- الفاضل هندى، الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسن الاصفهاني، كشف اللثام عن قواعد الاحكام، قم، مؤسسة النشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين، چاپ اول، ١٤١٦هـ.ق.
- الفمى السيزوارى، شيخ على بن محمد، جامع الخلاف و الوفاق بين الامامية و بين ائمة الحجاز و العراق، تهران، انتشارات زمينه سازان ظهور امام عصر (عج)، چاپ اول، بى تا.
- الكليني، الشيخ ابي جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق، الكافي، طهران، دارالكتب الاسلامية، چاپ پنجم، ١٣٦٣هـ.ش.
- الكلپايگانى، سيد محمد رضا، هداية العباد، قم، دارالقرآن الكريم، چاپ اول، ١٤١٣هـ.ق.
- المروريد، على اصغر، التبايع الفقيهية، بيروت، الدار الاسلامية، چاپ اول، ١٤١٠هـ.ق.
- التجفى، شيخ محمد حسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، طهران، دارالكتب الاسلامية، چاپ دوم، ١٣٦٥.
- التورى طبرى، ميرزا حسين، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بيروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، لاحياء التراث، چاپ اول، ١٤٠٨هـ.ق.
- النووى دمشقى، ابي ذكريا محبى الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، بى جا، دارالفكر، بى تا.

تفسیر تقنین

حیات عمومی دیوان عالی کشور

پرویز علی پناه

به دنبال اختلاف شعبه ۲۷ و ۳۳ دیوان عالی کشور در زمینه صلاحیت دادگاه کیفری استان در رسیدگی به دیگر جرائم ارتكابی متهم، به نحو توأم با جرمی که در صلاحیت دادگاه کیفری استان می باشد، دیوان عالی کشور در رأی شماره ۷۰۹ - ۱۳۸۷/۱۱/۱ در سه بند چنین انشاء حکم نموده است:

(یادآوری: موضوع اختلاف، منحصر به جرم لواط به عنوان جرم مستوجب مجازات شدید و تفخید و آدم ربایی به عنوان جرم مستوجب مجازات خفیف بوده است.)

۱- در صورتی که یکی از اتهامات متهم، از جرائمی باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه کیفری استان است، این دادگاه باید به اتهامات دیگر او نیز که در صلاحیت دادگاه عمومی است، رسیدگی نماید.

۲- چنانچه بزهی به اعتبار ترتب یکی از مجازات های مندرج در تبصره الحاقی به ماده ۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸، در دادگاه کیفری استان مطرح گردد و دادگاه پس از رسیدگی تشخیص دهد عمل ارتكابی عنوان مجرمانه دیگری دارد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه عمومی جزائی است، این امر موجب نفی صلاحیت دادگاه نخواهد بود و باید به این بزه رسیدگی و حکم مقتضی صادر نماید.

۳- آراء دادگاه کیفری استان در موارد فوق قابل تجدیدنظر در دیوان عالی کشور هستند.

با اعتقاد به این اصل که **نقیصه قانون را نمی توان با تفسیر غلط و استخراج حکم بدون اتکا بر مقدمات عقلی و قانونی، برطرف نمود و رفع اشکالات موجود در سیستم تعدد مراجع رسیدگی نخستین به دعاوی، جز از طریق تصویب قانون با لحاظ تمام جوانب امر توسط متخصص فن، ممکن نیست**، به بیان نقاط ضعف و ایرادهای عملی رأی وحدت رویه ۷۰۹ می پردازم:

الف- محدوده اختیار هیأت عمومی دیوان عالی کشور:

مستندات قانونی در باب حدود اختیارات دیوان عالی کشور، ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ع.ا. در

وکیل دادگستری-کرمانشاه.

امور کیفری، قانون مربوط به وحدت رویه قضائی مصوب تیرماه ۱۳۲۸ و ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب یکم مرداد ماه ۱۳۳۷، می‌باشد.

صرف نظر از بقاء یا نسخ قانون مربوط به وحدت رویه و ماده ۳ از مواد اضافه شده... نکته حائز اهمیت در تمام قوانین یادشده این است که هیأت عمومی دیوان عالی کشور جز در **موضوع مختلف‌فیه**، حق اظهار نظر ندارد!

به دیگر سخن، دیوان عالی کشور می‌بایست موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم نماید و از بیان حکم در سایر موارد یا به نحو کلی خودداری نماید.

بیان عقیده دیوان می‌تواند به صورت تأیید نظر یکی از مراجع و یا بیان حکمی ثالث و متفاوت از نظر مراجعی باشد که در باب موضوع واحد نظرات مختلف ابراز نموده‌اند.

این اختیار، مبتنی بر جایگاه حقوقی هیأت عمومی و رأی وحدت رویه است. وظیفه و اختیار هیأت عمومی، تنها تفسیر قوانین و بیان مراد مقنن است و هرگز نمی‌تواند در مقام وضع قانون باشد.

تکلیف پذیرش نظر هیأت عمومی توسط تمام مراجع، بر خلاف اصل استقلال قضایی در صدور رأی، به سبب قرار گرفتن رأی وحدت رویه تحت عنوان «در حکم قانون»، به موجب قانون است!

آنچه که به موجب قانون، اثر قانون را کسب می‌کند، ضرورتاً قانون به معنای خاص نبوده و مقامی که حق بیان چنین حکمی را دارد نیز، قانونگذار تلقی نمی‌شود.

لذا، بیان نظر مقنن در موضوعی، بیش از آن‌چه که مورد اختلاف دادگاه‌ها و یا شعب دیوان عالی کشور بوده است، خارج از حدود وظایف و اختیارات هیأت عمومی است و به حکم عقل، اثری بر آن مترتب نیست.

با وصف موجود، مسلم است که هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در بیان احکام دوم و سوم یعنی تکلیف اظهار نظر دادگاه‌های کیفری استان پس از رسیدگی در هر حال و تحت هر شرایط و قابلیت تجدیدنظر رأی در دیوان عالی کشور در تمام موارد، خارج از حدود صلاحیت و اختیار خویش اقدام نموده و این دو حکم، صرف نظر از درستی یا نادرستی آن، برای مراجع قضائی لازم الاتباع نخواهد بود!

به علاوه، رأی هیأت عمومی دیوان هرگز نباید جنبه کلی داشته و متضمن حکم کلی و عام باشد، بلکه باید به همان مورد اختلاف، اختصاص داشته و تنها در باب همان موضوع باشد؛ در حالی که موضوع احکام دوم و سوم مندرج در رأی هیأت عمومی، اصولاً محل اختلاف شعب دیوان نبوده و بیان دو حکم کلی برای دو موضوع یادشده، مصداق بارز قانونگذاری و خارج از حدود اختیارات هیأت عمومی است!

ب- عدم توجه به اصل انحصار رسیدگی دادگاه‌های نخستین به جرائم مندرج در کیفرخواست:

بند ج از ماده ۱۴ اصلاحی ق.ت.د.ع.ا. اختیار و صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های عمومی جزائی و انقلاب را «فقط به جرائم مندرج در کیفرخواست» منحصر نموده است. آیین

رسیدگی در دادگاه‌های کیفری استان نیز، بنا بر قسمت پایانی تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون یادشده، همان آیین رسیدگی در دادگاه‌های عمومی عنوان شده است.

بنابراین، مادام که کیفرخواستی صادر نشده باشد، هیچ دادگاهی حق ورود و رسیدگی به دعوی کیفری را ندارد.

به دیگر سخن، زمانی دادگاه اختیار و تکلیف رسیدگی به شکایات و اتهامات وارده بر متهم را دارد که در این باب از ناحیه دادرسی ادعای تنظیم شده و حسب درخواست دادستانی به دادگاه صالحه، ارجاع شده باشد.

بر این اصل استثنائاتی به شرح تبصره ۳ ماده ۳ اصلاحی ق.ت.د.ع.ا، وارد شده است.

به موجب این تبصره جرائم مشمول حد زنا یا لواط و همچنین جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها فقط تا سه ماه حبس و یا جزای نقدی تا یک میلیون ریال می‌باشد و جرائم اطفال مستقیماً در دادگاه‌های مربوط مطرح می‌شود.

هیأت عمومی دیوان، در رأی وحدت رویه شماره ۷۰۹، به نحو کلی دادگاه کیفری استان را در رسیدگی به سایر اتهامات وارده بر متهم که در صلاحیت دادگاه عمومی باشد، صالح دانسته است و حال آن که عمل به این حکم کلی، در موارد بسیاری مواجه با اشکال جدی است! از جمله این موارد عبارتند از:

۱- پرونده‌های مختلف ممکن است در زمان واحد در مراجع مختلف اعم از دادسرا، دادگاه عمومی جزائی و دادگاه کیفری استان در حال رسیدگی باشند.

هنگامی که دادسرا در حال تعقیب و رسیدگی به اتهام شخصی است که این شخص در همان زمان به یک اتهام در دادگاه عمومی و به اتهام دیگر نیز در دادگاه کیفری استان تحت تعقیب و محاکمه قرار دارد، چگونه و با چه راهکاری می‌توان دادگاه کیفری استان را مکلف به رسیدگی به تمام جرائم نمود؟!

۲- پرونده‌های بدون کیفرخواست که حسب حکم تبصره ۳ ماده ۳ اصلاحی ق.ت.د.ع.ا، بی‌نیاز از صدور کیفرخواست، به دادگاه ارجاع می‌شوند نیز قابلیت جمع با سایر پرونده‌های محتاج کیفرخواست را ندارند؛ زیرا قائل شدن به رسیدگی توأم، مستلزم تعطیل نمودن امر رسیدگی در دادگاه تا زمان نامعلوم و اتخاذ تصمیم نهایی نامشخص، در دادسرا می‌باشد!

حکم کلی رسیدگی توأم دادگاه کیفری استان به تمام جرائم، به سبب امکان تفاوت بسیار در زمان تشکیل پرونده‌ها، لزوم صدور کیفرخواست و ارجاع پرونده به دادگاه کیفری استان، در بسیاری از موارد قابلیت اجراء نداشته و در بسیاری دیگر از موارد، به سختی امکان پذیر است.

۳- اختیار دادگاه در رسیدگی و صدور حکم، براساس تشخیص قضایی خود، به جرائمی که در صلاحیت دادگاه عمومی قرار دارند، تنها منحصر به موردی است که این تشخیص پس از اعلام ختم دادرسی صورت گیرد و الا قبل از اعلام ختم دادرسی، دادگاه کیفری استان هرگز قادر به نفی قواعد راجع به صلاحیت نیست.

متأسفانه، هیأت عمومی این موضوع مهم را در رأی صادره نادیده گرفته و تکلیف دادگاه کیفری استان را مقید به «پس از رسیدگی...» نموده است و حال آن که در قوانین سابق بر آن، از جمله تبصره ۱ ماده ۷ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲، تکلیف دادگاه منحصر به زمان پس از اعلام ختم دادرسی شده و در سایر مراحل تا قبل از اعلام ختم دادرسی، دادگاه مکلف به رعایت قواعد صلاحیت و نوع نسبی آن بوده است.

در هر حال، با توجه به این که باید قائل به رعایت تمام اصول حاکم بر صلاحیت باشیم، با لحاظ این اصل که تشخیص صلاحیت با دادگاه رسیدگی کننده است و همچنین این اصل که پس از اعلام ختم دادرسی هیچ اظهارنظری، جز در ماهیت، ممکن نیست (ماده ۲۹۵ ق.آ.د.م. و ۲۱۲ ق.آ.د.ک) این حکم کلی مقرر در رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز با اصول اولیه دادرسی مخالفت دارد، مگر آن که اصطلاح پس از رسیدگی را معادل پس از اعلام ختم دادرسی تلقی نمایم؟!

۴- اگر دادگاه کیفری استان در حال رسیدگی به جرائم بدون کیفرخواست باشد و نوع جرم را از جمله جرائم مستلزم تنظیم کیفرخواست تشخیص دهد، چگونه می‌توان قائل به اختیار و توانایی دادگاه در صدور حکم بر اساس تشخیص خود باشیم؟! برای مثال:

آیا دادگاه کیفری استان در پرونده‌ای که تحت عنوان زنای مستوجب حد رجم در حال رسیدگی است، می‌تواند با تشخیص و مطابقت اعمال مجرمانه با جرم رابطه نامشروع یا فعل حرام یا ...، مبادرت به صدور حکم نماید، درحالی که مقام صالح یعنی دادستان، ادعاینامه‌ای بر این اساس تنظیم نکرده است؟!

حکم کلی مندرج در رأی وحدت رویه از این حیث، ناقض اصل کلی و تکلیف قانونی دادگاه‌ها در رسیدگی بر اساس کیفرخواست بوده و هرگز با موازین قانونی سازگار نیست. به نظر می‌رسد در چنین مواردی دادگاه کیفری صرفاً می‌تواند تعقیب کیفری منتهم را طبق مقررات، از دادستانی درخواست نماید و لاغیر. (ماده ۲۰۶ ق.آ.د.د.ع.ا. در امور کیفری)

۵- در رأی هیأت عمومی، دوبار به عبارت «صلاحیت دادگاه عمومی» در مقابل اصطلاح «صلاحیت دادگاه کیفری استان» تصریح شده و متن رأی به گونه‌ای انشاء شده است که فقط مبین صلاحیت اضافی دادگاه کیفری استان در رسیدگی به جرائم در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است!

به دیگر سخن، نحوه انشاء رأی چنان است که دادگاه انقلاب و جرائم در صلاحیت آن دادگاه را، از شمول بحث خارج نموده است و حال آن که:

صرف نظر از اجبار به پذیرش صلاحیت دادگاه انقلاب در رسیدگی به جرائم مواد مخدوری که مجازات آن‌ها اعدام و حبس ابد است و مبنای این اجبار رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴-۱۳۸۲/۱۰/۳۰ بوده (و در نادرستی مفاد و مبنای آن نیز سخن فراوان وجود دارد!) دادگاه انقلاب و جرائم داخل در صلاحیت آن دادگاه نیز، فاقد هرگونه خصوصیتی هستند که بتوان آن‌ها را از شمول قاعده رسیدگی توأم خارج نمود.

به هر حال، رسیدگی تجدیدنظری به تمام عناوین مجرمانه‌ای که در صلاحیت دادگاه انقلاب است (با لحاظ عقیده به نسخ جزئی این صلاحیت کلی به اعتبار صلاحیت دادگاه‌های کیفری استان در رسیدگی به جرائم موضوع تبصره الحاقی به ماده ۴ ق.ت.د.ع.ا.) در صلاحیت دادگاه‌های تجدیدنظر بوده و از این حیث **سنخ** دادگاه‌های یاد شده یکی بوده و نمی‌توانیم قائل به صلاحیت ذاتی برای دادگاه انقلاب و در نتیجه استثنای جرائمی که در صلاحیت آن دادگاه است از قواعد راجع به تعدد شویم!

به هر حال این شیوه بیان حکم، که موجب تصور خروج جرائم در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب از شمول قاعده رسیدگی توأم در دادگاه‌هایی که از حیث **درجه بالاتر** اما از **همان سنخ دادگاه نخستین** است، می‌شود، با قواعد و اصول حاکم بر دادرسی و ماهیت دادگاه‌هایی که تحت عنوان قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب قرار دارند، ناسازگار و مخالف است.

۶- اگرچه صلاحیت تغییر عنوان مجرمانه مندرج در کیفرخواست، توسط دادگاه رسیدگی کننده، مبتنی بر اصل استقلال و آزادی قاضی در تشخیص عناوین مجرمانه و صدور حکم براساس نظریه خویش است، اما اعلام قابلیت تجدیدنظرخواهی از رأی دادگاه کیفری استان به صورت یک قاعده کلی، در مواردی که رأی براساس صلاحیت اضافی مبتنی بر لزوم رسیدگی توأم به جرائم متعدد، انشاء می‌گردد و یا دادگاه عنوان جرم را از جرائمی می‌داند که در صلاحیت دادگاه عمومی است، محل اشکال جدی است!

زیرا:

اولاً: ماهیت رسیدگی دادگاه کیفری استان به جرائم دیگر متهم که در صلاحیت دادگاه عمومی است، نوعی قائم مقامی از دادگاه عمومی است.
ثانیاً: قواعد راجع به قائم مقامی، اقتضاء دارد تا عمل انجام یافته از ناحیه نائب، تمام آثار و خصوصیات عمل انجام یافته توسط اصیل را، داشته باشد.

این موضوع در ماده ۲۲ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو به صراحت آمده است که: «در مواردی که دادگاه کیفری ۱ به پرونده‌هایی که در صلاحیت دادگاه کیفری ۲ است رسیدگی می‌نماید، رسیدگی تجدیدنظری نسبت به حکم یا قرار صادره به عهده شعبه دیگر دادگاه کیفری ۱ همان حوزه... یا نزدیکترین دادگاه کیفری ۱ خواهد بود.»
با این وصف، کلیت حکم قابلیت تجدیدنظر آراء دادگاه کیفری استان در دیوان عالی کشور نیز، غیرقابل پذیرش و در عمل با اشکال جدی مواجه خواهد بود.
لازم به ذکر است که:

اگرچه مناط تشخیص مراجع تجدیدنظر در قانون اصلاح ق.ت.د.ع.ا. **عنوان مرجع صادر کننده رأی** می‌باشد و بدین سبب آراء از دادگاه عمومی و انقلاب، در دادگاه تجدیدنظر و آراء صادره از دادگاه کیفری استان در دیوان عالی کشور قابل تجدیدنظر اعلام شده است، اما این حکم را بایستی مختص مواردی دانست که دادگاه‌های یاد شده در مقام رسیدگی به

اتهاماتی باشند که اصالتاً و یا حداکثر به تیج جرم شدیدتر در صلاحیت آن‌ها قرار گرفته، نه در تمام صورت‌های ممکنه اعلام رأی توسط دادگاه!

تذکره:

عقیده به رویه غیر اصولی و به دور از مبانی جرم‌شناسی قریب به اتفاق محاکم، اعمال و قابلیت اعمال تنها یک مجازات، با رعایت مقررات تشدید مجازات‌ها، برای تمام اعمال مجرمانه متهم باشیم!

اکنون که رویه غیر اصولی و به دور از مبانی جرم‌شناسی قریب به اتفاق محاکم، اعمال و اجرای تمام مجازات‌ها برای تمام اعمال مجرمانه مختلف است، اصرار به رسیدگی توأم با نقض اصول راجع به صلاحیت، چندان موجه به نظر نمی‌رسد، مگر آن که محاکم، مواد ۴۶ و ۴۷ قانون مجازات را به گونه‌ای دیگر تفسیر نمایند.^۱

۱- در تفسیر ماده ۴۷ ق.م.ا. و تشخیص مجازات قابل اجرا، می‌توان یکی از طرق زیر را اتخاذ کرد:
اول: هر مجازاتی که در دادنامه تعیین می‌گردد، باید اجرا گردد.

این عقیده، واجد اشکالات اساسی زیر می‌باشد:

۱-۱- در هیچ یک از نصوص قانونی، به چنین قاعده‌ای اشاره نشده است.

۱-۲- هر جایی که قانونگذار قصد افزودن یک مجازات بر مجازات دیگر را داشته، اعم از آن که نوع مجازات‌ها متفاوت یا مشابه باشند، بر این امر تصریح داشته است.

عبارت به کار گرفته شده در اکثر مواد مرتبط با این موضوع، چنین آمده است: «... علاوه بر مجازات... به مجازات... محکوم می‌گردد»

۱-۳- اگر به مواد ۴۶ و ۴۷ ق.م.ا. به دقت نظری افکنده شود، تنها در یک نوع از چهار نوع نسبت جرائم با یکدیگر (فعل واحد دارای عناوین متعدد جرم- جرائم مشابه- جرائم متفاوت- افعال متعدد مجرمانه که عنوان مجرمانه واحد نیز دارند) به موضوع تعیین مجازات‌های متعدد اشاره شده است و آن جرائم متعدد متفاوت می‌باشد. در سایر موارد، در مقام تعیین مجازات، قاضی مکلف به تعیین تنها یک نوع مجازات شده است.

لازم به ذکر است که حکم مجازات‌های حدود، قصاص و دیات به صورت اختصاصی در مباحث خاص آن‌ها آمده است.

۱-۴- حداکثر آن چه که از ماده ۴۷ ق.م.ا. استخراج و استنتاج می‌گردد، صرفاً موضوع شیوه تعیین مجازات است و حال آن که آیین اعمال و اجرای مجازات به سکوت برگزار شده است.

۱-۵- مقوله تعیین و قابلیت اجرای مجازات‌های متعدد، با مقوله مرور زمان اجرای حکم و عدم قابلیت اجرای حکم، به اسباب دیگر از جمله نسخ قانون یا گذشت شاکی، هرگز سازگار نیست. توضیح این که: ترتیب اجرای حکم نامشخص است و معلوم نشده که وقتی شروع به اجرای حکم می‌شود، این حبس مربوط به کدام جرم و مجازات است و به همین دلیل:

القضا: اگر یکی از مجازات‌ها به اسباب فوق قابل اجرا نباشد، معلوم نیست مجازات اجرا شده مربوط به همان جرم باشد یا غیر آن!

نیز: اگر مدت اجرای یک یا چند حبس از حبس‌های متعدد مندرج در حکم، بیش از ده سال یا پنج سال باشد، معلوم نیست که مرور زمان اجرائی، چگونه و در ارتباط با کدام یک از حبس‌ها قابل اعمال است! همین مشکل، در ارتباط با جزای نقدی نیز قابل طرح است.



جایگاه هیأت عمومی دیوان عالی کشور چنان رفیع است که قانونگذار آن را به عنوان مفسر قانون قرار داده است.

شأن چنین جایگاهی، اقتضاء دارد که آراء هیأت عمومی از چنان استحکامی برخوردار باشد که کمترین خدشه‌ای بر مبانی استدلال مندرج در رأی، وارد نشود. رفع اشکالات موجود در سیستم تعدد مراجع رسیدگی نخستین به دعاوی، جز از طریق تصویب قانون با لحاظ تمام جوانب امر توسط متخصص فن، ممکن نیست. به یاد داشته باشیم که آراء، به تاریخ خواهند پیوست! ■

دوم: نظریه دیگر در تشخیص حکم قابل اجرا این است که:

شیوه اجرای حکم در قانون آیین دادرسی کیفری آمده است. برای تعیین مجازات قابل اجرا می‌توان از قانون آیین دادرسی کیفری یا قوانین مرتبط دیگر استفاده کرد.

مهمترین این قوانین، ماده ۲ مواد الحاقیه به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۱۲/۷/۱۲ و وحدت ملاک از ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲/۳/۷ و ماده ۱۸۴ ق.آ.د.ع.ا. در امور کیفری است. قابل توجه است که قانونگذار اسلامی تنها در ماده ۱۸۴ ق.آ.د.ع.ا. در امور کیفری از اصطلاح «مجازات قابل اجرا» استفاده نموده و ظاهراً قائل بر این بوده که مجازات تعیین شده در حکم، می‌تواند با مجازات قابل اجرا متفاوت باشد.

این موضوع در قوانین سابق که مورد اشاره واقع شده‌اند، به خوبی و با ظرافت خاص مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار گرفته و به موجب آن قوانین، مجازات معینه در حکم، امری علیحده از مجازات قابل اجرا معرفی شده‌است!

نتیجه این که، با لحاظ اصول حاکم بر حقوق جزاء، در فرض عدم تصریح قانونگذار بر قابلیت اجرای تمام مجازات‌های معینه، از قوانین دیگر که هیچ دلیل و نص صریحی بر نسخ ضمنی یا صریح آن‌ها وجود ندارد، می‌توان در تعیین و اعلام مجازات قابل اجرا استفاده نمود.

واقع امر این است که اگر فلسفه مجازات‌ها را نیز در نظر بگیریم، هیچ توجیه منطقی برای اعمال و اجراء چند مجازات بر مجرمی که انواع جرائم مختلف اما بسیار کم اهمیت را مرتکب شده‌است، در مقابل اعمال تنها یک مجازات بر مجرمی که مثلاً انواع مختلف کلاهبرداری را مرتکب شده است، وجود ندارد.

سخن آخر این که در نبود نص صریح بر تعیین مجازات قابل اجرا در مواد ۴۶ و ۴۷ و وجود مواد قانونی دیگر از جمله ماده ۲ مواد الحاقیه به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۱۲ و وحدت ملاک از ماده ۳۲ ق.م. عمومی مصوب ۱۳۵۲ و همچنین ماده ۱۸۴ ق.آ.د.ع.ا. در امور کیفری، چنانچه جرائم ارتكایی از ناحیه مجرم، مختلف باشند، ضمن رعایت مفاد ماده ۴۷ و تعیین مجازات‌های جداگانه برای هر جرم، قاضی بایستی به تعیین مجازات اشد به عنوان مجازات قابل اجرا تصریح نموده و شبهه قیاسی اجرای تمام مجازات‌های تعیین شده در حکم را بدین کیفیت، از ذهن مجری حکم بزدايد.

خلط میان ذینفعی و ذیحقی خواهان در رسیدگی قضایی

دکتر علیرضا فصیحی زاده*

مقدمه

حسب ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر این که شخص یا اشخاص ذینفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوی را برابر قانون درخواست نموده باشند. بدین ترتیب یکی از شرایط اقامه دعوی ذینفعی خواهان است. همچنین، حسب بند ۱۰ ماده ۸۴ قانون مزبور، یکی از ایراداتی که خواننده می‌تواند نسبت به دعوی خواهان طرح کند، ذینفع نبودن خواهان است و حسب ماده ۸۹ در صورت عدم احراز ذینفعی خواهان، دادگاه مبادرت به صدور قرار رد دعوی می‌نماید. از سوی دیگر، حسب بند ۳ ماده ۶۲، در دعاوی راجع به منافع و حقوقی که باید در مواعد معین استیفا یا پرداخت شود، بهای خواسته عبارت است از حاصل جمع تمام اقساط و منافعی که خواهان خود را ذیحق در مطالبه آن می‌داند و نیز طبق ماده ۲۰۲ قانون یادشده، هر گاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذیحق بودن طرف او باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست. نحوه نگارش و مفاد مواد یادشده حکایت دارد که دو عنوان «ذینفعی» و «ذیحقی» مفهوم و آثار مستقل از یکدیگر داشته و قانونگذار از هر کدام معنای جداگانه‌ای اراده کرده است. متأسفانه، در برخی از نوشته‌ها یا آرای دادگاه‌ها میان این دو عنوان خلط شده است. در این مقاله، مفاهیم این دو عنوان بیان گردیده و تفاوت‌های آن دو تبیین شده است و در مقام بررسی رویه قضایی، یکی از آرای که در آن اشتباه مزبور صورت گرفته بیان و نقد و بررسی شده است.

مفهوم ذینفعی و ذیحقی خواهان

ذینفع بودن یا نبودن خواهان در طرح دعوی به معنای سودی عاید وی شدن یا نشدن در فرض اثبات حق مورد ادعای وی و صدور حکم است. به بیان دیگر، دادگاه در مقام بررسی ذینفعی خواهان در بدو تقدیم دادخواست باید ملاحظه کند آیا در صورتی که پس از رسیدگی

* استادیار دانشگاه اصفهان - وکیل دادگستری.

ماهوی به دعوای خواهان، «حق» مورد ادعای وی به اثبات برسد و حکمی در ماهیت برای او صادر شود، وی از آن حکم سود خواهد برد یا خیر.

ذیحق بودن یا نبودن خواهان در دعوی به معنای آن است که حق اصلی ماهوی مورد ادعای خواهان با توجه به دلایلی که برای آن ارائه نموده ثابت است یا نه. به بیان دیگر، آیا دادگاه پس از رسیدگی به دعوای خواهان، دلایل وی را مثبت مدعای وی تشخیص می‌دهد و به نفع وی حکم می‌دهد یا او را غیر ذیحق تشخیص و بر بطلان ورود دعوایش حکم می‌دهد. قانونگذار نیز به این تفکیک توجه نموده است و مثلاً در ورود ثالث تبعی ذینفعی خواهان ورود ثالث را در ذیحقی خواهان اصلی برای لزوم رسیدگی ماهوی به دعوای خواهان ورود ثالث و احراز ذینفعی وی کافی دانسته و در ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح نموده: «با خود را در محق شدن یکی از طرفین ذینفع بدانند» و نیز در ماده ۱۶۹ میان حق اصلی موضوع رسیدگی ماهوی با ذینفعی که رسیدگی به آن جنبه شکلی دارد تمایز قائل شده و گفته است: «هرگاه شخص ثالثی در موضوع رسیدگی به دعوای تصرف عدوانی... خود را ذینفع بدانند و برای عدم اشتباه میان خواهان واجد آن دو وصف، از یکی در بند ۳ ماده ۶۲ و ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی با عنوان «ذیحق» و از دیگری در مواد ۲، بند ۱۰ ماده ۸۴، ۱۰۵ و مانند آن با عنوان «ذینفع» یاد کرده است.

جهات افتراق ذینفعی و ذیحقی خواهان

با توجه به مفاهیمی که از دو عنوان «ذینفعی» و «ذیحقی» بیان گردید، نباید آن دو را از جهت آثار با یکدیگر خلط کرد و مثلاً عدم ذینفعی خواهان را به معنای عدم ذیحقی وی یا بالعکس دانست. تفاوت‌های عمده میان آن دو عنوان بدین شرح است:

- ۱- رسیدگی به ذینفعی بدون ورود به ماهیت دعوی و بدون رسیدگی به حق اصلی مورد ادعا صورت می‌گیرد و صرفاً بررسی می‌شود که آیا در فرض صدور حکم به نفع خواهان سودی حتی اندک و غیرمادی نصیب او خواهد شد یا نه، درحالی که رسیدگی به ذیحقی خواهان بدون طی شرایط طرح دعوی (از جمله ذینفعی خواهان) و گذر از امور شکلی و بدون ورود به ماهیت دعوای خواهان امکان‌پذیر نیست.
- ۲- رسیدگی به ذینفعی منوط به رسیدگی به دلایل طرفین و صحت و سقم آن و ارزش دلایل نیست، در حالی که رسیدگی به ذیحقی خواهان بدون رسیدگی به دلایل ممکن نیست.
- ۳- اتخاذ تصمیم در مورد ذینفعی با «قرار» و در مورد ذیحقی با «حکم» صورت می‌گیرد. خلاصه آن که ذینفعی را دادگاه قبل از ورود به ماهیت احراز می‌کند، اما ذیحقی را پس از رسیدگی ماهیتی.

در صورتی که میان این دو عنوان خلط شود، محاکم در بسیاری از موارد از جمله مواردی که وارد ثالث برای خود مستقلاً حقی قائل است و در واقع حق موضوع دعوای اصلی را کلاً یا جزئاً متعلق به خود می‌داند، باید از رسیدگی به ماهیت یکی از دو دعوی امتناع کنند و یکی

را ذینفع نشانند. زیرا، بخصوص در مواردی که وارد ثالث تمام حق موضوع دعوی اصلی را متعلق به خود می‌داند، تنها یکی از دو خواهان دعوی اصلی و ورود ثالث ذیحق خواهد بود و چون ذیحقی مرادف با ذینفعی دانسته شده باید نسبت به یکی از دو دعوی قرار رد به لحاظ عدم ذینفعی صادر نمود که چنین چیزی نه درست است و نه عمل می‌شود.

در واقع اشتباه میان این دو عنوان حقوقی، موجب دچار شدن به تناقض در رسیدگی و متمتع گردیدن آن می‌شود. زیرا، از یک طرف دادگاه برای احراز ذینفعی باید ذیحقی را احراز کند و آن هم منوط به ورود به ماهیت حق اصلی و رسیدگی ماهیتی به دعوی است و از طرف دیگر برای ورود به ماهیت دعوی باید قبلاً ذینفعی را احراز کرده باشد. بنابراین، تالی قاسد چنین خلط و اشتباهی استلزام دور، تقدم شیء بر نفس و نهایتاً جمع متناقضین و محال است.

نقد و بررسی رأی دادگاه در رسیدگی به ذینفعی و ذیحقی خواهان

در پرونده‌ای خواهان به استناد بیع‌نامه رسمی اظهار نموده که مالک سه دانگ مشاع از تمامت خانه‌ای بوده و طی و کالتامه رسمی به خواننده (زوجه‌اش) و کالت داده که آن را به دیگری و لو شخص خودش به هر مبلغ که مصلحت بداند منتقل نماید. خواننده نیز حسب بیع‌نامه رسمی آن را به قیمت منطقه‌بندی و کمتر از یک درصد قیمت واقعی به خود انتقال داده است و با عنایت به ماده ۶۶۷ قانون مدنی که تصریح نموده وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را رعایت نماید و این که خواننده این مصلحت را رعایت نکرده و ماده مزبور از قواعد آمره است، اعلام بطلان و بی اعتباری بیع‌نامه رسمی را از دادگاه عمومی حقوقی درخواست نموده است. خواهان در جلسه اول رسیدگی، خواسته خود را تغییر داده و با این استدلال که خواننده (وکیل در بیع) از قاعده آمره تخلف نموده و برخلاف مصلحت وی با ثمن بخش خانه مزبور را به خود منتقل نموده و با این تقصیر سبب ورود خسارت به او شده، محکومیت خواننده را به پرداخت ثمن مندرج در بیع‌نامه رسمی و نیز مابه التفاوت آن با ثمن المثل در زمان بیع یا جلب نظر کارشناس درخواست نموده است. همچنین، در جلسه اول، پدر خواهان به استناد صلح‌نامه رسمی به عنوان وارد ثالث در دعوی وارد شده و مدعی گردیده که خواهان حسب صلح‌نامه رسمی تمامی حقوق خود را جمع به ثمن معامله مزبور و خسارات وارده را به او منتقل نموده است و درخواست نموده که دادگاه حق مورد ادعای خواهان اصلی را برای وی در نظر بگیرد و خواننده اصلی را به پرداخت ثمن مزبور و مابه‌التفاوت آن با ثمن حین‌المعامله در حق وی (وارد ثالث) محکوم سازد. خواهان اصلی نیز در جلسه اول رسیدگی طی لایحه‌ای صلح‌نامه‌ی رسمی مستند وارد ثالث و انتقال حقوق مزبور را به وی مورد تأیید قرار داده است. دادگاه بدون رسیدگی توأم به دو پرونده اصلی و ورود ثالث، آن دو را از یکدیگر تفکیک نموده و رسیدگی به دعوی وارد ثالث را به بعد موکول نموده و ابتدا نسبت به دعوی اصلی جداگانه بدین شرح رأی داده است:

«در خصوص دعوی آقای داود با وکالت آقای علیرضا به طرفیت خانم منیرالسادات فرزند سید جلال به خواسته‌ی اعلام بطلان و بی اعتباری بیع رسمی شماره ۸۳۹۳-۸۵/۵/۱۰

دفترخانه شماره ۱۴۰ حوزه اصفهان در اجرای وکالتنامه رسمی شماره ۸۳۹۳-۸۵/۵/۱۰ دفترخانه مزبور و خسارات دادرسی، نظر به جامع محتویات پرونده و این که خواهان به موجب لایحه شماره ۳۴ خواسته خود را به مطالبه ثمن بیع رسمی مذکور تغییر داده و در ذیل لایحه‌ی خود اعلام نموده است که بر اساس سند رسمی شماره ۸۳۹۳-۸۵/۵/۱۰ تمامی حقوق راجع بر بیع رسمی مزبور اعم از ثمن و خسارات و ضرر و زیان‌های ناشی از آن و قیمت واقعی معامله و سایر مطالبات را به پدرش آقای ذبیح الله منتقل و صلح نموده است و بر این اساس خواهان حین طرح دعوی ذینفع نبوده، مستنداً به بند ۱۰ ماده ۸۴ و ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر اصفهان می‌باشد.

خواهان اصلی از این رأی تجدیدنظرخواهی نموده و دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان نیز به شرح ذیل، رأی بدوی را موجه دانسته و تجدیدنظرخواهی را رد و رأی مزبور را تأیید کرده است:

«درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای علیرضا به وکالت از آقای داود نسبت به دادنامه شماره ۲۶-۸۶/۱/۱۸ شعبه محترم یازدهم عمومی حقوقی اصفهان نظر به محتویات پرونده، اعتراض موجهی که موجبات نقض قرار تجدیدنظرخواسته را فراهم نماید به عمل نیامده است. زیرا تجدیدنظرخواه (خواهان بدوی) بر این مبنا که شخصاً ذیحق در مطالبه خواسته است نسبت به طرح دعوی اقدام نموده در حالی که با توجه به لایحه شماره ۳۴-۸۶/۱/۱۸ مشارالیه صراحتاً به این که وی در آن زمان شخصاً مستحق خواسته نبوده اقرار دارد. بر این اساس و چگونگی خواسته و اقرار صریح وی ثابت است که او شخصاً و مستقلاً حقی به خواسته نداشته و به طبع ذینفع نسبت به نحوه خواسته و بر این اساس که طرح دعوی شده نبوده است. لذا، بنا به مراتب و مستنداً به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی، با رد تجدیدنظرخواهی تجدیدنظرخواه، قرار تجدیدنظرخواسته تأیید می‌گردد. رأی صادره قطعی است.»

صرفنظر از جهات شکلی و نگارشی، در آرای مزبور محاکم محترم بدوی و تجدیدنظر میان این دو عنوان تفکیک نکرده و ذیحقی را به جای ذینفعی گذارده و چون خواهان اصلی را ذیحق ندیده، او را ذینفع شناخته‌اند. به بیان دیگر، دادگاه‌ها چون حسب اسناد و اظهارات خواهان تشخیص داده‌اند که وی نسبت به حق اصلی ماهوی ذیحق نیست، تصور نموده‌اند وی در طرح دعوی هم ذینفع نمی‌باشد. بنابراین آرای مزبور از جهات ذیل قابل انتقاد است:

۱- دادگاه بدوی با عبارت «تمامی حقوق» و دادگاه تجدیدنظر با عبارات «ذیحق در مطالبه خواسته»، «مستحق خواسته نبوده» و «حقی به خواسته نداشته» نشان داده‌اند که به دنبال رسیدگی به حق اصلی ماهوی موضوع دعوی بوده و حتی به آن رسیدگی کرده و آن را متعلق به خواهان اصلی شناخته‌اند.

۲- دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر با استناد به سند رسمی صلح و نیز «اقرار» در واقع وارد رسیدگی ماهوی به دلایل طرفین دعوی شده و این یعنی گذر از مسائل شکلی چون ذینفعی، و وارد شدن به ماهیت و رسیدگی به ذیحقی. محاکم من حیث لانتشر به ماهیت

دعوی خواهان هم رسیدگی کرده و حق اصلی مورد ادعای او را با توجه به دلایل از جمله سند رسمی یادشده و اقرار مورد بررسی ماهوی قرار داده‌اند. در واقع دادگاه‌ها ابتدا ذینفعی خواهان را در طرح دعوی احراز نموده و مفروض غنه دانسته که به خود اجازه ورود به ماهیت و رسیدگی به حق اصلی را داده و نهایتاً خواهان را در مورد خواسته و دعوی و حق اصلی ذیحقی نشناخته‌اند. این امر با صراحت در رأی دادگاه تجدیدنظر آمده و عبارت «بر این اساس و چگونگی خواسته و اقرار صریح وی ثابت است که او شخصاً و مستقلاً حقی به خواسته نداشته و به طبع ذینفع نسبت به نحوه خواسته و بر این اساس که طرح دعوی شده نبوده است» حکایت دارد که دادگاه از عدم ذیحقی خواهان اصلی، عدم ذینفعی او را نتیجه گرفته و در واقع معکوساً استدلال نموده است.

۳- رسیدگی به ذینفعی خواهان بدون ورود به ماهیت دعوی و بدون رسیدگی به دلایل مستند وی صورت می‌گیرد و اگر دادگاه می‌خواسته به ذینفعی خواهان رسیدگی کند، کافی بود که بررسی نماید آیا در صورت صدور رأی برای خواهان راجع به خواسته یعنی مطالبه ثمن مورد معامله و مابه التفاوت آن و ثمن المثل، او از آن سود می‌برد یا نه که قطعاً صدور چنین حکمی به نفع خواهان او را منتفع می‌سازد. زیرا، وارد ثالث ید خود را متلقی از خواهان اصلی می‌داند و اگرچه خواهان اصلی به لحاظ واگذاری حق اصلی به وارد ثالث ذیحقی نیست، اما قطعاً راجع به این حق اصلی ذینفع است؛ چنان که در مورد وارد ثالث نیز ماده ۱۳۰ قانون مزبور، ذینفع بودن وارد ثالث را در ذیحقی شدن خواهان اصلی، برای دعوی ثالث کافی دانسته است.

۴- رسیدگی به دعوی اصلی و ورود ثالث به لحاظ ارتباط کامل میان آن دو جز در موارد استثنائی باید یک‌جا و توأم صورت گیرد تا رسیدگی جامع و کامل بوده و برای همه اشخاص ذینفع در قضیه حق دفاع در نظر گرفته شود و از صدور آرای متعارض که موجب وهن دستگاه قضایی است، جلوگیری شود. بنابراین، خارج نمودن خواهان اصلی از گردونه رسیدگی که اسباب و اسناد دفاع و ذیحقی وارد ثالث در ید اوست و وارد ثالث به استناد صلحنامه رسمی، حق خود را ناشی از حق وی می‌داند، با مواد ۱۰۳ و ۱۳۰ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی سازگاری ندارد.

البته، در ماده ۱۳۳ قانون مزبور آمده است که اگر دادگاه احراز نماید رسیدگی به دعوی اصلی منوط به رسیدگی به دعوی ثالث نمی‌باشد، می‌تواند دعوی ثالث را از دعوی اصلی تفکیک نموده به هر یک جداگانه رسیدگی نماید، اما این ماده ناظر به حق اصلی موضوع دعوی اصلی و ورود ثالث است نه ذینفعی آن‌ها در طرح دعوی. در موضوع پرونده، هر دو خواهان اصلی و ثالث بلاشک در طرح دعوی مزبور ذینفع‌اند. در مورد حق اصلی هم، ید خواهان ثالث با ید خواهان اصلی مرتبط و بلکه ناشی از آن بوده و اگر خواهان اصلی در زمان انتقال حق اصلی صاحب حق نبوده، نتیجتاً صلح رسمی قیماً بین تحت تأثیر قرار گرفته و نیز ذیحقی خواهان ثالث در حق اصلی متأثر خواهد شد. بنابراین، ذیحقی خواهان ثالث فرع بر ذیحقی خواهان اصلی است و رسیدگی به دعوی وارد ثالث

منوط به رسیدگی به دعوی خواهان اصلی است و مانحن فیه به هیچ وجه شامل ماده ۱۳۳ نمی باشد.

۵- پس از رسیدگی محاکم بدوی و تجدیدنظر به ماهیت دعوی و حق اصلی موضوع دعوی اصلی و ورود ثالث و دلایل طرفین، دیگر تفکیک دو پرونده از یکدیگر و صدور قرار در مورد یک دعوی (اصلی) و رسیدگی مستقل در آتی به دعوی دیگر (ورود ثالث) ناموجه است. دادگاهها باید نسبت به هر دو دعوی یکجا رأی دهند، البته نه به صورت قرار؛ بلکه نسبت به دعوی اصلی به لحاظ عدم ذیحقی حکم بر بطلان دعوی و در مورد دعوی ورود ثالث به لحاظ احراز ذیحقی خواهان ثالث، حکم بر محکومیت خواننده ورود ثالث صادر کنند.

یکی از توالی فاسده این نحوه صدور رأی و خلط میان این دو عنوان، آن است که باید آرای دادگاه، منحصر به دو مورد شود یا قرار رد (به لحاظ عدم ذینفعی) یا حکم بر محکومیت خواننده (به لحاظ ذیحقی). در واقع، بر اساس تفسیر دادگاههای مزبور از این دو عنوان، در هیچ موردی صدور حکم بر بطلان دعوی خواهان به لحاظ عدم ذیحقی وی موجه نیست و باید پذیرفت که تمامی احکام دال بر بی حقی خواهان در طول تاریخ دادگستری ایران ناموجه بوده است. زیرا، وقتی دادگاه بی حقی را احراز نمود، در واقع عدم ذینفعی را احراز نموده و باید قرار رد دعوی صادر کند و هیچ گاه نوبت به صدور حکم بر بی حقی و بطلان دعوی خواهان نمی رسد.

نتیجه گیری

مفهوم و آثار دو عنوان «ذینفعی» و «ذیحقی» خواهان در دعوی متفاوت بوده و نباید میان آن دو خلط نمود. رسیدگی به ذینفعی خواهان قبل از ورود به ماهیت حق اصلی موضوع دعوی صورت می گیرد و رسیدگی ای شکلی است و نتیجهی ذینفع نشناختن خواهان صدور قرار رد دعوی است، در حالی که رسیدگی به ذیحقی خواهان فرع بر احراز ذینفعی وی و پس از آن و با رسیدگی به حق اصلی موضوع دعوی صورت می گیرد و نتیجه عدم ذیحقی خواهان صدور حکم بر رد و بطلان دعوی او است. ■

کانون و کمیسیون

احسان زورخ*

مقدمه

با توجه به محدودیت توانایی هیأت مدیره کانون و نیز با لحاظ گستردگی امور از بدو تأسیس کانون وکلای دادگستری در ایران، گروه‌های اجرایی و اداری کوچکی با نام کمیسیون^۱ در آن به وجود آمدند که هر یک در راستای انجام امور خاصی طرح‌ریزی شدند؛ و به نظر می‌رسد علت شکل‌گیری این واحدها حل و فصل مشکلاتی بوده که کانون وکلا با آن روبرو شده است و شکل‌گیری تدریجی این کمیسیون‌ها نیز، این نظر را تقویت می‌کند.

پس از فراهم شدن ملزومات قانونی تشکیل کانون‌هایی خارج از تهران، آن‌ها نیز به تدریج در راستای سیر تکمیلی خود، به طرح ریزی ساز و کار مادی مورد نیاز خود اقدام نمودند و در این میان کمیسیون‌هایی را نیز تشکیل دادند؛ اما چون هیچ ایده‌ای برای شکل دادن به ساختار خود نداشتند، به ناچار به تقلید از تنها الگوی موجود، یا همانا کانون وکلای دادگستری مرکز، پرداختند. اگر به دقت نگاهی به کانون‌های وکلای دادگستری ایران بیندازیم، مشاهده خواهیم نمود که تقریباً بیش از ۹۰٪ ساختار آن‌ها مشابه یکدیگر است و تفاوت‌هایی که در آن‌ها دیده می‌شود، ناشی از سابقه تشکیل، تعداد اعضا، امکانات مالی و مسائلی از این دست است و نه طرح ریزی‌های متفاوت!

با این تفاسیر، نوشتار حاضر به دنبال بررسی جایگاه کمیسیون‌ها در کانون‌های وکلا، فلسفه تشکیل و عملکرد آن‌ها و پیشنهاد روش صحیح ایجاد کمیسیون در کانون‌های مختلف است. به راستی جایگاه کمیسیون‌ها و حدود وظایف و اختیارات آن‌ها تا کجاست؟ به نظر می‌رسد مهم‌ترین سؤالی که در خصوص کمیسیون‌ها قابل طرح باشد همین سؤال است. شایان ذکر است که نگارنده، هیچ متن یا نگاشته‌ای که در آن به صراحت به چگونگی تشکیل و اداره کمیسیون‌ها در کانون‌های وکلای دادگستری اشاره‌ای شده باشد، به دست نیاورده تا بتواند بر مبنای آن به تحلیل چگونگی شکل‌گیری و اداره کمیسیون‌ها در کانون‌های وکلای دادگستری بپردازد.

۱- فلسفه تشکیل کمیسیون

به نظر می‌رسد که کمیسیون‌ها بر مبنای همان اصل پیش‌گفته که رفع نیاز از کانون (با توجه به سابقه آن‌ها، که به کانون مرکز باز می‌گردد) بوده است، به وجود آمده‌اند و هیچ ساز و کار معینی نیز در خصوص آن‌ها ترسیم نشده است؛ در واقع هرگاه که هیأت رئیسه در موردی احساس نیاز یا باکلاسی بودن (که این مورد بیشتر در خصوص کانون‌های منطقه‌ای کاربرد دارد) می‌کرده‌اند، اقدام به تشکیل کمیسیونی در آن رابطه می‌نمودند. این درحالی است که

* کارآموز وکالت در کرمانشاه و دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی.

۱ ریشه تاریخی ورود اصطلاح "کمیسیون" به کانون‌های وکلای دادگستری ایران، بر نگارنده و بسیاری از دوستان صاحب‌نظری که از آنان در این مورد سؤال نموده‌ام، پوشیده مانده است.

تشکیل کمیسیون می‌بایست تنها برای رفع نیاز و توأم با آینده‌نگری باشد، و در آن از اندیشه‌های بلند مدت بهره‌گرفته شود، تا آن‌ها دچار افول و زوال نشوند. در این راستا و در جهت شناخت فلسفه ایجاد کمیسیون‌ها، می‌بایست به ارائه تعریفی در خصوص کمیسیون، وظایف و حقوق آن در کانون و کلا، دست یافت که البته، جامع افراد و مانع اغیار باشد.

به نظر می‌رسد تعریف ذیل، از سایر تعاریف بهتر باشد:

"کمیسیون، تشکلی است که در آن، تعدادی از وکلا و کارآموزان متبحر در آن حوزه، حضور دارند و به بحث و بررسی در خصوص آن موضوع و ارائه راهکارهای علمی و عملی می‌پردازند و هیأت رئیسه نیز می‌بایست با تکیه بر نظرات کارشناسی آن‌ها در آن حوزه، به اظهارنظر بپردازد و در این راستا کلیه امکانات مادی و معنوی مورد نیاز را برای اعضای کمیسیون مربوطه، فراهم آورد. در مقابل، اعضای کمیسیون مکلف به ارائه نظرات مستند و مستدل هستند و اگر قصوری در این خصوص از سوی آن‌ها رخ دهد، هیأت رئیسه می‌تواند اعضای ناکارآمد کمیسیون مذکور را، تعویض نماید." با این تعریف، بسیاری از چالش‌های موجود در کار کمیسیون‌ها برطرف می‌شود، هرچند که کمیسیون‌ها نیازمند دستورالعملی هستند، تا تمامی زوایای شکل‌گیری و اداره آن‌ها را تعیین نماید.

۲- مصادیق کمیسیون

در حال حاضر و با توجه به فقدان تعریف کمیسیون‌ها و جایگاه آن‌ها در کانون‌های وکلای دادگستری، با رویه‌های مختلفی در این خصوص روبرو هستیم؛ از جمله می‌توان به تشتت نظرات در تعیین مصادیق کمیسیون‌ها اشاره کرد، به گونه‌ای که در تارنمای کانون وکلای دادگستری مرکز گلستان، دادگاه و دادسرای انتظامی، در دسته کمیسیون‌ها طبقه‌بندی شده‌اند،^۲ در حالی که در سایر کانون‌ها و از جمله کانون مرکز، اصفهان و آذربایجان، این دو نهاد در زمره تشکیلات اداری آمده‌اند و نه کمیسیون؛ که به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر صحیح باشد. این امر از نبود رویه واحد در این مورد، نشأت گرفته؛ حال آن‌که ایجاد رویه‌های واحد، در زمره وظایف اصلی اتحادیه سراسری کانون‌های وکلا است؛ لکن اتحادیه در تمامی نشست‌های اخیر خود، غالباً به موضوعات کلیشه‌ای و تکراری پرداخته و هیچ‌گاه در رابطه با ایجاد رویه‌های واحد رفتاری و عملکردی، میان کانون‌های سطح کشور، اقدام نکرده است.^۳ چه رسد به ایجاد رویه واحد در خصوص چگونگی تشکیل و اداره کمیسیون‌ها و تعیین مصادیق آن‌ها.

۳- جایگاه کمیسیون‌ها در کانون‌ها

اکنون به جایگاه کمیسیون‌ها در کانون‌های سراسر کشور می‌پردازیم، به نظر می‌رسد در اغلب کانون‌ها و خصوصاً کانون‌های منطقه‌ای، اکثر کمیسیون‌ها نقشی تشریفاتی بر عهده دارند و اصولاً در تصمیم‌گیری‌های کانون جایی ندارند و بار حمل مشکلات بر دوش هیأت رئیسه

۲- <http://www.golestanbar.com/?com=1>.

۳- البته اگر از بحث یکسان‌سازی طرح کارت شناسایی و پروانه‌های وکالت به تبعیت از طرح پیشنهادی کانون اصفهان بگذریم!!!

کانون‌هاست. در بسیاری از کانون‌ها و حتی کانون مرکز، مشاهده می‌شود که افرادی در چند کمیسیون حضور دارند و مشغول فعالیت هستند و حتی افراد بسیاری در کمیسیونی فعالیت می‌کنند که در موضوع فعالیت آن، تخصصی ندارند، که این مقوله در کمیسیون‌های انفورماتیک و روابط عمومی کاملاً مشهود است؛ چه آن‌که ضعف ساختاری اغلب کانون‌ها و ضعیف بودن سایت‌های اینترنتی آن‌ها خود شاهده‌ی بر این مدعا است. تنها فعالیت محدود سایت اتحادیه^۴ به حضور کانون‌های و کلا در شاهره جهانی کمک کرده که آن نیز ناشی از همت رئیس انفورماتیک کانون مرکز و ریاست کمیسیون انفورماتیک کانون فارس است، که با رجوع به مطالب این سایت این دیدگاه کاملاً آشکار می‌شود. در سایت مستقل کانون‌ها نیز به غیر از کانون اصفهان، فعالیت چشمگیری به چشم نمی‌خورد و غالباً به گذاردن لینکی از سایت اتحادیه بسنده کرده‌اند و هیچ تولید مطلبی از آن‌ها دیده نمی‌شود. با توجه به این که موضوع این نوشتار، نقد جایگاه انفورماتیک در کانون و کلا نیست و خود نیازمند نوشتاری مجزا است، بیش از این به این مقوله پرداخته نمی‌شود و به بحث اصلی خود که همانا ساختار کمیسیون‌هاست باز می‌گردیم.

ایراد عمده دیگری که در ساختار فعلی کمیسیون‌ها به چشم می‌خورد، نداشتن جایگاه واقعی در ساختار فعلی کانون‌هاست؛ به گونه‌ای که نظرات ایشان برای هیأت رئیسه‌های کانون‌ها تنها حالت مشورتی دارد و آن‌ها باز هم به صلاح دید خود عمل می‌کنند و لذا فلسفه تشکیل کمیسیون‌ها که پیش‌تر بدان اشاره کردیم زیر سؤال می‌رود. این درحالی است که می‌بایست به کمیسیون‌ها قدرت اجرایی داده شود تا بتوانند در حیطه صلاحیت خود، با قدرت عمل کنند. سوای این موارد، پراکندگی کمیسیون‌ها موجب تداخل در عملکرد آن‌ها شده است، به گونه‌ای که دو کمیسیون پیش‌گفته (انفورماتیک و روابط عمومی) در وضعیت فعلی می‌بایست با هم ادغام شده و تحت یک عنوان عمل کنند و حتی می‌توان کمیسیون روابط بین‌الملل را نیز در این کمیسیون جامع قرار داد؛ چه آن‌که امروزه با توجه به رشد سریع فناوری، ارتباطات داخلی و بین‌المللی دستخوش تغییرات عمده‌ای شده‌اند و نقش انفورماتیک در آن‌ها غیرقابل انکار است و لذا بهتر است این کمیسیون‌ها با یکدیگر ادغام شوند.

البته این دیدگاه را می‌توان در خصوص برخی دیگر از کمیسیون‌ها نیز اعمال نمود، به عنوان مثال کمیسیون حقوق بشر و زنان (البته در قالب فعلی) می‌توانند با هم ادغام شوند و کمیسیون واحدی را به وجود آورند؛ چه آن‌که در حال حاضر کمیسیون زنان، بیشتر به کمیسیون حقوق بشر زنانه بدل شده است (تا کمیسیون رسیدگی کننده به امور صنفی و حرفه‌ای و کلاهی زن) و خود می‌تواند در شاخه‌ای از کمیسیون حقوق بشر قرار گیرد، تا شاید حوزه فعالیت این کمیسیون را از حالت فعلی (که به صورت یک کمیسیون لوکس و غیر کاربردی درآمده است) خارج ساخته و سبب پویایی آن در بسیاری از کانون‌ها شود.^۵ البته

۴- <http://www.iranbar.org>

۵- نمونه بارز آن، کمیسیون امور زنان کانون و کلاهی آذربایجان شرقی است که در ویژه‌نامه‌ای که در سال گذشته منتشر نمودند، به جای پرداختن به موضوع اصلی خود، به طرح دیدگاه‌های زن خوب در جامعه ایرانی پرداخته بودند.

شایان ذکر است که فعالیت‌های برخی کانون‌ها در مقوله حقوق بشر، ستودنی است که از جمله آن‌ها می‌توان به عملکرد کانون مرکز و کانون اصفهان اشاره نمود، که اقدام به برپایی همایش‌هایی در این خصوص نموده‌اند.

سوی این موارد، کمیسیون‌های نشریات و انتشارات نیز کاملاً موازی هستند و کمیسیون نشریات می‌تواند در غالب یک بخش از کمیسیون انتشارات به فعالیت پردازد، چه آن‌که در حال حاضر بسیاری از کانون‌ها یا دارای مجله علمی و خبرنامه هستند و یا به دنبال تدارک دیدن این دو می‌باشند، که این مهم نیازمند یک سازمان دهی ویژه است و می‌بایست در غالب کمیسیون انتشارات بر این امور نظارت نمود. مثال‌ها از این دست بسیارند، لکن به جهت پرهیز از اطاله کلام، از پرداختن به آن‌ها خودداری می‌شود.

مطلب دیگری که در خصوص جایگاه و عملکرد کمیسیون‌ها قابل ذکر است آن است که بسیاری از کانون‌ها در حال حاضر به حوزه جغرافیایی و فرهنگی خاصی تعلق دارند و می‌بایست به فراخور محل استقرارشان دارای کمیسیون باشند، چه آن‌که در کانونی ممکن است کمیسیون خاصی ضروری باشد و کمیسیون دیگر که در سایر کانون‌ها وجود دارد چندین ضروری نباشد، که این مهم با توجه به ویژگی‌های محل استقرار آن کانون و اعضایش، می‌بایست مورد امعان نظر قرار گیرد؛ با نگاهی عمیق به کانونی که در آن حضور داریم می‌توانیم به مصادیق بسیار جالبی از این کمیسیون‌ها دست یابیم !!!

آخرین نکته‌ای که در باب جایگاه کمیسیون‌های موجود می‌توان ابراز داشت، آن است که بسیاری از کمیسیون‌های مهم کانون‌ها از وجود افراد جوان که دارای ایده‌های نو و بی‌بدیل هستند، محرومند و این امر موجب رکود جامعه و کالتی ما شده است. اگر به دقت به رویدادهای چند سال اخیر جامعه و کالت نظر بیندازیم، مشاهده خواهیم نمود که یکنواختی خاصی بر حرکات جامعه و کالت سایه انداخته است که این خود منبت از عدم حضور فعال نیروهای جوان در کمیسیون‌هاست، چه آن‌که کمیسیون‌ها نقش لوکوموتیو قطار جامعه و کالتی کشور را بازی می‌کنند و بی‌طراوتی آن‌ها لاجرم کندی و سکون جامعه و کالت را به دنبال خواهد داشت.

۴- نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهادت

با توجه به مطالب پیش گفته، آشکار می‌گردد که کانون‌های وکلای دادگستری سراسر ایران، بدون توجه به نیازهای واقعی خویش و تنها به تبعیت از کانون وکلای مرکز، اقدام به ایجاد کمیسیون می‌کنند و غالب این کمیسیون‌ها نیز تنها به عنوان یک ساختار تشریفاتی در کانون متبوعشان حضور دارند، و این یک ضعف عمومی است.

به نظر می‌رسد کانون‌های وکلای ما، می‌بایست به سمت بومی شدن گرایش پیدا کنند و حتی‌الامکان با توجه به نیازهای منطقه‌ای که در آن حضور دارند، به تشکیل کمیسیون‌های قدرتمند اقدام نمایند. با این وصف و در اولین گام می‌بایست ساختار فعلی کمیسیون‌ها از میان برود و دستورالعمل یکسانی در اتحادیه در خصوص شیوه تشکیل و اداره کانون‌ها به تصویب برسد و اختیار تأسیس کمیسیون‌ها را به فراخور محل استقرار کانون مورد نظر و نیازهای موجود، به آن کانون واگذارند!!! ■

حقوق خانواده ایران

انتقادی از نظام فعلی و پیشنهادی در باب امکان برقراری تساوی میان زن و مرد در چهارچوب نظام فعلی

سینا گلستانی*

- قسمت دوم و پایانی -

مقتضای ذات عقد نکاح، حصول حلقه زوجیت میان زن و مردی نامحرم است. دیگر، این که پس از انعقاد عقد و حصول زوجیت، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند همه‌گونه تصرفی در آن بنماید و یا این که مستحق نفقه می‌شود و مرد مکلف به تأدیه آن، یا این که مرد محق در طلب تمکین از همسر خویش می‌شود و یا این که قادر است هر زمان که اراده نمود با مراجعه به دادگاه و طی تشریفات قانونی همسر خود را طلاق دهد، هیچ کدام مقتضای ذات این عقد محسوب نمی‌شوند که نتوان نسبت بدان‌ها قید و شرطی وارد نمود.

اگر نتوان شرطی درخصوص حق طلاق زن به نحو اطلاق در ضمن عقد نکاح گنجاند، پس در نکاح دائم هم نباید اجازه شرط عدم مهر را داد. حال آن که می‌بینیم قانون مدنی در ماده ۱۰۸۷ خود این اجازه را داده است. خود این مطلب قرینه بر صحت مدعای ماست مواردی که ذکر شد، هیچ‌یک از مقتضیات ذات عقد نکاح نبوده و به مقتضای اطلاق عقد مزبور برقرارند، البته درخصوص مهر در عقد انقطاع که در صورت عدم آن، عقد محکوم به بطلان است، باید متوجه بود که مستند، صرفاً جنبه نقلی داشته، اساساً دخلی به ما نحن فیه ندارد و یک حکم خاص ویژه خویش و به اصطلاح فرنگی (Sui generis) است.

پس ماده ۱۱۱۹ مورد بحث که اشاره به شرط مخالف با مقتضای عقد می‌کند، اولاً تنها به شرط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نظر دارد و نه شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد مزبور، ثانیاً موارد احصاء شده در ماده مذکور حصری نبوده، تماماً تمثیلی است. بدین قرینه که با عبارت: «... مثل این که شرط شود...» به شمارش موارد فوق‌الذکر پرداخته است، لذا ماده آن‌چنان که آقایان تصور نموده‌اند، فاقد مفهومی بدین ترتیب است که ایراد هرگونه شرطی درخصوص ایجاد حق طلاق برای زوجه به وکالت از جانب زوج، خارج از موارد ذکر شده در ماده مورد بحث، خلاف مقتضای البته ذات عقد بوده، باطل و بلااثر محسوب است. ذکر این نکته نیز شاید بی‌فایده نباشد که در دفاتر ثبت ازدواج موارد مزبور تحت عنوان شرایط ضمن عقد یا عقد خارج لازم به چاپ رسیده است که اولاً لفظ شرایط در این مقام صحیح نبوده، استعمال لفظ شروط مناسب‌تر به نظر می‌رسد و دیگر این که چون در متن ماده ۱۱۱۹ فوق‌الذکر، غیر از عقد ازدواج به عقد لازم دیگر اشاره شده است تهیه‌کنندگان دفاتر و اسناد

* وکیل و مشاور حقوقی قوه قضاییه - تهران.

یاد شده تصور نموده‌اند که در کنار اصطلاح ضمن عقد که منظور همانا ضمن عقد نکاح است، می‌باید به اصطلاح عقد خارج لازم نیز اشاره کنند. حال آن‌که این غلط، بسیار فاحش است. چه، اشاره بدان ضمن عقد نکاح فی الواقع بدین معنی است که عقد نکاح را نه عقد لازم که عقدی جائز تلقی نماییم و شروط ضمن آن را تحت فرمول خارج لازم درج کنیم. درست مانند عقد وکالت که عقدی است جائز و شرط عدم عزل وکیل را در آن در قالب عقد خارج لازم می‌گنجانند. بدین معنی که گویا طرفین عقد وکالت، خارج از عقد مزبور، در عالم اعتبار حقوقی عقد لازمی را منعقد ساخته‌اند و شرط مذکور را ضمن آن درج نموده در حالی که عقد نکاح، مانند عقد بیع، اجاره و... خود عقدی است لازم و گنجاندن شرط در آن با فرمول خارج لازم، تحصیل حاصل است و به لحاظ حقوقی عملی لغو و عبث. منظور ماده نیز گنجاندن شروط احصاء شده ضمن عقد لازم دیگری غیر از نکاح، نظیر عقد بیع و مانند آن است، نه قید فرمول عقد خارج لازم در ضمن عقد نکاح!!!

بار دیگر به سراغ ماده ۱۱۱۹ پیش گفته می‌رویم و در تحلیل آن می‌گوییم راهی که به موجب این ماده پیش پای اشخاص، حین انعقاد عقد نکاح گسترده شده است، تنها یکی از اقسام شرط ضمن عقد، جهت اعطاء امتیاز استفاده از حق طلاق در قالب وکالت زوج به زوجه است. اولاً باید متوجه بود که حق طلاق، به خودی خود قابل تفویض نیست. چراکه از حقوق قائم به شخص است و نمی‌توان آن را به دیگری واگذاشت و اگر هم کسی چنین کند، فی الواقع عملش به لحاظ حقوقی باطل و بلااثر است. ولی در قالب وکالت، اعمال این حق کاملاً قابل تفویض به غیر است و آن هم در چندین شکل مختلف.

شکل نخست همان است که ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی متعرض آن گشته و به قدر کفایت از نظر گذشت. شکل دوم آن است که حصول امری در عالم خارج شرط شود که در صورت عدم تحقق آن در برهه زمانی خاصی، زوجه وکیل وکیل زوج تلقی شود جهت مطلقه نمودن خویش. مثلاً ضمن عقد نکاح، شرط شود که اگر زوج تا ده سال از تاریخ انعقاد عقد دانشنامه دکترای خود را کسب ننماید، زوجه وکیل و وکیل در توکیل باشد جهت مطلقه ساختن خود. شکل سوم آن است که بدون اشاره به مورد یا موارد خاصی، صرفاً مدت زمانی را در نظر گیرند که در خلال آن، زوجه وکالتاً از جانب زوج، حق طلاق را اعمال نماید. بدین ترتیب که شرط کنند: زوجه تا پنج سال از تاریخ انعقاد عقد نکاح، وکیل است و وکیل در توکیل که خود را مطلقه نماید.

شکل چهارم هم همان است که بحث بر سر آن ما را تا بدین جا کشانده است. یعنی طرفین ضمن عقد نکاح به طور مطلق و بدون قید زمان معین یا مورد خاص، شرط کنند که زوج به زوجه وکالت بلاعزل یا حق توکیل به غیر داد که هر زمان که اراده نمود با مراجعه به مراجع قضایی ذی صلاح و طی تشریفات قانونی و شرعی خود را مطلقه سازد.

تمامی این اشکال، صحیح بوده، به لحاظ شرعی و قانونی بلاشکال است. خصوصاً شکل اخیر الذکر که فقهای بزرگ امامیه نیز در ازمینه مختلف حکم به جواز آن داده‌اند. مثلاً از قدما، شهیدین در کتاب لیسعه و شرح آن آورده‌اند: «هو یجوز توکیل الزوجه فی طلاق نفسها و غیرها، کما یجوز تولیها غیره من العقود لأنها كاملة فلاوجه لسلب عبارتها فیه و لا یقدح کونها بمنزله موجه و قابله علی تقدیر طلاق نفسها لأن المغایره الاعتباریه کافیه و هو مما یقبل التیابه

فلا خصوصیه للنائب و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «الطلاق بيد من اخذ بالساق» لا ينافيه لأن يدها مستفاده من يده مع أن دلالة على الحصر ضعيفه^۱ یعنی: (اعطاء وکالت زوج به زوجه جهت طلاق خود یا دیگری رواست.)، همچنان که تکفل غیر آن از عقود و ایقاعات از برای زوجه رواست. چراکه زوجه از حیث عقل و بلوغ و اختیار، کامل است و سلب اعتبار از اعطاء وکالت در امر طلاق به زوجه هیچ توجیهی ندارد و قرار گرفتن زوجه در مقام ایجاب کننده و قبول کننده، هر دو در فرضی که خود را مطلقه می سازد قابل اشکال نیست. چه، در واقع صیغه طلاق را نسبت به خود از جانب شوهرش جاری می نماید و در وکالت این که طرف ایجاب، غیر از طرف قبول باشد، به نحو اعتباری و فرضی هم کفایت می کند. یعنی وکیل می تواند خود در عین حال موجب و قابل باشد و طلاق از اموری است که انجام آن قابل واگذاری به غیر و دادن وکالت است و از برای وکیل ویژگی خاصی شرط نیست و فرمایش پیامبر (ص) که: طلاق در اختیار شوهر است؛ با این موضوع منافاتی ندارد. چراکه اختیار زوجه در این جا از اختیار زوج سرچشمه گرفته است و این ادعا که دلالت سخن پیامبر مفید حصر است نیز ضعیف می باشد.

و از متأخران مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در کتاب وسیله النجاه می گوید: «مسأله- یجوز للزوج ان يوكل غيره في تطلق زوجته بنفسه بالمباشرة او بتوكيل غيره سواء كان الزوج غائبا او حاضرا بل و كذاله ان يوكل نفس الزوجه في تطلق نفسها بنفسها او بتوكيل غيرها» یعنی: مسأله- (نه تنها) وکالت دادن زوج به دیگری جهت طلاق دادن زوجه او رواست و تفاوتی نیست در این که وکیل، خود رأساً اقدام نماید یا با دادن وکالت به دیگری (البته در صورتی که حق توکیل غیر داشته باشد) مورد وکالت را به انجام رساند؛ خواه زوج خود حضور داشته باشد یا این که غائب باشد، بلکه حتی زوج می تواند به خود زوجه وکالت دهد که خود نسبت به طلاق خویش اقدام نماید و با این که با توکیل غیر آن را عملی سازد و بالأخره مرحوم آیه الله العظمی روح الله مصطفوی خمینی در کتاب تحریر الوسیله می نویسد: «مسأله ۴- یجوز للزوج ان يوكل غيره في طلاق زوجته بالمباشرة او بتوكيل غيره سواء كان الزوج حاضرا او غائبا بل و كذاله ان يوكل زوجته في تطلق نفسها او بالتوكيل، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط بعدم توكلها»^۲ یعنی: مسأله ۴- وکالت دادن زوج به شخص دیگر؛ به منظور طلاق دادن همسر او اعم از این که آن شخص خود بدان اقدام نماید یا با توکیل غیر، رواست و فرقی نمی کند که زوج خود حضور داشته باشد یا نه و حتی زوج می تواند زوجه را در این امر وکیل سازد که خود رأساً یا با وکیل نمودن دیگری آن را به انجام رساند. گو این که ترک جانب احتیاط با عدم اعطاء حق توکیل غیر به زوجه، سزاوار نیست.

۱- اللمعة الدمشقية و شرحها الروضة البهية - شهيدین - مع تصحيح و تعليق من السيد محمد كلاتر - نجف - منشورات جامعه انجف الدينيه - الطبعة الاولى - ۱۳۸۸ قمری - الجزء السادس - صص ۲۳ و ۲۴.

۲- وسیله النجاه - سید ابوالحسن اصفهانی - قم - مکتبه دارالعلم - ۱۳۸۵ قمری - دو جلد در یک مجلد - جلد دوم - ص ۲۸۳.

۳- تحریر الوسیله - آیه الله العظمی روح الله المصطفوی الخمينی - قم - مؤسسه النشر الاسلامی (التابعه) لجماعة المدرسين - ۱۳۶۳ خورشیدی - دو جلد در یک مجلد - جلد دوم - ص ۲۹۴.

هر چند همچنان که گذشت، طلاق و جدایی نیز در جامعه ما متأسفانه بارگران خود را عمده بر شانه‌های ناتوان زن تحمیل می‌نماید و ششاید و مصائبی را از برای او به همراه دارد، ولی به هر حال در این وانفسای ضعیف‌کشی و مظلوم‌آزاری، باز هم چنان مسکینی برآلام زن ایرانی مؤثر تواند بود. لذا به نظر می‌رسد مادام که مقررات مربوط، نظام قابل اعتماد و اطمینان بخشی را در جهت ایجاد تعادل در روابط طرفین عقد ازدواج به وجود نیآورده‌اند، عاقلانه‌تر آن است که بانوان ایرانی شروطی را بدین منظور در ضمن عقد ازدواج گنجانده، خود رأساً در چهارچوب نظام حقوقی موجود کشور، جهت احقاق حقوق خویش قیام و اقدام نمایند. مع‌الاسف، تنگ نظری‌ها تا بدان‌جا گسترش یافته است که مقامات ادارات ثبت نیز، سردفتران ازدواج را از ثبت بسیاری از این شروط نظیر مورد مشروح فوق که هیچ‌گونه مبادی با شرع یا قوانین جاری ندارد، بر حذر داشته، معلوم نیست به چه لحاظ با آن مخالفتند؟! که این مخالفت یا حاکی از عدم آگاهی و ناتوانی علمی است و یا ناشی از غرض ورزی و تنگ نظری مورد اشاره که مبدا چنین چیزی در جامعه روایی باید و همه‌گیر شود. البته از کسانی که گواه گرفتن بانوان را بر عقد ازدواج روا نمی‌دانند، آن هم با این بهانه مضحک که شرعاً شهادت دو زن، عدیل شهادت یک مرد است، چنین رفتاری شگفت‌انگیز نیست. غافل از این که آن قاعده شهادت، در خصوص امور حقوقی و آن هم در مسائل مالی در محضر دادگاه است. و عقد نکاحی که انعقاد آن شرعاً (لااقل در فقه جعفری) محتاج شهادت شاهدی نیست و صرفاً به موجب مقررات برای رسمیت یافتن ثبت دفتر و سند ازدواج، مجموعاً نیاز به شش امضاء هست که هر یک از این امضاءها البته غیر از امضاء زوجین و طرفین ایجاب و قبول، می‌تواند متعلق به یک زن یا یک مرد باشد. چه، قانونگذار از این حیث تعیین تکلیف خاصی ننموده است، اساساً در بند شهادت زنان و مردان نیست تا به قاعده مذکور تمسک جوییم و تحدیدی دیگر بر حقوق زنان در جامعه وارد آوریم که بله، زن نمی‌تواند شاهد عقد ازدواج محسوب شود!!! اینان از برای هر چه تنگ‌تر ساختن عرصه بر بانوان حتی تحمل همین حقوق ناچیز فعلی را هم که قانون در اختیار ایشان قرار داده است، ندارند و مثلاً در باب مهریه معتقدند که تکلیف پرداخت و تأدیه آن، عندالقدره والاستطاعه بر عهده زوج است و مثلاً زنی که می‌دانشته است شوهر قدرت پرداخت مهریه را ندارد و مع ذلک مهریه سنگین را مقرر داشته است، حتی حق حبس را که قانوناً از آن برخوردار است و ما پیشتر بدان اشاره نمودیم، از کف خواهد داد؛ مثل این که این حضرات که متأسفانه در میان قضات محترم نیز یافت می‌شوند اساساً با ماهیت عمل حقوقی ازدواج مشکل داشته، آن رانه عقد که ایقاع تلقی می‌کنند. آن هم ایقاعی که از جانب زن واقع می‌شود و مرد را موجود مسلوب الاراده مفنوقی در نظر می‌آورند که با تعیین مهری سنگین، مورد ظلم و ستمی قرار گرفته که مستحق حمایت و پشتیبانی است!!! حال آن که ازدواج، عقد است. یعنی یک عمل حقوقی دو طرفه است و صیغه شرعی آن با ایجاب و قبول منعقد می‌گردد. چگونه است که زنی که آگاه به عدم توانایی مالی زوج در پرداخت مهریه یا هر شرط مالی دیگر ضمن ازدواج است، مقصر شناخته می‌شود و محکوم به بی‌حقی، اما مردی که خود بهتر از زوجه و هر کس دیگر واقف به این ناتوانی است و با این حال زیر بار تعهد می‌رود و در واقع عملی را نظیر صدور برات بی‌وجه و چک بلا محل مرتکب می‌شود، مستحق حمایت محسوب می‌گردد؟! ■

تسریع در فرایند رسیدگی

و اهمیت آن در قوانین دادرسی کیفری

طاهر توحیدی*

چکیده

بی‌گمان در مقررات آیین دادرسی هر کشوری، اصل تسریع در روند رسیدگی به پرونده‌ها مدنظر قرار گرفته و حتی اغلب نظام‌های کیفری دمکراتیک صراحتاً مواد قانونی ویژه‌ای را نیز به آن اختصاص داده‌اند. تسریع در رسیدگی از مهمترین اصول مصرح در قوانین ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی بوده که برای جلوگیری از تضییع حقوق اساسی متهمان پیش‌بینی گردیده است. حقیقت این است که امروزه با وجود تأکید بر تسریع دادرسی از سوی مجامع بین‌المللی حقوق کیفری، و ارائه راهکارهایی برای اجرای آن در عمل، اکثریت کشورها در راستای رسیدگی به پرونده‌های کیفری و در نتیجه احراز عدالت به نحوی بسیار کند و ضعیف عمل می‌نمایند. عجز و ناتوانی دستگاه عدالت کیفری زمانی بیشتر نمایان می‌گردد که گاهاً بین ارتکاب جرم تا زمان صدور حکم نهایی آن‌چنان فاصله‌ای می‌افتد که هر انسان منصفی عدم اجرای مجازات را ترجیح می‌دهد، زیرا که مجازات کردن چنین مجرمی پس از سال‌ها به منزله احیاء نمودن خاطرات تلخی است که جامعه عمومی و حتی خود بزه دیده نیز آن را با مرور زمان به فراموشی سپرده‌اند. در این نوشتار به بررسی اهمیت اصل تسریع دادرسی در قوانین کیفری و راهکارهای اتخاذ شده قانونگذاران برای مقابله با کندی جریان رسیدگی پرداخته، تا بدین گونه تصویری کلی از سیاست‌های کاربردی در جهت مقابله با این مشکلات به دست آید.

واژگان کلیدی

تسریع دادرسی، عدالت کیفری، حقوق مکنتسبه، تناسب تعقیب، قانونی بودن تعقیب.

مقدمه

تدوین و تصویب قوانین کیفری هر کشوری برای مبارزه با جرم و بزهکاری، در قالب تشکیلات و ساختارهای رسیدگی به جرایم، تبلور یافته که از آن به‌عنوان مقررات آیین دادرسی کیفری یاد می‌کنند. مسلماً بدون وجود محاکم دادگستری و صاحب منصبانی برای قضاوت و

* کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

نیز اجرای احکام کیفری قانونی، نمی‌توان انتظار داشت که قوانین تصویبی قانونگذار به منصفی ظهور رسیده و بر این اساس عدالتی نیز درخشیدن آغاز کند. عدم وجود محاکم دادپروری و به تبع آن نبود مسؤولانی دلسوز برای رسیدگی به جرایم بر طبق موازین قانونی، عملاً و علناً به معنای بازگذاشتن راه‌های توسل به انتقام خصوصی بوده که در ادامه آن فجایع وحشتناک و جنایت‌های بی‌حد و حصر قبایل گذشته در ازمنه قدیم به اذهان بازمی‌گردد.

اصول و مقررات آیین دادرسی کیفری نمایانگر ارزش‌های اساسی و مورد احترام هر جامعه بوده و به طور قطع ماهیت دموکراتیک یا غیردموکراتیک هر دولتی را آشکار می‌سازد. ماریو پائانو^۱ حقوق‌دان قرن هجدهم ایتالیا اظهار داشته است که «اگر به یک کشور ناشناخته وارد شدید و خواستید بدانید که در آن کشور آزادی‌های مدنی حمایت می‌شود یا خیر، قانون آیین دادرسی کیفری آن‌جا را ملاحظه نمایید.» حقیقتی غیرقابل‌کنمان است که تعیین معیارهایی صحیح برای رسیدگی به رفتارهای مجرمانه و با لحاظ کردن تمامی جوانب امر، به طوری که کلیه حق و حقوق اساسی شاکیان و متهمان دعاوی رعایت گردد، از مهمترین چالش‌های پیش روی مقننین در راستای احراز عدالت کیفری است. پیشبرد فرایند دادرسی کیفری با بهره‌گیری از روش‌هایی ساده، سریع و بدون صرف هزینه‌های گزاف مادی و انسانی، سیاستی درخور و شایسته را می‌طلبد. سیاستی که استقرار نظم و امنیت قضایی بر آن استوار گردیده است. مقنن هر کشوری در تدوین قوانین خود و در مسیر احراز عدالت باید به طوری علمی و عملی منافع طرفین دعوی (بزه‌کار و بزه دیده) را در نظر بگیرد و با دیدی بشردوستانه به تلفیق این دو امر مهم بپردازد. بدون تردید این موفقیت و ثمره آن در سایه‌سار تخصص، درایت، تبادل نظرهای مستقیم و غیرمستقیم دست‌اندرکاران قضایی و بررسی‌های تطبیقی قوانین دادرسی داخلی با سایر نظام‌های کیفری خارجی به بار خواهد نشست. در حال روند دادرسی کیفری و رسیدن به عدالتی که حقوق و منافع تمامی طرفین درگیر در جرم را لحاظ بدارد، خود مدلول رعایت تشریفات هم‌چون تسریع رسیدگی، علنی و منصفانه بودن دادرسی‌ها می‌باشد. در این محث تسریع در رسیدگی و تبلور آن در قوانین ایران به عنوان مطلب کلیدی ما انتخاب گردیده که در اکثریت گفتمان‌ها و کنگره‌ها و انجمن‌های حقوق جزایی و جرم‌شناسی ملی و بین‌المللی به آن پرداخته‌اند. با افزایش جرم و بزه‌کاری در سطح جهانی، کشورها و نظام‌های مختلف کیفری برای کاستن از بار پرونده‌های مطروحه، تسریع در دادرسی‌ها را با توسل به انواع شیوه‌های گوناگون مدنظر قرار داده، تا ضمن به حرکت درآمدن سریع‌تر و بهتر چرخه عدالت کیفری، دستگاه‌های قضایی نیز از زیر بار پرونده‌ها و فشار بزه‌کاری خلاصی یابند. به نظر می‌رسد با قبول این گفته، در آیین دادرسی کیفری کشورمان ایران نیز تدابیری برای تسریع در رسیدگی به پرونده‌ها توسط مسؤولان محترم قضایی اندیشیده شده که در مطالب آتی و ضمن تشریح اصل تسریع دادرسی به آن پرداخته، تا با ارزیابی آن‌ها به تأثیر یا عدم تأثیر تدابیر اتخاذی در ساختار رسیدگی و کاهش پرونده‌ها و در نتیجه احراز عدالت نیز پی‌برده شود.

۱- Mario Pagano.

۲- نخرانی، منوچهر، فرایند کیفری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷، تهران.

گفتار اول: اصل تسریع دادرسی و فواید آن در چرخه فرایند کیفری

تسریع در دادرسی بدان معناست که بعد از ارتکاب جرم و دستگیری متهم، تاحد امکان اقدامات سریعی در راستای حفظ ادله و جمع آوری اطلاعات صورت گرفته و در اختیار قاضی محکمه گذارده شود تا وی با در نظر گرفتن تمامی دلایل و قرائن و امارات به صدور حکم مقتضی اقدام نماید. تسریع در رسیدگی به هیچ وجه با شتاب و عجله در کار فضاوت همخوانی ندارد و لفظ واحد در دو معنای متفاوت نیاستی موجب مشتبه شدن موضوع در تفهیم گردد. تمجیل در کار قضا بدون رعایت جوانب احتیاط موجب تضییع حقوق طرفین جرم گردیده که لطمات جبران ناپذیری را به دنبال خواهد داشت، لطماتی که پیش از همه دامن دستگاه قضایی را خواهد گرفت. بدترین حالات ممکن برای قوه قضاییه هر کشوری زمانی است که در اثر انجماد دستگاه دادرسی، بی‌گناهی مجازات گردد و گناهکاری از دار مکافات جان سالم به در برود. باید بدین حقیقت پی برد که تمامی بزه دیدگان و همچنین جامعه محلی (هیأت اجتماع) بعد از ارتکاب جرم خواهان مجازات سریع بزه کار هستند تا به نحوی آتش نفرت و افکار متأثر گشته آن‌ها آرامش خاطر خود را باز یابد، ولی این خواسته هرگز بدان معنا نیست که در اثر شتابزدگی چرخه عدالت کیفری و سزادهی افراد، راه‌های نفوذ برای تبهکاران حرفه‌ای باز شده و در نتیجه حالتی که مطلوب نظر هیچ کس نیست پیش آید. مسلماً در این گونه موارد و یا مشاهده ناکارآمدی دستگاه قضایی، افراد جامعه نسبت به عملکرد مقامات صالحه بدبین شده و به انتقام‌های خصوصی (تلافی) تمسک جست که می‌تواند نظم و امنیت داخلی را به مخاطره اندازد.

آیین دادرسی کیفری باید در بردارنده قواعدی باشد که با صلاحیت هر چه تمام‌تر در جهت کشف جرم و تعقیب و دستگیری متهمین مؤثر بوده و در روند دادرسی نیز با در نظر گرفتن کلیه حقوق مکشبه متهمان برخوردی قطعی را با رعایت حقوق انسانی در خود متبلور نماید. سرعت بخشیدن به روند تعقیب و دستگیری و جمع آوری دلایل و بررسی آن‌ها جدای از این که از دامنه اشتباهات مقام قضایی کاسته، به صدور حکم عادلانه نیز دوچندان کمک می‌نماید. در مفهوم مخالف این گفته باید گفت که مرور زمان موجب محو شدن ادله اثباتی جرم گردیده و دستگاه کیفری را با ابهامات بیشتری در راستای احراز عدالت مواجه می‌گرداند. سزای بکار یا بانی حقوق کیفری در اثر جاویدان جرایم و مجازات‌ها در قرن هجدهم به تبیین این مسأله می‌پردازد که «هرچه کیفر سریع و بلافاصله در تعاقب جرم اجرا شود عادلانه و مقیدتر خواهد بود. عادلانه خواهد بود چون مقصر را از عذاب‌های موخس و بیهوده تودید و بلا تکلیفی که نیروی تخیل و احساس ضعف خود او آن را شدت می‌بخشد، برکنار خواهد داشت. عادلانه‌تر خواهد بود، چون محرومیت از آزادی خود کیفری است که اگر ضرورت اقتضا نکند حق نیست پیش از صدور حکم اعمال شود.»^۱ در تشریح این گفتار زیبا اقوی دلیل بکار یا این است که نزدیکی فاصله زمانی بین ارتکاب جرم و اجرای مجازات تداعی مفاهیم جرم و کیفر را در ذهن انسان به همان درجه پایدارتر و قوی‌تر خواهد

۱- Cesare Beccaria.

۲ اردبیلی، محمدعلی، رساله جرایم و مجازات‌ها، چاپ پنجم، انتشارات میزان، ۱۳۸۵، تهران.

کرد و همین تداعی معانی بزرگترین و بهترین مانع بر سر راه ارتکاب جرایم توسط افراد جامعه می‌باشد که با حتمیت مجازات‌ها ارتباط مستقیم دارد.

از مهمترین فوائد تسریع در دادرسی جدای از بحث جلوگیری و بازداشتن دستگاه قضایی از جمود وضعف اجرایی می‌توان به جنبه بازدارندگی افراد از ارتکاب جرم اشاره کرد. سرعت بخشیدن به روند رسیدگی و کیفر دادن مجرمان، افراد بالقوه خطرناک را از ارتکاب جرم باز می‌دارد. مطمئناً اگر افراد جامعه به این قناعت در اندیشه برسند که ارتکاب جرم، تعقیب فوری و قانونی مقامات صالحه و اجرای کیفر حتمی را به دنبال خواهد داشت، از ارتکاب جرم صرف‌نظر می‌نمایند. همین گفته در مفهوم مخالف آن نیز صادق بوده بدین شرح که، اطاله دادرسی افکار عمومی را نسبت به دستگاه دادرسی بی‌اعتماد می‌سازد. بی‌گمان یکی از دلایل افزایش نرخ تورم کیفری در هر جامعه‌ای، زمانی است که سایه یأس و ناامیدی بر افراد آن جامعه مستولی گشته و هیأت اجتماع، دستگاه عدالت کیفری را در حل و فصل دعاوی خویش ناتوان پندارند و به انتقام‌های خصوصی روی آورند. لازم است اقرار کنیم که فواید بی‌شمار سرعت بخشیدن به روند دادرسی را می‌توان در سخنان زیبای اندیشمند ایتالیایی به خوبی دریافت. امید است که تمامی نظام‌های کیفری در تبیین و توجه به آن همت گماشته، تا بدین گونه به کرامت و حقوق اساسی انسانی نیز خدشه‌ای وارد نگردد.

گفتار دوم: اصل تسریع دادرسی در قوانین خارجی و کنوانسیون‌های بین‌المللی

تصریح بر اصول سه‌گانه انصاف، علنی بودن و سرعت در رسیدگی‌ها، بر تارک اکثریت قوانین ملی و بین‌المللی می‌درخشد. کنندی جریان رسیدگی به پرونده‌های کیفری عاملی در جهت تصویب این اصول در قوانین بین‌المللی بوده است. دیوان اروپایی حقوق بشر، مقرراتی را در سال ۱۹۵۰ میلادی به امضای کشورهای عضو شورای اروپا رسانیده که به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر معروف است. موادی از این کنوانسیون به تسریع در رسیدگی اشاره دارد. از آن جمله می‌توان به بند ۱ از ماده ۶ کنوانسیون اشاره کرد که اشعار می‌دارد: «هر کس حق دارد که به **دعوی او... در مهلتی معقول رسیدگی شود.**» در این راستا نظر تدوین‌کنندگان کنوانسیون در بند ۱ ماده ۶ بر این بوده است که از طولانی شدن دادرسی، که زبان‌های فراوان و گاهی جبران‌ناپذیر را برای افراد، چه در امور کیفری و چه در دادرسی‌های حقوقی در بر دارد، اجتناب شود. دیوان اروپایی حقوق بشر با تأکید مکرر بر رعایت مهلت معقول در دادرسی، نگرانی خود را در این زمینه که مبادا کارایی و اعتبار عدالت و دادگستری به مخاطره افتد، ابراز می‌دارد.^۱ علاوه بر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که در سال ۱۹۶۶ میلادی به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده در بند ۳ ماده ۹ مقرر می‌دارد: «هر کس به اتهام جرمی دستگیر یا بازداشت می‌شود باید او را در اسرع وقت در محضر **دادرس یا هر مقام دیگری که به موجب قانون مجاز به اعمال اختیارات قضایی باشد**

۱- آشوری، محمد، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، تهران.

حاضر نمود و باید در مدت معقولی دادرسی یا آزاد شود...^۱ همان‌طور که ملاحظه می‌شود در این بند از ماده ۹ نیز به مثابه بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بر رسیدگی در مدت معقول تصریح شده تا بدین نحو حقوق اساسی متهمان همچون اصل برائت یا حق آزادی و... خدشه دار نگردد. در همین میثاق بین‌المللی و در بند ۳ ماده ۱۴ یک‌بار دیگر بر ضرورت قضاوت سریع و عدم تأخیر در رسیدگی تأکید شده است. درحقیقت یکی از تضمین‌های مهم بعد از ارتکاب جرم بدین ترتیب بیان‌گردیده که «بدون تأخیر غیرموجه درباره او قضاوت بشود»^۲

باید اذعان کرد که تأکید کنوانسیون‌ها و میثاق‌های بین‌المللی بر ضرورت سرعت در دادرسی نتیجه بخش بوده و اکنون در بیشتر نظام‌های عدالت کیفری اصل تسریع در دادرسی به‌عنوان یکی از ارکان و تضمینات حقوقی متهمین پذیرفته شده و مواد قانونی خاصی به آن اختصاص داده شده است. حتی جدای از ذکر آن در مواد آیین دادرسی کیفری، اهمیت این اصل در حقوق اساسی بسیاری از کشورها به‌صراحت بیان‌گردیده است. به ذکر نمونه‌هایی درخصوص این مورد می‌پردازیم. اصل ۳۷ قانون اساسی کشور ژاپن ضرورت محاکمه سریع متهم را در فرایند کیفری مورد پذیرش قرار داده و اشعار می‌دارد: «در تمامی دعاوی کیفری، متهم از حق محاکمه سریع و علنی به وسیله یک دادگاه بی‌طرف برخوردار خواهد بود...»^۳ ایالات متحده آمریکا در اصلاحیه ششم از اصل ۷ قانون اساسی در سال ۱۹۷۱ حق محاکمه سریع و علنی را به‌عنوان اولین حق تضمین شده متهم در کلیه دادرسی‌های کیفری تصریح کرده است. در همین زمینه کشور اسپانیا در اصل ۲۴ قانون اساسی به روند قضایی کوتاه مدت به عنوان حقی برای متهمین و باضمانت‌های کافی اشاره داشته است. ذکر نمونه‌هایی از اصول مصرّحه در قوانین اساسی برخی کشورهای خارجی تنها برای نشان دادن اهمیت اصل تسریع در دادرسی بوده که خود حکایت از توجه مقننین برای حفظ حقوق فردی دارد. نباید فراموش کرد که تنها تصریح به این اصول، بدون اجرای آن فایده‌ای در بر ندارد. در حال حاضر و با توجه به افزایش نرخ تورّم کیفری و همچنین ناکارآمدی دستگاه‌های قضایی در حل اختلافات مردمی، نظام‌های کیفری با تمسک به روش‌های مختلف حل و فصل دعاری، در جهت تسریع رسیدگی به پرونده‌ها اقدامات مؤثری را انجام داده‌اند که در گفتار بعدی به توضیح پاره‌ای از این روش‌ها خواهیم پرداخت.

گفتار سوم: تدابیر و روش‌های مستقیم و غیرمستقیم به منظور تسریع در دادرسی

تدابیر اتخاذی نظام‌های کیفری در راستای کاستن از بار پرونده‌های محاکم و تسریع در رسیدگی، به شیوه‌های مختلف، توسط مقامات قضایی اجرا می‌گردد. تدابیری که به‌صورت مستقیم و غیرمستقیم هر یک به نوعی در جهت سرعت بخشیدن به روند رسیدگی پرونده‌ها

1- Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release... .

2- To be tried without undue delay.

3- In all criminal cases the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial by an impartial tribunal... .

مدنظر قرار گرفته و به صور گوناگون در برنامه کیفری کشورها گنجانیده شده که مهمترین آن‌ها به قرار زیر هستند:

الف- روش‌های مستقیم در جهت تسریع در رسیدگی:

- ۱- رسیدگی سریع
- ۲- دادرسی اختصاری
- ۳- مصالحه کیفری^۱
- ۴- اقرار مجرمیت^۲
- ۵- میانجیگری کیفری^۳
- ۶- پرداخت مستقیم غرامت یا جزای نقدی
- ۷- ترك تعقیب و پایگانی پرونده

۱- رسیدگی سریع: در جرایم مشهود که مرتکب توسط مقامات قضایی دستگیر شده و ادله اثباتی جرم صراحتاً از توجه اتهام به متهم حکایت داشته و یا متهم در حین تحقیقات مقدماتی به جرم ارتكابی اقرار نموده، نظام‌های مختلف کیفری گاه‌ها بدون تشریفات خاص قانونی به جرم رسیدگی می‌کنند. بعضی دیگر از کشورها بسته به نوع مجازات قانونی، رسیدگی سریع را در دستورکار فرار می‌دهند. یعنی جرایمی که مجازات قانونی آن فی‌المثل حبس کوتاه مدت حداکثر تا یکسال پیش بینی شده و موضوع پیچیدگی ندارد و دلایل آن روشن است، پرونده بدون تشریفات، مستقیماً به دادگاه ارسال می‌گردد.^۲ در این موارد، در صورتی که دادستان فوریت آن را تشخیص داده و تقاضای رسیدگی نماید، دادگاه برطبق آیین دادرسی به موضوع رسیدگی سریع کرده و حکم مقتضی را صادر می‌کند.

۲- دادرسی اختصاری: یکی دیگر از شیوه‌های تسریع در فرایند رسیدگی و کاستن از بار پرونده‌ها، توسل به دادرسی اختصاری است. روش اختصاری در واقع توافقی بین دادرسی و متهم است براساس همان دلایل بدست آمده در جریان تحقیقات مقدماتی، تا در این صورت به سرعت تصمیم مقتضی صادر گردد. این تصمیم بیشتر در قالب قرارهای کیفری و در جرایم کم اهمیت صادر گردیده و در صورت اعتراض محکوم علیه به حکم صادره، موضوع در جلسه حضوری و برطبق آیین دادرسی کیفری رسیدگی خواهد شد. در نظام کیفری ایتالیا و در دادرسی اختصاری محکوم علیه حق تقاضای رسیدگی استینافی را در صورت محکومیت از دست می‌دهد و فقط می‌تواند به دیوان کشور جهت رسیدگی فرجامی مراجعه نماید.^۳ در آمار

۱- Transaction Forfaitaire.

۲- Guilty Pleas.

۳- Mediation Penale.

۴- خراتی، منوچهر، فرایند کیفری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷، تهران.

۵- آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران.

پرونده‌های مختومه کیفری بعضی کشورها فی‌المثل آلمان، آمده که ۳۰ درصد از پرونده‌ها خصوصاً در سوزه‌های قضایی کوچکتر با این روش مختومه شده است.^۱

۳- مصالحه کیفری: صلح و سازش از قدیم‌الایام در رفع اختلافات مردمی مؤثر واقع شده است. در حقیقت باید گفت که در دعاوی کیفری بهترین راه حل برای کاستن از بار پرونده‌ها، توافقات طرفینی است. توافق و صلح کیفری با مقامات اجرایی و قضایی در جرایم بالنسبه کم اهمیت، به‌صورت‌گوناگون و به هدف تسریع در رسیدگی و مختومه شدن این قبیل پرونده‌ها در سیستم‌های مختلف آیین دادرسی کیفری پذیرفته شده است.^۲ مصالحه و توافقات طرفینی برای تسریع چرخه فرایند کیفری در جرایم بزرگ و کوچک می‌تواند مورد توجه مقننین کشورهای مختلف قرار بگیرد.

۴- اقرار مجرمیت:^۳ از دیگر روش‌های تسریع در دادرسی که در بعضی نظام‌های کیفری مورد استفاده قرار می‌گیرد سیستم اقرار مجرمیت است که در جریان گفتگوی مابین مقام تعقیب و متهم و قبل از اثبات مجرمیت صورت می‌گیرد. در این گفتگوی دوطرفه متهم چنانچه به مجرمیت خود اعتراف نماید، مقام تعقیب نیازی به احراز جرم او از طریق کشف جرم و جمع‌آوری دلایل (تحقیقات مقدماتی) نداشته و دادگاه می‌تواند در قبال این اقرار که به روند دادرسی و تسریع آن کمک کرده مجازاتی را با تخفیف تا میزان مشخصی در نظر بگیرد. معامله اتهام^۴ نیز با همین هدف و در همین راستا گاه‌ها در محاکم کشورهای خارجی صورت می‌گیرد که طی مذاکراتی مابین مقام تعقیب و متهم و رسیدن به توافقی مشترک، متهم به بعضی جرایم خود اعتراف کرده و در مقابل مقام تعقیب و رسیدگی‌کننده با توجه به همین امر، مجازات و مسؤولیت کیفری خفیف‌تری را برای وی در نظر می‌گیرد. به عنوان نمونه در توسل به این روش محاکم بریتانیای کبیر در جهت تسریع دادرسی‌ها، کلاهبرداری مشدد را به کلاهبرداری ساده تبدیل می‌نمایند.

۵- میانجیگری کیفری:^۵ مؤثرترین روشی که محاکم کشورهای اروپایی از اوایل سال‌های ۱۹۸۰ میلادی، در جهت مبارزه با بزهکاری و همزمان با آن برای کاستن از بار پرونده‌های کیفری و تسریع در رسیدگی به کار گرفته‌اند میانجیگری می‌باشد. در این روش بیشتر سعی شده تا با درگیر کردن تمامی ذینفعان و سهامداران جرم، در فضایی کاملاً مطلوب و اصولی به توافقی اجماعی دست یافته شود. توافقی اجماعی که در خلال آن بزهکار، مسؤولیت جرم ارتكابی و جبران خسارات را برعهده گرفته و بزه دیده نیز زودتر از آنچه که معمول است به حقوق حقه خویش نائل می‌آید. این توافق، حس اعتماد به مقامات قضایی را در شهروندان جامعه و در

۱- خزانگی، منوچهر، همان، ص ۱۴۹.

۲- خزانگی، منوچهر، همان، ص ۱۵۰.

۳- Guilty Pleas.

۴- Pleas Bargaining.

۵- Mediation Penale.

جهت احراز عدالت پدیدار ساخته که نهایتاً تسریع دادرسی و کاهش مراجعات به دادگستری را به همراه دارد. این روش در اکثر سیستم‌های کیفری حاکمه‌کنونی، به‌عنوان روشی قانونی با شرایط و ضوابط خاص پذیرفته شده و بنا به آمارهای موجود در کاستن از بار پرونده‌های محاکم تأثیر بسزایی داشته است. میانجیگری کیفری در قالب برنامه‌های ترمیمی و به روش‌های مختلف به اجرا درمی‌آید. مثلاً در کشور فرانسه ماده ۱-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۹۹۳ اشعار می‌دارد: «دادستان قبل از تصمیم در مورد دعوی می‌تواند با توافق طرفین از یک (میانجیگری کیفری) استفاده کند و آن در صورتی است که دادستان تشخیص بدهد چنین اقدامی برای ترمیم ضرر و زیان بزه دیده و نیز پایان دادن به اختلافی که از جرم حاصل شده و نیز اصلاح و تربیت مرتکب مناسب باشد»^۱ بی‌گمان در ماورای این عبارات تسریع دادرسی مدنظر قانونگذار فرانسوی قرار گرفته است. توافقی اجماعی که بار سنگین پرونده‌ها را از دوش محاکم کیفری فرانسه برمی‌دارد و این حقیقتی است که محاکم اکثریت کشورهای متمدن جهان به آن اقرار کرده‌اند.

۶- پرداخت مستقیم غرامت (جزای نقدی):^۲ بعضی قانونگذاران در جهت جلوگیری از مطرح شدن دعاوی کم ارزش و تلف شدن بیهوده وقت‌های دادرسی اقدام به ابداع شیوه‌هایی همچون پرداخت مستقیم غرامت نموده‌اند. به عنوان نمونه در کشور ایتالیا چنانچه جزای نقدی قبل از تشکیل جلسه دادگاه و یا پس از تشکیل و قبل از صدور رأی از سوی متهم پرداخت گردد، این ابتکار متهم نوعی کیفرزدایی از سوی مقنن تلقی گردیده که می‌تواند ضمانت اجرای کیفری مقرر در قانون را تبدیل به ضمانت اجرای اداری نماید و آثار مترتب بر محکومیت کیفری را خنثی کند.^۳ بدون تردید این متد موجب سرعت بخشیدن به روند رسیدگی شده و در عین حال از بار پرونده‌های کیفری کاسته و باعث می‌شود که قضات این وقت‌ها را صرف رسیدگی به دعاوی مهم و شدیدتری نمایند و با تمرکز بهتری به دادرسی و احراز عدالت بپردازند.

۷- ترک تعقیب و بایگانی پرونده:^۴ این روش بیشتر در کشورهای دارای نظام دادرسی اعمال می‌شود. حدود اختیارات دادستان تا حد وسیعی افزایش یافته و بر همین مبنا دادستان اختیار دارد که در صورت سنجیدن دقیق اوضاع و احوال مربوط به جرم و متناسب نبودن تعقیب از پیگیری دعوی عمومی و تعقیب کیفری خودداری ورزد و مانع ادامه رسیدگی بازپرسان و یا دادگاه‌های کیفری شود. بعضی کشورها این اختیارات و استفاده از آن را به تمامی مراحل رسیدگی ابتدایی و نهایی تسری داده و دامنه شمول استفاده از آن را کلی می‌دانند، بالعکس در برخی نظام‌های دیگر، سیستم ترک تعقیب و بایگانی پرونده فقط در قسمتی از روند دادرسی‌ها پذیرفته شده است. آمار پرونده‌های کشور فرانسه حاکی از این واقعیت است که تا سال ۱۹۹۳ میلادی حدود ۸۰ درصد پرونده‌ها با اتخاذ این روش مختومه شده و این گفته مستقیماً مفهوم

۱- خزانی، متوجه، همان، ص ۱۵۱.

۲- Oblazionc.

۳- آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران.

۴- Classement Sans Suite.

تسریع دادرسی و متراکم نشدن پرونده‌های کیفری را به اذهان متبادر می‌سازد. در کشور آلمان نیز سیستم متناسب بودن تعقیب در تمامی جنبه‌ها (غیر از امور جنایی) از دو طریق بایگانی پرونده توسط دادسرا (ماده ۱۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری) و تعلیق موقت رسیدگی (بند ۳ ماده ۱۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری) به اجرا درمی‌آید.

ب- روش‌های غیرمستقیم در جهت تسریع در رسیدگی:

- ۱- تفکیک دعاوی خصوصی از دعاوی عمومی
- ۲- عدول از قواعد صلاحیت ذاتی و یا محلی
- ۳- اناطه کیفری
- ۴- جرم زدایی تقنینی از پاره‌ای پدیده‌های مجرمانه^۱

۱- **تفکیک دعاوی خصوصی از دعاوی عمومی:** اکثریت سیستم‌های کیفری دعاوی را به خصوصی و عمومی یا قابل گذشت و غیرقابل گذشت تقسیم می‌کنند. بر هر کدام از این دعاوی آثار حقوقی خاصی مترتب می‌باشد. مقننین در بعضی جرایم عدول از این تفکیک را پذیرفته‌اند. قوانین آیین دادرسی کیفری در راستای جلوگیری از تراکم پرونده‌ها و نیز عدم وقفه در فرایند رسیدگی و سرعت بخشیدن به جریان آن در پاره‌ای موارد به دادگاه‌های کیفری اجازه داده‌اند که علاوه بر رسیدگی به جنبه جزایی جرم، به دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم نیز که در تخصص و صلاحیت شعب حقوقی است، رسیدگی نمایند. به عنوان نمونه تبصره ۲ ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری کشور ایران بعد از تفکیک دعاوی به خصوصی و عمومی در ماده ۱۲ همین قانون از روش فوق‌الذکر در جهت تسریع دادرسی پیروی کرده است. ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «هرگاه دادگاه متهم را مجرم تشخیص دهد مکلف است ضمن صدور حکم جزایی، حکم ضرر و زیان مدعی خصوصی را نیز طبق دلایل و مدارک موجود صادر نماید مگر این که رسیدگی به ضرر و زیان محتاج به تحقیقات بیشتری باشد که در این صورت دادگاه حکم جزایی را صادر، پس از آن به دادخواست ضرر و زیان رسیدگی کرده و حکم مقتضی صادر می‌نماید.»

۲- **عدول از قواعد صلاحیت ذاتی و یا محلی:** موارد صلاحیت دادگاه‌ها و رعایت آن از قواعد آمره بوده و در تمامی روند دادرسی الزامی می‌باشد، اما در شرایطی قانونگذار برای جلوگیری از تشنج و تناقض آراء عدول از آن را مجاز دانسته است. این روش نقش بسیار مهمی را در جهت کاستن از بار پرونده‌های محاکم با منشأ واحد ایفا می‌کند، و از نظر جمع‌آوری ادله و وحدت نظر قضات نیز بسیار مؤثر بوده و راه حصول به عدالت را هموارتر می‌سازد. ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری ایران در تبیین این موضوع آورده است که «... اگر شخصی مرتکب چند جرم در جاهای مختلف بشود در دادگاهی رسیدگی خواهد شد که مهمترین جرم

۱- خزان، منوچهر، همان، صص ۱۵۵-۱۵۴.

در حوزه آن واقع شده... ماده ۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری نیز مقرر کرده است: «شرکاء و معاونین جرم در دادگاهی محاکمه می‌شوند که صلاحیت رسیدگی به اتهام مجرم اصلی را دارد.»

۳. اناطه کیفری: اناطه کیفری از بدیهی‌ترین اصول مسلم مورد قبول علمای حقوق در آیین دادرسی کیفری می‌باشد. در دادرسی‌های کیفری هرگاه رسیدگی و اتخاذ تصمیم در امر کیفری، منوط به طی تشریفات دیگر یا رسیدگی به مسائل مدنی، اداری و... باشد مقننین اقدام به صدور قرار اناطه کیفری می‌نمایند. دادگاه کیفری برای اجتناب از اطاله دادرسی، با صدور قرار اناطه منتظر تعیین تکلیف پرونده در دادگاه حقوقی می‌ماند. ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری کشور ایران بیان کرده است: «هرگاه ضمن رسیدگی مشخص شود اتخاذ تصمیم منوط است به امری که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه دیگری است و یا ادامه رسیدگی به آن در همان دادگاه مستلزم رعایت تشریفات دیگر آیین دادرسی می‌باشد قرار اناطه صادر و به طرفین ابلاغ می‌شود...» بدون تردید اناطه کیفری با لحاظ مصالح و منافع جامعه و حقوق متهمان و در راستای سرعت بخشیدن به جریان رسیدگی در تأمین هرچه افزون‌تر عدالت قضایی بسیار مؤثر می‌باشد.

۴- جرم‌زدایی تقنینی از پاره‌ای پدیده‌های مجرمانه: از بهترین کارهای هر نظام کیفری برای جلوگیری از تورم قوانین، سیاست جرم‌زدایی و کيفرزدایی می‌باشد. بی‌گمان قوانین باید با تحول ارزش‌های جامعه متحول و به‌روز گردند و قوانین کهنه و ناکارآمد در هر نظام کیفری هدیه‌ای جز دهن کجی افراد اجتماع را به دنبال نخواهد داشت. کثرت قوانین و پرکردن متون قانونی که با ارزش‌ها و معیارهای مورد قبول جامعه در تعارض باشد عملاً باعث سردرگمی قضات می‌گردد. گسترش جرم‌انگاری تقنینی انعکاس شدیدی روی تراکم و تنگناهای کیفری در دادگستری دارد.^۱ برخی اعمال در کشورهای مختلف با سیاست جرم‌زدایی عملاً از ردیف جرایم خارج گشته‌اند، مثلاً در ایران و انگلیس از مدت‌ها قبل، خودکشی جرم نمی‌باشد. در کشور فرانسه چک بلامحل را با توسل به مکانیزم جرم‌زدایی از عداد جرایم خارج کرده‌اند.^۲ در ادامه روند جرایم‌زدایی، برخی نظام‌های کیفری به قضازدایی در جهت کاستن از بار محاکم و تسریع در رسیدگی‌ها متوسل شده‌اند. با اتکا به قضازدایی، پاره‌ای از پرونده‌های کم‌اهمیت از مسیر رسیدگی دادگستری خارج گردیده و در حیطه و قلمرو کار مراکز و مقامات اداری و انتظامی قرار خواهد گرفت. به عنوان مثال در کشور آلمان خلاف‌های کیفری از سال ۱۹۶۸ به جرایم اداری تبدیل شده‌اند. در کشور هلند نیز برخورد با تخلفات گمرکی و جنگلبانی را در حیطه کار مقامات اداری قرار داده‌اند. تخلفات رانندگی نیز در کشور هلند جنبه کیفری خود را از دست داده و جرایم آن توسط پلیس کشف و مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.

۱- خزائی، منوچهر، همان، ص ۱۵۵.

۲- خزائی، منوچهر، همان، ص ۱۵۵.

نتیجه گیری:

امروزه قانونگذاران تمامی نظام‌های کیفری به این نکته واقف شده‌اند که ایجاد تحرک در فرایند رسیدگی با اتخاذ تدابیر استفاده از روش‌های مختلف مهمترین کار ممکن در جهت احراز عدالت و عدم تضییع حقوق متهمان و مجرمان می‌باشد. کاستن از دعاوی محاکم دادگستری و خارج کردن پرونده‌های کم اهمیت با توسل به شیوه‌های متنوع، و دقت و توجه و زمان کافی را صرف دعاوی واجد اهمیت کردن، خود می‌تواند به تسریع چرخه فرایند کیفری کمک نماید.

اتخاذ روش‌های مستقیم و غیرمستقیم در جهت تسریع دادرسی، بسته به دعاوی خاص در هر مورد می‌تواند معضل رکود چرخه دادرسی را حل نماید و مقتنین باید با اتخاذ تحولات در مبانی جرم‌انگاری و جرم‌زدایی از دامنه اقامه دعاوی کم‌اهمیت دادگستری کاسته و یا حداقل با قضا‌زدایی و کیفرزدایی، رسیدگی به آن‌ها را در قلمرو و صلاحیت سازمان‌های اداری قرار دهند. مکانیزم‌های تدوین و تصویب قوانین ماهوی باید بسته به شرایط و خصوصاً همسو با مقررات آیین دادرسی کیفری (قوانین شکلی) باشد تا جرم‌انگاری‌های زائد موجب افزایش دامنه کار محاکم قضایی نشود و در نهایت منجر به اختلال در روند و سرعت جریان رسیدگی نگردد. توجه به روش‌های مستقیم حل و فصل دعاوی همچون معامله اتهامی و میانجیگری و احراز مجرمیت و رسیدگی با تعیین مهلت معقول و... در جرایم نه چندان مهم، زمان کافی را برای رسیدگی به جرایم پر اهمیت و خطرناک در اختیار مجرمان قضایی قرار می‌دهد. جدای از موارد فوق‌الذکر امروزه روش‌های غیرمستقیم در آیین دادرسی کیفری مثل اناطه، عدول از مقررات صلاحیت در بعضی شرایط و عدم رعایت تفکیک دعاوی خصوصی از عمومی و... نیز می‌تواند راه‌حل مؤثری در تسریع جریان دادرسی باشد. بدیهی است که سیستم‌های متناسب بودن تعقیب، قانونی بودن تعقیب و یا تعلیق تعقیب هیچ‌کدام برتری چشمگیری بر دیگری نداشته و کشورهای مختلف برای رفع رکود در چرخه دادرسی هر کدام راه‌حل متفاوتی را برگزیده‌اند. در این راستا کشورمان ایران نیز با قبول سیستم قانونی بودن تعقیب و توسل به روش‌هایی همچون میانجیگری که اخیراً در قوانین ما درخشدن آغاز کرده و نیز استفاده از روش‌های غیرمستقیم در حل بزهکاری گام‌های مؤثری برداشته و امید می‌رود که با پویا کردن چرخه جرم‌انگاری و جرم‌زدایی به‌طور اصولی بتواند با این مشکل برخوردی قاطعانه نماید تا بدین گونه هیچ بی‌گناهی به ناحق بار مجازات دیگران را به دوش نکشد و هیچ گناهکاری نیز از زیر چرخ‌های فرایند کیفری مجال‌گریز نیابد. باشد که در سایه‌سار قوانین منطقی هر روز شاهد موجودیت و هستی یافتن فرشته عدالت در جلوی دیده‌گاتمان باشیم. ■

منابع

کتاب‌ها

۱- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ یازدهم، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۳؛ تهران.

- ۲- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ ششم، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰، تهران.
- ۳- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری (اندیشه‌ها)، جلد چهارم، چاپ دوم، انتشارات اشراق (دانشگاه قم)، ۱۳۸۱، قم.
- ۴- خزائی، منوچهر، فرایند کیفری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷، تهران.
- ۵- آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران.
- ۶- کمالان، سیدمهدی، منشور سازمان ملل متحد، چاپ اول، انتشارات کمالان، ۱۳۸۶، تهران.
- ۷- آشوری، محمد، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، تهران.
- ۸- اردبیلی، محمدعلی، رساله جرایم و مجازات‌ها، چاپ پنجم، انتشارات میزان، ۱۳۸۵، تهران.

قوانین

- ۹- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، کمالان، سیدمهدی، چاپ سوم، انتشارات کمالان، ۱۳۸۷، تهران.
- ۱۰- قانون اساسی ژاپن، واحد پژوهشی مؤسسه فرهنگی نگاه بینه، ۱۳۸۷، تهران.
- ۱۱- قانون اساسی اسپانیا، واحد پژوهشی مؤسسه فرهنگی نگاه بینه، ۱۳۸۷، تهران.
- ۱۲- قانون اساسی فرانسه، واحد پژوهشی مؤسسه فرهنگی نگاه بینه، ۱۳۸۷، تهران.
- ۱۳- قانون اساسی ایتالیا، واحد پژوهشی مؤسسه فرهنگی نگاه بینه، ۱۳۸۷، تهران.
- ۱۴- قانون اساسی آمریکا، واحد پژوهشی مؤسسه فرهنگی نگاه بینه، ۱۳۸۷، تهران.

پروسی لایحه

آزادی اطلاعات

با تکیه بر اسناد و قوانین بین المللی

ساناز السادات جعفری*

- قسمت اول -

«نخستین نمود عقل در انسان به معنای آغاز انسانیت است، بلکه انسانیت تنها با آزادی انسان است که قطعیت می‌یابد»
فردریش شیور

طرح مسأله

چندی پیش نمایندگان مجلس هفتم لایحه آزادی اطلاعات را پس از چهار سال با تغییراتی چشم‌گیر و تغییر نام آن به "لایحه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات" به تصویب رساندند. ماده ۱۹ لایحه می‌گوید: «به منظور حمایت از آزادی اطلاعات و دسترسی همگانی به اطلاعات موجود در مؤسسات عمومی و خصوصی که خدمات عمومی ارائه می‌دهند، تدوین برنامه‌های اجرایی لازم در عرصه اطلاع‌رسانی، نظارت کلی بر حسن اجرا، رفع اختلاف در چگونگی ارائه اطلاعات موضوع این قانون از طریق ایجاد وحدت رویه، فرهنگ‌سازی، ارشاد و ارائه نظرات مشورتی، کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات به دستور رئیس جمهوری تشکیل می‌شود. بر اساس این مصوبه، هر ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی را دارد و تنها قانون می‌تواند آن را محدود کند. همچنین این مصوبه دولت را مکلف می‌کند تا اطلاعاتی را که متضمن حق و تکلیف برای مردم است، علاوه بر مواد قانونی که باید در روزنامه رسمی منتشر شوند، از طریق انتشار یا اعلان عمومی و رسانه‌های همگانی به اطلاع مردم برساند و از سوی دیگر دولت و مؤسسات عمومی باید به صورت فوری و حداکثر ظرف مدت ده روز، به درخواست دسترسی به اطلاعات پاسخ دهند. لذا براساس اهمیت موضوع، در این نوشته به اجمال سعی بر آن شده که جریان آزادی اطلاعات را در جهان معاصر مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم تا اهمیت تصویب این لایحه برای تحقق حقی با نام حق بر اطلاعات به‌عنوان یک حق بنیادین بشری برای تمامی شهروندان، آشکارتر گردد.»

* کارآموز و کالت - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بشر.

بررسی حق آزادی اطلاعات در رویه و اسناد بین‌المللی

سابقه تاریخی

از زمانی که وسایل ارتباط جمعی در جوامع به وجود آمدند، اندیشه‌های خوش بینانه‌ای نیز در کنار آن‌ها رشد کرد. تصور بر این بود که با توسعه وسایل ارتباط جمعی می‌توان مشکلات را از بین برد و به توسعه و پیشرفت دموکراسی و صلح جهانی رسید. پس از جنگ جهانی دوم، منشور سازمان ملل متحد برای نجات جهانیان از اختلافات ناشی از جنگ و دستیابی به صلح جهانی، نوشته شد. برای تحقق این آرمان، اعلامیه حقوق بشر در سال ۱۹۴۶ تهیه و تدوین شد و در آن تأکید گردید که گسترش جریان آزاد اطلاعات و انتقال اندیشه در سطح دنیا، سبب افزایش صلح و رفع سوء تفاهم‌ها است. در این دوره، در اسناد یونسکو آورده شد:

اندیشه جنگ به علت عدم شناخت متقابل ملت‌ها از یکدیگر به وجود می‌آید و اگر شرایطی ایجاد شود تا ملت‌ها یکدیگر را بشناسند و به جای اندیشه خصومت و تنفر، اندیشه صلح و دوستی پدید آید، دیگر جنگی در نمی‌گیرد.^۱

این اندیشه‌ها سبب شد تا در سال ۱۹۴۸ در ژنو، کنفرانس بین‌المللی آزادی اطلاعات برگزار شود. در این کنفرانس، نمایندگان ۵۱ کشور دنیا که در آن زمان عضو سازمان ملل متحد بودند، ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر را تدوین کردند. در این ماده که در دسامبر همان سال در مجمع عمومی سازمان ملل تصویب شد، ضرورت تحقق آزادی اطلاعات و ارتباطات پیش‌بینی شده است و با توجه به این امر در سراسر دنیا، هر فردی حق دریافت، جستجو، انتقال و انتشار اطلاعات را داراست. بر همین مبنا در دهه ۵۰ میلادی، سازمان ملل متحد به کمک یونسکو به تحقیق در مورد وضع آزادی مطبوعات و اطلاعات در جهان پرداخت. تحقیقات بر این اساس بود که تا وقتی وسائل ارتباط جمعی و رسانه‌های همگانی در دنیا به حداقل توسعه یافتگی نرسند، نمی‌توان انتظار داشت که جریان آزاد اطلاعات به وجود آید.

قبل از تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۶، مجمع عمومی سازمان ملل قطعنامه‌ای با شماره ۵۹(۱) به تصویب رسانید که در آن بیان شده است: "آزادی اطلاعات به عنوان یکی از حق‌های اساسی بشری است... و زیوربنای تمام آزادی‌ها محسوب می‌شود". شایان ذکر است که در سال‌های بعدی نیز قطعنامه شماره ۴۵/۷۶ مجمع عمومی مورخ ۱۹۹۰ و قطعنامه ۲۵C/۱۰۴ کنفرانس عمومی یونسکو در سال ۱۹۸۹ در این خصوص به تصویب رسید.

در شانزدهمین اجلاس یونسکو در پاییز ۱۹۷۰م دو موضوع: ضرورت برابری ارتباطات در دنیا و جریان آزاد اطلاعات ستی بر ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر، مورد توجه قرار گرفت. این امر موجب شد تا در یونسکو فکر ایجاد نظم نوین جهانی اطلاعات

۱- قابل مشاهده در: <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r59.htm>

و ارتباطات پدید آید و هدف این نظم، یعنی برابری ارتباطات در جهان تأمین شود تا همه کشورها با توجه به شرایطشان، از امکانات تقریباً مساوی برخوردار شوند.

در همین زمان، اعلامیه‌ای از سوی کشورهای در حال توسعه و سوسیالیستی در زمینه کاربرد وسائل ارتباط جمعی در روابط بین‌الملل با هدف حفظ صلح و مقابله با جنگ‌طلبی و رشد و توسعه دموکراسی صادر شد. در حدود ۶ سال، بین کشورهای غربی افراطی و کشورهای سوسیالیستی بر سر نظم نوین اطلاعات و ارتباطات اختلاف وجود داشت تا سرانجام در سال ۱۹۷۸، اعلامیه‌ای به نام اعلامیه یونسکو درباره کاربرد وسایل ارتباط جمعی صادر شد که تفاهمی بین کشورهای در حال توسعه و سوسیالیستی و کشورهای سرمایه‌داری و توسعه یافته ایجاد کرد. این اعلامیه مبنای گزارش کمیسیون بین‌الملل یونسکو برای مطالعه وسائل ارتباطی و اطلاعاتی در جهان شد.

آزادی اطلاعات و به‌طور خاص آزادی دسترسی به اطلاعات نگه‌داشته شده توسط مقامات عمومی، که در این اواخر توجهات را به خود معطوف داشته است. در طی دهه ۱۹۹۰ همراه با رشد و توسعه فناوری، موضوع دسترسی به جریان آزاد اطلاعات، شکل جدیدی به خود گرفت که سرانجام در اولین اجلاس سران در این خصوص در سال ۲۰۰۳ در ژنو سران کشورهای شرکت‌کننده با امضای بیانیه‌ای متعهد به ایجاد جامعه اطلاعاتی در هزاره جدید شدند.

نخستین تجربه قانونگذاری در زمینه آزادی اطلاعات به کشور سوئد در ۱۷۷۶ میلادی برمی‌گردد. هدف از تصویب این قانون که در ابتدا قانون آزادی مطبوعات نام داشت، ایجاد یک جامعه باز بود که در آن حتی اسنادی چون نامه‌های رؤسای کشورهای دیگر به نخست‌وزیر نیز باید تحت نظارت عموم قرار می‌گرفت؛ قاعده‌ای که تا امروز نیز پابرجا است. کلمبیا پس از سوئد دومین کشوری بود که در سال ۱۸۸۸م قانون آزادی اطلاعات را تصویب نمود. فنلاند، سومین کشوری است که قانون آزادی اطلاعات آن در سال ۱۹۱۹م به تصویب رسید. از آن‌جا که سرزمین فنلاند تا سال ۱۸۰۹م و قبل از جنگ‌های ناپلئون، تحت سلطه سوئد قرار داشت و استقلال خود را در سال ۱۹۱۷ اعلام نمود، قانون آزادی اطلاعات این کشور تا حدود زیادی تحت تأثیر قانون کشور سوئد قرار داشت. قانون آزادی اطلاعات فنلاند در سال‌های ۱۹۵۱ و نیز در ۱۹۹۹م مورد بازنگری قرار گرفت و تغییراتی در آن داده شد. و سپس ایالت متحده آمریکا در ۱۹۹۶ و بعد از آن دانمارک و نروژ در ۱۹۷۰، فرانسه و هلند در سال ۱۹۷۸، کانادا و استرالیا و نیوزلند در ۱۹۸۲ به طرح و تصویب این قانون دست زدند. و در چند سال گذشته کشورهایی چون هند، فیجی، ژاپن، آفریقای جنوبی، انگلیس و بسیاری از کشورهای اروپایی در تصویب قانون در راستای تحقق این حق‌گام‌های مؤثری برداشتند و به کشورهای همچون سوئد، فنلاند، هلند، استرالیا و کانادا و... که در گذشته به چنین اقداماتی متوسل شده بودند، پیوستند.

ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱

همان‌طور که در بالا اشاره گردید، سال ۱۹۴۸ در ژنو کنفرانس بین‌المللی آزادی اطلاعات برگزار گردید در این کنفرانس نمایندگان ۵۱ کشور دنیا که در آن زمان عضو سازمان ملل متحد بودند، ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر را تصویب کردند و در همین راستا در دهه ۵۰ میلادی سازمان ملل متحد به کمک یونسکو به تحقیق در مورد وضع آزادی مطبوعات و اطلاعات در جهان پرداخت. پس یکی از قدیمی‌ترین منابع بین‌المللی این حق ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر^۲ مصوب ۱۹۴۸ می‌باشد، که چنین مقرر می‌دارد:

"هر کس حق آزادی عقیده و بیان دارد. این حق شامل آزادی حفظ عقاید، مصون از تعرض و جستجو، کسب و اظهار اطلاعات و اندیشه‌ها از هر طریق و بدون توجه به مرزها می‌باشد." این ماده به روشنی آزادی اطلاعات را به صورت "مطلق" مقرر می‌دارد و عبارات "هر کس"، "اظهار اطلاعات"، "از هر طریق" و "بدون توجه به مرزها" به خوبی نمایانگر اطلاق این ماده است. این ماده با ذکر کلمه "هر کس"، هرگونه محدودیتی را در مورد منشاء اطلاعات ممنوع ساخته است. با به کارگیری واژه‌ی "اطلاعات و اندیشه‌ها" هیچ‌گونه محدودیتی برای دلخواه بودن اطلاعات ارسالی قائل نشده است و از عبارت "از هر طریق" و "بدون توجه به مرزها" استفاده شده، که نه تنها شیوه انتقال اطلاعات اهمیتی ندارد، بلکه هیچ قلمرو جغرافیای سیاسی نیز نمی‌تواند آن را محدود سازد. طرفداران این نظریه، استدلال‌های دیگری نیز برای اثبات ادعای خود اقامه کرده‌اند، که عبارتند از:

الف- جریان آزاد اطلاعات از حقوق فردی اساسی و از ضروریات حقوق بشر است.

ب- جریان اطلاعات نباید به عنوان ابزاری در دست دولت‌ها باشد.

ج- آزادی کامل رسانه‌ها موجب آگاهی کامل شهروندان، نظارت بر فعالیت‌های دولت، انعکاس افکار عمومی، انتقادات و نهایتاً توسعه اقتصادی و اجتماعی خواهد بود.

ماده ۱۹^۳ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی:

یکی دیگر از مهم‌ترین منابع آزادی اطلاعات، ماده ۱۹ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۹۶ است که در آن آمده است:

۱- هیچ کس را نمی‌توان به مناسبت عقایدش مورد مزاحمت و اخافه قرار داد.

1- Adopted by UN General Assembly Resolution 217A (III) of 10 December 1948.

2- Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

۳- قابل مشاهده در: <http://udohr.blogspot.com>

۴- قابل مشاهده در: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

۲- هر کس حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی تفحص و تحصیل و اشاعه اطلاعات و افکار از هر قبیل، بدون توجه به سرحدات، خواه شفاهاً یا به صورت نوشته یا چاپ یا به صورت هنری یا به هر وسیله دیگر به انتخاب خود می‌باشد.

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

الف) احترام به حقوق یا حیثیت دیگران.

ب) حفظ امنیت یا نظم عمومی و سلامت یا اخلاق عمومی.

در تفسیر ماده ۱۹ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی کمیته حقوق بشر در جنرال کامنت^۱ شماره ۱۰ تنظیم شده در سال ۱۹۸۳ بیان شده است: پاراگراف دوم ماده ۱۹ نیازمند حمایت از حق بر ابراز عقاید بدون مداخله دولت است. این حق از جمله حقوقی است که میثاق، هیچ گونه محدودیت و یا استثنایی درخصوص آن قائل نشده است. این پاراگراف نیز مستلزم "حمایت از حق آزادی بیان" است؛ که این حق نه تنها شامل آزادی در افشاء اطلاعات و افکار^۲ از هر نوع می‌باشد بلکه شامل آزادی تفحص و آزادی در تحصیل اطلاعات و افکار صرف نظر از سرحدات^۳ و از هر طریق، خواه به طور شفاهی و خواه به طور مکتوب و یا به طور چاپی، یا به صورت هنری، و یا از هر طریق دیگری به انتخاب خود شخص می‌باشد و کمیته همچنین بیان می‌کند همه دولت‌ها باید تمام جنبه‌های این حق را (آزادی بیان) مورد لحاظ قرار داده و تأمین نمایند، چرا که این حق، خود متضمن تأمین چهار حق می‌باشد:

- آزادی تفحص

- آزادی در تحصیل

- آزادی در اشاعه

- آزادی در انتخاب هر وسیله برای تحقق این حق^۴

برخی از دولت‌ها در گزارش خود اعلام کرده‌اند که آزادی بیان را تحت ضمانت قانون اساسی و یا قانون عادی قرارداد و بدین طریق، خود را محدود ساخته‌اند. کمیته در این مورد بیان کرده است به منظور شناختن یک رژیم دقیق از آزادی بیان در قانون و یا رویه، علاوه بر این مسأله، تحقق این حق نیازمند اطلاعات مقتضی در مورد قواعدی است که هم بیان‌کننده محدوده و حوزه اعمال آزادی بیان و هم حوزه محدودیت‌های خاص در این خصوص و همچنین دیگر شرایطی که در عمل بر روی اعمال این حق تأثیر می‌گذارد، باشند. کمیته تأکید

1- General Comment No.10 :Freedom Of Expression (ART.19); 26/06/1983. CCPR.

2- Impart Information And Ideas Of All Kinds.

3- Regardless Of Frontiers.

۴- که این یک حق ضمنی است و حاکی از آن است که در انتخاب ابزار نیز دولت‌ها حق ندارند افراد را محدود کنند.

می‌کند که این اثر متقابل بین اصول آزادی بیان و چنین محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی است که حوزه واقعی حقوق فردی را معین می‌کند.

در این جنرال کامنت آمده است که: بند سوم به طور واضح مؤکد آن است که، اعمال حق آزادی بیان با یک سری مسؤولیت‌ها و تکالیف خاص همراه است که برخی محدودیت‌ها خواه مرتبط با منافع افراد و خواه مرتبط با منافع جامعه به عنوان یک کل را اجازه داده است. وقتی که یک دولت عضو میثاق محدودیت‌های خاصی را در خصوص اعمال این حق تحمیل می‌نماید این محدودیت‌ها نباید تا حدی باشد که اصل حق را به خطر اندازد. بند سوم^۱ شرایطی که این محدودیت‌ها قابل اعمال هستند را بیان داشته است: (یعنی محدودیت‌ها خاص و معین هستند و هر محدودیتی را شامل نمی‌شود):

اولاً محدودیت‌ها باید توسط قانون تصریح شده باشند که ممکن است تنها برای یک هدف یا هر دو هدف بیان شده در بند ۱ و ۲ پاراگراف سوم باشد یعنی در راستای:

- ۱) احترام به حقوق و حیثیت دیگران.
- ۲) حفظ امنیت ملی عمومی یا سلامت یا اخلاق عمومی.

ثانیاً باید ضرورت اعمال این محدودیت‌ها به وسیله یکی از این دو مورد یا هر دو آنها توجیه شود.

پس می‌توان نتیجه گرفت این محدودیت‌ها سه ویژگی دارند:

- ۱- خاص و استثنایی هستند.
- ۲- بر طبق قانون هستند.
- ۳- ضرورت آنها باید (بر اساس بند ۱ و ۲ پاراگراف سوم) توجیه و اثبات شود.

عبید حسین^۲ گزارشگر ویژه سازمان ملل در زمینه آزادی عقیده و بیان در قسمتی از گزارش سال ۱۹۹۵ خود به کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل به تفصیل بیان کرده است که:

"... اگر مردم آزادی دسترسی به اطلاعات نداشته باشند، آزادی کارایی خودش را از دست خواهد داد. دسترسی به اطلاعات مبنایی برای روش دموکراتیک زندگی است..."

این نقل قول اهمیت آزادی اطلاعات را در سه سطح مختلف برجسته می‌کند:

- به عنوان یک حق مستقل در سطح خودش.
- برای اجرای دیگر حقوق.
- به عنوان زیربنایی برای دموکراسی.

1-The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it **special duties and responsibilities**. It may therefore be subject to **certain restrictions**, but these shall only be such as are **provided by law** and are **necessary**:

a) For **respect of the rights or reputations of others**;

b) For the protection of **national security** or of **public order** (order public), or of **public health or morals**.

2- Abid hussain.

3- UN Doc .E/4/1995/32, Para.35 .

یکی از موضوعات اساسی در گفت‌وگو میان دموکراسی مشارکتی، تحقق مفهوم شهروندی است. آنچه به مفهوم شهروندی تحقق می‌بخشد، برخورداری افراد جامعه از حقوق مدنی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی است. لازمه تحقق یک حکومت باز، کاستن از دامنه قدرت دولت در برابر شهروندان است. در عین حال اعمال قدرت مردم و کاستن از خودرأیی حکومت تنها در شرایطی میسر است، که مردم از آنچه حکومت بدان مشغول است آگاه باشند. شاید به صراحت بتوان گفت که به این علت که آزادی اطلاعات زیربنایی برای دموکراسی محسوب می‌شود، این چنین حائز اهمیت گردیده است و باید دانست، اطلاعاتی که در دست مقامات دولتی است برای منافع سیاستمداران و مقامات دولتی کسب و تحصیل نشده است بلکه برای عموم مردم به‌عنوان یک کل تهیه شده، لذا هر کسی باید حق دسترسی به این اطلاعات را داشته باشد، و در یک کلام باید گفت که در یک جامعه دموکراتیک، دولت، نه مالک، بلکه امانت‌دار اطلاعات است. در چنین جوامعی شهروندان به حکومت خود اعتماد می‌کنند، تا اطلاعات را در جهت منافع آنان گردآوری و مرتب‌کند. مهم‌تر از همه آن است که آزادی اطلاعات جزء کلیدی مسئولیت‌پذیری و شفافیت یک دولت محسوب می‌شود و نقشی مهم در راستای توانا ساختن شهروندان برای مشاهده فعالیت‌های مثبت دولت و نیز افشای فساد و عدم توانایی اداره جامعه دارد.

عده‌ای از صاحب‌نظران معتقدند که اطلاعات «اکسیژن دموکراسی» محسوب می‌شود. اگر مردم ندانند چه اتفاقاتی در جامعه‌شان رخ می‌دهد و یا اگر اعمال کسانی که بر آنان حاکمیت دارند از آن‌ها مخفی بماند، مشارکت فعال و مؤثر مردم در امور جامعه معنایی نخواهد داشت. البته در اغلب کشورها دولت‌ها ترجیح می‌دهند اعمال‌شان همچنان محرمانه بماند. حتی در مواردی، واژه حکومت، به راز خوفناک تعبیر شده است. حتی دولت‌های دموکراتیک تمایل دارند اعمال‌شان را به دور از چشم عموم مردم انجام دهند و اغلب کشورها راه‌هایی برای محرمانه ماندن پیدا می‌کنند. به طور مثال با دلایلی همچون امنیت ملی، نظم عمومی، منافع ملی و... راه فراری برای خود می‌یابند.

از طرفی برای داشتن یک دولت باز^۲، ضرورت دارد که رأی‌دهندگان بتوانند به وضوح، عملکرد مقامات انتخاب شده را ارزیابی کنند و یا افراد بتوانند حقوق دموکراتیک‌شان (به‌طور مثال از طریق اعتراضات به موقع در خصوص سیاست‌های جدید دولت) را به‌طور مؤثر اعمال نمایند، که این جز در پرتو آزادی اطلاعات مقدور نخواهد بود. لذا در این خصوص دولت‌ها متعهداند گام‌هایی عملی، شامل قانونگذاری در راستای محقق کردن آزادی اطلاعات بردارند. ■

ادامه دارد...

۱- Swahili.

۲- Fierce secret.

۳- Open Government.



ترمینوروز کفیه

محمدرضا محمدی جرقویه‌ای

جنگ: فاصله بین دو صلح. آژانس مرگ. اختلاطی که اصوات آن صغیر گلوله است. مناظره بی‌نظیر. زد و خورد بین دسته‌ای از افراد با دسته‌ای دیگر که همدیگر را نمی‌شناسند به خاطر تعداد معدودی که همدیگر را می‌شناسند و می‌دانند علت دشمنی چیست. پروژه‌ای است که در آن استثناً اقلیت سود می‌برند و اکثریت زیان.

جهل به قانون: سوراخ رزق و کلا

جهیزیه: نام دیگر آن جهیز یا جهاز است. ابزاری است که زن هنگام ازدواج برای جنگ با شوهر به خانه او می‌برد. معمولاً هزینه‌های نظامی در همه‌جای دنیا کمرشکن است.

حزب: دستگاهی است که ابتکار و خلاقیت افراد را گرفته و به تعصب و تقلید تبدیل می‌نماید.

حقی: پوست باطل. آن‌چه مدعیان بی‌شمار دارد. مورد ادعای دو طرف دعوا. غایب همیشگی.

داماد (زوج): آدمی است با دنیایی از آزادی در پشت سر.

رئیس: کسی را گویند که سررشته یک یا چند امر را که در آن سررشته ندارد، در اختیار داشته و افراد سررشته‌دار در آن امر، تحت امر اویند.

سوسیالیسم: همه را به صورت یکسان در فقر سهیم کردن.

شروط باطل: شروط گناه باطل هستند ولی مبطل عقد نیستند

که خود بر سه قسم‌اند: ۱- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. مثلاً زوجه شرط کند که بعد از ازدواج ادامه تحصیل بدهد. ۲- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد. مانند ماده ۳۳۷ قانون تجارت که از دلالت می‌خواهد در نهایت صحت و از روی صداقت طرفین معامله را از جزئیات آن مطلع سازد. ۳- شرطی که نامشروع باشد. مثلاً زوجه شرط نماید که زوج در ایام زناشویی به وی خیانت نکند.

عضو علی‌البدل: عضوی که همیشه دعا می‌کند تا یکی از اعضای اصلی بمیرد. کسی که فعالیت‌اش در انتخابات کمتر از اعضای اصلی بوده است.

عکس: نسبت بین گمان‌های ما در مورد خودمان و نظرات و عقیده دیگران در مورد ما.

قدف: نسبت دادن کارهایی که آرزوی خودمان است به دیگران.

لقظه: به مالی گفته می‌شود که صاحب آن گم شده باشد.

مال: هر آن‌چه که وراثت بعد از مرگ مورث به خاطر تحصیل آن به جان هم بیفتند.

مذاکره: خط بطلان کشیدن بر نظریه‌ای که مدعی است انسان‌ها در ادعای خود همیشه صادق هستند.

مصطحت: موهبتی است الهی که به موجب آن به انسان اجازه داده می‌شود تا به جای شیطان اقدام نماید. ■