

خبرنامه

اصفهان
اسان
کانون وکلادادتر



با آثاری از:

سید فرهاد بطحایی، حسن پاک طینت، طاهر توحیدی،
سانازالسادات جعفری، احسان زرخ، محسن طاهری،
دکتر غلامرضا طیرانیان، فرشید فولادی نژاد،
حمیدرضا کلاتری، دکتر شهرام کیوانفر،
محمدرضا محمدی جرقویه ای وعلیرضا مختاری

ضمیمه: اساسنامه جدید اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران

۳۸

شهریور ۸۰

فهرست مطالب

مقالات

۲ همکار جوان من (۴)	دکتر غلامرضا طبرانیان؛
۸ آیا آراء محاکم عمومی در مقام تجدیدنظر خواهی از آراء.....	احسان زروخ؛
۱۱ هزار وعده خویان.....	علیرضا سختاری؛
۱۴ تغییر دین قاتل پس از ارتکاب قتل.....	حمیدرضا کلاتوری؛
۲۱ ساختارگرایی یا ادعای ساختارگرایی؟.....	فرشید فولادی نژاد؛
۲۴ رأی دهی تاکتیکی.....	دکتر شهرام کیوانفر؛
۲۷ آزادی بی قید و شرط یا محاکمه با قید و شرط.....	محسن طاهری؛
۲۹ پیشنهاد چهارم برای قوه قضاییه.....	دکتر غلامرضا طبرانیان؛
۳۲ بررسی لایحه آزادی اطلاعات یا نکیه بر اسناد و قوانین بین المللی (۲).....	ساناز السادات جعفری؛
۴۱ عدالت ترمیمی و تبلور آن در قوانین کیفری ایران.....	ظاهر توحیدی؛
۵۲ بررسی مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر در نظام حقوقی ایران.....	سید فرهاد بطحایی؛
۷۱ مسؤولیت والدین نسبت به اعمال صغار و مجبورین.....	حسن پاک طینت؛

طنز

۸۲ ترمینولوژی حقوق.....	محمد رضا محمدی جرقویه‌ای؛
----	----------------------------	---------------------------

ضمیمه

۸۴ «اساسنامه جدید اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران».....	
----	--	--

بخش چهارم من همکار جوار

دکتر غلامرضا طیرانیان*

این بود آخرین جملات بخش سوم: در پایان بار دیگر آنچه را نگاشته‌ای بخوان تا عاری از هر نقص و ضعف باشد و با اطمینان و اعتماد به خود آن را ارائه کن. اینک ادامه مقاله:

همکار گرامی امروز نیز مانند روزهای گذشته می‌روی تا دادخواست یا شکوائیه‌ای به جایگاه داد تقدیم، یا با شرکت در جلسه دادرسی از حقوق موکل خود دفاع کنی. این عهد تو است با موکل، که قانون و اخلاق و کالت بر دوش تو نهاده است و تو خود این وظیفه را پذیرفته‌ای. بدان که صیانت از حق موکل و یاری او بر هر امری مقدم است. باید تا پای جان و آبرو به ایستی. در این طریق گام‌های خود را استوار بردار. خوفی به خود راه نده و آماده باش. از بدو ورود به میدان وظیفه و عمل، با انواع ناملایمات روبرو می‌شوی. کار دشوار است. اگر توانی تحمل کنی، برای حفظ امانتی که موکل به تو سپرده است، شایسته نیستی: در قدم اول، وکیل و کیف دستی او را نیز بازرسی می‌کنند. نکند تو مانند دیگران شیئی ممنوعه همراه آورده‌ای و قصد تخریب و ایجاد خطر داری. گریزی نیست. باید وارد شوی. رنجیده خاطر و متأسف مشو. حفظ امنیت برتر از حرمت و منزلت و کالت دادگستری است. باید به آن تن در دهی، گرچه تا به‌سال سابقه نداشته که حتی یک وکیل دادگستری آسیبی به مرکز عدالت، یعنی خانه امید خود و مامن موکل وارد کرده باشد. مگر نمی‌دانی که همگان باید در برابر قانون مساوی باشند، لااقل در این مورد. صبور باش. متانت خود را حفظ کن که صبر و مقاومت وظیفه پایدار و کالت است.

حال وارد شده‌ای به آن‌جا که حافظ حق است، در هر قدم که برمی‌داری با چهره‌ها و رفتارهایی گوناگون روبرو می‌شوی: برخی به وکیل احترام می‌گذارند و تو را به گرمی می‌پذیرند و خود را برتر از وکیل احساس نمی‌کنند و بعضی چون به ادب سلام گفتی حتی نگاهت نمی‌کنند و پاسخی نمی‌دهند، گرچه پاسخ به سلام بر هر شنونده‌ای واجب است و ترک آن حرام! بیم آن دارند که از خود بکاهند. با این همه وکیل باید مؤدب به‌ایستد و مؤدب

* وکیل دادگستری - تهران.

سخن بگوید، اگرچه مخاطب در سن فرزندان او باشد تا بر مصونیت و حرمت و کالت خدشه‌ای وارد نشود.

کسانی مکتوبات و مستندات تقدیمی تو را به دقت می‌خوانند و آن را وظیفه بدیهی خود می‌دانند و گروهی بی‌اعتنایند و به سختی لوايح و مدافعات تو را می‌پذیرند. جمعی نیز همان‌گونه که به خود، به وکیل نیز اطمینان دارند. گروهی به گمان این که وکیل پیوسته سعی در اغوای دیگران دارد، از عنایت به او بیم دارند و وکیل را اهل خدعه و سیئات تصور می‌کنند و خود را اهل صداقت و ایمان و حسنات. تا دیروز همه از یک استاد درس حقوق آموخته‌اند و در مدرسه کنار و دوست یکدیگر بودند. چه بد است منصب و مستند! دوستان را از هم دور می‌کنند. دوستان را به دشمن و دشمنان را به دوست مبدل می‌سازد و یاران پیشین را در مقابل هم قرار می‌دهد. تعدادی وجود وکیل را در دعاوی مغتنم می‌دانند و مُجَد و دیگری وکیل را مانعی قوی می‌بینند و مُخَل! برخی این گمان دارند و برخی آن گمان. راهی بر تو نیست! افسرده و مأیوس نشو. تو همان شخصیتی هستی که هستی. تفاوت در تو نیست. تفاوت در درون کسی است که از دریچه نگاه و ذهن خود تو را می‌نگرد. درون هر کس شاکله زندگی اوست. درون دیگران را نمی‌توانی تغییر دهی. وظیفه و کالت به تو حکم می‌کند تا ناگزیر آن‌چه راکه هست بپذیری، اگرچه بسیار سخت است. در و کالت به سختی‌ها باید خو گرفت. در هر حال آرامش خود را حفظ کن. برافروخته نشو. به همگان: هم به این و هم به آن احترام کن که صبر و وقار تو بر شأن و منزلت وکیل می‌افزاید. برای احترام به دیگران نباید خود را خوار کنی. جمع این دو ممکن است و تو می‌توانی.

مراقب باش لبخندی که بر چهره داری از حقارت و درماندگی نباشد. لبخند باید نشانه خوش خوئی و سلامت نفس و نشاط و شخصیت تو باشد. لبخند و فروتنی دو معنی دارد. گاهی گواه حقارت و زمانی دلیل شرافت و مردم دوسنی است. شغل و کالت، حرفه‌ای شریف است. تو نیز شریف بمان. حق را به اصرار طلب کن که وظیفه تو است، ولی التماس نکن که در دید دیگران خوار و ذلیل می‌شوی و کالت نیز به همراه تو. تو حق نداری با رفتار خود و کالت را بی‌مقدار و از اوج شرافت و استقلال به مذلت و وابستگی ببری. البته بسیار سخت و مخاطره آمیز است، بدون اقتدار و بدون بهره‌مندی از حمایت قانون با ستم جنگیدن، ولی قدرت تو در درون تو است و رفتار وکیل از درون او برمی‌خیزد. تو خود را از درون شریف و مستقل بساز که این شرافت و استقلال را هیچ کس و با هیچ آیین‌نامه‌ای نمی‌تواند از تو سلب کند. اگر نمی‌توانی و گرفتار تزلزلی و شجاعت که لازمه و کالت است در حد طاقت تو نیست، خود را رنج نده و حق موکل را ضایع نکن. و کالت را رها کن. تو نیز بر مستندی والا بنشین بهره‌مند از اقتدار، تا بتوانی از آن بالا به پایین‌نشینان نگاه کنی! اگرچه عواید آن آب باریکه‌ای

باشد در حدّ سدّ جوع. وکیل تنها مزد وکالت نمی‌گیرد. عمده درآمد تو مزد سختی‌هایی است که برای احقاق و حفظ حق موکل ناچار تحمل می‌کنی و مزدی است که در برابر تعرضات، قانون تو را حمایت نمی‌کند. یا سختی و مزد بیشتر و یا اقتدار و مزد کمتر! راه خود را انتخاب کن و اگر وکالت را پذیرفتی تحمل دشواری‌های آن بر تو واجب است. وکالت یعنی لحظه به لحظه از خودگذشتن و بار وظیفه را تا مقصد بر دوش بردن. هنوز دیر نشده است. از سال‌های وکالت تو عمری نگذشته است. از هیچ کس تکلیفی بیش از طاقت او نخواستند. یقین بدان وکالت تا پایان همین است. امیدی به ارتقاء منزلت وکیل نیست. آیا توان رفتن تا پایان راه وکالت را داری؟ آیا هر روز توان پذیرفتن ضربه‌ای را از بدخواهان داری؟

ناملایم‌ترین صحنه وکالت آن است که تو مورد اهانت قرارگیری که اگر حق شخصی تو بود اهانت را به سختی پاسخ می‌گفتی، ولی تو برای حق موکل وارد این صحنه شده‌ای. حق موکل امانت است نزد تو. خشم خود را فرو بر تا به حق موکل تو خدشه‌ای وارد نشود. چه سخت است در این صحنه مؤدب ماندن و واکنش نشان ندادن. این دشوارترین فداکاری و ایثار در برابر موکل است. اگرچه هیچ مزد مادی و حق‌الوکاله‌ای ارزش تحمل این ناگواری را ندارد. آنان که زندگی مادی بهتر می‌خواهند به جامعه وکالت بپیوندند تا تفاوت اقتدار و بی‌اقتداری را ببینند. یا مزد کم و اقتدار و یا حق‌الوکاله توأم با حق‌الاهانه. یکی این و دیگری آن را پسندد.

همکار ارجمند، از سخنان من که به نظر در تضاد با یکدیگرند، راه را گم نکن. می‌گویم: آرام و مؤدب باش. می‌گویم ذلت نپذیر، نمی‌گویم مغرور و خودخواه باش. می‌گویم با متانت و حفظ شأن و حرمت وکالت قادری از موکل حمایت و از حق او صیانت کنی. نیازی به حقارت و خم و راست شدن و دست بوسیدن و زبان تملق نیست. با قبول دنائت چیزی بر خود نمی‌افزایی، که از مقام انسانیت خود نیز بکاهی. سفره رنگین به وکالت ننگین نمی‌ارزد. جمع کردن اضداد از علائم بزرگی و قدرت درونی و ثبات اراده و از صفات اسان‌های والا است. از من نهرس و فهرستی پیش روی من نگشا که در هر مورد و موضع و بین الاضداد چه راهی باید رفت تا حرمت وکالت و حق موکل، هر دو مصون و محفوظ بماند. اگر صدها مثال در این فهرست بگنجانی، فردا مورد دیگر را تجربه خواهی کرد که در آن فهرست نیامده است. پس چه باید کرد؟

نخست توصیه آن است که فراموش کنی مفاد تبصره ۳ ماده واحده مصوب «انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی» را که می‌گوید، البته برای حفظ آبرو: «وکیل در موضع دفاع از احترامات و تأمینات شاغلین شغل قضا برخوردار می‌باشد» که مزاحی محترمانه بود با جامعه وکالت دادگستری که تنها مصرف بیرونی و جهانی داشت. مبدا باور کنی این نوع تعارفات و این بسته بندی‌های زیبا ولی درون تهی را. آیا تاکنون حتی یک وکیل در احترامات و تأمینات شغلی، خود را با شاغلین شغل قضا مساوی احساس کرده و لذت آن را چشیده است؟ وکیل دادگستری

به برخورداری از نیمی از این احترامات و تأمینات نیز خشنود است که از آن نیز بهره‌مند نمی‌شود. از یکی از دوستان که روزی در مسند بود و به جامعه وکالت پیوست و اینک در برابر مسند است، پس از انتظاری طولانی برای اذن دخول، پرسیدم آیا در هر دو حال احساسی یکسان داری از احترامات و تأمینات؟ گفت سخت است از بالا به پایین آمدن و از اقتدار به زیر افتادن. چند صبحی از ذخیره احترامات بهره می‌بردم و دوستان به حرمت گذشته به سلام پاسخ می‌گفتند. این ذخیره نیز پایان یافت. حال باید در فضای وکالت تنفس کنم. دشوار است تحمل بی‌اعتنایی و بی‌احترامی. تلخ است و زهر است مزد وکالت! ولی اگر حرفه وکالت را پذیرفتی باید این زهر را بنوشی و دم بر نیاوری!

اگر باور کردی موقع و موضع خود را در وظیفه وکالت: وظیفه در برابر موکل و وظیفه در برابر خود، اگر جمع کردی اضداد حاکم بر حرفه وکالت را، اگر باور کردی مسند از اقتدار و احترام برخوردار است و تو به میزان علم و تجربه، اقتدار درونی داری و بهره‌مند از شخصیت. اگر باور داری که منزلت وکالت تنها متعلق به تو نیست و مالک اصلی آن تمامی جامعه وکالت است، در لحظات بحرانی، تلاقی و تأثیر متقابل این باورها تو را هدایت می‌کند که چه باید کرد. به آن فهرست مفصل نیازی نداری. فهرست مفقود می‌شود با خود نمی‌بری، ولی باورهای تو همواره همراه توست و وکلای دانا و عاقل و عالم از درون این اضداد، محترم و سربلند برمی‌خیزند و احترام هر بیننده‌ای را بر می‌انگیزند. امیدوار و نیرومند باش، چه عقیده از اندیشه است و باور بر دل می‌نشیند و در جان تو خانه می‌کند. انسان ساخته باورهای خویش است. عقیده را می‌توان رها کرد، ولی باورها پیوسته با توست و تو را رها نمی‌کند و تو را آن‌جا می‌برد که مطابق باورهای توست.

اینک سال‌ها از آن ایامی گذشته که با پروانه کارآموزی، سپس با پروانه وکالت پایه یک دادگستری، خدمت به مظلومین و ایستادن در برابر ستمکاران را برگزیدی. در برابر سختی‌ها مقاومت کردی، از بازآموزی مفاهیم و مسائل و قوانین هیچ گاه خسته نشدی، همواره کتب اساتید علم حقوق را در دست داری و آراء گذشتگان را می‌خوانی. از اندوختن تجربه و بحث و گفتگو با همکاران خود غفلت نمی‌کنی. از مواد قوانین، قواعد کلی را استخراج کرده‌ای. طریق استنباط احکام را به شایستگی می‌دانی. پر محتوی بودن درخواست‌ها و لوایح دفاعی تو زبان زد همگان است. خط زیبای تو را همه می‌شناسند و از نگاه به آن احساس کسالت نمی‌کنند. تلاش در راه حل مسائل پیچیده حقوقی و کیفری و گره‌گشایی از مشکلات موکلین ذهن تو را ورزیده کرده است و از اندیشه در مفاهیم و مسائل دشوار قضایی لذت می‌بری.

اکنون در شهر و دیار خود به شهرت رسیده‌ای. همه نگاه‌ها و امیدها به سوی توست. تو را وکیلی نمونه و مبرز و شجاع می‌شناسند. هر کس برای پرسش خود پاسخی صحیح و صریح می‌خواهد، برای مشاوره نزد تو می‌آید. همه به تو اعتماد دارند و از مراجعه به تو احساس امنیت می‌کنند. این همه از برکت ایمان، تقوی و سرمایه علمی توست که هر روز بر آن می‌افزایی. استحکام و توانایی تو در دفاع از موکل و حق مظلومان، منانته ویژه بر چهره تو نشانده و عام

و خاص همه از تو به نیکی یاد می کنند و به افتخاری برای جامعه و کالت دادگستری تبدیل شده‌ای.

با مهربانی و سعه صدر و گشاده رویی سرپرستی بسیاری از کارآموزان و کالت دادگستری را پذیرفته و به آنان چون فرزندان خود می‌نگری. آنچه را می‌دانی بی‌دریغ به آنان می‌آموزی. سخت عقیده داری که این جوانان سرمایه‌های گرانبهای جامعه و کالتند و به یاد می‌آوری خود روزی دارآموز بودی و با بهره از علم اساتید و تجربه و کلای برجسته دادگستری به چنین رشدی دست یافته‌ای و دیون خود را به آنان، باید به نسل جوان و کالت پیردازی و آنان نیز به آیندگان. در بذل علم باید سخاوتمند بود و تو به این سخاوت شهره‌ای. برای کارآموزانی که سخت فرامی‌گرفتند، فداکاری و کوششی خستگی‌ناپذیر داشتی و همواره کارآموزانی را که در کسب علم و تجربه توانمند و به تقوی و ملاحظات انسانی و اخلاقی در حرفه و کالت پای‌بند بودند تحسین و امیدواری می‌کردی. به انسانی تبدیل شده‌ای شایسته احترام و به کیلی تبدیل شده‌ای شایسته اعتماد. موکلان از تلاش تو در راه احقاق حق خود خشنود و دیگر دردمندان و ستمدیدگان را نزد تو می‌آورند. در تعیین حق‌الوکاله، توانایی موکل، میزان برای توست. ارتباطی قوی و شرافتمندانه با همگان به ویژه با موکلان خود داری که این نیز سرمایه‌ای گرانبهاست برای و کیلی دادگستری. تو هیچ‌گاه در جستجوی موکل نیستی و حرمت خود را حفظ می‌کنی. این مردم‌اند که تو را جستجو می‌کنند تا و کالت ایشان را بر عهده‌گیری. فقیر و غنی و ضعیف و قوی نزد تو از احترامی یکسان برخوردارند و و کالت کسی را می‌پذیری که حق یا اوست از غنی و قوی به قدر زحمت خود مزد می‌ستانی و از فقیر و ضعیف کمتر. باور داری: دستمزد کمتر که شاد می‌کند ناتوان را، برکت به زندگی تو می‌بخشد. برکت آن است که از کم برداشتی بیشتر کنی که او خود ضامن برکت مال پاک‌بندگان صالح خویش است.

ناکتون برای توفیق در و کالت دست نیاز به سوی این و آن دراز نکردی. قدرت و عظمت تو در استدلال قوی توست. همگان به درست‌کاری و تقوای تو ایمان دارند. آفرین بر تو که در بین همکاران خود می‌درخشی و حتی خصم موکلین نیز به تو احترام می‌گذارد. تو امروز در مسائل حقوقی صاحب نظری، قدر خویش بشناس.

مبادا به آنچه داری و آنچه هستی مغرور شوی. غرور دل‌ها را از تو دور می‌کند و در جمع تنها می‌شوی. در برابر بزرگان و همکاران، فروتن و در مقابل حق، متواضع باش و با جوانان مهربان، تا آنان تو را از خود بدانند. حضور تو باید سبب امید و شادی شود. چون در جمع بودی و سخن می‌گویی، با چهره‌ای باز و رویی خوش به همه شنوندگان سخنانت نگاه کن، آن‌چنان که هر شنونده تو را در گفتگوی با خود احساس کند.

در مجامع خصوصی و در محضر انس دوستان به سادگی و صمیمانه و با الفاظی روان سخن بگو. فراموش کن و کالت دادگستری را. اگر به بحثی حقوقی وارد شدی، در چهره مخاطبین دقیق شو. نکند کسالت فضا را پر کند. هر سخن جایی و هر نکته مکانی دارد. با هر کس با زبان او گفتگو کن: با کودکان چون اطفال با نشاط با جوانان و نوجوانان با شور و هیجان و با

جهان‌دیدگان عالمانه، تا همه تو را از خود بدانند و روی به تو آورند. این‌گونه هیچ‌گاه تنها نخواهی ماند و افسردگی بر تو چیره نمی‌شود.

بخشی از زندگی تو وکالت است. مسئولیتی بیش از این داری. از هیچ‌یک غافل مشو. مشغله فراوان خانواده را از یاد تو نبرد. حاصل عمر تو ثروت نیست. مال برای زندگی و قوام زندگی است. فرزندان تو به وجود شخص تو به نگاه و نوازش تو نیاز دارند. از شریک زندگی خود غفلت نکن. رشد و پیشرفت تو در وکالت و در جامعه همه مرهون فداکاری‌های اوست. آرامش را او به تو هدیه کرده است. فرزندان به وجود تو افتخار می‌کنند، ولی افتخار برای بیرون است. برای زندگی در خانه کفایت نمی‌کند. آن‌چه از تو می‌ماند نام و فرزندان تو هستند و تو نام خود را بر آن‌ها نهاده‌ای. فرزندان ثمره وجود انسان‌اند. آن‌گاه که تو نباشی وجود تو را در پندار و گفتار و رفتار و نگاه فرزندان جستجو و از تو به نیکی یا به بدی یاد می‌کنند.

مردم فراموش می‌کنند که تو روزی وکیل لایق و پرتلاشی بودی. آیا ما وکلای برجسته پیشین را که افتخار و سرمایه‌ای بودند برای جامعه وکالت به یاد داریم؟ این رسم روزگار است. از دل برود هر آن‌که از دیده برفت. دیگران با دیدن فرزندان تو همواره تو را در برابر خود می‌بینند. در خیر وجود آن‌ها سهم و در شر وجود آن‌ها شریکی. آن‌چنان زیست کن و آن‌چنان در تربیت فرزندان خود بکوش که از این مشارکت بهره‌مند شوی و سود ببری و برای دنیای جاوید نیز توشه راه تو باشد. در آن جهان فن وکالت و توان دفاع در پیشگاه عدل الهی تو را یاری نمی‌کند. آن‌جا دنیای یقین است. بندگی او سرمایه توست.

آخرین سخن آن‌که تو بیش از آن‌که وکیل باشی، انسانی آزاده‌ای و این سرمایه و افتخار برای تو کافی است. همکار من اگر روزی جوان بودی و از آن لحظه با تو بودم، امروز دیگر جوان نیستی. آثار سعی و فداکاری در راه احقاق حق بر چهره تو آشکار است. قلبت پاک است. روح شاد است. برای جامعه وکالت عضوی خردمند و توانا، برای مردم خود دلسوز و عاشق، برای خانواده، مادر یا پدری مهربان و همسری همراه و همدل و همه‌جا مدبری شایسته‌ای. شادی دیگران تو را مسرور و رنج دیگران تو را مغموم می‌کند. چون انسانی.

مسرورم که سخنان مرا به‌عنوان همکار خود که روزهایی بیش از تو و پیش از تو در این جهان زیسته است پذیرفتی. این سخنان را امانتی بدان از من. من آن را از تو بازپس نمی‌گیرم. این امانت را به نسل آینده بسپار. تو را نیز به خدا می‌سپارم. همکار خوبی بودیم برای هم. ■

آیا آراء محاکم عمومی در مقام تجدیدنظر خواهی از آراء شوراهای حل اختلاف قطعی هستند؟

احسان زرخ*

هدف از ایجاد شوراهای حل اختلاف که در سال‌های اخیر به وجود آمدند، کاستن از حجم پرونده‌های ورودی کم اهمیت به محاکم و پرهیز از اطاله دادرسی و نیز جایگزین نمودن سیستم صلح و سازش در این گونه دعاوی بود. حال آن‌که پس از مدتی این شوراهای تنها از هدف غایی خویش فاصله گرفتند، بلکه خود به معضلی برای سیستم قضایی ما بدل گشتند و یک مرحله به نظام رسیدگی در کشور ما اضافه نمودند.

بالآخره با وجود فراز و نشیب‌های بسیار، این شوراهای که به موجب آیین‌نامه‌ای که توسط هیأت دولت برای آن‌ها تصویب شده بود، اداره می‌شدند، در تابستان گذشته دارای قانونی خاص خود شدند که اندیشه‌های نوینی را در خود مطرح نموده است. پس از گذشت نزدیک به یک سال از اجرای این قانون و ورود آن به بادی عمل به نظر می‌رسد این قانون نه تنها گره‌ای از کار نگشوده، بلکه گره‌ای ناگشودنی بر عقده‌های پیشین زده است.

با این وصف در نوشتار حاضر، به دنبال بررسی کلیت این قانون و جنبه‌های عجیب و غریب آن نیستم و تنها یک مورد جزئی که در پرونده یکی از همکاران با آن روبرو شدم را مورد بحث قرار می‌دهم، که آن نیز قابلیت تجدیدنظر خواهی از این آراست. خلاصه امر آن است که پرونده‌ای به شورای حل اختلاف ارجاع و آن شورا حسب مورد، اقدام به صدور رأی نمود، هر چند که موضوع در صلاحیت شورا نبود و عجیب بود که به آن مرجع ارجاع شده بود، و با اعتراض یکی از اصحاب دعوا پرونده به استاد ماده ۳۱ آن قانون^۱ و به این جهت که حکم بدو از سوی قاضی شورا صادر شده بود به دادگاه عمومی رفت. بگذریم که دادگاه اخیرالذکر بی‌توجه به این که موضوع اصولاً در صلاحیت شورا نبوده، اقدام به صدور حکم مبتنی بر بی‌حقی احد از طرفین، که شوربختانه همکار ما بود، نمود.

پس از این ماجرا، در محفلی که جماعتی از وکلای فرهیخته حضور داشتند، ایشان به طرح سؤالی مبادرت نمود، با این مضمون که آیا رأی صادره از دادگاه عمومی که با نقض رأی شورای حل اختلاف و در مقام تجدیدنظر خواهی صادر شده، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد؟ دوستان بالاتفاق پاسخ دادند که خیر، رأی صادره قطعی است و مستند خویش

* کارآموز وکالت، کرمانشاه.

۱- ماده ۳۱، کلیه آراء صادره موضوع مواد ۹ و ۱۱ این قانون ظرف مدت بیست‌روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر خواهی می‌باشد. مرجع تجدیدنظر از آراء شورا، قاضی شورا و مرجع تجدیدنظر از آراء قاضی شورا دادگاه عمومی همان حوزه قضایی می‌باشد. چنانچه مرجع تجدیدنظر آراء صادره را نقض نماید رأساً مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

را ماده فوق‌الاشعار بیان نمودند. اواخر آن شب من نیز به پندار خویش به مطالعه ماده مذکور و سابقه آن، که ماده ۱۸ آیین‌نامه سابق شوراهای حل اختلاف^۱ بود پرداختم و جیز جالبی در این دو ماده مشاهده کردم.

در ماده ۱۸ که در پاورقی نیز قابل مطالعه است، آراء شورا، ظرف بیست روز قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه عمومی دانسته شده و به صراحت ذیل این ماده، رأی دادگاه عمومی در این خصوص قطعی عنوان شده بود. این نوع نگارش هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای را در مخاطب ایجاد نمی‌کرد و مجال هر گونه تفسیر را از حقوقدانان و وکلاء می‌گرفت.

در قانون شوراهای حل اختلاف که در سال گذشته به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و این آیین‌نامه را نیز منسوخ نموده است، نگارش دیگری از سوی قانونگذار برگزیده شده که جای بسی تأمل دارد و نمی‌توان ساده از کنار آن گذشت. اهمیت موضوع از آنجا ناشی می‌شود که در قانون اخیر، صلاحیت شورا بسیار افزایش یافته و خصوصاً در دعاوی مالی به سقف ۵ میلیون تومان رسیده است، که با این تفاسیر، اهمیت صدور آراء مستدل و مستدل در آن بیش از پیش احساس می‌شود.

این توضیحات، اهمیت موضوع در باب قابل تجدیدنظرخواهی بودن یا نبودن این آراء را به خوبی تبیین می‌کند. به نظر می‌رسد اگر آراء شورا با توجه به گستره صلاحیت آن در دادگاه بدوی قطعی شود و فرد، تنها به کور سوی امیدی در خصوص اعمال ماده ۱۸ اصلاحی ق.ت.د.ع.ا. بسنده نماید، چندان امر معقولی نباشد.

حال به سؤال اصلی که همانا قابلیت تجدیدنظرخواهی از آرای محاکم بدوی در مقام تجدیدنظرخواهی از آراء صادره از شوراهای حل اختلاف است، باز می‌گردیم. ماده ۳۱ قانون شوراهای حل اختلاف به صراحت، تجدیدنظرخواهی از آراء صادره توسط قاضی شورا را در صلاحیت دادگاه عمومی دانسته و این گونه انشاء شده است که: «...مرجع تجدیدنظر از آراء قاضی شورا، دادگاه عمومی همان حوزه قضایی می‌باشد. چنانچه مرجع تجدیدنظر آراء صادره را نقض نماید، رأساً مبادرت به صدور رأی می‌نماید.»

اولین تفاوتی که در مطالعه این ماده و ماده ۱۸ آیین‌نامه پیشین شوراهای حل اختلاف به چشم می‌خورد آن است که در ماده ۱۸، به قطعی بودن رأی قاضی دادگاه در این خصوص صراحتاً اشاره شده است «...رأی دادگاه قطعی است.» و این خود همان‌طور که پیش‌تر نیز اشاره کردیم هیچ‌گونه شبهه‌ای را در رابطه امکان تجدیدنظرخواهی در ذهن مخاطب ایجاد نمی‌کند، حال آن که در ماده ۳۱ ق.ش.ح.ا اشاره‌ای به قطعی بودن رأی دادگاه عمومی که در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی شورای حل اختلاف صادر شده، نشده است و به نظر می‌رسد مقنن نیز چنین قصدی نداشته است. چه آن که هر جا که مقنن چنین قصدی داشته، به صراحت به آن اشاره نموده است، همان‌طور که پیش‌تر نیز بدان اشاره شد. شاید عده‌ای ایراد کنند که در آیین

۱- ماده ۱۸، رأی شورا ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ به طرفین قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه عمومی حوزه مربوط است، مشروط بر این که اکثریت اعضای شورا با رسیدگی به اعتراض و تجدیدنظرخواهی موافق بوده و لزوم تجدیدنظرخواهی را درخواست نمایند و در صورت تجدیدنظر، رأی دادگاه قطعی است. (البته این ماده اصلاح شد و شرط موافقت اکثریت اعضای شورا از آن برداشته شد)

دادرسی ما اصل بر قطعیت احکام است و قابل تجدیدنظر بودن، امری خلاف اصل است؛ همان‌طور که در ق.آ.د.د.ع.ا در امور مدنی بدان اشاره شده است.

ماده ۳۳۰ این قانون بیان می‌دارد که: «آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور حقوقی قطعی است، مگر در مواردی که طبق قانون قابل درخواست تجدیدنظر باشد. این درحالی است که قانونگذار در ماده بعدی همین قانون، آراء قابل تجدیدنظرخواهی را احصاء نموده که به شرح ذیل است:

ماده ۳۳۱: «احکام زیر قابل درخواست تجدیدنظر می‌باشد: الف- در دعاوی مالی که خواسته یا ارزش آن از سه میلیون (۳,۰۰۰,۰۰۰) ریال متجاوز باشد. ب- کلیه احکام صادره در دعاوی غیرمالی. ج- حکم راجع به متفرعات دعوا در صورتی که حکم راجع به اصل دعوا قابل تجدیدنظر باشد.

تبصره- احکام مستند به اقرار در دادگاه یا مستند به رأی یک یا چند نفر کارشناس که طرفین کتباً رأی آنان را قاطع دعوا قرار داده باشند قابل درخواست تجدیدنظر نیست مگر در خصوص صلاحیت دادگاه یا قاضی صادرکننده رأی. همان‌طور که مشاهده می‌کنید این ماده به نوعی تخصیص اکثر است و غالب آراء محاکم را در برمی‌گیرد و لذا به نظر می‌رسد که در واقع اصل بر قابل تجدیدنظر بودن آراء است تا قطعی بودنشان.

علاوه بر این، کلیه آراء صادره از محاکم دادگستری تابع تشریفات آیین دادرسی هستند و نمی‌توان به موجب قانون یا آیین‌نامه‌ای که برای مرجع پائین تر وضع شده، برای آن‌ها تکلیف یا اختیار مغایر با این قوانین تعیین نمود. با این وصف، آراء صادره از محاکم بدوی ولو این که در مقام تجدیدنظرخواهی از آراء صادره از شورای حل اختلاف باشند، تابع عمومات آیین دادرسی هستند و می‌بایست این محاکم مطابق آن عمل نمایند؛ و چون دادگاه بدوی همواره دادگاه بدوی و تالی است و مرجع بالاتر که همانا دادگاه تجدیدنظر استان است بر آن نظارت دارد، می‌بایست آراء صادره از آن‌ها به هر عنوانی که باشد، در صورت تجویز قانونگذار، قابل تجدیدنظرخواهی در مراجع عالی باشد.

در این‌جا شاید عده‌ای ایراد کنند که در نظام دادرسی ما رسیدگی سه مرحله‌ای وجود نداشته و استدلال ما با ایراد مواجه است؛ لکن در پاسخ به ایشان، با فرض این که رسیدگی شورای حل اختلاف را قانونی تلقی کنیم، که نیست زیرا مطابق قانون اساسی اصولاً صدور حکم با دادگاه است و هیچ‌گاه نمی‌توان چنین عنوانی را بر شوراهای حل اختلاف بار نمود، باید عنوان داشت که در قانون آیین دادرسی مدنی سابق که تا سال ۱۳۷۹ نیز جاری بود رسیدگی به پرونده‌ها ممکن بود در سه مرحله نخستین، پژوهش و فرجام صورت پذیرد و این خود دلیلی بر وجود این نوع رسیدگی است؛ پس این ایراد نیز با این وصف، محلی از اعراب نداشته و قابل اعتنا نمی‌باشد.

در خاتمه و پس از بیان این مطالب باید اظهار داشت که آراء صادره از محاکم بدوی که در مقام تجدیدنظرخواهی از آراء صادره از شوراهای حل اختلاف هستند را نمی‌توان قطعی قلمداد نمود و می‌بایست آن‌ها را همچون سایر آراء صادره از این محاکم و با لحاظ تجویز قوانین آیین دادرسی، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان دانست. ■

هزاره خرد

در خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان به دفعات شاهد یادداشت‌ها و مقالاتی از همکاران ارجمند بوده‌ایم که در آن سعی بر این بوده که به نحوی، قواعد منبعث از منابع فقهی موجود در قانون را با توجیهاات به ظاهر مقبول از دید فقها، به نقد کشیده و یا سخن از امکان تغییر آن در چارچوب فقه موجود به میان آورند، که از جمله می‌توان به مقاله «تأملی بر اصلاحیه ارث زوجه در اموال غیر منقول» در شماره ۳۴ خبرنامه و اخیراً نیز یادداشتی با عنوان «اشاره‌ای و دیگر هیچ» در شماره ۳۶ خبرنامه اشاره کرد. در مقاله اول (تأملی بر اصلاحیه ارث زوجه در اموال غیر منقول) نویسنده با تمجید از اصلاحیه اخیر قانون مدنی، به بررسی و ریشه‌یابی این تغییر و تحول و علت‌یابی تغییر و تحول در موارد مشابه در قوانین اولیه شرعی پرداخته و درصدد پاسخ‌گویی به این سؤال برآمده‌اند که «چگونه است که هر از چندگاهی شاهد آن هستیم که احکام اولیه شرعی بدون این که مشمول عناوین احکام ثانویه گردند، در روند تطوّر و تغییر و تحولات اجتماعی، با اوضاع و احوال و توقعات جامعه منطبق می‌گردند؟ در پاسخ به این سؤال، در مجموع چنین بیان نموده‌اند که فقها با توجه به تغییر و تحول در کارکرد موضوعات اجتماعی می‌توانند دست به تغییر حکم آن موضوع زنده و مواردی را نیز به عنوان نمونه ذکر نموده‌اند. در مقاله دوم نیز نویسنده به تأیید یکی دیگر از راه‌های حذف قوانین غیر منطبق با عرف و عقلانیت امروزی پرداخته‌اند و نشان داده‌اند که نظر کسانی که قائل به عدم اجرای حدود در زمان غیبت هستند، غیر مشروع و ضد اسلامی نیست.

سخناتی از این دست در سال‌های اخیر و به خصوص پس از انقلاب و ورود مسائل و قواعد مطروح در باب معاملات فقه، به قوانین کشور که در راستای اصل چهارم قانون اساسی و تأکید بر اسلامی شدن تمامی شؤون جامعه بود، بسیار گفته شده است.

دلیل اصلی طرح چنین مباحثی، عدم انطباق برخی از این قوانین با اوضاع و احوال و فرهنگ دنیای امروز و مشکلات ناشی از آن، چه در صحنه داخلی و چه در صحنه بین‌المللی برای کشور ما بوده، که بخش عمده‌ای از این قوانین، در مورد قوانین کیفری و قوانین حاکم بر حقوق خانواده و ارث نمایان شده است. وسعت استفاده از مجازات‌های خشن و بدنی و عدم برابری حقوق زنان و مردان و... مواردی بوده که باعث بروز مشکلاتی در راه اجرای قوانین شده است. همین موضوع باعث شده که برخی فقها و به تبع ایشان حقوقدانان به دنبال راه‌حل‌هایی جهت متوقف کردن اجرای این قوانین و تغییر و اصلاح آن برآیند، که این راه‌ها عموماً اجتهاد و باب مفتوح آن، احکام ثانوی، مصالح مرسله و... بوده است. اما در عمل می‌بینیم که کماکان و پس از گذشت سالیان دراز، هنوز قوانین ما پُر است از مواردی این چنینی که هم عرف جامعه ما با آن مشکل دارد و هم به دلیل آن، کشور ما به طور مکرر از سوی نهادهای بین‌المللی حقوق بشری مورد بازخواست قرار می‌گیرد. این موضوع باعث

« وکیل دادگستری اصفهان.

مطرح شدن این سؤال می‌شود که آیا حل نشدن این تعارضات و مشکلات، ناشی از مفتوح نبودن و در واقع مسدود بودن باب اجتهاد و ناکارآمدی تدابیری مثل توسل به احکام ثانوی نیست؟ باب اجتهاد تا کجا مفتوح است؟ اگر عقل بشر امروزی به این نتیجه رسید که فلان حکم متصوص در منابع فقهی نادرست است یا اجرای آن باعث بروز مشکلاتی می‌شود، آیا مجتهدی می‌تواند این نص را کنار گذاشته و فتوای مخالف آن بدهد؟

نیک می‌دانیم که اصول مورد قبول فقها به‌طور کلی با چنین اجتهادی مخالف است و منع «اجتهاد در مقابل نص»، اصلی بدیهی برای فقها محسوب می‌شود. برای تأیید این موضوع، به عنوان نمونه نوشته‌ای از آیت الله منتظری که یکی از پیشگامان و مشوقان اجتهادهای جدید هستند را ملاحظه نمایید تا حد باز بودن راه اجتهاد از نظر ایشان را متوجه شوید.

ایشان پس از توضیحاتی که در مورد راه‌های انطباق احکام فقهی با مقتضیات زمان و مکان و در نتیجه امکان (یا لزوم یا وعده‌ای) اجتهادهای جدید در موضوعات مذکور را می‌دهند، چنین تبصره‌ای به آن وارد می‌کنند که: «... هر چند عقل حجت شرعی است و پذیرفتیم که بسا به حکم عقل، برخی از احکام شرع محدود به زمان و مکان خاص باشند، و ممکن است بر حسب استنباط ملاک‌های قطعی در برخی از احکام به دست آید که موضوع حکم متغیر یا وسیع تر است، و یا با مقایسه در حکم متزاحم و احراز اهمیت یکی از آن‌ها به حکم عقل قطعی و ضرورت، حکم دیگر به طور موقت کنار گذاشته می‌شود، ولی مبنای احکام اسلام فقط عقل نیست و کاربرد آن بیشتر در اصول اعتقادی و فطریات است، و مبنای عمده احکام فقهی حتی در معاملات و سیاسیات و جزئیات که به طور نوعی احکام امضائی هستند، کتاب و سنت است، هر چند حجیت کتاب و سنت را بالاخره ما از راه عقل به دست می‌آوریم. پس ما حق نداریم به مجرد احتمال محدود بودن برخی از احکام، ظواهر کتاب و سنت و احکام قطعی‌ای را که به وسیله خواص و بطانتهی ائمه معصومین علیهم السلام از آنان تلقی شده و یداً بیده به ما رسیده است و زحمات طاقت فرسای فقهای عظام را که متخصصین فن ققاهت و شناخت کتاب و سنت هستند و استنباطات و برداشت‌های خود را از کتاب و سنت و فتاوی مآثوره از ائمه علیهم السلام در اختیار ما گذاشته اند یک‌سره کنار بگذاریم»^۱

بی‌جهت نیست که آقای مسلم زمانی در مقاله «بیچاره فقه» (شماره ۳۱ خبرنامه، صفحات ۴۴ و ۴۵) آقای شفیعی را به دلیل نگارش مقاله «تأملی بر لایحه جدید حمایت خانواده» (شماره ۲۸ خبرنامه صفحات ۵۹ تا ۶۲) مورد عتاب قرار داده‌اند که چرا در مقابل نصوص قرآنی (آیات ۳ و ۲۴ سوره نساء) ایستاده‌اید و آن را نقد می‌کنید؟!

به نظر می‌رسد که بحث مفتوح بودن باب اجتهاد و به تبع آن پویایی فقه، ادعایی بیش نیست و دلیل آن نیز همین مسائل و رویه عملی فقهاست و علت آن نیز یک مسأله بیش نیست و آن این که اگر فقها بخواهند اجتهاد خود را بر مبنای عقل قرار داده و حتی در مواردی مقابل نصوص نیز اجتهاد نمایند، دیگر چیزی از فقه نمی‌ماند. در بخش حقوقی آن می‌گویم، اگر تمام قوانین را با تکیه بر عقل و بدون توجه به نصوص، تنظیم کنیم دیگر چه جایی برای فقها و تخصص آن‌ها؟ مگر در کشورهایی که حقوق مذهبی حاکم نیست، جز این کاری می‌کنند؟ هر چیزی را که با عرف و عقلشان مطابقت دارد بر می‌گزینند و آن‌چه را با آن ناسازگار است بر می‌اندازند.

۱- منتظری، حسینعلی، «باب مفتوح اجتهاد» در اندر باب اجتهاد، طرح نو، تهران، ۱۳۸۴ ص ۴۵.

در مورد مصالح مرسله و استحسان و... نیز که در فقه شیعه مقبول نبود ولی با تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام به نحوی به طور عملی وارد فقه شیعه شد نیز همین مسأله جاری است. همه جوامع غیر دینی نیز برای تدوین قوانینشان به این مسائل و مصالح توجه می‌کنند و آن‌ها را مبنای کارشان قرار می‌دهند.

پس علت رد این راه‌ها توسط فقها و مماشات شدید آن‌ها در اجتهادهای جدید نیز چیزی جز این نیست که از نظر ایشان چنین عملی، استنباط احکام از منابع شرعی نیست و در واقع تدوین نوعی حقوق کاملاً سکولار و دنیوی است.

یکی دیگر از راه‌های ذکر شده برای این مشکل، استفاده از احکام ثانوی است. این احکام، احکامی هستند که بر موضوعی به وصف اضطرار، اکراه و دیگر عناوین عارضی بار می‌شود،^۱ و در چنین حالتی، حکم اولی ساقط و حکمی جدید بر مسأله عارض می‌شود. مثلاً اگر انجام کاری در حالت عادی حرام باشد، در حالتی اضطراری، حلال و بلکه واجب است. نمونه آن نیز خوردن گوشت مردار است که در حالت عادی حرام است ولی برای حفظ جان، حکم حرمت آن ساقط می‌شود.

نیک می‌دانیم که بحث اضطرار و همین‌طور مباحث دیگری مثل تراحم که مبنای اصلی حکم ثانوی است، چه در فقه و چه در حقوق، احکام و قواعدی دارد که از جمله ضرورت انجام عمل جهت رفع خطر یا ضرر و اکتفا به حداقل در انجام فعل حرام یا ترک واجب و موقت بودن این حکم و ساقط شدن آن بعد از رفع حالت اضطرار یا مورد تراحم است. حال با این اوصاف و احکام و شرایط و قواعد، آیا می‌توان مشکل تعارض قوانین و احکام را با عرف و عقل مردم امروز حل کرد؟

بله، اگر همان‌گونه که در تبصره ۴ ماده ۵- ۲۲۱ لایحه قانون مجازات اسلامی آورده‌اند «اجرای حد رجم، مفسده داشته و باعث وهن نظام شده» با توسل به همان قاعده تراحم می‌توان حکم اولیه (اجرای حد) را متوقف کرد. اما این کار، اول این که موقتی است، یعنی اگر شرایط به شکلی تغییر کرد که اجرای حد مفسده نداشت، حد اجرا می‌شود و دوم این که حد در صورتی به این شکل تغییر می‌یابد که راه دیگری برای رفع آن حالت (دفع مفسده) وجود نداشته باشد. پس اگر بتوان به شکلی رجم را دور از چشم و گوش مجامع حقوق بشری و دیگر اغیار اجرا کرد، نمی‌توان با توسل به این قاعده اجرای حد را متوقف نمود. این کجا و آن که عدم اجرای رجم به دلیل اعتقاد به نادرست بودن اجرای آن به هر دلیلی باشد کجا؟

پس حکم ثانوی، راه حل این مشکل و بازکننده راه تجدید نظر اساسی در این قوانین و قواعد و احکام نیست و مشکل آن‌ها را با مقتضیات زمان و مکان حل نمی‌کند. بنابراین به نظر می‌رسد کسانی که به دنبال حل مشکلات فقه و به تبع آن قوانین کشور با انتظارات امروزی جامعه داخلی و بین‌المللی از این راه‌ها هستند، هر چند نیتی خیر و قصدی نیکو دارند، لکن راهی نادرست و بی‌نتیجه را در پیش گرفته‌اند و وعده اصلاح قوانین با استفاده از این راه‌ها، به جز در موارد کاملاً استثنایی، طی سالیان گذشته هرگز عملی نشده و در آینده نیز عملی نخواهد شد. ■

۱- کلاتری، علی اکبر، حکم ثانوی در تشریح اسلامی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸، ص ۷۶.

تغییر دین قاتل پس از ارتکاب قتل

حمیدرضا کلانتری*

چکیده

نظام حقوقی اسلام علی‌رغم پذیرش «اصل قصاص» در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، بر رجحان عفو و گذشت تأکید کرده و آن را بر انتقام از جانی مقدم دانسته است. بدین لحاظ، اهمیت بررسی عوامل سقوط قصاص یعنی عواملی که پس از تحقق و ثبوت قصاص، موجب زوال آن می‌گردند، روشن می‌شود. در این مقاله با استناد به فتاوی فقیهان بزرگ و ادله و روایات، یکی از موارد مسکوت سقوط مجازات قصاص نفس در قانون مجازات اسلامی تحت عنوان «تغییر دین قاتل پس از ارتکاب قتل»، مورد بررسی تحلیلی قرار گرفته است.

کلید واژه‌ها: تغییر دین، سقوط قصاص، حقوق ایران، فقه اسلامی.

۱- تعیین قلمرو بحث و بیان مسأله

قبل از وارد شدن به بحث، جهت رفع ابهام و همین‌طور ابتدای بحث بر مبنای استدلالی آن، ذکر این نکته مهم لازم است که یکی از شرایط ثبوت قصاص، «مساوات قاتل و مقتول در دین» است و در صورتی می‌توان قاتل را قصاص نمود که مقتول نسبت به او از این حیث، در وضع پایین‌تری قرار نداشته باشد. بنابراین، مسلمان را می‌توان به جهت قتل مسلمان قصاص نمود و همین‌طور کافر را می‌توان به جهت قتل کافر قصاص نمود، اعم از آن‌که از لحاظ کیش و آیین مختلف باشند و یا هر دو دارای یک دین باشند.^۱ به طریق اولی، کافر را می‌توان به جهت قتل مسلمان قصاص کرد، اما چنان‌چه قاتل، مسلمان و مقتول، کافر باشد، به یقین نمی‌توان

* کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (پروفسور).

۱- موسوی خمینی، سید روح‌الله، تصویرالوسیله، ج ۴، ص ۲۸۸ و نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۲، صص ۱۵۶-۱۵۵.

مسلمان را قصاص نمود، مگر این که کافر از اهل ذمه بوده و به قتل آنها عادت کرده باشد.^۱ لیکن این امر از بحث ما خروج موضوعی دارد چرا که در این جا هنوز قصاصی ثابت نشده است تا ساقط گردد. بحث ما جایی است که جانی پس از ارتکاب جنایت از مسلک قبلی خود برگشته و به مسلک جدیدی می‌پیوندد.

۲- تحلیل فقهی موضوع

تغییر دین جانی در برخی موارد، تأثیری بر مجازات وی نداشته و در برخی موارد تا حد سقوط مجازات اثر دارد. ذیلاً به مواردی از تأثیر یا عدم تأثیر تغییر دین جانی در مجازات وی اشاره می‌نماییم:

۲-۱- قتل کافر ذمی توسط مسلمان

اگر مسلمانی کافر ذمی را بکشد یا او را مجروح کند و قصدش قتل او باشد یا جرح وارده نوعاً کشنده باشد، سپس جانی مرتد شود و جرح سرایت کند و مجنی علیه بمیرد، در رابطه با قصاص یا عدم قصاص جانی دو دیدگاه وجود دارد:

۲-۱-۱- نظریه عدم جواز قصاص جانی

مشهور فقها معتقدند که جانی قصاص نمی‌شود؛ زیرا در مواردی که مجنی علیه در هنگام ارتکاب جنایت از لحاظ دینی پایین‌تر از جانی قرارداد و جانی پس از جنایت به مسلکی هم‌سطح یا پایین‌تر از مسلک مجنی علیه می‌پیوندد، قاعده این است که هم جنایت و هم سرایت در استحقاق قصاص مؤثر بوده‌اند؛ لذا برابری در یکی از این دو حالت (حین الجنایة و حین الاقتصاص) کافی نیست و نمی‌توان گفت که کافری در قتل کافری تعمد داشته است. لذا هر چند کافر ذمی مورد ضمان است ولی نمی‌توان مسلمان را در برابر او به قصاص رساند و با تغییر حال مرتکب جرم به حالت ارتداد، به فرض برابر دانستن او با کافر ذمی، این حکم تغییری نمی‌یابد. لیکن چون در هر دو حال (مسلمان بودن، مرتد بودن) جنایت مورد ضمان بوده و آنچه مورد توجه است حالت سرایت می‌باشد، بنابراین مرتکب جرم در برابر اولیاء دم مجنی علیه، ضامن دینه کافر ذمی است.

۱- موسوی خمینی، سید روح الله، پیشین، ص ۲۸۸. و نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، پیشین، صص ۱۵۵-۱۵۱. و علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۶۰۵. و موسوی خونی، سید ابوالقاسم، تکملة المنهاج، ج ۴۲، صص ۷۴-۷۵. و شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۱۵، صص ۱۴۴-۱۴۲. در رابطه با قصاص مسلمان مبتدا به قتل اهل ذمه دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که مختصراً به آنها اشاره می‌کنیم: (۱) جواز قصاص مسلمان پس از پرداخت قاضل دیه از سوی اولیاء دم ذمی: شیخ طوسی و پیروان او این عقیده را دارند. (۲) جواز کشتن مسلمان از باب حد نه به عنوان قصاص: ابن جنید و ابی صلاح این نظر را دارند. (۳) عدم جواز کشتن مسلمان: ابن ادریس قائل به این نظریه می‌باشد. (شهید ثانی، پیشین، ص ۱۴۲) برای آگاهی بیشتر رکنه به: حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۸۲). «تأثلی پیرامون قصاص مسلمان در مقابل کافر»، نامه مفید، شماره ۴۰، سال نهم، بهمن و اسفند، صص ۶۲-۳۹.

از قائلین به این قول می‌توان به شیخ طوسی^۱، محقق حلی^۲، علامه حلی^۳، شهید ثانی^۴، صاحب جواهر^۵، مقدس اردبیلی^۶، فخرالمحققین^۷، فاضل هندی^۸، مدنی کاشانی^۹ و مرعشی نجفی^{۱۰} اشاره کرد.

۲-۱-۲- نظریه جواز قصاص جانی

برخلاف نظر اغلب فقهای امامیه، برخی از ایشان قائل به قصاص جانی در فرض مذکور می‌باشند.^{۱۱} در کتاب مبانی تکمله المنهاج آمده است:

«اگر مسلمانی نسبت به ذمی مرتکب جنایتی شود و قصدش قتل او باشد، یا جنایت عادتاً کشنده باشد، سپس جانی مرتد شود و جنایت تأثیر کند و مجنی علیه بمیرد، گفته‌اند که قائل قصاص نمی‌شود، زیرا جانی و مجنی علیه در حال جنایت با هم برابر نبوده‌اند. لیکن اظهر، قصاص است.»^{۱۲}

ایشان در ادامه علت را چنین بیان می‌کنند:

«آنچه خارج از اطلاق ادله قصاص است قتل مسلمان در مقابل کافر است و ما نحن فيه از این قبیل نیست، زیرا جانی کافر شده و عنوان مسلمان بر وی صادق نیست.»^{۱۳}

ادله قائلین به این نظر عبارت است از:

- قصاص، مجازات است و آنچه که در مجازات اعتبار دارد، زمان اجرای مجازات است. کفر به منزله ملت واحد است و در فرض مذکور نیز می‌توان گفت: کافری (مرتدی) در قتل کافری (ذمی‌ای) تعمد داشته است و لذا شرط تکافو در زمان اجرای مجازات وجود داشته است. - عموم آیات قرآن از جمله آیه ۱۷۸ سوره بقره^{۱۴} و آیه ۴۵ سوره مائده^{۱۵}، بدین توضیح که در آیات شریفه، اسلام و کفر قاتل و مقتول، جزء شرایط یا موانع قصاص شمرده نشده است

۱- شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۷، ص ۳۷.

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، ص ۱۹۸.

۳- علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، پیشین، ص ۶۰۶. و علامه حلی، إرشاد الأذهان الی احکام الایمان، ج ۲، ص ۲۰۴. و علامه حلی، تحریر الاحکام الشریعیه علی مذهب الامامیه، ج ۲، ص ۲۴۸.

۴- شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، پیشین، ص ۱۵۲. و شهید ثانی، غایة المراد فی شرح تکت الإرشاد و حاشیة الإرشاد، ج ۴، ص ۳۵۵.

۵- نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، پیشین، صص ۱۶۵-۱۶۴.

۶- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۴، صص ۳۹-۳۸.

۷- فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۴، ص ۵۹۷.

۸- فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۱۱، ص ۹۴.

۹- مدنی کاشانی، حاج آقا رضا، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، صص ۶۹-۶۷.

۱۰- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ج ۲، صص ۳۰۶-۳۰۴.

۱۱- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، پیشین، ص ۸۲ و حسینی روحانی، سید محمدصادق، فقه الصادق، ج ۲۶، ص ۴۱.

۱۲- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، پیشین، ص ۸۲.

۱۳- پیشین.

۱۴- یا ایها الذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی الحرّ بالحرّ و العبد بالعبد و الأثمی بالأثمی...

۱۵- و کتبنا علیهم فیها أن النفس بالنفس...

و آنچه مهم است این است که از هاق نفس صورت گرفته باشد. به ویژه این که آیه اول در مقام بیان شرایط قصاص است و صحبتی از تساوی در دین نکرده است.^۱ عموم و اطلاق آیات مذکور این فرض را نیز در بر می گیرد و آنچه به واسطه دلیل خاص (روایات خاصه) از این حکم عام خارج شده است، «عدم قصاص مسلمان به واسطه کشتن کافر» می باشد. لذا در غیر مورد خاص، هرگاه در اقتصاص یا عدم اقتصاص شک کنیم، حکم عام حجّت است.^۲

۲-۲- قتل کافر توسط کافر

اگر کافری، کافر دیگری را بکشد و سپس اسلام آورد، قصاص نمی شود، زیرا بر طبق روایات، کشتن مسلمان در برابر کافر ممنوع است جز در مواردی که استثناء (مانند اعتیاد مسلمان به کشتن ذمی) شده باشد. مقصود از این که مسلمان در مقابل کافر کشته نمی شود، این است که قاتل کافر چنانچه در هنگام اقتصاص، مسلمان باشد نمی توان او را قصاص کرد نه در وقت ارتکاب قتل؛ و مفروض این است که قاتل در هنگام قصاص مسلمان است، از این رو قصاص نمی شود. لیکن در مواردی که مقتول صاحب دیه باشد؛ مسلمان مزبور (قاتل) باید دیه او را بپردازد.^۳ اگر کافر کشته شده غیر ذمی باشد، قاتل او مطلقاً کشته نمی شود و دیه ای بر او نیست؛ زیرا خون کافر حرمی، حذر است.^۴

لازم به ذکر است که در فقه عامه، اگر کافری، کافر دیگری را بکشد و سپس اسلام آورد یا او را مجروح سازد و جراح اسلام آورد و سپس مجروح بمیرد، قاتل به قصاص جانی می باشد^۵ و علت را چنین بیان می کنند:

اقتصاص، مجازات است و آنچه در مجازات اعتبار دارد زمان ارتکاب جنایت است نه زمان اجرای مجازات، مانند حدود، همچنین قصاص حقی است که بر جانی قبل از اسلام آوردنش واجب شده است لذا با اسلام آوردن او ساقط نمی شود مانند دین.^۶

۱- حاجی ده آبادی، احمد، پیشین، ص ۵۵

۲- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، پیشین، ص ۳۰۴

۳- محقق حلّی، پیشین، ص ۱۹۶. و شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، پیشین، ص ۷، و شیخ طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۱۴۷، و نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، پیشین، ص ۱۵۸. و علامه حلّی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، پیشین، ص ۶۰۶. و علامه حلّی، إرشاد الازدهان الی احکام الایمان، پیشین، ص ۲۰۳. و علامه حلّی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، پیشین، ص ۲۴۸. و شهید ثانی، مسالک الافهام الی تفسیح شرایع الاسلام، پیشین، ص ۱۴۴. و شهید ثانی، الوضوء البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۱۰، ص ۶۱. و موسوی خمینی، سید روح الله، پیشین، ص ۲۸۸. و سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۸، ص ۲۲۵. و فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: اقتصاص، صص ۱۴۲-۱۴۱. و مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، پیشین، صص ۲۷۵-۲۷۳. و طباطبائی حکیم، سید محمد سعید، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۲۷۷.

۴- شهید ثانی، الوضوء البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، پیشین، ص ۶۲.

۵- الجزیری، عبدالرحمن و دیگران، کتاب الفقه علی مذاهب الازیبه و مذهب اهل البیت، ج ۵، ص ۴۱۹. و ابن قدامه، ابی محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه، المغنی، ج ۱۱، ص ۴۶۷. و ابن النوری، محیی الدین، المجموع فی شرح المهذب، ج ۴، ص ۳۵۷. و الشربینی الخطیب، محمد، مغنی المحتاج، ج ۳، ص ۱۶.

۶- الجزیری، عبدالرحمن و دیگران، پیشین، ص ۴۱۹. و ابن قدامه، ابی محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه، پیشین، ص ۴۶۷. و ابن النوری، محیی الدین، پیشین، ص ۳۵۷. و الشربینی الخطیب، محمد، پیشین، ص ۱۶.

۲-۳- قتل ذمی توسط مرتد

اگر مرتد، کافر ذمی را به قتل برساند، در مورد این که آیا مرتد را می‌توان به واسطه قتل کافر ذمی قصاص نمود یا خیر؟ دو دیدگاه وجود دارد که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌نماییم:

۲-۳-۱- نظریه جواز قصاص جانی

اغلب فقهای امامیه، قتل ذمی توسط مرتد را موجب قصاص می‌دانند. در کتاب شرایع الاسلام آمده است:

«اگر مرتدی، مرتکب قتل کافر ذمی شود، در قصاص او تردد است. منشأ این تردید، احترام جان مرتد به واسطه اسلام او است. اقوی آن است که مرتد به قصاص برسد، زیرا در کفر با هم مساوی‌اند. همان‌طور که نصرانی در برابر یهودی کشته می‌شود؛ و کفر به منزله ملت واحد است. لکن اگر مرتد به اسلام بازگردد، قصاصی بر او نیست و دینه ذمی بر عهده او است.»^۱
شیخ طوسی در کتب «المبسوط»^۲ و «الخلاف»^۳، علامه حلی در کتب «تحریر الأحکام»^۴ و «إرشاد الأذهان»^۵ نیز فائل به قصاص مرتد در برابر ذمی در صورت عدم بازگشت به اسلام می‌باشند. لیکن علامه حلی در کتاب «قواعد الأحکام»^۶ در این امر توقف کرده است. شهید ثانی نیز در کتب «الروضه البهیة»^۷ و «مسالک الأفهام»^۸ قول به جواز قصاص مرتد را اقوی و أظهر می‌داند.

از دیگر قائلین به این دیدگاه می‌توان به فاضل هندی^۹، طبرسی^{۱۰}، صاحب مفتاح^{۱۱}، صاحب جواهر^{۱۲}، فرطوسی حویزی^{۱۳}، مرعشی نجفی^{۱۴}، مدنی کاشانی^{۱۵}، سبزواری^{۱۶} و موسوی خمینی^{۱۷} اشاره کرد.

دلایل قائلین به این نظریه عبارت است از:

- ۱- محقق حلی، پیشین، ص ۱۹۸.
- ۲- شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، پیشین، ص ۴۷.
- ۳- شیخ طوسی، الخلاف، پیشین، ص ۱۷۱.
- ۴- علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، پیشین، ص ۲۴۸.
- ۵- علامه حلی، إرشاد الاذهان الی احکام الایمان، پیشین، ص ۲۰۳.
- ۶- علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، پیشین، ص ۶۰۵.
- ۷- شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، پیشین، صص ۶۲-۶۳.
- ۸- شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنفیح شرایع الاسلام، پیشین، صص ۱۵۲-۱۵۳.
- ۹- فاضل هندی، پیشین، ص ۹۰.
- ۱۰- طبرسی، فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین الأئمة السلف، ج ۲، ص ۳۱۵.
- ۱۱- حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۱، ص ۲۰.
- ۱۲- نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، پیشین، صص ۱۶۴-۱۶۳.
- ۱۳- فرطوسی حویزی، حسین، التوضیح النافع فی شرح تودعات صاحب الشرایع، صص ۴۳۶-۴۳۵.
- ۱۴- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، پیشین، صص ۳۰۱-۲۹۹.
- ۱۵- مدنی کاشانی، حاج آقا رضا، پیشین، ص ۶۶.
- ۱۶- سبزواری، سید عبدالاعلی، پیشین، صص ۲۲۷-۲۲۶.
- ۱۷- موسوی خمینی، سید روح الله، پیشین، ص ۲۹۰.

- کفر به منزله بک ملت است و مرتد در صورت توبه نکردن، واجب القتل است، درحالی که ذمی چنین نیست.^۱
- حیوانی را که مرتد ذبح می کند، اجماعاً حرام است، درحالی که ذبیحة ذمی مورد اختلاف است.^۲
- جزیه از مرتد پذیرفته نیست. لذا حال و وضع مرتد بدتر از ذمی است و مرتد در برابر ذمی به طریق اولی به قصاص می رسد.^۳
- اطلاق ادله قصاص از جمله آیه ۱۷۸ سوره بقره^۴ و آیه ۴۵ سوره مائده^۵ و عدم وجود دلیل برای تقیید آن در فرض مذکور.^۶
- در کتاب میانی تکملة المنهاج آمده است:
- «اگر مرتد، ذمی را بکشد، آیا مرتد را می کشند؟ أظهر قصاص است، لیکن اگر قاتل به اسلام بازگردد، وی را گرچه مرتد فطری بوده باشد، نمی کشند.»^۷ ایشان معتقدند که «مرتد فطری» بعد از توبه، فی الواقع مسلمان است و احکام اسلام بر او مترتب می شود هر چند احکامی که به واسطه ارتداد بر او ثابت شده است از جمله کشتن او، رفع نمی شود.^۸
- البته شهید ثانی برخلاف آیت الله خوئی معتقد است که تنها در صورتی که قاتل «مرتد ملی» باشد و به اسلام بازگردد، قصاص نمی شود.^۹
- همان طور که گفته شد اگر مرتد به اسلام بازگردد، قصاصی بر او نیست، لیکن دیه ذمی بر عهده او است. دلایل این حکم عبارت است از:
- عموم روایاتی از قبیل «لا یقاد مسلم بکافر» و «لا یقتل مؤمن بکافر»^{۱۰}
- قاعده «الاسلام یحب ما قبله»^{۱۱}
- اجماع^{۱۲}

۲-۳-۲- نظریه عدم جواز قصاص جانی

در متون فقهی امامیه دیدگاه عدم جواز قصاص جانی در فرض مذکور مطرح شده است. در کتاب مسالک الأفهام آمده است:

- ۱- شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الاسلام، پیشین، ص ۱۵۲.
- ۲- پیشین.
- ۳- پیشین، صص ۱۵۳-۱۵۲.
- ۴- «یا ایها الذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتل الحر بالحر و العبد بالعبد و الأثنی بالأثنی...».
- ۵- «وکتبتنا علیهم فیها أن النفس بالنفس...».
- ۶- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، پیشین، ص ۸۱.
- ۷- پیشین.
- ۸- پیشین.
- ۹- شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، پیشین، ص ۶۳.
- ۱۰- نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، پیشین، ص ۱۶۴. و سبزواری، سید عبدالاعلی، پیشین، ص ۲۲۷.
- ۱۱- پیشین.
- ۱۲- پیشین.

«سبب و دلیل عقیده عدم قتل مرتد در برابر ذمی، منع اولویت است، زیرا مرتد به واسطه اسلام محترم است و از این رو برای او جایز نیست که با زن ذمی ازدواج کند. وارث ذمی او از او ارث نمی‌برد؛ بلکه با فرض نبودن وارث مسلمان، امام وارث او خواهد بود. بر خلاف ذمی که وارث ذمی او از او ارث می‌برد. همچنین برای این که بر او واجب است که نمازهایش را قضا کند و به بردگی گرفتن او حرام است. نیز مرد ذمی نمی‌تواند با زنی که مرتد است، ازدواج کند. لذا همان‌طور که قصاص قاتل با فرض مسلمان بودن در برابر ذمی ممنوع است، قصاص قاتل با فرض در حکم مسلمان بودن نیز ممنوع است.»^۱

با این وصف می‌توان اسلام آوردن کافر و مرتد را پس از ارتکاب جنایت و ثبوت قصاص، از موارد سقوط قصاص محسوب کرد؛ زیرا در این موارد، قصاص ثابت شده، لیکن امری (اسلام آوردن) حادث شده و قصاص را مرتفع می‌سازد. ■

مضی‌الطلاق

همکارانی که نام‌شان در پی می‌آید، طبق احکام صادره از دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان، به «توییح با درج در روزنامه رسمی و مجله‌ی کانون محکوم شده‌اند:

- ۱- محبتی جلیل آزاد (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۴۳ مورخ ۸۷/۴/۲۰ در پرونده کلاسه ۱۷/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۲- حمید پارسایی پور (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۲۸ مورخ ۸۷/۳/۱۲ در پرونده کلاسه ۱۳/۸۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۳- جمشید شریفی مهر (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۵۷ مورخ ۸۷/۳/۱۸ در پرونده کلاسه ۱۵۸/۸۸ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۴- ماشاءالله فرخی (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۶۹ مورخ ۸۸/۴/۸ در پرونده کلاسه ۴۸/۸۸ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.
- ۵- عبدالله سلطانی (وکیل دادگستری) به موجب رأی شماره‌ی ۴۸ مورخ ۸۸/۳/۱۱ در پرونده کلاسه ۳۲/۸۸ دادگاه انتظامی کانون وکلای منطقه اصفهان.

۱- شهید ثانی، مسالك الافهام إلی تنقیح شرایع الاسلام، پیشین، ص ۱۵۳.

ساختارگرایی

فرشید فولادی نژاد*

ساختارگرایی یا ادعای

چاپ مقاله‌ای با نام «هنر فراموش شده» در شماره‌ی ۳۴ خبرنامه و ادعایی بزرگ که در آن است، بر آن م‌داشت تا سعی کنم نشان دهم: «ساختارگرایی یا ادعای شناخت ساختاری، آن قدر که برخی می‌اندیشند، راحت و دست‌یافتنی نیست.»

برای موافقت با گزاره‌ی فوق، لازم نیست یکی از شالوده‌شکنان و قائلان به متافیزیک حضور، باشید. یا اعتقادتان این باشد که اصولاً، نمی‌توان به شناخت دست‌یافت و گزاره‌ی فوق را بدین نمط تأویل کنید. چرا که اصولاً، مخاطب متن حاضر، شالوده‌شکنان نیستند. (و بعداً، شاید، خواهیم فهمید چرا) بل آنان که ممکن است گمان کرده باشند مقاله‌ی «هنر فراموش شده» طبق ادعای نویسندگان‌ش به ساختار قانون‌نویسی در حقوق ایران و ایرادات موجود در آن، دست‌یافته، از نظر من، مخاطبان متن‌ند.

در راه تفکر ساختارگرا:

نه تنها شناخت ساختار و کارکرد یک نظام، که یافتن قاعده‌ی حاکم بر آن، هدف تفکر ساختارگراست. در این تفکر، به جای بررسی واحدها، به ساختاری توجه می‌شود که آن واحدها، فقط، عناصر تشکیل‌دهنده‌اش هستند. ممکن است در بررسی تک واحدها، هیچ کارکردی برای آنان نیابیم. اما با در نظر گرفتن آن‌ها به عنوان عناصر یک مجموعه، ارتباطشان با یکدیگر (اعم از ارتباط جانشینی و همنشینی) و شناخت عنصر دگرگونی‌ناپذیر در میان مظاهر مختلف، به کارکرد هر یک برای کل مجموعه، پی خواهیم برد. در این میان، بررسی عواملی متعدد-از عوامل و بسترهای تاریخی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی تا ارتباطات ناشی از نظام‌های زبانی، بررسی نشانه‌شناسیک متون و به طور کلی، مذاقه در لایه‌های مختلف رمزگان و نشانه‌ها- راه شناخت ساختاری‌ست:

* وکیل دادگستری.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان صفهان- سال چهارم- شماره سی‌وهشتم- شهریورماه ۱۳۸۱

اگر ساختار قانون نویسی در کشور، موضوع بررسی ماست، باید نقش تمامی عوامل فوق به عنوان عناصر یک مجموعه در ارتباط با یکدیگر و در ارتباط با مجموعه، مورد بررسی قرار گیرد. پس، در این اندیشه، نسبت دادن «بی ساختاری» به نظام تنظیم قانون، معنایی جز بیگانگی نسبت دهنده با تفکر ساختگرا نمی تواند داشته باشد.

فرض کنیم در یک مجموعه‌ی قانون، بسیاری از مواد، نامفهوم، غیر علمی و متعارضند و اجرای آن قانون، باعث ایجاد چندین رویه‌ی ناهمگون و حتی هرج و مرج گردد. آیا این قانون نویسی، فاقد ساختار است؟ پاسخ تفکر ساختارگرا، منفی است. بر همان قانون نویسی نیز قواعدی حاکم و کارکردی مترتب است که با بررسی عناصر مختلف مجموعه، قابل شناخت خواهد بود: چه عواملی باعث این گونه قانون نویسی شده‌اند؟ کارکرد قوانین آشفته در این نظام، چیست؟

«در پس هر پاره‌ای، معنایی نهفته است.» (ادموند لیچ) همان گونه که لوی استروس، در بررسی‌های انسان شناسی ساخت‌گرای خود، از راه تحلیل ساختار نظام اسطوره در اقوام مختلف، نشان داد که ساختار جوامع بدوی که بی فرهنگ و بی تمدن خوانده می‌شدند، با وجود تفاوت‌های مصادیق عناصرشان، با جوامع متمدن، مشابهت کامل دارد. به عنوان مثال، کارکرد اسطوره در جوامع ابتدایی با کارکرد رمان، در جوامع متمدن یکی است. پس، با بررسی ساختاری، ممکن است به معنا و کارکرد اسطوره - که ظاهراً بدون هر گونه منطقی قابل درک است - نیز دست یابیم.

در دو اثر خود «قانون گذار به دنبال فرضیه‌ی چهارم» شماره‌ی ۲۹ خیرنامه و «اسطوره‌ی استقلال» شماره‌ی ۳۲ خیرنامه تلاش کردم با معیارهای نشانه شناسیک، بخشی از لایه‌های پنهان مسیر قانون گذاری را نشان دهم.

در مقاله‌ی اول، «قانون گذار به دنبال فرضیه‌ی چهارم» نشان دادم چگونه، عنوان «شورای حل اختلاف» عمداً از معنای خود تهی شده و تعارضات ساختاری موجود در قانون، نه دال بر ندانم کاری نویسندگان، که نشان دهنده‌ی اراده‌ی ایشان در جایگزین کردن مراجع موازی با محاکم است. منتها با این وصف که آن مراجع موازی (وبهتر است بگویم: جانشین) ملزم به رعایت هیچ ملاک و معیار قانونی در رسیدگی به امور قضایی نیستند. اما، تصمیمات روسای خودشان، بر ایشان الزام آور است. (و البته، این، تنها یک تأویل است). پس، شورای حل اختلاف، می‌تواند نه یک اشتباه قانون گذاری، که تأسیسی هدف مند جهت زوال سیستم قانون گرا باشد. همان گونه که فرضیاتی دیگر نیز می‌تواند وجود داشته باشد: اصولاً، تفکر ساختارگرا، مدعی کشف حقیقت نیست. بل، در تلاش جهت شناخت تأویل‌های گوناگون از یک نظام نشانه‌ای و رمزگان آن است.

در مقاله‌ی دوم، «اسطوره‌ی استقلال» نشان دادم لفظ «استقلال» که در لایحه‌ی وکالت دادگستری، بارها به کار رفته، به طور اتفاقی با مواد دیگر در تعارض نیست. بل، می‌توان از طریق بررسی رمزگان مجموعه، قائل به اندیشه‌ای در پس آن شد که به این تعارضات، کارکردی خاص داده و فقط با بررسی ارتباطشان با کل مجموعه، خواهیم توانست به کشف این کارکرد برسیم: از سویی، با تصریح به استقلال، اهدافی تأمین شده و از سوی دیگر، با مواد معارض، استقلال، از معنای خود تهی شده تا آن چه به عنوان برآیند مواد لایحه باقی می‌ماند، موادی باشد که هدف نویسندگان خود (در وارد کردن مشاوران ماده‌ی ۱۸۷ به کانون وکلا،

تحت سلطه در آوردن جامعه‌ی وکالت از طریق نظارت‌های پیش‌بینی شده در لایحه و... را به خوبی تأمین می‌کند.

با آن‌که در مقالات فوق، نه ادعای بررسی ساختاری کردم و نه واقعاً آن متون را نقد ساختاری می‌دانم، تلاش‌های ساختارگرایانه را می‌توان در شان باز شناخت، تلاش‌هایی که به چند نکته‌ی حائز اهمیت منجر شد:

- تنها، به ظاهر متن نباید اکتفا کرد. بل لایه‌های مختلف متن، حاکی از اسراری است که بدون در نظر گرفتن آن، شناخت ساختار ممکن نیست.

- بررسی تک تک مواد یک قانون، نمی‌تواند ما را به تفکر ساخت‌گرا و شناخت ناشی از آن برساند. بل بررسی ارتباط هر یک از عناصر با عناصر دیگر و کارکرد آن‌ها برای مجموعه، راه ساخت‌گرایی است.

- در بررسی ساختاری یک نظام، عوامل برون‌متنی بسیاری مؤثرند که باید مورد بررسی قرار گیرند.

- بدون اندیشه‌ی ساختارگرا، تلاش برای شناخت، بی‌حاصل است.

- و...

حال، با مقدمات فوق، مقاله‌ی «هنر فراموش شده» را بخوانید:

آیا می‌توان در بررسی ساختار قانون نویسی قبل از انقلاب، صرفاً، به این اشاره کرد که نگارش قوانین، در آن دوره به کسانی سپرده شده که با فقه و حقوق خارجی آشنا هستند و تفکرات حاکم بر مواد، از یک اندیشه نشأت گرفته‌اند؟ آیا نیازی به بررسی نشانه شناسیک در ساختار متون قانونی آن دوره نداریم؟ آیا نیازی به بررسی نشانه‌های غیرمتنی آن زمان نیست؟ آیا لازم نیست نحوه‌ی ارتباط نویسندگان قانون با سیاست، فرهنگ، جامعه، تاریخ و حقوق را در نظر بگیریم؟ آیا نیاز به این نداریم که نگاه جامعه و فرهنگ آن از سویی و قدرت (یا قدرت‌های) حاکم آن دوره به ماهیت قانون‌گذاری را بشناسیم؟ آیا لازم نیست جایگاه و کارکردهای ارجاع قانون نویسی به صورت فردی و گروهی را بشناسیم؟ در بررسی ساختار قانون نویسی بعد از انقلاب، به کدام یک از عوامل فوق اشاره شده؟ آیا مشکل سیستم ما، کارشناسی نشدن لوایح است و با ایجاد یک کمیسیون قانون نویسی، مشکل حل خواهد شد؟ آیا اعتقاد به وجود ایراد در سیستم قانون نویسی، فرع بر شناخت عوامل و کارکردهای سیستم نیست؟ ■

رای‌دهی تاکتیکی، اگر به منظور اثرگذاری بر تسهیم کرسی‌ها باشد، ممکن است در مناطق و یا حوزه‌های چند عضوی نیز بروز کند. در نظام‌های رای‌دهی که آراء انفرادی و غیرقابل انتقال است^۱، مثلاً در نظامی که قبلاً در ژاپن استفاده می‌شد و بر اساس آن هر حوزه سه کرسی داشت، نامزدهایی که در جریان رقابت‌های انتخاباتی در رتبه پنجم یا پایین‌تر قرار می‌گرفتند، گاه خارج از میدان رقابت در نظر گرفته می‌شدند و به همین دلیل پشتیبانی طرفداران خود را از دست می‌دادند، امری که موجب می‌شد رقابت میان چهار کاندیدا برای تصاحب سه کرسی ادامه پیدا کند. ذیل گستره وسیعی از نظام‌های انتخاباتی، قاعده این است که رای‌دهی تاکتیکی موجب می‌شود، در یک حوزه با تعداد معینی کرسی، رقابت میان «تعداد کرسی به علاوه یک» کاندیدا یا لیست محدود شود.

رای‌دهی تاکتیکی از این جهت نیز مهم است که می‌تواند بر نظام حزبی تأثیر بگذارد. برای مثال، در حوزه‌های تک عضوی، رای‌دهی تاکتیکی می‌تواند از طریق انتقال آرا از سمت نامزدی که امیدی به پیروزی او نیست به سوی نامزدی که احتمالاً موفق خواهد شد، به تقویت نظام دو حزبی در هر حوزه کمک کند. در سایر نظام‌های کوچک و مهم نیز، رای‌دهی تاکتیکی، به نحوی مشابه، به محدود نمودن تعداد احزاب رقیب گرایش دارد. تعداد احزاب نیز به نوبه خود، بر ماهیت و طبیعت ائتلاف‌های حکومتی مؤثر است (برای مثال، در نظام‌های دو حزبی معمولاً یکی از احزاب که موفق به جلب رای اکثریت شده است به تنهایی به قدرت می‌رسد، اما این اتفاق در نظام‌های چند حزبی^۲ نادر است).

رای‌دهی تاکتیکی همیشه به کاهش تعداد رقبا در انتخابات منجر نمی‌شود. در نظام‌های انتخاباتی که از حوزه‌های چند عضوی^۳ استفاده می‌کنند، اغلب این امکان وجود دارد که از طریق رای‌دهی تاکتیکی، آراء اضافه^۴ را از سوی نامزدهای قوی به سمت نامزد مورد نظر بعدی و یا آرا تلف شده^۵ را از سوی نامزدهای ضعیف به سوی نامزد دیگری که احتمال بُرد او بیشتر است هدایت کرد. این شیوه از رای‌دهی تاکتیکی بیشتر موجب عدم تمرکز آرا می‌شود تا تمرکز آرا و از تعداد رقبایی که به خودی خود استعداد رقابت در انتخابات را دارند نمی‌کاهد. نوع دوم از رای‌دهی تاکتیکی که در آن رای دهندگان در جستجوی دست‌یابی به سهم بهتری از پست‌های وزارتی هستند خود سه زیر شاخه دارد:

- ۱- ترتیب‌گذاری استراتژیک^۶، یعنی رای دادن به نحوی که حزب مورد نظر به فرصت نخست برای تشکیل دولت دست پیدا کند. این شیوه رای‌دهی شاید تا پیش از سال ۱۹۹۶ یعنی زمانی که رئیس‌جمهور، یکی از اعضای پارلمان^۷ (معمولاً رهبر بزرگترین حزب) را مأمور تشکیل دولت می‌کرد، در اسرائیل حائز اهمیت بود؛

1-Single-nontransferable-vote systems.

2-Single-party majority governments.

3-Multiparty systems.

4-Multimember districts.

5-Excess votes.

6-Wasted votes.

7-Strategic sequencing.

8-Kenesset.

۲- موازنه استراتژیک^۱، یا رأی دادن به نحوی که در یک نظام مبتنی بر تفکیک قوا^۲، از تصاحب همه قوا توسط یک حزب یا یک ائتلاف از احزاب جلوگیری کند. گفته می‌شود که این شیوه رأی‌دهی در آمریکا و آلمان کاربرد دارد. این تاکتیک در آمریکا به این شکل استفاده می‌شود که برخی رأی‌دهندگان آرا خود را عمداً به نفع نامزد ریاست جمهوری یک حزب، اما نامزدکنگره حزب دیگر به صندوق می‌ریزند تا هیچ‌یک از احزاب کنترل هر دو مرکز سیاست‌گذاری حکومت را به دست نیاورند. در آلمان، برای توضیح فواید پیروزی طرف‌های مخالف در انتخابات میان دوره‌ای ایالات که در تعیین قدرت حاکم بر مجلس اعلی در سطح دولت فدرال مؤثر است، استدلال مشابهی مطرح می‌شود؛

۳- تضمین استراتژیک حداقل‌های لازم^۳، یا رأی دادن به نحوی که آراء ائتلافی شرکای انتخاباتی بالاتر از آستانه‌ای حفظ شود که قانون برای تصاحب میزان کرسی‌های لازم تعریف نموده است. این شیوه، آشکارا در انتخابات آلمان اهمیت دارد و می‌تواند در نظام‌های انتخاباتی دیگری که احزاب حول معیارهای آستانه‌ای (حداقلی) برای تصاحب کرسی‌ها رقابت می‌کنند نیز مؤثر واقع شود.

نوع سوم از عمده‌ترین انواع رأی‌دهی تاکتیکی، رأی‌دهی اعتراضی^۴ است. در این نوع رأی‌دهی، در شرایطی که حزب مطلوب در موقعیت بُرد قرار دارد، به منظور پالودن و اصلاح رفتار حزب در آینده، علیه آن رأی داده می‌شود. به عنوان مثال، رأی‌دهنده‌ای را در نظر بگیرید که ترجیح می‌دهد حزب «الف» در یک حوزه تک‌عضوی برنده انتخابات شود اما در عین حال از برخی اقدامات «الف» خوشنود است. چنین رأی‌دهنده‌ای ممکن است از طریق رأی ممتنع^۵، ریختن رأی باطل^۶، رأی به نفع یک حزب ثالث یا (در صورتی که رأی‌دهنده از پیروزی «الف» در انتخابات مطمئن باشد) با رأی‌دادن به نفع رقیب اصلی «الف»، در صدد ارسال یک پیام باشد. در این نوع رأی‌دهی، هدف، شکست «الف» در انتخابات نیست، غرض این است که حاشیه بُرد «الف» کاهش پیدا کند، تا شاید «الف» به این نتیجه رسد که باید رفتار خود را در آینده بهبود بخشد. اگر در نظر گرفته شود که در رأی‌دهی اعتراضی، حصول نتیجه بهتر در انتخابات بعدی هدف گرفته شده است، آن‌گاه می‌توان تصدیق کرد که این نوع رأی‌دهی با تعریفی که از رأی‌دهی تاکتیکی در ابتدای مقاله ارائه شد انطباق دارد. ■

BIBLIOGRAPHY

- Blais, Andre, and Richard Nadeau. "Measuring Strategic Voting: A Two-Step Procedure." *Electoral Studies* 15 (February 1996): 39-52.
Cox, Gray W. *Making Votes Count: Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*. Cambridge University Press, 1997.

1-Strategic balancing.
2-System of separated powers.
3-Strategic threshold insurance.
4-Protest voting.
5-Abstaining.
6-Casting an invalid vote.

آزادی بی قید و شرط یا باقید و شرط محاكمه محسن طاهری*

«حال مرا بخواهی
قسم می خورم که خوبم
ولی تو هرگز باور نکن!» (۲)

فکرش را که می کنم این روزها که آسفالت خیابان از همه چیز حرف می زند غیر «منطق حقوق» و این روزها که قرشته‌ی سابق عدالت از ترس اتهام کم حجابی معلوم نیست در کدام پستو پنهان شده، این که کسی خروس بی محل بشود و از «حقوق» و منطقی که باب روز و پسند زمانه نیست، بنویسد، دیوانگی محض است. ولی به قول برنارد شاو: «ما در این دنیا به چند نفر دیوانه نیاز داریم، آخر ببینید عاقلان دارند ما را به کجا می برند!»

بله، این روزها همه‌ی دلسوزان و عدالت خواهان یکی شده اند و می گویند و می نویسند: «زندانی سیاسی آزاد باید گردد.» به تأکید هم می خواهند که این ها «بدون قید و شرط» آزاد بشوند.

صد البته، این همدردی احترام دارد و آدمی باید خیلی دست اندر کار یا از مرحله پرت باشد که با شنیدن و خواندن این شعار، وجدان درد نگیرد و با دردمندان هم دل و هم زبان نشود. هر چه باشد، فعال سیاسی اصولاً و غالباً دغدغه هایی دارد که با کیف زن و قاچاقچی و متجاوز قابل قیاس نیست. پس حبس چرا و آزادی بی قید و شرط نه؟

با وجود این، نمی دانم چرا دل من دانشجوی حقوق، رضایت نمی دهد به این که اختیار «حقوق»، به دست احساسات سپرده شود. نمی دانم چرا نمی توانم ببینم که چنین حقوقی که در این مملکت به اندازه کافی لاغر و نارس است و موضوع اصلی اش که تن و روح شریف آدمی است، در چرخه‌ی سیاست و غلیان احساسات وجه المصلحه واقع شود و چون آبها از آسیاب افتاد، مظلومانه سقط شود، بدون آن که زایشیار که همان قابله و ماما باشد با پزشک معالج یا حتی داروخانه ای که به غلط دارو داده، مسؤولیت سقط این جنین را به گردن بگیرد. بدتر از همه، این عوامل، جار و جنجال راه بیاندازد که جنین خودزنی کرده است! پس همین جا تیمه‌ی اول حرفام را می زنم: «آزادی بی قید و شرط نه!»

تعجب ندارد. شما هم راحت حرفتان را بزنید! بگویید: «فلانی - که من باشم - شکسته استخوان نیست تا درد مومیایی را بداند.» بنویسید: «فلانی - که من باشم - نفس اش از جای گرم بلند می شود و نمی داند جدال آهن و احساس یعنی چه! سلول انفرادی و اقرار اجباری چه معنی می دهد!» خلاصه، بگویید و بنویسید: «هنوز نرفته به میمند که بگوید وای بر من!» این ها سر زبان و نوک قلم تان است، باشد، ولی هیچ کدام از این طعنه ها و تعریض ها باعث آن نمی شوند که من حرفام را پس بگیرم، و نویسم حالا که به ناچار زندانی سیاسی داریم پس باید محاکمه بشود. چرا؟

* کارشناس ارشد حقوق عمومی - شیراز.

ببینید جنابان! هر چه ما به یاد داریم و تا جایی که در کتاب‌ها خوانده‌ایم، هر گاه در این مملکت تظلمی شده یا می‌خواسته بشود که رنگ و بوی سیاسی داشته، کم پیش نیامده که عده‌ای ناشناس و وظیفه‌شناس، شخص یا اشخاصی را به صورت فله‌ای گرفته‌اند، به هر کجا که خواسته‌اند برده‌اند، از قول‌شان مطالبی گفته‌اند و نوشته‌اند و بعد، اگر پوست و استخوانی از آن‌ها باقی مانده، بیرون فرستاده‌اند و گفته‌اند: «بفرمایید! توقف بیجا مانع کسب ماست. آخر سر هم با یکی بود؟ کسی بود؟ من نبودم.» همه چیز سال‌به‌ی به انقضاء موضوع شده، گویی نه جانی آمده و نه جانی رفته است! انگار نه انگار که در این مدت «موقت» چند روزه و چند ماهه، زندانی و بستگان‌اش هزار بار مرده‌اند و زنده شده‌اند. انگار نه انگار که آن که از قفس آزاد شده، پر و بال‌اش بریده شده و «چه رها و چه بسته مرغی که پرش بریده‌اند.» گفتن ندارد کسی که آن جور - بی‌قید و شرط - دستگیر و این جور - بی‌قید و شرط و بدون محاکمه - آزاد می‌شود، نه بری از اتهام است، نه متهم است، نه مجرم. خلاص شده‌ای است که از آن پس، از هر طرف برود جز وحشتش نمی‌افزاید، چون خودش هم نمی‌داند بای ذنب حسب! چنانچه در مورد دوستش هم نمی‌داند بای ذنب قتل! خب! شما بفرمایید از کی تا حالا غایت حقوق آن‌جور دستگیری و این‌جور آزادی بوده و اگر محاکمه نباشد، فرشته عدالت کجا می‌تواند به داد چنین دادخواه بی‌پشت و پناهی برسد؟

بله، به این خاطر است که نیمه‌ی دوم حرف‌ام را این‌جا می‌زنم و می‌گویم: باطل السحر دستگیری بی‌قید و شرط، آزادی بی‌قید و شرط نیست، بلکه دقیقاً محاکمه‌ی با قید و شرط است؛ چون این باد زهر هم قانونی است، هم جا افتاده و هم مقبول طبع فرشته عدالت. پس تنها ابزاری است که می‌تواند به دستگیری بی‌قید و شرط و خودسرانه خاتمه بدهد و اگر این نتواند، قطعاً از کمیته‌ی حقیقت‌یاب و کمیسیون تحقیق و تأسیس‌های ریز و درشت موسمی دیگر کاری ساخته نیست، چنان‌که تا به حال هم نبوده است.

برکات محاکمه‌ی با قید و شرط یکی دو تا نیست: اولاً حقوق، در محکمه و با این نوع محاکمه است که محک می‌خورد؛ چون در این‌جا است که به قول معروف هر چه ته دبتگ است به سرکف گیر می‌آید، نه در بیرون، که همه‌جا حرف از رأفت است و قانون مدارای و عدالت و مدارا. ثانیاً در چنین محکمه‌ای کسی نمی‌تواند تنها به قاضی برود تا راضی برگردد. بلکه سیاست، قضاوت و امنیت هم تشریف دارند و در مقابل متهم اصلی و وکیل‌اش باید از خود دفاع بکنند و بگویند که در خلوت، یا در رسیدگی‌های مقدماتی با او چه کرده‌اند و تا چه حد حقوق‌اش را پاس داشته‌اند.

معلوم است که این‌جا، جای درس پس دادن نیست. پس به اختصار می‌گویم که محاکمه‌ی با قید و شرط همان‌گونه که از اسم‌اش پیدا است نه شبیه تئاتر است و نه شبیه مجلس ختم، بلکه آن‌چنان جلسه‌ای است که قانون اساسی، قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، آیین دادرسی کیفری و میثاق‌های بین‌المللی، اسباب و لوازم‌اش را جزء به جزء بر شمرده‌اند.

می‌ماند یک چیز. این که دوستان بفرمایند درخواست آزادی بی‌قید و شرط به این خاطر ورد زبان خواص دردمند شده که کسی زیر بار محاکمه‌ی با قید و شرط نمی‌رود. اگر چنین باشد، کلاه‌ام را به احترام بر می‌دارم و می‌گویم: «درود بر شما و مرام شما». ولی یادمان باشد آزادی بی‌قید و شرط، دستگیری بی‌قید و شرط هم پشت سرش است. ولی برعکس‌اش نه! چه بسا پس از دستگیری بی‌قید و شرط و در نبودن محاکمه‌ی با قید و شرط، کسی باقی نماند که ما آزادی بی‌قید و شرط‌اش را بخواهیم. ■

پیشنهاد چکوه برای قوه قضاییه

دکتر غلامرضا طیرانیان*

بزرگواران قوه قضاییه به خاطر دارند، در گذشته ضمن شرحی که تقدیم و وصول آن نیز به اینجانب اعلام شد، سه پیشنهاد ارائه گردید. اینک پیشنهاد چهارم ارسال می‌شود و امید است مورد عنایت و استقبال دوست‌داران اعتلای قوه قضاییه در تقویت امور اجتماعی و پیشگیری از ناهنجاری‌های جامعه قرار گیرد.

دعاوی و اختلافات و تجاوزات و اختلالاتی که در پرونده‌های ترافیکی در مراجع محترم قضایی مطرح می‌شود، واقعی و عینی‌ترین مسائلی هستند که انسان‌شناسان و روان‌شناسان و جامعه‌شناسان در هیچ آزمایشگاه و کارگاهی به هیچ قیمت قادر به دسترسی به آن نیستند. بسیار ساده اندیشی است که منازعات مالی و معاملاتی و خانوادگی و جرائم سبک و سنگین را تنها معلول عوامل درونی و شخصی کسانی بدانیم که به دلیل سودجویی و آزمندی، به عهدی و یا عقدی وفا نمی‌کنند و یا از سر ناسازگاری با جامعه و مردم و خوی و منش مجرمانه مرتکب جنایت می‌شوند، اگرچه بین انسان‌ها ممکن است این امور کم و بیش ناشی از علل و عوامل شخصی باشد، ولی در جوار آن باید به علل اقتصادی و تربیتی و اثرات قصور مسئولین در زمان‌های گذشته و حال توجه کرد که خود از علل عمده بی‌نظمی‌های اجتماعی و صدمات روحی و جسمی و آسیب‌ها و زیان‌های وارده به فرد و جامعه است.

پس روان‌شناسان و جامعه‌شناسان و تمامی علاقمندان به سلامت زندگی فردی و جمعی مردم یک کشور باید پرونده‌های حقوقی و کیفری در مراجع قضایی، این منبع غنی و ناگزیر عینیت یافته را غنیمت شمرده و با همکاری صمیمانه بین قوه قضاییه و دانشگاه‌ها و سازمان‌های علمی، پژوهشی کشور، بدون هیچ وابستگی به انگیزه‌های سیاسی، تحسینی و تقییحی که فضای علم را نیز آلوده می‌کند، به تأسیس نهادی همت‌گمارند تا در مسیر زندگی به دعاوی و تحقیقات

* وکیل دادگستری - تهران.

مراجع قضایی و یا پس از آن و ختم دعاوی مسائل فردی و اجتماعی ثبت شده در مستندات قضایی و علل واقعی منازعات و اختلافات را با ویژگی علمی محض بررسی و از طریق تجزیه و تحلیل و کشف علل مؤثر در این امور و اعلام نتیجه و اظهارنظر علمی، آثاری قابل مطالبه باقی گذارند تا در عمل از آن برای ارائه راه حل های نهایی و کاوش دعاوی و نا امنی در روابط فردی و اجتماعی و زندگی مردم بهره برداری شود.

برای استواری اعتقاد به وجود این سازمان، لازم است از نیروی کسانی استفاده شود که:

اولاً، این وظیفه خطیر، که زحمت فراوان دارد را از سر عشق به جامعه و زندگی انسان ها انجام دهند، نه تنها برای صرف وقت و دریافت مزد و هیچ گاه از تلاش در این راه احساس کسالت و خستگی نکنند.

ثانیاً، معتقد باشند که عوامل و علل بیرون از وجود افراد و نارسایی های جامعه، اگر در تباهی و فساد اشخاص، نقشی فراتر و مؤثرتر از عوامل و انگیزه های شخصی و درونی نداشته باشند، حداقل به طور پکسان با عوامل فردی در بروز بدکاری ها و بداندیشی ها قبل از بروز اختلافات و ارتکاب جرائم، اثر گذارند.

و گذاری این وظیفه انسانی، اجتماعی به اشخاصی فاقد دو ویژگی فوق پس از مدتی کوتاه، کار را به امور اداری و تشریفاتی تبدیل می کند که با انگیزه اصلی تأسیس این نهاد در مغایرت است.

شاید گروهی تصور کنند که تنها منازعات و اختلافات خانوادگی و دعاوی بین همسران و درخواست های طلاق برای تأمین مواد اولیه این کارگاه ها مناسب است و سایر دعاوی و امور غیر خانوادگی، برای بررسی و مطالعه و صرف وقت و سرمایه و تحقیق، از امتیازی با ارزش برخوردار نیستند....

بی آن که منکر اولویت امور شخصی و خانوادگی به عنوان نخستین موضوعات مورد بررسی و پژوهش باشیم، ولی غافل نباید بود که بسیاری از ناهنجاری های مالی و اقتصادی در تحولات زندگی و روابط خانوادگی سخت تأثیر گذار است و جهت تحقیقات علمی و آزمایشگاهی آن نهاد، نقشی برجسته دارد، به علاوه امور مالی و مالیاتی، خود به عنوان موضوعاتی مستقل برای بررسی و نتایج حاصل از آن در ارائه راه حل های منطقی در امور اقتصادی و شناخت روحیه فردی و جمعی اتباع کشور می تواند دارای ارزشی فوق العاده باشد و مدیران جامعه را در اتخاذ تصمیمات زیربنایی یاری کند.

البته با تدبیر لازم می توان از طریق تقسیم موضوعات و مسائل و با حفظ اولویت ها و اهمیت هر یک، دایره و اداراتی خاص، متشکل از متخصصین امور مربوطه تشکیل داد که موجب تداخل امور و ایجاد ابهامات در اتخاذ روش و تصمیمات نشود.

بدیهی است تشکیل این سازمان و سرمایه گذاری در آن، نه تنها در اصلاح طرفین منازعات و مراجعین دادگستری نقشی بسزا دارد، قطع نظر از این فایده، غرض اصلی از این تأسیس،

ریشه و علت‌یابی ناهنجاری‌ها و ارائه راه‌های علمی برای درمان نابسامانی‌ها است که برای آینده و آیندگان نیز نوعی پیشگیری از بدعهدی‌ها و جلوگیری از تجاوزات به حریم انسان‌ها و تعدیات به حقوق مالی و غیرمالی اشخاص و نیز پیشگیری مؤثر و غیرتنبیهی از ارتکاب جرائم است که یکی از مهمترین وظایف اساسی قوه قضاییه شمرده شده است.

لذا باید پایه‌گذاری این سازمان برعهده قوه قضاییه کشور باشد و از جنبه علمی و عملی از همکاری دانشگاه‌ها برای انتخاب متخصصین علوم مختلف نهایت استفاده به عمل آید و چه بسا با پیشرفت در این امر معنوی، بتوان دانشکده یا دانشگاهی وابسته به قوه قضاییه نیز تأسیس نمود که اثر خیر آن دائمی و عمومی باشد.

لازم است برای حفظ فضای علمی و تحقیقاتی و تأمین اطمینان برای اصحاب دعوی و وابستگان و خویشاوندان آنان که به سهولت اطلاعات و اعتقادات و احساسات و استنباطات خود را در اختیار پژوهشگران قرار دهند، مقرراتی تصویب و اطمینان داده شود که از آن‌چه آنان در این مسیر مطرح می‌کنند، تحت هیچ شرایطی در اتخاذ تصمیمات قضایی علیه ایشان استفاده نخواهد شد و باید تحقیقاتی که همراه رسیدگی مقامات قضایی و یا در پرونده‌های مختومه صورت می‌گیرد، بدون ذکر نام اشخاص و اماکن و شهرها و منطقه و حتی بدون اخذ امضاء یا اثر انگشت از ایشان باشد و مدارک علمی و پژوهشی این سازمان برای بهره‌برداری قضایی و غیرقضایی به زیان ایشان چه شفاهاً و چه به صورت کتبی در اختیار مقامات مؤثر قانونی در تعقیب و تنبیه قرار نگیرد و تخلف از این مقررات موجب مسؤولیت انتظامی و حتی کیفری برای اصلاح دهنده و اطلاع‌گیرنده باشد و تنها در این صورت است که اشخاص با امنیت خاطر به قصد کمک به یافتن علل حوادث، بی‌هیچ بیم و هراس، اطلاعات خود را در اختیار اعضاء این سازمان خواهند گذارد.

بدیهی است نتایج بسیاری که از این طریق به دست می‌آید گنجینه گرانبهایی علمی و پژوهشی برای کشور و افتخار آن نصیب مسؤولینی خواهد شد که در این راه به کشور کمک خواهند کرد. شایسته است قبل از تصویب قانون جهت اجرای این پیشنهاد، هرچه زودتر گام‌های اولیه با کسب نظر از اندیشمندان و علاقمندان برداشته شود که تأخیر در این وظیفه ملی و انسانی جبران گردد. ■

پروسی لایحه

آزادی اطلاعات

با تکیه بر اسناد و قوانین بین المللی

ساناز السادات جعفری*

- قسمت اول این مقاله در شماره ۳۵ خبرنامه به چاپ رسیده است.
در این شماره قسمت دوم و پایانی آن را می خوانید-

رویه محاکم داخلی و بین المللی

دادگاه اروپایی حقوق بشر^۱ در سه پرونده کلیدی^۲ صراحتاً بیان کرده است که ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر^۳ و آزادی های اساسی، تضمین کننده آزادی بیان است، و اعلام کرده است این ماده اساساً دولت را از محدود کردن اشخاص در تحصیل یا دریافت اطلاعات منع میکند، هرچند در این سه پرونده عنوان می شود که ماده ۱۰ متضمن تعهد دولت ها در اشاعه چنین اطلاعاتی نمی باشد.

البته به وضوح قابل مشاهده است که دادگاه اروپایی حقوق بشر در آراء خود در این سه مورد، هیچ رغبتی در بیان تعهد اجباری دولت ها به ویژه در مورد مهیا کردن دسترسی به اطلاعات نداشته است و در خصوص این رویکرد، بسیار محتاطانه عمل می کند که علت این امر مشخص نیست.

اما گزارشگر ویژه سازمان ملل این دیدگاه را ترقی داده است و در گزارش سالانه خود به کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل صراحتاً خاطر نشان کرده است که حق بر دسترسی به اطلاعات نگاه داشته شده توسط مقامات دولتی به وسیله ماده ۱۹ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی مورد حمایت واقع شده است و در گزارش خود در سال ۱۹۹۹ تشریح کرده^۴ است که:

"... هر شخصی حق تفحص، تحصیل و اشاعه اطلاعات را دارد. و این امر تعهدی اجباری بر دوش دولت ها در راستای تضمین دسترسی به اطلاعات، مخصوصاً در مورد اطلاعاتی که توسط دولت نگهداری می شوند از هر نوع و از هر طریق، شامل فیلم، میکرو فیلم، عکس و... بار می کند..."

این دیدگاه مورد تأیید ۵۳ دولت عضو کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد قرار گرفت. در کشورهای مشترک المنافع نیز جنبشی در خصوص شناسایی و به رسمیت شناختن اهمیت آزادی اطلاعات آغاز گردید. این کشورهای مشترک المنافع به کمک ماده ۱۹ میثاق،

* کارآموز وکالت و دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بشر.

- 1- European Court Of Human Rights(ECHR)
- 2- Leander v.Sweden, 26march 1987, 9FHRR433, para74, see also Gaskin v. United Kingdom,7 July 1989,12 EHRR 36 AND Guerra and Ors v. Italy ,19 February 1998.
- 3- [Http://www.hri.org/docs/ECHR50.html](http://www.hri.org/docs/ECHR50.html)
- 4- UN Doc.E/CN. 4/1999/64, PARA.12.

نشست گروه متخصصان را در مارس سال ۱۹۹۹ در خصوص بحث و گفتگو پیرامون اهمیت تصویب قانون آزادی اطلاعات تدارک دیدند. و در نهایت، سندی مشکل از اصول حاکم بر آزادی اطلاعات را به تصویب رساندند که این سند در نشست وزرای قانونی (می ۱۹۹۹) و نشست رهبران دولت‌های مشترک المنافع (نوامبر ۱۹۹۹) نیز به تصویب رسید.

در این خصوص دادگاه‌های داخلی بسیاری از کشورها، مخصوصاً کشورهای آسیایی، دسترسی به اطلاعات نگهداری شده توسط مقامات دولتی را به عنوان یکی از حقوق اساسی بشری به رسمیت شناختند. به طور مثال در اوایل سال ۱۹۶۹ دادگاه عالی ژاپن این اصل را در ماده ۲۱ قانون اساسی ژاپن^۱ تحت عنوان **حق بر دانستن**^۲ لحاظ کرده است:

ماده ۲۱: آزادی اجتماعات و انجمن‌ها و آزادی بیان، مطبوعات و دیگر شیوه‌های ابراز عقیده تضمین گردیده است و هیچ‌گونه سانسوری اعمال نخواهد شد و کلیه راه‌های برقراری ارتباط، مصون از تعرض خواهد بود.

و یا در رأی بدوی دادگاه عالی هند در سال ۱۹۸۶ بیان شده است که مفهوم یک دولت باز، ارتباط مستقیمی با حق بر دانستن دارد که به نظر می‌رسد به‌طور ضمنی همان حق سخنرانی آزاد و آزادی بیان است.

در سال ۲۰۰۷ دادگاه امریکایی حقوق بشر در رأی *Claude Reyes vs. Chile* حکم داد که آزادی اطلاعات، مبنای حقوق بشر است و به‌طور ضمنی در حق بر آزادی بیان بدان اشاره شده است. این رأی از اولین آرای است که توسط یک محکمه بین‌المللی صادر و در آن صراحتاً به آزادی دسترسی به اطلاعات (به‌طور کامل) نگاهداشته شده توسط دولت و مقامات دولتی اشاره شده است.

دلایل بسیاری هست که چرا حق بر آزادی اطلاعات باید به آزادی بیان تعبیر گردد. بسیاری معتقدند آزادی بیان و آزادی اطلاعات دو روی یک سکه هستند. مهم‌تر از همه آن است که در وهله اول، آزادی اطلاعات متضمن آزادی بیان است. اهمیت آزادی بیان در سه بخش مطرح شده است: به‌عنوان بخشی جدانشدنی از حیثیت افراد، به‌عنوان بهترین ابزار در راستای اثبات حقیقت و در آخر به‌عنوان زیربنای اساسی دموکراسی. آزادی اطلاعات نقش مهمی را در هر سه مورد ایفا می‌کند. اما شاید این اهمیت از جهت دموکراسی باشد که آن را بسیار حیاتی کرده است.

در تحول مفهوم آزادی اطلاعات و ارتباطات، چند دوره را می‌توان از یکدیگر تمیز داد: مرحله اول، از زمان ملبتون (شاعر انگلیسی) تا پایان جنگ جهانی دوم؛ که در آن به آزادی‌گرایی اطلاعات تأکید می‌شده است. در مرحله دوم توجه به زیر ساخت‌های اقتصادی برای تحقق حقوق بشر بیشتر شد، نسل سوم در تحول مفهوم آزادی بیان، در سال‌های آخر دهه هفتاد میلادی تحت تأثیر نظریات جدید ظاهر شد. در حالی که پیش از این در آزادی بیان به فرستنده تأکید می‌شده است، در این دوره توجه به سوی فرد یا افراد گیرنده معطوف می‌شود و حتی به نام حق اطلاع و حق مطلع شدن رخ می‌نماید.

۱- قابل مشاهده در: <http://ghanooneasasi.blogfa.com/post-6.aspx>

2- RIGHT TO KNOW.

چنانچه دیده می‌شود، توجه به آزادی بیان، بیش و پیش از توجه به حق افراد برای دسترسی به اطلاعات مورد توجه بوده است. اما در سال‌های اخیر و با توجه به گسترده و پیچیده شدن این مفهوم، توجه به جامعیت این آزادی بیشتر شده است و هر دو روی^۱ (آزادی بیان و آزادی دسترسی به اطلاعات) اطلاعات را شامل می‌شود.

تعهدات دولت‌ها در زمینه حق آزادی اطلاعات:

اولاً در راستای ماده ۱۹ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی، دولت‌های عضو بر طبق ماده ۲ این کنوانسیون مکلفند که کلیه اقدامات مقتضی را در راستای تحقق و تضمین حقوق مندرج میندول دارند. و ثانیاً نگرش جدیدی درخصوص تعهدات در قالب گونه‌شناسی سه وجهی به وجود آمده است که تعدادی از صاحب نظران آن را مورد استفاده قرار داده‌اند. مطابق این گونه‌شناسی سه وجهی، تمام حق‌های بشری متضمن سه شکل از تعهد برای دولت‌هاست، یعنی تعهد به احترام، حمایت و ایفاء.^۲

«تعهد به احترام»، دولت را ملزم می‌دارد از مداخله در آزادی فرد اجتناب کند. «تعهد به حمایت» به تکلیف دولت در بازداشتن افراد دیگر از مداخله در حقوق فرد اطلاق می‌شود و «تعهد به ایفاء» دولت را متعهد می‌سازد اقدامات لازم را برای تضمین نیازهایی که با تلاش خود فرد قابل تأمین نیست به عمل آورد.^۳

این رویکرد نه تنها چارچوب تحلیلی دقیقی برای فهم روشن‌تر تعهدات دولت‌ها در زمینه حقوق بشر فراهم می‌آورد،^۴ بلکه برای مقابله با برخی مفروضات سنتی که قاطعانه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را از حقوق مدنی و سیاسی متمایز می‌سازد نیز به کار می‌آید.^۵ از آن جا که تعهد به احترام، حمایت و ایفاء، همگی کم و بیش در هر حق بشری یافت می‌شود، امکان سخن گفتن از صرف «اثباتی» بودن حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی وجود نخواهد داشت، همان‌طور که نمی‌توان حقوق مدنی و سیاسی را فقط حق‌هایی «سلبی» دانست.

۱- گیرنده و فرستنده.

۲- تعهدات سه‌گانه را می‌توان در اظهارات آقای آیده در باره حق برغذا در بحث عمومی کمیته در نشست سوم یافت: Eide, E/C. 12/1989/SR. 20. Cf. also Eide A. Right to Adequate Food as a Human Right (1989).

۳- برخی گونه‌شناسی‌ها دارای بخش چهارمی هم هست: تکلیف به ترویج. نک:

Van Hoof G. , 'The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views', in Alston P. and Tomasevski K. (eds.), The Right to Food (1985).

شو از تکلیف به کمک سخن می‌گوید یعنی «لزوم بازگشت و ترمیم قصورها در احترام و حمایت»:

Shue H. , 'The Interdependence of Duties' in Alston P. and Tomasveski K. (eds.), The Right to Food (1985), 83, at 86.

او پیش‌تر سه تعهد را با عناوین تعهد به خویششنداری، حمایت و کمک معرفی کرده بود.

Shue H. , 'Rights in the Light of Duties', in Brown P. and MacLean D. (eds.), Human Rights and US Foreign Policy (1979), 65, at 76.

۴- به نظر می‌رسد تعهدات به احترام و حمایت در دسته تعهدات به رفتار جای می‌گیرند. تعهد به ایفاء رابطه نزدیک‌تری با تعهد به نتیجه دارد.

۵- این ادعای رایج وجود دارد که در حالی که حقوق مدنی و سیاسی مستلزم خویششنداری دولت است، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مستلزم «اقدام دولت» است:

Bossuyt M. , La Distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels' (1975) 8 HRLJ 783, at 790.

از این رو بر طبق تقسیم‌بندی زیر، آزادی اطلاعات سه دسته تکالیف را بر دولت‌ها بار می‌کند:

۱- **تکلیف به احترام:** آزادی اطلاعات در تفسیر سنتی به عنوان آزادی تحصیل و افشاء اطلاعات بدون مداخله دولت لحاظ می‌شد. در این تفسیر سنتی از آزادی اطلاعات، دولت دارای یک تکلیف سلبی^۱ بود. بدین معنا که همین قدر که دولت در این خصوص مداخله نکند در تحقق این حق مؤثر خواهد بود.

۲- **تکلیف به حمایت:** بر طبق این دیدگاه که به اوایل ۱۹۹۰ باز می‌گردد، پذیرفته شد که دولت‌ها همچنین دارای تکلیفی ایجابی در این خصوص هستند. بدین معنا که دولت‌ها مکلفند در راستای حمایت از این حق اقداماتی قانونی برای جلوگیری و ممانعت از مداخله دیگر افراد و گروه‌های خصوصی مبذول دارند.

۳- **تکلیف به اجرا:** سرانجام حق آزادی اطلاعات تکلیف دیگری بر دوش دولت‌ها بار می‌نماید که همانا تهیه اطلاعات نگهداری شده توسط آن‌هاست. این وظیفه خاص، از طریق تصویب قانون آزادی اطلاعات^۲ (FOI) و قانون دسترسی به اطلاعات^۳ (ATI) محقق خواهد شد. (البته همیشه آن‌گونه نبوده است که وجود قانون به تحقق و اجرای این حق کمک کرده باشد، همان‌گونه که کشورهای مستند که بدون وجود چنین قوانینی تحقق این حق را تضمین و اجرا نموده‌اند).

در کل باید دانست که همیشه دولت‌ها از ماده ۱۹ کنوانسیون و در کل، از آزادی بیان، تعهد ایجابی را استنباط نکرده و نمی‌کنند. مانند رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر که پیشتر به آن پرداخته شد.

بررسی وضعیت حق بر آزادی اطلاعات در ایران

قانون اساسی و آزادی اطلاعات

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در **بند دوم اصل سوم**، «بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسایل دیگر» و در **بند ششم**، «محو هرگونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی» را وظیفه‌ی دولت دانسته است و در **بند هفتم** دولت را موظف می‌کند تمام امکانات را برای «تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون» به کارگیرد.

اصل بیست و سوم قانون اساسی، می‌گوید: «هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد...» این اصل را به عنوان تأییدی بر آزادی بیان نیز دانسته‌اند، چرا که عقیده امری است درونی و نا بروز نداشته باشد، اصولاً نمی‌توان وجود آن را فهمید. پس حق آزادی عقیده، باید حق بیان را نیز شامل شود.

1- Duty To Respect.
2- Negative Obligation.
3- Duty To Protect.
4- Duty To Fulfill.
5- Freedom Of Information=FOI.
6- Freedom Of Access To Information=ATI.

اصل بیست و چهارم قانون اساسی نیز مطبوعات و نشریات را در بیان مطالب، آزاد می‌داند و **اصل صد و هفتاد و پنجم** قانون اساسی، اشعار می‌دارد: «در صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران، آزادی بیان و نشر افکار با رعایت موازین اسلام و مصالح کشور باید تأمین گردد...» این اصل نشان‌دهنده اهتمام و توجه جدی نویسندگان قانون اساسی به موضوع آزادی بیان و دسترسی آزادانه به اطلاعات برای همه مردم است.

از لایحه آزادی اطلاعات تا لایحه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات

همان‌طور که مستحضر هستید، لایحه آزادی اطلاعات^۱ یکی از مهم‌ترین لوایح در دستور کار مجلس ششم بود که چندی پیش، پس از چهار سال مسکوت ماندن به تصویب نمایندگان رسید. دولت هشتم این لایحه را با این ایده به مجلس برد که هر شخص ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی را داشته باشد و مؤسسات عمومی و خصوصی مکلف باشند اطلاعات غیرمحرمانه را در حداقل زمان ممکن و بدون تبعیض در دسترس مردم قرار دهند. اما این لایحه با تغییرات وسیعی از طرف کمیسیون فرهنگی، مجلس هفتم برای تصویب به صحن علنی مجلس آمد و تنها ۱۰ ماده از آن به تصویب رسید. از جمله این تغییرات تغییر نام لایحه و همچنین حذف نیمی از مواد آن بود. ستار هدایت‌خواه مقرر کمیسیون فرهنگی دلیل تغییر نام را تناسب نداشتن آن با محتوای لایحه عنوان کرد. به همین دلیل اعضای کمیسیون فرهنگی به صلاحدید خود، نام لایحه دولت سابق را از «آزادی اطلاعات» به «انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات» تغییر دادند. تعداد مواد لایحه نیز از ۸۳ به ۳۶ ماده و در صحن به ۲۴ ماده تغییر پیدا کرد.

البته به گفته برخی از نمایندگان، از لحاظ حجم، نزدیک به نیمی از لایحه قبلی حذف شده است. البته کمیسیون فرهنگی در توجیه این حذفیات عنوان کرد که بسیاری از مواد قبلی، زاید، تکراری و بی‌هدف بوده و به همین دلیل، به تشخیص خود «مواد غیرضروری» را حذف کرده‌اند. البته دو تن از اعضای کمیسیون فرهنگی به نحوه این حذفیات، معترض و معتقد بودند روح لایحه آزادی اطلاعات به‌طور کلی در نمونه جدید آن از بین رفته است. با این حال، گویا نمایندگان مجلس هیچ انگیزه‌ای برای بررسی مواد و دادن پیشنهاد یا حتی صحبت در مقام مخالف و موافق نداشتند چنان‌که ۱۰ ماده از این لایحه در کمتر از ۱۵ دقیقه به تصویب رسید. تنها معترض لایحه، میرتاج الدینی نایب رئیس کمیسیون فرهنگی بود که در خصوص ماده ۱۰ خواستار بازگشت به لایحه دولت شد.

میرتاج الدینی معترض بود که ماده ۱۰ لایحه آن‌قدر خلاصه شده که اگر یک مؤسسه خصوصی حاضر به دادن اطلاعات نشد، هیچ نوع بازدارنده‌ای برایش وجود ندارد. گرچه این عضو کمیسیون فرهنگی برخلاف انتظار همکارانش به تشریح تمام حذفیاتی پرداخت که این لایحه را از معنا انداخته، اما در نهایت ۱۹۶ نماینده‌ای که در صحن علنی مجلس حاضر بودند به هشدارهای میرتاج الدینی توجه نکرده و حاضر به لغو حذفیات نشدند.

۱- متن نسخه اولیه لایحه: http://fict.moe.org.ir/_ICT/Documents/Azadi-Law1.pdf

نگاهی بر مواد تصویب شده این لایحه:

بررسی اجمالی بر مواد تصویب شده لایحه نشان می‌دهد که ۱۴ ماده بدون تغییر نسبت به لایحه اولیه به تصویب رسیده، ۱۰ ماده دچار تغییرات کلی و جزئی شده، ۱۲ ماده به کلی حذف و یک ماده و یک تبصره نیز به لایحه افزوده شده است. در ماده ۱ مصوبه جدید که تغییراتی در آن اعمال شده، اصطلاحات زیر در معانی مشروح ذیل به کار می‌رود:

الف- اطلاعات: هر نوع داده که در اسناد مندرج باشد یا به صورت نرم افزاری ذخیره شده و یا به هر وسیله یا شیء دیگری ضبط شده باشد.

ب- اطلاعات شخصی: اطلاعات فردی نظیر نام و نام خانوادگی، نشانی‌های محل سکونت و محل کار، وضعیت زندگی خانوادگی، عادات‌های فردی، ناراحتی‌های جسمی، شماره حساب بانکی و رمز عبور است.

ج- اطلاعات عمومی: اطلاعات غیرشخصی نظیر ضوابط و آیین‌نامه‌ها، آمار و ارقام ملی و رسمی، اسناد و طبقات اداری که از مصادیق مستثنیات فصل چهارم این قانون نباشد.

اولاً: تعریفی که از واژه اطلاعات در بند الف ماده یک این لایحه شده می‌گوید: هر نوع داده که در اسناد مندرج باشد یا به صورت نرم‌افزاری ذخیره گردیده و یا با هر وسیله یا شیء دیگری ضبط شده باشد. این تعریف از لحاظ منطقی غلط است. و به نوعی دچار دور شده، چرا که داده همان اطلاعات است و اطلاعات همان داده. واژه داده، معادل فارسی کلمه اطلاعات است. بنابراین، بند مذکور اشکال دارد و عنوان تعریف بر آن اطلاق نمی‌گردد. ثانیاً: در تعریف، باید بر عناصری نظیر اسناد و مدارکی که نزد دستگاه‌های دولتی موجود است تأکید می‌شد و مصادیق به صورت کامل ذکر می‌گردید. البته این مسلم است که در این جا دولت در مفهوم کلی آن است نه یک دولت معین، و به دلیل خصلت تمامیت خواهی و رانت‌جویی، اساساً هیچ‌گاه تمایل ندارد اطلاعات منتشر شود. حتی اطلاعاتی هم که رسماً محرمانه نیست در عمل محرمانه می‌شود. به طور مثال اگر شما به عنوان یک روزنامه نگار به وزارت نیرو مراجعه و تقاضا کنید قراردادهایی که برای احداث نیروگاه X منعقد نموده‌اند را به شما ارایه بدهند مطمئناً به شما داده نخواهد شد، هر چند موضوع محرمانه‌ای در بین نباشد. براساس نظر بسیاری از متخصصان این حوزه، ابتدای این لایحه دچار اشکال است، به جهت این که اگر قرار است واقعاً حق دسترسی به اطلاعات آزاد باشد، این لایحه باید در راستای مهار قدرت دولت برای بستن راه‌های دستیابی به اطلاعات عمل کند که متأسفانه این کار را نکرده است.

ماده ۲ مقرر می‌دارد: هر شخص ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی را داراست، مگر آن که قانون آن را منع کرده باشد و استفاده از اطلاعات عمومی یا انتشار آن‌ها تابع قوانین و مقررات مربوطه خواهد بود.

این جا قانونگذار یک استثنا قائل شده و اساساً قید این استثنا کل لایحه را از بین می‌برد. درحالی که ساده‌ترین اطلاعات در ادارات مهر محرمانه می‌خورد، این لایحه اگر ۱۰۰۰ ماده هم داشته باشد، این یک جمله مجموعه‌اش را بدون اثر می‌کند. درحال حاضر طبقه بندی اطلاعات و اسناد دولتی مطابق با قانون مجازات افشای اسناد طبقه بندی و محرمانه انجام می‌شود

که یک قانون قدیمی است. این قانون که پیش از انقلاب به تصویب رسیده تمام مقامات دولتی را به طور مبسوط آید آزاد گذاشته تا اطلاعات و اسناد را طبقه بندی کنند.

در ماده ۱۳ این لایحه آمده است: مؤسسات عمومی موظف هستند از طریق واحد اطلاع رسانی یا واحد مربوطه، سالانه گزارشی درباره فعالیت‌های آن مؤسسه در اجرای این قانون به کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ارائه دهند.

در ماده ۷ قانون مصوب نیز آمده است: مؤسسات عمومی نمی‌توانند از متقاضی دسترسی به اطلاعات هیچ‌گونه دلیل یا توجیهی جهت تقاضایش مطالبه کنند.

و ماده ۲۴ قانون فوق مقرر می‌دارد: آیین‌نامه اجرایی این قانون حداکثر ظرف سه ماه از تاریخ تصویب، توسط وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و با همکاری دستگاه‌های ذی‌ربط تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.

از موارد حذف شده لایحه می‌توان به ماده ۴ آن اشاره کرد که اعلام می‌داشت: "هر شخص ایرانی حق دارد آشکارا یا رعایت قوانین از فعالیت‌های ارکان و اجزای مختلف حکومت و فعالیت مأموران آن‌ها انتقاد کند" و ماده ۵ که می‌گفت: "اجبار تهیه‌کنندگان و اشاعه‌دهندگان اطلاعات به افشای منابع خود، ممنوع است و این امر نافی مسؤلیت تهیه‌کنندگان و اشاعه‌دهندگان اطلاعات نیست."

از ظرفی شورای نگهبان، مواد ۶ و ۱۱ لایحه را مخالف با موازین شرعی اعلام نمود. ماده شش این لایحه مؤسسه‌های خصوصی را مکلف به در اختیار قرار دادن اطلاعات کرده بود که از نظر اعضای شورای نگهبان، «مغایر شرع مقدس» تشخیص داده شد. این شورا در عین حال ماده ۱۱ لایحه مزبور را خلاف شرع اعلام نمود. نهایتاً در تاریخ ۸۷/۱۱/۹ مجلس شورای اسلامی در اجرای اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی لایحه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات را با در نظر گرفتن مصلحت نظام و عدم تامین نظر شورای نگهبان در مواد ۶ و ۱۱ آن، همراه با کلیه سوابق به شرح پیوست به مجلس تشخیص مصلحت نظام ارسال نمود. در حال حاضر هرچند ۸۳ ماده لایحه به ۲۴ ماده تقلیل یافت که بعدها برخی نواقص در آن مشخص خواهد شد، اما در یک کلام، به هر حال وجود کم‌رنگ این قانون، شاید بتواند باعث آشنایی مسؤولان دولتی برای عمل به وظیفه خود و آشنایی مردم برای رسیدن به حق قانونی خود شود.

آثار عملی دسترسی آزاد به اطلاعات

حق دسترسی آزاد به اطلاعات در زمره حقوق اساسی ملت‌ها به شمار می‌آید و لذا ملت‌ها بایستی به اطلاعات دسترسی داشته باشند. این حق، از جمله حقوق عمومی است که باعث پیشبرد مفاهیمی از قبیل حق حاکمیت ملی، آزادی بیان، شهروندی و... می‌گردد. با توجه به تعریف حق مزبور، آن دسته از اطلاعاتی که مربوط به دولت‌هاست از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و اطلاعات سیاسی و اقتصادی جزء مهم‌ترین اطلاعاتی است که در مفهوم حق دسترسی آزاد به اطلاعات مطرح می‌شود.

کارکرد یا فایده اصلی حق دسترسی آزاد به اطلاعات تأثیر عمیق آن بر تثبیت و تحکیم قدرت است. بخش بزرگی از مفهوم اقتدار، بر پایه اطلاعات شکل می‌گیرد و امتیازات و رانت‌های بسیاری تولید می‌کند. بنابراین زمانی که اطلاعات در انحصار افراد یا گروه‌های خاصی قرار دارد، امکان سوء استفاده از قدرت افزایش می‌یابد. از طرفی وقتی مردم هم امکان دسترسی به اطلاعات نداشته باشند امکان مشارکت عمومی ایجاد نمی‌شود و همچنین حق حاکمیت ملی، که در اصل پنجاه و شش قانون اساسی ایران به صراحت بر آن تأکید شده است، مادامی که مردم از امور کشورشان به عنوان یک شهروند اطلاع ندارند میسر نخواهد شد. به‌طور مثال قراردادهای نفتی چگونه منعقد می‌شوند؟ مبلغ‌شان چقدر است؟ یا چه شرایطی امضا می‌شوند؟ و نهایتاً در کجا و به چه طریقی هزینه می‌شوند؟ چرا که این‌ها بودجه ملت و متعلق به آن‌هاست. همه این‌ها اطلاعاتی است که جامعه باید داشته باشد تا بتواند نظارتش را اعمال نماید.

کاهش رانت‌خواری به دلیل از بین رفتن برجسب محرمانه (مگر در موارد خاص)، کاهش خطاهای دستگاه‌های عمومی و دولتی به دلیل شفافیت عملکردها، و نظارت بهتر مردم بر حاکمان، از آثار دسترسی مردم به اطلاعات است. این امر می‌تواند به نوبه‌ی خود، بالارفتن مشارکت‌های مردمی از طریق اطلاع از فعالیت‌های اجتماعی و شرکت در آن‌ها را نیز به دنبال داشته باشد.

از سوی دیگر، مطالبه عدالت و کارآمدی، از وظایف و حقوق مردم نسبت به حکومت است که با اطلاع مردم از عملکرد و تصمیمات دولتی، امکان اجرای بیشتری می‌یابد. با اجرای این قانون، دیگر سازمان‌های دولتی و عمومی نمی‌توانند به دلیل بی‌اطلاعی مردم از وظایف نهادها، از زیر بار مسؤلیت بگریزند و از انجام وظایف، شانه خالی کنند. "توماس هارت" و "کارولین وول" دو تن از متخصصان آلمانی، آزادی اطلاعات و حق دسترسی به اطلاعات و فواید تصویب قانون آزادی اطلاعات را چنین بر می‌شمرند:

۱- شفافیت: قانون آزادی اطلاعات با استقرار اصل انتشار علنی تمامی اطلاعات دولتی، فضای تفاهم، اعتماد و همکاری را میان شهروندان و دولت به وجود می‌آورد. به اعتقاد صاحب نظران، پرمیز شهروندان از مشارکت در فعالیت‌های سیاسی و اجتماعی به میزان زیادی ناشی از فقدان اطلاعات درباره کنش‌های واقعی دولت‌هاست.

۲- تقویت مشارکت مدنی: تنها هنگامی می‌توان بر بی‌توجهی ناشی از نارضایتی غلبه کرد، که شهروندان باورکنند که حضور آنان در این عرصه جدی تلقی می‌شود و درون داد آنان بر سیاست‌ها و عملکردها تأثیرگذار است.

۳- افزایش کارآمدی: اگر امکانات فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات و نوسازی شیوه‌های اجرایی که از آن به عنوان "دولت الکترونیکی" تعبیر می‌شود، با تصویب و اجرای درست قوانین آزادی اطلاعات همراه شود، به میزان چشمگیری بر کارآمدی نظام اداری کشورها افزوده خواهد شد.

۴- پیشگیری از فساد: یک فرهنگ اجرایی شفاف در مقابله با فساد به مراتب توانا تر است. مثلاً کشور سوئد دارای کهن‌ترین قانون آزادی اطلاعات است و در عین حال یکی از پایین‌ترین نرخ‌های فساد اداری را در جهان داراست.

۵- تقویت فرایندهای اداری اصلاح‌گرایانه: هرچقدر بر میزان شفافیت عملکرد دستگاه‌های حکومتی افزوده شود، به همان میزان، فرایندهای اصلاحی اداره امور تقویت می‌شوند. آثار این امر در سه زمینه قابل مشاهده است:

- ایجاد انگیزه برای نوآوری.
- انسجام اجتماعی.
- تحول فرهنگی.

نتیجه‌گیری:

دسترسی به اطلاعات دولتی در قرن بیست و یکم، از مهمترین اصول حقوق بشر محسوب می‌شود و کشورهایی که از نظر ساختار حکومتی نتوانند این دسترسی را تضمین کنند، این حق بشری را نقض کرده‌اند. آنچه مسلم است به غیر از آن‌چه که به منافع کشور، حریم خصوصی افراد و اسرار تجاری شرکت‌ها برمی‌گردد، مابقی جزء اطلاعاتی است که شهروندان بایستی از آن مطلع باشند. کشورهایی که صدها سال است قانون آزادی اطلاعات را پذیرفته‌اند به دنبال آن هستند که دایره محدودیت‌های دسترسی را تنگ‌تر کرده و اطلاعات بیشتری در دسترس مردم قرار دهند. اما شواهد حاکی از این است که شعاع این محدودیت‌ها در کشور ما بسیار زیاد است و منطبق آن است که «اکثر اطلاعات دست نیافتنی است، چرا که به نوعی به منافع ملی صدمه می‌زند.» و دایره اطلاعات مربوط به امنیت ملی بسیار وسیع و ناشناخته است. گفته می‌شود قانون‌مند کردن جریان اطلاعات هرگاه با تدبیر و اصول منطقی محرمانگی همراه باشد، به حفظ اطلاعات محرمانه نیز کمک مؤثرتری می‌کند. و اما زمانی که اصل آزادی دسترسی به اطلاعات، طبق قانون به رسمیت شناخته نشود، مسؤولین سازمان‌ها و نهادهای دولتی، خود تصمیم می‌گیرند که چه اطلاعاتی را در دسترس عموم قرار داده و چه مدارکی مشمول عنوان محرمانه و سری قرار گیرند. این افراد بنا به احتیاط، تقریباً از ارائه هرگونه اطلاعات به شهروندان خودداری می‌کنند، حتی اگر محرمانه نباشد. زیرا دلیلی برای انجام این کار اضافی نمی‌بینند. البته قانونگذار ایرانی تاکنون به صورت موردی، سازمان‌ها و نهادها را موظف به ارائه برخی از اطلاعات کرده است. در کشورهایی که قانون آزادی اطلاعات تصویب شده است، قوانین محرمانه مربوط به امنیت ملی نیز دارای محدودیت زمانی دسترسی هستند. به‌طور مثال این مرور زمان در آمریکا ۳۰ سال و در سوئد ۷۰ سال است. نهایتاً با توجه به این که کشور ما از جمله کشورهای عضو کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی بوده و بر طبق ماده ۲ این کنوانسیون اعضا مکلف به اتخاذ اقداماتی در خصوص تضمین و رعایت حقوق مندرج در میثاق می‌باشند لذا تصویب هرچه سریع‌تر قواعدی جامع در خصوص تضمین این حق بشری بالذاته و نیز به عنوان زیربنای تحقق کلیه آزادی‌ها و نیز جزء حیاتی دموکراسی باید مورد توجه قرار بگیرد. و باید دانست تا زمانی که تعریف و تضمین جامعی از حق دسترسی آزاد به اطلاعات و آزادی بیان وجود نداشته باشد، سخن گفتن از جامعه‌ای باز و حکومتی مردم‌سالار و مشارکت مردم در اداره امور جامعه و در نهایت دموکراسی بیهوده است. ■

عدالت ترمیمی

و تبلور آن در قوانین کیفری ایران

طاہر توحیدی*

چکیده

تمامی دوران‌های تاریخ، حقوق کیفری، در راستای احراز عدالت، مفاهیم و ایده‌هایی جدید را بسته به مکان و زمان خود، هر چند برای مدتی کوتاه به دنبال داشته است. این مفاهیم هر کدام در راستای احراز جرم و بزهکاری و علت‌یابی آن ایفای نقش کرده و یکی پس از دیگری به تکوین این پروسه کمک نموده‌اند. بررسی وجودی مکاتب کلاسیک، تحقیقی، دفاع اجتماعی، دفاع اجتماعی نوین و در این اواخر نیز عدالت ترمیمی، گویای امر و تأیید مدعای ما می‌باشد. در این مختصر نیز سعی بر شناساندن عدالت ترمیمی و یافتن جلوه‌هایی از مصادیق آن در ق.م.ا و سایر قوانین مربوطه کیفری شده است، تا بر اساس آن نتیجه گرفته شود که قانون کیفری ایران از تغییر و تحولات مدرن کیفری چه سهمی داشته و میزان تطابق آن با قوانین پیشرفته سایر نظام‌های کیفری دنیا تا چه میزان است!؟

واژگان کلیدی

«عدالت ترمیمی، خسارت زدایی، ظرفیت‌های ترمیمی، سیاست‌های مشارکتی»

مقدمه

جهان امروز به موازات رشد عظیم تکنولوژی و فناوری، تغییرات شگرفی را نیز در زمینه علوم نظری به همراه داشته است. تغییراتی که هر کدام گوشه‌ای از زوایای مبهم جهان طبیعت را برای انسان روشن ساخته‌اند. از جمله علوم نوپای دو یا سه قرن اخیر، جرم‌شناسی می‌باشد که در همین مدت کوتاه، سیر صعودی خیره‌کننده‌ای را به همراه داشته است. شناختن جرم و علت آن از دیرباز مورد توجه اذهان اندیشمندان هر جامعه‌ای قرار گرفته است. شنیدن نام بقراط، سقراط و افلاطون گویای همین واقعیت است ولی آن‌چه که امروز ما در صدد بهره‌گیری از آن در راستای کشف و علت‌یابی جرایم و اجرای احکام عادلانه هستیم، کاملاً فراتر از نگاه تک بعدی ازمنه قدیم و اندیشمندان آن اوان می‌باشد.

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی دامغان.

جرم‌شناسی به صورت علمی آکادمیک آن گونه که مد نظر ماست تنها به تلاش‌های دو قرن گذشته برمی‌گردد. شروع این مهم را جوان اندیشمند ایتالیایی به نام «دکتر سزار بکاریا» عهده‌دار گردید و این در حالیست که سزار بکاریا را بانی حقوق کیفری مدرن نام نهاده‌اند، اما با کمی دقت در نوشته‌هایش و مخصوصاً خواندن کتاب جرایم و مجازات‌ها می‌توان مایه‌هایی را از شروع این جنبش به وضوح دید. اما آنچه که به صورت علمی و به گونه‌ای تجربی مقبول واقع افتاد و جرم‌شناسی علمی در بستر آن تولد یافت، مروهون تلاش‌های «دکتر سزار لمبروزو» می‌باشد. سیر رو به رشد جرم‌شناسی، به ایجاد مکاتب مختلف کلاسیک، تحقیقی، دفاع اجتماعی و دفاع اجتماعی نوین و عدالت ترمیمی منتهی گردید. هر کدام از این مکاتب در پی علت‌یابی جرم و کاستن از نرخ بزهکاری گام برداشتند. مکتب کلاسیک با تأکید بر شدت عمل و تعیین مجازات بر اساس آن و مکتب تحقیقی با ادعای عدم اراده فرد مجرم و تعیین حالت خطرناک و اقدامات تأمینی به جای مجازات، مدت مدیدی مطالعات جرم‌شناسی را عرصه جولانگاه خویش قرار دادند.

بعد از جنگ جهانی اول و دوم و زبرپا گذاشته شدن تمامی اصول اخلاقی توسط کشورهای متجاوز، مکتب دفاع اجتماعی با بیش‌ترین نهایت بشر دوستانه و در عین حال افراطی پا به عرصه نهاد که در نهایت با مکتب دفاع اجتماعی نوین تعدیل‌گشت که کماکان تا حدودی حضور دولت را خواستار بودند. در نهایت، مکتبی که در اواخر قرن بیستم مدعی حل مشکل جرم و بزهکاری و کاستن از دامنه آن بود به نام «عدالت ترمیمی» و از دل بزه‌دیده‌شناسی، هستی یافت. عدالت ترمیمی سریع‌تر از آنچه که انتظار می‌رفت در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی مورد توجه قرار گرفت و نظام‌های کیفری مختلف به گنجاندن آن در قالب قوانین خویش کمر همت بستند؛ به طوری که اکنون در قوانین اکثر کشورهای پیشرفته دنیا اصول و برنامه‌های عدالت ترمیمی در توجه به بزه، بزهکار و بزه‌دیده، خودنمایی می‌کند.

در این گذار، کشورمان ایران نیز به اهمیت این اصول راهبردی و راه‌گشا پی‌برده و با توجه به ظرفیت‌های ترمیمی نیز که در خود نهفته دارد، در این راستا قدم برداشته و جای بسی امید است که در قوانین تصویبی و بخشنامه‌های قوه قضاییه هر روز جا پای این نهاد ترمیمی، در توجه به کلیه عوامل دخیل در جرم و بزهکاری تبلور یافته و درخشیدن آغاز کرده است. نوشتار حاضر سعی در نمایاندن وجود ظرفیت‌های ترمیمی در قوانین کیفری ایران داشته تا به نوعی در تبیین این اصول راهبردی به روشنگری پرداخته باشد، با این امید که مقبول نظر افتد.

گفتار اول

مفهوم و ویژگی‌های عدالت ترمیمی:

در اواخر سال ۱۹۸۰ میلادی به دنبال سیر صعودی جرم و بزهکاری و عدم توانایی دولت‌ها در مهار این پدیده ضد اجتماعی و ناقض ارزش‌های اخلاقی و انسانی و همچنین فقدان تأثیر و قصور عدالت سنتی در اصلاح مجرمین و پیشگیری از جرم، زمینه برای ظهور مکتب جدیدی به نام عدالت ترمیمی فراهم گشت. علاوه بر این‌ها ناکارآمدی نظام کیفری سنتی در حل و فصل پرونده‌ها و طولانی شدن روند دادرسی و هزینه‌های سرسام‌آور اجتماعی و اقتصادی آن نیز بر فضای مآبوس‌کننده دو چندان افزوده بود. عدالت ترمیمی در چنین شرایطی توسط متفکران و روشنفکران

اروپایی که به علت اوضاع و احوال نا به سامان دو جنگ جهانی اول و دوم، به کشورهای آمریکای شمالی، استرالیا و نیوزلند مهاجرت کرده بودند، هویدا گشته و پرچمدار سیاستی در جهت کاستن از نرخ جرم و مجرمیت گردید.

صرف نظر از مبادی و خاستگاه عدالت ترمیمی، آنچه که سیر تکوین عدالت ترمیمی را در جهت استقرار آن سرعت بخشید، ارائه تعاریفی از سوی محققانی همچون تونی اف. مارشال^۱ و آلبرت اگلاش^۲ و هوارد زهر^۳ و... بود. یکی از تعاریف بسیار مقبول از عدالت ترمیمی، توسط جرم‌شناس مطرح انگلیسی به نام تونی اف. مارشال ارائه گردیده است که اشعار می‌دارد: «عدالت ترمیمی فرایندی است که در آن کلیه کسانی که در خصوص یک جرم خاص سهمی دارند گرد هم می‌آیند تا به‌طور جمعی درباره چگونگی برخورد با آثار و نتایج جرم و مشکلات ناشی از آن برای آینده تصمیم گرفته، راه حلی بیابند.»^۴ در تبیین این تعریف پسندیده می‌توان به عباراتی همچون فرایند، ذی‌نفعان جرم خاص، گرد همایی، تصمیم‌گیری جمعی در مورد استلزامات آینده و پیدا کردن راه حل، اشاره نمود.

هوارد زهر نیز با تأکید بر تغییر لنز نگرش در نگرستن به بزه و بزهکار و بزه‌دیده، در کتاب خود، عدالت ترمیمی را این‌گونه تعریف می‌نماید: «عدالت ترمیمی فرایندی است برای درگیر نمودن کسانی که سهمی در یک جرم خاص دارند - تا آن‌جا که امکانپذیر است - تا به‌طریق جمعی نسبت به تعیین و توجه به صدمات و زیان‌ها و تعهدات جهت التیام و بهبود بخشیدن و راست گرداندن امور به اندازه‌ای که امکانپذیر است اقدام نمایند.»^۵ دایر مدار این تعریف را نیز واژگانی همچون فرایند محوری و گردهمایی و توجه به صدمات و جبران آن‌ها در بر گرفته است.

با تدقیق نظر در تعاریف فوق‌الذکر، می‌توان به این نکته پی‌برد که عدالت ترمیمی، درست نقطه مقابل عدالت کیفری سنتی قرار می‌گیرد. مبانی آن‌ها کاملاً با هم متفاوت است و این تفاوت را با توجه به تعاریف مذکوره می‌توان در نوع تلقی از جرم، اهداف، روش، نقش ذینفعان در جرم، جبران خسارت و مسئولیت‌پذیری، به روشنی دریافت. اگرچه عدالت ترمیمی در مبانی اولیه خود، در تقابل آشکار با عدالت کیفری سنتی قرار دارد ولی باید اذعان کرد که به دلیل نوپایی، این مکتب بایستی بالاجبار در راستای عدالت کیفری سنتی و به صورت مکمل به اهداف خود جامه عمل بپوشاند، به‌طوری که در دراز مدت بتواند به‌عنوان جایگزین مطمئنی برای عدالت کیفری سنتی به‌شمار آید.

برخلاف پارادایم عدالت کیفری که در آن بر سزادهی صرف و استحقاق بزهکار بر کیفر استوار گردیده، در عدالت ترمیمی زیر بنای اصلی را جبران ضرر و رفع روابط مختل شده تشکیل می‌دهد. حل اختلاف فی‌مابین بزه‌دیده و بزهکار و بازگرداندن امور به حالت اولیه، نشان از نگاهی امیدوارانه به آینده است. عدالت ترمیمی، بر اهمیت ارتقاء نقش بزه‌دیدگان و اعضای جامعه از رهگذر درگیر نمودن فعالانه‌تر آنان در فرایند عدالت تأکید داشته، بزهکاران را مستقیماً در فبال بزه‌دیدگان و جوامعی که مورد آسیب و زیان قرار گرفته‌اند، مسؤول می‌داند.^۶ عدالت ترمیمی،

1- Marshall, Tony. F
2- Albert Eglash.
3- Howard zehr.

۴ - غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۵، تهران.

۵ - زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه دکتر حسین غلامی، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۵، تهران.

۶ - شیری، عباس، افق‌های نوین عدالت کیفری (عدالت ترمیمی)، انجمن علمی - دانشجویی حقوق، دانشگاه تهران.

پیوستی برای کاستن از معایب نظام کیفری سنتی و ایجاد افق‌های نوین کیفری در زمینه پیشبرد عدالت و تأمین حقوق بزه دیده و بزه‌کار، با نگرشی کاملاً معتدله، به شمار می‌آید.

با این اوصاف می‌توان گفت که عدالت ترمیمی پاسخی به جرم و متمرکز بر خسارات بزه‌دیده بوده که در این رهگذر سعی وافر در بازپذیری بزه‌کار و مسؤول کردن وی در قبال صدمات وارده داشته، تا از این طریق به احیاء آرامش و نظم جامعه که در نتیجه جرم از بین رفته بود نیز کمک نماید. مسلم است که فرایند محوری عدالت ترمیمی که دارای نقطه شروع و امتداد (جریان) و پایان می‌باشد، از مهمترین نقاط بارز آن مکتب می‌باشد. کنشگران عدالت ترمیمی در این جریان خطی، می‌بایست با رعایت تمامی موازین اخلاقی و قانونی در جهت نیل به نتیجه که همان توافق بر سر جبران خسارت و زیان‌های مادی و معنوی است، گام بردارند. این مهم میسر نمی‌شود مگر در سایه‌سار مشارکت همگانی که عدالت ترمیمی نویددهنده آن است. مشارکتی که بیشتر فضای دوستی و احترام متقابل را به ذهن متبادر می‌سازد. احترامی که مژده دهنده این شعار است: «انسان در بدترین شرایط نیز می‌تواند با هم‌نوع خود حتی اگر به او زبانی هم رسانده باشد از دوستی و سازش درآید».

با توجه به مطالب پیش گفته، می‌توان ویژگی‌های عدالت ترمیمی را در فرایند محوری، مسؤولیت پذیری، جبران خسارت، حفظ ارزش‌های اخلاقی، مشارکت همگانی در حل دعوا و احترام متقابل و... دانست که همگی این موارد، زمینه را برای تمایل مقتنین در جهت گنجاندن برنامه‌های ترمیمی در قوانین خود، هموار ساخت.

گفتار دوم

عدالت ترمیمی از اندیشه تا عمل:

بعد از تبیین دقیق مبانی نظری مکتب عدالت ترمیمی، در تحقیقات و نوشته‌های بزرگانی که با تعاریف خویش، در پی افکندن شالوده و بنیانی مستحکم برای این مکتب بودند، سعی وافر در پیاده کردن این نظرات در قالب عمل، شروع گردید.

عدالت ترمیمی با ایجاد کردن انشعابات و فرایندهای مختلف مبارزه با جرم و جبران خسارات، در ابتدا مورد توجه کشورهای متل نیوزلند، کانادا، استرالیا، آمریکا و آلمان قرار گرفت. بعد از چندی، تلاش‌های زیادی در سطح جهانی برای اجرای آموزه‌های عدالت ترمیمی در امور کیفری صورت گرفت، به طوری که اکثر کشورهای مثرقی جهان آن را در برنامه‌های جلوگیری از بزه‌کاری در کشور خویش اعمال نمودند. در سال ۱۹۹۸ و به دنبال گسترش برنامه‌های عدالت ترمیمی، در حدود ۲۰۰ برنامه ترمیمی در سراسر کانادا در حال اجرا بوده‌اند.^۱ در کشور نیوزلند و با توجه به این که ریشه تاریخی عدالت ترمیمی هم از آن‌جا نشأت گرفته، راهکارهای مفیدی در قوانین کیفری درج گردیده و در تمامی جرایم ارتكابی صغار به عنوان الگویی نوین پذیرفته شده است و این را می‌توان از نوآوری‌های قانون ۱۹۸۹ در نیوزلند به حساب آورد. در استرالیا نیز انعکاس برنامه‌های ترمیمی را در امور کیفری با اجرای طرح‌هایی همچون SAJJ و RISE و نیز برخورد ترمیمی

۲- غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۵، تهران.

جرایم صغار و رانندگان مست در حال رانندگی و... می‌توان مشاهده کرد. در آمریکا اجرای برنامه‌های ترمیمی و مبارزه علیه جرم و نیز پیشگیری از جرم به سال ۱۹۷۸ باز می‌گردد و در حال حاضر نیز با تداوم این برنامه‌ها در قالب عمل بیش از سیصد نهاد، در قالب تشکیل هزاران جلسه اقدام به فعالیت می‌نمایند.^۱ ایالات متحده در سطح وسیعی، برنامه‌های ترمیمی را در جرایم علیه اشخاص که توسط صغار رخ می‌دهد و نیز جرایم علیه اموال و سایر جرایم خرد و کلان دنبال می‌نماید. در کشور فدرال آلمان نیز اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی در سطح کلان، مورد استقبال حقوق‌دانان قرار گرفته که نمود آن‌را در فعالیت‌های بیش از چهارصد مرکز ترمیمی مبارزه با جرم و بزهکاری می‌توان ملاحظه کرد.

آنچه که بدیهی به نظر می‌رسد این است که بنیان عدالت ترمیمی در کمتر از سه دهه چهار دهه شکل گرفته و زودتر از آنچه انتظار می‌رفت، مورد استقبال کلیه نظام‌های کیفری دنیا قرار گرفت. حسن استقبال کشورهای متمدن دنیا، موفقیت این برنامه‌ها را در کاستن از نرخ بزهکاری و مبارزه با جرم به اذهان می‌رساند. مطمئناً افزایش روز افزون نهادهای مجری برنامه‌های ترمیمی در نظام‌های کیفری در کمتر از چند دهه، آن را به‌عنوان بازوی مؤثر عدالت کیفری مطرح ساخته است، به طوری که خود طرفداران جرم‌اندیش عدالت کیفری نیز به این امر اقرار کرده‌اند. بازتاب اندیشه‌های عدالت ترمیمی در سطح ملی و بین‌المللی و موفقیت آن‌ها در کاستن از نرخ تراکم کیفری، کشورهای نیمه صنعتی جهان را نیز به تکاپو در اتخاذ تصمیمات مؤثر و گنجاندن رهیافت‌های ترمیمی در عمل تشویق کرده که در این رهگذر، ما به بررسی ظرفیت‌های ترمیمی در کشور ایران می‌پردازیم.

گفتار سوم

تبلور عدالت ترمیمی در قوانین کیفری ایران:

با گذشتن مدتی نسبتاً طولانی و حدود یک قرن از آغاز قانونگذاری در ایران، عدالت کیفری کشورمان، کماکان با چالش‌های متعددی در راستای استقرار یک قانون با صلابت و منسجم روبروست. قانون کیفری ما و نیز قوانین مکمل آن، بارها و بارها پس از پیروزی انقلاب اسلامی دستخوش اصلاحیه‌های مکرر قرار گرفته تا به نوعی خود را با اصول نوین جهانی هماهنگ و همراه نماید. قانون مجازات اسلامی، هم اکنون و بنابر دیگر در معرض بازنگری قرار گرفته است. قوه قضاییه و مسؤولان محترم آن با کوشش‌های خود و صدور بخشنامه‌های راهگشا، زمینه هرچه بهتر اصلاح قوانین و اجرای مفیدتر آن‌را در عمل متذکر می‌گردند. از آموزه‌های کیفری که حقوق‌دانان برجسته کشورمان آن را مطرح می‌نمایند نیز نباید غافل شد. تمامی این موارد تلاشی مستمر در جهت تدوین قانون اصولی و منطبق با معیارهای مدرن را در خود نهفته دارند؛ این درحالی است که کشورمان ایران به منابع معتبر فقهی نیز متکی بوده و می‌تواند در جهت استقرار یک قانون منسجم نیز از آن بهره‌گیرد. باید اذعان کرد که عمده

۱- غلامی، حسین، همان.

تحولات بعد از انقلاب، ملهم از آموزه‌های فقهی و برداشت‌ها و دریافت‌های فقها و قانونگذاران از منابع اسلامی بوده است.^۱ حال و در این برهه از زمان و با در نظر گرفتن تمامی کاستی‌ها بایستی واقع‌بینانه به سمت تدوین قوانین همسو با استانداردهای جهانی، گام نهاد. گامی پر قدرت‌تر و امیدوارانه‌تر به آینده با تکیه بر آن‌چه که در گذشته بنا نهاده‌ایم.

بدیهی است که ایران نیز همانند سایر کشورها با مشکلاتی از قبیل: بیکاری، افزایش جمعیت کیفری و عدم تکافوی مراجع و منابع قضایی برای رسیدگی به پرونده‌ها و هزینه‌های سرسام‌آور اجرای عدالت کیفری جهت پیشگیری از جرم و نیز صد البته وقوع حجم عظیمی از اشتباهات قضایی و... روبرو است.^۲ کاستن از بار این مشکلات مستلزم استفاده از راهکارهای نوین مکمل عدالت کیفری بوده که در سراسر دنیا تحت عنوان برنامه‌های ترمیمی از آن یاد می‌شود.

ایران با داشتن تمدنی چهار هزار ساله، از قدیم الایام آداب و ادیان مختلفی را در خود پذیرا بوده است که هر کدام نیز به مقتضای فرهنگ حقوقی خویش رسومی شبه قضایی داشته‌اند. با توجه به این سابقه دراز مدت، کشور ما ظرفیت‌های بسیاری را در استفاده از این فرهنگ حقوقی داراست. مظاهر و مبانی عدالت ترمیمی را در بطن این آداب و با توجه به تنوع فرهنگی آن‌ها می‌توان به خوبی مشاهده کرد. آیین خون بس، در میان قبیله‌های عرب خوزستان^۳ و آیین پتر در میان قبایل بلوچ^۴ در جنوب ایران، تأییدی بر این مدعا می‌باشد.

در حقوق معاصر ایران نیز چه قبل از انقلاب و چه بعد از انقلاب اسلامی، تأسیساتی که نوید بخش توجه به برنامه‌های عدالت ترمیمی بوده به وجود آمده که نشان از این حقیقت است که در سیستم قضایی کشور ما نیز می‌توان عدالت ترمیمی را در عمل پیاده کرد. به نظر برخی حقوق‌دانان، خانه‌های انصاف (قبل از انقلاب) و شوراهای حل اختلاف (بعد از انقلاب) از نمونه‌های بارز عدالت ترمیمی می‌باشد. در مورد شورای حل اختلاف و ماهیت ترمیمی یا غیر ترمیمی آن در مطالب آتی بیشتر توضیح خواهیم داد.

اما بحثی که حائز اهمیت بوده و می‌تواند به عنوان بحث کلیدی ما انتخاب گردد، پیدا کردن پتانسیل و ظرفیت‌های ترمیمی در قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین مکمل آن می‌باشد. اولین ظرفیت ترمیمی را می‌توان در زمینه توجه به جرایم صغار ملاحظه کرد. بی‌گمان هر کشوری در حمایت از صغار، رویکرد ترمیمی را دنبال می‌کند. مقامات سیاسی و قضایی کشور ما مخصوصاً فوه مقننه این مهم را مد نظر قرار داده و در ماده ۱۶ لایحه قانون رسیدگی به جرایم اطفال اشعار داشته‌اند: «داسرا یا دادگاه حسب مورد برای حل و فصل شکایت یا جبران خسارات ناشی از جرایم یا سازش طرفین، کوشش لازم و جهد کافی به برقراری سازش بین طرفین به عمل خواهد آورد، یا در صورت تشخیص، موضوع را به شورای حل اختلاف محل، مددکاران اجتماعی یا هر شخص صالح دیگری به عنوان میانجی ارجاع می‌نماید. میانجی نیز کوشش لازم و جهد کافی به برقراری سازش بین طرفین را به عمل خواهد آورد و در هر صورت گزارش

۱- غلامی، حسین، همان.

۲- غلامی، حسین، همان.

۳- برای اطلاعات بیشتر بنگرید به: منصور عطاشنه، فصل در بین عشایر عرب خوزستان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.

۴- غلامی، حسین، همان.

اقدامات خود را برای اخذ تصمیم در مهلتی که دادسرا یا دادگاه تعیین می‌کند، تسلیم می‌نماید. دادسرا پس از وصول گزارش میانجی، دال بر سازش طرفین، یا لحاظ مواد ۳۰ و ۳۵ این قانون قرار موقوفی و یا تعلیق تعقیب، صادر و در صورت عدم سازش پرونده را برای اتخاذ تصمیم به دادگاه ارسال می‌دارد. دادگاه پس از وصول گزارش میانجی حسب مورد قرار موقوفی یا تعلیق تعقیب صادر و یا شروع به رسیدگی می‌نماید.^{۱۰}

با تدقیق نظر در این ماده، می‌توان به خوبی نفوذ رهیافت‌های ترمیمی را در مورد اطفال بزهکار و امور کیفری مشاهده کرد. علاوه بر لایحه فوق‌الذکر، تهیه لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین حبس که در اردیبهشت ماه سال ۱۳۸۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید نیز جای تقدیر دارد. این لایحه در جهت کمک به کاستن از بار جمعیت زندان‌ها و به عبارتی دیگر زندان زدایی، از طرف دولت تقدیم مجلس گردید. ماده ۱ این لایحه اشعار می‌دارد: «مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان که شامل دوره مراقبت، خدمات عمومی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی می‌باشد با مشارکت مردم و نهادهای مدنی به شرح مواد این قانون، اعمال می‌گردد.» در تبصره این ماده نیز آمده: «مجازات‌های یاد شده با ملاحظه نوع و خصوصیات جرم ارتكابی، شخصیت و پیشینه کیفری مجرم، دفعات ارتكاب جرم، وضعیت بزه‌دیده، آثار ناشی از ارتكاب جرم و سایر اوضاع و احوال مخففه تعیین می‌شود.»

ماده ۱۶ این لایحه نیز تعیین مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان را در جرم‌های غیر عمدی الزامی دانسته است، مگر در مواردی که حداکثر مجازات قانونی بیش از دو سال حبس بوده که در این صورت اختیاری می‌باشد. در همگی موارد یاد شده اگرچه اشاره‌ای به برنامه‌های ترمیمی نشده اما با کمی دقت می‌توان به یقین رسید که اجرای این مواد مستلزم بهره‌گیری از رهیافت‌های ترمیمی است و لاغیر. کاستن از شدت مجازاتی چون حبس و شلاق و تبدیل به دوره‌های مراقبت و خدمات عمومی و جزای نقدی و محرومیت‌های موقت اجتماعی، در رأس برنامه‌های ترمیمی قرار دارد که به خوبی توسط مقنن ایران مورد اشاره قرار گرفته‌اند. تبصره ماده ۱ لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین حبس، دقیقاً مشابه با ماده ۲۲ ق.م.ا می‌باشد. در ماده ۲۲ ق.م.ا، مقنن به دادگاه اختیار داده که در مجازات‌های تعزیری و یا بازدارنده با احراز شرایط ششگانه (حصری)، در مجازات متهم تخفیف داده یا آن را تبدیل و یا متناسب به حال متهم نماید. مناسب‌تر کردن مجازات به حال متهم، به طور واضح نشانی از سیاست‌های فردی کردن کیفرها می‌باشد. بند ۳ ماده ۲۲ ق.م.ا به اوضاع و احوال خاصی که متهم تحت تأثیر آن‌ها مرتکب جرم شده از قبیل گفتار و رفتار تحریک‌آمیز مجنی علیه یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتكاب جرم اشاره کرده و بند ۵ نیز به وضع خاص متهم و یا سابقه او توجه نموده است. دادگاه در این موارد بایستی به شناختی دقیق از متهم دست یابد تا بر اساس آن نیز حکم شایسته را متناسب با متهم صادر نماید. مسلماً در مورد وضع خاص متهم و یا سابقه او، دادگاه نیاز به تشکیل پرونده شخصیت دارد که در قوانین ما تشکیل آن بر عهده سازمان زندان‌ها می‌باشد.

مواد ۴۰ و ۶۳ و ۶۴ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و نیز مواد متعدد دیگر، بر تشکیل پرونده شخصیت در جهت شناخت دقیق متهم یا بزهکار تأکید دارند. در ماده ۲۲۲ ق.آ.د.ک نیز توجه ویژه به صغار بزهکار شده که قاضی به هر وسیله که مقتضی بداند می‌تواند اقدام به تحقیقات در مورد اطفال نماید. همچنین ماده ۱۳۴ ق.آ.د.ک نمونه‌ای دیگر از سیاست‌های فردی کردن در راستای صدور قرار را نشان می‌دهد. موارد فوق‌الذکر، همگی حاصل دستاوردهای جرم‌شناسی

بوده که با داشتن قرائتی جرم شناختی از آنها، می‌توان رهیافت‌ها و رویکردهای عدالت ترمیمی را از دل آن بیرون آورد. در زمینه حدود و قصاص و دیات نیز جنبه‌های تبلور عدالت ترمیمی به خوبی نمایان است که برای تأیید مدعا به ذکر نمونه‌هایی از آن می‌پردازیم:

ظرفیت‌های عدالت ترمیمی در جرایم حدی به دو صورت نمایان می‌گردد. ظرفیت اول در جرایم حدی مربوط به توبه است که فضا را باز نموده تا شخص با احساس ندامت در پیشگاه خداوند اصلاح گردد. در بسیاری از موارد، توبه مجازات حدی را با تخفیف کلی مواجه می‌کند. ماده ۸۱ ق.م.ا در بحث زنا، مربوط به توبه قبل از شهادت شهود می‌باشد که حد را به طور کلی ساقط می‌کند. در ماده ۱۲۵ ق.م.ا توبه قبل از شهادت شهود، حد لواط را ساقط کرده و حتی در ماده ۱۲۶ ق.م.ا چنانچه لواط و نظایر آن با اقرار شخص ثابت شده باشد و شخص پس از اقرار، توبه نماید، قاضی می‌تواند تقاضای عفو او را از ولی امر بنماید. همین نکته در مورد مساحقه و در مواد ۱۳۲ و ۱۳۳ ق.م.ا صادق است. در شرب خمر نیز توبه قبل از شهادت شهود حد را ساقط می‌کند و توبه بعد از اقرار، قاضی را مخیر می‌سازد که از ولی امر تقاضای عفو مرتکب را بنماید که موضوع مواد ۱۸۱ و ۱۸۲ ق.م.ا می‌باشد. آخرین مورد نیز در باب حدود به بند ۵ ماده ۲۰۰ ق.م.ا مرتبط می‌شود که توبه سارق را قبل از ثبوت جرم عندالحاکم، از موارد سقوط حد دانسته است. ظرفیت دوم مربوط به عدم اعمال مجازات در مواردی مانند انکار بعد از اقرار یا وجود شبهه می‌باشد که زمینه را برای نزدیک شدن به عدالت ترمیمی نشان می‌دهد. ماده ۷۱ ق.م.ا اختصاصاً به انکار بعد از اقرار به زنا دارد که چنانچه اقرار به زنا مستلزم مجازات قتل یا رجم باشد، حد ساقط شده و انکار مورد پذیرش قرار می‌گیرد. در مورد قاعده در آن نیز چون روایت صریح از پیامبر به دست رسیده، در آن شکی نیست که حد ساقط می‌گردد. « تدرأ الحدود بالثبتهات ». موارد فوق‌الذکر در باب حدود، آشکارا انعطاف فقه اسلامی و قانون مجازات اسلامی را نیز که ملهم از فقه می‌باشد در باب برخورد با متهمین نشان داده و با آوردن قید و بندهای فراوان، حاکم را از تحمیل مجازات‌های سبعانه بر مجرمان نهی کرده است.

قانون مجازات اسلامی در باب قصاص نیز ظرفیت‌های ترمیمی را به خوبی در خود جای داده است. در قصاص توجهی خاص به بزه‌دیده گردیده، به طوری که قانون به پیروی از شرع، شخص بزه‌دیده را در جنایات مادون نفس و یا اولیای دم مجنی علیه را در جنایات علیه تمامیت نفس به عنوان سلطان قرار داده و رأی آن‌ها را معیار آخر در قصاص یا عفو، مدنظر قرار داده است. همچنین در قصاص، رویکردی ویژه به بزهکار به طور غیرمستقیم مطرح گردیده که تأکیدی بر عفو می‌باشد به همان شکلی که در قرآن کریم آمده، که هر کس برادر دینی خود را عفو نماید پاداشی عظیم در انتظار اوست و جالب این که از قاتل و مقتول به عنوان برادر نام برده شده است.

در سیره عملی نیز هدف، عدم قصاص است، یعنی ق.م.ا نگاهی سرکوبگر به مسئله قصاص ندارد و تأیید این گفته نیز باز گذاشتن راه‌های تراضی بر دیه است که جانی و مجنی علیه (اولیای دم او) در صورت تراضی می‌توانند به کمتر یا بیشتر از میزان آن توافق نمایند. مواد ۲۰۵، ۲۱۹، ۲۵۷، ۲۶۱، ۲۶۸ ق.م.ا تأییدی بر گفته‌های فوق‌الذکر بوده که در تمامی موارد با کمی دقت ظرفیت‌های ترمیمی آن به خوبی نمایان است.

در تاریخ حقوق کیفری بسیاری از قدرت‌های حاکمه جبران خسارت بزه‌دیده را در حمایت از شهروندان خود به‌عهده گرفته‌اند. در مواد ۲۳ و ۲۴ قانون حمورابی به‌عنوان قدیمی‌ترین قانون بدون بشر، در جرم سرقت، مالباخته و متضرر از جرم مستحق خسارت زدایی از طرف دولت است. همین رویه امروزه در کشورهای غربی نیز مورد تأیید قرار گرفته است. در نظام کیفری فرانسه، دولت در جرایم علیه اموال تا سقف معین و در جرایم علیه اشخاص بدون هیچ سقفی جبران خسارت را بر عهده می‌گیرد. «خسارت زدایی عمومی دولتی». در نظام کیفری اسلام نیز با قدمتی ۱۴۰۰ ساله پرداخت خسارت به بزه‌دیدگان جرایم، مصادیق مختلفی را داراست. پرداخت دیه مقتول از بیت‌المال در فقه اسلامی و مواد ۲۳۶، ۲۵۵، ۲۶۰، ۳۱۲، ۳۱۳ و تبصره ۵ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، از جلوه‌های بارز خسارت زدایی از بزه‌دیده با استفاده کردن از بودجه عمومی یا دولتی است. بدیهی است که مفهوم بیت‌المال یک ظرفیت کاملاً ترمیمی بوده و مترادف مفهوم دولت در کشورهای غربی است، ولی این که ما چقدر از این ظرفیت ترمیمی بهره گرفته‌ایم، خود بحثی جداگانه دارد. در تصدیق ترمیمی بودن مفهوم بیت‌المال می‌توان به قاعده «طل» استناد کرد که مقرر کرده خون هیچ مسلمانی هدر نمی‌رود. «لا یطل دم امرء مسلم»

ماهیت دیه در اسلام دو کارکرد دارد. کارکرد اول آن به عنوان مجازات اصلی و کارکرد دوم آن به عنوان مجازات بدل می‌باشد. کارکرد اصلی آن در مواردی است که جنایت عمدی و قصاص، به علت عدم شرایط اجرایی شود و کارکرد فرعی زمانی است که به‌عنوان بدل در جرایم غیر عمدی مطرح می‌گردد. می‌توان با کمی اغماض، دیه را در نظام کیفری اسلام از مصادیق کیفر زدایی ناقص دانست. چون در بسیاری موارد، قصاص تبدیل به دیه می‌شود ولی آنچه که مسلم می‌باشد این است که در ترمیمی بودن تشریح دیه نباید تردید کرد. اسلام روی آن تأکید کرده و قانون مجازات اسلامی بارها و در موارد مختلف بر مصالحه و تراضی بر مقدار آن اشاره داشته است. تراضی مذکور بین جانی و مجنی علیه، همان فضایی است که امروزه در عدالت ترمیمی بر آن پافشاری شده و نقطه عطف در فرایندهای ترمیمی به حساب می‌آید.

جدای از بحث حدود و قصاص و دیات، مطلبی که اکنون نقل محافل کیفری کشورمان گردیده و مخالفان و موافقان را برای خود به وجود آورده، شورای حل اختلاف و ماهیت ترمیمی داشتن یا نداشتن آن است. سابقه تأسیس این نهاد، یقیناً به قبل از انقلاب بر می‌گردد که از مهمترین اقدامات مقنن ایرانی در راستای غیررسمی کردن عدالت کیفری به‌شمار می‌آید. قانون تشکیل خانه‌های انصاف و قانون شورای داور مصوب سال‌های ۱۳۴۴ و ۱۳۴۵ با توجه به پیروزی انقلاب و سیاست اسلامی کردن قوانین، به تدریج رنگ باخت. به عبارت دیگر امکان استفاده از ظرفیت‌های قوانین ناظر بر تشکیل خانه‌های انصاف و شورای داور با توجه به تحولات تقنینی بعد از انقلاب از بین رفت.^۱ به‌ویژه آن که مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر گردید: «دادگستری مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات و شکایات است. تأسیس دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن منوط به حکم قانون است.» علی‌رغم انحلال نهادهای غیر رسمی قبل از انقلاب در حل و فصل دعاوی، به نظر می‌رسد مقنن در اوایل دهه ۱۳۸۰ یک‌بار دیگر ضرورت وجود دوباره آن‌ها را احساس کرده و با تصویب

۱- غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۵، تهران.

آیین‌نامه‌ای به تشکیل نهاد شورای حل اختلاف پرداخت. ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۱ مقرر می‌دارد: «به منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی و در راستای توسعه مشارکت‌های مردمی، رفع اختلافات محلی و نیز حل و فصل اموری که ماهیت قضایی ندارند و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است به شوراهای حل اختلاف واگذار می‌گردد. حدود و وظایف این شوراها، ترکیب و نحوه انتخاب آن بر اساس آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب هیأت وزیران و به تأیید رئیس قوه قضاییه می‌رسد.»^۱ در تحلیل ماهیت ترمیمی یا غیر ترمیمی شورای حل اختلاف و نهادهای دادرسی مردمی و حل و فصل مشارکتی دعاوی که نمونه آن‌ها نیز در قوانین ما کم نبوده، باید گفت که هدف از تشکیل شوراهای حل اختلاف بنا به ماده فوق‌الذکر کاستن از بار مراجعات مردم به محاکم قضایی و توسعه مشارکت‌های مردمی در مدیریت دستگاه عدالت کیفری می‌باشد. ماده مزبور در راستای یک سیاست قضا زدایی و یک مدیریت عدالت کیفری کارآمد وضع شده است.^۲

بعضی حقوق‌دانان با تشبیه نهاد شورای حل اختلاف به میانجیگری کیفری در اروپا، ماهیتی ترمیمی را برای آن قائل می‌شوند و این گفته نیز با مخالفت گروهی دیگر از حقوق‌دانان مواجه شده است. حقیقت این است که با توجه به اصول و کارکردهای عدالت ترمیمی و روش‌های آن در عمل اصولاً نمی‌توان ماهیتی ترمیمی برای شورای حل اختلاف قائل شد. در ردّ مشابهت شورای حل اختلاف با میانجیگری باید اظهار داشت که این دو نهاد از جهت فرآیند محوری و ماهیت و ابزار، کاملاً با هم فرق دارند. فرقی فاحش که نمی‌توان به راحتی آن‌را از نظر انداخت. اولاً، در میانجیگری، فرآیند محوری حرف اول را می‌زند به طوری که میانجیگری آغاز و روند و پایانی دارد ولی در شورای حل اختلاف به هیچ عنوان فرآیند محوری مطرح نیست. ثانیاً، در میانجیگری از ابزارهای حرفه‌ای و تخصصی بسته به دعاوی مربوطه استفاده می‌گردد ولی در شورای حل اختلاف، ابزارها و حتی گاهاً صاحب منصبان حل اختلاف نیز از تخصص کافی برخوردار نیستند و این امر بیشترین انتقادات را به پیکره شورای حل اختلاف وارد ساخته است. ثالثاً، میانجیگری بالذات اختیاری بوده و طرفین داوطلبانه در آن حضور می‌یابند و حتی هر موقع که اراده نمایند، می‌توانند از فرآیند میانجیگری خارج گردند و این در حالی است که حضور در شورای حل اختلاف، اصولاً اختیاری نیست و طرفین مجبور به حاضر شدن در این نهاد برای حل اختلاف فی‌مابین هستند. رابعاً، این که در فرآیند میانجیگری برای حل اختلاف، میانجیگر حکم صادر نمی‌کند بلکه وظیفه آماده سازی پرونده و اقدامات اولیه را برای صدور حکم نهایی از طرف دادگاه برعهده دارد ولی شورای حل اختلاف امروز در کشور ما به صدور حکم اقدام می‌نماید.

ناگفته نماند با این که منشأ وجودی شورای حل اختلاف، کاستن از بار تورم پرونده‌های کیفری در محاکم دادگستری بوده، ولی به نظر می‌رسد که اکنون بار مراجعین به شورای حل

۱- آیین‌نامه اجرایی این ماده پس از تأیید رئیس قوه قضاییه در روزنامه رسمی شماره ۱۶۷۴۸ مورخ ۱۳۸۱/۶/۵ منتشر گردید.

۲- برای اطلاعات بیشتر بنگرید به: عاسی، مصطفی، میانجیگری کیفری، انتشارات دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۲، تهران.

اختلاف رقمی برابر با دادگستری را به خود اختصاص داده است. نتیجه امر آن که، شورای حل اختلاف با فکر ترمیمی ایجاد نگردیده و رویکرد آن نیز ترمیمی نمی‌باشد و با مقایسه درونداد و برونداد این نهاد می‌توان به تصدیق موارد فوق‌الذکر اذعان کرد.

نتیجه‌گیری

به‌طور کلی در قوانین کشورمان ایران مصادیق فراوانی را می‌توان بر شمرده که مایه‌های عدالت ترمیمی را در خود گنجانیده باشد. به جرأت می‌توان گفت که فرهنگ و تمدن قدیمی ما چه پیش از اسلام و چه پس از اسلام به طور خودآگاه یا ناخودآگاه ظرفیت‌های عدالت ترمیمی را با خود به همراه داشته است، ولی نکته‌ای که باید مدنظر قرار گیرد این است که بتوان این مصادیق را به صورتی کاملاً علمی هدایت کرد و آن‌را در قالب اجرایی در خدمت حقوق کیفری قرار داد.

دلنگرانی در مورد این که آیا مکاتب نوین حل و فصل دعوی با سازوکارهای فقه اسلامی و قوانین ما تطابق دارد یا خیر، توهمی بیش نیست. هر مکتبی با هر آورده‌ای در ابتدا منطبق با کلیه نظام‌های حقوقی نبوده بلکه این نظام‌های مختلف بوده‌اند که در جهت هماهنگی و تطابق اصول خود با معیارهای جدید، کمر همت بسته‌اند و فرهنگ و نظام کیفری ما نیز مستثنی از این قاعده نیست و به خوبی می‌تواند خود را با آن معیارها و استانداردها همسو و همراه نماید.

در طول چند ساله اخیر خوشبختانه تلاش‌های زیادی در ایران، برای استفاده از فرایندهای ترمیمی انجام پذیرفته است. تشکیل NGO و دایره‌ها یا واحدهای ارشاد و مددکاری در کلاتری‌ها، تهیه لوایح متعدد از سوی دست اندرکاران قوه قضاییه در زمینه اصلاح قوانین و ایجاد جایگزین‌های نوین در راستای حبس زدایی، پیش‌بینی دوره‌های مراقبت، ارائه خدمات به بزه دیده و توجه به مشارکت جامعه مدنی در جریان فرایند کیفری و موارد متعدد دیگر که در قانون منعکس گردیده، از مهمترین این اقدامات به شمار می‌آید.

نکته‌ای که در آخر کلام نیاز به تذکار دارد این است که شورای حل اختلاف چنانچه بتواند خود را با معیارهای نوین کیفری هماهنگ کرده و کارگزاران اجرایی نیز آن را به سمت و سیاقی علمی و عملی رهنمون نمایند، بدون تردید مایه‌هایی از عدالت ترمیمی و سیاست‌های مشارکتی را می‌تواند در خود متبلور نماید. کاملاً بدیهی است که استفاده از شیوه‌های نوین عدالت ترمیمی و گنجاندن آن در قوانین کیفری ایران، تا حد زیادی از شدت مشکلات اجرایی خواهد کاست. ■

بررسی مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر در نظام حقوقی ایران

سید فرهاد بطحایی*

مقدمه

گسترده‌گی و وابستگی روابط زندگی امروزی، صنعت حمل و نقل را به‌عنوان یک جزء لاینجزای زندگی ماشینی قرار داده به طوری که می‌توان گفت دوام جوامع، بدون استفاده از این صنعت، امری محال و غیرممکن است. کشتی، هواپیما، قطار، کامیون و... در حال حاضر مهمترین ابزاری هستند که حسب مورد در امر حمل و نقل کالا یا مسافر مورد استفاده فرامی‌گیرند که در خصوص استفاده از هر یک، کنوانسیون یا قانون خاصی بر روابط اشخاص حاکمیت دارد. علاوه بر آن تجهیزات، وسایل نقلیه موتوری زمینی متعددی روزانه عهده دار حمل و نقل مسافر داخل شهر و بین شهرها می‌باشند که برای حفظ حقوق مسافران، متأسفانه نه تنها کنوانسیون بین‌المللی خاصی وجود ندارد بلکه قوانین داخلی ما نیز در این خصوص، تدبیر خاصی نیاندیشیده و در حال حاضر سؤالات متعددی در خصوص وضعیت مسؤولیت متصدی حمل و نقل مسافر در برابر سلامتی و اموال مسافر، بلاجواب مانده است.

آنچه نگارنده را تشویق به تحقیق در خصوص موضوع حاضر نموده، ابهاماتی است که بر تعیین قانون حاکم بر مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای در قبال مسافر، در حقوق ایران حاکم می‌باشد. از طرفی قانونگذار قانون تجارت، متصدی حمل و نقل را کسی که در مقابل اجرت، حمل اشیاء را به عهده می‌گیرد تعریف نموده و اصلاً به حمل و نقل مسافر اشارهای نکرده است. قانون مدنی نیز حمل و نقل مسافر را مصداقی از اجاره اشخاص دانسته که یقیناً مقررات مختصر آن قانون، تأمین‌کننده امنیت و سرعت مورد نظر در حقوق تجارت نیست و می‌توان گفت در این خصوص نارساست. لذا، بررسی رژیم حقوقی حاکم بر مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر، ضروری می‌باشد.

فرضیه‌ای که در گفتار اول در صدد اثبات آن هستیم، عبارت است از این که قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، در مورد حمل و نقل مسافر مقرره خاصی ندارد و مسؤولیت متصدی حمل و

* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک.

نقل جاده‌ای در قبال مسافر، در حقوق ایران در بعضی موارد در قالب ماده ۱۲ ق.م.و.د و در سایر موارد، در قالب قواعد عام مسئولیت مدنی قابل توجیه می‌باشد.
درگفتار دوم نیز، مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر در لایحه پیشنهادی قانون تجارت را مورد مطالعه قرار داده و نقاط قوت و ضعف آن را نسبت به قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مورد بررسی قرار می‌دهیم.

بررسی مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر در نظام فعلی حقوق ایران

در پاسخ به این سؤال که مسئولیت متصدی حمل و نقل مسافر تابع کدام رژیم حقوقی است، شاید در نگاه اول این پاسخ متبادر به ذهن شود که موضوع تابع قانون تجارت می‌باشد، چرا که به موجب بند ۲ ماده ۲ ق.ت، تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد در زمره اعمال تجاری است ولیکن اظهار نظر شده است تصدی به حمل و نقل اشخاص یا مسافربری از راه خشکی یا دریا یا هوا اعم از این که از یک نقطه شهر به نقطه دیگر و یا از شهری به شهر دیگر و یا از کشوری به کشور دیگر باشد، شغلی است که ملازمه با حمل و نقل اشیاء ندارد ولی ممکن است شخصی یا بنگاهی متصدی هر دو عمل باشد. در این صورت، قهری است که از لحاظ حمل و نقل مسافر تابع عمومات و قواعد کلی و از جهت حمل و نقل اشیاء و کالاهای تجاری یا معمولی تابع مقررات قانون تجارت است.^۱ ماده ۵۱۳ ق.م نیز بر این ابهام دامن می‌زند و اجاره متصدیان حمل و نقل اشخاص یا مال التجاره، اعم از راه خشکی یا آب و هوا را از مصادیق عمده اجاره اشخاص دانسته و این شبهه را ایجاد می‌کند که حمل و نقل اشخاص در زمره اجاره اشخاص می‌باشد.^۲

آنچه مسلم است تصدی به حمل و نقل اعم از کالا یا اشخاص، مشمول احکام قانون مدنی و در نتیجه اجاره اشخاص مذکور در آن قانون نیست. تا آنجا که مؤلفین حقوق تجارت کشور فرانسه، قانون مدنی فرانسه را که الهام بخش قانون مدنی ما در بحث اجاره اشخاص و متصدیان حمل و نقل بوده، نارسا و ناپیچ دانسته‌اند و امروزه دیگر با توجه به تحولات حاصله و رویه قضایی، حساب قرارداد حمل و نقل را از قرارداد اجاره خدمات، جدا ساخته‌اند.

۱- کاتبی دکتر، حسینقلی، حقوق تجارت، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، تهران، ۱۳۷۲، ص ۲۵۲.
۲- اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ماهیت حقوقی قراردادهای حمل و نقل از دیدگان حقوق مدنی، مقاله، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۹، مهرماه ۱۳۷۹، ص ۳۵.

در تجارتي بودن تصدي به حمل و نقل مسافر، بين حقوقدانان ترديد نيست.^۱ با اين استدلال که در حقوق ايران لازمه حاکميت قانون تجارت بر متصدیان حمل و نقل همانا احراز تجاری بودن عمل حمل و نقل است.^۲ بند ۲ ماده ۲ قانون تجارت به طور مطلق و بدون تفکیک بين حمل و نقل کالا و مسافر، تصدی به حمل و نقل از راه خشکی، یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد را در زمره معاملات تجاری دانسته است، وليکن در خصوص نوع اين عمل تجاری نه آیا در زمره اعمال تجاری ذاتی یا حکمی است، به نظر می رسد برخلاف حمل و نقل کالا باید قائل بر اين بود که تصدی به حمل و نقل مسافر در زمره اعمال تجاری حکمی است؛ با اين توضیح که اعمال تجاری مذکور در ماده ۲ قانون تجارت، چنانچه موجب گردش ثروت شود، به طور ماهوی تجاری محسوب می شود و چنانچه از اعمال مذکور در آن ماده، عملی فاقد اين خصیصه مهم باشد، دیگر عمل، عمل تجاری ذاتی محسوب نمی شود بلکه صرفاً به واسطه درج در ماده ۲ ق.ت، آن عمل را عمل تجاری می شناسيم. بنا بر مطالب پیش گفته، چون انسان فاقد ارزش مالی می باشد باید پذیرفت که حمل و نقل آن، تأثیری نیز در گردش ثروت نداشته بلکه به واسطه اطلاق بند ۲ ماده ۲ ق.ت، حمل و نقل مسافر را در زمره اعمال تجاری می دانيم.

پس از احراز حمل و نقل مسافر به عنوان يك عمل تجاری، ضرورت دارد به اين مطلب مهم پرداخته شود که:

در سيستم حقوقی ايران متصدی حمل و نقل جاده ای مسافر از چه حقوق و تکالیفی برخوردار است؟

با مراجعه به باب هشتم قانون تجارت ايران که راجع به قرارداد حمل و نقل است نکته چنداني دستگیر خواننده نمی شود؛ چرا که در اولین ماده اين باب، قانونگذار متصدی حمل و نقل را کسی معرفی کرده است که در مقابل اجرت، حمل اشیاء را به عهده می گیرد و اين نکته به ذهن خطور می کند که قانون تجارت ايران در باب مسؤليت متصدی حمل و نقل جاده ای مسافر فاقد هر گونه حکمی می باشد؛ که به نظر می رسد اين فرضیه چندان دور از واقع نمی باشد. لذا، اين سؤال مهم مطرح می شود که مسؤليت متصدی حمل و نقل جاده ای در قبال مسافر در حقوق ايران تابع کدام رژیم حقوقی است؟

علاوه بر سکوت باب هشتم قانون تجارت در تعیین حقوق و تکالیف متصدی حمل و نقل جاده ای مسافر، مواد ۵۱۷-۵۱۲ ق.م نیز بر اين ابهام دامن می زند و شباهت را در خصوص موضوع، افزایش می دهد.

- ۱- فخاری، امیرحسین، جزوه درسی حقوق تجارت (۱)، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، سال ۵۸، ص ۴۸.
- ستوده نهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۱، نشر دادگستر، چاپ اول، تهران، سال ۱۳۷۴، ص ۴۷.
- ریبا اسکینی، حقوق تجارت، تجار و معاملات تجاری، انتشارات جهاددانشگاهی، چاپ اول، تهران، سال ۱۳۷۸، ص ۹۰.
- کانی، دکتر حسینعلی، حقوق تجارت، چاپ ششم، تهران، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۲، ص ۲۵۱.
- عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، تهران، سال ۱۳۷۱، ص ۳۰۳.
- ۲- مادات حسینی، سید حسین، «در بررسی مبنای مسؤليت متصدی حمل و نقل جاده ای...»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲، سال ۱۳۸۴، ص ۲۰۴.

بخش اول: بررسی شمول احکام قانون تجارت نسبت به متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر

از آنجایی که اصولاً دولت‌ها بر اساس روابط و نیازهای حاکم بر جامعه مبادرت به وضع قانون جهت برقراری نظم بر روابط اشخاص می‌نمایند، لذا بعید به نظر می‌رسد در اوایل قرن ۱۹ میلادی که قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه به تصویب رسیده است، حمل و نقل مسافر به‌عنوان یک صنعت آن‌قدر رونق یافته باشد که دولت فرانسه درصدد وضع قانون در این راستا باشد. تا آنجا که Rodiere حقوقدان برجسته فرانسوی معتقد است «مقررات قانون تجارت ناظر به وسایل حمل و نقل از قبیل گاری، درشکه، انسان و اسب بوده است. ^۱ لذا، به‌واسطه این که قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه مرجع اقتباس و تدوین قانون تجارت کشور ما می‌باشد به تبعیت از آن قانون، قانون تجارت ایران نیز وضعیت مسؤلیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر را به سکوت برگزار نموده است.

آنچه این مطلب را تصدیق می‌نماید، این نکته است که در سال ۱۳۱۱ هجری شمسی نیز که قانون تجارت ایران به تصویب رسیده است، در کشور ایران حمل و نقل مسافر به‌عنوان یک حرفه و صنعت شکل نگرفته بود. لذا ضرورتی بر وضع قواعدی در این خصوص نیز لازم به نظر نمی‌رسیده است.

علاوه بر این بررسی اجمالی باب هشتم قانون تجارت حکایت از این دارد که قانونگذار فقط درصدد تعیین حقوق و تکالیف متصدی حمل و نقل کالا می‌باشد، چرا که ماده ۳۷۷ ق.ت، متصدی حمل و نقل را کسی معرفی می‌کند که در مقابل اجرت، حمل اشیاء را به عهده می‌گیرد و در ۱۵ ماده از ۱۸ ماده آن باب صراحتاً به عبارت مال التجاره، مال و اشیاء اشاره نموده است و این خود دلیلی میرهن است که قانونگذار قانون تجارت، بررسی مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر، اصلاً مورد نظرش نبوده است و از این رو اظهار نظر شده است که مقررات راجع به حمل و نقل بار با حمل و نقل مسافر فرق دارد.^۱

بخش دوم: بررسی شمول احکام قانون مدنی نسبت به متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر

قانون مدنی در مبحث اجاره اشخاص، ذیل ماده ۵۱۳ آورده است:

«اقسام عمده اجاره اشخاص از قرار ذیل است:

۱- اجاره خدمه و کارگران از هر قبیل.

۲- اجاره متصدیان حمل و نقل اشخاص یا مال التجاره اعم از راه خشکی یا آب و

هوا.»

و در ماده ۵۱۶ ذیل عنوان در اجاره متصدی حمل و نقل آورده است:

۱- نقل از بهروز اخلاقی، «بخشی پیرامون قراردادهای حمل و نقل از دیدگاه حقوق تجارت»، مقاله، مجله کانون وکلا، شماره ۶-۷، سال‌های ۷۲ و ۱۳۷۳، ص ۱۳۶.

۲- فخاری، امیرحسین، همان مأخذ، ص ۲۸.

تعهدات متصدیان حمل و نقل اعم از این که از راه خشکی یا آب یا هوا باشد برای حفاظت و نگاهداری اشیائی که به آن‌ها سپرده می‌شود همان است که برای امانت داران مقرر است. بنابراین در صورت تفریط یا تعدی مسؤول تلف یا ضایع شدن اشیائی خواهند بود که برای حمل به آن‌ها داده می‌شود و این مسؤولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود.^۱

احکام قانون مدنی در خصوص اجاره متصدی حمل و نقل از حیث تاریخ تصویب، مقدم بر قانون تجارت می‌باشد ولیکن «بر اثر گسترش روز افزون مبادلات بازرگانی، قرارداد حمل و نقل نقش با اهمیتی پیدا کرد؛ به طوری که امروزه مهمترین پایه توسعه روابط تجاری را تشکیل می‌دهد. بدین جهت قانون تجارت تغییرات اساسی در آثار و حتی ماهیت قرارداد حمل و نقل به وجود آورد که متناسب با سرعت و اطمینان لازم در جریان امور بازرگانی می‌باشد به این ترتیب جز در موارد محدودی، قانون تجارت ایران، به عنوان یک قانون خاص قرارداد حمل و نقل را از شمول مقررات قانون مدنی که یک قانون عام می‌باشد خارج کرده است.»^۲

سکوت قانون تجارت در خصوص وضعیت مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر و صراحت ماده ۵۱۳ ق.م. در متصدی حمل و نقل مسافر، موجب این شبهه است که حمل و نقل مسافر تابع مقررات قانون مدنی است ولیکن به دلایل زیر باید این شبهه را از ذهن زدود:

الف- همان‌طور که قبلاً اشاره شد تصدی به حمل و نقل اعم از حمل و نقل مسافر یا کالا در زمره اعمال تجاری محسوب می‌شود، لذا به واسطه اصول ویژه‌ای که حاکم بر حقوق تجارت می‌باشد نمی‌توان متصدی حمل و نقل مسافر را تابع رژیم حقوق مدنی دانست.

ب- غیر از ماده ۵۱۳ ق.م. که قانونگذار فقط اجاره متصدیان حمل و نقل اشخاص را در زمره اقسام عمده اجاره اشخاص دانسته است، هیچ یک از مواد قانون مدنی در خصوص وضعیت مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر حکم خاصی ندارد. ماده ۵۱۶ ق.م. نیز که در مقام بیان تعهدات متصدیان حمل و نقل است، فقط تعهدات متصدیان حمل و نقل کالا را بیان نموده است و اصلاً اشاره‌ای به متصدی حمل و نقل مسافر نشده است.

بنابراین، مشخص است که احکام مقرر در مواد ۵۱۶ و ۵۱۷ ق.م. یارای تعیین حقوق و تکالیف متصدی حمل و نقل مسافر را ندارد؛ لذا به منظور تعیین وضعیت مسؤولیت این دسته از تجار، باید به دنبال یافتن مبنای حقوقی دیگری بود که به نظر می‌رسد بررسی مقررات راجع به مسؤولیت مدنی، ارتباط بیشتری با موضوع بحث دارد. لذا پس از مطالعه تئوری‌های حاکم در باب مسؤولیت مدنی، توانایی قانون مسؤولیت مدنی در خصوص قابلیت اعمال بر موضوع مبحوث عنه، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱- شهیدی، دکتر مهدی، «بر خورد مقررات قانون مدنی و تجارت در مورد قرارداد حمل و نقل»، مجموعه مقالات حقوقی، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵، ص ۱۹۷.

بخش سوم: بررسی مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر بر اساس مقررات راجع به مسؤولیت مدنی

برای پاسخ به این سؤال که آیا می‌توان متصدی حمل و نقل مسافر را بر اساس مقررات راجع به مسؤولیت مدنی ملزم به جبران خسارات وارده به مسافران دانست، بدوآ مبانی مسؤولیت مدنی را مورد اشاره قرار داده، سپس به بررسی قوانین موجود می‌پردازیم.

مبانی مسؤولیت مدنی :

در بحث راجع به مبانی مسؤولیت مدنی، عمده‌ترین تئوری‌هایی که در این خصوص مطرح شده است، به شرح زیر می‌باشد:

۱- **نظریه تقصیر:** به موجب این نظریه که ماده ۱ ق.م.م نیز مبتنی بر آن نظر می‌باشد، هیچ شخصی در برابر دیگری مسؤولیت ندارد، مگر این که مرتکب تقصیر شده باشد. بر اساس تعریفی نیز که ماده ۹۵۳ ق.م از تقصیر ارائه داده است، تقصیر اعم است از تعدی و تفریط. ماده ۹۵۱ همان قانون، تعدی را، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف نسبت به مال یا حق دیگری تعریف نموده و بر اساس ماده ۹۵۲ تفریط عبارت است از: ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است. و بر اساس تعریف حقوقی که از تقصیر ارائه شده است، تقصیر عبارت است از: تعدی و تفریط از رفتار انسانی متعارف در همان شرایط خارجی وقوع حادثه با رفتاری که هرگاه یک شخص متعارف در شرایط حادثه قرار بگیرد مرتکب آن نمی‌شود.^۱

بر مبنای نظریه تقصیر، برای این که زیان دیده بتواند جبران خسارت خود را از کسی بخواهد باید ثابت کند که تقصیر او سبب ورود خسارت شده است، در احراز تقصیر، زیان دیده نقش مدعی را دارد و باید دلایل اثبات آن را بیاورد.^۲ به واسطه نارسایی‌هایی که اعمال این نظریه در جبران خسارات زیان دیدگان داشت، زمینه برای پیدایش نظریه ایجاد خطر، فراهم شد.

۲- **نظریه ایجاد خطر:** بر مبنای این نظریه، الزام به جبران خسارت نیازی به اثبات تقصیر ندارد، بلکه صرف استفاده از یک سری وسایل و تجهیزات که برای صاحب سرمایه تولید ثروت می‌کند و لیکن برای شهروندان، محیط خطرناک ایجاد می‌نماید، برای مسؤول قلمداد نمودن آن شخص کفایت می‌کند؛ «به این ترتیب مبانی مسؤولیت مدنی مکافات تقصیر نیست، عوض سودی است که شخص از فراهم آوردن محیط خطرناک می‌برد».^۳

۱- قاسم زاده، سید مرتضی، مبانی مسؤولیت مدنی، انتشارات دادگستر، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۷، ص ۷۶.
۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۱۷۵.
۳- کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۱، ص ۲۴.

«مهمترین فایده‌ای که برای نظریه جدید گفته شده این است که، با حذف تقصیر از زمره ارکان مسؤلیت مدنی، دعاوی جبران خسارت آسان‌تر به مقصود می‌رسد و زیان دیده از دشواری اثبات خواسته معاف می‌شود.^۱ پذیرش این نظریه نیز حداقل پیامدش، کاهش تمایل اشخاص به سرمایه‌گذاری در توسعه صنعت می‌باشد؛ چرا که با فعالیت در این عرصه صاحبان سرمایه باید هر آن انتظار تحمیل مسؤلیتی را داشته باشند که در ایجادش هیچ نقشی نداشته‌اند. بر اساس انتقادات وارده بر ۲ نظریه فوق، نظریه تضمین حق نیز به‌عنوان یکی از مبنای مسؤلیت مورد اشاره قرار گرفت که به موجب آن به منظور حفظ حقوق زیان‌دیده، قانونگذار تلف‌کننده را مسؤل شناخته است؛ که این نظریه نیز در فرض ورود خسارت بدون ارتکاب تجاوز از جانب دیگران، به‌واسطه ترجیح حق زیان‌دیده به شخصی که مسؤل جبران است، با اقبال چندانی مواجه نشده است.

به‌طور خلاصه باید گفت، نمی‌توان هیچ یک از نظریه‌های ابراز شده را به عنوان مبنای منحصراً مسؤلیت مدنی پذیرفت و بر پایه آن نظام عادلانه‌ای ایجاد کرد. ولی حقیقتی که در تمام آن‌ها نیز وجود دارد، انکار ناپذیر است. آن‌چه اهمیت دارد رسیدن به عدالت است و ابزارهای منطقی، تنها وسایل راه‌گشایی به این هدف است.^۲

از بررسی اجمالی قانون مسؤلیت مدنی این نتیجه حاصل می‌شود که قانونگذار کشور ما هر یک از این نظریه‌ها را در اوضاع و احوال خاص، مبنای مسؤلیت قرارداده و گروه خاصی را بر این مبنا ملزم به جبران خسارت دانسته است.

آن‌چه مسلم است، در مورد متصدی حمل و نقل کالا، مسؤلیت متصدی، مقروض و اصل است؛ بدین معنا که در صورت عدم وصول کالا به مقصد به‌طور سالم، متصدی ملزم به جبران کلیه خسارات وارده می‌باشد مگر در موارد استثنایی مقرر در ماده ۳۸۶ ق.ت. که قانونگذار متصدی را از جبران خسارات وارده معاف نموده است. لذا باید گفت مسؤلیت این متصدی مبتنی بر نظریه خطر است. اما با توجه به سکوت قانون تجارت در تعیین وضعیت مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر، ناگزیر از بررسی سایر قوانین، جهت یافتن مبنای حقوقی برای طرح دعاوی جبران خسارات وارده به مسافر می‌باشیم.

الف: مطالبه خسارت بر مبنای قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری زمینی

به موجب ماده ۱ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسؤلیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷: «کلیه دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی و ریلی اعم از این که اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند مکلفند وسایل نقلیه مذکور را در قبال خسارت بدنی و مالی که در اثر حوادث وسایل نقلیه مزبور و یا سدک و تریلر متصل به آن‌ها و یا محمولات آن‌ها به اشخاص ثالث وارد می‌شود حداقل به مقدار

۱- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۱۹۱.

۲- همان مأخذ، ص ۲۰۳.

مندرج در ماده (۴) این قانون نزد یکی از شرکت‌های بیمه که مجوز فعالیت در این رشته را از بیمه مرکزی ایران داشته باشد، بیمه نمایندند.

تبصره ۱- دارنده از نظر این قانون اعم از مالک و یا متصرف وسیله نقلیه است و هر کدام که بیمه نامه موضوع این ماده را تحصیل نمایند تکلیف از دیگری ساقط می‌شود.

تبصره ۲- مسؤلیت دارنده وسیله نقلیه مانع از مسؤلیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد. در هر حال خسارت وارده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد.

تبصره ۳- منظور از خسارت بدنی، هر نوع دیه یا ارش ناشی از صدمه، شکستگی، نقص عضو، از کارافتادگی (جزئی یا کلی - موقت یا دائم) یا دیه فوت شخص ثالث به سبب حوادث مشمول بیمه موضوع این قانون است. هزینه معالجه نیز چنانچه مشمول قانون دیگری نباشد، جزء تعهدات بیمه موضوع این قانون خواهد بود.

تبصره ۴- منظور از خسارت مالی، زیان‌هایی می‌باشد که به سبب حوادث مشمول بیمه موضوع این قانون به اموال شخص ثالث وارد شود.

تبصره ۵- منظور از حوادث مذکور در این قانون، هرگونه سانحه‌ای از قبیل تصادم، تصادف، سقوط، واژگونی، آتش‌سوزی و یا انفجار وسایل نقلیه موضوع این ماده و نیز خسارتی است که از محمولات وسایل مزبور به اشخاص ثالث وارد شود.

تبصره ۶- منظور از شخص ثالث، هر شخصی است که به سبب حوادث وسایل نقلیه موضوع این قانون دچار زیان‌های بدنی و یا مالی شود به استثناء راننده مسبب حادثه.

ماده ۱ قانون بیمه اجباری مسؤلیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتورسیکلت در مقابل اشخاص ثالث مصوب ۴۷ نیز با مضمونی مشابه، چنین تکلیفی به عهده دارندگان این قبیل وسایل گذارده است.

با بررسی قوانین جاری در کشور، به نظر می‌رسد حکم مقرر در این دو قانون در اغلب موارد مانع از درک خلأ قانونی در خصوص قضیه مباحوث عنه می‌باشد؛ چرا که مثلاً در مواردی که به واسطه تصادف یک وسیله نقلیه حمل مسافر، تعدادی از سرنشینان مصدوم یا فوت شده‌اند، در فرضی که دارنده اتومبیل به تکلیف مقرر در قانون بیمه اجباری مبنی بر بیمه نمودن مسؤلیت خود عمل نموده باشد، بلافاصله با استفاده از بیمه شخص ثالث، خسارات وارده جبران می‌شود. لذا، به واسطه جبران خسارت وارده، دیگر نیوت به بررسی مسؤلیت متصدی حمل و نقل نمی‌رسد. شاید بتوان گفت یکی از عمده‌ترین عواملی که موجب شده قانونگذار ما به فکر تدوین قانون ویژه‌ای برای روشن نمودن مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر نباشد، جبران خسارت با استفاده از بیمه شخص ثالث می‌باشد. اما این نکته را نباید

فراموش کرد که علی‌رغم اجباری بودن بیمه شخص ثالث موضوع قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری، کم نیستند دارندگان این قبیل وسایل که به این وظیفه خود عمل ننموده و پس از بروز حادثه، جبران خسارت به واسطه افسار دارنده وسیله نقلیه، ممکن نیست. علاوه بر این در بحث راجع به ماهیت حقوقی دیه و اختلاف نظرانی که در این خصوص وجود دارد، چنانچه روزی قانونگذار ما در صدد تأمین نظر صاحب نظرانی بر آید که در تلاش اند وفق تازه‌ای در حقوق کیفری و مدنی باز کنند و به زیان‌دیدگان اجازه مطالبه خسارت بیشتر از دیه را بدهد، مشخص می‌شود که قانون بیمه اجباری وسیله نقلیه موتوری دیگر نمی‌تواند کلیه خسارات وارده به مصدومین را جبران کند و برای مطالبه خسارتی بیش از میزان دیه باید در صدد یافتن محلی حقوقی بود تا بر اساس آن امکان طرح دعوا مهیا شود. به موجب این نظر، دیه فرض قانونی مربوط به ضرر مسلم در قتل و جرح و اتلاف است، پس مطالبه و اثبات ضرر بیشتر هیچ تعارضی با صدور حکم بر دیه ندارد. به بیان دیگر صدور حکم به پرداخت دیه بدین معنا نیست که تمام ضرر جبران می‌شود؛ حکم به جبران ضرر مفروض در قانون است و هیچ مانعی ندارد مدعی ضرر فرض نشده در دادگاه حقوقی، برای آن اقامه دعوی نماید.^۱

بنابراین، با توجه به مسایل پیش گفته در راستای موضوع بحث، فرضی را در نظر می‌گیریم که وسیله نقلیه حمل مسافر در اثر بی‌احتیاطی راننده یا سایر عوامل، به مسافران خسارت جسمی و مادی وارد نموده است. در این صورت برای بررسی پیچیدگی جبران خسارت باید تفکیک قائل شویم بین فرضی که دارند، وسیله نقلیه را بیمه نموده و مبلغ پرداختی توسط بیمه‌گر کلیه خسارات وارده به مصدومین را جبران می‌کند که در این صورت موضوع مشمول ماده ۱ قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری می‌شود و با استفاده از بیمه شخص ثالث خسارات زیان‌دیده یا زیان‌دیدگان جبران می‌شود و لیکن فرض دیگری که قابل تصور است آن است که دارند، وسیله نقلیه را اصلاً بیمه ننموده باشد و یا این که اگر بیمه نموده میزان تمهید بیمه‌گر کلیه خسارات وارده به مسافران را پوشش ندهد.^۲ در این فرض این سؤال مطرح می‌شود که آیا متصدی حمل و نقل مسافر در مقابل زیان‌دیدگان مسؤولیت دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر مسافران بر چه مبنایی حق اقامه دعوی علیه متصدی حمل و نقل مسافر را دارند؟

ب: مطالبه خسارت بر مبنای قانون مسؤولیت مدنی

در باب مسؤولیت متصدی حمل و نقل کالا اظهار نظر شده است: «چون غالباً به مصداق ماده ۳ قانون کار متصدی حمل و نقل کارفرما محسوب می‌شود به موجب ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی نیز متصدی حمل و نقل مسؤول است.»^۳

آیا مسؤولیت متصدی حمل و نقل مسافر را نیز می‌توان در قالب ماده ۱۲ ق.م.م.توجیه نمود؟ به موجب ماده ۱۲ ق.م.م: «کارفرمایی که مشمول قانون کار هستند مسؤول جبران

۱- همان مأخذ، ص ۷۲

۲- قسمت اخیر این فرض، مشروط به این است که قانونگذار یا رویه قضایی محاکم امکان مطالبه خسارتی بیش از مبلغ دیه را مجاز بداند.

۳- امیری لائم مقامی، عبدالمجید: حقوق تعهدات، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۷، ص ۳۱۰

خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است مگر این که محرز شود تمام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده، به عمل آورده یا این که اگر احتیاط‌های مزبور را به عمل می‌آوردند باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود، کارفرما می‌تواند به واردکننده خسارت، در صورتی که مطابق قانون مسؤول شناخته شود مراجعه نماید.»

از شرایط عمده اعمال حکم ماده ۱۲ ق.م.م.ب مبنی بر حمل مسؤولیت بر متصدی حمل و نقل، احراز رابطه کارگری و کارفرمایی می‌باشد. در پاسخ به این سؤال که کارفرما کیست؟ اظهار نظر شده است که «کارفرما کسی است که سرمایه و وسایل کار را دارد ولی برای تولید یا ارائه خدمت باید از نیروی کار افراد دیگری استفاده کند»^۱ و برابر ماده ۲ قانون کار: «کارگر کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می‌کند. برای تشخیص کارگر از غیر کارگران است که کارگر تحت نظارت کارفرما کار می‌کند. به عبارت دیگر ملاک اصلی تشخیص کارگر از غیر کارگر تبعیت حقوقی می‌باشد. «زمانی رابطه تبعیت حقوقی وجود دارد که یک طرف - یعنی کارفرما - بر کار طرف دیگر (کارگر) نظارت کند، به او در مورد چگونگی انجام کار دستور دهد و نتایج به دست آمده را بررسی کند»^۲.

با در نظر گرفتن تعاریف و ملاک فوق و تشخیص رابطه کارگر و کارفرمایی، در پاسخ به این سؤال که آیا رابطه متصدی و راننده، یک رابطه کارگر و کارفرمایی می‌باشد باید تفکیک قائل شد بین فرضی که متصدی، خود یا استخدام راننده، وسیله نقلیه خود را در اختیار وی جهت حمل مسافر قرار می‌دهد و فرضی که متصدی با فروش بلیط، مسافر را در اختیار دارنده وسیله نقلیه موتوری قرار می‌دهد.

در فرض اول، رابطه کاملاً تابع ماده ۱۲ قانون کار می‌باشد و در شمول حکم آن ماده بر مسؤولیت متصدی، جای تردید نیست. اما در فرضی که متصدی با فروش بلیط، مسافر را در اختیار دارنده وسیله نقلیه موتوری قرار می‌دهد، به واسطه فقدان هرگونه نظارت یا کنترل متصدی بر عملکرد دارنده و یا راننده این وسیله نقلیه که رکن اصلی رابطه کارگری - کارفرمایی می‌باشد، مسلم است که این فرض مشمول حکم ماده ۱۲ ق.م.م.ب نمی‌باشد. در خصوص این قسمت، فرضیه‌ای که به نظر می‌رسد این است که آیا ممکن است این فرض، تابع قاعده عام مسؤولیت مدنی مقرر در ماده ۱ ق.م.م.ب قرار گیرد یا خیر؟

برای تحقق مسؤولیت مقرر در ماده ۱ ق.م.م.ب احراز شرایط زیر ضروری می‌باشد:

- فعل زیانبار

- ورود خسارت

- رابطه سببیت

در خصوص ارتکاب فعل زیانبار توسط متصدی در فرضی که به واسطه بی‌احتیاطی راننده، خسارتی به مسافر وارد شود، به نظر می‌رسد فراهم نمودن لوازم سفر که مهمترین آن انتخاب

۱- عرفانی، سید عزت ا...، حقوق کار، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۴، ص ۱۳۳.

۲- همان مأخذ ص ۱۱۰.

راندنده مجرب در امر رانندگی است، خود می‌تواند مصداق بارزی بی‌احتیاطی باشد؛ حال چنانچه به واسطه عدم دقت متصدی در انتخاب راندنده مجرب یا عدم دقت در احراز صلاحیت راندنده معرفی شده از جانب دارنده، خسارتی به مسافران وارد شود، می‌توان رابطه سببیت بین فعل زیانبار متصدی و ورود خسارت را احراز کرد. در پاسخ به این ایراد که علاوه بر تقصیر متصدی، راندنده وسیله نقلیه نیز مرتکب تقصیر شده و باید وی را مسؤول شناخت، مواجه با بحث نقش تعدد اسباب در ورود خسارت و نظریه‌های متفاوتی که در این خصوص مطرح شده است، می‌شویم. اما، «آنچه اهمیت دارد این است که کسی مسؤول قرار گیرد که بین کار او و ایجاد ضرر رابطه سببیت عرفی موجود باشد، چندان که بتوان گفت بین آن دو ملازمه عرفی وجود دارد. همین که چنین رابطه‌ای احراز شد، فاعل بایستی مسؤول قرار گیرد و هیچ ضرورتی ندارد که دادرس، همه عوامل در ایجاد حادثه را نیز ارزیابی کند.

این کاوش فاعله نمی‌پذیرد و دادرس باید در هر مورد خاص و با توجه به اوضاع و احوالی که حادثه زیانبار را احاطه کرده است داوری کند. خسارت را انسان به بار می‌آورد و انسان دیگری درباره آن قضاوت می‌کند. به همین جهت سهم عوامل انسانی را در این راه نباید فراموش کرد و تنها به علم و نظریه‌های فلسفی روی آورد.^۱

مؤید نظریه ابرازی نگارنده مبنی بر تکلیف متصدی در سپردن مسافران به دارندگان و رانندگان واجد صلاحیت و امکان حمل مسؤلیت بر متصدی که به این وظیفه خود عمل نکرده است، تبصره ۳ ماده واحده قانون بیمه اجتماعی رانندگان حمل و نقل بار و مسافر بین شهری مصوب ۷۹/۲/۱۸ می‌باشد که به موجب آن: «کلیه شرکت‌ها و مؤسسات حمل و نقل بار و مسافر بین شهری مکلفند از تحویل کالا یا مسافر به راننده‌ای که فاقد دفترچه کار معتبر از سازمان حمل و نقل و پایانه‌های کشور می‌باشد خودداری نمایند، در صورتی که شرکت‌ها و مؤسسات مزبور بارنامه و یا صورت وضعیت مسافر جهت رانندگان فاقد دفترچه کار معتبر صادر نمایند. برای بار اول مکلف به پرداخت معادل سه ماه حق بیمه یک راندنده به ازاء هر بارنامه و یا صورت وضعیت مسافر و در صورت تکرار مکلف به پرداخت معادل یک سال حق بیمه یک راندنده به سازمان تأمین اجتماعی می‌باشند. سازمان تأمین اجتماعی حق بیمه مذکور را طبق ماده (۵۰) قانون تأمین اجتماعی مصوب ۵۴/۳/۱۹ از شرکت‌ها و مؤسسات صادرکننده بارنامه مطالبه و وصول می‌نماید.»

با عنایت به مفاد این تبصره مسلم است قانونگذار سپردن مسافر به افراد فاقد توان و تخصص کافی را نوعی تقصیر قلمداد نموده است، بنابراین اگر به هر دلیلی، رانندگی وسیله نقلیه موتوری که عهده‌دار حمل و نقل مسافران است به راندنده فاقد صلاحیت واگذار شود و در طول سفر به مسافران خسارت وارد شود، بر مبنای ماده ۱ ق.م.م. و تبصره ۳ قانون فوق‌الذکر، متصدی مسؤلیت دارد.

۱- کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی، ص ۸۹.

بخش چهارم: نقص نظام حقوقی ایران در خصوص مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر

آنچه از بررسی قوانین حاکم بر موضوع حاصل می‌شود، این است که مقررات مربوط به قرارداد حمل و نقل مذکور در قانون تجارت فقط ناظر بر حمل و نقل کالا می‌باشد و هیچ حکمی در مورد مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر ندارد.

به واسطه ویژگی‌ها و اصول خاص حاکم بر حقوق تجارت و اهداف ویژه‌ای که حقوق تجارت دنبال می‌کند، مقررات قانون مدنی نیز قابلط اعمال بر موضوع بحث را ندارد. ولیکن با بررسی قواعد مسؤولیت مدنی، الیه این نتیجه حاصل شد که در مواردی که متصدی حمل و نقل، وسیله نقلیه تحت کنترل خود را جهت حمل و نقل مسافر در اختیار راننده قرار می‌دهد؛ در صورت تقصیر راننده و ورود خسارت به مسافران، مسؤولیت متصدی مشمول حکم ماده ۱۲ ق.م.م. باشد و در صورتی که متصدی با فروش بلیط مسافر را در اختیار دارنده وسیله نقلیه قرار می‌دهد و به واسطه تقصیر شخص اخیرالذکر یا راننده آن، خسارتی به مسافران وارد شود، با توجه به تبصره ۳ ماده واحده قانون بیمه اجتماعی رانندگان حمل و نقل بار و مسافر بین شهری مصوب ۷۹/۲/۱۸، متصدی براساس قواعد عام مسؤولیت مدنی ملزم به جبران خسارت مسافران می‌باشد.

نظریه مطرح شده از سوی نگارنده این سطور مبنی بر امکان مراجعه مسافر زیان‌دیده به متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر، بر مبنای مواد ۱ و ۱۲ ق.م.م. مصوب ۱۳۳۹، مشکل سکوت قانون را در خصوص مسؤولیت آن متصدی تا حدودی حل می‌کند و هر چند امکان طرح دعوی بر مبنای ماده ۱۲ آن قانون در مقام حمایت از زیان‌دیده، ایشان را از اثبات تقصیر کارگر معاف می‌کند و اثبات بی‌تقصیری کارگر، کارفرما را معاف نمی‌سازد^۱ ولیکن در مواردی که زیان‌دیده برای مطالبه خسارت بخواهد بر مبنای ماده ۱ ق.م.م. اقامه دعوی کند با این مشکل اساسی مواجه می‌شویم که زیان‌دیده باید ثابت کند که تقصیر متصدی سبب ورود خسارت شده است و در احراز تقصیر، زیان‌دیده نقش مدعی را دارد و باید دلایل اثبات آن را بیاورد^۲ که مسلم است تحمیل چنین تکلیفی بر مسافرانی که بعضاً رانندگی هم نمی‌دانند تکلیفی ما لایطاق است و هیچ‌گاه نمی‌تواند در راستای وصول به این هدف طبیعی که هیچ ضروری نباید بلاجبران بماند، ما را یاری نماید.

به هیچ وجه قابل توجه نیست که حمل‌کننده در صورت سالم نرسیدن کالاهای موضوع حمل به مقصد چنان مسؤولیت سنگینی داشته باشد، هم، اصل مسؤول بودن او باشد و هم، اثبات این که در وقوع حادثه هیچ تقصیری به او منتسب نیست، مسؤولیت او را زایل نکند، وئی وقتی موضوع قرارداد حمل مسافر باشد و حمل‌کننده به تعهد خود به سالم رسانیدن طرف قرارداد عمل نکند مسؤولیتی متوجه او نباشد و یا این که حداقل مقررات خاصی در این زمینه موجود نباشد.»

۱- کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، ص ۴۳۹.

۲- فخاری، امیرحسین، لزوم تصویب مقرراتی در مورد حمل و نقل جاده‌ای مسافر، مقاله (الهیات و حقوق)، شماره ۲۸، تابستان ۸۷) ص ۶۴.

لذا ضرورت دارد قانونگذار در این خصوص تدبیری شایسته بیاندیشد و با تدوین قانونی جامع، مشکلات ناشی از این خلأ قانونی را جبران نماید.

در همین راستا در باب سوم پیش نویس لایحه قانون تجارت در مقام تعریف قراردادهای تجاری ذیل فصل سوم، به قرارداد حمل و نقل پرداخته و تا حدودی مبادرت به حل مشکل نموده است. لذا در بخش چهارم این مقاله مقررات فصل سوم لایحه مذکور را که در حال حاضر در کمیسیون‌های داخلی مجلس شورای اسلامی در حال بررسی است، مورد نقد و بررسی فرارمی‌دهیم تا مشخص شود آیا لایحه مزبور می‌تواند نواقص فعلی نظام حقوقی ایران، در مورد مسؤلیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافرا حل نماید؟ لذا در گفتار دوم به بررسی مسؤلیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر در لایحه پیشنهادی قانون تجارت می‌پردازیم.

بررسی مسؤلیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر در لایحه پیشنهادی قانون تجارت و ایرادات وارد بر آن

تدوین کنندگان این لایحه ابتدا در بند ۳ ماده ۲، تصدی به هر نوع عملیات حمل و نقل کالا یا مسافر از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد را در زمره فعالیت‌های تجاری دانسته و بر خلاف قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ که بدون ارائه تعریفی از قرارداد حمل و نقل، در ماده ۳۷۷ متصدی حمل و نقل را کسی معرفی نموده است که در مقابل اخذ اجرت حمل اشیا را بر عهده می‌گیرد. در بند ۱ و ۲ ماده ۶۳ لایحه فوق‌الذکر قرارداد حمل و نقل و متصدی حمل و نقل این گونه تعریف شده است:

«قرارداد حمل و نقل: پیمانی است که به موجب آن شخصی که متصدی حمل و نقل نامیده می‌شود در برابر دیگری تعهد می‌کند که در مقابل اجرت، اشخاص یا کالاها را با شرایط معین و با وسیله معینی از محلی به محل دیگر حمل کند.»

«متصدی حمل و نقل: شخصی است که در مقابل اجرت، تصدی به حمل کالاها یا اشخاص را بر عهده می‌گیرد.»

بدین ترتیب یکی از موارد مجمل قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ که منجر به ارائه تفاسیر و تعبیر مفصلی از جانب حقوقدانان در خصوص تاجر بودن یا نبودن متصدی حمل و نقل مسافر شده بود، تکرار نشده است.

در راستای رفع همین نواقص در ماده ۷۲ آن لایحه آمده است:

«متصدی حمل و نقل مسؤل جبران هرگونه خسارت جانی، مادی و معنوی مسافران است مگر آن که ثابت کند خسارت در نتیجه تقصیر خود مسافر حادث شده یا ناشی از قوه قاهره یا علت خارجی بوده است که هیچ متصدی مواظبی نمی‌توانسته از آن جلوگیری کند.»

ماده ۷۴ نیز مقرر می‌دارد:

«متصدی حمل و نقل مسؤل خساراتی است که در دوره حمل و نقل واقع شده اعم از این که خود مباشرت به حمل و نقل کرده و یا حمل و نقل کننده فرعی را مأمور کرده باشد.»

بند ۹ ماده ۶۳ نیز با تدبیری شایسته، دوره مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر را مشخص نموده است. به موجب این ماده:

«دوره مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر شامل مدتی است که مسافر در سالن یا سکوی مخصوص سوار شدن و در حال سوار شدن، داخل وسیله نقلیه و در حال پیاده شدن از آن است.»

هر چند در این لایحه بعضی از مشکلات قانون فعلی راجع به مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر مد نظر قرار گرفته و تدوین کنندگان در صدد رفع آن بر آمده‌اند ولیکن لایحه موصوف در خصوص موضوع بحث ما قابل انتقاد به نظر می‌رسد که به آن موارد، اشاره شده و پیشنهادات اصلاحی خود را نیز در این خصوص مطرح خواهیم کرد.

بخش اول: عدم ارایه تعریف یا ملاکی برای شناسایی متصدی

«قانون باید به زبانی گفته شود که برای عموم قابل فهم باشد و چنان صریح که دادرس را در اجرای آن دچار تردید نسازد.»^۱ یکی از ایرادات وارد بر قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، اجمال مفهوم متصدی می‌باشد که بارها در قانون تجارت استعمال شده ولیکن قانونگذار از ارائه هر گونه تعریف یا ملاکی جهت تبیین این عبارت امتناع نموده، لذا منجر به اختلاف نظر بین صاحب نظران حقوق تجارت در ارائه ملاکی واحد برای معرفی متصدی شده است. لازم است، «اگر قانونگذار، اصطلاحی را به کار می‌برد، آن را دقیق تعریف، و حدود و ثغور مفهوم آن را مشخص کند تا قانون هنگام عمل و اجرا با ابهام مواجه نشود. این امر به ویژه وقتی اهمیت می‌یابد که آن نهاد و مصطلح حقوقی از زمره اموری باشد که حقوق‌دانان در معنا و مفهوم آن اتفاق نظر ندارند. رویه قضایی مشخص و لازم‌الاتباعی هم وجود ندارد و این اختلاف در صحنه نظر، به اختلاف در صحنه عمل هم کشانده می‌شود.»^۲

اصولاً با تصویب قانون جدید، توقع این است که علاوه بر جبران نواقص قانون قدیم، عبارات مبهم گذشته تکرار نشده تا اختلاف نظر بین محاکم و صاحب نظران به حداقل ممکن تقلیل پیدا کند.

در لایحه قانون تجارت علی‌رغم این که مصادیق فعالیت‌های تجاری که توسط متصدی صورت می‌گیرد افزایش یافته است، متأسفانه قانونگذار از ارائه تعریف و یا معرفی ارکان لازم برای تشخیص مفهوم متصدی امتناع نموده است، لذا اتخاذ تدبیری شایسته در این خصوص، ضرورتی انکار ناپذیر است.

از مطالعه و مذاقه در آثار نویسندگان مشخص می‌شود که بین ایشان نیز در ارائه ملاکی واحد برای شناسایی متصدی، اتفاق نظر وجود ندارد. اظهار نظر شده است: «تصدی زمانی مصداق پیدا می‌کند که با سازمانی سر و کار داشته باشیم که در آن تعدادی ابزار، مانند

۱- امیرحسین فلسفه حقوق، ج ۲، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۰۳.
۲- حاجی ده‌آبادی، احمد، بایسته‌های تفهیم، انتشارات سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۵، ص ۱۰۳.

ماشین آلات، میز و رایانه به کار گرفته شده باشد و تعدادی کارمند هم مشغول به کار باشند.^۱ همچنین اظهار نظر شده است: «در صورتی که اشخاص و مؤسساتی که کارشان حمل و نقل اجناس دیگران در مقابل دریافت کرایه است، اگر هم به عمل تجاری دیگری مبادرت نورزند مشمول حقوق تجارت خواهند بود.»^۲ نویسنده‌ای دیگر نیز تکرار و تخصص را شرط تحقق مفهوم تصدی دانسته است.^۳ صاحب نظری نیز، نه تنها تکرار، بلکه تحقق مفهوم تصدی را در چارچوب بنگاه یا مؤسسه حمل و نقل، امکان پذیر می‌داند^۴ و به عنوان نتیجه فرموده‌اند: «واقع این که یافتن ضابطه و وجه مشترکی که مشخص اعمال تجاری از جمله تصدی به حمل و نقل به عنوان عمل تجاری، از عمل غیر تجاری باشد، وضوحاً و قطعاً دشوار به نظر می‌رسد. این با دادگاه است تا با توجه به عواملی از قبیل تکرار و انجام عمل در چارچوب مؤسسه و اوضاع و احوال و مقتضیاتی که عمل در آن صورت می‌پذیرد، در مقام تشخیص بر آید و حکم قضیه را روشن سازد.»^۵

محول نمودن تشخیص مفهوم متصدی به رویه قضایی محاکم نیز با هدف مابینی بر جلوگیری از نشئت آراء بین حقوقدانان و محاکم سازگاری ندارد، چرا که اعتقاد بر این است که حقوق عالم اعتبار است و هر کس به زعم خود می‌تواند تفسیری از قانون داشته باشد. لذا برای جلوگیری از بروز اختلاف نظر که بعضاً حقوق مردم را تحت تأثیر قرار می‌دهد، ارائه ملاکی واحد برای تشخیص متصدی ضرورت دارد.

با مذاقه در ملاک‌های ارائه شده مشخص می‌شود ملاک‌هایی همچون فعالیت در چارچوب بنگاه یا مؤسسه، دریافت کرایه و تخصص، مورد نظر صاحب نظران حقوق تجارت بوده است. لذا در ادامه، این ملاک‌ها را مورد مطالعه قرارداد، تا بتوانیم تعریفی جامع و مانع از متصدی ارائه بدهیم.

الف: فعالیت در چارچوب بنگاه یا مؤسسه

در شناسایی و معرفی بنگاه آورده‌اند: «مجموعه تأسیسات و لوازم که برای یک صنعت یا یک رشته تجارت و یا یک حرفه آزاد اختصاص داده شود و در یک معنی وسیع به خود آن صنعت و تجارت و حرفه هم گفته می‌شود. بنگاه یا این معنی، ترجمه Etablissement است و ممکن است دارای شخصیت حقوقی باشد یا نباشد.»^۶

۱- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری، چاپ یازدهم، ص ۱۰۱.

۲- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، ج ۱، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ص ۴۷.

۳- اعظمی زنگنه، عبد الحمید، حقوق بازرگانی، ص ۳۲۱، به نقل از محمد درمچیلی، علی حاتمی و محسن قرایی، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میثاق عدالت، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ص ۷۱۱.

۴- اخلاقی، بهروز، همان مأخذ، ص ۱۲۸.

۵- همان، ص ۱۳۴.

۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج دوم، انتشارات امیرکبیر، چاپ سوم، ۱۳۷۲، ص ۶۵.

در آثار حقوقی تعریفی از مؤسسه به دست نیامد. ولیکن با بررسی عرف رایج به نظر می‌رسد مفهومی نزدیک به مفهوم بنگاه داشته باشد، با این تفاوت که با استعمال لفظ مؤسسه عمدتاً مفهوم یک شخص حقوقی متبادر به ذهن می‌شود، درحالی که لزوماً تاجر یک شخص حقوقی نیست، و همین تفاوت نگارنده را بر آن داشته که در تعریف پیشنهادی خود استفاده از عبارت بنگاه را بر عبارت مؤسسه ترجیح دهد.

شخصی که به طور موردی برای رفع نیازهای خود یا دیگران یک عمل تجاری انجام می‌دهد، نیازمند هیچ گونه تشکیلات، ماشین آلات و دفتر و دستکی نیست، و برعکس شخصی که به طور حرفه‌ای و مکرراً به یک فعالیت تجاری می‌پردازد بی‌نیاز از موارد فوق نبوده، که در صورت ایجاد یک بنگاه با استفاده از سایر امکانات، به فعالیت تجاری خود سامان می‌دهد.

ب: تخصص

مسلم است منظور آن دسته از صاحب نظرانی که تخصص را از ارکان لازم برای تحقق عنوان تصدی دانسته‌اند، تخصص علمی نمی‌باشد؛ چرا که تصور داشتن علمی خاص برای اشخاص حقوقی ممکن نیست، حال آن که ممکن است بنگاه حمل و نقل، یک شخص حقوقی باشد، به اضافه این که بسیاری از اشخاص حقیقی نیز که متصدی فعالیت‌های تجاری هستند سوادشان در حدکتابت می‌باشد. بنابراین باید بگوییم منظور از تخصص، این است که بنگاه موصوف به طور اختصاصی و ویژه به یک یا چند فعالیت تجاری در دوران حیات خود پردازد.

ج: دریافت کرایه

مسلماً قصد انتفاع که دریافت کرایه مصداق آن می‌باشد لازمه تجاری دانستن یک فعالیت می‌باشد که قانون تجارت ۱۳۱۱ در عبارت «شغل معمولی» ملحوظ نموده است^۱ و تدوین کنندگان پیش نویس لایحه قانون تجارت، صراحتاً با عبارت «به منظور کسب منفعت مادی» در تعریفی که از تاجر ارائه داده‌اند این مهم را مد نظر داشته‌اند.

تصدی به حمل و نقل و یا سایر فعالیت‌های تجاری که ذیل عنوان تصدی، مورد نظر قانونگذار قانون تجارت و تدوین کنندگان لایحه تجارت می‌باشد نیز از این قاعده مستثنا نیست و چنانچه متصدی یک فعالیت تجاری از انجام فعالیت خود قصد تبرع داشته باشد و در راستای فعالیت خود اجرتی دریافت نکند، اصلاً حمل عنوان تاجر بر ایشان جایز نیست. ولیکن به نظر می‌رسد با توجه به معیار کسب منفعت مادی که ماده ۱ لایحه قانون تجارت در شناسایی تاجر ارائه داده است، قراردادن اخذ اجرت به عنوان یکی از ملاک‌ها برای شناسایی تاجر، توضیح و اوضاحت بوده و ضرورتی نداشته باشد.

۱- چرا که اصولاً افراد با انتخاب یک شغل و فعالیت در آن زمینه عمده‌ترین هدفشان کسب منفعت است.

بنابراین، با توجه به معیارهایی که به طور پراکنده از مطالعه در آثار صاحب‌نظران به دست آمد، متصدی را می‌توان این‌گونه تعریف کرد:

«مالک بنگاه تجاری که به طور مستقیم یا غیر مستقیم اداره آن را بر عهده دارد.»

بخش دوم: سکوت در تبیین مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر نسبت به کالاهای همراه مسافر

آن‌چه مسلم است، وظیفه اصلی متصدی حمل و نقل مسافر، جابجایی مسافر می‌باشد. اما جای تردید نیست که هر مسافر یک‌سری وسایل به عنوان توشه راه با خود به همراه دارد. علاوه بر آن ممکن است وسایل و امکانات همراه مسافر مثل جواهرات که از ارزش فوق‌العاده‌ای برخوردار است، در اثر حوادثی که بین راه رخ می‌دهد تلف شده و یا آسیب ببیند. مثلاً به واسطه سقوط وسیله نقلیه حامل مسافر در رودخانه، کلیه اشیاء قیمتی مسافر مفقود شود. حال در این فرض، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا متصدی نسبت به جبران خسارت این کالاها نیز در مقابل مسافر مسؤلیت دارد؟ علی‌رغم ضرورت حمایت از مسافر آیا منصفانه است متصدی را مسؤل خسارات وارده به کالاهایی بدانیم که اصلاً از وجود آن در وسیله نقلیه خبر نداشته است؟

با در نظر گرفتن جمیع اوضاع و احوال و ضرورت حمل یک‌سری کالاهای ضروری با مسافر و همچنین به منظور جلوگیری از تحمیل الزام بر جبران خسارت بر متصدی حمل و نقلی که از میزان و ارزش کالاهای همراه مسافر بی‌خبر است، ضرورت دارد احکامی در خصوص مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر راجع به کالاهای همراه مسافر وضع شود. لذا پیشنهاد می‌شود مواد زیر به لایحه قانون تجارت در باب مسؤلیت متصدی حمل و نقل مسافر افزوده شود:

- ۱- متصدی مکلف به حمل حداکثر ۱۰ کیلوگرم بار همراه مسافر می‌باشد.
- ۲- متصدی حمل و نقل موظف است برای حمل اشیاء همراه مسافر (به غیر از اشیایی که مسافر نزد خود نگهداری می‌کند) رسیدی صادر نماید که متضمن مشخصات زیر باشد:
 - الف: محل و تاریخ صدور.
 - ب: شماره بلیط مسافر.
 - ج: تعداد و وزن بسته‌ها.
 - د: مبلغ ارزش اظهار شده.^۱
 - ه: مبلغی که بابت میزان یا ارزش بیشتر کالا پرداخت شده است.
- ۳- متصدی حمل و نقل مسؤل خسارتی است که در صورت اتهم، مفقود شدن یا صدمه، به لوازم شخصی ثبت شده وارد می‌گردد.

۱- قید مبلغ اظهار شده از این جهت ضرورت دارد که ممکن است متصدی برای نگهداری آن کالا محافظت ویژه‌ای را لازم بدانند.

تبصره ۱: مسؤولیت متصدی حمل و نقل برای هر کیلوگرم کالا، حداکثر مبلغی معادل قیمت ۱ گرم طلای ۱۸ عیار می‌باشد، مگر این‌که فرستنده هنگام تحویل بسته به متصدی حمل و نقل ارزشی بیشتر اعلام نموده باشد و در صورت لزوم وجه اضافی پرداخته باشد. در این صورت مسؤولیت متصدی تا مبلغ ذکر شده افزایش پیدا می‌کند.

تبصره ۲: متصدی مکلف به حمل کالاهایی که ارزشی بیش از مبلغ ذکر شده دارد، نیست.

تبصره ۳: ذکر ارزش معین برای کالا، متصدی را از اثبات ارزش کمتر برای آن کالا محروم نمی‌کند.

بخش سوم: عدم ارائه تعریف بلیط

علیرغم این‌که بند ۷ ماده ۶۳ لایحه، بارنامه را به عنوان یکی از عناصر قرارداد حمل و نقل کالا تعریف کرده است، مشخص نیست چرا اشاره‌ای به تعریف بلیط، به عنوان یکی از ارکان قرارداد حمل و نقل مسافر نشده است.

در مقام ارائه تعریفی از بلیط با توجه به ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی که مقرر می‌دارد: «اسناد و ادله اثبات دعوی ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان بر اساس قواعد ادله‌ی موجود ارزش داده پیام را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد.» و با ملحوظ نظر قرار دادن این عقیده که: «در انواع مختلف حمل و نقل در همه کشورها از جهت سهولت کار و ایجاد سرعت در برقراری ارتباط، قرارداد از نظر شکلی فاقد امضای طرفین یا یکی از آنهاست. بنابراین ابزار مبین قرارداد (بلیط، تیکت یا نوشته) به هر صورتی که تنظیم یا تهیه شود، چه با دست پر شود یا با ماشین و رایانه صادر شود و چه چاپ شده باشد، قرارداد تلقی می‌شود و بر اساس آن مشخص می‌گردد که بین طرفین آن رابطه قراردادی ایجاد شده است.»^۱ بنابراین فقدان امضاء به هیچ وجه موجودیت قرارداد را زیر سؤال نمی‌برد.

با توجه به مطالب پیش گفته می‌توان بلیط را این‌گونه تعریف کرد:

«بلیط سندی است کاغذی یا الکترونیکی که به درخواست مسافر توسط متصدی حمل و نقل یا نماینده وی صادر می‌شود و حاوی نکات زیر می‌باشد:

۱- مشخصات متصدی حمل و نقل.

۲- مشخصات مسافر.

۳- مشخصات وسیله نقلیه جاده‌ای که با آن مسافر حمل می‌شود.

۴- نام ایستگاه‌های مبدأ و مقصد.

۵- سالن یا سکوی سوار و پیاده شدن مسافر.

۶- تاریخ و ساعت حرکت.

۱- فخاری، امیر حسین، همان، ص ۵۸.

- ۷- مسیر حرکت.
- ۸- حداقل و حداکثر مدت سفر.
- ۹- کرایه مسافر.
- ۱۰- درج میزان و نوع کالاهایی که مسافر می‌تواند با خود به همراه داشته باشد.
- ۱۱- قید این مطلب که بلیط قابل انتقال به غیر نمی‌باشد.
- ۱۲- توقف گاه‌هایی که در بین راه وسیله نقلیه توقف خواهد کرد.
- ۱۳- محل و تاریخ صدور.

تبصره: عدم درج موارد فوق هیچ تأثیری در مسئولیت مقرر بر متصدی حمل و نقل ندارد.

نتیجه

آنچه از مطالعه قوانین فعلی راجع به مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر حاصل شد، عبارت است از این که: قانون تجارت در مورد مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر سکوت اختیار نموده است، بنابراین برای تعیین حقوق مسافر در مطالبه خسارت، ناگزیر از استناد به سایر قواعد و در رأس آن قانون مسئولیت مدنی می‌باشیم. مواد ۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی تا حدودی مشکل سکوت قانون تجارت را در تعیین مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر حل می‌کند ولیکن پذیرفته نیست که قانونگذار، مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای کالا را مغروض بداند ولیکن مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر را به سکوت برگزار نماید و بدین وسیله جان و سلامتی انسان‌ها را به عرصه اختلاف نظر صاحب‌نظران و قضات محاکم واگذار نماید. لذا تصویب قانونی خاص در این خصوص، ضرورتی انکارناپذیر است.

از آنجایی که لایحه پیشنهادی قانون تجارت در حال حاضر در کمیسیون‌های داخلی مجلس شورای اسلامی در دست مطالعه و بررسی می‌باشد، قواعد آن لایحه در مورد موضوع مبحث‌عنه مورد مطالعه قرار گرفت و این نتیجه حاصل شد که:

هر چند لایحه موصوف تا حدی مبادرت به رفع نواقص قانون فعلی نموده و در راستای یکسان سازی مسئولیت متصدی حمل و نقل کالا و مسافر اقدام نموده است ولیکن دارای نواقص متعددی می‌باشد که در گفتار دوم به آن‌ها اشاره شد.

امید است، لایحه مزبور قبل از طرح در صحن علنی مجلس مورد بازنگری صاحب‌نظران قرار بگیرد، تا شاهد نواقص قانون فعلی و نواقص تازه‌ای نباشیم. ■

صغار و محجورین

حسن پاک طینت*

مقدمه

در برخی از نظام‌های حقوقی در خصوص مسأله مسئولیت سرپرست و محافظ صغیر و مجنون مخصوصاً در حقوق کامن‌لاو حقوق کشورهای اسکانندیناوی، قاعده و مقررات خاصی برای مسئولیت اشخاصی که ملزم به نگهداری و مواظبت از دیگری هستند پیش‌بینی شده و مسئولیت این اشخاص تابع مقررات و قواعد عام مسئولیت مدنی است. از این رو، علی‌الاصول این اشخاص، تنها بر مبنای تقصیر شخصی خود که اثبات آن بر عهده قربانی عمل است، محکوم به تأدیه خسارت می‌شوند. برعکس در بسیاری از کشورها که وجود یک فرض تقصیر وابسته به نگاهداری و مواظبت از دیگری را پیش‌بینی کرده‌اند، وضع بدین منوال نیست. در حقوق کشورهای سوسیالیستی پیشین، استفاده از فرض تقصیر، محدود به زیان دیدگانی است که از زیان‌های وارده توسط کودکانی که سن آن‌ها چندان اندک است که مسئولیت شخص متوجهشان نمی‌شود، متضرر شده‌اند. اما اختلاف مهمتر مربوط به قلمرو فرض تقصیر است. چه در این زمینه می‌توان خاطر نشان کرد که قانون مدنی آلمان قاعده‌ای کلی مقرر داشته است که درباره همه اشخاصی که عهده‌دار مواظبت و مراقبت از دیگری هستند، قطع نظر از سبب آن، قابل اعمال است؛ برعکس در حقوق فرانسه آن را محدود به پدر و مادر برای زیان‌های وارده توسط فرزندان صغیر آنان و به پیشه‌وران برای زیان‌های وارده توسط شاگردان آنان تحمیل می‌کند. در حقوق ایران، ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی ملهم از مواد ۸۲۹ و ۸۳۲ قانون مدنی آلمان است. اما ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی متضمن فرض تقصیر علیه شخص که به موجب قانون یا قرارداد عهده‌دار مواظبت است، نمی‌شود.

باتوجه به این نکته، برای آن‌که عمل مقنن در اختصاص دادن ماده‌ای مستقل به مسئولیت مدنی سرپرست و محافظ صغیر یا مجنون، عملی بیهوده تلقی نشود، زیرا قانون مسئولیت مدنی به عنوان یک قاعده عام و کلی مسئولیت مبتنی بر تقصیر اشخاص را پیش‌بینی نموده، به نظر ما بهتر است که رویه قضایی ما نیز ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی ایران را متضمن فرض تقصیر علیه سرپرست و محافظ صغیر یا مجنون تلقی کند.

* کارآموز وکالت - اصفهان - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.

مبحث اول: ماهیت و مبنای مسؤولیت سرپرست و محافظ صغیر و مجنون

ما در این جا به طور جداگانه از ماهیت و مبنای مسؤولیت کسانی که طبق قانون یا برحسب قرارداد، عهده‌دار نگاهداری یا مواظبت از مجنون یا صغیراند، بحث می‌کنیم.
گفتار اول: ماهیت مسؤولیت اشخاص مسؤول بر طبق قانون

نخست یادآور شویم که از لحاظ ماهیت، مسؤولیت این اشخاص نیز قانونی است؛ چه از عدم اجرای حکم مقنن یا دقیق‌تر بگوییم از عدم انجام تکالیف عام پیش‌بینی شده در قانون نشأت می‌گیرد. مسؤولیتی که قانون برای کسانی که قانوناً عهده‌دار نگاهداری یا مواظبت از مجنون یا صغیراند مقرر داشته، بر مبنای تقصیر آنان استوار است. این تقصیر برحسب مورد، تقصیر در مراقبت و مواظبت یا تقصیر در تعلیم و تربیت است. ارتکاب اعمال زیانبار از طرف اشخاص مزبور قانونگذاران را بر آن می‌دارد که چنین بیندارند که ارتکاب فعل زیانبار توسط آنان، نتیجه تقصیر مسؤولیت قراردادی یا قهری است.

در حقوق عهد باستان همانند حقوق باستانی روم، مسؤولیت پدر خانواده، نه بر پایه فرض تقصیر بلکه براساس اندیشه خانوادگی استوار بود. به همین دلیل در حقوق روم باستان پدر خانواده می‌توانست با تحویل دادن فرد خطاکار، خسارت و تاوان خسارت را بپردازد و از مسؤولیت رهایی یابد.^۱

طبق نظر دیگری در این زمینه، مبنای سنتی نقش مسؤولیت پدر و مادر، تقصیر آنان در تعلیم و تربیت و مراقبت و مواظبت فرزند است. در همین زمینه گفته شده است که ملاحظات مربوط به انصاف هم راهنمای مقنن بوده است. چه در اغلب اوقات عامل مستقیم زیان توان مالی جبران خسارت را ندارد. از این رو برای آن که زیان وارده بر قربانی عمل زیانبار، بدون جبران باقی نماند، انصاف ایجاب می‌کند بار جبران خسارت بر عهده کسی که ملزم به مراقبت از وی بوده قرار بگیرد.^۲

بآنچه به اثری که عوامل اجتماعی در شکل‌گیری شخصیت کودک و رفتار او دارد، برخی بر آن شده‌اند که می‌توان در کنار مسؤولیت پدر و مادر به طور نوعی و به عنوان مکمل، از مسؤولیت دولت سخن گفت. امری که اگر اندکی دیگر مداخله دولت در امر آموزش و پرورش گسترش یابد، کمتر شگفت‌انگیز خواهد بود.

گفتار دوم: ماهیت مسؤولیت اشخاص مسؤول بر طبق قرارداد

از لحاظ ماهیت، مسؤولیت این اشخاص مسؤولیتی قراردادی است؛ چه از عدم اجرای یک قرارداد یا دقیق‌تر بگوییم از عدم انجام تعهدات خاص پیش‌بینی شده در یک قرارداد، نشأت می‌گیرد. بدین سان یادآور می‌شویم که اشخاصی که ممکن است برحسب قرارداد

۱- کریننه، حقوق مدنی، ج ۴، ش ۱۰۰، ص ۳۵۷.

۲- دشنوترسیه، مسؤولیت مدنی، ۱۰۶، ناصر کاتوزیان، وقایع حقوقی، نشر بلد، ۱۳۷۱، ش ۳۱.

عهده‌دار نگاهداری یا مواظبت از مجنون یا صغیر شوند، می‌توانند از اشخاص طبیعی یا از اشخاص حقوقی حقوق خصوصی باشند.^۱

علت این‌که در این‌جا از اشخاص حقوق عمومی نامی نبردیم، بدان علت است که ماده ۱۱ قانون مسؤلیت مدنی برای آن‌ها در صورتی که زیان، ناشی از نقص وسایل دولتی باشد مسؤلیت مقرر کرده است. بنابراین اگر مجنونی که در بیمارستان روانی دولتی که تحت مراقبت و درمان است به کسی ضرر وارد کند، کارمند یا پرستار بیمارستان که عهده‌دار مراقبت و حفظ او بوده است، مسؤلیت خواهد داشت. مبنای مسؤلیت اشخاصی که بر حسب قرارداد عهده‌دار نگاهداری یا مواظبت از مجنون یا صغیراند، تقصیر آنان است، یعنی تقصیر در نگاهداری یا مواظبت.

مبحث دوم: شرایط تحقق مسؤلیت مدنی سرپرست و محافظ صغیر و مجنون

برای آن‌که مسؤلیت سرپرست صغیر و مجنون تحقق یابد شروط عامی وجود دارد که آن شروط در تمام اقسام مسؤلیت مدنی به طور عام وجود دارد. ضرر که خواهان باید در هر دعوی ورود ضرر را به خود اثبات کند؛ فعل زیانبار و رابطه سببیت که این دو شرط مسؤلیت را هم باید زیان دیده در دعوای جبران خسارت اثبات کند. سخن از این شروط عام در این تحقیق ارائه نمی‌شود و بحث از آن را باید در کتاب‌های مسؤلیت مدنی دید. چیزی که در این‌جا از آن بحث می‌شود مربوط به شرایط خاص تحقق مسؤلیت مدنی در ماده ۷ است که شرط اول ناظر بر اشخاصی است که طبق ماده ۷ پاسخگوی افعال زیانبار هستند و شرط دوم مربوط به صغیر و مجنون فاعل عمل زیانبار می‌باشد.

گفتار اول: شرط مربوط به اشخاص مسؤل

ماده ۷ قانون مسؤلیت مدنی، تنها پدر و مادر را مسؤل فعل زیانبار اشخاص صغیر و مجنون نمی‌داند، بلکه مسؤلیت را برعهده کلیه کسانی که به طور قانونی یا قراردادی مسؤل حفظ و مراقبت اشخاص مزبور می‌باشند قرار می‌دهد. این اشخاص می‌توانند پدر و مادر یا جد پدری و یا وصی یا قیم یا حتی اشخاص حقوقی خصوصی و عمومی باشند. چنان‌چه در قبیل متذکر شدیم، مسؤلیت سرپرست و محافظ صغیر و مجنون و از جمله پدر و مادر، بر مبنای تقصیر آنان در نگاهداری استوار است؛ از این رو برخی استادان معتقدند مسؤلیت این اشخاص جز در موردی که ائتلاف از سوی صغیر ممیز صورت گرفته است، علی‌الاصول مبتنی بر مسؤلیت ناشی از فعل غیر نیست بلکه مبتنی بر تقصیر شخصی آنان است.^۲ ولی برخی دیگر با این نظر کاملاً موافق نیستند، زیرا تقصیر پدر و مادر سبب دور و غیر مستقیم خسارت است و این تقصیر خود صغیر است که باعث ورود زیان به دیگری می‌شود.^۳

۱- برای نظر مخالف مراجعه شود به قائم مقامی، حقوق تمهیدات، ج ۱، صص ۳۶۵-۳۶۴.

۲- کانونیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۲، ش ۴۱۲، صص ۱۸۱ و ۱۸۲.

۳- ربیور و بولانژه، دوره تفصیلی حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۰۲۷، ص ۴۲.

نکته دیگر این است که تفصیر سرپرست صغیر و محنون ناشی از عدم نگاهداری و عدم مواظبت است و در لغت، مواظبت به معنای محافظت، مراقبت، تیمار داشتن و نگاهداری به معنای محافظت، پاسبانی، حفظ و حراست، پرورش، مواظبت و مراقبت آمده است.^۱ این دو کلمه در بسیاری از معانی مشترک می‌باشند اما استادان حقوق مدنی این دو واژه را مترادف نمی‌انگارند.^۲ نگاهداری به موردی اطلاق می‌شود که صغیر و محنون در نزد سرپرست زندگی کرده و نفقه و معاش او از طرف سرپرست تأمین می‌شود. همچنین شایان ذکر است که معنای اصطلاحی آن از معنای لغوی خود دور نیفتاده است. همچنین مراد از مواظبت صرفاً مراقبت‌های مادی را شامل نمی‌شود، بلکه اگر فرزند صغیر یا محنون است تعلیم و تربیت را به او بیاموزند و آداب معاشرت و زندگی در جمع اجتماعی را یاد بگیرند؛ البته باید متذکر شد تکلیف کسانی که به واسطه قرارداد عهده‌دار نگاهداری یا مواظبت از شخص می‌شوند بیشتر ناظر بر مواظبت یعنی تعلیم و تربیت روحی و روان آنان است. دکتر کاتوزیان در این‌که آیا مواظبت و نگاهداری شامل تعلیم و تربیت کودک نیز می‌باشد مرقوم می‌دارند: در این‌که آیا مواظبت و نگاهداری شامل تربیت کودک نیز هست و به عنوان تفصیر در تربیت نیز می‌توان سرپرست را مسؤول قرارداد یا ماده ۷ ق.م.م ضمان ناشی از تربیت را در بر نمی‌گیرد، راه حل روشنی در حقوق ما وجود ندارد. به نظر می‌رسد دکتر کاتوزیان به درستی در ابتدای امر نگاهداری و مواظبت را شامل تعلیم و تربیت می‌داند، اما پس از آن می‌بایست از شک و تردید خودداری می‌نمود.

به علاوه به موجب ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی، ابرین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش برحسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند.^۳ در حقوق فرانسه نیز بند ۷ ماده ۱۳۸۴ اشعار می‌دارد که مسؤولیت پیش‌بینی شده در بند ۴ همین ماده برای پدر و مادر تحقق می‌یابد مگر آن‌که ثابت کنند که نتوانسته‌اند از واقعه‌ای که موجب تحقق این مسؤولیت می‌شود جلوگیری کنند. بند ۲ ماده ۲-۳۷۱ قانون مدنی فرانسه اشعار می‌دارد پدر و مادر در برابر فرزند حق و تکلیف نگاهداری، مواظبت و تعلیم و تربیت را دارا هستند. متخصصان حقوق مدنی در این کشور بر آن هستند که حق و تکلیف نگاهداری که یکی از مظاهر و وجوه اقتدار پدر و مادری است، به عنوان یک نتیجه، حق و تکلیف مواظبت و تعلیم و تربیت را دارا است. پرسش دیگری که در این مقام مطرح می‌شود آن است که آیا زندگی مشترک فرزند با پدر و مادر، شرط تحقق مسؤولیت پیش‌بینی شده در ماده ۷ قانون مسؤولیت مدنی است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش ما نخست به حقوق فرانسه و سپس اشاره می‌کنیم. در حقوق فرانسه بنا به تصریح بند ۴ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی این کشور، به سر بردن فرزند نزد پدر و مادر، شرط تحقق فرض تفصیر در مواظبت و تعلیم و تربیت علیه آنان است. در صورت وقوع طلاق یا افتراق جسمانی به‌نظر می‌رسد که فرض تفصیر علیه پدر و مادر هنگامی وجود دارد که برحسب مورد حضانت کودک به پدر یا به مادر واگذار شده باشد و علاوه بر این،

۱- فرهنگ دهخدا، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۳، ج ۱۳، ص ۱۹۸.

۲- امیری قائم مقام، ج ۱، صص ۳۶۵-۳۶۶، ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۲، ش ۴۱۵، ص ۱۸۸.

۳- دکتر صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ش ۳۸۶ و ۳۹۶.

فرزند با وی زندگی کند. در حقوق سویس نیز با آن که ماده ۳۳۳ قانون مدنی این کشور چنین شرطی را پیش بینی نکرده است و پدر را علی‌الاصول به عنوان رئیس خانواده مسؤول قرار می‌دهد، پذیرفته شده است که هنگامی که صغیر یا مجنون در خارج از خانواده خویش به سر می‌برد، شخصی که عملاً عهده‌دار نگهداری یا مواظبت مجنون می‌باشد، عهده‌دار خسارات وارده از ناحیه آنان است. در حقوق ایران نیز اگر تفصیر در مواظبت، یعنی سبب نزدیک‌تر (در مقام مقایسه با تفصیر در تعلیم و تربیت) مورد توجه قرار گیرد، می‌توان گفت که زندگی مشترک صغیر و مجنون با سرپرست شرط تحقق مسؤولیت پیش بینی شده در ماده ۷ قانون مسؤولیت مدنی است. از این رو اگر یکی از والدین عهده‌دار حضانت طفل باشد، علی‌الاصول او مسؤول جبران خسارت به بار آمده است.^۱ ولی اگر در پی یک مشاجره یا نزاع، فرزند فرار اختیار کرده باشد، این وضع مانع از تحقق مسؤولیت پدر و مادر نیست؛ همچنین اگر پیوند زناشویی به علت بی‌بند و باری مرد از هم گسیخته شده باشد و حضانت طفل بر عهده مادر قرار گرفته باشد نمی‌توان گفت که برای همیشه مادر مسؤول است، زیرا شاید رفتار بد کودک ناشی از تربیت بد پدر باشد.

گفتار دوم: شرط مربوط به صغیر و مجنون

برای این که سرپرستان قراردادی یا قهری، مسؤول افعال زیانبار صغیر یا مجنون باشند نخست باید احراز شود که شرایط تحقق مسؤولیت درباره اینان جمع می‌باشد یا خیر. بنابراین اگر یک علت موجهه یا عدم انتساب همانند قوه قاهره یا تفصیر قربانی عمل زیانبار، صغیر یا مجنون را از مسؤولیت مبری سازد یا آن که مسؤولیت او را کاهش دهد، سرپرست و محافظ آنان از این وضع منتفع می‌شوند.^۲ لذا عمل صغیر و مجنون باید چنان باشد که اگر از یک فرد متعارف، آگه‌ا و محتاط صادر می‌شد برای او مسؤولیت در پی داشت. البته در مورد مسؤولیت‌های بدون تفصیر یا مشکل رو به رو نخواهیم شد زیرا که در آن‌ها عامل ورود زیان چه صغیر یا بالغ یا مجنون باشد، زیان دیده برای مطالبه خسارت از آن‌ها نیازی به اثبات تفصیر آنان ندارد.^۳ در مورد مسؤولیت‌های مبتنی بر تفصیر نیز با مشکلی رو به رو نخواهیم شد، زیرا زیان دیده بر طبق قواعد تسبیب و بر اساس ماده ۱ ق.م.م باید تفصیر و عامل ورود زیان را اثبات کند. ولی در موردی که عامل ورود زیان، صغیر غیرممیز یا مجنون باشد، وضع پیچیده‌تر می‌شود. زیرا با استفاده از نظریه شخصی تفصیر نمی‌توان اخلاقاً تفصیری را به صغیر و مجنون نسبت داد و در نتیجه آنان را مسؤول فعل زیانبار دانست. البته چنین وضعی منطبق بر عدل و انصاف نیست و به این دلیل است که علمای حقوق و قانونگذاران را بر آن داشته است تا با تمهیداتی جلوی این بی‌عدالتی را بگیرند.

۱- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۲، ش ۴۱۲، ص ۱۸۰.

۲- کربوبیه، حقوق مدنی، ج ۴، ش ۹۸، ص ۳۵۳۱.

۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۲، ش ۴۱۴، ص ۱۸۴-۱۸۵.

دانشمندان طرفدار نظریه شخصی تقصیر، یک مورد را این‌جا استثنا کرده و آن علت عدم انتساب فعل به شخص است که عبارت است از فقدان قوه تمیز و تشخیص در عامل ورود زیان. بر طبق این نظر در صورتی که صغیر به سنی از تمیز رسیده باشد که قوه تمیز خوب از بد را داشته باشد، مسؤول شناخته می‌شود. البته این نظر مصون از انتقاد نمانده است زیرا در این مقام یا باید قائل به عدم تقصیر مجنون و صغیر شد و در نتیجه عدم مسؤولیت سرپرست و یا این که تقصیر صغیر و مجنون را پذیرفت و در نتیجه سرپرست صغیر و مجنون را نیز مسؤول شناخت. گروهی دیگر گام فراتر نهاده و قائل به این شده‌اند که برای تحقق مسؤولیت سرپرست، مقصر بودن فرزند ضرورت ندارد. بر طبق این نظر می‌توان گفت ارتکاب تقصیر از سوی فرزند ضرورت ندارد، زیرا در واقع تقصیر خود سرپرست باعث مسؤولیت آنان شده است. اشکال این نظر در این امر خلاصه می‌شود که در صورتی که خود سرپرست نیز مرتکب تقصیر نشده باشد در این‌جا در واقع کسی مسؤولیت را برعهده نخواهد داشت.

به همین دلیل برخی از طرفداران این نظریه بر آن هستند که مبنای مسؤولیت پدر و مادر علاوه بر تکلیف در مراقبت، تضمین عیوب و نارسایی‌های شخصیت کودک است؛ البته طرفداران تفکیک بین مسؤولیت مدنی و کیفری بر این عقیده‌اند که تقصیر، تنها، شرط مسؤولیت در جرائم است نه در مسؤولیت مدنی. و معتقدند که اگر یک صغیر یا مجنون با اعمال زیانبارش باعث ورود ضرر به دیگری شود مرتکب تقصیر شده است؛ به همین دلیل طرفداران نظریه جدید تقصیر که شرط تحقق مسؤولیت سرپرست را تقصیر صغیر و مجنون نیز می‌دانند در این مورد با مشکلی مواجه نخواهند شد. زیرا آنان با حذف عنصر اخلاقی از عناصر مسؤولیت برای تحقق تقصیر برای صغیر و مجنون با مشکل رو به رو نخواهند شد.^۱

گفتار سوم: حقوق تطبیقی

۱- حقوق سویس: در حقوق سویس، برابر بند اول ماده ۳۳۳ قانون مدنی مصوب ۱۹۰۷، رئیس خانواده، مسؤول زیان‌هایی است که به وسیله صغار و مجانین و اشخاص ضعیف‌العقل تحت ولایت او وارد شده باشد. مگر این که ثابت کند در حدود متعارف و به اقتضای اوضاع و احوال مراقبت کرده است. البته عدم انجام وظیفه به طوری که حقوق‌دانان سویس می‌گویند مفروض است و به تعبیر دیگر، یک اماره تقصیر در این مورد مقرر شده است و نیازی به اثبات آن از طرف زیان دیده نیست. ولی رئیس خانواده می‌تواند ثابت کند که آنچه می‌بایست در مورد مراقبت محجور انجام دهد، انجام داده و هیچ‌گونه کوتاهی نکرده است. قانون مدنی سویس فقط از مسؤولیت رئیس خانواده سخن گفته و به مسؤولیت اشخاص دیگری که ممکن است سرپرستی محجور را به عهده داشته باشند، اشاره نکرده است ولی رویه قضایی نقص قانون مدنی را رفع کرده و در مواردی که محجور به یک مؤسسه یا شخص طبیعی سپرده شده و در خارج خانواده زندگی می‌کند، شخصی را که عملاً عهده‌دار مراقبت است به منزله رئیس خانواده و مسؤول اعمال محجور تلقی کرده است. همچنین رویه قضایی سویس اعلام کرده

۱- کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی، ش ۹۹، ص ۹۴.

است که طفل ممکن است متوالیاً تحت سرپرستی چند رئیس خانواده قرار بگیرد. مانند طفل کارآموزی که با کارفرمای خود زندگی می‌کند ولی اواخر هفته را با پدر و مادرش می‌گذراند. البته یک غیبت چند لحظه‌ای و کوتاه مدت، کافی برای انتقال مسؤلیت از شخصی به شخص دیگر نیست. طبق رویه قضایی سویس هرگاه محجور در خانواده زندگی کند و پدر و مادر داشته باشد اصولاً پدر رئیس خانواده به شمار می‌آید.

۲- **حقوق فرانسه:** بند ۴ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی که به موجب قانون مصوب ۴ ژوئن ۱۹۷۰ اصلاح شده است، می‌گوید: پدر و مادر به‌عنوان این که حق حضانت را اعمال می‌کنند متضامناً مسؤل زیان‌های ناشی از فرزندان صغیری که با آنان در یک‌جا سکونت دارند می‌باشند. در نتیجه مسؤلیت آنان مبتنی بر ولایت آنان است و در صورت ورود زیان از طرف صغیر، تقصیر والدین مفروض می‌باشد. شرایط اجرای بند ۴ ماده ۱۳۸۴ و فرض تقصیر پدر و مادر به شرح زیر است:

اولاً: پدر و مادر باید عهده‌دار ولایت ابرینی و در نتیجه مکلف به مراقبت و مواظبت صغیر واردکننده زیان باشند. صغیر کسی است که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده باشد. هرگاه صغیر، رشید شناخته شده و از او رفع حجر شده باشد که تنها بعد از رسیدن به سن ۱۶ سال امکان پذیر است، فرض تقصیر پدر و مادر جاری نخواهد شد. فقط تقصیر پدر و مادر مفروض است. سایر خویشان یا وصی یا قیم طفل که عهده‌دار سرپرستی و ولایت او هستند، مشمول این قاعده نخواهند بود.

ثانیاً: اشتراک مسکن و به تعبیر دیگر در یک جا زندگی کردن لازم است. هرگاه طفل با پدر و مادر خود زندگی نکند تقصیر آنان مفروض نخواهد بود، مگر این که فقدان زندگی مشترک، خود ناشی از عدم مراقبت طفل باشد. چنان که پدر و مادر طفل را برای تحصیل به مدرسه‌گذارده باشند و خسارت در اوقاتی که طفل تحت مراقبت دیگری است روی دهد، تقصیر پدر و مادر مفروض نخواهد بود.

ثالثاً: عملی که موجب زیان شده است باید نامشروع باشد، همان‌طور که در حقوق سویس گفته شد. بنابراین، اگر عمل نوعاً مشروع بود یا یک علت خارجی مانند قوه قاهره یا تقصیر زیان دیده باعث ایراد خسارت شده باشد، پدر و مادر از آن استفاده خواهند کرد و اصولاً باید همان شرایط مسؤلیت در مورد صغیر وجود داشته باشد تا پدر و مادر او مسؤل شناخته شوند. در مورد صغیر غیر ممیز با این که خود صغیر مسؤلیتی ندارد، پدر و مادر مسؤل اعمال او هستند. در این صورت مسؤلیت آنان ناشی از عملی است که صغیر مرتکب شده و نوعاً نامشروع است؛ اگر چه از لحاظ روانی و درونی تقصیر به شمار می‌آید.

۳- **مقایسه:** از آن‌چه گفته شد نتیجه می‌شود که در حقوق سویس و فرانسه برخلاف حقوق ایران، تقصیر سرپرست صغیر مفروض است و زیان دیده مکلف به اثبات آن نیست و از این

لحاظ حمایت بیشتری از زیان دیده می‌شود. تفاوت دیگر در این زمینه آن است که در قانون ایران از کسی که نگهداری یا مواظبت به عهده او می‌باشد سخن گفته است، در حالی که قانونگذار سوئیس از رئیس خانواده و قانونگذار فرانسه از پدر و مادر سخن گفته و آنان را مسؤول اعمال زیانبار محجور شناخته است. این تفاوت شاید بدان جهت است که در حقوق ایران فرض تقصیر پذیرفته نشده و مسؤولیت سرپرست یا نگاهدارنده محجور، مبتنی بر قواعد عمومی و موافق اصل است؛ پس اشکال در گسترش قلمرو آن نیست.

مبحث سوم: ضمانت اجرای پیش بینی شده در ماده ۷ قانون مسؤولیت مدنی و ۱۲۱۶ قانون مدنی

هنگامی که شرایط تحقق مسؤولیت سرپرستان بر طبق ماده ۷ ق.م.م.م فراهم آمد، دو فرض را باید از هم تفکیک کرد: هنگامی که سرپرستان مرتکب تقصیر شده‌اند و فرضی هم که اینان مرتکب تقصیر نشده‌اند.

گفتار اول: تقصیر سرپرست قانونی یا قراردادی

در این فرض بر طبق ماده ۷ ق.م.م.م. علی‌الاصول سرپرست، مسؤول پرداخت خسارت به بار آمده از طرف صغیر یا مجنون است. ولی این حالت را هم می‌توان به دو قسم تقسیم کرد:

۱- کسی که نگاهداری صغیر یا مجنون بر عهده او است، استطاعت جبران خسارت را دارد. در این حالت وی مسؤول تمام خسارات وارده توسط صغیر یا مجنون است.

۲- کسی که نگاهداری یا مواظبت صغیر یا مجنون را برعهده دارد، استطاعت جبران تمام یا قسمتی از خسارت وارده توسط محجور را ندارد. در این حالت برحسب مواد کلاً یا جزئاً خسارات وارده از مال صغیر جبران خواهد شد. البته باید توجه داشت که در این قاعده یعنی جبران تمام خسارات، مقنن را به ملاحظات اخلاقی واداشته است؛ زیرا قسمت آخر همان ماده مقرر می‌دارد که در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان نباشد. عده‌ای از اساتید برای این حالت، مسؤولیت تضامنی قائل شده‌اند. البته با این استدلال که چون پدر برای تأمین معاش خانواده در بیرون به سر می‌برد و مادر بیشتر نقش تربیتی برای فرزندان در خانه دارد این مسؤولیت تضامنی توجیه می‌شود. در حقوق فرانسه بند ۴ ماده ۱۳۸۴، مسؤولیت تضامنی برای پدر و مادر قائل است. این قانون ریاست شوهر را از خانواده گرفته و زوجین را به طور مشترک مسؤول تربیت و نگاهداری فرزندان قرار داده است. در حالی که در حقوق ایران ریاست خانواده با شوهر است، پرداختن نفقه برعهده شوهر است و پدر ولایت قهری بر فرزندان دارد. بدین ترتیب در حقوق ایران مسؤولیت پدر مقدم بر مسؤولیت مادر است. با توجه به این مسائل و عنایت به این امر که در اغلب اوقات مرد تأمین کننده معاش خانواده است و زن اغلب اوقات را در خانه به تربیت فرزندان مشغول است، مسؤول دانستن مادر در کنار پدر آن هم به طور تضامنی مشکل است و

همچنین با توجه به این امر که مسؤلیت تضامنی خلاف امر قانونگذار است و نیاز به تصریح قانونگذار دارد.

البته باید توجه داشت در صورتی که صغیر یا مجنون تحت عنوان کارگر زیر نظر کارفرما مشغول کار باشند مسؤل افعال زیانبار، کارفرما بر طبق ماده ۱۲ ق.م.م است نه ماده ۷ ق.م.م. البته شاید بتوان بدین گونه استدلال کرد که سپردن کودک به کاری که هنوز آمادگی آن را ندارد می‌تواند تقصیر پدر و مادر تلقی شده و زیان دیده بتواند به آنان رجوع کند؛ اما چون در عمل استناد به روابط کارگری آسان‌تر است بهتر است زیان‌دیدگان از این راه وارد شوند تا نیازی به اثبات تقصیر نداشته باشند.

گفتار دوم: عدم تقصیر سرپرست قانونی یا قراردادی

در این فرض، دیگر فرض ماده ۷ ق.م.م کارایی ندارد و بایستی خود صغیر یا مجنون را مسؤل افعال زیانبارشان دانست.

البته تذکر این نکته ضروری است که چون جبران خسارت فعل زیانبار، از احکام وضعیه در اسلام است، بنابراین برای مسؤل شناختن صغیر یا مجنون با مشکلی برخورد نخواهیم کرد؛ زیرا این گونه اعمال نیاز به شرایط عامه تکلیف که همان بلوغ به عقل و قدرت و اختیار است، ندارد. در این فرض اگر کودک استطاعت جبران تمام خسارات را دارد از مال او جبران خسارت می‌شود، اما در صورتی که کودک استطاعت جبران تمام زیان را ندارد بر طبق ماده ۷ ق.م.م معاف از پرداخت خسارت تاجایی که باعث عسرت و تنگدستی او بشود، است.^۱ البته باید توجه داشت که دیگر در این فرض جبران خسارت از اموال سرپرست نیز نخواهد شد. زیرا مسؤلیت ناشی از فعل غیر اشخاصی بوده و فقط در فرض خود قابلیت اعمال را دارد.^۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۶۰/۱/۲۹ یک رأی وحدت رویه در مورد مسؤلیت ناشی از جرم در مورد اطفال صادر کرده است که در این جا خلاصه آن آورده می‌شود:^۳

رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مطابق مواد ۱۲۱۶ و ۱۱۸۳ قانون مدنی، در صورتی که صغیر باعث ضرر غیر شود، خود ضامن و مسؤل جبران خسارات است و ولی او به علت عدم اهلیت صغیر، نماینده قانونی وی می‌باشد. بنابراین جبران ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه جزا برعهده شخص متهم صغیر است و محکوم به از اموال خود او استیفا خواهد شد. بنا به مراتب مذکور، رأی شعبه دوم دیوان عالی کشور از نظر توجه مسؤلیت جبران خسارت ناشی از جرم به شخص صغیر صحیح و منطبق با موازین قانونی است این رأی طبق ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه مصوب ۱۳۲۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع خواهد بود.

۱- نظر مخالف رجوع شود به قائم مقامی، ج ۱، صص ۳۶۹-۳۷۰.

۲- کاتوزین، ناصر، تسمان فهری، مسؤلیت مدنی، چاپ اول، ش ۱۳۱.

۳- آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، مجموعه انتشارات اداره کل آموزش دادگستری، صص ۲۳-۲۵.

با توجه به قلمرو ماده ۷ ق.م.م و ماده ۱۲۱۶ ق.م.م مشخص شد که ماده ۱۲۱۶ ق.م.م یک‌سره به‌دست فراموشی سپرده نشده است. البته رأی دیوان از این جهت که صغیر یا مجنون را به استناد ماده ۱۲۱۶ ق.م.م مسؤول شناخته است، صحیح و منطبق با موازین قانونی است. اما انشاء رأی دیوان به گونه‌ای است که این فکر را تلقین می‌کند که ماده ۷ ق.م.م دیگر اعتبار ندارد و دادگاه‌ها در هر صورت باید صغیر یا مجنون را مسؤول افعال زیانبار خود بدانند، اما این استدلال مخدوش است و ماده ۷ ق.م.م هنوز به اعتبار خود باقی است و دادگاه‌ها مکلفند مفاد آن را رعایت کنند. همچنین نادیده انگاشتن ماده ۷ ق.م.م به ضرر زیان دیدگان تمام می‌شود زیرا در اکثر اوقات محجورین توان مالی کافی برای جبران خسارت ندارند و زیان بدون جبران باقی می‌ماند و یکی از اهداف قانونگذار در تصویب این ماده این است که پدر و مادر به عنوان پشتیبان مسؤولیت افعال زیانبار محجورین قرار بگیرند که با فلسفه رأی مزبور همخوانی ندارد.

گفتار سوم: مسؤولیت سرپرست و محافظ صغیر یا مجنون و ضمان عاقله

اگر مطابق با نظر یکی از علما نگوییم یکی از اشتباهات قانون مجازات این است که دیه را مجازات تلقی کرده است، مالی که به مجنی‌علیه یا قائم مقامان او داده می‌شود، نقش جبران خسارت را دارد و در موقعی که این پرداخت برعهده‌ی عاقله قرار می‌گیرد مسؤولیت عاقله را باید نوعی مسؤولیت ناشی از فعل غیر دانست. اما توضیح این نکته ضروری است که مسؤولیت عاقله در این زمینه مبتنی بر تقصیر او نیست و می‌توان مسؤولیت او را ریشه در قومی و قبیله‌ای زندگی کردن اقوام پیشین دانست.^۱ البته امروزه این زندگی قبیله‌ای و قومی، دیگر وجود ندارد و باید به جای استفاده از این اقدام کهنه و منسوخ، به انعقاد عقد بیمه که نوعی عقد بستن بر تعاون و همبستگی است، روی آورد. بر طبق مواد ۳۰۶ و ۳۰۷ ق.م.ا، عاقله مسؤول پرداخت دیه قتل و جراحات وارده از سوی نابالغ و دیوانه است. در این صورت اگر مجنونی که جنون آن متصل به صغر است مرتکب جرمی شود درحالی که این مجنون اولاد ندارد و فقط دارای پدر است، پدر این مجنون، عاقله مسؤول پرداخت دیه خواهد بود. در این مورد حتی اگر مواد جزایی مربوط به عاقله نبود باز هم بر طبق ماده ۷ ق.م.م پدر این مجنون، مسؤول جبران زیان وارده بود.

البته در این فروض هم اگر پدر در نگاهداری و مواظبت فرزند صغیر یا مجنون خود کوتاهی نکرده باشد و یا حتی حضانت کودک برعهده مادر یا شخص دیگری باشد یا این که جنون متصل به صغر نباشد و برای او قیمی غیر از پدر تعیین شده باشد، باز هم پدر به عنوان عاقله، مسؤول پرداخت دیه از طرف صغیر و مجنون خواهد بود. در مورد خسارات مازاد بر دیه، در صورت تقصیر سرپرست از نگاهداری یا مواظبت کودک، از خود سرپرست قابل مطالبه است، اما در صورت عدم تقصیر، این خسارات از خود صغیر یا مجنون قابل مطالبه خواهد بود. البته با توجه به مواد ق.م، مسؤولیت عاقله شامل خسارات وارده به اموال نخواهد

۱- مرعشی، ضمان عاقله، دیدگاه‌های نو در حقوق اسلام، ص ۲۲۱، زیر نویس ۱ (نشر میزان ۷۳).

۲- گرجی، ابولقاسم (ضمان عاقله)، مقالات حقوقی، ج ۲، ج ۱۳۶۹، ص ۲۶۶.

بود و به طور کلی ضمان عاقله در صورتی فراهم خواهد آمد که موضوع و شرایط آن فراهم شده باشد.^۱

نتیجه

از آن چه گفته شد روشن می‌شود که ماده ۷ ق.م.م، مسئولیت سرپرست و محافظ صغیر و مجنون را، بر تقصیر آنان استوار کرده است و استادان حقوق بر این عقیده‌اند که زیان دیده از جرم، بایستی تقصیر آنان را اثبات نماید. برای این که ماده ۷ ق.م.م تکرار ماده ۱ ق.م.م تلقی نشود و برای تسهیل رجوع زیاندیدگان از جرم به محافظ و نگهدارنده، مطلوب این است که رویه قضایی و دکترین، این فرض تقصیر را برای آنان قرار دهند و با تفسیر منطقی از قانون به جای تفسیر لفظی موجبات تسهیل جبران زیان را فراهم آورند؛ زیرا در قوانین مدنی مشابه که الهام بخش تدوین کنندگان قانون مسئولیت مدنی ما بوده است یعنی آلمان و سوئیس و فرانسه، این فرض تقصیر برقرار است. البته از آنجا که این فرض بعید به نظر می‌رسد بهتر است قانونگذار با اصلاح ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، این فرض تقصیر را برای پدر و مادر قرار دهد. همچنین با توجه به این که این مسئولیت استثنایی است، باید فقط اشخاصی را که بر طبق قانون و یا قرارداد این مسئولیت را دارند، مسؤول قرار دهیم و آن را خارج از نص تفسیر نکنیم و برای سهولت جبران خسارت زیاندیدگان، بایستی همانند قانون بیمه اجباری دارندگان وسایل نقلیه موتوری و ماده ۱۲ ق.م.م، این سرپرستان و محافظان را مجبور به انعقاد قرارداد بیمه سوی مسئولیت آن‌ها بکنیم. ■

۱- بجنوردی، سید محمد، نگاهی دوباره به مسأله دیه عاقله، مجله کانون وکلا، شماره ۸-۹، دوره جدید، ص ۴۶۹-۴۷۲.

ترمینواروژ کجهت

محمدرضا محمدی جرقویه‌ای

اماره: هر چیزی که جنبه کاشفیت و حکایت از چیز دیگری را داشته باشد، مثلاً بوی قند سوخته در بیمارستان آتش گرفته، حکایت از سوختن بیماران دیابتی (قندی) دارد.

ایران: حیاط خلوت تهران، مستمری بگیر تاریخ درخشان خود، این کشور از صادر کنندگان اخلاق و مدیریت به جهان است، البته کوزه گر همیشه از کوزه شکسته آب می‌خورد.

بازمانده: به کرکسانی که بعد از مرگ متوفی در اطراف میراث وی پرسه می‌زنند گویند، که چون به ظاهر داغدار هستند، به احترام ایشان به جای واژه کرکس یا لاشخور، در مقام غلو و احترام به ایشان «باز» گویند.

تمدن: به حالتی در وسایل مادی انسان‌ها اطلاق می‌شود که معمولاً روبه جلو و پیشرفت است. به‌عنوان مثال انسان‌ها هر روز با سلاح‌های جدیدتر و کشنده‌تری به جنگ هم می‌روند.

توبه: مجوز گناه.

جعله: التزام شخصی است (به‌صورت ايقاع) به پرداخت اجرتی معلوم در مقابل عملی. به‌عنوان مثال، نویسنده خود را ملتمز می‌داند چنان‌چه کسی کیف پولی که حاوی ده میلیون تومان باشد را به وی تحویل دهد، پانصد هزار تومان به آورنده بپردازد. ملتمز را جاعل، طرف را عامل و اجرت را جعل و حق‌الجعله گویند.

چماق: وسیله کمک آموزشی.

دروغگو: آدم شریفی است که چون می‌داند حرف حق تلخ است، باعث اوقات تلخی دیگران نمی‌شود. سازمان هواپیمایی: سازمانی است که معمولاً برای مسافران هوایی خود سفر آخرت خوبی آرزو می‌کند. ■

آزادی مسکن: قسمتی از آزادی‌های فردی است که به موجب آن مسکن فرد به جز در مواردی که مورد هجوم یا بازرسی قرار می‌گیرد، مصون از تعرض می‌باشد و به غیر از استثناء فوق، نمی‌توان از ورود دیگران به آن جلوگیری کرد.

آزادی مطبوعات: قسمتی از آزادی‌های فردی که به موجب آن، افراد، حق نشر افکار و عقاید خود را از طریق نوشتجات یا مطبوعات دارا می‌باشند، بدون این که نشر آن‌ها موقوف به تحصیل اذن یا محکوم به سانسور باشد.

لازم به ذکر است که از نظر حقوقی به مطالب مورد تأیید حکومت، فکر و عقیده گفته می‌شود و سابقی، هذیان یا پلیدیات و تلقینات شیاطین می‌باشد که از بحث فکر و عقیده، خروج موضوعی دارد.

آزاده: حرکت نفس انسان به طرف کاری معین پس از تصور و تصدیق منفعت آن توسط حکومت.

اشتباه: یادگار معمولی انسان‌ها و آثار ویژه و ماندگار بزرگان.

اصفهان: شهری است که در ۱۱۰ کیلومتری کمال آباد^۱ زادگاه نویسنده قرار دارد. تخریب آثار باستانی اش شهرت جهانی دارد.

جنس مؤنثی است که خواهر خوانده‌های فراوان دارد و به همین دلیل مسؤولین با تخریب آثار باستانی آن، سعی می‌کنند سن او را کمتر از سن واقعی اش نشان دهند.

اصلاح آیین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری: تعویض کفن مرده، گوربه‌گور کردن، سری که درد نمی‌کند دستمال نمی‌بندند.

۱- کمال‌آباد: روستایی است که در ۱۱۰ کیلومتری اصفهان واقع شده است.

۲- دکتر نفی‌خانی: اینجاب یک میلیون تومان به آورنده می‌پردازم.

نظم‌ها

«اساسنامه جديد اتحاديه سراسري
كانون‌هاي وکلای دادگستري ايران»

اساسنامه اتحادیه سراسری کانونهای وکلای دادگستری ایران (اسکودا) مصوب جلسه هیأت عمومی اصفهان مورخ ۱۳۸۸/۲/۱۶

مقدمه

به منظور ایجاد هماهنگی در اجرای وظایف مربوط به کانون های وکلای دادگستری ایران و نیل به اهداف مقرر در این اساسنامه، اتحادیه سراسری کانون های وکلای دادگستری ایران، که در این اساسنامه اختصاراً اسکودا نامیده می شود، به شرح ذیل تشکیل می گردد.

ماده ۱- اسکودا مؤسسه ای است غیر انتفاعی دارای شخصیت حقوقی مستقل که از کانون های وکلای دادگستری موجود در این تاریخ به اسامی کانون وکلای دادگستری مرکز، کانون وکلای دادگستری آذربایجان شرقی، کانون وکلای دادگستری فارس، کهگیلویه و بویراحمد، کانون وکلای دادگستری اصفهان و چهار محال و بختیاری، کانون وکلای دادگستری آذربایجان غربی، کانون وکلای دادگستری مازندران، کانون وکلای دادگستری خراسان، کانون وکلای دادگستری گیلان، کانون وکلای دادگستری قزوین، کانون وکلای دادگستری خوزستان و لرستان، کانون وکلای دادگستری کرمانشاه و ایلام، کانون وکلای دادگستری همدان، کانون وکلای دادگستری قم، کانون وکلای دادگستری کردستان، کانون وکلای دادگستری گلستان، کانون وکلای دادگستری اردبیل، کانون وکلای دادگستری استان مرکزی و کانون وکلای دادگستری بوشهر تشکیل می شود.

تبصره: کانون های وکلای دادگستری که بعد از این تأسیس گردند، با پذیرش این اساسنامه و پس از تقاضای عضویت و با تأیید هیأت عمومی عضو اسکودا محسوب خواهند شد.

ماده ۲- تابعیت اسکودا ایرانی و مرکز آن شهر تهران است.

اهداف

ماده ۳- اهداف اسکودا عبارت است از ایجاد همسویی و هماهنگی کانون ها در امور ذیل:

- الف- کوشش به منظور ایجاد رویه واحد در اجرای وظایف کانون های وکلای دادگستری.
- ب- تدوین، تنقیح و پیشنهاد اصلاح و تغییر قوانین و کالت و سایر قوانین با توجه به شرایط و مقتضیات زمان و ارائه آن به مراجع ذیصلاح.
- پ- ایجاد هماهنگی بین کانون های عضو در ارتباط با قوای سه گانه.
- ت- ارتقاء سطح معلومات علمی و تجربی وکلای دادگستری و کارآموزان و کالت و کوشش در همگام ساختن جامعه وکالت با دست آوردهای علمی و فناوری های روز.
- ث- بررسی و مطالعه ساختار اداری و تشکیلات اجرایی و مدیریتی کانون ها و پیشنهاد روش و راه های اصلاح و بهبود کمی و کیفی آنها.

- ج- ایجاد شبکه اطلاع رسانی مشترک.
 - چ- حمایت از حقوق فردی و جمعی و کلاهی دادگستری و کارآموزان و کالت.
 - ح- ارائه طرح‌های لازم به منظور برقراری ارتباط با سازمان‌های بین‌المللی و کلا و کانون‌های و کلاهی دادگستری سایر کشورها و مجامع حقوقی بین‌المللی.
 - خ- ارائه طرح‌های لازم برای تحقق و تأمین حقوق دفاعی شناخته شده اشخاص
- ماده ۴- سرمایه اسکودا ده میلیون ریال است که تماماً و نقداً پرداخت شده است.

ارکان و تشکیلات

ماده ۵- ارکان و تشکیلات اسکودا عبارتند از:

- هیأت عمومی
- هیأت رئیسه
- شورای اجرایی
- بازرسان

هیأت عمومی

ماده ۶- هیأت عمومی مرکب از اعضای اصلی و در غیاب آن‌ها اعضای علی‌البدل هیأت‌های مدیره کانون‌های و کلاهی دادگستری می‌باشد که حداقل سالی دو بار تشکیل جلسه می‌دهد و در هر جلسه هیأت عمومی زمان و مکان جلسه بعدی را مشخص می‌کند. دعوت به تشکیل جلسه هیأت عمومی همواره از طریق ارسال دعوت‌نامه به کانون‌های مربوطه و با ذکر دستور جلسه با امضاء رئیس و در غیاب رئیس با امضای یکی از نواب رئیس اتحادیه و با رعایت فاصله بیست روز از تاریخ تحویل دعوت‌نامه به پست یا ارسال فکس به عمل خواهد آمد.

تبصره ۱: بنا به درخواست حداقل نصف کانون‌های عضو و یا اکثریت امضاء هیأت عمومی اسکودا، می‌توان جلسات هیأت عمومی را به طور فوق‌العاده تشکیل داد.

تبصره ۲: در صورتی که جلسه عادی هیأت عمومی تشکیل شده باشد، اکثریت موضوع تبصره ۱ می‌تواند تصمیم به تبدیل فوری جلسه به جلسه فوق‌العاده و افزودن مطلب یا مطالبی به دستور، بگیرند. انحلال اتحادیه و تغییر و اصلاح اساسنامه و سلب عضویت امضاء در صورتی قابل طرح و بحث و اتخاذ تصمیم خواهد بود که اکثریت‌های لازم مذکور در ماده ۷ اساسنامه حاصل باشد.

ماده ۷- جلسات هیأت عمومی با حضور اکثریت مطلق امضاء رسیت می‌یابد. جلسات توسط یک نفر رئیس، دو نفر ناظر و یک منشی که از بین حاضرین با رأی مخفی و اکثریت نسبی انتخاب می‌شوند، اداره خواهد شد. اتخاذ تصمیم همواره با اکثریت مطلق آراء افراد حاضر خواهد بود.

مگر در مورد انتخاب هیأت رئیسه اسکودا و بازرسان که در صورت عدم حصول این اکثریت در دور اول رأی گیری، در دور دوم همان جلسه، اکثریت نسبی کافی خواهد بود. در مورد انحلال اسکودا و تغییر و اصلاح اساسنامه و سلب عضویت اعضا، جلسات با حضور سه چهارم اعضا تشکیل و با اکثریت چهار پنجم آراء افراد حاضر اتخاذ تصمیم می شود.

تبصره: اعمال حق رأی منوط به پرداخت حق عضویت است به استثنای کانون های جدید التاسیس که بلافاصله پس از پذیرش در اسکودا، در هیأت عمومی شرکت می کنند.

ماده ۸- هر یک از اعضای اصلی هیأت های مدیره کانون های عضو در هیأت عمومی یک رأی و اعضای اصلی هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری مرکز دو رأی دارند. در صورتی که هر یک از آنان نتوانند در جلسه هیأت عمومی حاضر شوند یک نفر از اعضای علی البدل کانون متبرع فرد غایب با معرفی کانون به جای وی در هیأت عمومی حضور خواهد یافت.

ماده ۹- وظایف هیأت عمومی عبارت است از:

- الف- تعیین خط مشی کلی و سیاست های اصلی اسکودا.
- ب- انتخاب هیأت رئیسه و بازرسان اصلی و علی البدل اسکودا با رأی مخفی برای مدت دو سال از بین کسانی که حداقل هشت سال تمام سابقه وکالت دادگستری دارند و همچنین عزل ایشان، انتخاب هیأت رئیسه بیش از دو دور متوالی ممنوع است.
- پ- تعیین میزان حق عضویت اعضا و تصویب بودجه، ترازنامه و صورت مالی اسکودا.
- ت- سلب عضویت اعضا و تغییر و اصلاح اساسنامه و انحلال اسکودا.

شورای اجرایی

ماده ۱۰- شورای اجرایی از اعضای هیأت رئیسه اسکودا و نمایندگان کانون های عضو تشکیل می شود و اعضای آن عبارتند از سه نفر هیأت رئیسه (رئیس اسکودا و دو نفر نایب رئیس اول و دوم به ترتیب تقدم آراء که هیأت عمومی انتخاب می کند)، دو نفر نماینده از کانون مرکز و از هر یک از سایر کانون ها یک نماینده.

تبصره: با تأسیس هر کانون و پذیرش عضویت آن در اسکودا یک عضو به شورای اجرایی اضافه خواهد شد.

ماده ۱۱- مدت عضویت نمایندگان کانون ها در شورای اجرایی دو سال است.

ماده ۱۲- اعضای شورای اجرایی باید حداقل ۸ سال سابقه وکالت پایه یک یا ۴ سال وکالت و ۴ سال قضاوت باشد.

ماده ۱۳- در صورت استعفا یا عزل یا انزال یا فوت نمایندگان کانون ها در شورای اجرایی، کانون مربوط نسبت به انتخاب عضو جدید و معرفی وی برای بقیه مدت اقدام خواهد کرد.

ماده ۱۴- عضویت و شرکت در جلسات شورای اجرایی قابل تفویض به غیر نیست مگر به رئیس کانون متبوع عضو شورای اجرایی. سه بار غیبت متوالی یا پنج بار غیبت متناوب در جلسات شورای اجرایی باعث انزال عضو غایب خواهد شد.

ماده ۱۵- جلسات شورای اجرایی با حضور اکثریت اعضاء رسمیت می‌یابد و توسط رئیس و در غیاب وی توسط یکی از نواب رئیس افتتاح و اداره خواهد شد. اتخاذ تصمیم در شورا با اکثریت آراء بوده و در صورت تساوی آراء، رأی عده‌ای که رئیس جلسه جزء آن‌هاست معتبر خواهد بود.

ماده ۱۶- جلسات شورای اجرایی به درخواست رئیس اسکودا یا نصف اعضاء شورای اجرایی یا ارسال دعوت نامه کتبی از طریق فکس و یا پست الکترونیکی با رعایت فاصله ده روز تشکیل خواهد شد و نسبت به کلیه امور اسکودا، به جز موضوعاتی که صرفاً در صلاحیت هیأت عمومی است اتخاذ تصمیم خواهد کرد.

ماده ۱۷- چنانچه هیأت عمومی در مواعد مقرر تشکیل نشود، شورای اجرایی به انجام وظایف خود طبق اساسنامه ادامه خواهد داد.

ماده ۱۸- تنظیم و تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی، مالی و تشکیلاتی مربوط به اسکودا و همچنین پیشنهاد دستور کار هیأت عمومی به عهده شورای اجرایی است.

ماده ۱۹- رئیس اسکودا، که رئیس شورای اجرایی نیز هست، نماینده قانونی اسکودا بوده و مجری تصمیمات هیأت عمومی و تصمیمات شورای اجرایی است.

ماده ۲۰- اسناد مالی و تعهد آور اسکودا با امضاء رئیس و در غیاب وی با امضاء یکی از نواب رئیس همراه با مهر اسکودا معتبر خواهد بود.

ماده ۲۱- خزانه دار به پیشنهاد رئیس اسکودا و تصویب اکثریت شورای اجرایی تعیین می‌شود.

ماده ۲۲- رئیس اسکودا و نواب رئیس و نمایندگان کانون‌ها در شورای اجرایی و بازرسان می‌توانند از خارج از هیأت عمومی و هیأت‌های مدیره کانون‌ها انتخاب شوند.

ماده ۲۳- در صورت استعفا یا عزل یا فوت هر یک از اعضاء هیأت رئیسه اسکودا، هیأت عمومی در اولین همایش یا جلسه فوق‌العاده نسبت به انتخاب عضو جدید برای باقی مانده دوره اقدام خواهد کرد.

سال مالی و امور مالی

ماده ۲۴- سال مالی اسکودا از اول آبان ماه تا پایان مهرماه سال بعد خواهد بود.

ماده ۲۵- منابع مالی اسکودا عبارت‌اند از:

- حق عضویت سالانه هریک از کانون‌های و کلا طبق مصوبه هیأت عمومی اسکودا.
- هدایا و کمک‌های مالی مستمر و یا ادواری همکاران و کانون‌ها.
- درآمدهای حاصل از فروش مجلات و نشریات و شهریه کلاس‌های آموزشی.
- درآمدهای اتفاقی اسکودا.

- تبصره ۱:** اعضای اسکودا حق برداشت یا تخصیص هیچ گونه سودی اعم از سود عملکرد یا سرمایه را ندارند.
- تبصره ۲:** انجام هرگونه معامله توسط هیأت رئیسه و بازرسان و اعضای شورای اجرایی با اسکودا ممنوع است.
- تبصره ۳:** در صورت انحلال فهری اسکودا کمیته‌ای مرکب از رؤسای کانون‌های عضو در مورد اموال اسکودا تصمیم‌گیری خواهد کرد. در صورت اخراج اعضا از اسکودا هیچ سهمی از اموال اسکودا به عضو اخراج شده تعلق نخواهد داشت.
- تبصره ۴:** در صورت انحلال اختیاری، هیأت عمومی در مورد نحوه تصفیه و اموال تصمیم خواهد گرفت.

بازرسی

ماده ۲۶- وظایف بازرسی اسکودا عبارت است از:

- الف- اظهار نظر درباره صحت و درستی صورت دارایی اسکودا و صورت حساب دوره عملکرد شورای اجرایی.
- ب- اظهار نظر در خصوص صحت مطالب و اطلاعاتی که از طرف شورای اجرایی در اختیار هیأت عمومی گذاشته می‌شود.
- ت- نظارت و اظهار نظر در خصوص نحوه اجرای مصوبات هیأت عمومی و شورای اجرایی در اسکودا.
- پ- حضور در جلسات شورای اجرایی و هیأت عمومی بدون داشتن حق رأی.

ماده ۲۷- بازرسی برای انجام وظایف خود مجاز خواهد بود هرگونه رسیدگی و بازرسی لازم را انجام داده و اسناد و اطلاعات مربوط به اسکودا را مطالبه کرده و مورد رسیدگی قرار دهد و حسب مورد نتیجه رسیدگی را در اظهار نظر خود منعکس نماید.

ماده ۲۸- این اساسنامه مشتمل بر بیست و هشت ماده و نه تبصره در تاریخ ۱۳۸۸/۲/۱۶ در اصفهان به تصویب هیأت عمومی اسکودا رسید و جایگزین اساسنامه قبلی گردید.